

Herausgeber: Prof. Dr. Martin Böse, Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Gerhard Dannecker, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Beate Gsell, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Andreas Hoyer, Prof. Dr. Uwe Kischel, RiBVerfG Prof. Dr. Johannes Masing, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Bettina Weißer

Geschäftsführende Herausgeber: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

Schriftleitung: Prof. Dr. Thomas Rotsch, Wiss. Mitarbeiter Dr. Markus Wagner

Redaktion Zivilrecht: Prof. Dr. Markus Artz, Prof. Dr. Tim W. Dornis, Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Prof. Dr. Beate Gsell

Redaktion Öffentliches Recht: Prof. Dr. Matthias Cornils, Prof. Dr. Michael Fehling, Prof. Dr. Uwe Kischel, Prof. Dr. Julian Krüper, Prof. Dr. Lothar Michael, Prof. Dr. Hinnerk Wißmann

Redaktion Strafrecht: Prof. Dr. Martin Böse, Privatdozentin Dr. Janique Brüning, Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Holm Putzke, Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Arndt Sinn, Prof. Dr. Hans Theile, Prof. Dr. Bettina Weißer

Webmaster: Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung: Peter Hoffmann

Internetauftritt: René Grellert

ISSN: 1865-6331

Inhalt

AUFSÄTZE

Zivilrecht

Haftung bei Gebrauchsüberlassung: Sharing im Spannungsfeld von Miete und Leihe

Von Ass. iur. Moritz Schroeder,
Diplom-Jurist Philipp Dördelmann, Bochum 1

Öffentliches Recht

Die Identität der Verwaltung Abgrenzungen, Brüche, Chancen

Von Privatdozent Dr. Eike Michael Frenzel, Freiburg 10

Strafrecht

Besonderheiten der Verjährung im Bereich des Pressestrafrechts

Beiträge zum Medienstrafrecht – Teil 1
Von Prof. Dr. Manfred Heinrich, Kiel 17

Die neue Rechtsprechung zur Frage der Notwendig- keit eines Absatzerfolges im Rahmen des § 259 StGB Ende eines langjährigen Streits?

Von Akad. Rat a.Z. Igor Sorge, Augsburg 33

DIDAKTISCHE BEITRÄGE

Öffentliches Recht

Die Begrenzung des Spenderkreises im Rahmen der Lebendorganspende gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 TPG auf verfassungsrechtlichem Prüfstand

**Zugleich eine Einführung in die verfassungs-
rechtlichen Anforderungen an paternalistisch
motivierte Gesetzgebungsakte**

Von Diplom-Jurist David Georg Stark, Hamburg 43

DIDAKTISCHE BEITRÄGE (Forts.)*Strafrecht***Die EMRK, ihre Rechtsstellung sowie die Entscheidungen des EGMR im Stufenbau der deutschen Rechtsordnung**

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Christoph Zehetgruber, Bayreuth 52

ÜBUNGSFÄLLE*Strafrecht***Referendarexamensklausur: Eine feurige Spritztour**

Von Wiss. Mitarbeiterin Rebecca von Atens,
Wiss. Mitarbeiterin Jessica Schröder, Gießen 61

Übungsfall: Schirm, Schein und Melone

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Marcus Bergmann, Halle (Saale) 73

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN*Zivilrecht***BGH, Urt. v. 11.6.2015 – VII ZR 216/14****(Kein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Werklohnrückzahlung bei Schwarzarbeit)**

(Wiss. Mitarbeiter Jan Singbartl,
stud. iur. Johannes Rübbeck, München) 87

BGH, Beschl. v. 10.6.2015 – IV ZB 39/14**(Zur Frist bei der Anfechtung einer erbrechtlichen Anfechtungserklärung)**

(Akad. Rat a.Z. Dr. Benedikt Strobel, München) 91

*Öffentliches Recht***BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11****(Grundsatz der Spiegelbildlichkeit – Informelles Staatshandeln)**

(Prof. Dr. Julian Krüper, Bochum) 96

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN*Strafrecht***BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14****(Die „andere Straftat“ beim Verdeckungsmord)**

(Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster) 102

BGH, Urt. v. 23.4.2015 – 4 StR 607/14**(Zum Angriff auf die Entschlussfreiheit des Führers eines Kraftfahrzeuges durch eine vorgetäuschte Polizeikontrolle)**

(Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz) 109

REZENSIONEN*Zivilrecht***Susanne Kalss/Christoph Klampfl, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2015**

(Oberregierungsrat Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA [MDX],
Frankfurt a.M.) 113

REZENSIONEN (Forts.)

Öffentliches Recht

**Hans-Jürgen Papier/Christoph Krönke, Grundkurs
Öffentliches Recht 2, Grundrechte, 2. Aufl. 2015**

(Wiss. Mitarbeiter Trutz M. Harder, Heidelberg)

114

Strafrecht

**Michael Büchel/Peter Hirsch, Internetkriminalität,
Phänomene – Ermittlungshilfen – Prävention, 2014**

(Univ.-Ass. Mag. iur. Sebastian Göilly, Graz)

117

Haftung bei Gebrauchsüberlassung: Sharing im Spannungsfeld von Miete und Leihe

Von Ass. iur. **Moritz Schroeder**, Diplom-Jurist **Philipp Dördelmann**, Bochum*

Auf dem Weg zu einer (möglicherweise) nachhaltigen Ökonomie des Teilens organisieren Apps den Konsum der „Shareconomy“. Wie Sharing allerdings zivilrechtlich einzuordnen ist, bleibt oft im Dunkeln. In Betracht kommen vor allem Miet- oder Leihverträge. Dabei erweist sich die vertragstypologische Zuordnung des Sharings als wichtige Weiche für Klausur und Praxis: Wer beispielsweise dauerhaft über Apps entgeltlich Sachüberlassungen anbietet, haftet anders als ein Verleiher und muss mit der Anwendbarkeit der §§ 305 ff., 312 ff., 312i ff. BGB sowie weiteren Implikationen rechnen. Daher liegt im Windschatten der Abgrenzung der (Un-)Entgeltlichkeit ein rechtliches Minenfeld, dessen sich Sharer und Studierende bewusst sein sollten. Ausgehend von den unterschiedlichen Haftungsmaßstäben wird daher die Abgrenzung entwickelt.

I. Ausgangspunkt

In der Ökonomie des Teilens¹ ist nicht mehr das Eigentum an einem Sachmittel entscheidend, sondern Teilhabe.² Vor allem über Apps wird die effiziente(re) Nutzung von Sachmitteln gegen „Leihgebühren“ organisiert, das Sharing.³ Dabei bieten Privatleute auf den verschiedensten Plattformen⁴ Gegenstände⁵ zur Nutzung durch Dritte an - teils kostenlos, teils für

eine Gegenleistung.⁶ Einerseits erlebt so der Freundschaftsdienst des Verleihs/Teilens eine Renaissance. Andererseits erfolgt Sharing mitunter nicht (nur) aufgrund eines veritablen Altruismus der Überlassenden.⁷ Vielmehr geht es häufig zwar auch darum, vorhandene Sachmittel durch eine bessere Auslastung effizienter zu nutzen. Überwiegend geht es jedoch darum, diese zu finanzieren und sich deswegen selbst mehr leisten zu können.⁸ Der regelmäßig offenen Vergütungsgestaltung auf Sharingplattformen⁹ ist die schwierige Abgrenzung zwischen *entgeltlichem* und *unentgeltlichem* Angebot immanent.¹⁰ Damit verschwimmen zugleich die Grenzen von *privat* zu *gewerblich*¹¹ und diverse Problemfelder – von der Geltung von Haftungsmaßstäben bis zu steuerlichen, gewerbe-, wettbewerbs- und AGB-rechtlichen Fragen – werden eröffnet.¹² Trotz möglicher Effizienzvorteile durch das Sha-

* Der Autor Schroeder ist Wiss. Mitarbeiter am Zentrum für Internationales der Ruhr-Universität Bochum; der Autor Dördelmann ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Handels- und Wirtschaftsrecht von Prof. Dr. Renate Schaub, LL.M. (Bristol) an der Ruhr-Universität Bochum. Die Autoren danken Prof. Dr. Renate Schaub für wertvolle Anregungen.

¹ Siehe zum Begriff Share-Economy oder Shareconomy <http://www.spiegel.de/wirtschaft/service/share-economy-uber-und-airbnb-deutsche-wollen-nicht-teilen-a-997502.html> (25.1.16) sowie <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/trend-sharing-economy-teilst-du-schon-1.1989642> (25.1.16).

² Vgl. den Slogan „Teilen ist das neue Haben“ der Plattform „Let’s Share“ unter www.lets-share.de (25.1.16).

³ Vgl. auch die Artikel <http://www.zeit.de/2014/27/sharing-economy-tauschen> (25.1.16) und <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/trend-sharing-economy-teilst-du-schon-1.1989642> (25.1.16); siehe aus der juristischen Literatur aktuell *Solmecke/Lengersdorf*, MMR 2015, 493.

⁴ Oft mittels Apps, aber auch über Foren und Facebookgruppen. Apps werden i.d.R. von gewerblichen Anbietern programmiert und betrieben; die für diese geltenden Regularien werden hier ausgeblendet. Einen Überblick über aktuelle Startups aus dem Bereich liefert <http://www.deutsche-startups.de/2013/07/02/sharing-economy-alle-konzepte/> (25.1.16).

⁵ Es kommt nahezu alles in Betracht: Kleidung, Werkzeuge u.a.; Beispiele sind www.justpark.com (früher:

www.parkatmyhouse.com) für Parkplätze; www.airbnb.com für Wohnungen; www.uber.com für Taxidienste; www.boatbound.com für Boote (sic!); www.thredup.com für Kleidung; insb. für Deutschland www.drivy.de (früher: www.autonetzer.de) für „privates“ Carsharing und www.frents.com für buchstäblich alles Mögliche; Büros lassen sich unter www.sharedesk.net teilen; unter www.cooksocial.org wird gemeinschaftliches Kochen/Essen organisiert; schließlich als Beispiel für ein lokales streng unentgeltliches Angebot www.leila-berlin.de.

⁶ So lautet bspw. Ziff. 2.1 der AGB von „frents“, unter <http://www.frents.com/gtac.html?cid=248109> (25.1.16) abrufbar: „frents stellt eine Online-Plattform mit einem Marktplatz zur Verfügung, auf der zwischen den Nutzern Verträge über die entgeltliche und unentgeltliche Überlassung (im Folgenden zusammenfassend auch: „Leihe“ oder „Leihvertrag“) von Waren und Dienstleistungen (im Folgenden: „Sache“) abgeschlossen werden können, sofern die Nutzer die sich aus diesen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergebenden Voraussetzungen sowie die gesetzlichen Vorschriften einhalten. [...]“.

⁷ Dazu aber bspw. www.leila-berlin.de für definitiv entgeltlose Leihen von u.a. Werkzeugen.

⁸ Siehe dazu „Teile und verdiene“ unter <http://www.zeit.de/2014/27/sharing-economy-tauschen> (25.1.16).

⁹ Siehe dazu als Bsp. nochmals die AGB von „frents“ (Fn. 6).

¹⁰ Vgl. <https://www.drivy.de/about> (25.1.16): Als „Fixkosten“ soll der „Vermieter“ für den „Verleih“ (sic!) Wertersatz für Steuern, Versicherung, Wertverlust erhalten.

¹¹ Siehe insbesondere im Bereich der Personenbeförderung; aktuell zu Taxi-Apps etc. im Kontext des Personenbeförderungsrechts *Ingold*, NJW 2014, 3334 und *Rebler*, DAR 2014, 550; bspw. www.turo.com (früher www.relayrides.com); vgl. www.drivy.de zu einer beispielhaften Tarifgestaltung für das Carsharing.

¹² Hier erfolgt ausgehend von dem unterschiedlichen Haftungsmaßstab im Rahmen von Leihe und Miete nur die Abgrenzung dieser Vertragstypen anhand der Unentgeltlichkeit. Weitere Folgen entgeltlicher Gebrauchsüberlassungen wer-

ring droht in manchen Bereichen schlicht das Unterlaufen von Rechtsstandards.¹³

Neben dem Sharing entstehen vermehrt sog. „Anwohnervereine“. Dort findet gemeinschaftliches Basteln oder die Nutzung vereinseigener Werkstätten statt. Bspw. im Repaircafé¹⁴ finden sich Menschen zusammen und kultivieren die fast vergessene Kunst des Reparierens. Andernorts richten Vereine Werkstätten mit Werkzeug ein.¹⁵ Die Überlassung von Werkstatt und Werkzeug erfolgt im Regelfall „umsonst“ oder gegen einen Obolus. Auch hier stellt sich die Frage nach der Abgrenzung von Leihe und Miete mit den entsprechenden Folgeproblemen.

II. Interessenlage der Beteiligten

Abstrakt sind die Interessenlagen einfach skizziert: Der Überlassende¹⁶ will gegenüber Nutzern möglichst nicht, allenfalls begrenzt, haften. „Moralisch“ ist das leicht untermauert: Muss haften, wer ökologisch/altruistisch handelt? Die Nutzer wiederum wollen selbst nicht - oder ebenfalls begrenzt - haften, aber bei einer eigenen Schädigung den Überlassenden voll in Anspruch nehmen. Das größere rechtliche Augenmerk des Überlassenden ist auf die Vermeidung der Inanspruch-

den nicht untersucht. Auch werden gesellschaftsrechtliche Implikationen von in Gruppen organisiertem Sharing ausgeblendet.

¹³ Bei Transport-/Kfz-Sharing stellen sich bspw. versicherungsrechtliche Fragen; beim Essen im „Privatrestaurant“ (vgl. <http://cooksocial.org/>) stellt sich die Frage nach der Anwendung lebensmittelrechtlicher Vorschriften; weitere Beispiele unter www.zeit.de/2014/27/sharing-economy-tauschen (26.1.16).

¹⁴ Vgl. hierzu <http://repaircafe.org/de/was-ist-ein-repair-cafe/> (26.1.16); der Aspekt der Dienstleistung durch Reparaturen wird hier ausgeblendet.

¹⁵ Bspw. das Alsenwohnzimmer in Bochum mit der „Alsenwerkstatt“:

<https://www.facebook.com/events/500240546764322/?ref=22> (26.1.16); siehe auch

<http://www.bo-alternativ.de/2014/01/30/alsenwohnzimmer-feiert-2-geburtstag/> (26.1.16); siehe auch

<http://www.transition-initiativen.de/group/tkarlsruhe/forum/topics/gemeinschaftswerkstatt> (26.1.16).

¹⁶ Zur Terminologie: Tatsächlich ist Inhalt des Leihvertrags – im Unterschied zur Miete – nicht die *Gebrauchsüberlassung*, sondern lediglich die *Gebrauchsgestattung*. Diese verpflichtet den Verleiher, die verliehene Sache dem Entleiher so zur Verfügung zu stellen, dass dieser sie vertragsgemäß als unmittelbarer Besitzer gebrauchen kann. Deshalb ist die Verschaffung unmittelbaren Besitzes und damit die körperliche Zugriffsmöglichkeit des Entleihers zwar die Regel, aber nicht konstitutives Merkmal des Leihvertrages, siehe BGH NJW-RR 2004, 1566; v. *Westphalen*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 598 Rn. 3; dennoch wird im Folgenden zur sprachlichen Vereinfachung einheitlich der Terminus „Überlassender“ verwendet.

nahme wegen Körperschäden gerichtet. Diese werden zwar selten relevant, können aber existenzbedrohend sein.¹⁷

III. Haftung bei Gebrauchsüberlassungen

Um die Haftungsrisiken des Überlassenden zu eruieren, wird zunächst der regelmäßige Haftungsmaßstab untersucht und sodann überprüft, ob dieser durch Rechtsgestaltung zu Gunsten des Überlassenden modifiziert werden kann.¹⁸

1. Gesetzliche Ausgangslage – Arten von Schuldverhältnissen

Zunächst ist festzustellen, welche Typen von Schuldverhältnissen als Rechtsgrund der Gebrauchsüberlassung in Betracht kommen. Bei Annahme eines Vereins auf der Seite des Überlassenden ist eine Nutzung aufgrund der *personenrechtlichen Beziehung* zwischen Verein und Mitglied denkbar.¹⁹ Gegen eine solche Einordnung spricht hier, dass eine Nutzung von Werkstatt oder Werkzeugen regelmäßig nicht im Rahmen allgemeiner Vereinsaktivitäten – wie z.B. einer Feier – stattfindet und nicht von diversen Nutzern gleichzeitig. Vielmehr wird eine Werkstatt bestimmten Personen für einen bestimmten Zeitraum exklusiv zur Verfügung gestellt. Diese rivalisierende Nutzung geht über die gemeinsame Nutzung hinaus.²⁰

Denkbar ist in Fällen unentgeltlicher Überlassung sodann ein (bloßes) *Gefälligkeitsverhältnis* oder die Annahme eines *Leihvertrags* nach §§ 598 ff. BGB. Demgegenüber könnte sich eine entgeltliche Nutzung – je nachdem, wie die konkrete Ausgestaltung des Rechtsgeschäfts erfolgt – als *Miete* oder *Pacht* im Sinne der §§ 535 ff., 581 ff. BGB darstellen. Um *Miete* handelt es sich, wenn dem Nutzer lediglich der vorübergehende Gebrauch der Sache gestattet ist (§ 535 Abs. 1 BGB), während *Pacht* vorliegt, soweit der Gläubiger auch zur Fruchtziehung berechtigt ist (§ 581 Abs. 1 BGB).²¹ Wegen der Entsprechungsklausel in § 581 Abs. 2 BGB führt die Abgrenzung nur zu geringen Unterschieden, insbesondere nicht bezüglich des gesetzlichen Haftungsmaßstabes des Überlassenden.²² In entgeltlichen Sharing-Konstellationen wird regelmäßig Miete vorliegen.²³ Auch in Werkstattfällen

¹⁷ Teilweise bieten daher gewerbliche Plattformbetreiber Versicherungspakete für die Nutzer an, vgl. bspw. www.drivy.de.

¹⁸ Tatsächlich ist bei der Leihe nicht per se eine faktische Überlassung geschuldet; in den hier relevanten Fällen geht es aber regelmäßig genau darum, so dass hier einheitlich von Gebrauchsüberlassung die Rede ist und dementsprechend von Überlassendem einerseits und Nutzer andererseits.

¹⁹ Beispielsweise ist der Eintritt zu einem Vereinsfest nicht Miete. Siehe OLG München VersR 1999, 99.

²⁰ Eine andere Bewertung könnte sich möglicherweise ergeben, wenn die Werkstatt täglich besetzt wäre und wie eine Sportanlage für die Mitglieder immer frei zugänglich wäre.

²¹ Siehe dazu allein *Schaub*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, Vor § 581 Rn. 34 m.w.N.

²² Im Folgenden wird daher ausschließlich von Miete gesprochen.

²³ Siehe zu den juristischen Herausforderungen des Car-Sharings *Schulze*, BB 2013, 195.

liegt eine Miete näher, da es um eine kurzfristige Sachnutzung geht.

Schließlich ist an deliktische Ansprüche und eine mögliche Wechselwirkung mit vertraglichen Regelungen zu denken.

a) Unentgeltliche Überlassung

Die unentgeltliche Überlassung lässt sich als Gefälligkeitsverhältnis nach §§ 241 Abs. 2, 311 BGB²⁴ oder als Leihvertrag im Sinne der §§ 598 ff. BGB einordnen.²⁵ Die Vorschriften der §§ 598 ff. BGB sind grds. anwendbar, da die zu überlassende „Sache“ alle körperlichen Gegenstände sowie auch Sachgesamtheiten erfasst.²⁶

Der Übergang von der Überlassung nur aus Gefälligkeit zur Leihe als Gefälligkeitsvertrag ist *theoretisch* klar, aber *faktisch* fließend: Ein Leihvertrag liegt vor, wenn die Parteien mit Rechtsbindungswillen handeln,²⁷ wobei der Rechtsbindungswille hinsichtlich der Verpflichtung zur Gestattung der Überlassung unter Heranziehung aller Umstände des Einzelfalles durch Auslegung zu ermitteln ist. Maßgeblich sind vor allem der Anlass der Überlassung und deren Bedeutung für die Parteien unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte.²⁸ Für die Annahme rechtlicher Verbindlichkeit spricht insbesondere eine erkennbare erhebliche wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Gebrauchsgewährung auf Seiten des Begünstigten.²⁹ Soweit eine Leihgebühr vereinbart wird, ist eine vertragliche Vereinbarung unerlässlich. Aber auch sonst spricht in den hier gemeinten Fällen die beiderseitige Interessenlage regelmäßig für einen Leihvertrag: Wer bspw. einen Urlaubstag aufwendet, um in einem Werkstatttraum arbeiten zu können, hat ein Interesse an einem Anspruch auf Überlassung. Ähnliches gilt für die Mehrzahl an Sharing-Angeboten. Wer sich für einen Tag ein Auto organisiert, um damit zum Möbelhaus oder zu einem Termin zu fahren, handelt regelmäßig mit Rechtsbindungswillen. Darin liegt ein signifikanter Unterschied zu Gefälligkeitsverhältnissen wie der gelegentlichen unentgeltlichen Überlassung eines Hochsitzes³⁰ oder Reitpferdes³¹. Auch die in Gefälligkeitsverhältnissen regelmäßig fehlende Beschränkung der Haftung liegt nicht im Interesse des Überlassenden.³²

²⁴ Also als ein Rechtsverhältnis ohne Primärleistungs-, aber mit den hier relevanten Sekundärpflichten.

²⁵ Siehe dazu Häublein, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 598 Rn. 5; Reuter, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, Vor § 598 Rn. 8 ff.

²⁶ In Erweiterung des § 90 BGB, Häublein (Fn. 25), § 598 Rn. 3.

²⁷ Wagner, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 598 Rn. 14; Häublein (Fn. 25), § 598 Rn. 5.

²⁸ So C. Wagner, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 35, Stand: 1.2.2015, § 598 Rn. 14 m.w.N.; ähnlich Häublein (Fn. 25), § 598 Rn. 5.

²⁹ So Häublein (Fn. 25), § 598 Rn. 5.

³⁰ Dazu OLG Hamm RdL 2012, 325.

³¹ Dazu BGH NJW 1992, 2474.

³² Zutreffend geht Häublein ([Fn. 25], § 598 Rn. 7) davon aus, dass es eher nicht überzeugt, den Anwendungsbereich

Nach der Rechtsprechung besteht in einem Gefälligkeitsverhältnis keine regelmäßige Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.³³ Dies wird damit begründet, dass in aller Regel ein Ausschluss nicht dem Gefälligen zu Gute komme, sondern letztendlich – bei bestehendem Versicherungsschutz – dem Haftpflichtversicherer.³⁴ Zudem sei die Annahme einer stillschweigend vereinbarten Haftungsbeschränkung im Wege ergänzender Vertragsauslegung oft eine „künstliche Rechtskonstruktion“, da sie von einem Haftungsverzicht ausgehe, an den im maßgeblichen Zeitpunkt keine der Parteien dachte und der sich daher als Willensfiktion entpuppe.³⁵ Deshalb wird in Fällen unentgeltlicher Überlassung zur ausschließlichen Nutzung ein Leihvertrag mit der Haftungsbeschränkung des § 599 BGB zu Gunsten des Verleihers die Regel darstellen. Daran anknüpfend stellt sich die Frage nach der Reichweite dieser Privilegierung. Manche Stimmen wollen deren Anwendungsbereich auf das Erfüllungsinteresse begrenzen und bei Integritätsverletzungen den allgemeinen Haftungsmaßstab des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB anwenden.³⁶ Dies wäre bei der altruistischen Gebrauchsüberlassung jedoch misslich, da Schutzpflichtverletzungen für den Überlassenden das finanziell größte Risiko darstellen.³⁷ Deshalb wollen andere Stimmen § 599 BGB auch bei Integritätsverletzungen anwenden.³⁸ Hinzu tritt eine vermittelnde Ansicht, nach der § 599 BGB grundsätzlich anwendbar ist, es sei denn, die verletzte Pflicht stehe in keinem Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand.³⁹ Um das altruistische Handeln des Überlassenden angemessen zu berücksichtigen, sollte davon ausgegangen werden, dass § 599 BGB jedenfalls bei Schutzpflichtverletzungen, die im konkreten Zusammenhang mit dem Leihgegenstand stehen, zur Anwendung kommt. Darüber hinaus findet sich in § 599 BGB kein Anhaltspunkt, die Haftungsprivilegierung auf das Erfüllungsinteresse zu

der Vorschriften über die Leihe zunächst durch (zu) hohe Anforderungen an das Vorliegen eines rechtsgeschäftlichen Bindungswillens einzuengen, dann aber die so entstehende „Lücke“ durch Ausdehnung der Vorschriften über die vertragliche Haftung zu füllen.

³³ Siehe dazu allein BGH NJW 1992, 2474 (2475 m.w.N.).

³⁴ U.a. OLG Hamm RdL 2012, 325.

³⁵ So BGH NJW 1992, 2474 (2475).

³⁶ AG Grevenbroich NJW-RR 1990, 795 f.; Grundmann, AcP 198 (1998), 457 (466 ff.); Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2014 § 598 Rn. 2.

³⁷ Ähnlich auch Häublein (Fn. 25), § 599 Rn. 3.

³⁸ C. Wagner (Fn. 28), § 599 Rn. 2; v. Westphalen (Fn. 16), § 599 Rn. 2; Gelhar, in: Reichsgerichtsräte Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 1978, § 599 Rn. 1; im Ergebnis auch OLG Düsseldorf OLGZ 1991, 84 (86); OLG Köln NJW-RR 1988, 157.

³⁹ OLG Stuttgart VersR 1993, 192 (193); OLG Celle VersR 2006, 1085; Medicus, in: Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, 1996, S. 589 (592 ff.); Häublein (Fn. 25), § 599 Rn. 3; jedenfalls im Ergebnis auch Heintzmann, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2007, § 599 Rn. 3.

begrenzen.⁴⁰ Der Verleiher haftet daher insgesamt nur nach dem Haftungsmaßstab des § 599 BGB.

b) Entgeltliche Überlassung

Sollte die Überlassung von einer Gegenleistung abhängen, handelt es sich in der Regel um einen Mietvertrag.⁴¹ Ein solcher liegt vor, wenn der Gebrauch (wenigstens für kurze Zeit) ausschließlich und gegen besonderes Entgelt überlassen wird.⁴² Für den Haftungsmaßstab ist entscheidend, ob ein zur Schädigung führender Mangel bereits bei Vertragsschluss vorlag oder erst später aufgetreten ist. Im ersten Fall ist wegen der Garantiehaftung aus § 536a Abs. 1 Var. 1 BGB ein Verschulden des Vermieters unerheblich. Im zweiten Fall gilt dagegen nach § 536a Abs. 1 Var. 2 BGB der allgemeine Haftungsmaßstab des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Garantiehaftung trifft den Vermieter in den hier relevanten Fällen mitunter hart. Zwar kann bei der Schädigung durch bspw. ein defektes Werkzeug in vielen Fällen davon ausgegangen werden, dass der Mangel bereits bei Vertragsschluss vorhanden war.⁴³ Allerdings stellt die mietrechtliche Garantiehaftung bspw. bei Körperschäden schnell ein enormes Haftungsrisiko dar. Oftmals sind bestehende Mängel bspw. gebrachter Werkzeuge prima facie nicht erkennbar. Zudem ist anzunehmen, dass es sich bei Vereinsmitgliedern und privaten Sharern, die Werkzeuge oder andere gefahrgeneigte Gegenstände vor der Vermietung überprüfen, im Regelfall nicht um Fachpersonal handelt.⁴⁴ Die Garantiehaftung ist daher in der Risikokalkulation von Sharern und Vereinen zu berücksichtigen.

c) Konkurrierende deliktische Ansprüche

Schließlich sind konkurrierende Deliktsansprüche zu beurteilen und dabei zu klären, ob bei der Leihe die Privilegierung des § 599 BGB erstreckt wird. Rechtsprechung und große Teile der Literatur gehen davon aus.⁴⁵ Zur Begründung wird angeführt, dass ein grundsätzlicher Gleichlauf zwischen ver-

traglicher und deliktischer Haftung erfolgen müsse, da andernfalls eine Entwertung der vertraglichen Haftungsprivilegierung die Folge sei.⁴⁶ Andere Stimmen lehnen eine Anwendung der Haftungsprivilegierung strikt ab⁴⁷ oder wollen zumindest Schutzpflichtverletzungen des Verleihers von der Haftungsprivilegierung ausnehmen.⁴⁸ Um das altruistische Handeln des Überlassenden und die daraus resultierenden Vorteile der Nutzer angemessen zu würdigen, sollte jedoch – in Anlehnung an die Reichweite des § 599 BGB⁴⁹ – von einer umfänglichen Erstreckung des § 599 BGB auf das Deliktsrecht ausgegangen werden. Sinn und Zweck der Privilegierung ist die Förderung altruistischen Handelns Privater auch vor dem Hintergrund des dann nur subsidiär notwendigen staatlichen Handelns. Diesem Zweck wird die Erstreckung der Privilegierung gerecht.

2. Rechtsgeschäftliche Veränderung des Haftungsmaßstabs durch AGB

Nunmehr stellt sich die Frage, ob der Überlassende seine Verantwortlichkeit vertraglich zu seinen Gunsten modifizieren kann. Dies ist insbesondere von Interesse, wenn die Überlassungen regelmäßig erfolgen (sollen), was im Normalfall auf Vereine zutreffen wird und auch auf viele Sharingangebote zutreffen kann.⁵⁰ Zur Arbeitserleichterung bietet sich in Vereinsstrukturen der Rückgriff auf eine Ausleih- oder Benutzungsordnung an, die neben den Nutzungsmodalitäten auch den Haftungsmaßstab aufgreift.⁵¹ Sollte sich ein Verein für diese Variante entscheiden, handelt es sich bei der Ausleih- oder Benutzungsordnung um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Bedingungen und somit um AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB. Daher haben die §§ 305 ff. BGB maßgeblichen Einfluss auf die Gestaltungsmöglichkeiten. Bei Sharingangeboten bieten teilweise die Plattformen einen Rechtsrahmen, der über die AGB bei Registrierung von allen Usern als Grundlage von über die Plattform geschlossenen Verträgen akzeptiert wird. Das ist jedoch nicht zwingend. Wer regelmäßig Sharing betreibt und daran denkt, den Haftungsmaßstab zu modifizieren, verwendet im Zweifel AGB.⁵²

⁴⁰ So auch Häublein (Fn. 25), § 599 Rn 3.

⁴¹ Sollte ein Verein die Infrastruktur seinen Mitgliedern nur gegen eine besondere Gegenleistung überlassen, handelt es sich aufgrund dessen nicht um einen Beitrag im Sinne des § 58 Nr. 2 BGB.

⁴² Vgl. Ehlert, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 35, Stand: 1.5.2014, § 535 Rn. 28 m.w.N.

⁴³ Insoweit kommen potentiell alle Schädigungen in Betracht, die täglich bei der Nutzung mit Werkzeugen auftreten. Beispielsweise ein Stromschlag durch eine defekte Bohrmaschine, eine Verletzung durch den Kopf des Hammers, der sich beim Schlagen vom Stiel löst oder ein Schnitt mit einer Säge, wenn das Sägeblatt nicht mehr glatt läuft. Bei all diesen Verletzungen wird der Mangel oder Fehler des Werkzeuges regelmäßig schon vor der Gebrauchsüberlassung vorgelegen haben.

⁴⁴ Vgl. bspw. die Angebote unter <http://www.leila-berlin.de/index.php?id=4> (26.1.16).

⁴⁵ RGZ 88, 317 (318); BGHZ 55, 392, BGH NJW 1992, 2474 (2475); v. Westphalen (Fn. 16), § 599 Rn. 2.

⁴⁶ Reuter (Fn. 25), § 599 Rn. 3; Heintzmann (Fn. 39), § 599 Rn. 2; Wagner (Fn. 27), § 599 Rn. 2 f; Medicus (Fn. 39), S. 596 f.

⁴⁷ Häublein (Fn. 25), § 599 Rn. 4.

⁴⁸ Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 599 Rn. 2; Mansel (Fn. 36), § 599 Rn. 2 m.w.N.

⁴⁹ Siehe dazu oben II. 1. b).

⁵⁰ Dabei ist zu beachten, dass aufgrund von § 310 Abs. 3 BGB Besonderheiten zu berücksichtigen sein können, siehe Fn. 53; mit Blick auf die hier relevanten Sachverhalte wird auf Möglichkeiten der individualvertraglichen Gestaltung nicht eingegangen.

⁵¹ Das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Ausleih- oder Benutzungsordnung sollen hier nicht von Belang sein.

⁵² Gerade bei tatsächlich oder vermeintlich privaten Sharingangeboten kann es hier zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen. Auf mögliche Gestaltungen individualvertraglicher Art wird hier nicht eingegangen.

Auf Probleme der Einbeziehung von AGB in Überlassungsverträge wird hier nicht eingegangen.⁵³

a) Modifikation von Mietverträgen

Der Überlassende könnte versuchen, den Haftungsmaßstab an denjenigen eines Leihvertrags anzugleichen. Insoweit unterliegt der Überlassende aber – wegen Abweichungen von der gesetzlichen Regelung des § 536a Abs. 1 Var. 1, 2 BGB – der Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB und damit den Klauselverböten des § 309 Nr. 7 lit. a, b BGB. Dadurch ist eine Begrenzung der Haftung für Personenschäden ausgeschlossen und der Überlassende haftet in diesen Fällen auch für einfache Fahrlässigkeit.⁵⁴ Demgegenüber kann die Garantiehaftung des § 536a Abs. 1 Var. 1 BGB formalmäßig ausgeschlossen werden.⁵⁵ Dies gilt (arg. e § 309 Nr. 7 lit. a BGB) auch für Körperschäden⁵⁶ und ermöglicht eine erhebliche Milderung des Haftungsrisikos.⁵⁷ Eine weitere Modifikation in AGB ist nur für Sachschäden möglich, die aus einem nachträglich auftretenden Mangel resultieren.⁵⁸ Diese Fälle stellen im Vergleich zu den Personenschäden jedoch das geringere Risiko für den Überlassenden dar.⁵⁹

b) Modifikation von Leihverträgen

In Leihverträgen ist die Haftung für Personen- und Sachschäden gesetzlich auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt, § 599 BGB. Eine wiederholende Klausel ist deklaratorisch.⁶⁰ Darüber hinaus kann der Verleiher die Haftung für grobe Fahrlässigkeit nicht weiter beschränken. Zwar schließt der Wortlaut des § 276 Abs. 3 BGB dies nicht aus. Eine solche Beschränkung unterläge aber als Abweichung von § 599 BGB wiederum dem Klauselverbot des § 309 Nr. 7 lit. a, b BGB.

3. Zwischenfazit: Unentgeltlichkeit als Determinante des Haftungsmaßstabs

Aus der Sicht des Überlassenden ist wegen der Privilegierung des § 599 BGB die Annahme eines Leihvertrags vorzuzugewürdigt. Dagegen besteht bei einem Mietvertrag wegen § 276 Abs. 1 S. 1 BGB eine deutlich erweiterte Verantwortlichkeit, insbesondere mit Blick auf § 536a Abs. 1 Var. 1 BGB. Immerhin kann letztere durch AGB ausgeschlossen und so das Haftungsrisiko des Überlassenden reduziert werden – wenn es denn bedacht wird. Ansonsten kann lediglich bei Sachschäden aufgrund eines nachträglichen Mangels durch AGB vom gesetzlichen Haftungsmaßstab abgewichen werden.

IV. Die Unentgeltlichkeit

Von entscheidender Bedeutung für die Haftung des Überlassenden ist also die Frage, wo genau die Grenze zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit verläuft.⁶¹ In diesem Zusammenhang kommt es auf eine Teilentgeltlichkeit wie bspw. bei der Schenkung gem. §§ 516 ff. BGB nicht an⁶²: Da für Miete und Leihe einheitlich eine Pflicht zur Rückgabe der Sache besteht, die nur einheitlich für jede Sache ausgeübt werden kann, kommt eine Beurteilung des Rechtsverhältnisses nur entweder als Miete oder als Leihe in Betracht.⁶³

„Die Gebrauchsüberlassung ist *unentgeltlich*, wenn objektiv vom Nutzer der Mieträume [Mietsache] keine Gegenleistung erbracht werden soll und subjektiv sich die Parteien einig sind über die Unentgeltlichkeit.“⁶⁴ Dennoch ist die Beantwortung der Frage diffiziler als es zunächst scheint: Das Kriterium der Unentgeltlichkeit ist nicht in dem Sinne zu verstehen, dass der Verleiher überhaupt keine Entschädigung erhalten darf. Vielmehr ist *einerseits* anerkannt, dass ein „Dankeschön“ in Form einer symbolischen Zahlung nicht zur

⁵³ Zuvörderst kann sich die Frage nach der Anwendbarkeit von § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB stellen; da soweit ersichtlich fast alle Sharingangebote über Apps bzw. Webseiten funktionieren, ist auch an die §§ 312 ff. BGB zu denken. In beiden Fällen stellt sich die Frage nach der Unternehmereigenschaft im Sinne von § 14 BGB des Überlassenden. Dies kann gerade bei Sharingfällen – man denke an Parallelen zu Ebay-Powersellern – eine im Einzelfall schwierige Abgrenzung erforderlich machen. Vgl. zum Unternehmerbegriff und insbesondere der Beweislast für die Unternehmereigenschaft *Schmidt-Räntsch*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 36, Stand: 1.8.2015, § 14 BGB Rn. 8, 16.

⁵⁴ *Häublein* (Fn. 25), § 536a Rn. 21.

⁵⁵ BGH NJW-RR 1991, 74; BGH NJW 2010, 3152 Rn. 22; OLG Düsseldorf ZMR 2003, 907 (909).

⁵⁶ *Häublein* (Fn. 25), § 536a Rn. 21 m.w.N.

⁵⁷ Siehe zu den immensen Problemen für den Überlassenden bei der Garantiehaftung II. 1. c).

⁵⁸ Siehe dazu *Häublein* (Fn. 25), § 536a Rn. 22.

⁵⁹ Siehe dazu oben I. 3.

⁶⁰ Und bedarf daher keiner Inhaltskontrolle; vgl. zu deklaratorischen Klauseln allein *Wurmnest*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 307 Rn. 1; *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 307 Rn. 50.

⁶¹ Die nötige Differenzierung scheint zumindest teilweise auch die (gewerblichen) Plattformbetreiber zu irritieren. So ist auf <https://scoo.me/> (26.1.16) davon die Rede, dass man sich über die Plattform ab 3,60 € eine Vespa „leihen“ kann. Daran anschließend erfolgt die Erläuterung, wie das „Mieten“ des Rollers per App genau funktioniert.

⁶² Im Rahmen der Schenkung besteht ein Bedürfnis für diese Figur, um bei den Schenkungsfolgen in den §§ 528 ff. BGB zu angemessenen Ergebnissen zu kommen. Dieses Bedürfnis ist bei der Leihe nicht gegeben. Siehe zur Figur einer gemischten Leihe allein *Reuter* (Fn. 25), § 598 Rn. 3 sowie *Ernst*, in: Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag am 3. November 2010, 2010, S. 139 (149 ff.).

⁶³ Vgl. *Fischer*, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, S. 91; a.A. *Reuter* ([Fn. 25], § 598 Rn. 3) mit starken Argumenten speziell zum Wohnungsmietrecht. Allerdings ist auch für dieses nicht ersichtlich, wie eine gemischte „Miet-Leihe“ bei der Rückgabe einer Wohnung abgewickelt werden sollte: In der Regel dürfte ja nicht ein Zimmer vermietet und das andere verliehen werden, sondern beide einheitlich vergeben werden (ggf. als Gefälligkeitsmiete). Insoweit ist ein teilweiser Widerruf nach § 604 BGB nicht praktikabel.

⁶⁴ So *Lützenkirchen*, WuM 2004, 58 (Hervorhebung der Verf.).

Entgeltlichkeit führt.⁶⁵ *Andererseits* hat der BGH mit Blick auf Geschäftsräume entschieden, dass bereits dann eine Miete vorliegt, wenn der Nutzer (alle) die Betriebskosten einer Räumlichkeit zu tragen hat.⁶⁶ Das Tatbestandsmerkmal der Unentgeltlichkeit bedarf mithin der Auslegung. Dieser wird eine Vorstellung verschiedener Kostenarten vorausgeschickt. Sodann ist fraglich, welche Kostenarten umlagefähig sind und wie die Berechnung solcher Kosten erfolgen sollte. Regelmäßig werden Kosten bei privaten Sharing-Angeboten nicht verbrauchsgenau erfasst, sondern pauschaliert. Schließlich ist zu betonen, dass die Unentgeltlichkeit im jeweiligen Einzelfall nicht rein objektiv, sondern auch nach dem Willen der Vertragsparteien zu bestimmen ist.⁶⁷ Als typologisch altruistisches Geschäft gehört zum subjektiven Tatbestand der Leihe ein übereinstimmender Wille zur Freigiebigkeit.⁶⁸ Insofern kann wiederum auch eine sehr geringe Leistung, wenn sie als echte Gegenleistung gewollt ist, entgeltlich sein.⁶⁹

1. Relevante Kostenarten

Nach dem Wortlaut von § 601 Abs. 1 BGB hat der Entleiher die *gewöhnlichen Kosten* der Erhaltung der Sache zu tragen. Weitere Kostenarten benennt das Gesetz nicht.⁷⁰ Wie bei § 994 Abs. 1 S. 2 BGB ist grundlegende Wertung des § 601 Abs. 1 BGB, dass die Erhaltungskosten denjenigen treffen sollen, der den Nutzen aus der Sache zieht.⁷¹ Zugleich lässt sich aus der Vorschrift eine Erhaltungspflicht des Entleihers

ableiten.⁷² *Erhaltungskosten* sind Aufwendungen zum Erhalt des Status‘ quo des Leihgegenstandes, also solche, die erforderlich sind, um den bisherigen Zustand zu erhalten.⁷³ Welche dieser Erhaltungskosten auch „gewöhnlich“ sind, richtet sich nach der Verkehrsanschauung.⁷⁴ Überwiegend handelt es sich um regelmäßig wiederkehrende Ausgaben.⁷⁵ Archetypisch nennt das Gesetz Tierfütterungskosten. Davon ausgehend dürften generell regelmäßig wiederkehrende Schutz- und Kontrollmaßnahmen wie z.B. eine Inspektion bei einer Maschine oder aber die Impfung bei einem Tier erfasst sein.⁷⁶ Diesen Aufwendungen ist gemein, dass sie unmittelbar dem Erhalt der Funktionsfähigkeit des Leihgegenstands dienen; sie sind strikt von den Anschaffungskosten zu trennen. Fraglich ist die Übernahme solcher Erhaltungskosten dann, wenn der Leihgegenstand nur für eine kurze Periode überlassen wird, in der eine derartige Maßnahme konkret nicht anfällt: Kann dann im Rechtssinne unentgeltlich ein anteiliger Ersatz vereinbart werden?⁷⁷ Begrifflich von den gewöhnlichen Erhaltungskosten zu trennen sind die (*Betriebs-*)*Kosten*, die unabhängig von einer konkreten Funktionserhaltung der Sache von Gesetzes wegen schlicht an die Eigentümerstellung und/oder einen bestimmten Verwendungszweck anknüpfen. Dies sind beispielsweise die Grundsteuer oder die Kfz-Steuer oder Haftpflichtprämie (als Betriebszulassungskosten). All diese Kosten sind nach der wohl überwiegenden Meinung keine gewöhnlichen Erhaltungskosten.⁷⁸

Hinzu treten schließlich Kosten, die den Betrieb erst ermöglichen, also konkrete Betriebs- bzw. *Verbrauchskosten* (bspw. Kraftstoff, Wasser, Holz etc.). Für deren Übernahme treffen die §§ 598 ff. BGB ebenfalls keine Anordnung.

2. Grammatische Auslegung

Das Wort unentgeltlich entsteht durch die Zusammensetzung der Vorsilbe „un-“ mit dem Adjektiv „entgeltlich“. Dieses ist abgeleitet aus dem Substantiv „Entgelt“ mit dem adjektivischen Suffix „-lich“. Jenes bezeichnet eine als Gegenleistung für geleistete Arbeit gewährte Bezahlung. Es ist vom Verb „entgelten“ abgeleitet.⁷⁹ Zugleich steht es auf der Dudenliste

⁶⁵ Brors, in: Nomos Kommentar zum BGB, 2. Aufl. 2012, § 598 Rn. 12; Schaub, Sponsoring und andere Verträge zur Förderung überindividueller Zwecke, 2008, S. 683; „Anerkennungsgebühr“ in v. Westphalen (Fn. 16), § 598 Rn. 1, 5; Reuter (Fn. 25), § 598 Rn. 2 spricht von „symbolischer Dankbarkeitsbezeugung“; siehe auch OLG Hamburg NJW 1949, 547; OLG Stuttgart NJW-RR 2008, 1700 sowie OLG Dresden ZMR 2003, 250. A.A. Heintzmann (Fn. 39), § 598 Rn. 2; unklar Weidenkaff (Fn. 48), § 598 Rn. 4.

⁶⁶ Siehe BGH NZM 2003, 372 (374): „Zum anderen sind auch nach dem BGB Verträge, in denen lediglich ein kostendeckendes Entgelt vereinbart wird (z.B. bei Sozialwohnungen), als Mietvertrag einzuordnen.“; zust. OLG Stuttgart NZM 2010, 579: „[...] Anders als das Landgericht meint, liegt i. Ü. bereits dann ein Mietvertrag vor, wenn überhaupt eine – nicht notwendig kostendeckende – Gegenleistung zu erfolgen hat [...]“; dies überzeugt allerdings – siehe oben in Fn. 62 und 63 – nicht.

⁶⁷ Reuter (Fn. 25), § 598 Rn. 2. Siehe dazu auch Ernst (Fn. 62), S. 153.

⁶⁸ Vgl. schon Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, S. 738 (Protokolle S. 1619); Fischer (Fn. 63), S. 90 f.

⁶⁹ Sog. Gefälligkeitsmiete; siehe dazu Schaub (Fn. 65), S. 682 f.; so dürfte auch Weidenkaff (Fn. 48), § 598 Rn. 4 zu verstehen sein; siehe auch Häublein (Fn. 25), Vor §§ 535 ff. Rn. 11 sowie ferner Ernst (Fn. 62), S. 149 ff.

⁷⁰ Es regelt lediglich in § 601 Abs. 2 S. 1 BGB die Pflicht des Verleihers zum Verwendungersatz.

⁷¹ So Häublein (Fn. 25), § 601 Rn. 1.

⁷² Bspw. Weidenkaff (Fn. 48), § 601 Rn. 1; Häublein (Fn. 25), § 601 Rn. 1 m.w.N.

⁷³ Siehe Ebert, in: Handkommentar zum BGB, 8. Aufl. 2014, § 601 Rn. 3.

⁷⁴ Vgl. Reuter (Fn. 25), § 598 Rn. 2.

⁷⁵ Siehe Häublein (Fn. 25), § 601 Rn. 2.

⁷⁶ Vgl. Weidenkaff (Fn. 48), § 601 Rn. 2; Häublein (Fn. 25), § 601 Rn. 1 m.w.N.

⁷⁷ Bspw. sei bei einem Kfz eine Inspektion alle 10.000 km Laufleistung erforderlich; das Kfz wird nun für eine Fahrt von 1.000 km verliehen. Bei anderen Gegenständen kann an Betriebszeiten angeknüpft werden.

⁷⁸ So Häublein (Fn. 25), Vor §§ 535 ff. Rn. 11, § 601 Rn. 1; Ehlert (Fn. 42), § 598 Rn. 20; Westermann, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 601, Rn. 1; auch das Risiko des gewöhnlichen Verschleißes soll den Verleiher treffen, siehe Reuter (Fn. 25), § 601 Rn. 2.

⁷⁹ Siehe <http://www.duden.de/rechtschreibung/Entgelt> (26.1.16).

für rechtschreiblich schwierige Wörter⁸⁰, da es offenbar zu mannigfaltigen Verwechslungen zwischen den Begriffen „Entgelt“ und „Geld“ kommt. Etymologisch stammt das Verb „entgelten“ von dem mittelhochdeutschen „en(t)gelten“ bzw. dem althochdeutschen „intgeltan“. Die heutige Bedeutung lässt sich mit „büßen, vergüten, entschädigen“ erfassen.⁸¹ Demnach hat der Begriff mit „Geld“ nichts zu tun, sondern erfasst grundsätzlich jede Gegenleistung.⁸² Zugleich unterscheidet sich der Begriff der Unentgeltlichkeit von dem Begriff der Kostenlosigkeit.⁸³

Da es bei einem Entgelt also um eine – egal wie – geartete Leistung an den Überlassenden geht, kann nach grammatischer Auslegung theoretisch jede noch so kleine Leistung Entgelt sein. Auf der anderen Seite muss aber auch eine größere Leistung nicht unbedingt entgeltlich sein. Damit zwingt die grammatische Auslegung weder zu dem einen, noch dem anderen Ergebnis. Begrifflich dürfte das Entgelt dennoch näher an einer Vergütung (im Sinne der Kostenübernahme + X) als an der bloßen Kostenübernahme liegen. Für die Frage, welche Kostenarten konkret (noch) vergolten werden dürfen, ohne dass mehr oder minder zwingend die Annahme von Entgeltlichkeit erfolgt, lässt sich aus der grammatischen Auslegung allerdings wenig gewinnen. So kann die Übernahme tatsächlich anfallender (Betriebs-) Kosten der Leihsache durch den Entleiher als unentgeltlich angesehen werden. Im Hinblick auf eine Differenzierung zwischen verbrauchsabhängigen und – unabhängigen Kosten lässt sich wenig ableiten. Zudem ist die grammatische Auslegung unergiebig für die Frage, ob der Entleiher die Aufwendungen unmittelbar auf die Sache vornehmen muss, oder einen entsprechenden Betrag an den Verleiher aushändigen kann (beispielsweise Hingabe von Geld für verfahrenes Benzin).

3. Historische Auslegung

Die Motive enthalten keine Erläuterung des Begriffes der Unentgeltlichkeit für die Leihe, sondern setzen diesen voraus.⁸⁴ Auch in den Ausführungen zur Schenkung erläutern die Motive den Begriff nicht.⁸⁵ In der ferneren Beratung wurde zwar der Wortlaut der Norm verändert, jedoch nicht der Begriff der Unentgeltlichkeit aufgegriffen.⁸⁶ Gleiches gilt für die Formulierungen zur Schenkung.⁸⁷ Einzig im Material zu den Bestimmungen über die Gebrauchsleihe im Dresdener

Entwurf wird kurz Stellung bezogen.⁸⁸ Allerdings erschöpft sich dies in der kurzen Feststellung, dass die Vereinbarung einer Gegenleistung regelmäßig einen Mietvertrag begründe. Auf Art und Weise sowie Umfang der Gegenleistung wird nicht eingegangen. Zugleich wurde die Verpflichtung des Entleihers zur Tragung der konkret durch den Gebrauch verursachten Auslagen als selbstverständlich erachtet.⁸⁹ So folgt aus dem allseitigen Einverständnis hinsichtlich § 605 BGB a.F.⁹⁰, dass jedenfalls die Übernahme tatsächlich anfallender Kosten nicht zur Annahme einer Entgeltlichkeit oder Gegenleistung führen sollte.⁹¹ Die Diskussion über eine Begrenzung der Verpflichtung des Entleihers zur Übernahme von „Unterhaltungskosten“ für unbewegliche Sachen, gegen die Bedenken vorgebracht wurden, wurde aber nicht weitergeführt.⁹² Aus historischer Sicht kann der Entleiher also mit „Unterhaltungskosten“ belastet werden, ohne dass hieraus zwingend eine Miete resultiert. Der Begriff der Unterhaltungskosten wird nicht näher präzisiert. Zumindest können darunter verbrauchsunabhängige und -abhängige Betriebskosten verstanden werden. Für weitere Positionen ist die Quellenlage unergiebig.

4. Systematische Auslegung

Nach der gesetzlichen Wertung des § 601 Abs. 1 BGB muss der Entleiher die gewöhnlichen Erhaltungskosten tragen. Anders als bei der Miete nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB muss der Verleiher also lediglich den Gebrauch dulgend gestatten, nicht aber auch die Sache instand halten.⁹³ Dies spricht aus systematischer Hinsicht dafür, dass Entgeltlichkeit nicht bei jeglicher Form von Leistung des Entleihers vorliegt.⁹⁴ Sodann kann aus systematischer Sicht keine Rolle spielen, ob der Entleiher unmittelbar Verwendungen auf die Sache aufbringt, oder die (anteiligen) Kosten dem Verleiher auszahlt. Ein solches Ergebnis steht auch im Einklang zu § 602 BGB, wonach der Entleiher zwar Abnutzungen durch vertragsgemäßen Gebrauch an sich nicht zu ersetzen hat. Jedoch ist § 602 BGB uneingeschränkt abdingbar.⁹⁵ Damit kann auch die Übernahme von Instandhaltungskosten (/Schadensersatz) für Verschlechterungen des Leihgegenstandes durch vertragsgemäßen Gebrauch seitens des Entleihers übernommen werden, ohne dass der Vertrag dadurch „automatisch“ eine Miete wird.⁹⁶ Wenn solche Kosten schon ex ante ersichtlich sind, spielt es daher auch keine Rolle, ob solche Kosten vor der

⁸⁰ Siehe <http://www.duden.de/schwierige-woerter#e> (26.1.16).

⁸¹ Siehe <http://www.duden.de/rechtschreibung/entgelten> (26.1.16).

⁸² Siehe auch Häublein (Fn. 25), § 598 Rn. 21; Reuter (Fn. 25), § 598 Rn. 4.

⁸³ So bereits RGZ 163, 348 (355).

⁸⁴ Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 2, S. 443 ff.

⁸⁵ Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 2, S. 286 ff.

⁸⁶ Vgl. Mugdan (Fn. 68), S. 894 f. (Protokolle S. 2127).

⁸⁷ Siehe Mugdan (Fn. 68), S. 735 ff. (Protokolle S. 1610 ff.).

⁸⁸ Siehe v. Kübel et al., in: Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1980, Bd. 2, Teil 2, S. 475.

⁸⁹ Vgl. Mugdan (Fn. 68), S. 896 (Protokolle S. 2134).

⁹⁰ Dieser regelte die Pflicht des Entleihers, für die Dauer der Leihe die Kosten der Erhaltung der Sache zu tragen.

⁹¹ Siehe v. Kübel et al. (Fn. 88), S. 496.

⁹² Siehe Mugdan (Fn. 68), S. 896 (Protokolle S. 2135).

⁹³ Vgl. Fischer (Fn. 63), S. 92.

⁹⁴ Mit dem Hinweis auf die Systematik auch Häublein (Fn. 25), § 598 Rn. 22; Reuter (Fn. 25), § 598 Rn. 2.

⁹⁵ Siehe Weidenkaff (Fn. 48), § 602 Rn. 1.

⁹⁶ Siehe dazu Häublein (Fn. 25), § 601 Rn. 3.

Nutzung oder danach ersetzt werden.⁹⁷ Daneben ist die systematische Auslegung im Hinblick auf die Differenzierung von verbrauchsabhängigen und -unabhängigen Betriebskosten (sowie den Zulassungskosten) wenig ergiebig. Auch der Vergleich mit anderen altruistischen Vertragstypen ist nicht weiter hilfreich.⁹⁸ Den Vorschriften der unentgeltlichen Verwahrung und der Schenkung, aber auch den Vorschriften des Darlehens, lassen sich keine direkten Anhaltspunkte bezüglich einer näheren Charakterisierung der Unentgeltlichkeit entnehmen.

5. Teleologische Auslegung

Aus dem Sinn und Zweck der Leihe als altruistische Gebrauchsgestattung lassen sich keine unmittelbaren Aussagen bezüglich des Kriteriums der Unentgeltlichkeit ableiten. Allerdings folgt aus der Haftungsprivilegierung des § 599 BGB, dass der Gesetzgeber die Leihe fördern will.⁹⁹ Gerade die privilegierte Haftung schafft – neben der sozialen Komponente des uneigennütigen Gebens und Teilens – auch den rechtlichen Anreiz, Leihverträge zu schließen und andere an eigenem Eigentum partizipieren zu lassen. Der Zweck der Förderung altruistischen Verhaltens wird vor allem dann erfüllt, wenn der Verleiher neben den konkreten Verbrauchskosten auch weitere Betriebskosten auf den Entleiher umlegen darf. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob der Entleiher die Aufwendungen selbst unmittelbar auf die Sache tätigt, oder dem Verleiher dessen tatsächlich erfolgende Aufwendungen ersetzt. Die Situation rechtfertigt eine mildere Haftung des Gebenden.¹⁰⁰ Zudem widerspricht die Haftungsprivilegierung nicht offensichtlich dem Interesse der Nutzer, da sich diese oftmals aufgrund der gegenüber kommerziellen Gebrauchsüberlassungen geringeren Kosten für ein Sharing-Angebot oder eine Vereinswerkstatt entscheiden.¹⁰¹ Insgesamt wird dem Zweck der Förderung altruistischen Handelns so lange genügt, wie nur tatsächlich anfallende Betriebs- und Verbrauchskosten – egal welcher Art – abgewälzt werden. Davon sind jedoch die Anschaffungskosten zu unterscheiden. Das privilegierungswürdige Interesse des Verleihers beschränkt sich auf den Substanz- und Sacherhalt, nicht die Finanzierung der Anschaffung als solche.

⁹⁷ Wenn bspw. der Entleiher das genutzte Auto nicht wieder auftanken soll, sondern den durchschnittlichen Verbrauch für die zu fahrenden Kilometer vorab ersetzt; Streitpunkt kann hier ferner sein, inwieweit eine pauschalierte Vergütung der Abnutzung – Kilometerpauschale – noch unentgeltlich ist.

⁹⁸ Auf die Abgrenzung zwischen den einzelnen altruistischen Überlassungsverträgen und ihrer jeweiligen Charakteristika soll hier nicht eingegangen werden.

⁹⁹ Siehe dazu *Reuter* (Fn. 25), § 599 Rn. 1.

¹⁰⁰ Siehe dazu *Häublein* (Fn. 25), § 598 Rn. 22; *Heintzmann* (Fn. 39), Vor § 598 Rn. 2; differenzierend hingegen *Reuter* (Fn. 25), § 599 Rn. 5.

¹⁰¹ *Häublein* (Fn. 25), § 598 Rn. 21 wendet dagegen ein, dass auch bei einer Gegenleistung, die auch weit unter dem Marktüblichen liegen kann, Miete vorliegt.

6. Ergebnis der Auslegung und Abwägung

Einerseits hat, wer auf sein eigenes Nutzungsrecht zu Gunsten anderer vorübergehend verzichtet, ein legitimes Interesse am Ersatz letztendlich aller Fixkosten sowie der konkreten Verbrauchskosten, ohne automatisch in die Rolle eines Vermieters mit den korrelierenden Pflichten – Sacherhalt, Garantiehaftung etc. – gedrängt zu werden. Eine solche Gestaltung sollte privatautonom möglich sein: Sie ist gesamtgesellschaftlich positiv zu bewerten, wenn sie Anreize zum Teilhabenlassen setzt und eine erweiterte Teilhabe an Sachmitteln ermöglicht. *Andererseits* steigt mit der Höhe einer Entschädigung durch einen Nutzer auch dessen Schutzwürdigkeit und sein Interesse Mieter¹⁰² – mit den korrelierenden Rechten – zu sein. So darf, gerade beim Sharing, nicht eine vorgeblich altruistisch-ökologische Argumentation dazu missbraucht werden, über die Annahme der Leihe den Mieterschutz auszuhebeln. Insofern ist allerdings anzumerken, dass die wesentlichen Entscheidungen zur Abgrenzung zwischen Leihe und Miete aus dem Gebäude-, vor allem Wohnraummietrecht stammen.¹⁰³ Gerade in diesem (sozial und ökonomisch) sensiblen Bereich besteht ein besonderes Interesse der Nutzer an der Einstufung als Mieter. Das mag eine Tendenz zur schnellen Annahme einer Miete begründen.¹⁰⁴ In anderen Bereichen

¹⁰² Bei den verschiedenen Sharingangeboten ist auch an andere zweiseitige Vertragstypen zu denken, deren austariertes System von Leistung und Gegenleistung ausgehebelt werden könnte. Hier ist allerdings der Fokus von Anfang an auf Sachüberlassungen gelenkt worden – siehe oben.

¹⁰³ So v.a. BGH WM 1970, 853 (855): „[...] Nach Sinn und Zweck der Vereinbarung hatten die Beklagten dafür, daß [sic!] sie die Wohnung auch nach Ablauf der ersten fünf Jahre weiter benutzen durften, einen Anteil an den notwendigen Ausgaben für das Grundstück zu tragen. Dieser Anteil stellte also die Vergütung dafür dar, daß [sic!] ihnen der Gebrauch der Wohnung auch in der Folgezeit gewährt wurde. Es handelt sich mithin entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts um ein Entgelt für die Überlassung der Wohnung. [...] stellt sich rechtlich als Mietvertrag dar. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß [sic!] das vereinbarte Entgelt sehr niedrig ist, denn der Mietzins braucht dem Mietwert der Sache nicht zu entsprechen, vielmehr stellt auch ein weit unter der Marktmiete liegendes Entgelt für den Gebrauch einer Sache einen Mietzins dar [...]“; BGH NZM 2003, 372 (374); „Zum anderen sind auch nach dem BGB Verträge, in denen lediglich ein kostendeckendes Entgelt vereinbart wird (z.B. bei Sozialwohnungen), als Mietvertrag einzuordnen.“; OLG Stuttgart NZM 2010, 579: „[...] Anders als das Landgericht meint, liegt i. Ü. bereits dann ein Mietvertrag vor, wenn überhaupt eine – nicht notwendig kostendeckende – Gegenleistung zu erfolgen hat [...]“.

¹⁰⁴ Auch in Fällen, in denen es nicht unmittelbar um Mieterschutz geht; siehe nochmals BGH NZM 2003, 372 (374); „[...] Zum anderen sind auch nach dem BGB Verträge, in denen lediglich ein kostendeckendes Entgelt vereinbart wird (z.B. bei Sozialwohnungen), als Mietvertrag einzuordnen. [...]“ Diese Argumentation ist für die Frage der Abgrenzung nicht hilfreich, bzw. zirkulär: Um die Frage, ob die Leistung

liegt eine solche Brisanz wiederum nicht vor. Es erscheint daher auch ein eher extensiver Umgang mit der Leihe möglich.

Insgesamt ermöglicht die geltende Rechtslage auch ohne das Institut einer „gemischten Leihe“¹⁰⁵ eine differenzierte Betrachtung, die jedoch für die Parteien nicht immer offenkundig sein dürfte. So sind die Übergänge von der Leihe zur Gefälligkeitsmiete fließend.¹⁰⁶ Jedenfalls hat die Auslegung bestätigt, dass unentgeltlich nicht kostenlos meint.¹⁰⁷ Vielmehr besteht ein erheblicher Spielraum, so dass es dem Überlassenden im Einzelfall sogar möglich ist, eine (alle) Betriebskosten deckende Entschädigung zu erlangen und zugleich von der Haftungsprivilegierung des § 599 BGB zu profitieren.¹⁰⁸ Angesichts der geringen Aussagekraft der Auslegungsmethoden in Bezug auf eine Differenzierung zwischen verbrauchs(un)abhängigen Betriebskosten ist für die Abgrenzung von einer Miete zur Leihe (nochmals) besonderes Augenmerk auf die subjektive Komponente zu lenken: Will der Überlassende den Gebrauch tatsächlich als Vermieter gewähren und erhalten oder nur als Verleiher gestatten?¹⁰⁹ Je mehr Kostenpositionen eingepreist werden und je pauschalisierter dies geschieht, desto eher ist dabei von einer Miete auszugehen und desto deutlicher sollten Parteien ggf. die subjektive Komponente der bloßen Kostenübernahme betonen. Zugleich sollte, je mehr Kostenpositionen eingepreist werden, desto genauer über diese abgerechnet werden, um den Charakter der Übernahme konkreter Kosten zu verdeutlichen. In jedem Fall aber beschränkt sich das privilegierungswürdige Interesse eines Verleihers auf den Substanz- und Sacherhalt, nicht die Finanzierung der Anschaffung als solche.

V. Fazit

Abschließend ist herauszustellen, dass nicht jedes Sharing altruistisch ist. Andererseits wird der Förderung altruistischen Handels nicht gerecht, wer vorschnell jeden Kostenersatz zur entgeltlichen Gegenleistung (v)erklärt. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Abgrenzung von Leihe und Miete anhand des Begriffes der Unentgeltlichkeit als Herausforderung. In Bezug auf die Feststellung der Unentgeltlichkeit ist das Vorliegen subjektiver und objektiver Merkmale notwendig. Mit Blick auf letztere ist festzuhalten, dass unentgeltlich nicht kostenlos meint. Zumindest konkrete Verbrauchskosten können dem Nutzer abverlangt werden. Je mehr Kostenarten jedoch als „Leihgebühr“ umgelegt werden, desto näher rückt die Annahme einer Miete. Bei der Aufnahme vieler Kostenarten ist also möglichst präzise über konkrete Kosten abzurech-

ein Entgelt oder lediglich eine Kostenübernahme ist, geht es gerade.

¹⁰⁵ An diesem Institut führt jedoch nach *Reuter* ([Fn. 25], § 598 Rn. 3) „kein Weg vorbei“.

¹⁰⁶ Siehe dazu *Schaub* (Fn. 65), S. 507 ff.; vgl. zum Begriff u.a. *Lützenkirchen*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 535 Rn. 108.

¹⁰⁷ Siehe dazu auch *Schaub* (Fn. 65), S. 225.

¹⁰⁸ Siehe OLG Stuttgart NJW-RR 2008, 1700.

¹⁰⁹ Zutreffend OLG Stuttgart NJW-RR 2008, 1700.

nen, um eine genaue Zuordnung zum jeweiligen Nutzer zu ermöglichen. Gerade für private Sharer ist das Bewusstsein dafür zu wecken, dass im Windschatten der Unterscheidung von Miete und Leihe zahlreiche Fallen lauern: Wer regelmäßig über ein online-Portal entgeltliches Sharing mit Gegenständen betreibt, sollte bspw. mit den Anforderungen des E-Commerce besser vertraut sein.

Die Identität der Verwaltung*

Abgrenzungen, Brüche, Chancen

Von Privatdozent Dr. Eike Michael Frenzel, Freiburg

Das Verwaltungsrecht ist ein Kernelement der juristischen Ausbildung, Prüfung und Praxis. Es ist im Curriculum zeitlich regelmäßig nach dem Verfassungsrecht eingeplant. Daher fällt es umso leichter, den Gegenstand des Verwaltungsrechts, die Verwaltung, als die Staatsgewalt zu definieren, die nicht Gesetzgebung und nicht Rechtsprechung ist. Mit dieser Negativdefinition wird man der Verwaltung und ihrer Bedeutung jedoch nicht gerecht und beginnt die verwaltungsrechtliche Ausbildung mit negativem Kapital. Im Folgenden wird ein konstruktiver Ansatz vorgestellt, um zu zeigen, wie Verwaltung sich konstituiert und vor welche Herausforderungen sie und ihr Recht gestellt werden.

I. Einführung

„Ich bin nicht Stiller!“ Mit diesem Satz beginnt nicht der erste und nicht der letzte Roman, der das Thema Identität behandelt.¹ Während es vermeintlich leicht fällt mitzuteilen, wer oder was man nicht ist, ist es deutlich schwieriger, die eigene Identität positiv zu definieren – und dem Protagonisten in *Max Frischs* großem Roman gelingt dies nicht mit großem Erfolg. Dafür muss man wissen, wie man heißt und wer man ist. Dass aber gerade das Wissen um sich selbst, das Selbstverständnis und das Selbstbewusstsein für das eigene, das Selbst-Sein grundlegend sind, erscheint als lohnenswerter Ausgangspunkt für die Frage der Identität des Wesens, das im Studium wie auch in der Lebenswelt von Bürgerinnen und Bürgern und Juristinnen und Juristen eine wichtige Rolle spielt: des Wesens „Verwaltung“. Das Bild vom „Wesen Verwaltung“ kann im demokratischen Staat freilich nicht weit tragen, wenn damit einherginge, diesem Wesen Freiheit, Souveränität oder die Berechtigung zu willkürlichem Handeln zuzuschreiben. Unter dieser Vorbedingung wird im Folgenden die Identität der Verwaltung thematisiert, ihre Handlungen, ihre Probleme und Konflikte, mit denen die Verwaltung konfrontiert ist und die die Verwaltung austragen muss. Die Verwaltung ist also Akteurin. Es geht um das „Selbst-Sein“ der Verwaltung. Insofern ist also nicht davon zu sprechen, dass die Verwaltung konstituiert wird, dass sie gestaltet wird, dass sie gesteuert wird, sondern dass sie sich konstituiert, dass sie gestaltet, dass sie steuert.

* Der Text geht auf einen Vortrag des *Verf.* am 14.3.2015 im Rahmen des Jahresseminars des Lehrgangs für Verwaltungsführung der Bayerischen Staatsregierung zurück. Der *Verf.* dankt der Leiterin des Lehrgangs Frau *Dr. Ingeborg Berggreen-Merkel* und dem Geschäftsführer des Lehrgangs Herrn *Dr. Peer Frieß* für die Einladung sowie Herrn *Marcus Ell*.

¹ Vgl. *Frisch*, *Stiller*, 1954, sowie – im Kleinen – *ders.*, *Homo Faber*, 1957 und – in zeitlicher Distanz – *ders.*, *Mein Name sei Gantenbein*, 1964; *Kundera*, *Die unerträgliche Leichtigkeit des Seins*, 1984; *ders.*, *Die Identität*, 1998; *Auster*, *New-York-Trilogie*, 1987; *ders.*, *Sunset Park*, 2010 – diese *Autoren* bleiben (wie viele andere) sie selbst, weil und indem sie immer wieder über Identität schreiben.

In einem ersten Schritt werden Abgrenzungen beschrieben, und die Instrumente, die der Abgrenzung dienen. Im Anschluss wird zu zeigen sein, dass einige liebgewonnene Wahrheiten brüchig geworden sind. Mit der Identität sind zugleich Chancen verbunden, die es ermöglichen, dass die Verwaltung sie selbst bleibt; um diese Chancen wird es im dritten Abschnitt gehen.

II. Abgrenzungen

Identitätsfragen sind Abgrenzungsfragen.² Über die Abgrenzung wird das Selbst vom Nicht-Selbst, das Wir von anderen unterschieden. Wie grenzt sich die Verwaltung ab? Anhand einer vierteiligen Matrix kann diese Frage beantwortet werden: Diese Matrix unterscheidet zunächst zwischen außen und innen und innerhalb dieser Unterscheidung zwischen normativ und faktisch.

1. Abgrenzung durch Unterscheidung

Gegenüber dem Außen grenzt sich die Verwaltung normativ ab, zuerst auf verfassungsrechtlicher Ebene. Dies geschieht mittels verfassungsmäßiger Kompetenzen, mittels der Handlungsformen und der Verfahren der Verwaltung, und zwar in mehrere Richtungen: einerseits – im staatlichen Bereich – gegenüber anderen Staatsfunktionen, denen andere Kompetenzen und andere Handlungsformen eigen sind; andererseits zu Bürgerinnen und Bürgern, die den Kompetenzen der Verwaltung Freiheit entgegensetzen, die also Gläubiger des Staates sind, der fremde Freiheit schuldet.³

Dem verfassungsmäßigen Auftrag entsprechend vollzieht Verwaltung Gesetze, wendet diese abstrakt-generellen Regelungen auf Einzelfälle an. Diese Funktion ist nicht dem einfachen Recht überlassen, sondern verfassungsrechtlich vorgesehen: Die Staatsgewalt geht vom Volke aus (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG). Sie wird von besonderen Organen auch der vollziehenden Gewalt ausgeübt (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG). Diese sind dabei an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3), insbesondere die Grundrechte gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG). Im normativen Kontext erscheint die Verwaltung als die dauerhafte Gestalt des Staates, als die ewige Gewalt. Diskontinuität ist für sie keine Herausforderung, anders als für die Gesetzgebung. Wenn die Gesetzgebung die Produktion einstellt, kann und muss weiter verwaltet werden: „Die Verwaltung schläft nie. Sie beobachtet die Vergangenheit, sieht, was daran zu ändern ist; sie beobachtet die Gegenwart und sie guckt in die Zukunft. Sie plant – das gehört zum Wesen der Verwaltung. Sie organisiert die Polizeigewalt – alles Dinge, die jenseits jeder gerichtlichen Kontrolle liegen. Also: Die Verwaltung

² *Grimm* (Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, 2012, S. 1) hat dies konturiert.

³ Vgl. *Rupp*, in: *Bachof/Heigl/Redeker* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung*, 1978, S. 539 (540 f.); zuvor *ders.*, in: *Schneider/Watrin* (Hrsg.), *Macht und ökonomisches Gesetz*, 2. Halbband, 1973, S. 1251 (1266).

hat ihre Eigenständigkeit auf Grund einer in keiner Verfassung stehenden Ermächtigung zum Verwalten, d.h. die Staatsbedürfnisse zu beobachten und zu erkunden.“⁴ Anders als die Rechtsprechung lebt die Verwaltung nicht nur von Konflikten, die noch dazu durch Anträge anhängig gemacht werden müssen. Verwaltung ist diejenige Staatsfunktion, die den Bürgerinnen und Bürgern am nächsten steht, durch den Bezug zu ihren Lebensverhältnissen, ob sie wollen oder nicht – jedenfalls solange es „den Staat“ gibt, auf Bundes-, auf Landes- und auf kommunaler Ebene. Das besondere Verhältnis zu Bürgerinnen und Bürgern wird in den Verfassungen zum Teil reflektiert: So stellt die Wahrung der Rechte der Einzelperson nach Art. 77 Abs. 2 der Bayerischen Verfassung ein Kriterium für die Aufbau- und Ablauforganisation der Verwaltung dar, und die kommunale Selbstverwaltung dient dem Aufbau des Staates von unten nach oben, Art. 11 Abs. 4 BV. Unverblümt fordert Art. 66 Abs. 1 der Berliner Verfassung: „Die Verwaltung ist bürgernah im demokratischen und sozialen Geist nach der Verfassung und den Gesetzen zu führen.“

Die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Art. 20, 28, 30, 70, 83 ff. GG sind die Bezugspunkte dafür, dass im Bundesländer-Verhältnis nicht nur von je eigenen Verfassungsräumen gesprochen wird, sondern auch von Verwaltungsräumen. Gerade die Landesverwaltungen sind die Knotenpunkte: Hier werden die Rechtstoffe unterschiedlicher Ebenen häufig wieder vereint. Die Landesverwaltungen sind grundsätzlich auch für den Vollzug des Rechts zuständig, für das die Landesgesetzgebung die Kompetenz längst verloren hat: für den Vollzug von Bundesrecht als eigene Angelegenheit oder in Bundesauftragsverwaltung, und ebenso für das unmittelbar geltende Unionsrecht; beim Unionsrecht profitiert die Landesverwaltung davon, dass die Verteilungsregel im Mehrebenensystem zunächst für sie spricht. Auf Bundesebene besteht ein Verwaltungsraum, der – abzüglich des Landesrechts, was gelegentlich erst das Bundesverfassungsgericht feststellen musste⁵ – auch für Materien zuständig sein kann, für die der Bundesgesetzgebung die Kompetenz fehlt.

Die Leistung der Transmission, der Übersetzung der abstrakt-generellen Regelungen auf eine Vielfalt von Sachverhalten bedarf erheblicher Kapazitäten, die zum Beispiel gegenüber dem Haushaltsgesetzgeber eingefordert werden. Die mit den Abgrenzungen möglicherweise verbundenen Konflikte können Identität stiften, wie der deutschstämmige US-Soziologe *Lewis Coser* 1965 feststellte: „Der Konflikt mit anderen Gruppen trägt zur Schaffung und zur Festigung der Gruppenidentität bei und erhält die Grenzen gegenüber der sozialen Umwelt“⁶.

Die Verwaltungsräume werden durch verschiedene Instrumente gesichert, und die Durchsetzung der Sicherung hängt auch davon ab, dass die Verwaltung für diese sorgt und nicht auf fürsorgliche Dritte angewiesen ist. Es besteht kein

„Totalvorbehalt“⁷ zugunsten des Gesetzgebers: Das materielle Recht entscheidet nicht über die Errichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren; Organisationsrecht wird auf verschiedenen Ebenen gesetzt, zum Beispiel durch Art. 86, 87 GG, durch eigene Organisationsgesetze,⁸ durch Erlasse,⁹ durch Geschäftsordnungen.¹⁰ Im Bundesstaat verbleibt die Kompetenz für die Verwaltungsorganisation der Länder gerade im Bereich des Vollzugs von Bundesrecht bei diesen.¹¹ Die Komplexität des Verwaltens verhindert, dass die Gesetzgebung aus der Verwaltung einen willenlosen Subsumtionsautomaten machen kann – zumal sie es nicht dürfte. Die Komplexität der Welt hielte kein Gesetzgeber aus, weshalb dieser Gesetzgeber dazu berufen ist, abstrakt-generelle Normen zu formulieren – die Verwaltung muss die Komplexität der Welt nicht nur aushalten, sondern verarbeiten.¹²

Außerdem ermöglicht die Gewaltenteilung das Ziehen einer Grenzlinie, ermöglicht eine Abgrenzung und erleichtert diese. Die Verfassung selbst konkretisiert diese Position der Verwaltung, indem sie die Verwaltung der Verwaltung zuordnet und der gesetzgeberische Zugriff die Ausnahme ist. Der Prozess der Abgrenzung wird etwa mit den Figuren der Organisationsgewalt der Regierung¹³ und des Kernbereichs exekutiver Eigenverantwortung unterstützt, Metaphern von wirkungsvoller Primitivität, wenn man sie unreflektiert und überdosiert verwendet.

Die Verwaltung grenzt sich also ab, allerdings wäre es vermessen, von nur einer Verwaltung und damit auch nur von einer Identität zu sprechen. Die „Einheit der Verwaltung“ „als Konsequenz des demokratischen Prinzips“¹⁴ ist eine Fiktion¹⁵. Zwischen den Identitäten von Staats- und Selbstver-

⁷ Vgl. BVerfGE 68, 1 (109, Atomwaffenstationierung, 1984); vgl. den Ansatz von *Loeser*, Das Bundes-Organisationsgesetz, 1988.

⁸ Vgl. etwa das Gesetz über die Errichtung des Bundesverwaltungsamts v. 1959 (BVwAG) und das Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen v. 2005 (BEGTPG).

⁹ Vgl. als Beispiel den Organisationserlass der Bundeskanzlerin v. 17.12.2013 (BGBl. I 2013, S. 4310) über den Zuschnitt der Bundesministerien, vgl. auch § 9 GOBReg.

¹⁰ Vgl. §§ 6 ff. der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien; §§ 3 ff. der Geschäftsordnung des Statistischen Bundesamtes.

¹¹ Vgl. Art. 84, 85 GG; dazu *Frenzel*, JuS 2012, 1082 (1083 ff.).

¹² Weiterführend *Lenk/Wengelowski*, in: *Edeling/Jann/Wagner* (Hrsg.), *Wissensmanagement in Politik und Verwaltung*, 2004, S. 147 (149): „Verwaltungsarbeit ist Wissensarbeit par excellence.“

¹³ Vgl. *Köttgen/Ermacora*, VVDStRL 16 (1958), 154, 191; *Spanner*, DÖV 1957, 640; *Böckenförde*, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung*, 1964.

¹⁴ *Haverkate*, VVDStRL 46 (1988), 217 (223).

¹⁵ Vgl. als Ausgangspunkt *Bryde*, VVDStRL 46 (1988), 182; *Haverkate*, VVDStRL 46 (1988), 217 (221 ff.); vgl. zuvor *Geib*, in: *Morstein Marx* (Hrsg.), *Verwaltung*, 1965, S. 148 f.; vgl. auch *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts* in

⁴ *Kaufmann*, VVDStRL 24 (1966), 219 f.

⁵ BVerfGE 21, 312 (Ausführung von Rahmen- und Landesgesetzen, 1967).

⁶ *Coser*, *Theorie sozialer Konflikte*, 1965, S. 43.

waltung, von Bundes-, Landes- und Kommunalverwaltung, von bayerischer und Berliner Verwaltung bestehen Gemeinsamkeiten, aber auch Unterschiede, so dass innerhalb der Verwaltung als Staatsfunktion abgegrenzt wird.

2. Abgrenzung durch Einheitsbildung

Abgrenzung findet zudem durch Einheitsbildung statt, durch den Aufbau von Innenbeziehungen. Auch diese Einheitsbildung ist zum einen rechtlich induziert: Hierarchie, Aufsicht, Weisung – Strukturen und Instrumente, die für die Gesetzgebung und die Rechtsprechung wenn nicht verpönt, so doch nicht im Zentrum der Aufmerksamkeit stehen. Ein wesentliches anderes Instrument ist allen Staatsfunktionen eigen: arbeitsteilige Spezialisierung. In *Robert Musils* „Mann ohne Eigenschaften“ sucht General Stumm von Bordwehr die Hofbibliothek auf und lässt sich vom Bibliothekar führen. Zum Ende der Begegnung sagt der General zum Bibliothekar: „Sie dürfen mich nicht verlassen, ohne mir das Geheimnis verraten zu haben, wie Sie sich in diesem Tollhaus von Büchern selbst zurechtfinden“. Der Bibliothekar ist irritiert und entgegnet dann: „Herr General, [...] Sie wollen wissen, wieso ich jedes Buch kenne? Das kann ich Ihnen nun allerdings sagen: Weil ich keines lese!“¹⁶. Arbeitsteilige Spezialisierung ist insoweit sicher ein Instrument, das der Bewältigung der Komplexität dient.

Verwaltungsvorschriften sind ein weiteres normativ induziertes Instrument, mit dem Erwartungen erzeugt, enttäuscht oder gesichert werden. Weiterhin kann eine bestimmte Übung, eine bestimmte Herangehensweise an eine Aufgabe eine normative Kraft entfalten, ohne dass dies per se problematisch wäre, also auf „brauchbare Illegalität“¹⁷ hinausliefe.

Einheit wird zum anderen rechtstatsächlich ausgebildet und damit Distanz zu anderen Staatsfunktionen geschaffen: durch die Örtlichkeiten und Gebäude der Verwaltung;¹⁸ durch Bildung von Organisationseinheiten, durch die Rollen, die den Amtswaltern zugewiesen werden und von ihnen auszufüllen sind; durch bürokratische Routine¹⁹; und durch die Aus- und Weiterbildung des Verwaltungspersonals, das nach Eignung, Befähigung und Leistung auszuwählen ist, Art. 33 Abs. 2 GG.

Zwischen normativer und rechtstatsächlicher Einheitsbildung können Konflikte entstehen: Die normativ angeordnete völlige Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht ist ein Aspekt, der nichts daran ändert, dass diese Datenschutzaufsicht

Deutschland, Bd. IV, 2012, S. 529; *Loeser*, System des Verwaltungsrechts, Bd. 2 – Verwaltungsorganisation, 1994, S. 34.

¹⁶ *Musil*, Mann ohne Eigenschaften, 1. Buch, 1930, Kap. 100.

¹⁷ Grundlegend *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1964, S. 304 ff.

¹⁸ Vgl. *Morstein Marx* (Das Dilemma des Verwaltungsmannes, 1965, S. 143): „Der Besuch des Gebäudes stimmt sie [Anm. des Verf.: die Menschen, die das Publikum sind] nicht heiter, aber wenn sie es morgen leer finden würden, ließe sich ihre Entrüstung kaum beschreiben“.

¹⁹ Ein weiterer Begriff, der eher wenig Ansehen genießt, vgl. *Luhmann*, Verwaltungsarchiv 55 (1964), 1.

der Verwaltung zugeordnet bleibt und weiterhin im selben Gebäude untergebracht ist.

Die Form der Einheitsbildung hat sicher historische Gründe. Im rechtswissenschaftlichen Studium findet sie durchaus einen weiteren Grund. Die Schwierigkeiten der Abgrenzung der Verwaltung werden dort projiziert, wenn nicht zelebriert, in zweierlei Hinsicht: Einerseits haben Studentinnen und Studenten die Verwaltung nicht vor Augen, wenn sie das Studium aufnehmen und fortsetzen. Dieses Schicksal teilt die Verwaltung mit der Gesetzgebung, ja vielleicht mit dem Öffentlichen Recht insgesamt. Andererseits wird Verwaltung zunächst – im Staatsorganisationsrecht – marginalisiert, und wenn es dann zum Verwaltungsrecht kommt, wird mit großem Erfolg behauptet, dass die Bestimmung von Verwaltung doch recht schwierig sei; eine Erklärung dafür findet sich schon bei *Otto Mayer*, der sich nicht nur mit den Handlungsformen der Verwaltung befasst. Er ordnete die unmittelbare Staatsverwaltung nicht dem Verwaltungs-, sondern dem Staatsrecht zu, also dem Rechtsgebiet, in dem die Verwaltung ohnehin regelmäßig an den Rand gedrängt wird. Im Studium scheint die Bestimmung von Verwaltung so schwierig zu sein, dass man sich vorläufig, *Mayer* folgend, mit einer Negativ-Abgrenzung begnügt – Verwaltung ist, was nicht Gesetzgebung und nicht Rechtsprechung ist.²⁰ In der juristischen Ausbildung wird im Gutachten in der Regel die Perspektive der Rechtsprechung auf die Verwaltung eingenommen, nicht ohne jede Arroganz gegenüber dem besonnenen Polizeibeamten, der *ex ante* eine Situation zu beurteilen und eine Entscheidung zu treffen hatte. Diesem Defizit einer Diskriminierung an rechts- wie an politikwissenschaftlichen Fakultäten steht ein ausdifferenziertes Aus- und Weiterbildungssystem der Verwaltung gegenüber. Diesem System kann den Spezifika der Verwaltung ebenso besser Rechnung getragen wie es das Bewusstsein des Verwaltungspersonals schärft.

Die Verwaltung grenzt sich also ab, nach außen und durch Einheitsbildung in sich. Die Verwaltung vollzieht diese Abgrenzungen stets auf normativer und auf faktischer Grundlage. Identität wird nicht allein durch die Funktion (Gesetzesvollzug), den Maßstab (Gesetzmäßigkeit), den Bezug zum Gemeinwohl, geschweige denn den Eid auf die Verfassung²¹ konstituiert.

III. Brüche

Die Abgrenzung der Verwaltung ist jedoch ein Prozess, kein Zustand. Das Ergebnis – die Identität – ist eine Momentaufnahme und immer nur vorläufig. Die Identität kann im Laufe des Prozesses konsolidiert, gestärkt, geschärft und geschwächt oder erschüttert werden, bisweilen alles zur selben Zeit. Im Folgenden wird skizziert, wodurch das Selbst-Sein der Verwaltung herausgefordert wird: durch Entwicklungen, die an die Verwaltung herangetragen oder die für sie von außen kommend relevant werden, und durch Stillstand und

²⁰ Was die verwaltende Tätigkeit innerhalb der gesetzgebenden Organe – etwa durch den Bundestagspräsidenten im Bereich der Parteienfinanzierung – und innerhalb der Rechtsprechungsorgane aufschließt.

²¹ Vgl. Art. 73 BeamtG Bayern, § 38 BeamtStG.

Verfall innerhalb der Verwaltung. Dabei führen Veränderungen nicht notwendig zu Brüchen. Ein Generalvorbehalt gegenüber Reform, Deregulierung und Entbürokratisierung als vermeintlichen „Killerapplikationen“ zur Modernisierung der Verwaltung trägt nicht – wie auch die Rhetorik von Reform, Deregulierung und Entbürokratisierung nicht trägt. Es gibt Auseinandersetzungen zwischen Verwaltung und Verwaltungsorganisationsorganen, sei es der Gesetzgeber oder sei es die Exekutive selbst, aber die Auseinandersetzung muss sich immer auf konkrete Maßnahmen beziehen, ohne Denkverbote und Reflexhandlungen²². Eberhard Schmidt-Aßmann drückte die Problematik bereits 1977 wie folgt aus: „Die Verwaltungsorganisation weist eine viel höhere Sensibilität gegenüber gesetzgeberischen Zugriffen auf, als andere gesetzliche Regelungsmaterien sie kennen, weil parlamentarische und exekutivische Entscheidungen sich hier nicht auf fremdem Boden treffen, der ihre Kontroversen neutralisiert, sondern im Bereich des Verwaltens selbst.“²³

1. Herausforderungen durch die Umwelt und in der Umwelt der Verwaltung

Daher sind konkrete Entwicklungen in den Blick zu nehmen, die von außen für die Verwaltung und ihre Identität relevant werden.

Von geringer Relevanz ist zunächst das Hinzutreten eines neuen Regelungsbereichs, wenn also zum Beispiel wegen der Innovation im Bereich der Gentechnik auf gesetzlicher Grundlage neue Aufgaben zu erledigen sind. Dies fordert nicht die Identität der Verwaltung heraus, allenfalls ihre Fähigkeit, sich auf diesen Gegenstand einzustellen. Die Entwicklung des Bundesverwaltungsamts als Multifunktionsbehörde legt davon beredt Zeugnis ab. Bei neu errichteten Behörden – aktuell dem Bundesamt für kerntechnische Entsorgung²⁴ – wird sich eine Identität erst ausbilden müssen, in Überwindung falscher Loyalitäten zu den Behörden, die in diesem Bereich Entscheidungen treffen und Stellungnahmen abgeben, im genannten Beispiel etwa zum Bundesamt für Strahlenschutz und zum Umweltbundesamt, und im Wege einer relativen Emanzipation vom Bundesumweltministerium.

Eine externe Herausforderung besteht in der Veränderung eines im Rechtsstaat wichtigen Bezugspunktes der Verwaltung: des Öffentlichen Rechts. Denn dieses ist, wenngleich nicht exklusiv, Grundlage und Maßstab für das Handeln der Verwaltung.²⁵ In dem Maße, in dem sich seine Konturen verändern, wird die Verwaltung herausgefordert. Beispiele

sind die Abgrenzung des Öffentlichen Rechts zum Privatrecht,²⁶ die Umstellung von Konditional- auf Finalprogrammierung,²⁷ von formellem auf informelles und informationelles Handeln²⁸ und von Hierarchie auf (relative) Unabhängigkeit;²⁹ zu erwähnen ist auch die Herausforderung, ein vermeintlich überholtes Modell der Input-Legitimation durch Output-Legitimation abzulösen bzw. eher zu ergänzen.³⁰ In diesen Zusammenhängen wird die Anfang des 20. Jahrhunderts konsolidierte Handlungsformenlehre seit Jahrzehnten auf die Probe gestellt, und mit ihr die Verwaltung. Dabei ist das schlicht-hoheitliche Verwaltungshandeln Zurechnungspunkt für verschiedene Maßnahmen der Verwaltung – etwa Realakte und Absprachen –, die der Verwaltung von Anfang an eigen sind. Zugleich wird an den Universitäten eine vom Verwaltungsakt als Handlungsform geprägte Idealtypik gelehrt, die es so nicht gibt und nie gegeben hat. Die Lehre wird insoweit von der – für die Durchsetzung des Rechts notwendig vorrangigen³¹ – Perspektive des Rechtsschutzes auf die Maßnahmen geprägt, die in der Prüfung zum Gegenstand gerichtlicher Verfahren werden. Diese sind regelmäßig Verwaltungsakte, gelegentlich öffentlich-rechtliche Verträge, Satzungen, Rechtsverordnungen und selten Realakte. Diese genannten Handlungsformen bestimmen indes nicht die Identität der Verwaltung und die Anforderungen an ihr Handeln.

Das Portfolio der Verwaltung wird durch Konsultationsprozesse mit Behörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union erweitert,³² ein Tätigkeitsfeld, welches als solches für Verwaltungen im bundesstaatlichen Mehrebenensystem nichts Neues ist und auch dort nicht nur Minister und Verwaltungsspitzen miteinander verbindet. Zu diesen Zwecken müssen Kapazitäten und Kompetenzen ausgebaut werden. Gleichzeitig muss die Verwaltung darauf bedacht sein, dass Form und Grenzen gewahrt werden. Auch die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern ist eine solche Aufgabe. Mit Blick auf die Demokratisierung der Verwaltung stellte

²⁶ Vgl. Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996.

²⁷ Lesen: §§ 1 Abs. 6, 2 Abs. 3 BauGB – nicht nur *prima vista* eine Herausforderung für den Satzungsgeber, was der Gesetzgeber durch die §§ 214 f. BauGB auch anerkennt.

²⁸ Vgl. *Fehling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 38; *Schoch*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd III – Demokratie, Bundesorgane, 3. Aufl. 2005, § 37; *Schulze-Fielitz*, *Der informale Verfassungsstaat*, 1984, *passim*.

²⁹ Vgl. dazu die Beiträge in Masing/Marcou (Hrsg.), *Unabhängige Regulierungsbehörden*, 2010.

³⁰ Zur Kritik *Trute*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 53.

³¹ Vgl. *Ehlers/Schoch*, *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht*, 2009, Vorwort (S. V).

³² Beispielhaft für die Energieregulierung *Herzmann*, *Konsultationen*, 2010.

²² Zentral für die thematische Durchdringung Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3 Bd., 2. Aufl. 2012/2013.

²³ *Schmidt-Aßmann*, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), *Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag*, 1977, S. 333 (341); vgl. auch *Holtkamp*, *Verwaltungsreformen*, 2012, S. 107 f.

²⁴ Gesetz über die Errichtung eines Bundesamtes für kerntechnische Entsorgung (BfKEG) v. 23.7.2013 = BGBl. I 2013, S. 2553, 2563.

²⁵ Vgl. nochmals Art. 66 Abs. 1 Verfassung Berlin; Art 11 Abs. 4, 77 Abs. 2 BV.

Günter Dürig auf der Staatsrechtslehrertagung in Speyer im Jahr 1970 fest: „Wenn Staat und Gesellschaft deckungsgleich werden, dann [...] gehen mal wieder die Lichter aus“³³. Das Rechtsstaatsprinzip muss für die Verwaltung prädominant sein, nicht das Demokratieprinzip, zumal erst- auf letztgenanntes verweist.³⁴ Am Beispiel von Bürgerbegehren und Bürgerentscheid lässt sich verdeutlichen, wie schmal der Grat ist: Es sind 20 Jahre vergangen, seit diese Instrumente in Bayern auf kommunaler Ebene eingeführt wurden. Bürgerinnen und Bürgern entscheiden in diesem Verfahren über Fragen, über die grundsätzlich der Gemeinderat als Hauptverwaltungsorgan der Gemeinde entscheidet. Das konnte aus der Perspektive des Jahres 1995 als externe Herausforderung, als Provokation empfunden werden. Zehn Jahre später dankte Staatsminister Günther Beckstein bei seiner Rede bei der Jubiläumsveranstaltung von „Mehr Demokratie“ im Oktober 2005 der Initiative dafür, „zu unserem Glück gezwungen“ worden zu sein,³⁵ was in dieser Überspitzung freilich der Örtlichkeit geschuldet sein mag und auch auf externe Effekte des Instruments verweist, die indes nicht zu diesem Thema gehören. Die Verwaltung hat gelernt, mit diesem Instrument umzugehen.

Weiterhin sind im Bereich der Staatsaufgaben Herausforderungen zu meistern: Ein Beispiel bildet die Privatisierung³⁶ von Netzinfrastrukturen. In Bezug auf den Staat wurde von Erfüllungs- auf Gewährleistungsverantwortung umgestellt. Dieser Gewährleistungsverantwortung dient die staatliche Regulierung. Diese Aufgabe musste einer Behörde zugeordnet werden: Wäre das Bundeskartellamt zu diesen Zeitpunkten – 1998 und 2005³⁷ – eine Verwaltungseinheit ohne eigene Identität gewesen, es wäre dem Gesetzgeber leicht gefallen, die Regulierungsaufgabe ihm oder dem Eisenbahnbundesamt³⁸ zuzuweisen. Doch es kam anders, aus mehreren Gründen: Das Bundeskartellamt nimmt eine spezifische Aufgabe der Wettbewerbsaufsicht wahr, den Schutz des Wettbewerbs – nicht die Herstellung von Wettbewerb in Bereichen, in denen es bis dahin keinen Wettbewerb gab. Das Bundeskar-

tellamt handelt im Wesentlichen retrospektiv, anders als die Regulierungsbehörde nicht prospektiv. Und: Das Bundeskartellamt ist eine relativ kleine Behörde mit wenigen hundert Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern³⁹ und nicht in der Lage, die Nachfolgeorganisation von Bundespostministerium und der Bundespost auf staatlicher Seite aufzunehmen. Errichtet wurde also die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, 2005 umbenannt in Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen. In diesem Zusammenhang wurden Regulierungsverfügungen⁴⁰ und Regulierungserlassen⁴¹ eingeführt. Die Frage, ob es sich dabei um Innovationen handelt, die zu einer Ausdifferenzierung der Dogmatik und – Verwaltung und Verwaltungsrecht des 20. Jahrhunderts hinter sich lassend – zu einer Verbesserung des Regulierungsverwaltungsrechts führen, kann nur beantworten, wer weiß, was Verwaltung ausmacht und woher sie kommt.

Um noch zwei weitere Beispiele zu erwähnen: In dem Moment, in dem durch Organisationserlass der Bundeskanzlerin⁴² aus dem Bundesministerium für Verkehr die Aufgabenbereiche „Bau und Stadtentwicklung“ dem Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit zugeschlagen wurden, wechselt das Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung in den Geschäftsbereich eines anderen Ministeriums. Dies hat Auswirkungen auf die Identität. Oder: Mit der Aussetzung der Wehrpflicht kämpfte eine ganze Behörde, das Bundesamt für den Zivildienst, um die Daseinsberechtigung, um seit 2011 als Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben weiter zu bestehen – solche Kämpfe hinterlassen Spuren; aber Identität wird nicht durch Briefköpfe hergestellt.

Die Beispiele sind zahlreich, ohne dass auf diese an dieser Stelle eingegangen werden könnte: Einführung von New Public Management,⁴³ Veränderungen der Leitungsstruktur,⁴⁴ Durchbrechung der Linienorganisation und Netzwerkstrukturen,⁴⁵ Veränderung der Finanzierungsquellen, Durchbrechungen des materiellen Beamtenrechts,⁴⁶ Ausgründungen.⁴⁷

³³ Diskussionsbeitrag, in VVDStRL 29 (1971), 126 (127).

³⁴ Radbruch, in: Radbruch, Rechtsphilosophie, 7. Aufl. 1970, S. 347 (357): „Demokratie ist gewiß ein preisenswertes Gut, Rechtsstaat ist aber wie das tägliche Brot, wie Wasser zum Trinken und wie Luft zum Atmen, und das Beste an der Demokratie gerade dieses, daß nur sie geeignet ist, den Rechtsstaat zu sichern.“

³⁵ Beckstein, Rede v. 5.10.2005, Manuskript, S. 11 (unter: http://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/2005-10_Rede_10-Jahre-Buergerbegehren_Beckstein.pdf [23.1.2016] abrufbar).

³⁶ Vgl. Schoch, DVBl. 1994, 962; ders., JURA 2008, 672.

³⁷ 1998 in Bezug auf Post und Telekommunikation, 2005 für Energie und Eisenbahnen.

³⁸ So hatte es für die Eisenbahnen noch der Gesetzesbeschluss des Bundestags vorgesehen: als Trassenagentur beim Eisenbahn-Bundesamt; vgl. §§ 4 ff. BEVVG-Entwurf = BT-Drs. 15/3280, S. 10 ff.; diese Agentur wurde je nach Lager als selbständig bzw. nicht unabhängig dargestellt, vgl. BT-Plenarprotokoll 15/146, S. 13653 bzw. S. 13656.

³⁹ Laut Bundeskartellamt (Das Bundeskartellamt, Jahresbericht 2014, 2015, S. 5) „etwa 355“.

⁴⁰ Vgl. § 13 Abs. 1 S. 1 TKG.

⁴¹ Ludwigs, JZ 2009, 290; Gärditz, NVwZ 2009, 1005.

⁴² Organisationserlass der Bundeskanzlerin v. 17.12.2013 = BGBl. I 2013, S. 4310.

⁴³ Vgl. Bogumil/Jann, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland. Einführung in die Verwaltungswissenschaft, 2005, S. 199 ff.; Holtkamp (Fn. 23), S. 205 ff.; Kluth, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth (Hrsg.), Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 79 Rn. 134 ff. m.w.N.

⁴⁴ Vgl. Jann, sowie Klenk/Nullmeier, jeweils in: Blanke/v. Bandemer/Nullmeier/Wewer (Hrsg.), Handbuch zur Verwaltungsreform, 3. Aufl. 2005, S. 154, 162.

⁴⁵ Vgl. Ladeur, Die Verwaltung 26 (1993), 137 (Neuabdruck in: Das Recht der Netzwerkgesellschaft, 2013, S. 263); weiterhin Kahl, Der Staat 50 (2011), 353; Weiß, Der Europäische Verwaltungsverbund, Grundfragen, Kennzeichen, Herausforderungen, 2010.

⁴⁶ Vgl. Wißmann, ZBR 2008, 217; Frenzel, ZBR 2008, 243.

Sämtliche Phänomene stellen Herausforderungen dar, die zu Brüchen führen können. Damit dies nicht geschieht, muss die Verwaltung sich ihres „Selbst-Seins“ bewusst sein. Dazu gehören Transparenz der Ziele und Mittel, des Veränderungsbedarfs, Beteiligung der betroffenen Stellen, und auch das Gespräch – und das Wissen, dass die Verwaltung oder die Verwaltungseinheit, um die es geht, ein Selbst-Sein hat und sich dessen bewusst ist.

2. Verwaltungsinterne Herausforderungen

Es sind nicht nur externe Herausforderungen, die zu Brüchen führen können. Einige Probleme sind hausgemacht. Überspitzend kann man von Stillstand und Verfall sprechen. Stillstand als solchem wohnt dabei noch keine Ingerenz inne, zumal das nicht bedeuten soll, dass der Dienst nicht versehen, die Aufgabe nicht erfüllt wird. Mit Stillstand ist die Situation gemeint, in der die Gesprächskultur innerhalb der Verwaltung und das Miteinander allmählich verkümmern, wenn Ämter, Abteilungen, Amtsträger sich isolieren und/oder isoliert werden. Diese Angst kann sogar in Systemen kameradschaftlicher Bürokratie auftreten.⁴⁸ Das führt nicht zu einem Plädoyer für Stuhlkreise, sondern ist ein möglicher Befund, den Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Verwaltung erleben – jedenfalls vom Hörensagen.

Verwaltung ist Organisation. Organisation ist ein soziales System, das durch Kommunikation konstituiert wird. Für die Verwaltung bedeutet dies, dass gelegentlich Qualität und Quantität der Kommunikationsprozesse reflektiert werden sollten; im Anschluss muss eine informierte Entscheidung getroffen werden, ob Veränderungsbedarf besteht. Mehr nicht. Die Entscheidung über die Instrumente, Mittel und Wege ist nicht nur kontingent, also möglich, aber nicht zwingend. Sie ist insbesondere nicht von externen Entscheidern oder Beratern zu treffen – d.h. sie können es natürlich versuchen, allerdings werden sie regelmäßig scheitern.

Verfall ist der an den Stillstand anschließende Prozess, der durch ingereutes Verhalten beschleunigt werden kann, und dadurch kann die Identität der Verwaltung – so noch vorhanden – zerstört werden. Das kann bis zur Wegnahme einer Aufgabe oder zur Zerschlagung einer Behörde führen, wenn das Mittel zur Beseitigung eines Missstandes politisch nicht in materiellrechtlicher Nachsteuerung oder im Austausch des Leitungspersonals gesehen wird. In der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland gibt es wenige Beispiele dafür. Prominent ist die Zerschlagung des Bundesgesundheitsamts 1994 im Zusammenhang mit dem Skandal um mit HI-Viren verunreinigte Blutprodukte; als Mann der Tat griff der damalige Bundesgesundheitsminister und heutige Ministerpräsident des Freistaats Bayern zu diesem drastischen Mittel, politisch legitimiert und in der Sache zu Recht. Denn die verunreinigten Blutprodukte waren nur ein Symptom für die Dysfunktionalität dieser Behörde: Das Bundesgesundheitsamt

⁴⁷ Von denen etwa der Beteiligungsbericht des Bundes beredt Zeugnis ablegt, vgl. Bundesministerium der Finanzen, Beteiligungsbericht des Bundes 2014, 2015.

⁴⁸ Vgl. *Bosetzky/Heinrich/Schulz zur Wiesch*, Mensch und Organisation, 6. Aufl. 2002, S. 211 f.

war eine institutionelle Klammer für eine Reihe von wissenschaftlichen Instituten mit je spezifischen Aufgaben und einer Zentralabteilung (darunter das Max-von-Pettenkofer-Institut, das Robert-Koch-Institut und das Robert-von-Ostertag-Institut für Veterinärmedizin). Die Arbeitsgruppe Umweltforschung des Wissenschaftsrates hatte schon im Dezember 1992 das Bundesgesundheitsamt be- und den Status quo untersucht, mit ernüchterndem Befund.⁴⁹

Für eine eigene Identität der Verwaltung ist das Dasein als Klammer zu wenig. Im Zusammenhang mit Verfall steht zudem die Unfähigkeit, sich zu erinnern, die eigene Tradition zu kennen und zu reflektieren – „Amnesie löscht Identität aus“.⁵⁰ Archive, Berichte, Bibliotheken und Jahrestagungen sind Elemente für das Gedächtnis der Identität.

Eine innere Herausforderung, die durch Stillstand und Verfall nicht abgedeckt wird, liegt darin, dass der oder die Einzelne sich als Mitglied einer Verwaltung, die sich ihrer selbst allzu sicher ist, der Gefahr ausgesetzt sieht, sein eigenes Selbst zu verlieren und in der Identität der Verwaltung aufzugehen.⁵¹ *Fritz Morstein Marx* beschrieb dies in seinem Buch „Das Dilemma des Verwaltungsmannes“. Der Verwaltungsmann „[...] ist der Bürge der Leistung, erhält sein Mandat zum Handeln jedoch aus anderen Händen. Er sieht sich auf Ziele verpflichtet, deren Bestimmung ihm indes nicht zusteht. Wieweit ist er sein ‚eigener Herr‘? Welche Einengungen seiner Handlungsfreiheit ergeben sich aus der Natur der Organisation, in der er sich zur Geltung zu bringen hat?“⁵².

Durch die Auseinandersetzung mit Brüchen sollte deutlich geworden sein, dass Identität tauglicher Referenzpunkt bleibt, dass die Verwaltung zwar herausgefordert wird, ihre Identität aber ein stabilisierender und sich zugleich wandelnder Faktor ist.

IV. Chancen

Die Auseinandersetzung mit den Brüchen dekonstruiert das Konzept von Identität nicht in einer Weise, dass es sich nicht mehr für die Verwaltung fruchtbar machen ließe. Dies hat zwei Gründe: Zum einen kann der Schlüsselbegriff Identität zwar kritisiert werden – aber er ist da, und er ist ein relativ bester Begriff. Er ist den Begriffen des Wesens, des Propriums, der Nämlichkeit, der DNS oder des Quellcodes der Verwaltung und erst recht dem der Natur der Verwaltung vorzuziehen. Er ist der Begriff für einen Diskurs, der geführt wird und geführt werden muss. Zum anderen sind mit der Identität der Verwaltung Chancen verbunden. Diese sollten realisiert werden.

Eine Chance liegt darin, dass durch die Überlegungen zur Identität Transparenz erzeugt wird, weil Fragen gestellt werden, weil ein Dialog stattfindet. Die Beschäftigung mit der

⁴⁹ Vgl. Wissenschaftsrat, Stellungnahme zur Umweltforschung in Deutschland, Bd. II, 1994, S. 529 ff., 537 f.

⁵⁰ Auf das Individuum bezogen v. *Arnauld*, in: v. *Arnauld* (Hrsg.), *Recht und Spielregeln*, 2003, S. 91 (94).

⁵¹ Vgl. *Bosetzky/Heinrich/Schulz zur Wiesch* (Fn. 48), S. 156, in Anlehnung an *Erving Goffmann*: „Mortifikations-Angst“.

⁵² *Morstein Marx* (Fn. 18), S. 13.

Identität der Verwaltung erschöpft sich nicht in einer PR-Maßnahme, in einem Reputationsmanagement. Sie verweist auf grundsätzliche Fragen des Bildes, der Rolle, der Strukturen und der Grenzen der Verwaltung. Gelegentlich über Identität nachzudenken, sich in einer Reflexionsphase zu versichern, entlastet den Alltag: Man kann selbst-bewusst sein Tagwerk verrichten. Identität kann insoweit motivierend wirken, Identifikation ermöglichen und Integration⁵³ bewirken: Das Wissen um die Identität der Verwaltung und deren Rationalität kann in die Überzeugung des oder der Einzelnen eingehen, die Abgrenzung erleichtern, die Verbundenheit untereinander stärken. Was ist Aufgabe der Verwaltung? Wie ist mit Adressaten des Verwaltungshandelns umzugehen? Wie ist das Gesetz auszulegen? Die Reflexion ist noch der Rolle in der Verwaltung zugeordnet und hat als „kleine Flucht“ eine andere, spezifische Funktion und andere Anforderungen als das Urlauben, der Kirchgang oder die Modellfliegerei für dieselbe Person – in anderen Rollen.⁵⁴

Identität bietet zudem eine Chance mit Blick auf die Antworten auf wiederholt gestellte Fragen im Zusammenhang mit der Verwaltung. Es besteht Bedarf. Verwaltung ist ein Querschnittsthema: Dies erschwert die Auseinandersetzung und fordert Interdisziplinarität, die zwar beschworen, aber nicht gelebt wird – die „Identität der Verwaltung“ kann insoweit als Orientierungspunkt genutzt werden, der keinem Fachdiskurs exklusiv zugeordnet ist, der vielmehr den verschiedenen Fachdiskursen zugemutet wird und diese dadurch zusammenführt.

V. Schluss

Das „Selbst-Sein“ ist ein großes Thema, es ist von „europäischer Identität“ und „deutscher Identität“, von „kultureller Identität“ oder von „regionaler Identität“ die Rede. Identität gehört zum Sein, zur Persönlichkeit und zu ihrer Entwicklung. Sie ist ein Metathema.⁵⁵ Identität ist etwas Geistiges, Nicht-Skalierbares immanent, sie ist mehr als die Summe ihrer Teile aus Abgrenzungen und Brüchen, aus Normen und Rollen. So sehr Identität Ergebnis eines Prozesses ist, so sehr kann sie einen Orientierungs-, einen Ruhepunkt bilden. Sie fügt sich sinnvoll in die große Erzählung ein, die auf eine zunehmende Komplexität der Welt, eine zunehmende Unsicherheit von Beziehungen und Wahrheiten, einen wachsenden Druck auf den Staat abstellt – Entwicklungen, an denen man sich nur mit einem Selbst-Bewusstsein abarbeiten kann, wenn man weiß, wie man heißt und wer man ist. Und anders als *Stiller* nicht das Gegenteil behauptet.

⁵³ Zu Aspekten gelungener Integration *Bosetzky/Heinrich/Schulz zur Wiesch* (Fn. 48), S. 154 ff.

⁵⁴ Vgl. *Luhmann* (Fn. 17), S. 285: „Die Situationstrennung kann vielmehr so institutionalisiert sein, daß jeder weiß: der Partner handelt in anderen Situationen nach anderen Grundsätzen, und trotzdem keinen Anstoß nimmt.“

⁵⁵ Auch in der Kinderbuchliteratur, man denke nur an *Michael Endes* Jim Knopf, *Otfried Preußlers* kleines Gespenst und *Mira Lobes* kleines Ich-bin-ich.

Besonderheiten der Verjährung im Bereich des Pressestrafrechts

Beiträge zum Medienstrafrecht – Teil 1*

Von Prof. Dr. Manfred Heinrich, Kiel

Die allgemeinen Vorschriften über die Verjährung von Straftaten gem. §§ 78 ff. StGB (Verfolgungsverjährung) und §§ 79 ff. StGB (Vollstreckungsverjährung) gelten grundsätzlich auch im gesamten Bereich des Nebenstrafrechts; dasselbe gilt für die Verjährung von Ordnungswidrigkeiten gem. §§ 31 ff., 34 OWiG. Jedoch finden sich im Pressestrafrecht in erheblichem Umfang verjährungsrechtliche Sonderregelungen. Nachdem nun aber die Gesetzgebung im Bereich des Presserechts in der Hand des Landesgesetzgebers liegt, verteilen sich die einschlägigen Normen auf die jeweiligen Presse- bzw. Mediengesetze der einzelnen Bundesländer. Angesichts damit einer Zahl von 16 keineswegs inhaltsidentischen Landeskodifikationen und ebendieser Anzahl mitunter erheblich voneinander abweichender Verjährungsregelungen erweist sich nicht nur das Verständnis, sondern auch die Darstellung dieser Materie als vergleichsweise schwierig. Im Folgenden soll dessen ungeachtet versucht werden, die Besonderheiten der Verjährung im Bereich des Pressestrafrechts nicht nur einigermaßen vollständig, sondern gerade auch unter Kenntlichmachung einerseits der Unterschiede, andererseits aber (wichtiger noch) auch der Gemeinsamkeiten der einzelnen Landesregelungen in strukturierter Form darzustellen. Insbesondere sind die Darlegungen dabei bemüht, die einzelnen Aussagen im Text jeweils auf die konkreten Gesetznormen in den jeweiligen Landesgesetzen herunterzubrechen, zu jeder Sachfrage also nachvollziehbar zu machen, welche Regelung an welcher Stelle sie im jeweiligen Landesgesetz erfahren hat. Der Verständlichkeit halber habe ich davon Abstand genommen, jeweils – falls überhaupt vorhanden – die (mitunter aus sich heraus nicht deutbare) „amtliche“ Abkürzung für das betreffende Gesetz zu verwenden, sondern war bemüht, Kurzbezeichnungen zu finden, die aus sich selbst heraus verständlich erscheinen (dabei bedeuten: LPG Landespressegesetz, PrG Pressegesetz, LMG Landesmediengesetz und MG Mediengesetz; die Bezeichnung der Bundesländer sollte sich von alleine erschließen).

I. Grundsätzliches zur presserechtlichen Verjährung

Die Presse- bzw. Mediengesetze der Länder formulieren von den allgemeinen Verjährungsvorschriften der §§ 78 ff. StGB bzw. §§ 31 ff. OWiG abweichende – und ungeachtet ihrer landesrechtlichen Natur gem. Art. 1 Abs. 2 S. 2 EGVStGB im Pressestrafrecht auch tatsächlich Geltung beanspruchende¹ –

* Dieser Beitrag ist der erste einer Reihe von Beiträgen des Autors zum Medienstrafrecht, die sukzessive in der ZJS erscheinen werden. Thematisch sollen dabei insbesondere Besonderheiten der Verjährung, die Verbreitung pornographischer Schriften sowie im medialen Kontext bedeutsame Staats- und Friedensschutzdelikte behandelt werden.

¹ Näher hierzu Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 78 Rn. 18; siehe auch BVerfGE 7, 29 (38 ff.); Kühl, in: Löffler, Presserecht, Kommentar, 6. Aufl. 2015, Vor § 20

Regelungen im Hinblick auf die Verfolgungsverjährung (nicht aber die Vollstreckungsverjährung!): Zum einen schreiben sie für Presseverstöße einen früheren Beginn der Verjährung vor (nämlich schon mit Veröffentlichung oder Verbreitung des Druckwerks², unten IV.), zum anderen ordnen sie eine deutlich kürzere Dauer der Verjährungsfrist an (in den meisten Bundesländern lediglich ein Jahr bei Verbrechen, sechs Monate bei Vergehen und drei Monate bei Ordnungswidrigkeiten, näher unten V.).

Diese bereits auf Art. 29 des französischen Pressegesetzes v. 26.6.1819 und später § 22 des deutschen Reichspressgesetzes v. 7.5.1874 (RPG)³ zurückreichenden Normierungen⁴ haben somit allesamt privilegierenden Charakter⁵. Zu ihrer Begründung werden (anders als in den Motiven zum RPG, in denen sich insoweit nur ein inhaltsarmer Hinweis auf die gesellschaftliche Entwicklung sowie die „Natur der Preßdelikte“ findet⁶) regelmäßig drei – in der Sache durchaus treffende – Gesichtspunkte herangezogen:

Erstens treten Presseverstöße i.d.R. unmittelbar mit Erscheinen der jeweiligen Publikation (zumeist ja in einer Vielzahl von Exemplaren) und für jedermann erkennbar (sowohl für die von der Tat Betroffenen, wie auch für die Staatsanwaltschaft) offen zutage, was ein zeitnahe Einsetzen etwaiger Strafverfolgung nicht nur ermöglicht,⁷ sondern – gerade angesichts des gehobenen öffentlichen Interesses an der raschen Klärung des Wahrheitsgehalts weitverbreiteter Presseverlautbarungen⁸ – auch gebietet.

Zweitens ist hinsichtlich der Aktualität von Presseveröffentlichungen in der Regel nur eine äußerst geringe Halb-

LPG Rn. 12, § 20 LPG Rn. 86; kritisch hierzu jedoch Schmid, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 12. Aufl. 2008, Vor § 78 Rn. 4.

² In Sachsen: „mit Veröffentlichung oder Verbreitung der Publikation“, vgl. unten Fn. 22, 62.

³ RGBL. 1874, S. 65. Einzelheiten zu diesem Gesetz bei Beater, Medienrecht, 1. Aufl. 2007, Rn. 127 ff. – Ausführlich zur Geschichte des deutschen Presserechts Weberling, in: Ricker/Weberling (Hrsg.), Handbuch des Presserechts, 6. Aufl. 2012, 4/21 ff.

⁴ Näher Kühl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 23 f.; zur Gesetzgebungsgeschichte auch RGSt 61, 19 (22).

⁵ Weberling (Fn. 3), 49/34: „wesentliche Begünstigung“; entsprechend Kühl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 17 ff.

⁶ Motive zum Entwurf eines Gesetzes über die Presse, in: Stenografische Berichte des Reichstages, 2. Legislaturperiode, I. Session 1874, Bd. 3, S. 142; siehe auch RGSt 61, 19 (22 f.); Kühl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 24.

⁷ BGHSt 18, 63 (65); 33, 271 (274); Kühl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 20; Weberling (Fn. 3), 49/34.

⁸ Kühl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 20; Mitsch, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 78 Rn. 18.

wertszeit gegeben: Was heute noch als Schlagzeile auf der Titelseite prangt, findet sich morgen nurmehr im Innenteil der Zeitung und ist übermorgen bereits vergessen.⁹ Schon angesichts dieser charakteristischen Flüchtigkeit und Zeitbedingtheit von Presseverstößen ist es eingedenk der ureigenen Aufgabe der Verjährung, in angemessener Zeit Rechtsfrieden einkehren zu lassen, höchst sachgerecht, dem schnell abflauenden Interesse an der Tat durch baldige Verjährung auch formal Rechnung zu tragen.¹⁰

Drittens schließlich tritt bei Pressedelikten typischerweise (d.h., soweit es um die strafbare Verbreitung von Druckwerken geht) die Beendigung der Tat – an welche gem. § 78a Abs. 1 StGB die allgemeinen Verjährungsregeln anknüpfen – erst sehr spät ein (nämlich mit Verbreitung auch des letzten gedruckten Exemplars, womöglich erst viele Jahre nach Drucklegung) und ist nur schwer festzustellen, so dass eine Verlagerung des Verjährungsbeginns vom *letzten* auf den *ersten* Verbreitungsakt (unten IV. vor 1.) – sachlich angemessen – „die Verhinderung einer der Presse von der Eigentümlichkeit ihrer Tätigkeit her drohenden Benachteiligung“ bedeutet.¹¹

Wesentlicher Aspekt ist dabei – und dies wird zumeist nicht klar hervorgehoben¹² – folgender: Medienschaffende bewegen sich häufig auf steinigem Terrain, indem sie einerseits an die Einhaltung der Gesetze gebunden, andererseits aber dem Informationsbedürfnis der Bevölkerung verpflichtet sind. Damit mag so manche Gratwanderung an den Grenzen der Legalität und so manches Agieren in rechtlichen Grauzonen verbunden sein (Stichwort: investigativer Journalismus) und ist daher nicht selten auch mit strafrechtlicher Hinterfragung journalistischer Betätigung zu rechnen. Nun ist gegen eine zeitnahe Klärung etwaiger Vorwürfe gegen den journalistisch Tätigen nichts einzuwenden, sehr wohl aber gegen das Bestehen womöglich jahrelanger Ungewissheit: Schwebt das Damoklesschwert noch möglicher Strafverfolgung über dem Journalisten, wird dies seinem weiteren engagierten Tätigwerden im Dienste massenmedialer Informationsversorgung nicht eben zuträglich sein.¹³ Somit liegt gerade auch im Hinblick auf die Gewährleistung möglichst unbeschwerter Pressetätigkeit die zeitnahe Schaffung von Verfolgungssi-

cherheit im originären Interesse sowohl der Medienschaffenden, wie auch der Allgemeinheit.¹⁴

Lässt sich *schon damit* die Privilegierung der Presse durch baldige Verjährung auch als unmittelbarer Ausfluss richtig verstandener Pressefreiheit begreifen, so *verstärkt sich dies* noch einmal anhand des – auch im demokratischen Rechtsstaat nicht mit absoluter Sicherheit von der Hand zu weisenden – Gedankens, der Staat könne sich die „Vorteile“ erst spät eintretender Verjährung zunutze machen: Sollte es denn eines Vorwandes bedürfen, der unliebsamen Tätigkeit eines allzu „investigativ“ agierenden Journalisten ein Ende oder zumindest Schwierigkeiten zu bereiten, was läge näher, als einfach seine Tätigkeit der letzten Jahre, insbesondere seine medialen Entäußerungen, systematisch zu durchleuchten, bis sich – ohne dass es dabei letztlich auf den Ausgang des Verfahrens entscheidend ankäme – irgendwo ein Anknüpfungspunkt findet, gegen ihn strafverfolgerisch tätig zu werden? Solch immerhin denkbarem staatlichem Missbrauch durch schnelle Verjährung von vornherein den Boden zu entziehen, ist wiederum ein Gebot ernstgenommener Pressefreiheit.

II. Die presserechtliche Verjährung im Einzelnen – Vorbemerkung

Zunächst ist zweierlei festzuhalten: zum einen, dass die Verjährungsprivilegien *nur für bestimmte* Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten gelten (nachfolgend III.) – dabei aber für jeden Tatbeteiligten (Mittäter, Anstifter, Gehilfen)¹⁵, und zwar (zumindest prinzipiell¹⁶) auch dann, wenn er nicht Pressemitarbeiter, sondern lediglich presseexterne „Privatperson“ ist¹⁷ (vgl. hierzu freilich noch unten III. 3.); zum anderen, dass aber auch hier die Privilegien nur punktgenau an zwei Stellen ansetzen, nämlich am *Zeitpunkt des Verjährungsbeginns* (unten IV.) und an der *Dauer der Verjährungsfrist* (unten V.) – mit der Folge, dass alle sonstigen Regelungen der §§ 78 ff. StGB (bzw. bei Ordnungswidrigkeiten der §§ 31 ff. OWiG¹⁸) zur Verjährung anwendbar bleiben, wie insbesondere die §§ 78b, 78c StGB (bzw. §§ 32, 33 OWiG)

⁹ Kühhl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 22: Erzeugnisse der Tagespresse als typische „Kinder des Augenblicks“.

¹⁰ In diesem Sinne letztlich auch Kühhl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 22 m.w.N.

¹¹ Kühhl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 21; siehe auch Weberling (Fn. 3), 49/34; BGHSt 25, 347 (354); 33, 271 (274).

¹² Vgl. aber Bottke, JR 1983, 298 (300): „steckt hinter dem legislatorischen Hinweis auf die Eigenart der Presseinhaltsdelikte und der kurzen Verjährungsfrist das apokryphe Bekenntnis zum hohen Rang, den die Presse und das Verbreiten ihrer Erzeugnisse in einer liberalen Gesellschaft genießt“.

¹³ Vgl. auch Kühhl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 23: Buchhandlung als „Arsenal gefährlicher Waffen, die gegen den Buchhändler selbst gerichtet“ sind, wenn beim Buchverkauf noch nach Jahren Strafverfolgung möglich ist.

¹⁴ In diesem Sinne auch BGHSt 26, 40 (43); 27, 18 (21); siehe auch Kühhl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 23; dies völlig verkennend Lampe, JR 1999, 519 (521): „rein politisches Privileg“.

¹⁵ BGH MDR 1981, 1932 (Gehilfe); Kühhl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 36; Weberling (Fn. 3), 17/52 m.w.N.; Saliger (Fn. 1), § 78 Rn. 24.

¹⁶ Einschränkend jedoch BGHSt 44, 209 (216 ff.); Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 78 Rn. 8; ausführlich hierzu unten III. 3.

¹⁷ BGHSt 44, 209 (216); KG StV 1990, 208 (209); Kühhl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 27; Schmid (Fn. 1), § 78 Rn. 14; Mitsch, Medienstrafrecht, 2012, 7/38. – Vgl. noch unten III. 2. a), bei und in Fn. 52 zum Anzeigenkunden bzw. Leserbriefschreiber.

¹⁸ Näher hierzu Kühhl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 50 f.; siehe auch Groß, Presserecht, 3. Aufl. 1999, Rn. 684 a.E.

zu Ruhen und Unterbrechung der Verjährung,¹⁹ aber auch die allgemeinen Regeln zur *Berechnung* der Verjährungsfrist.²⁰

III. Der Anwendungsbereich der Presseprivilegierungen

Die pressenspezifischen Verjährungsregeln beziehen sich ausschließlich auf Presseverstöße²¹. Im Vordergrund stehen dabei in den presserechtlichen Gesetzen nahezu aller Bundesländer – mit Ausnahme allein von Sachsen²² – Straftaten, die „durch die Veröffentlichung oder Verbreitung von Druckwerken strafbaren Inhalts“²³ bzw. „mittels eines Druckwerks“²⁴ begangen werden, mithin die sog. *Presseinhaltsdelikte*; gerade in diesem Bereich stellen sich zahlreiche Fragen zum Eingreifen der presserechtlichen Verjährungsvorschriften, die gleich nachfolgend in den Abschnitten 1., 2. und 3. näher zu behandeln sind.

Daneben aber erstrecken sich die verjährungsrechtlichen Presseprivilegierungen nach nahezu jedem Landesgesetz – mit Ausnahme nur von Thüringen²⁵ – (auch) auf Straftaten, „die sonst den Tatbestand einer Strafbestimmung dieses Gesetzes verwirklichen“²⁶, als da sind: zum einen die *presserechtl-*

chen Sonderdelikte zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit²⁷ vor allem des verantwortlichen Redakteurs und des Verlegers²⁸, zum anderen die darüber hinaus noch eigens in den Pressegesetzen (zumeist unter der Überschrift: „Strafbare Verletzung der Presseordnung“) unter Strafe gestellten²⁹ *Presseordnungsdelikte*³⁰, die z.B. Verstöße gegen die Impressumsvorschriften sanktionieren oder das Zeichnen als verantwortlicher Redakteur ohne Vorliegen der entsprechenden persönlichen Voraussetzungen.

Im Bereich der Ordnungswidrigkeiten geht es naturgemäß gerade um die in dem jeweiligen Pressegesetz explizit als solche sanktionierten Verhaltensweisen: „Die Verfolgung der in § ## genannten Ordnungswidrigkeiten verjährt [...]“³¹. Doch ist in analoger Anwendung dieser Vorschriften die Privilegierung auch auf den in den Gesetzen nicht explizit genannten Fall von „*Presse-Inhalts-Ordnungswidrigkeiten*“

Abs. 2 SächsPrG, in dem ausschließlich das presserechtliche Sonderdelikt normiert ist.

²⁷ So sie denn landesrechtlich vorgesehen sind, wie in § 20 Abs. 2 LPG-BW; § 19 Abs. 2 BlnPrG; § 14 Abs. 2 BbgPrG; § 20 BremPrG; § 19 Abs. 2 HmbPrG; § 19 Abs. 2 LPG M-V; § 20 NdsPrG; § 21 Abs. 2 LPG-NRW; § 63 Abs. 1 SaarMG; § 12 Abs. 2 SächsPrG; § 12 SAnhPrG; § 14 Abs. 2 LPG-SH; nicht aber in Bayern, Hessen, Rheinland-Pfalz und Thüringen. – Zu ihrer Einbeziehung *Stöckel*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, Bd. 3, 205. Lfg., Stand: Oktober 2015, P 190, § 25 Rn. 4.

²⁸ Sowie des „*Verantwortlichen für den Anzeigenteil*“ (so explizit § 12 Abs. 2 Nr. 1 SächsPrG; hinsichtlich der übrigen ihn mittels einer Klausel zur Gleichstellung mit dem verantwortlichen Redakteur ebenfalls in die Haftung nehmenden Bundesländer vgl. § 8 Abs. 2 S. 4 LPG-BW, § 7 Abs. 2 S. 4 BlnPrG, § 8 Abs. 2 S. 4 BbgPrG, § 8 Abs. 2 S. 4 BremPrG, § 8 Abs. 2 S. 4 HmbPrG, § 7 Abs. 2 S. 4 LPG-MV, § 8 Abs. 2 S. 4 NdsPrG, § 8 Abs. 2 S. 4 LPG-NRW, § 8 Abs. 1 S. 5 SaarMG, § 7 Abs. 2 S. 4 SAnhPrG, § 7 Abs. 2 S. 4 LPG-SH. – Als weitere Haftungspersonen fungieren schließlich in Sachsen (bei nichtperiodischen Publikationen) auch der *Herausgeber* und der *Verfasser* (§ 12 Abs. 2 Nr. 2 SächsPrG).

²⁹ Vgl. Art. 13 BayPrG; § 21 LPG-BW; § 20 BlnPrG; § 21 BremPrG; § 20 HmbPrG; § 13 HessPrG; § 20 LPG M-V; § 21 NdsPrG; § 22 LPG-NRW; § 35 LMG-RhPf; § 63 Abs. 2 SaarMG; § 13 SAnhPrG; § 15 LPG-SH. – Keine derartige Strafbarstellung findet sich in Brandenburg, Sachsen und Thüringen.

³⁰ Näher zu ihnen *Kühl* (Fn. 1), § 21 LPG Rn. 24 ff., § 24 LPG Rn. 33.

³¹ § 24 Abs. 2 LPG-BW; Art. 14 Abs. 5 BayPrG; § 22 Abs. 2 BlnPrG; § 16 Abs. 2 BbgPrG; § 23 Abs. 2 HmbPrG; § 14 Abs. 5 HessPrG (freilich nicht hinsichtlich *aller* in § 14 Abs. 1, 2 statuierten Taten); § 22 Abs. 2 LPG M-V; § 24 Abs. 2 NdsPrG; § 25 Abs. 2 LPG-NRW; § 37 Abs. 2 LMG-RhPf; § 66 Abs. 2 SaarMG; § 14 Abs. 2 SächsPrG; § 15 Abs. 2 SAnhPrG; § 17 Abs. 2 LPG-SH; § 14 Abs. 1 ThürPrG; keine entsprechende Vorschrift (trotz Ordnungswidrigkeiten in § 22) enthält das BremPrG.

¹⁹ RGSt 65, 82 (85); KG StV 1990, 208 (209); *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 28, 39, 41, 44, 50 f.

²⁰ Näher hierzu *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 28, 40, 51; *Sternberg-Lieben/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 78 Rn. 10 ff.

²¹ Terminus u.a. bei *Weberling* (Fn. 3), 49/vor 32, 34 und *Paschke*, Medienrecht, 3. Aufl. 2009, vor Rn. 954.

²² Nicht nur ist in § 12 Abs. 1, 2 SächsPrG im Hinblick auf Presseinhaltsdelikte die Rede von „Straftaten, die *mittels einer Publikation* begangen werden“, sondern – und im vorliegenden Zusammenhang wichtiger – erstreckt § 14 Abs. 1 SächsPrG seine Verjährungsregelung nur auf das presserechtliche Sonderdelikt des § 12 Abs. 2 SächsPrG, nicht aber auch auf die in § 12 Abs. 1 SächsPrG geregelten Presseinhaltsdelikte.

²³ § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LPG-BW; § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BbgPrG; § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BremPrG; § 12 Abs. 1 S. 1 HessPrG; § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LPG M-V; § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 NdsPrG; § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LPG-NRW; § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SAnhPrG; § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 LPG-SH; entspr. Art. 14 Abs. 1 S. 1 BayPrG (nur „Verbreitung“, nicht auch „Veröffentlichung“).

²⁴ § 22 Abs. 1 BlnPrG; § 23 Abs. 1 S. 1 HmbPrG; § 37 Abs. 1 S. 1 LMG-RhPf; § 66 Abs. 1 S. 1 SaarMG; § 14 Abs. 2 S. 1 ThürPrG.

²⁵ Was schlicht darin begründet liegt, dass das ThürPrG von vornherein keine eigenständigen Straftatbestände aufweist.

²⁶ § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 LPG-BW; § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BremPrG; § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 LPG-NRW; § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 LPG-SH; in der Sache ganz entspr. auch Art. 14 Abs. 1 S. 1 BayPrG; § 22 Abs. 1 BlnPrG; § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BbgPrG; § 23 Abs. 1 S. 1 HmbPrG; § 12 Abs. 1 S. 1 HessPrG; § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 LPG M-V; § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 NdsPrG; § 37 Abs. 1 S. 1 LMG-RhPf; § 66 Abs. 1 S. 1 SaarMG und § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SAnhPrG; demgegenüber verweist § 14 Abs. 1 SächsPrG von vornherein nur auf § 12

zu erstrecken³², auf den Fall also, dass der geistig wirksame Inhalt eines Druckwerks Äußerungen enthält, die den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit verwirklichen.³³

1. Der Ausschluss der Privilegierung in bestimmten Fällen

a) Einige Ländergesetze sehen von vornherein Beschränkungen der Verjährungsprivilegierung vor im Hinblick auf nicht-periodische Druckwerke und/oder die (Nicht-)Einhaltung der jeweiligen landesrechtlichen Impressumsvorschriften: In Rheinland-Pfalz gelten die Verjährungsprivilegien nur, wenn die betreffenden Druckwerke „den Anforderungen über das Impressum [...] genügen“ (§ 37 Abs. 4 LMG-RhPf)³⁴, in Hessen gilt dieselbe Einschränkung für nichtperiodische Druckwerke (§ 12 Abs. 3 HessPrG) und in Schleswig-Holstein findet sich – noch restriktiver – überhaupt eine Beschränkung auf periodische Druckwerke, die das Impressum enthalten (§ 17 Abs. 4 Nr. 1, 2 LPG-SH).

b) Darüber hinaus findet sich in nahezu allen presserechtlichen Regelungen der Länder (mit Ausnahme nur von Sachsen³⁵) – mit erheblichen Unterschieden hinsichtlich des Kreises der betroffenen Delikte und in Bayern bei einigen Delikten nur für nichtperiodische Druckwerke³⁶ – eine *Nichtanwendbarkeitsklausel* im Hinblick auf jeweils mehr oder minder zahlreiche konkret benannte Straftatbestände, für welche die Geltung der allgemeinen Verjährungsregeln der §§ 70 Abs. 3, 70a StGB (sowohl also derjenigen zur *Dauer*, wie auch derjenigen zum *Beginn* der Verjährung³⁷) aufrechterhalten bleiben soll.³⁸ Ganz oder beschränkt auf einzelne Absätze werden meist §§ 86, 86a, 130, 131 und 184 bzw. 184a, 184b, 184c StGB genannt, aber auch §§ 129a, 129b StGB sowie § 20 VereinsG.

³² BGHSt 28, 53 (55 f.); LG Kiel NJW 1999, 1346; *Groß*, NStZ 1994, 312 (315); *Stöckel* (Fn. 27), § 25 Rn. 5; *Groß* (Fn. 18), Rn. 674; ausführlich hierzu *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 34 m.w.N.

³³ BGHSt 28, 53 (54); entspr. *Groß*, NStZ 1994, 312 (315); *Stöckel* (Fn. 27), § 25 Rn. 5.

³⁴ Zur Begründung vgl. RhPf LT-Drs. 14/3235, S. 53; siehe auch *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 98.

³⁵ Was sich unschwer daraus erklärt, dass im SächsPrG von vornherein keine Verjährungsprivilegierung für Presseinhaltsdelikte vorgesehen ist – sondern gem. § 14 Abs. 1 S. 1 SächsPrG allein für das presserechtliche Sonderdelikt des § 12 Abs. 2 SächsPrG.

³⁶ Vgl. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 BayPrG im Gegensatz zu Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BayPrG.

³⁷ So eindeutig § 22 Abs. 4 BlnPrG; § 24 Abs. 1 S. 2 BremPrG; § 23 Abs. 1 S. 2 HmbPrG; § 12 Abs. 1 S. 2 HessPrG; § 22 Abs. 1 S. 2 LPG M-V; § 25 Abs. 1 S. 2 LPG-NRW; § 66 Abs. 1 S. 2 SaarMG; § 15 Abs. 1 S. 2 SAnhPrG; § 17 Abs. 1 S. 2 LPG-SH; in der Sache ebenso aber auch Art. 14 Abs. 1 S. 2 BayPrG; § 24 Abs. 1 S. 2 LPG-BW; § 16 Abs. 1 S. 2 BbgPrG; § 24 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 NdsPrG; § 37 Abs. 1 S. 2 LMG-RhPf; § 14 Abs. 2 S. 2 ThürPrG, so dass § 24 Abs. 1 S. 2 Hs. 2, Abs. 3 S. 3 NdsPrG, § 37 Abs. 3 S. 3 LMG-RhPf letztlich nur klarstellend sind.

³⁸ Vgl. die Nennungen in Fn. 37.

Dabei ist festzustellen, dass einige Landespressegesetze insofern „veraltet“ sind, als sie den mehrfach erfolgten Änderungen im Bereich der §§ 184 ff. StGB noch nicht Rechnung tragen.³⁹ So wird teils noch auf § 184 Abs. 3, 4 StGB a.F. (anstatt auf §§ 184a, 184b StGB) Bezug genommen,⁴⁰ ist mit „§ 184c“ ersichtlich noch § 184c StGB a.F. gemeint oder bleibt neben der Nennung von §§ 184a, 184b StGB der *heutige* § 184c StGB unerwähnt.⁴¹ Ob in den erstgenannten Fällen die Ausschlussklauseln analog auf die jetzigen §§ 184a, 184b StGB angewandt werden können,⁴² erscheint (insbesondere auch im Hinblick auf die inhaltliche Verschärfung des § 184b StGB) angesichts der für den Betroffenen nachteiligen Wirkung zumindest zweifelhaft; in allen Fällen unzulässig wäre aber jedenfalls die analoge Miteinbeziehung auch des heutigen § 184c StGB (Jugendpornografie), da es hier von vornherein an jeder entsprechenden gesetzgeberischen Entscheidung fehlt.

c) Für *Kartellordnungswidrigkeiten*, die durch das Verbreiten von Druckschriften begangen werden, verweist § 81 Abs. 8 GWB auf die Vorschriften des OWiG, mithin auf §§ 31 ff. OWiG, teils aber mit Festsetzung der Verjährungsfrist auf fünf Jahre (vgl. § 81 Abs. 8 S. 2 GWB). Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes hierfür ergibt sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG.⁴³

2. Immanente Begrenzungen bei Presseinhaltsdelikten

Auch hinsichtlich derjenigen Presseinhaltsdelikte (zum Begriff oben vor 1.), die nicht bereits von den soeben (in Abschnitt 1. b) erwähnten Ausschlussklauseln aus der an sich für Inhaltsdelikte bestehenden Verjährungsprivilegierung⁴⁴ herausgenommen werden, ist zu beachten, dass es nach den einschlägigen pressegesetzlichen Formulierungen⁴⁵ bei ihnen konstitutiv auf überhaupt das Vorliegen eines *Druckwerks* (nachfolgend a) bzw. eines Druckwerks *strafbaren Inhalts* (unten b) ankommt⁴⁶ sowie – als der „notwendigen Ausfüh-

³⁹ Insofern auf aktuellem Stand jedoch § 24 Abs. 1 S. 2 LPG-BW; § 16 Abs. 1 S. 2 BbgPrG; § 12 Abs. 1 S. 2 HessPrG; § 24 Abs. 1 S. 2 NdsPrG; § 37 Abs. 1 S. 2 LMG-RhPf; § 66 Abs. 1 S. 2 SaarMG; § 15 Abs. 1 S. 2 SAnhPrG; § 17 Abs. 1 S. 2 LPG-SH.

⁴⁰ § 22 Abs. 4 BlnPrG; § 24 Abs. 1 S. 2 BremPrG; § 22 Abs. 1 S. 2 LPG M-V; § 25 Abs. 1 S. 2 LPG-NRW; ersichtlich auch § 14 Abs. 2 S. 2 ThürPrG, in welchem nur einfach § 184 StGB genannt ist.

⁴¹ Zu ersterem Fall vgl. § 23 Abs. 1 S. 2 HmbPrG, zu letzterem Art. 14 Abs. 1 S. 2 BayPrG.

⁴² So aber *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 32a; siehe auch (freilich ohne eigene Positionierung) *Mitsch* (Fn. 17), 7/38.

⁴³ Zur Verfassungsmäßigkeit der Vorgängerregelung des § 38 Abs. 5 GWB a.F. vgl. BGH MDR 1986, 868 f.

⁴⁴ Wie sie in allen Bundesländern existiert (vgl. Fn. 23, 24), mit Ausnahme freilich von Sachsen (näher hierzu Fn. 22).

⁴⁵ Vgl. nur die Nennungen oben in Fn. 23.

⁴⁶ Dass es in Sachsen für die Annahme eines Presseinhaltsdelikts nicht auf das Vorliegen eines „Druckwerks“, sondern einer „Publikation“ ankommt, ist im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung, da in Sachsen von vornherein

rungshandlung eines Presse-Inhaltsdelikts⁴⁷ – auf dessen *Veröffentlichung oder Verbreitung* (dazu unten c und d). Anders formuliert: Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, ist schon begrifflich weder ein Presseinhaltsdelikt, noch eine entsprechende Verjährungsprivilegierung gegeben.⁴⁸

Dabei ist auch in jenen Landesgesetzen, in welchen bei der Verjährung zunächst nur von der Begehung „mittels eines Druckwerks“ die Rede ist (vgl. oben bei und in Fn. 24) letztlich die „Veröffentlichung oder Verbreitung“ maßgeblich, da mit der vereinfachten Formulierung kein inhaltliches Abweichen gemeint ist – was sich schon allein daraus ablesen lässt, dass in den nämlichen Gesetzen bei der Festlegung des Verjährungsbeginns nun doch stets explizit auf die „Veröffentlichung oder Verbreitung des Druckwerks“ abgestellt, ein solches Vorgehen mithin ohne Weiteres als erforderliche Tat handlung vorausgesetzt wird.⁴⁹

a) Das Vorliegen eines „Druckwerks“

Gleichgültig ist gemäß den meisten Landesgesetzen zunächst,⁵⁰ ob es sich um ein *periodisches* oder ein *nichtperiodisches* Druckwerk handelt.⁵¹ In Schleswig-Holstein freilich ist die Privilegierung auf periodische Druckwerke beschränkt (§ 17 Abs. 4 Nr. 2 LPG-SH), und in Hessen ist sie bei nicht-periodischen Druckwerken von der Einhaltung der Impressums-Vorschriften abhängig (§ 12 Abs. 3 HessPrG); in Bayern schließlich sind einige Delikte nur im Hinblick auf nicht-periodische Druckwerke aus der presserechtlichen Verjährung ausgenommen (vgl. schon oben 1. b mit Fn. 36).

Stets ohne Bedeutung ist aber jedenfalls, welcher Teil des Druckwerks den illegalen Inhalt aufweist: Nicht nur *der daktionelle Teil* ist erfasst; auch wenn es bspw. um einen volksverhetzenden Text im *Anzeigenteil* oder um einen beleidigenden *Leserbrief* geht, greift das Verjährungsprivileg ein –

keine Verjährungsprivilegierung für Inhaltsdelikte existiert (vgl. bereits Fn. 22).

⁴⁷ Kühl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 30.

⁴⁸ So explizit auch Saliger (Fn. 1), § 78 Rn. 23.

⁴⁹ Vgl. § 22 Abs. 3 S. 1 BlnPrG; § 23 Abs. 3 S. 1 HmbPrG; § 37 Abs. 3 S. 1 LMG-RhPf; § 66 Abs. 3 S. 1 SaarMG; § 14 Abs. 3 S. 1 ThürPrG.

⁵⁰ Vgl. Kühl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 28; Weberling (Fn. 3), 49/35.

⁵¹ Zu den periodischen Druckwerken zählen kraft (weitgehend übereinstimmender) Legaldefinition nur solche, die, wenn auch unregelmäßig, so *doch in ständiger Folge mindestens alle sechs Monate* erscheinen (vgl. § 7 Abs. 4 LPG-BW, § 6 Abs. 4 BlnPrG, § 7 Abs. 4 BbgPrG, § 7 Abs. 4 BremPrG, § 7 Abs. 4 HmbPrG, § 4 Abs. 3 HessPrG, § 6 Abs. 4 LPG M-V, § 7 Abs. 4 NdsPrG, § 7 Abs. 4 LPG-NRW, § 3 Abs. 2 Nr. 2 LMG-RhPf, § 2 Abs. 2 Nr. 2 SaarMG, § 6 Abs. 4 SAnhPrG, § 6 Abs. 4 LPG-SH, § 6 Abs. 4 ThürPrG; knapper, aber inhaltsgleich Art. 6 Abs. 2 BayPrG); im Wesentlichen handelt es sich bei periodischen Druckwerken also um die in entsprechend aufeinanderfolgenden Ausgaben veröffentlichten Zeitungen und Zeitschriften (auf welche § 4 Abs. 3 HessPrG den Begriff von vornherein beschränkt; siehe auch die Besonderheit in Art. 6 Abs. 3 BayPrG).

und zwar zugunsten *aller* an dem Presseinhaltsdelikt Beteiligten, mit privilegierender Wirkung also auch für den Anzeigenkunden bzw. Leserbriefschreiber.⁵²

Von vornherein nicht anwendbar sind die presserechtlichen Verjährungsprivilegien jedoch bei *Einstellung eines Presseartikels in ein Online-Archiv*⁵³ – und ebenso wenig bei der *Einstellung von Texten in eine Webseite*⁵⁴ (etwa des Verkaufsangebots für ein als solches angepriesenes indiziertes Computerspiel⁵⁵ oder, wie im weithin bekannten Fall Toebe, ⁵⁶ einer im Sinne des § 130 Abs. 1, 3 StGB volksverhetzenden Äußerung). Denn der die entsprechenden Inhalte perpetuierende Datenspeicher (gar nur der elektronische Arbeitsspeicher eines PCs) kann ersichtlich nicht als „Druckwerk“ bezeichnet werden⁵⁷. Eine dem § 11 Abs. 3 StGB entsprechende Regelung zur Gleichstellung von Datenspeichern ist in den presserechtlichen Landesgesetzen nicht enthalten⁵⁸ und diese Vorschrift selbst weder (mangels entsprechender Verweisung) *unmittelbar* noch (mangels ausfüllungsbedürftiger Regelungslücke) *analog* heranziehbar.

In § 6 Abs. 1 SAnhPrG sind freilich „*Datenträger mit Informationen*“ – wozu auch mit entsprechenden Daten besetzte Festplatten zählen – den Druckwerken gleichgestellt; dennoch scheidet auch hier eine verkürzte Verjährung aus, da es sowohl beim Einstellen von Daten in ein Online-Archiv (bzw. auf eine Webseite) wie auch beim Abruf dieser Daten jedenfalls an der für ein „Verbreiten“ nötigen körperlichen Weitergabe (unten c) fehlt.⁵⁹

Nachdem nun aber (zumindest) die meisten größeren Periodika ihre Inhalte mit oder gleich nach ihrer Veröffentlichung in Druckform auch im Internet zur Verfügung stellen⁶⁰ (vgl. etwa Internet-Seiten wie www.faz.net, www.spiegel.de oder www.zeit.de), bedeutet die bei Online-Archivierung angesichts der insoweit klaren Gesetzeslage fraglos gegebene Anwendbarkeit der allgemeinen Verjährungsregelungen letzt-

⁵² Kühl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 27; siehe auch VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 203 (204: Entscheidung des AG).

⁵³ Ausf. hierzu Schlachetzki, AfP 2006, 327 (328); siehe auch Kühl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 28; Mitsch (Fn. 17), 7/38.

⁵⁴ So die in Fn. 55, 56 genannten Gerichte; siehe auch Rudolphi/Wolter, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 8. Aufl. 2015, § 78 Rn. 12; Fischer (Fn. 16), § 78 Rn. 9.

⁵⁵ So der Fall BayObLG NStZ 2004, 702 f.

⁵⁶ BGHSt 46, 212 (215 f.); zur Verjährung dabei nur in apodiktischer Kürze.

⁵⁷ Darauf hinweisend BayObLG NStZ 2004, 702 (703); Schlachetzki, AfP 2006, 327 (328); Rudolphi/Wolter (Fn. 54), § 78 Rn. 12; siehe auch BGHSt 46, 212 (215 f.); Heghmanns, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, 6. Teil Rn. 65.

⁵⁸ Vgl. die Nennungen soeben in Fn. 57. – Zur Ersetzung des „Druckwerks“ durch die „Publikation“ in §§ 12, 14 SächsPrG vgl. unten Fn. 62.

⁵⁹ In diesem Sinne auch die Formulierung bei Saliger (Fn. 1), § 78 Rn. 23.

⁶⁰ Näher hierzu Schlachetzki, AfP 2006, 327 (328).

lich nichts anderes als eine faktische Aufhebung der verjährungsrechtlichen Privilegierung der Presse⁶¹.

Da dies angesichts des Grundrechts der Pressefreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG in hohem Maße bedenklich erscheint (vgl. bereits oben I.), sollte es dem (Landes-)Gesetzgeber nicht nur Anlass, sondern Verpflichtung sein, die Anwendbarkeit der presserechtlichen Verjährungsregelungen auch auf die anschließende Veröffentlichung im Internet zu erstrecken⁶² – und zwar gleichviel, ob es sich um die (längerfristige) Einstellung in ein Online-Archiv oder das (meist kurzzeitige) Verfügbarhalten als sog. E-Paper handelt.⁶³

Auch bei Presseprodukten, die landesrechtlich aus dem Begriff des „Druckwerks“ ausgeklammert sind,⁶⁴ greift das presserechtliche Verjährungsprivileg nicht⁶⁵. Dies betrifft u.a. auch den Fall des § 264a StGB (Kapitalanlagebetrug), weil die in diesem Tatbestand genannten „Prospekte“ nach nahezu jedem Landespresserecht als „nur Zwecken des Gewerbes dienende“ sog. harmlose Druckschriften⁶⁶ schon gar nicht als „Druckwerke“ zu qualifizieren sind.⁶⁷ Da jedoch – und hierin liegt die Ausnahme – in Bayern die „harmlosen Druckschriften“ nicht aus dem Bereich der Druckwerke ausgeklammert sind (vgl. Art. 6 BayPrG), ist dort (erst unlängst durch Einfügung einer Nr. 3 in Art. 14 Abs. 1 S. 2 BayPrG) § 264a StGB *explizit* aus der Verjährungsprivilegierung herausgenommen worden.⁶⁸

Das Verbreiten von CDs, DVDs etc. ist zwar nur dann vom Verjährungsprivileg erfasst, wenn und insoweit in dem jeweiligen Pressegesetz *Tonträger* bzw. *Bildträger* den Druckwerken gleichgestellt sind⁶⁹ – doch ist dies mittlerweile (mit Ausnahme von Bayern) bei Tonträgern in allen Län-

dern⁷⁰ und bei Bildträgern in zahlreichen Ländern⁷¹ der Fall;⁷² § 6 Abs. 1 SAnhPrG erstreckt die Anwendbarkeit gar auf „sonstige Datenträger mit Informationen“. Nicht erfasst sind jedoch durch Kopieren mittels handelsüblicher Videorekorder selbst erstellte Videokassetten, da es hier an einem zur Massenherstellung geeigneten Vervielfältigungsverfahren und damit einem konstitutiven Merkmal des „Druckwerks“ fehlt;⁷³ das muss auch für selbstgebrannte CDs und DVDs gelten.

b) Das Erfordernis des strafbaren Inhalts des Druckwerks

Nach dem Wortlaut der meisten presserechtlichen Landesgesetze greifen die spezifischen Verjährungsregelungen nur dann ein, wenn es sich um die Verbreitung bzw. Veröffentlichung von Druckwerken „strafbaren Inhalts“ handelt,⁷⁴ während die übrigen einschlägigen Gesetze weniger eng formulierend – aber damit, soweit ersichtlich, keine andere Beurteilung bewirkend⁷⁵ – nur einfach darauf abstellen, dass die Straftat „mittels eines Druckwerks begangen“ wird.⁷⁶

Dies ist so zu verstehen, dass die Strafbarkeit gerade im Inhalt des Druckwerks selbst ihren unmittelbaren Grund haben muss und sich nicht erst aus den besonderen Umständen der Verbreitung bzw. Veröffentlichung ergeben darf⁷⁷ – was ja auch mit dem Begriff des Presseinhaltsdelikts durchaus kompatibel erscheint. Kein „strafbarer Inhalt des Druckwerks“ ist auch dann gegeben, wenn sich die Strafbarkeit erst

⁶¹ So Schlachetzki, AfP 2006, 327 (328); die Privilegierung laufe „faktisch ins Leere“ (a.a.O., 327).

⁶² Den insofern richtigen Weg hat jüngst der sächsische Gesetzgeber eingeschlagen, indem er (u.a.) in §§ 12 und 14 SächsPrG zur *Strafrechtlichen Verantwortung* und zur *Verjährung* statt von „Druckwerk“ von „Publikation“ spricht, so dass auch *digitale Publikationen* (siehe § 11 Abs. 3, 5 SächsPrG) erfasst werden. Da das SächsPrG jedoch für Presseinhaltsdelikte keine gesonderte Verjährungsregelung vorsieht, kommt jene Gleichstellung nur (aber immerhin) im Rahmen der Verjährungsregel des auf § 12 Abs. 2 SächsPrG verweisenden § 14 Abs. 1 S. 1 SächsPrG beim presserechtlichen Sonderdelikt zur Geltung.

⁶³ Vgl. Schlachetzki, AfP 2006, 327 (328 f.), der eine „Erweiterung, die den modernen Formen der Informationsvermittlung mittels elektronischer Medien Rechnung trägt“, für „wünschenswert“ hält.

⁶⁴ Vgl. hierzu nur etwa § 6 Abs. 3 LPG-SH.

⁶⁵ BGHSt 40, 385 (387 f.); Schmid (Fn. 1), § 78 Rn. 14; Kühl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 28a; Groß (Fn. 18), Rn. 668.

⁶⁶ Vgl. nur etwa § 6 Abs. 3 Nr. 2 LPG-SH.

⁶⁷ BGHSt 40, 385 (388); Schmid (Fn. 1), § 78 Rn. 14; Kühl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 28a; Mitsch (Fn. 17), 7/38.

⁶⁸ Zur vorherigen Situation in Bayern LG Augsburg wistra 2004, 75; Kühl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 28a.

⁶⁹ Kühl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 28; siehe auch BayObLGSt 1987, 98; Saliger (Fn. 1), § 78 Rn. 23.

⁷⁰ Vgl. nur § 6 Abs. 1 LPG-SH; ebenso – mit Ausnahme des BayPrG – auch alle anderen Ländergesetze.

⁷¹ Vgl. § 7 Abs. 1 LPG-BW, § 7 Abs. 1 BbgPrG, § 7 Abs. 1 BremPrG, § 7 Abs. 1 LPG-NRW, § 2 Abs. 2 Nr. 1 SaarMG, § 6 Abs. 1 LPG-SH und § 6 Abs. 1 ThürPrG (hier: „besprochene Bild-/Tonträger“); siehe auch § 3 Abs. 2 Nr. 1a LMG-RhPf: „Texte in verfilmter Form“.

⁷² Zum Vorliegen eines Presseinhaltsdelikts im Rahmen eines Films vgl. BGH NStZ 1996, 492.

⁷³ Und zwar unabhängig von der Anzahl der hergestellten Kopien, siehe BGH NJW 1999, 1979 (1980), insoweit auch abgedruckt in BGHSt 45, 41 (44 ff.).

⁷⁴ Vgl. die Nennungen in Fn. 23. – Auf die Schwäche dieser Formulierung, dass doch „buchstäblich genommen der Inhalt einer Druckschrift niemals strafbar sein kann, weil immer nur das Verhalten [...] eines Menschen strafbar ist“, hat schon RGSt 66, 145 (146, Hervorhebung auch im Original) zu Recht hingewiesen.

⁷⁵ So knüpft etwa Kühl (Fn. 1), § 20 LPG Rn. 20 ff., seine Betrachtungen zum Presseinhaltsdelikt ohne Weiteres an eben diese Formulierung an.

⁷⁶ Vgl. die Nennung der entsprechenden Landesnormen in Fn. 24. – Zu Sachsen vgl. Fn. 22 bzw. Fn. 62.

⁷⁷ So in leicht variierender Formulierung RGSt 66, 145 (146 f.); BGHSt 26, 40 (44); Kühl (Fn. 1) § 20 LPG Rn. 50, § 24 LPG Rn. 29; Saliger (Fn. 1), § 78 Rn. 22; B. Heinrich, in: Wandtke/Ohst (Hrsg.), Praxishandbuch Medienrecht, Bd. 4, 3. Aufl. 2014, Kapitel 6 Rn. 95.

aufgrund handschriftlicher Zusätze ergibt⁷⁸ (Aufmalen von Hakenkreuzen auf ein Plakat).

Ohne Belang ist es nach – richtiger⁷⁹ – h.M. freilich, wenn die Strafbarkeit des jeweiligen Delikts noch an *ergänzende Merkmale* geknüpft ist, die aus dem Druckwerk selbst nicht herausgelesen werden können, die also außerhalb des Inhalts der Druckschrift liegen,⁸⁰ wie bei § 166 StGB an die *Störung des öffentlichen Friedens*, bei § 353b StGB an die *Amtsträgereigenschaft* des Täters, bei § 186 StGB an die *Nichterweislichkeit* der behaupteten Tatsache⁸¹ oder (etwa bei §§ 90b, 219a Abs. 1 StGB) an eine bestimmte *Absicht des Täters*⁸² bzw. (bei § 187 StGB) an sein Handeln „*wider besseres Wissen*“.⁸³ Denn auch in diesen Fällen „liegt der Strafgrund in dem Druckwerk selbst, und dem Täter, der die weiteren Umstände des Straftatbestandes verwirklicht, ist die Verbreitung des Druckwerks ‚schlechthin‘ verboten“⁸⁴.

Demgegenüber sind aber nach allgemeiner Auffassung „Druckwerke strafbaren Inhalts [...] solche Druckwerke nicht, deren Verbreitung nach ihrem Inhalt grundsätzlich erlaubt ist und nur mit Rücksicht auf andere Tatsachen, wie Zeit, Ort oder Art des Verbreitens oder wegen der Verbreitung an einen bestimmten Abnehmerkreis mit Strafe bedroht ist“.⁸⁵ Daraus folge, dass bspw. der auf die verfassungsfeindliche Einwirkung *auf einen bestimmten Personenkreis* („Angehörige der Bundeswehr“ etc.) abstellende § 89 StGB auch in dem hier interessierenden Fall des publizistischen Einwirkens kein Presseinhaltsdelikt sei und ein Verstoß gegen ihn die pressenspezifischen Verjährungsregeln nicht anwendbar mache.⁸⁶

Nichts anderes gelte im Hinblick auf die allein dem Jugendschutz dienende – und von daher die Verbreitung unter Erwachsenen von vornherein nicht hindern wollende – Verbreitungsstrafbarkeit des § 27 JuSchG i.V.m. § 15 Abs. 1, 2 JuSchG⁸⁷ (bloßes Vertriebsdelikt⁸⁸) – mit Ausnahme jedoch

des § 27 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 15 Abs. 1 Nr. 6 JuSchG (vgl. gleich nachfolgend bei Fn. 96), – und zwar unabhängig davon, ob daneben auch eine Strafbarkeit nach § 184 StGB besteht.⁸⁹

Hinsichtlich des § 184 StGB selbst gehen die Meinungen freilich auseinander: Vereinzelt wird dieses Delikt als Presseinhaltsdelikt gesehen,⁹⁰ ganz überwiegend jedoch nicht,⁹¹ denn: „Die Verbreitung einfacher Pornographie ist gem. § 184 Abs. 1 StGB nicht generell unter Strafe gestellt. Vielmehr wird dem Jugendschutz hier nur insoweit Rechnung getragen, als bestimmte Arten des Vertriebs unter Strafe gestellt sind. [...] Die Strafbarkeit knüpft also nicht an den Inhalt der Schriften, sondern an die Art und Weise ihrer Verbreitung an.“⁹² Zu Recht ist aber § 184 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 2 StGB davon auszuklammern,⁹³ da hier die Werbung für pornografische Schriften – ungeachtet der Ausnahme für den „Geschäftsverkehr mit dem einschlägigen Handel“⁹⁴ – schlechthin verboten ist.⁹⁵ Ebenso (da inhaltsgleich) ist § 27 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 15 Abs. 1 Nr. 6 JuSchG ein Presseinhaltsdelikt.⁹⁶

Ist in den zuvor genannten Fällen nicht inhaltsdeliktischer Beschaffenheit der Inhalt des Druckwerkes immerhin (neben anderen Faktoren) noch *mitbestimmend* für die Strafbarkeit, ist ein Presseinhaltsdelikt erst recht nicht gegeben, wenn die

BGHSt 26, 40 (44) zu §§ 6 Nr. 2, 3 und 3, 21 GJS a.F.; krit. jedoch *Weberling* (Fn. 3), 49/35, 39.

⁷⁸ So *Kühl* (Fn. 1), § 20 LPG Rn. 37; siehe auch *Stöckel* (Fn. 27), § 21 Rn. 4, § 25 Rn. 4.

⁷⁹ Vgl. BGHSt 26, 40 (45 f., insb. 46); nicht anders zu verstehen auch *Kühl* (Fn. 1), § 20 LPG Rn. 37.

⁸⁰ BGHSt 26, 40 (45); *Weberling* (Fn. 3), 17/7; insoweit unklar *Kühl* (Fn. 1), § 20 LPG Rn. 37, 55.

⁸¹ BGH NJW 1999, 1979 (1982); *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 29; ebenso (jeweils unter Ausklammerung des § 184 Abs. 1 Nr. 5, Alt. 2 StGB) die in Fn. 93 genannten Autoren.

⁸² BGH NJW 1999, 1979 (1982).

⁸³ BayObLG MDR 1980, 73 unter Hinweis auf OLG Hamburg NJW 1965, 2168 f. und BGHSt 26, 40 (46) – beide zu § 5 Abs. 2 GJS a.F. –; *Laufhütte/Roggenbuck*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan, Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 184 Rn. 34, 53; *Eisele*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 20), § 184 Rn. 93; *Hörnle*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 184 Rn. 118; *Hilgendorf*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2014, § 184 Rn. 56; *Fischer* (Fn. 16), § 184 Rn. 16, 45.

⁸⁴ Überzeugend hierzu BayObLG MDR 1980, 73 unter Hinweis auf BGHSt 12, 360 (362) zu § 5 Abs. 2 GJS a.F.; *Laufhütte/Roggenbuck* (Fn. 93), § 184 Rn. 34; in diesem Sinne auch *Schmid* (Fn. 1), § 78 Rn. 15 a.E.

⁸⁵ BayObLG MDR 1980, 73: „generell verboten“; ebenso *Laufhütte*, JZ 1974, 46 (48); *Seetzen*, NJW 1976, 497 (498); *Hilgendorf* (Fn. 93), § 184 Rn. 56 sowie (zu § 5 Abs. 2 GJS a.F.) BGHSt 12, 360 (362).

⁸⁶ *Hörnle* (Fn. 93), § 184 Rn. 118; *Eisele* (Fn. 93), § 184 Rn. 93; siehe auch *Hilgendorf* (Fn. 93), § 184 Rn. 56.

⁷⁸ BGH MDR 1984, 183; *Rudolphi/Wolter* (Fn. 54), § 78 Rn. 8; *Schmid* (Fn. 1), § 78 Rn. 15.

⁷⁹ Zu den „unmöglichen Folgerungen“ der Gegenauffassung *Kühl* (Fn. 1), § 20 LPG Rn. 50.

⁸⁰ Vgl. nur RGSt 66, 145 (147); BGHSt 26, 40 (44); *Kühl* (Fn. 1), § 20 LPG Rn. 51 m.w.N.

⁸¹ BayObLGSt 1953, 168 (170); BGHSt 26, 40 (44); *Saliger* (Fn. 1), § 78 Rn. 22 mit Fn. 69.

⁸² So auch BGHSt 26, 40 (44 f.); *Schmid* (Fn. 1), § 78 Rn. 15; a.A. *Rudolphi/Wolter* (Fn. 54), § 78 Rn. 8 und *Saliger* (Fn. 1), § 78 Rn. 22, was aber an einer Fehldeutung von BGHSt 26, 40 (44 f.) liegen dürfte.

⁸³ So BGHSt 44, 209 (216) im Hinblick auf ein entsprechendes Rundfunkinhaltsdelikt.

⁸⁴ BGHSt 26, 40 (45); i.E. ebenso *Schmid* (Fn. 1), § 78 Rn. 15; siehe auch BayObLG MDR 1980, 73.

⁸⁵ BGHSt 27, 353 (354); siehe auch BGHSt 26, 40 (44); *Schmid* (Fn. 1), § 78 Rn. 15; *Saliger* (Fn. 1), § 78 Rn. 22.

⁸⁶ BGHSt 27, 353 (354); *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 29; *Schmid* (Fn. 1), § 78 Rn. 15.

⁸⁷ *Kühl* (Fn. 1), § 20 LPG Rn. 37, 55; *Schmid* (Fn. 1), § 78 Rn. 15; *B. Heinrich* (Fn. 77), Kapitel 6 Rn. 95; siehe auch

Strafbarkeit insofern *unabhängig vom Inhalt* ist, als sie auf dem in der Verbreitung liegenden Tätigwerden als solchem beruht – wie in den Fällen der §§ 201 Abs. 1 Nr. 2, 201a Abs. 2 und 3, 203, 206 Abs. 1 und 4 StGB und § 106 Abs. 1 UrhG – sowie ebenso, wenn mittels eines *inhaltlich unbedenklichen* Druckwerks (bspw. eines an die Mitglieder verteilten allgemeinpolitisch informierenden Handzettels) der organisatorische Zusammenhalt einer für verfassungswidrig erklärten Partei aufrechterhalten oder unterstützt wird (§ 84 Abs. 1, 2 StGB)⁹⁷ bzw. mittels eines solchen Druckwerks gegen ein vereinsrechtliches Betätigungsverbot verstoßen wird (§ 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 1–4 VereinsG)⁹⁸: Der Inhalt des Druckwerks ist hier nur insoweit von Bedeutung, „als es um die Feststellung geht, ob eine förderliche Tätigkeit für den Verein“ – bzw. die Partei – „vorliegt“⁹⁹.

Unter Berücksichtigung all der soeben genannten Einschränkungen ist als der presserechtlichen Verjährung unterfallendes Presseinhaltsdelikt im Grunde jedes Allgemeindelikt vorstellbar, soweit es denn durch Verbreitung von Druckwerken begangen werden kann¹⁰⁰. Von Bedeutung sind hier in erster Linie die Beleidigungs- bzw. Verunglimpfungsstraftaten (§§ 185 ff., 90, 90a, 90b StGB)¹⁰¹, aber auch die typischen Verbreitungs- und Veröffentlichungsdelikte (insb. §§ 184a, 184b Abs. 1, 184c Abs. 1)¹⁰² sowie die sog. Aufforderungsdelikte (wie §§ 111, 130 StGB)¹⁰³.

Die Verjährungsprivilegien können u.a. aber auch Platz greifen bei den diversen Ankündigungs- und Anpreisungsdelikten (etwa §§ 27 Abs. 1 Nr. 3, 4 mit 15 Abs. 4, 5 JuSchG, § 16 Abs. 1, 2 UWG, §§ 14 mit 3 HWG)¹⁰⁴, bei verbotener Marktmanipulation (§§ 38 mit 39, 20a WpHG)¹⁰⁵, bei Frie-

dens-, Hoch- und Landesverrat (§§ 80, 80a, 81 ff., 93 ff. StGB)¹⁰⁶, bei der Werbung für eine terroristische Vereinigung (§ 129a Abs. 3 StGB)¹⁰⁷, bei Wählertäuschung, -nötigung oder -bestechung (§§ 108 ff. StGB), beim unbefugten Führen von Titeln, Berufsbezeichnungen etc. (§ 132a Abs. 1 Nr. 1–3 StGB)¹⁰⁸ sowie bei Vermögensdelikten wie Betrug und Erpressung¹⁰⁹, ebenso bei Nötigung¹¹⁰, ja ggf. sogar bei Körperverletzungs- und Tötungsdelikten¹¹¹ (z.B. bei der Verbreitung falscher Katastrophenmeldungen, die eine allgemeine Panik mit entsprechender Gefährdung einer unbestimmten Zahl von Lesern bewirkt¹¹²).

c) Das „Verbreiten“ des Druckwerks

Nach dem hier maßgebenden *presserechtlichen Verbreitensbegriff*¹¹³ – der nicht (oder zumindest nicht ohne Weiteres) mit dem von vornherein nicht auf Druckwerke beschränkten, sondern auf Schriften im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB bezogenen strafrechtlichen Verbreitensbegriff gleichzusetzen ist¹¹⁴ – muss das Druckwerk „einem größeren Personenkreis körperlich zugänglich gemacht“ werden.¹¹⁵

Dabei ist von einem „größeren Personenkreis“ immer dann auszugehen, wenn der Kreis der Empfänger so groß ist, dass „es sich bei den Empfängern um einen für den Täter nicht kontrollierbaren Personenkreis handelt“¹¹⁶, was – mangels effektiver Kontrollmöglichkeit – in der Regel selbst dann anzunehmen ist, wenn die Druckwerke „einem nach Zahl und Besonderheiten genau bestimmten Personenkreis“ (etwa den Mitgliedern eines Vereins) vertraulich zugeleitet werden.¹¹⁷ Nicht erfasst ist somit bloß der Fall, dass das Druckwerk „nur *wenigen*, individuell bestimmten Personen“ zugänglich gemacht wird bzw. werden soll,¹¹⁸ und auch dies nur, wenn es nicht in der Erwartung oder zumindest dem Bewusstsein (be-

⁹⁷ *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 28a. – Entsprechendes gilt auch im Hinblick auf § 85 Abs. 1, 2 StGB.

⁹⁸ BGH NStZ 1996, 393; Strafgrund nicht der Inhalt, sondern die Tätigkeit; siehe auch (sämtlich zu § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 VereinsG) BGH NStZ-RR 1999, 10; OLG Düsseldorf NStZ-RR 1997, 59; *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 28a, 29; *Weberling* (Fn. 3), 17/7; *Schmid* (Fn. 1), § 78 Rn. 15.

⁹⁹ BGH NJW 1996, 1905; OLG Düsseldorf NStZ-RR 1997, 59; *Kühl* (Fn. 1), § 20 LPG Rn. 38a.

¹⁰⁰ *Weberling* (Fn. 3), 17/7; *Schmid* (Fn. 1), § 78 Rn. 14.

¹⁰¹ BGHSt 18, 63 und KG StV 1990, 208 f. (zu § 185 StGB); BGH NStZ-RR 1999, 10 und OLG Frankfurt NJW 1984, 1128 (zu § 90a StGB); *Kühl* (Fn. 1), § 20 LPG Rn. 53; *Weberling* (Fn. 3), 17/7.

¹⁰² Ausf. *Kühl* (Fn. 1), § 20 LPG Rn. 55; *Schmid* (Fn. 1), § 78 Rn. 14.

¹⁰³ OLG Frankfurt StV 1990, 209 f. und *Weberling* (Fn. 3), 17/7 (zu § 111 StGB); BGH NStZ 1996, 492 und OLG Celle NStZ 1997, 495 f. (zu § 130 StGB); *Kühl* (Fn. 1), § 20 LPG Rn. 54.

¹⁰⁴ Vgl. *Kühl* (Fn. 1), § 20 LPG Rn. 56; zu § 4 UWG a.F. OLG Stuttgart NJW 1974, 1149; zu § 16 UWG (krit.) *Solf*, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2007, Kapitel 14 Rn. 106; zu § 14 HWG *Solf* (a.a.O.), Kapitel 14 Rn. 69.

¹⁰⁵ Näher hierzu *Benner*, in: Wabnitz/Janovsky (Fn. 104), Kapitel 9 Rn. 179 ff. m.w.N.

¹⁰⁶ *Kühl* (Fn. 1), § 20 LPG Rn. 58.

¹⁰⁷ BGHSt 43, 122; OLG Düsseldorf NStZ 1990, 145 f.; *Kühl* (Fn. 1), § 20 LPG Rn. 58.

¹⁰⁸ BayObLGSt 1991, 35 („Prof.“ in einem Zeitungsinserat); *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 20), § 78 Rn. 9.

¹⁰⁹ *Kühl* (Fn. 1), § 20 LPG Rn. 45, 47, 59.

¹¹⁰ *Kühl* (Fn. 1), § 20 LPG Rn. 59.

¹¹¹ *Kühl* (Fn. 1), § 20 LPG Rn. 49, 60. – Bei Mord (§ 211 StGB) wäre § 78 Abs. 2 StGB zu beachten.

¹¹² *Kühl* (Fn. 1), § 20 LPG Rn. 49.

¹¹³ *Mitsch* (Fn. 17), 7/38; *Bullinger*, in: Löffler, Presserecht, Kommentar, 5. Aufl. 2006, Einl Rn. 24.

¹¹⁴ Näher *Bullinger* (Fn. 113), Einl Rn. 24, 44; ausf. hierzu auch *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 1), § 86 Rn. 25 ff.

¹¹⁵ So schon RGSt 16, 245; 36, 330 (331); BayObLGSt 79, 71 (72); *Bullinger* (Fn. 113), Einl Rn. 24.

¹¹⁶ BGHSt 13, 257 (258); *Bullinger* (Fn. 113), Einl Rn. 31; *Ricker*, in: *Ricker/Weberling* (Fn. 3), 1/24.

¹¹⁷ BGHSt 13, 257 (258) in Anlehnung an RGSt 9, 292 (293 und 294); 36, 330 (331); siehe auch RGSt 7, 113 (114).

¹¹⁸ *Bullinger* (Fn. 113), Einl Rn. 32 (Hervorhebung im Original); *Ricker* (Fn. 116), 1/24; entspr. schon RGSt 9, 292 (294); siehe auch OLG Frankfurt StV 1990, 209 f. zur Zuleitung einer Pressemitteilung an die Redakteure einer Zeitung.

dingter Vorsatz) möglicher Weiterverbreitung durch den oder die Empfänger geschieht.¹¹⁹

Vor allem aber bedarf es, wie erwähnt, über die bloße Bekanntgabe des Inhalts hinaus¹²⁰ eines „körperlichen Zugänglichmachens“¹²¹, und zwar – nach heute zu Recht ganz herrschendem Verständnis¹²² – im Sinne einer „gegenständlichen Weitergabe“ des Druckwerks¹²³, letztlich also einer Gewahrsamsübertragung¹²⁴. Schließlich fordern die presserechtlichen Regelungen die Verbreitung *des Druckwerks* (also des Druckwerks *selbst*) und nicht nur *des Inhalts des Druckwerks*¹²⁵.

Somit greifen die Verjährungsprivilegien z.B. nicht ein beim bloßen Vorlesen eines beleidigenden Presseartikels,¹²⁶ und auch beim öffentlichen Anschlagen eines Plakats¹²⁷ oder beim Führen eines (drucktechnisch hergestellten¹²⁸) beleidigenden Aufklebers am Auto¹²⁹ ist zumindest *keine Verbrei-*

tung gegeben¹³⁰ (zur Frage der *Veröffentlichung* noch nachfolgend d).

d) Das „Veröffentlichen“

Mitunter heißt es, Veröffentlichung sei nichts anderes, als ein an die Öffentlichkeit gewandtes Verbreiten, eben eine „öffentliche Verbreitung“¹³¹, was im Unterschied zu dem an einen individuell bestimmten größeren Personenkreis gerichteten „einfachen“ Verbreiten dadurch geprägt sei, dass das Druckwerk einem unbestimmten Personenkreis zugänglich gemacht wird.¹³² „Verbreitung“ sei also der auch die „Veröffentlichung“ umfassende Oberbegriff,¹³³ diese damit nichts weiter als ein Unterfall der „Verbreitung“¹³⁴.

Das vermag so jedoch nicht zu überzeugen,¹³⁵ denn damit wäre die Nennung der *Veröffentlichung* neben der *Verbreitung* höchst unverständlich, da überflüssig.¹³⁶ Tatsächlich geht die h.M. davon aus, dass sich Veröffentlichung und Verbreitung dahingehend unterscheiden, dass für das „Veröffentlichen“ zwar auch körperliches Zugänglichmachen des Druckwerks (für die Öffentlichkeit), nicht aber – wie beim „Verbreiten“ (vgl. soeben c) – Gewahrsamsübertragung erforderlich sei.¹³⁷ Man mag hier von „erster Ausgabe des Druckwerkes an die Öffentlichkeit“ sprechen.¹³⁸

Der Umstand, dass auch die Veröffentlichung „durch körperhaftes Zugänglichmachen des Druckwerks“ geprägt ist,¹³⁹ hat zur Folge, dass jedenfalls das (öffentliche) Vorlesen oder Rezitieren eines Druckwerks auch insoweit *nicht* erfasst wird.¹⁴⁰ Durchaus problematisch ist allerdings die Frage, wie es sich demgegenüber bei dem (öffentlichen) Anschlagen eines Plakats bzw. dem (öffentlich sichtbaren) Führen eines gedruckten Pkw-Aufklebers verhält – denn hier steht das

¹¹⁹ RGSt 2, 171; 7, 113 (115); 16, 245; 55, 277; BGHSt 19, 63 (71); *Bullinger* (Fn. 113), Einl Rn. 33.

¹²⁰ BayObLGSt 79, 71 (72); OLG Hamburg NStZ 1983, 127; OLG Frankfurt NJW 1984, 1128.

¹²¹ BGHSt 18, 63 (64); OLG Hamburg NStZ 1983, 127; OLG Frankfurt NJW 1984, 1128; OLG München MDR 1989, 180 f.; OLG Köln NStZ 1990, 241 (242); *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 31; *Saliger* (Fn. 1), § 78 Rn. 23; siehe auch ausführlich *Bullinger* (Fn. 113), Einl Rn. 25 ff.

¹²² Ausführlich und richtig hierzu OLG Frankfurt NJW 1984, 1128; anders noch BGHSt 19, 308 (310) sowie noch immer *Bullinger* (Fn. 113), Einl Rn. 24 ff., 37 ff. und *Ricker* (Fn. 116), 1/23, 24 („Anschlagen, Ausstellen und Auslegen von Druckschriften“ als besondere „Verbreitungsarten“).

¹²³ OLG Hamburg NStZ 1983, 127; OLG Frankfurt NJW 1984, 1128; OLG Köln NStZ 1990, 241 (242); *Franke*, NStZ 1984, 126 (127); *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 31; *Mitsch* (Fn. 17), 7/38.

¹²⁴ Vgl. OLG Hamburg NStZ 1983, 127; OLG Frankfurt NJW 1984, 1128; OLG München MDR 1989, 181; *Botke*, JR 1983, 298 (300); *Groß* (Fn. 18), Rn. 666; *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 31; v. *Bubnoff*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 4, 11. Aufl. 1995, § 131 Rn. 41.

¹²⁵ So zu Recht BGHSt 18, 63 f.; OLG Frankfurt MDR 1984, 423; *Bullinger* (Fn. 113), Einl Rn. 25.

¹²⁶ BGHSt 18, 63; *Ricker* (Fn. 116), 1/23; *Saliger* (Fn. 1), § 78 Rn. 23; *Bullinger* (Fn. 113), Einl Rn. 25.

¹²⁷ OLG München MDR 1989, 180 f.; *Saliger* (Fn. 1), § 78 Rn. 23; anders noch BGHSt 19, 308 (310).

¹²⁸ Hier schon die Eigenschaft als „Druckwerk“ anzweifelnd OLG Hamm NStZ 1989, 578 (579); sie – zu Recht – explizit bestätigend jedoch KG JR 1990, 124 (125) = StV 1990, 208.

¹²⁹ OLG Hamburg NStZ 1983, 127 m. zust. Anm. *Botke*, JR 1983, 298 (300) und *Franke*, NStZ 1984, 126 (127); OLG Frankfurt NJW 1984, 1128; MDR 1989, 423; OLG Hamm NStZ 1989, 578 (579); *Rudolphi/Wolter* (Fn. 54), § 78 Rn. 8; *Schmid* (Fn. 1), § 78 Rn. 16; *Saliger* (Fn. 1), § 78 Rn. 23 m.w.N.

¹³⁰ So (zum Plakat) auch OLG Köln NStZ 1990, 241 (242) sowie (zum Aufkleber) KG StV 1990, 208; *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 20), § 78 Rn. 9 (die aber jeweils *Veröffentlichung* bejahen, siehe nachf. im Text Abschnitt III. 2. d) mit Fn. 143, 147).

¹³¹ *Bullinger* (Fn. 113), Einl Rn. 46; *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 31; *Ricker* (Fn. 116), 1/30.

¹³² *Bullinger* (Fn. 113), Einl Rn. 46.

¹³³ So explizit (aber unvereinbar mit den sonstigen Darlegungen dort) *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 31.

¹³⁴ Dies ausdrücklich ablehnend OLG Schleswig SchlHA 1990, 131.

¹³⁵ Und macht nur Sinn, wenn man, wie BGHSt 19, 308 (310) und *Bullinger* (Fn. 113), Einl Rn. 24 ff., 37 ff. (vgl. schon Fn. 122) dies tun, bei der „Verbreitung“ auf das Erfordernis der Weitergabe verzichtet.

¹³⁶ In diesem Sinne auch OLG Frankfurt NJW 1984, 1128 und OLG Köln NStZ 1990, 241 (242).

¹³⁷ OLG Frankfurt NJW 1984, 1128; OLG Frankfurt MDR 1984, 423; OLG Köln NStZ 1990, 241 (242); *Groß* (Fn. 18), Rn. 666; *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 31.

¹³⁸ *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 20), § 78a Rn. 16.

¹³⁹ Dies zu Recht hervorhebend *Bullinger* (Fn. 113), Einl Rn. 46 (*Hervorhebung des Verf.*).

¹⁴⁰ In diesem Sinne *Bullinger* (Fn. 113), Einl Rn. 25.

Druckwerk dem Betrachter ja fraglos *körperlich* vor Augen.¹⁴¹

Wenn nun aber eben deshalb beim Aufkleber – entgegen der h.M.¹⁴² – mitunter eine „Veröffentlichung“ angenommen wird,¹⁴³ so verkennt dies nicht nur, dass unter *Veröffentlichen* richtigerweise nur das *erstmalige* Zugänglichmachen des Druckwerks zu verstehen ist¹⁴⁴; denn: ist es schon veröffentlicht (wie hier bereits mit dem vorherigen In-den-Handel-Bringen des Aufklebers¹⁴⁵), ist es ja bereits öffentlich zugänglich gemacht worden.¹⁴⁶ Es vernachlässigt auch, dass – angesichts des letztlich gerade presseschützenden Charakters des Verjährungsprivilegs (vgl. oben I.) – es schon per se erforderlich ist, auf eine pressenspezifische Art und Weise des Veröffentlichens abzustellen.¹⁴⁷ Auch beim Anschlag eines Plakats sollte dies nicht anders gesehen werden.¹⁴⁸

3. Die personale Erstreckung des Verjährungsprivilegs

Das Verjährungsprivileg kommt nicht etwa nur Pressemitarbeitern, sondern prinzipiell auch Privatpersonen zugute, die selbst nicht der Presse angehören.¹⁴⁹ Jedoch nimmt der BGH (im Rahmen einer – das Presserecht freilich ebenfalls mit in den Blick nehmenden – rundfunkrechtlichen Entscheidung) insoweit eine Einschränkung vor¹⁵⁰: „Angesichts des Ausnahmecharakters der kurzen presserechtlichen Verjährung [...] bedarf es [...] gerade bei Straftaten, die von Personen begangen werden, die nicht berufsmäßig in die Herstellung und Verbreitung der genannten Medien eingebunden sind, einer eng an Sinn und Zweck der presserechtlichen Privile-

gierung ausgerichteten Auslegung“. Demgemäß sei bei „Kundgaben von Privatpersonen, die durch – von diesen Personen unabhängige – Medien verbreitet werden“¹⁵¹, eine Verjährungsprivilegierung „insbesondere dann nicht veranlasst, wenn Äußerungen strafbaren Inhalts nicht nur den in die Medienproduktion eingebundenen Personen und den Lesern eines Druckwerks bzw. den Zuhörern oder Zuschauern einer Rundfunksendung bekannt werden, sondern sich darüber hinaus an einen weiteren Empfängerkreis richten“.

So unterfalle etwa – so der BGH zu dem von ihm konkret zu entscheidenden rundfunkrechtlichen Sachverhalt – „eine ‚auf dem Marktplatz‘ vor zahlreichem Publikum gehaltene Rede ehrkränkenden Inhalts“ nicht deswegen der (in ihrer Privilegierungswirkung der presserechtlichen Verjährung entsprechenden) rundfunkrechtlichen Verjährung „weil sie vom Fernsehen aufgenommen und übertragen wird“¹⁵² – und zwar *selbst dann nicht*, „wenn der Täter seine Äußerungen in Kenntnis dessen abgibt, dass diese zum Gegenstand einer Berichterstattung in Rundfunk oder Fernsehen gemacht werden, und er den Umstand der dadurch erzielten Breitenwirkung in Art und Inhalt seiner Darstellung einfließen lässt“¹⁵³. Übertragen auf denkbare presserechtliche Sachverhalte bedeutet dies – durchaus erkennbar im Sinne auch des BGH und demgemäß in seine Worte gekleidet –, dass eine „auf dem Marktplatz“ vor zahlreichem Publikum gehaltene Rede ehrkränkenden Inhalts nicht deswegen der presserechtlichen Verjährung unterfällt, weil sie (obendrein noch) über die Presse mittels eines Druckwerks verbreitet wird.

Was trotz dieser (gerade im Hinblick auf presserechtliche Sachverhalte gut nachvollziehbare) Einschränkung bleibt, ist aber jedenfalls, um wiederum mit dem BGH zu sprechen: „Erfolgt die beleidigende Äußerung [...] – wie beim Fernsehinterview – zunächst ausschließlich gegenüber mit der Herstellung und Verbreitung eines Druckwerks [oder einer Fernsehsendung] zwangsläufig befassten Personen und wird sie erst über die Verbreitung durch die [...] Medien einem breiten Personenkreis bekannt, so erfolgt sie ‚mittels‘ eines Druckwerks [oder des Rundfunks]“¹⁵⁴. Speziell zur Anwendbarkeit der presserechtlichen Verjährungsprivilegierung auf Anzeigenkunden bzw. Leserbriefschreiber vgl. bereits oben 2. a), bei und in Fn. 52.

4. Die Erstreckung auf Versuchs- und Vorbereitungshandlungen

Bei Versuchs- und Vorbereitungshandlungen zu Presseinhaltsdelikten ist zu unterscheiden: Ist die Tat im Versuchs- oder Vorbereitungsstadium „steckengeblieben“, ist es also am Ende *nicht* zur Verbreitung bzw. Veröffentlichung gekommen (etwa weil der verantwortliche Redakteur die Veröffentlichung des betreffenden Artikels pflichtgemäß verhindert

¹⁴¹ Näher BGHSt 19, 308 (310); KG StV 1990, 208; ein „körperliches Zugänglichmachen“ konzidiert auch OLG Frankfurt NJW 1984, 1128; siehe auch OLG München MDR 1989, 180 (181).

¹⁴² OLG Hamburg NStZ 1983, 127 (insoweit freilich nicht näher begründet) m. zust. Anm. *Bottke*, JR 1983, 298 (299) und *Franke*, NStZ 1984, 126; OLG Frankfurt NJW 1984, 1128; OLG Frankfurt MDR 1984, 423; OLG Hamm NStZ 1989, 578 (579); v. *Bubnoff* (Fn. 124), § 131 Rn. 41; *Rudolphi/Wolter* (Fn. 54), § 78 Rn. 8.

¹⁴³ So von KG StV 1990, 208 und ihm folgend *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 20), § 78 Rn. 9.

¹⁴⁴ OLG Frankfurt NJW 1984, 1128; OLG Frankfurt MDR 1984, 423; ebenso ersichtlich *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 20), § 78a Rn. 16: *erste Ausgabe* an die Öffentlichkeit; a.A. jedoch OLG Köln NStZ 1990, 241 (242).

¹⁴⁵ OLG Frankfurt NJW 1984, 1128 f.: „war bereits im Handel erhältlich. Damit war er veröffentlicht.“

¹⁴⁶ Vehement dagegen argumentierend OLG Köln NStZ 1990, 241 (242).

¹⁴⁷ *Franke*, NStZ 1984, 126 (127); v. *Bubnoff* (Fn. 124), § 131 Rn. 41; ähnlich *Bottke*, JR 1983, 299 (300).

¹⁴⁸ In diesem Sinne *Franke*, NStZ 1984, 126 (127); eine „Veröffentlichung“ bejahend jedoch OLG Köln NStZ 1990, 241 (242); insoweit offen gelassen von OLG München MDR 1989, 180 (181).

¹⁴⁹ So explizit BGHSt 44, 209 (216); siehe auch *Saliger* (Fn. 1), § 78 Rn. 27.

¹⁵⁰ BGHSt 44, 209 (216).

¹⁵¹ Hier und nachfolgend BGHSt 44, 209 (216 f.).

¹⁵² BGHSt 44, 209 (217); *Lampe*, JR 1999, 519 (521); *Saliger* (Fn. 1), § 78 Rn. 27.

¹⁵³ BGHSt 44, 209 (217); *Saliger* (Fn. 1), § 78 Rn. 27.

¹⁵⁴ BGHSt 44, 209 (217, Einklammerungen der rundfunkrechtlichen Bezugnahmen durch den *Verf.*); siehe auch *Saliger* (Fn. 1), § 78 Rn. 27; *Schmid* (Fn. 1), § 78 Rn. 17.

oder der Drucker ihn zu setzen vergessen hat), unterliegen die entsprechenden Versuchs- und Vorbereitungshandlungen, soweit sie denn selbständig strafbar sind, den allgemeinen Verjährungsregeln¹⁵⁵ – auch wenn dies zu dem geradezu abstrusen Ergebnis führt, dass das vollendete Verbreitungsdelikt schneller verjährt, als erfolglos gebliebene Vorfeldhandlungen.¹⁵⁶

Demgegenüber kommen bei *vollendeten* Pressedelikten (und zwar sowohl bei Presseinhalts-, wie bei Presseordnungsdelikten) die Verjährungsprivilegien auch allen zu dieser Vollendung führenden Versuchs- und Vorbereitungshandlungen zugute, bei Inhaltsdelikten sogar etwaigen selbständig strafbaren – d.h. im betreffenden Tatbestand eigens aufgeführten – Vorbereitungsakten wie Herstellen, Vorrätighalten etc.,¹⁵⁷ denn was nützte schließlich die schnelle Verjährung beim vollendeten Delikt, wenn die zu ihm führenden Vorfeldhandlungen den allg. Verjährungsregeln unterworfen wären? Geht es z.B. um die Verbreitung einer volksverhetzenden Schrift gem. § 130 Abs. 2 Nr. 1 StGB, steht die Verjährung der Verbreitungshandlung auch einer Bestrafung wegen Herstellens oder Vorrätighaltens der betreffenden Schrift gem. § 130 Abs. 2 Nr. 3 StGB entgegen.¹⁵⁸

Dies gilt auch im Hinblick auf das Vorrätighalten weiterer aus demselben Vervielfältigungsprozess stammender Exemplare des betreffenden Druckwerks,¹⁵⁹ es sei denn, es handelt sich um eine bloße Scheinverbreitung,¹⁶⁰ d.h. „die versteckte und heimliche Ausgabe einiger weniger Exemplare zu dem Zweck, die Verjährungsfrist in Lauf zu setzen, um nach Ablauf der Verjährung die gesamte Auflage straflos verbreiten zu können“¹⁶¹ (sog. Verjährungser schleichung¹⁶²).

IV. Der Beginn der Verfolgungsverjährung

Die presserechtliche Verjährung beginnt nach den gesetzlichen Vorgaben fast aller Bundesländer „mit der Veröffentlichung oder Verbreitung des Druckwerks“¹⁶³ (in Sachsen:

„der Publikation“¹⁶⁴), lediglich in Bayern „mit dem Erscheinen des Druckwerks“¹⁶⁵. Dabei ist mit „Erscheinen“ (als dem Heraustreten des Druckwerks aus dem Kreis der Herstellungsbeteiligten¹⁶⁶) letztlich nichts anderes gemeint als der *Beginn der Veröffentlichung*¹⁶⁷ bzw. der *Beginn der Verbreitung*¹⁶⁸; und eben dies soll – gem. der heute vollkommen herrschenden¹⁶⁹ und ersichtlich auch in den presserechtlichen Landesgesetzen zugrunde gelegten¹⁷⁰ presserechtlichen Verjährungstheorie¹⁷¹ – auch mit der in den übrigen Ländergesetzen verwendeten Formulierung zum Ausdruck gebracht sein.¹⁷²

Damit wird nach beiden Formeln nicht etwa (im Sinne des § 78a StGB) auf den Abschluss der Verbreitung, d.h. auf die Verbreitung auch des letzten Exemplars der Auflage, abgestellt, nicht also auf den *letzten*, sondern auf den *ersten* Verbreitungsakt¹⁷³ – mit der logischen Konsequenz, dass im Falle der sukzessiven Verbreitung eines Druckwerks die Verteilung weiterer Exemplare, die aus demselben Vervielfältigungsprozess stammen und vom Täter zum Zwecke der Verbreitung vorrätig gehalten werden,¹⁷⁴ ohne Einfluss auf die Verjährung ist.¹⁷⁵ Wird jedoch der Verbreitungsvorsatz zwischenzeitlich aufgegeben, dann aber (etwa nach unvermuteter Rückerlangung zuvor beschlagnahmter Exemplare¹⁷⁶) neu gefasst, beginnt auch die Verjährung mit dem weiteren Verbreitungsakt erneut zu laufen.¹⁷⁷

§ 66 Abs. 3 S. 1 SaarMG; § 15 Abs. 3 S. 1 SAnhPrG; § 17 Abs. 3 S. 1 LPG-SH; § 14 Abs. 3 S. 1 ThürPrG.

¹⁶⁴ § 14 Abs. 3 S. 1 SächsPrG; näher hierzu bereits oben Fn. 62.

¹⁶⁵ Vgl. Art. 14 Abs. 3 S. 1 BayPrG.

¹⁶⁶ BGHSt 25, 347 (352); 36, 51 (56); siehe auch *Weberling* (Fn. 3), 17/53.

¹⁶⁷ *Bullinger* (Fn. 113), Einl. Rn. 47.

¹⁶⁸ BGHSt 25, 347 (352); 36, 51 (56); *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 88; *Rudolphi/Wolter* (Fn. 54), § 78 Rn. 9: Verbreiten des ersten Exemplars; *Weberling* (Fn. 3), 17/53: erste Verbreitungshandlung.

¹⁶⁹ Vgl. *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 57 m.w.N., 59.

¹⁷⁰ Vgl. *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 58 f.

¹⁷¹ Näher zu ihr und der ihr widerstreitenden, gem. § 78a StGB auf die Beendigung der Tat abstellenden „strafrechtlichen Verjährungstheorie“ BGHSt 25, 347 (352 f.); *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 53 ff.

¹⁷² Näher (auch zur Entstehungsgeschichte) BGHSt 25, 347 (352); *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 58.

¹⁷³ BGHSt 25, 347 (352); 27, 18 f.; *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 52; *Schmid* (Fn. 1), § 78 Rn. 17.

¹⁷⁴ So explizit BGHSt 33, 271 (273); *Botke*, JR 1987, 165 (167); *Schmid* (Fn. 1), § 78 Rn. 17; *Saliger* (Fn. 1), § 78 Rn. 26; *Rudolphi/Wolter* (Fn. 54), § 78 Rn. 10.

¹⁷⁵ So die in Fn. 174 Genannten sowie *Groß* (Fn. 18), Rn. 681.

¹⁷⁶ So im Fall BGHSt 33, 271 m. Anm. *Botke*, JR 1987, 165 (167); siehe auch *Schmid* (Fn. 1), § 78 Rn. 17.

¹⁷⁷ BGHSt 33, 271 (274 f.); *Groß* (Fn. 18), Rn. 681; *Fischer* (Fn. 16), § 78 Rn. 7a; *Saliger* (Fn. 1), § 78 Rn. 25.

¹⁵⁵ BGHSt 8, 245 (246); ausführlich *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 32; *Schmid* (Fn. 1), § 78 Rn. 16 m.w.N.

¹⁵⁶ Kritisch auch *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 32, 37; *Schmid* (Fn. 1), Vor § 78 Rn. 6; siehe auch RGSt 61, 19 (30).

¹⁵⁷ BGHSt 33, 271 (273); OLG Celle NSTz 1997, 495 (496); *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 37; *Schmid* (Fn. 1), § 78 Rn. 16; *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 20), § 78 Rn. 9.

¹⁵⁸ OLG Celle NSTz 1997, 495 (496 m.w.N.); *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 37 (zu § 184a Nr. 1, 3 StGB).

¹⁵⁹ BGHSt 33, 271 (273 f.); *Rudolphi/Wolter* (Fn. 54), § 78 Rn. 10; *Saliger* (Fn. 1), § 78 Rn. 26.

¹⁶⁰ BGHSt 25, 347 (355); 33, 271 (273); *Schmid* (Fn. 1), § 78 Rn. 17; *Saliger* (Fn. 1), § 78 Rn. 26.

¹⁶¹ BGHSt 25, 347 (355); *Saliger* (Fn. 1), § 78 Rn. 26; siehe auch *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 56.

¹⁶² So *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 56.

¹⁶³ So übereinstimmend § 24 Abs. 3 S. 1 LPG-BW; § 22 Abs. 3 S. 1 BlnPrG; § 16 Abs. 3 S. 1 BbgPrG; § 24 Abs. 2 S. 1 BremPrG; § 23 Abs. 3 S. 1 HmbPrG; § 12 Abs. 2 HessPrG; § 22 Abs. 3 S. 1 LPG M-V; § 24 Abs. 3 S. 1 NdsPrG; § 25 Abs. 3 S. 1 LPG-NRW; § 37 Abs. 3 S. 1 LMG-RhPf;

1. Besonderheiten bei der Verbreitung

Wird ein Druckwerk (in Sachsen: eine Publikation¹⁷⁸) „in Teilen veröffentlicht oder verbreitet“, wie dies in erster Linie bei wissenschaftlichen Werken, die nur nach und nach in Teillieferungen erscheinen, der Fall ist,¹⁷⁹ so sehen die presserechtlichen Verjährungsregeln einen Neubeginn der Verjährung für jeden einzelnen Teil zum Zeitpunkt des Beginns gerade seiner Veröffentlichung bzw. Verbreitung vor.¹⁸⁰ Keine entsprechende Regelung enthalten freilich das Bayerische und das Hessische Pressegesetz. Doch gilt hier in der Sache nichts anderes,¹⁸¹ geht es doch darum, „das presserechtliche Prinzip zu gewährleisten, daß für jedes einzelne Druckerzeugnis innerhalb der in den Pressegesetzen bestimmten Frist die strafrechtlichen Konsequenzen gegen die an der Veröffentlichung beteiligten Personen gezogen werden müssen“¹⁸².

Dasselbe gilt für den Fall, dass das Druckwerk (in Sachsen: die Publikation) „neu aufgelegt“ wird: Auch hier ordnen die landespresserechtlichen Verjährungsregelungen wieder – mit Ausnahme diesmal nur von Hessen (wo freilich dennoch nichts anderes gilt¹⁸³) – einen Verjährungsneubeginn für diese Auflage mit deren Veröffentlichung bzw. Verbreitung an.¹⁸⁴ Ebenso getrennt zu behandeln sind *Neudrucke*¹⁸⁵ sowie richtigerweise auch *Abdrucke*¹⁸⁶ (etwa einzelner Artikel) in einem anderen Druckwerk. Erst recht schließlich laufen jeweils gesonderte Verjährungsfristen für von vornherein voneinander *unabhängig erscheinende Druckwerke*¹⁸⁷ – wie etwa im Falle an mehreren Tagen nacheinander geschalteter Zeitungsinserate¹⁸⁸ oder bei verschiedenen Ausgaben desselben Werkes¹⁸⁹ – und zwar vollkommen unabhängig von der Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen eines (heute als

Rechtinstitut sowieso bedeutungslosen¹⁹⁰) Fortsetzungszusammenhangs¹⁹¹ oder einer sog. natürlichen Handlungseinheit.¹⁹²

Bei *Beteiligung mehrerer Personen* (z.B. Verfasser, Redakteur, Verleger, Buchhändler) an ein und demselben Presseudelikt läuft zwar für jede einzelne von Ihnen – ansetzend an ihrer jeweiligen eigenen Verbreitungshandlung¹⁹³ – eine eigenständige Verjährungsfrist,¹⁹⁴ beginnt diese jedoch bei niemandem von ihnen vor dem Beginn der Verbreitung des Druckwerks.¹⁹⁵

Starten mehrere Beteiligte (z.B. Buchhändler an verschiedenen Orten) die Verbreitung *zu unterschiedlichen Zeiten*, soll die Verjährungsfrist ebenfalls für jeden Beteiligten gesondert laufen und für jeden von ihnen gesondert beginnen¹⁹⁶ – auch wenn dies zur Folge hat, dass etwa „bei einem im gesamten Bundesgebiet längst ausgegebenen und von zahlreichen Buchhändlern anstandslos verkauften Druckwerk nach Jahr und Tag durch die Auslieferung seitens eines Provinzbuchhändlers die Verjährungsfrist bei diesem erneut in Gang käme“¹⁹⁷.

2. Der Verjährungsbeginn bei Auslandspublikationen

Bei im Ausland erscheinenden Publikationen ist zu unterscheiden: Jedenfalls bei Straftaten, bei denen sich die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nach unserem in §§ 3 ff. StGB normierten Strafanwendungsrecht allein aus § 3 StGB (und dem darin verankerten Territorialitätsprinzip) zu ergeben vermag – wie bei der Beleidigung (§ 185 StGB) – beginnt (schon deshalb, weil zuvor deutsches Strafrecht ja noch gar nicht greift) die Verjährung erst zu laufen mit Verbreitung des Druckwerks auch im Inland.¹⁹⁸

Wenn hingegen eine der (die Strafbarkeit auch von im Ausland begangenen Straftaten bestimmenden) Ausnahmeregelungen der §§ 4-7 StGB eingreift¹⁹⁹ – etwa § 6 Nr. 6 StGB im Hinblick auf § 184a StGB – und damit die Auslandspublikation von Anfang an (auch) dem deutschen materiellen Strafrecht unterfällt, stellt sich die Frage, ob hier die Verjährung

¹⁷⁸ § 14 Abs. 3 S. 2 SächsPrG; näher hierzu bereits oben Fn. 62.

¹⁷⁹ Kühn (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 61, 90.

¹⁸⁰ Vgl. § 24 Abs. 3 S. 2 LPG-BW; § 22 Abs. 3 S. 2 BlnPrG; § 16 Abs. 3 S. 2 BbgPrG; § 24 Abs. 2 S. 2 BremPrG; § 23 Abs. 3 S. 2 HmbPrG; § 22 Abs. 3 S. 2 LPG M-V; § 24 Abs. 3 S. 2 NdsPrG; § 25 Abs. 3 S. 2 LPG-NRW; § 66 Abs. 3 S. 2 SaarMG; § 14 Abs. 3 S. 2 SächsPrG; § 15 Abs. 3 S. 2 SAnhPrG; § 17 Abs. 3 S. 2 LPG-SH; § 14 Abs. 3 S. 2 ThürPrG; entsprechend § 37 Abs. 3 S. 2 LMG-RhPf.

¹⁸¹ BGHSt 27, 13 (20, 21 f.); Kühn (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 90, 93; Groß (Fn. 18), Rn. 680.

¹⁸² BGHSt 27, 13 (21); vgl. ergänzend noch Kühn (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 90.

¹⁸³ BGHSt 27, 13 (20, 21; Zitat oben vor Fn. 182); Kühn (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 93; Groß (Fn. 18), Rn. 680.

¹⁸⁴ Vgl. die in Fn. 180 genannten Normen sowie (ein wenig anders formulierend) Art. 14 Abs. 3 S. 2 BayPrG.

¹⁸⁵ Kühn (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 60.

¹⁸⁶ Kühn (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 60.

¹⁸⁷ BGHSt 27, 18 (21); Groß (Fn. 18), Rn. 680; Schmid (Fn. 1), § 78 Rn. 17.

¹⁸⁸ So in OLG Stuttgart NJW 1974, 1149; BGHSt 27, 18 (21 f.); siehe auch Kühn (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 62.

¹⁸⁹ Schmid (Fn. 1), § 78 Rn. 17.

¹⁹⁰ Zur Aufgabe dieser Rechtsfigur BGHSt 40, 138; *Rissing-van Saan*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 52 Rn. 57 ff.

¹⁹¹ BGHSt 27, 18 (19 ff.); Groß (Fn. 18), Rn. 680; Rudolphi/Wolter (Fn. 54), § 78 Rn. 9; Saliger (Fn. 1), § 78 Rn. 25.

¹⁹² OLG Oldenburg NJW 1960, 303 (306); Saliger (Fn. 1), § 78 Rn. 25; Schmid (Fn. 1), § 78 Rn. 17.

¹⁹³ BGHSt 25, 347 (354); Sternberg-Lieben/Bosch (Fn. 20), § 78a Rn. 16; Schmid (Fn. 1), § 78 Rn. 17.

¹⁹⁴ BGHSt 25, 347 (354 m.w.N.); Kühn (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 63 ff. (66); Weberling (Fn. 3), 49/39.

¹⁹⁵ Kühn (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 66; ersichtlich ebenso Groß (Fn. 18), Rn. 679.

¹⁹⁶ RGSt 59, 181 (184); BGHSt 25, 347 (354); Kühn (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 68; Saliger (Fn. 1), § 78 Rn. 26.

¹⁹⁷ So durchaus kritisch Kühn (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 68 (dies erscheine unbillig).

¹⁹⁸ Kühn (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 71.

¹⁹⁹ Vgl. auch Kühn (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 71.

zung bereits mit der Verbreitung im Ausland einsetzt²⁰⁰ oder ebenfalls erst mit Beginn der Verbreitung auch in Deutschland. Ersteres ist zumindest dann abzulehnen, wenn die vorherige Auslandsverbreitung gerade in Absicht der Verjährungserleichterung erfolgt,²⁰¹ erscheint aber auch in anderen Fällen, insbesondere bei spezifischem Inlandsbezug des betreffenden Delikts, nicht sachgerecht.²⁰²

3. Der Verjährungsbeginn bei sonstigen Pressestraftaten

Bei den für den Verleger und den verantwortlichen Redakteur²⁰³ geltenden pressenspezifischen *Haftungstatbeständen*²⁰⁴ ist zu bedenken, dass sie schon begriffsnotwendig mit der Begehung eines Presseinhaltsdelikts einhergehen, mit der Folge, dass – nicht anders als dort – auch bei ihnen die Verjährung mit dem Beginn der Veröffentlichung bzw. Verbreitung des Druckwerks zu laufen beginnt²⁰⁵ (zum verjährungsrechtlich engen Miteinander dieser Tatbestände vgl. noch unten VI. 1.). *Anzumerken ist*, dass neuerdings in *Sachsen* weder im Tatbestand des presserechtlichen Sonderdelikts, noch bei seiner Verjährung auf das Vorliegen eines „Druckwerks“ abgestellt wird, sondern vielmehr – unter höchst sachgerechter Einbeziehung auch *digitaler* Erscheinungsformen (vgl. schon oben III. 2. a, bei und in Fn. 62) – auf die Begehung bzw. (für den Verjährungsbeginn) die Veröffentlichung oder Verbreitung einer „*Publikation*“.²⁰⁶

Im Ergebnis dasselbe (d.h. Verjährungsbeginn mit Verbreitungsbeginn) ist im Bereich der „*Verstöße gegen die Presseordnung*“ (vgl. bereits oben III. vor 1.) auch für jene Presseordnungsdelikte zu vermerken,²⁰⁷ bei denen die Strafbarkeit ebenfalls an die Veröffentlichung bzw. Verbreitung eines Druckwerks geknüpft ist, wie zum einen bei der – nur in einigen Ländergesetzen²⁰⁸ als Straftatbestand vorgesehene – *Verbreitung* (bzw. dem *Wiederabdruck*)²⁰⁹ *beschlag-*

nahmter Druckwerke und zum anderen bei der – im Gegensatz dazu in den meisten Ländergesetzen²¹⁰ eigens strafsanktionierten – *Missachtung der Impressumsvorschriften* bei Druckwerken strafbaren Inhalts²¹¹ bzw. (in Bayern und Hessen) auch in einigen Fällen nicht strafbaren Inhalts.²¹²

Anders verhält es sich jedoch denknötwendig bei jenen Presseordnungsdelikten, bei denen die Strafbarkeit unabhängig von der konkreten Verbreitung eines Druckwerks eintritt, wie bei der *Bestellung einer Person zum verantwortlichen Redakteur*,²¹³ obwohl sie die persönlichen Voraussetzungen dafür nicht erfüllt²¹⁴ – wobei es hier nicht auf den einmaligen Akt des Bestellens, sondern auf den anhaltenden Zustand des Bestellteins ankommt, – sowie beim *Zeichnen als verantwortlicher Redakteur*, ohne dass jene Voraussetzungen vorliegen²¹⁵ – wobei „*Zeichnen*“ hier insofern irreführend ist, als es entgegen dem ersten Eindruck weder eine Unterschriftsleistung, noch die Nennung im Impressum meint, sondern das Bekleiden und Ausüben der Funktion des verantwortlichen Redakteurs²¹⁶.

Da es sich in beiden Fällen um nicht-verbreitungsgebundene Delikte handelt, ergibt eine Anknüpfung an einen Verbreitungsakt keinen Sinn, so dass die presserechtliche Privilegierung insoweit leerläuft; und da sie beide Dauerdelikte sind,²¹⁷ beginnt ihre Verjährung gemäß den demgemäß anwendbaren allgemeinen Verjährungsgrundsätzen erst mit Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes²¹⁸. Das Privileg der kürzeren *Verjährungsdauer* (unten V.) bleibt jedoch bestehen.

²¹⁰ Mit Ausnahme nur von Brandenburg, Sachsen und Thüringen.

²¹¹ Vgl. § 21 Nr. 3 LPG-BW; Art. 13 Nr. 4 BayPrG; § 20 Nr. 3 BlnPrG; § 21 Nr. 3 BremPrG; § 20 Nr. 3 HmbPrG; § 13 Abs. 2 HessPrG; § 20 Nr. 3 LPG M-V; § 21 Nr. 3 NdsPrG; § 22 Nr. 3 LPG-NRW; § 35 Abs. 1 Nr. 3 LMG-RhPf; § 63 Abs. 2 Nr. 3 SaarMG; § 13 Nr. 3 SAnhPrG; § 15 Nr. 3 LPG-SH.

²¹² Art. 13 Nr. 5 BayPrG; § 13 Abs. 1 HessPrG.

²¹³ Bzw. (gem. § 20 Nr. 1 BlnPrG) zum *Verantwortlichen* im Sinne des §§ 7 Abs. 2 und 8 Abs. 3 BlnPrG.

²¹⁴ § 21 Nr. 1 LPG-BW; § 20 Nr. 1 BlnPrG; § 20 Nr. 1 BremPrG; § 20 Nr. 1 HmbPrG; § 20 Nr. 1 LPG M-V; § 21 Nr. 1 NdsPrG; § 22 Nr. 1 LPG-NRW; § 35 Abs. 1 Nr. 1 LMG-RhPf; § 63 Abs. 2 Nr. 1 SaarMG; § 13 Nr. 1 SAnhPrG; § 15 Nr. 1 LPG-SH; Art. 13 Nr. 1 BayPrG; kein entsprechender Tatbestand in den übrigen Bundesländern.

²¹⁵ § 21 Nr. 2 LPG-BW; § 20 Nr. 2 BlnPrG; § 20 Nr. 2 BremPrG; § 20 Nr. 2 HmbPrG; § 20 Nr. 2 LPG M-V; § 21 Nr. 2 NdsPrG; § 22 Nr. 2 LPG-NRW; § 35 Abs. 1 Nr. 2 LMG-RhPf; § 63 Abs. 2 Nr. 2 SaarMG; § 13 Nr. 2 SAnhPrG; § 15 Nr. 2 LPG-SH; Art. 13 Nr. 2 BayPrG; kein entsprechender Tatbestand in den übrigen Bundesländern.

²¹⁶ *Kühl* (Fn. 1), § 21 LPG Rn. 32, siehe auch ebendort, § 24 Rn. 67.

²¹⁷ So *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 76 (Bestellung) und 67, 77 (Zeichnen).

²¹⁸ BGHSt 20, 227; *Saliger* (Fn. 1), § 78a Rn. 19; *Fischer* (Fn. 16), § 78a Rn. 12; *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 76 f.

²⁰⁰ So RGSt 61, 19 (21).

²⁰¹ So ganz richtig *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 73 mit Hinweis auf BGHSt 25, 347 (355).

²⁰² Näher *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 72 m.w.N.

²⁰³ Aber auch den „Verantwortlichen für den Anzeigenteil“, vgl. bereits oben Fn. 28.

²⁰⁴ Überschriften zumeist mit „Strafrechtliche Verantwortung“, vgl. die Nennungen oben in Fn. 27.

²⁰⁵ Vgl. *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 70, 74; vgl. denn auch § 24 Abs. 3 S. 1 LPG-BW; § 22 Abs. 3 S. 1 BlnPrG; § 16 Abs. 3 S. 1 BbgPrG; § 24 Abs. 2 S. 1 BremPrG; § 23 Abs. 3 S. 1 HmbPrG; § 22 Abs. 3 S. 1 LPG M-V; § 24 Abs. 3 S. 1 NdsPrG; § 24 Abs. 3 S. 1 LPG-NRW; §§ 66 Abs. 3 S. 1 mit 63 Abs. 1 SaarMG; § 15 Abs. 3 S. 1 SAnhPrG; § 17 Abs. 3 S. 1 LPG-SH.

²⁰⁶ Vgl. §§ 12 Abs. 2, 14 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1, 2 SächsPrG sowie § 7 Abs. 3, 5 SächsPrG.

²⁰⁷ Vgl. *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 70, 75 zur Zuwiderhandlung gegen die Impressumsvorschriften.

²⁰⁸ So in § 21 Nr. 4 LPG-BW; Art. 13 Nr. 3 BayPrG; § 20 Nr. 4 BlnPrG; § 21 Nr. 4 BremPrG; § 35 Abs. 1 Nr. 4 LMG-RhPf; § 15 Nr. 4 LPG-SH.

²⁰⁹ Vgl. § 21 Nr. 4 LPG-BW; § 21 Nr. 4 BremPrG; § 35 Abs. 1 Nr. 4 LMG-RhPf; § 15 Nr. 4 LPG-SH.

4. Der Verjährungsbeginn bei Presseordnungswidrigkeiten

Vorstehende Ausführungen zum Verjährungsbeginn gelten in nahezu allen Ländern (mit Ausnahme von Bremen und Hessen, wo für Ordnungswidrigkeiten keine Sonderregelung zum Verjährungsbeginn besteht,²¹⁹ so dass § 78a StGB anwendbar bleibt) entsprechend auch im Hinblick auf Presseordnungswidrigkeiten²²⁰ (unter Einschluss von „Presse-Inhalts-Ordnungswidrigkeiten“, vgl. oben III. vor 1.), da die entsprechenden Pressegesetze sie insofern unterschiedslos miteinfassen.²²¹

Soweit es sich bei ihnen um echte Unterlassungsverstöße handelt – wie bei dem in einigen Ländergesetzen²²² zur Ordnungswidrigkeit erhobenen pflichtwidrigen *Nichtanbieten* bzw. *Nichtabliefern von Pflichtexemplaren* an Bibliotheken oder der nahezu in allen Ländern²²³ bußgeldbewehrten *Nichtkennlichmachung einer bezahlten Anzeige* – beginnt die Verjährung mit dem ersten Akt der unter Missachtung jener Pflicht erfolgenden Verbreitung.²²⁴

V. Die Dauer der Verjährung

Nach nahezu allen presserechtlichen Landesgesetzen²²⁵ verjährt die Verfolgung der von der Privilegierung erfassten Presseverstöße bei *Verbrechen* (§ 12 Abs. 1 StGB) in einem Jahr, bei *Vergehen* (§ 12 Abs. 2 StGB) in sechs Monaten und

bei *Ordnungswidrigkeiten* in drei Monaten. Verbrechen sind dabei nur aus dem Kreis der Presseinhaltsdelikte denkbar, da alle presserechtlichen Gesetze lediglich Vergehenstatbestände und Ordnungswidrigkeiten enthalten.

1. Abweichungen in einigen Bundesländern

Diese in ihrer Abstufung intuitiv nachvollziehbare Regelung hat allerdings in einigen (wenigen) Bundesländern eine Abänderung erfahren. So verjähren in Bayern und Hessen *auch Verbrechen* bereits in sechs Monaten (Art. 14 Abs. 1 S. 1 BayPrG, § 12 Abs. 1 S. 1 HessPrG),²²⁶ in Rheinland-Pfalz hingegen *selbst Ordnungswidrigkeiten* erst in sechs Monaten (§ 37 Abs. 2 LMG-RhPf).

Gemäß § 14 Abs. 5 HessPrG verjähren *Ordnungswidrigkeiten* in Hessen zwar *überwiegend* in drei Monaten, nicht aber im Fall des § 14 Abs. 1 Nr. 1 HessPrG. Damit wäre nun an sich gemäß der (durch § 14 Abs. 5 HessPrG gerade nicht ausgeschlossenen) Regel des § 31 Abs. 2 Nr. 1 OWiG i.V.m. § 14 Abs. 3 S. 1 HessPrG von einer Verjährungsfrist von drei Jahren auszugehen. Richtigerweise aber wird man dies begrenzen müssen auf die in § 12 Abs. 1 S. 1 HessPrG für Straftaten gesetzte Verjährungsfrist von sechs Monaten, da es wertungsmäßig nicht angeht, dass eine bloße Ordnungswidrigkeit länger verfolgbar bleibt, als eine Straftat, gar ein Verbrechen.²²⁷ Dies umso mehr, als die *Ordnungswidrigkeit* des § 14 Abs. 1 Nr. 1 HessPrG sich von der *Straftat* des § 13 Abs. 1 HessPrG bei objektiv gleichem Tatbestand nur dahingehend unterscheidet, dass letzterenfalls nicht nur einfachvorsätzliches oder fahrlässiges, sondern wissentliches Handeln vorausgesetzt wird; denn „es wäre schlechterdings unverständlich, wenn die subjektiv vorwerfbarere Straftat [...] in sechs Monaten verjähre, während die weniger vorwerfbare Handlung [...] der dreijährigen Verjährung [...] unterläge“²²⁸.

In Bremen fehlt es für *Ordnungswidrigkeiten* überhaupt an einer einschlägigen Sondervorschrift, so dass man an sich auch hier wieder die allgemeine, in sich abgestufte Regelung des § 31 Abs. 2 OWiG zugrundelegen hätte – mit dem Ergebnis einer gem. § 31 Abs. 2 Nr. 2 OWiG i.V.m. § 22 Abs. 3 BremPrG (Geldbuße bis zu 5.000 €) im Hinblick auf die Ordnungswidrigkeiten des § 22 Abs. 1 BremPrG anzunehmenden Verjährungsfrist von (immerhin) zwei Jahren und für Presse-Inhalts-Ordnungswidrigkeiten (vgl. oben III. vor 1.) möglicherweise – je nach dem dort angedrohten Höchstmaß der Geldbuße – gem. § 31 Abs. 2 Nr. 1 OWiG sogar von drei Jahren. Auch hier aber sollte die Verjährungsfrist jedenfalls nicht über derjenigen der von der Presseprivilegierung erfassten Straftaten liegen (überzeugend wieder der Blick auf § 22 Abs. 2 BremPrG, wonach ordnungswidrig handelt, wer

²¹⁹ In Bremen weder zum Beginn, noch zur Dauer der Verjährung, und in Hessen zwar zur Dauer (in § 14 Abs. 5 HessPrG), nicht aber zum Beginn (§ 12 Abs. 2 HessPrG ist nur auf Straftaten anwendbar).

²²⁰ Kühl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 78, 81.

²²¹ Vgl. die Nennungen der einschlägigen Gesetzesstellen in Fn. 163, 164, 165.

²²² In § 15 Abs. 1 Nr. 6 BbgPrG; § 11 Abs. 1 Nr. 4 LPG M-V; § 64 Abs. 1 Nr. 4 SaarMG; § 14 Abs. 1 Nr. 5 SAnhPrG; § 16 Abs. 1 Nr. 3 LPG-SH. – Zur Verjährung inhaltsgleicher, in einigen Ländern aber nicht im Landespressegesetz, sondern spezialgesetzlich geregelter Bußgeldtatbestände vgl. Groß (Fn. 18), Rn. 675.

²²³ Vgl. § 22 Abs. 1 Nr. 2 LPG-BW; § 21 Abs. 1 Nr. 3 BlnPrG; § 15 Abs. 1 Nr. 4 BbgPrG; § 21 Abs. 1 Nr. 2 HmbPrG; § 21 Abs. 1 Nr. 2 LPG M-V; § 22 Abs. 1 Nr. 2 NdsPrG; § 23 Abs. 1 Nr. 2 LPG-NRW; § 36 Abs. 3 Nr. 3 LMG-RhPf; § 64 Abs. 1 Nr. 2 SaarMG; § 13 Abs. 1 Nr. 5 SächsPrG; § 14 Abs. 1 Nr. 2 SAnhPrG; § 16 Abs. 1 S. 2 LPG-SH; § 13 Abs. 1 Nr. 4 ThürPrG.

²²⁴ Kühl (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 79, 80.

²²⁵ Vgl. § 24 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 LPG-BW; § 22 Abs. 1, 2 BlnPrG; § 16 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BbgPrG; § 23 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 HmbPrG; § 22 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 LPG M-V; § 24 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 NdsPrG; § 25 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 LPG-NRW; § 66 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 SaarMG; § 15 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 SAnhPrG; § 17 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 LPG-SH; § 14 Abs. 1, 2 S. 1 ThürPrG; in der Sache ebenso § 14 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 SächsPrG (vgl. Fn. 226); für Straftaten ebenso § 24 Abs. 1 S. 1 BremPrG; § 37 Abs. 1 S. 1 LMG-RhPf; für Ordnungswidrigkeiten ebenso Art. 14 Abs. 2 BayPrG; Abweichungen bei Straftaten und bei Ordnungswidrigkeiten jedoch in § 12 Abs. 1 S. 1, 14 Abs. 5 HessPrG.

²²⁶ In Sachsen ist die in § 14 Abs. 1 S. 1 SächsPrG allein genannte Sechsenmonatsfrist vor dem Hintergrund zu sehen, dass der einzig in Bezug genommene § 12 Abs. 2 SächsPrG kein Verbrechen enthält.

²²⁷ So (noch zum inhaltsgleichen § 21a HessPrG a.F.) Groß, NSTZ 1994, 512 (515); ders. (Fn. 18), Rn. 677.

²²⁸ So (noch zu § 21a HessPrG a.F.) ganz zu Recht Groß, NSTZ 1994, 512 (515); ders. (Fn. 18), Rn. 677.

fahrlässig eines der in sechs Monaten verjährenden Presseordnungsdelikte begeht), ja mehr noch: „ist wegen der größeren ‚inneren Nähe‘ der Ordnungswidrigkeit zu den Vergehen [als zu den Verbrechen] auf die für diese Deliktsgruppe vorgesehenen Verjährungsfristen abzustellen“²²⁹. Ergebnis also auch für Bremen: sechs Monate.

2. Die „absolute Verjährung“ bei Presseverstößen

Die dergestalt gegenüber den Verjährungsregeln des allgemeinen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts drastischen Verkürzungen der presserechtlichen Verjährung können nun allerdings bei entsprechendem Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden dadurch „ausgehobelt“ werden, dass von diesen mehrfach hintereinander eine *Unterbrechung* im Sinne des §§ 78c StGB bzw. 33 OWiG herbeigeführt wird, was beliebig oft wiederholbar ist²³⁰ (zu den zahlreichen Möglichkeiten hierzu vgl. § 78c Abs. 1 StGB bzw. § 33 Abs. 1 OWiG), – mit der in hohem Maße verjährungsfeindlichen Wirkung, dass nach jeder Unterbrechung die Verjährung *von neuem beginnt* (so §§ 78c Abs. 3 S. 1 StGB, 33 Abs. 3 S. 1 OWiG).

Doch findet dies seine äußerste Grenze in den Regelungen der §§ 78c Abs. 3 S. 2 StGB, 33 Abs. 3 S. 2 OWiG (sog. *absolute Verjährung*²³¹): Ungeachtet noch möglicher nochmaliger Unterbrechung (etwa durch Anordnung einer weiteren richterlichen Vernehmung) verjähren die der verkürzten Verfolgungsverjährung unterfallenden Pressestraftaten – welche § 78c Abs. 3 S. 2 StGB mittels der Worte „wenn die Verjährungsfrist nach besonderen Gesetzen kürzer ist als drei Jahre“ in aller Deutlichkeit umgreift²³² – jedenfalls nach drei und Presseordnungswidrigkeiten jedenfalls nach zwei Jahren.²³³

VI. Folgen der Verjährung

1. Die Deliktsbezogenheit der Verjährung

Die Verjährung ist an sich strikt deliktsbezogen, so dass bei Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen jede ihrer eigenen Verjährung unterliegt²³⁴ – und dies sogar bei Tateinheit.²³⁵ Insoweit anders soll es sich jedoch im Hinblick auf das Miteinander von *Presseinhaltsdelikt* und damit korrespondierender *sondertatbestandlicher Haftung* von verantwortlichem Redakteur bzw. Verleger (vgl. zu diesen Tatbeständen schon oben IV. 3.) verhalten: Hier soll sich „im Blick

auf die enge Zusammengehörigkeit der beiden Straftaten“ die Verjährung des Inhaltsdelikts (*Kühl* spricht diesbezüglich von „Haupttat“²³⁶) auch auf das presserechtliche Sonderdelikt auswirken²³⁷ – so dass etwa auch der pflichtwidrig den Abdruck einer Beleidigung oder einer Volksverhetzung nicht verhindernde verantwortliche Redakteur bzw. Verleger in den Genuss der Verjährung kommt, wenn die Beleidigung bzw. die Volksverhetzung verjährt.

Umgekehrt wird man dies aber *nicht* so sehen können – schon deshalb nicht, weil sonst die explizite Herausnahme bestimmter Inhaltsdelikte (etwa §§ 184a und 184b StGB) aus der kurzen Presseverjährung (vgl. hierzu oben III. 1. b) unterlaufen würde. Jedoch soll die Unterbrechung der Verjährung des pressespezifischen Sonderdelikts gem. § 78c Abs. 1 S. 1 StGB (etwa durch Vernehmung des verantwortlichen Redakteurs als Beschuldigtem) dazu führen, dass damit auch die Verjährung des zugrundeliegenden Inhaltsdelikts (etwa der Beleidigung) unterbrochen wird.²³⁸

2. Die Rechtsfolgen der Verjährung

Neben dem Ausschluss jedweder Strafverfolgung wegen der betreffenden Tat (vgl. § 78 Abs. 1 S. 1 StGB: „Die Verjährung schließt die Ahndung der Tat [...] aus“) bewirkt der Eintritt der Verjährung gem. § 78 Abs. 1 S. 1 StGB auch, dass keine Maßnahmen im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB (das sind: Maßregeln der Besserung und Sicherung, der Verfall, die Einziehung und die Unbrauchbarmachung) mehr ergriffen werden können – mit einer für das Presserecht wichtigen Einschränkung in § 76a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StGB, deren Geltung in § 78 Abs. 1 S. 2 StGB nochmals ausdrücklich bekräftigt wird²³⁹: „§ 76a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bleibt unberührt.“ Dies hat zur Folge, dass die Einziehung der in § 74d Abs. 1 S. 1 StGB genannten Schriften per se strafbaren Inhalts sowie die gem. § 74d Abs. 1 S. 2 StGB damit zugleich anzuordnende Unbrauchbarmachung von Platten, Druckstöcken etc. möglich bleibt.

3. Das anwendbare Recht

Von der grundsätzlichen Frage, ob das Institut der Verfolgungsverjährung materiellrechtlichen Charakters ist²⁴⁰ oder auch bzw. nur eine Verfahrensvoraussetzung darstellt, hängt die Antwort darauf ab, ob es im gerichtlichen Verfahren auf die jeweilige Verjährungsregelung *am Tatort* ankommt oder auf jene *am Ort des erkennenden Gerichts* – was gerade im Bereich der in den einzelnen Bundesländern in vielen Punk-

²²⁹ BGHSt 28, 53 (56); *Stöckel* (Fn. 27), § 25 Rn. 5 (freilich nicht konkret zu Bremen).

²³⁰ RGSt 23, 184; *Schmid* (Fn. 1), § 78c Rn. 13; *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 48.

²³¹ *Schmid* (Fn. 1), § 78 Rn. 13; *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 20), § 78c Rn. 22.

²³² *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 49; *Sternberg-Lieben/Bosch* (Fn. 20), § 78c Rn. 22; *Saliger* (Fn. 1), § 78c Rn. 36.

²³³ Vgl. auch *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 51 a.E.; *Weberling* (Fn. 3), 49/40; *Mitsch* (Fn. 17), 7/38.

²³⁴ *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 78 Rn. 11; *Rudolphi/Wolter* (Fn. 54), § 78 Rn. 14.

²³⁵ BGH StV 1989, 478; BGH StV 1990, 404 (405); BGH NSStZ 1990, 80 (81); *Lackner/Kühl* (Fn. 234), § 78 Rn. 11.

²³⁶ *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 39.

²³⁷ *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 39.

²³⁸ *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 47 in Anlehnung an *Kitzinger*, Das Reichsgesetz über die Presse, 1920, S. 174 f.

²³⁹ Zur früheren Rechtslage BGHSt 31, 226 sowie ausführlich *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 83 ff., 85 m.w.N.

²⁴⁰ Eine *rein materiellrechtliche* Einordnung (wie noch in RGSt 12, 434; 40, 90) ist heute überholt.

ten durchaus nicht einheitlichen presserechtlichen Verjährungsvorschriften von mitunter erheblicher Bedeutung ist.²⁴¹

Betrachtet man die Verjährung mit der heute h.M. *nur* als formales Verfahrenshindernis²⁴², ist (ganz im Sinne der insoweit einheitlichen obergerichtlichen Rechtsprechung) *allein* die Verjährungsregelung am Ort des erkennenden Gerichts – die *lex fori* – entscheidend²⁴³ (ohne dass es dabei auf eine evtl. Verjährung nach dem Recht des Tatortes ankäme). Demgegenüber soll nach der im Schrifttum mitunter ebenfalls vertretenen – für den Täter aufgrund ihres kumulativen Ansatzes ersichtlich günstigeren – sog. gemischten Theorie²⁴⁴, die der Verjährung immerhin *auch* einen materiellrechtlichen Aspekt als Strafaufhebungsgrund zugesteht, *zusätzlich* auch eine Verjährung am Ort der Tatbegehung Bedeutung im Sinne des § 78 Abs. 1 S. 1 StGB erlangen,²⁴⁵ da – materiell betrachtet – ihr Eintritt von vornherein den Strafanspruch des Staates erlöschen lasse.²⁴⁶ Nach jeder der beiden Theorien²⁴⁷ führt die Verjährung aber jedenfalls nicht etwa zum Freispruch, sondern zur Verfahrenseinstellung gem. §§ 206a bzw. 260 Abs. 3 StPO.²⁴⁸

²⁴¹ Vgl. hierzu *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 94 a.E.; *Schmid* (Fn. 1), Vor § 78 Rn. 10.

²⁴² BVerfGE 25, 269 (287); BGHSt 4, 379 (385); 8, 269 (270); 11, 393, 395; 50, 138 (139); *Saliger* (Fn. 1), Vor §§ 78 ff. Rn. 3-6; *Schmid* (Fn. 1), Vor § 78 Rn. 8 f.; *Mitsch* (Fn. 8), § 78 Rn. 1.

²⁴³ So denn auch BGHSt 2, 300 (308); 28, 52 (56 f.); 44, 209 (215); BGH NJW 1952, 1146 a.E.; BGH NJW 1995, 893; *Saliger* (Fn. 1), Vor §§ 78 ff. Rn. 8; *Schmid* (Fn. 1), Vor § 78 Rn. 5, 10; *Groß* (Fn. 18), Rn. 665.

²⁴⁴ Vgl. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 86 I. 1.; *Rudolphi/Wolter* (Fn. 54), Vor § 78 Rn. 10; *Lackner/Kühl* (Fn. 234), § 78 Rn. 1.

²⁴⁵ *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 38; *Fischer* (Fn. 16), Vor §§ 3-7 Rn. 27.

²⁴⁶ *Fischer* (Fn. 16), Vor §§ 3-7 Rn. 27; *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 36.

²⁴⁷ Anders die (insoweit nicht mit §§ 206a, 260 Abs. 3 StPO kompatible) *materielle Verjährungstheorie* (vgl. Fn. 240), die mit ihrer Annahme eines Strafaufhebungsgrundes zum Freispruch kommen muss.

²⁴⁸ *Kühl* (Fn. 1), § 24 LPG Rn. 36; *Lackner/Kühl* (Fn. 234), § 78 Rn. 2; *Fischer* (Fn. 16), Vor § 78 Rn. 3.

Die neue Rechtsprechung zur Frage der Notwendigkeit eines Absatzerfolges im Rahmen des § 259 StGB

Ende eines langjährigen Streits?

Von Akad. Rat a.Z. **Igor Sorge**, Augsburg

Einige Rechtsprobleme prägen sowohl die juristische Ausbildung als auch die Rechtspraxis im Laufe vieler Jahre so sehr, dass sie mit Recht als „Klassiker“ bezeichnet werden. Einer dieser „Klassiker“ ist der Streit um die Notwendigkeit eines Absatzerfolges beim Hehlereitstand des § 259 StGB in seiner Variante des Absetzens.¹ Hintergrund sind Fälle, in denen eine erwerbsinteressierte Person an der bemakelten Sache noch keine Verfügungsgewalt erlangt hat, weil noch keine konkreten Veräußerungshandlungen stattgefunden haben² oder es aus anderen Gründen schließlich nicht mehr zu einer Übergabe der Sache kommt,³ oder aber weil der scheinbar erwerbsinteressierte Dritte ein verdeckter Ermittler ist, so dass trotz Übergabe der Sache der Strafgrund des § 259 StGB, die Perpetuierung der rechtswidrigen Vermögenslage durch den Täter, nicht erfüllt wird.⁴ Bereits die frühe Rechtsprechung des RG⁵ hat das Erfordernis eines Absatzerfolges verneint, der BGH hat diese Rechtsprechung nahezu lückenlos fortgesetzt.⁶ Fast ebenso lange ist sie von der Lehre beinahe einstimmig abgelehnt worden.⁷ Erst mit seinem Anfragebeschluss vom 14.5.2013 hat der 3. Strafsenat des BGH die Abkehr der Rechtsprechung von ihrer bisherigen Position eingeläutet und sich im Hinblick auf seine bisherige diametral entgegengesetzte Argumentation geradezu überraschend deutlich für die Voraussetzung eines Absatzerfolges ausgesprochen.⁸ Da die anderen Strafsenate zugestimmt haben,⁹ konnte der Rechtsprechungswandel ohne Anrufung des Großen Senats für Strafsachen des BGH erfolgen, § 132 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 GVG.

¹ Vgl. dazu die Darstellungen bei Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht, Besonderer Teil, 12. Aufl. 2013, S. 215 ff. (Nr. 40) und Küper/Zopfs, Strafrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. 2015, Rn. 13 ff.; der Streit bezieht sich darüber hinaus auch auf die Variante des Absetzenshelfens, worauf unter IV. eingegangen wird.

² RGSt 5, 241; BGH NJW 1976, 1698.

³ BGHSt 27, 45.

⁴ BGHSt 43, 110 (111).

⁵ RGSt 5, 241.

⁶ Vgl. BGHSt 2, 135; 27, 45; abw. aber BGH NJW 1976, 1698 (siehe unter I. 2.).

⁷ Vgl. Nachweise bei Walter, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 259 Fn. 88; nur vereinzelt wurde in der Literatur die frühere Rspr. begrüßt, insb. durch Rosenau (NSfZ 1999, 352) der von der „Phalanx“ der Literatur spricht.

⁸ BGH, Beschl. v. 14.5.2013 – 3 StR 69/13 = NSfZ 2013, 584.

⁹ BGH, Beschl. v. 21.8.2013 – 1 ARs 6/13 = wistra 2013, 428; BGH, Beschl. v. 15.8.2013 – 2 ARs 299/13 (juris); BGH, Beschl. v. 8.10.2013 – 4 ARs 7/13 (juris); BGH, Beschl. v. 20.8.2013 – 5 ARs 34/13 (juris).

Dieser Beitrag soll die Argumente der früheren und der aktuellen Rechtsprechung im Lichte der Entwicklung des Hehlereitstandes nachzeichnen und im Hinblick auf die Frage beleuchten, ob der Rechtsprechungswandel zu Recht erfolgte und das hier thematisierte Rechtsproblem damit endgültig geklärt und nunmehr dem Bereich der (jüngeren) Rechtsgeschichte zuzuordnen ist.

I. Entwicklung der früheren Rechtsprechung

Um die Argumentation der früheren Rechtsprechung im Laufe der Jahre zu verstehen, bedarf es zunächst eines Überblicks über die Entwicklung des Hehlereitstandes.¹⁰

1. Der Tatbestand der Hehlerei in seiner Entwicklung

Das Reichsstrafgesetzbuch (RStGB) übernahm durch das „Gesetz, betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich“ v. 15. Mai 1871¹¹ die gleichlautenden Regelungen aus dem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, dessen Hehlereitbestand in § 259 wiederum weitgehend an die Regelung des § 237 des Preußischen StGB angelehnt ist¹² und bis zum 1.1.1975 nahezu unverändert Bestand hatte. Sie lautete:

¹⁰ Vertiefend u.a. Neumann, Reform der Anschlußdelikte, Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei (§§ 257 ff. StGB), Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870, 2007, passim.

¹¹ RGBI. 1871, S. 127.

¹² § 237 Preußisches StGB v. 1851 lautete: „Wer Sachen, von denen er weiß, daß sie gestohlen, unterschlagen oder mittelst anderer Verbrechen oder Vergehen erlangt sind, ankauft, zum Pfande nimmt oder verheimlicht, ingleichen wer Personen, die sich eines Diebstahls, einer Unterschlagung oder eines ähnlichen Verbrechens oder Vergehens schuldig gemacht haben, in Beziehung auf das ihm bekannte Verbrechen oder Vergehen um seines eigenen Vortheils willen begünstigt, ist mit Gefängniß nicht unter Einem Monate und mit zeitiger Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte zu bestrafen; auch kann derselbe zugleich unter Polizei-Aufsicht gestellt werden. [...]“; durch das „Gesetz, betreffend die Abänderung einiger Bestimmungen des Strafgesetzbuchs“ v. 14.4.1856 = PrGS 1856, S. 210, erhielt § 237 Preußisches StGB die folgende, § 259 StGB a.F. hinsichtlich der Sachhehlerei ähnelnde Fassung: „Wer Sachen, von denen er weiß, daß sie gestohlen, unterschlagen oder mittelst anderer Verbrechen oder Vergehen erlangt sind, verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt, oder sonst an sich bringt, oder zu deren Absatze bei Anderen mitwirkt, es sei um seines eigenen Vortheils willen oder nicht, [...], ist mit Gefängniß nicht unter Einem Monate und mit zeitiger Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte zu bestrafen; [...]“.

„§ 259.

Wer seines Vortheils wegen Sachen, von denen er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind, verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt oder zu deren Absatze bei Anderen mitwirkt, wird als Hehler mit Gefängniß bestraft.“

Diese Regelung erfuhr in den Folgejahren auf der Tatbestandsseite nur eine Änderung:¹³ 1943 wurde durch die sog. Strafrechtsangleichungsverordnung¹⁴ die Versuchsstrafbarkeit in einem neuen Abs. 2 ergänzt.

Erst mit dem Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) vom 2.3.1974, durch welches auch Regelungen des Besonderen Teils mitreformiert wurden,¹⁵ ist mit Wirkung zum 1.1.1975¹⁶ die bis heute gültige Regelung des Hehlereitbestandes in Kraft getreten:

„§ 259 Hehlerei

(1) Wer eine Sache, die ein anderer gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt hat, ankauft oder sonst sich oder einem Dritten verschafft, sie absetzt oder absetzen hilft, um sich oder einen Dritten zu bereichern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Die §§ 247 und 248a gelten sinngemäß.

(3) Der Versuch ist strafbar.“

Ziel der Neufassung war vor allem, eine scharfe Abgrenzung zum Tatbestand der Begünstigung (§ 257 StGB) dadurch herbeizuführen, dass die Tathandlungsvariante des Verheimlichens nun nicht mehr für die Annahme einer Hehlerei ausreichen sollte, sowie Fälle der Verschaffung der bemakelten Sache an einen Dritten eindeutig als Fall der Hehlerei zu erfassen; im Übrigen seien – laut Gesetzesbegründung – sonstige Änderungen „von untergeordneter Bedeutung“.¹⁷ Liest man diese Begründung, erscheint es so, als habe der Gesetzgeber tatsächlich nicht in dieser Tragweite erkannt, dass er

¹³ Die Änderung durch das 1. StrRG v. 25.6.1969 (BGBl. 1969 I, S. 645) betraf lediglich die Strafandrohung, die durch die Art. 3, 4, 5 Abs. 3 präzisiert wurde: an die Stelle der pauschalen „Gefängniß“-Strafe trat Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

¹⁴ (Erste) Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau-Reichsgaue v. 29.5.1943 (RGBl. 1943 I, S. 339); diese diente der Anpassung der bis dato unterschiedlichen Strafrechtsgesetze in Deutschland und Österreich nach dessen „Anschluss“ an das Deutsche Reich 1938; vgl. hierzu die Einführung bei *Vormbaum*, in: *Vormbaum* (Hrsg.), Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943, Materialien zur Verordnung und zu den Durchführungsverordnungen, 2011, S. 3.

¹⁵ BGBl. 1974 I, S. 469 – Art. 19 Nr. 132; krit. zur Reformgesetzgebung unter der „falschen Etikette“ des EGStGB *Meyer*, MDR 1975, 721 Fn. 3 m.w.N.

¹⁶ Art. 326 Abs. 1 EGStGB.

¹⁷ BT-Drs. 7/550, S. 252.

insbesondere durch die Neufassung der Tathandlungen, bei denen der Hehler im Lager des Vortäters steht („absetzen“ und „absetzen helfen“), im Hinblick auf Wortlaut und Systematik neue Streitfragen aufgeworfen hat.¹⁸ Denn der Streit um die Frage der Notwendigkeit eines Absatzerfolgs dreht sich insbesondere um das Wort „absetzen“ (bzw. „absetzen helfen“) im Vergleich zum früheren Wortlaut „zu deren Absatze [...] mitwirkt“.

Unter „absetzen“ ist das (entgeltliche, str.)¹⁹ Übertragen von Verfügungsgewalt auf einen Dritten zu verstehen, das mit Einverständnis und im Interesse des Vortäters und für dessen Rechnung erfolgt und durch selbständiges, weisungsunabhängiges Handeln bewirkt wird (quasi als „Verkaufskommissionär“); dagegen bedeutet „absetzen helfen“ das unselbständige, weisungsabhängige und einvernehmliche Unterstützen des Vortäters bei dessen Absatzbemühungen.²⁰ Es handelt sich insofern um eine zu einer eigenständigen täterschaftlichen Handlungsvariante der Hehlerei erhobene Form der Beihilfe zur Hehlerei im Falle von Absatzbemühungen des Vortäters. Diese wäre sonst straflos, da ausweislich des Wortlautes von § 259 StGB Hehler und Vortäter personenverschieden sein müssen, es also an einer teilnahmefähigen Haupttat fehlen würde. Unterstützt der Gehilfe dagegen die vom Vortäter verschiedene Person des (selbständig) Absetzenden, begeht er keine Absatzhilfe, sondern eine Beihilfe zur Hehlerei gem. §§ 259, 27 StGB.

2. Die frühere Rechtsprechung

Die frühe Rechtsprechung des RG konnte freilich noch nicht auf den Gesetzesunterschied zwischen „absetzen“ und „zum Absatz mitwirken“ eingehen, dennoch unterschied das RG zwischen dem erfolgten „Absatz“ und dem von § 259 StGB a.F. genannten Mitwirken zum Absatz. Demnach sollte dem Wortlaut nach eine den Absatz an andere bezweckende Handlung unabhängig davon genügen, ob ein Absatz stattgefunden hat oder nicht. Das Gesetz bestrafe schließlich die Mitwirkung, nicht die Mitbewirkung des Absatzes.²¹ Ein systematischer Vergleich mit der Tathandlungsvariante des Ankaufens, bei der bloße Verkaufsverhandlungen oder gar Handlungen, die noch vor Aufnahme von Verkaufsverhandlungen liegen, auch nicht ausreichend sind, sei nicht weiterführend, da zwischen den im Gesetz genannten Handlungsvarianten Unterschiede im Unrechtsgehalt bestünden: so lege derjenige, der zum Absatz mitwirkt, durch sein positives Handeln seine rechtswidrige Absicht an den Tag, was auf denjenigen, der nur erwerbsinteressiert ist, nicht zutrefte.²² Man müsse vielmehr die Tathandlung des Mitwirkens zum Absatz im Kontext mit der (damals noch bestehenden) Variante des Verheimlichens sehen, die keinen Erfolg voraussetzte und – wie das Mitwirken zum Absatz – deutlicher als die

¹⁸ So auch *Meyer*, MDR 1975, 721.

¹⁹ Vgl. zur umstrittenen Frage der Entgeltlichkeitsvoraussetzung *Berz*, Jura 1980, 57 (64).

²⁰ *Küper/Zopfs* (Fn. 1), Rn. 6; vgl. auch BT-Drs. 7/550, S. 253.

²¹ RGSt 5, 241 (242).

²² RGSt 5, 241 (243).

anderen Tathandlungsvarianten die Förderung des Vortäters bezweckte.²³ Ein Vergleich mit § 237 Preußisches StGB, aus dem § 259 StGB (a.F.) hervorgegangen ist, zeige außerdem, dass es in Parallele zur Regelung der persönlichen Begünstigung, welche vor Schaffung der Tathandlungsvariante des Mitwirkens zum Absatz eben diese Fälle der Hehlerei erfasst hat, nicht auf den Erfolg der Handlung ankommen könne.²⁴ Im Übrigen berief sich das RG auf die sonst drohende Strafbarkeitslücke mangels einer – bis dato nicht geregelten – Versuchsstrafbarkeit.²⁵

Der BGH hat die Rechtsprechung des RG von Beginn an grds. übernommen,²⁶ die nur kurz zuvor im Jahre 1943 eingeführte Versuchsstrafbarkeit der Hehlerei hat ihn zu keiner neuen Bewertung gelangen lassen, ganz im Gegenteil hat er ausdrücklich bestätigt, dass unter dem Mitwirken zum Absatz „jede vorbereitende, ausführende oder auch nur helfende Tätigkeit zum Zwecke des Absatzes“ zu verstehen sei.²⁷ Soweit der BGH auch vorbereitende Handlungen genügen ließ, geriet diese Auffassung freilich schnell in Konflikt mit der Abgrenzung zwischen Vollendung, Versuch und strafloser Vorbereitung, denn letztere hatte dadurch faktisch keinen Raum mehr.²⁸ Relevant ist dieses Problem insbesondere in Fällen der (vorläufigen) Verwahrung der bemakelten Sache für den Vortäter.²⁹ Die Rechtsprechung hatte das Problem erkannt und verlangte, dass – was für jeden Einzelfall gesondert zu prüfen war –³⁰ zur Handlung Umstände hinzukommen müssten, die sich in einen festgelegten Absatzplan einfügen und für den Vortäter den Beginn des Absatzes bedeuten, ansonsten bestünde ein Fall, der im (straflosen) Vorbereitungsstadium anzusiedeln sei.³¹ Eine weitere Einschränkung nahm der BGH vor, indem er verlangte, dass die auf Absatz gerichtete Handlung, auch wenn sie nicht zu einem Absatzerfolg führen müsse, wenigstens objektiv geeignet sei, den Absatzerfolg herbeizuführen, namentlich die rechtswidrige Vermögenslage aufrechtzuerhalten oder zu vertiefen.³² Die objektive Eignung hat der BGH etwa im Falle der Weitergabe der bemakelten Sache an einen verdeckten Ermittler verneint, da in den Händen des verdeckten Ermittlers die rechtswidrige Vermögenslage ende.³³

²³ RGSt 56, 191 (192).

²⁴ RGSt 56, 191 (192).

²⁵ RGSt 5, 241 (243); bzgl. der gesetzlichen Regelung siehe I. 1.

²⁶ Grundlegend BGHSt 2, 135.

²⁷ BGHSt 27, 45 (48); BGH NStZ 2008, 152.

²⁸ *Altenhain*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 259 Rn. 56; vgl. auch *Küper/Zopfs* (Fn. 1), Rn. 18.

²⁹ Vgl. die (etwas uneinheitliche) Kasuistik des RG in BGHSt 2, 135 (136 f.) und des BGH in BGH NStZ 2008, 152 f.

³⁰ BGHSt 2, 135 (136).

³¹ BGH NStZ 2008, 152 (153).

³² BGHSt 26, 358 (359); 43, 110 (111).

³³ BGHSt 43, 110 (111); vgl. auch *Maier*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 259 Rn. 114; anders aber BGH NStZ 2008, 570: sogar Annahme eines Absatzerfolges trotz Sicherstel-

Der BGH änderte letztlich seine Rechtsprechung zur Entbehrlichkeit eines Absatzerfolges auch nicht nach der Änderung des § 259 StGB durch das EGStGB im Jahre 1974.³⁴ Infolge der Neuformulierung der Tathandlungsvariante des Absetzens bzw. des Absetzenshelfens anstelle der früher geregelten Mitwirkung zum Absatz gab es zwar gleich im Februar 1975 eine Abkehr von der alten Rechtsprechung durch das OLG Köln, das vor allem unter Berufung auf den Wortlaut des Wortes „absetzen“, der für das Vorliegen eines erfolgten Absatzes spreche, einen solchen Absatzerfolg verlangte.³⁵ Der 2. *Strafsenat* des BGH folgte dieser Argumentation – jedenfalls für das Merkmal „absetzen“ –³⁶ u.a. unter Verweis auf die weitgehend ähnliche Regelung und Rechtsprechung³⁷ zur früheren Fassung der Steuerhehlerei in § 60 Tabaksteuergesetz von 1919³⁸; er sah zwar, dass der Gesetzgeber in seiner Begründung zu § 259 StGB nur von unbedeutenden sachlichen Änderungen und wohl nicht von einer Verengung des Tatbestandes ausgegangen ist, doch stünde der insoweit eindeutige Gesetzeswortlaut einer erweiternden Auslegung wegen des Analogieverbotes aus Art. 103 Abs. 2 GG entgegen.³⁹ Der 3. *Strafsenat* des BGH dagegen ließ nur wenige Monate später Zweifel an der Auslegung des 2. *Strafsenats* durchblicken, konnte die Frage aber offenlassen, da er nicht über die Tathandlung „absetzen“, sondern über „absetzen helfen“ zu entscheiden hatte und insofern – jedenfalls im Ergebnis – mit dem 2. *Strafsenat* übereinstimmte.⁴⁰ Nur kurze Zeit darauf kehrte der BGH jedoch in Gestalt des 4. *Strafsenats* unter ausdrücklicher Abkehr der Rechtsprechung des 2. *Strafsenats* zur traditionellen Linie der Rechtsprechung zurück und lehnte generell das Erfordernis eines Absatzerfolges für die Strafbarkeit wegen vollendeter Hehlerei ab.⁴¹ Dass es hierzu keiner Anrufung des *Großen Senats für Strafsachen* bedurfte, lag daran, dass nun auch der 2. *Strafsenat* auf entsprechende Anfrage hin an seiner Rechtsprechung nicht mehr festzuhalten gedachte.⁴²

Seitdem begründete der BGH das Festhalten an seiner ständigen Rechtsprechung wie folgt: Der Wortlaut stünde seiner Rechtsprechung nicht entgegen, da das Wort „absetzt“

lung durch Polizei, da zuvor versteckte Verladung auf Hochseecontainer.

³⁴ Siehe I. 1. und Fn. 15.

³⁵ OLG Köln NJW 1975, 987 (988).

³⁶ Zu seiner Differenzierung zwischen „absetzen“ und „absetzen helfen“ siehe unter IV.

³⁷ Vgl. RGSt 56, 6 (10); BGHSt 23, 36 (38).

³⁸ Tabaksteuergesetz v. 12.9.1919 (RGBl. 1919, S. 1667) regelte in § 60 Abs. 1 die Tabaksteuerhehlerei wie folgt: „Wer seines Vorteils wegen vorsätzlich tabaksteuerpflichtige Erzeugnisse, hinsichtlich deren eine Hinterziehung der Tabaksteuer oder der Abgabe für Tabakersatzstoffe stattgefunden hat, ankauft, zum Pfand nimmt oder sonst an sich bringt, verheimlicht, *absetzt oder zu ihrem Absatz mitwirkt*, wird [...] bestraft.“

³⁹ BGH NJW 1976, 1698 (1699).

⁴⁰ BGHSt 26, 358.

⁴¹ BGHSt 27, 45.

⁴² BGHSt 27, 45 (51).

nicht zwingend einen erfolgreichen Abschluss bedeute, sondern auch nur die bloße Tätigkeit beim Absetzen gemeint sein könne; der Verweis auf andere Gesetze sei für die Auslegung von § 259 StGB nicht ergiebig.⁴³ Werde ein Gesetz geändert, müsse sich die Wortlautauslegung der teleologischen Auslegung unterordnen – anders als bei einem völlig neu geschaffenen Tatbestand.⁴⁴ Kriminalpolitisch sei eine Bestrafung bei nicht gelungenem Absatz nur wegen Versuchs nicht hinnehmbar.⁴⁵ Betrachte man außerdem den gesetzgeberischen Willen, so werde aus der Gesetzesbegründung deutlich, dass mit der Ersetzung der Tathandlungsvariante des Mitwirkens zum Absatz durch die Merkmale „absetzen“ und „absetzen helfen“ keine grundlegenden Änderungen an der Reichweite des Tatbestandes vorgenommen werden sollten; hätte der Gesetzgeber solche gewollt, hätte er dies in der Begründung deutlich gemacht.⁴⁶

An dieser Rechtsprechung hat der BGH bis ins Jahr 2013 festgehalten, wengleich er bereits in den letzten Jahren vorsichtige Zweifel an seiner Ansicht hat aufkommen lassen, die man durchaus als Vorzeichen für einen bevorstehenden Rechtsprechungswandel verstehen konnte.⁴⁷

II. Die neue Rechtsprechung des BGH

Der Rechtsprechungswandel wurde schließlich im Jahr 2013 vollzogen – eingeleitet durch den 3. *Strafsenat* mit seinem Anfragebeschluss vom 14.5.2013⁴⁸. Sämtliche andere *Strafsenate* haben der Anfrage – jedenfalls im Hinblick auf die Tathandlung „absetzen“ – zugestimmt.⁴⁹ Somit war der Weg für den 3. *Strafsenat* geebnet, den zugrunde liegenden Fall entgegen der bisherigen gefestigten Rechtsprechung zu entscheiden.⁵⁰

Der BGH begründet seinen Wandel mit folgender Argumentation:⁵¹

Der Begriff des Absatzes stamme aus dem kaufmännischen Bereich, wo man hierunter nur die erfolgreiche Veräußerung, nicht aber vergebliche Verkaufsbemühungen verstehe; der BGH unterscheidet nun also neuerdings – wie im allgemeinen Sprachgebrauch – zwischen (erfolgreichem) Absetzen und bloßen Absatzbemühungen. Die Tathandlungsalternativen des § 259 StGB seien einheitlich auszulegen, und zwar alle im Sinne eines Erfolgsdelikts; dieser Erfolg trete stets erst mit Übergang der Verfügungsgewalt über die bemakelte Sache ein. Der Absatzhelfer würde ohnehin bereits im Vergleich mit dem Gehilfen des Ankäufers dadurch be-

nachteiligt, dass ihm die Strafrahmenverschiebung des § 27 Abs. 2 StGB nicht zugutekommt, sondern er täterschaftlich verantwortlich sei. Dann solle er aber wenigstens die Möglichkeit der Strafmilderung nach § 23 Abs. 2 StGB erhalten. Ohnehin würde, jedenfalls hinsichtlich des Absetzens, die Versuchsstrafbarkeit leerlaufen, wenn man Vorbereitungshandlungen für die Vollendungsstrafbarkeit genügen ließe. Etwaige Strafbarkeitslücken, die durch die nunmehr engere Auslegung des Tatbestandes entstünden, seien, selbst wenn sie im Einzelfall kriminalpolitisch bedenklich sind, allenfalls vom Gesetzgeber, nicht aber von der Rechtsprechung zu füllen.

Die Ausgestaltung der Hehlerei als Erfolgsdelikt entspreche auch dem Sinn und Zweck, der nach der Perpetuierungstheorie in der Sanktionierung der Aufrechterhaltung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage an der bemakelten Sache besteht,⁵² die erst mit der Verschiebung der Sache abgeschlossen sei.⁵³ Hierin sei – entgegen früherer Auffassung – kein Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers zu sehen, da dieser zwar ausweislich der Gesetzesbegründung keine Änderung durch die Neufassung beabsichtigt habe, andererseits aber auch keine bindende Festlegung im Sinne der bisherigen Rechtsprechung erfolgen sollte.⁵⁴

III. Kritik an der früheren und der aktuellen Rechtsprechung

Die frühere und die heutige Rechtsprechung sollen im Folgenden einer kritischen Auseinandersetzung unterzogen werden.

1. Zur früheren Rechtsprechung von RG und BGH

a) Wortlautargumente

Der Wortlaut bildet stets die Grenze einer jeden Auslegung. Überschreitet die Auslegung den Wortsinn eines Merkmals, liegt darin ein Verstoß gegen das Analogieverbot gem. Art. 103 Abs. 2 GG, die betreffende Interpretation wäre damit als verfassungswidrig abzulehnen.⁵⁵ Davon ist die Rechtsprechung vor der Novelle des § 259 StGB jedoch insofern weit entfernt, als sie sich tatsächlich auf das Mitwirken zum Absatz im Sinne des § 259 StGB a.F. stützen kann, das bereits seinem Wortsinn nach keineswegs zwingend eine Mitwirkungshandlung zum erfolgreichen Absatz bedeuten muss, sondern jede schlichte den Absatz bezweckende Handlung erfassen kann. Wollte man allerdings etwas beckmesserisch sein, könnte man das RG an seinem eigenen Gebrauch des Wortes „Absatz“ festhalten, nämlich im Sinne einer erfolgreichen Veräußerung der bemakelten Sache,⁵⁶ so dass sich die Mitwirkung eben nur auf einen erfolgreichen Absatz bezie-

⁴³ BGHSt 27, 45 (50); so auch für „absetzen helfen“ BGHSt 26, 358 (359 f.).

⁴⁴ BGHSt 27, 45 (50).

⁴⁵ BGHSt 27, 45 (51).

⁴⁶ BGHSt 26, 358 (361); 27, 45 (48 f.).

⁴⁷ In BGH NStZ 2008, 152 spricht der 3. *Strafsenat* etwa von „erwägenswerter Kritik“ der Lehre an seiner extensiven Auslegung.

⁴⁸ BGH NStZ 2013, 584.

⁴⁹ Nachweise siehe Fn. 9; zu den noch offenen Fragen siehe unter IV. und V.

⁵⁰ BGH NJW 2014, 951.

⁵¹ Sämtliche Nachweise bei BGH NJW 2014, 951 (952).

⁵² BGHSt 7, 134 (137); *Jahn/Palm*, JuS 2009, 501 (502 m.w.N.).

⁵³ Vgl. auch *Küper*, JuS 1975, 633 (635).

⁵⁴ Unter Bezug auf *Zieschang*, in: Duttge (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, 2002, S. 403 (410).

⁵⁵ *Rosenau*, NStZ 1999, 352 Fn. 4 m. Verweis auf BVerfG.

⁵⁶ Vgl. etwa RGSt 5, 241 (242).

hen würde. Der Einwand des RG, es gehe um ein Mitwirken, nicht um ein Mitbewirken, hätte jedenfalls keine Bedeutung für die Auslegung des Wortes „Absatz“.

Insofern mag es verwundern, dass die Rechtsprechung des BGH, welche sich der Rechtsprechung des RG angeschlossen hat, nach der Neufassung des § 259 StGB plötzlich das Wort „absetzt“ in einem weiter gefassten Sinne interpretiert hat, nämlich als das bloße Tätigwerden zum Absatz. Auch hier stellt sich die Frage nach der Wortlautgrenze im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG. Vertreter der Lehre monieren, dass der Wortlaut „absetzen“ gar keinen anderen Schluss zulasse als die Interpretation der Herbeiführung eines Absatzerfolges – ebenso wie „töten“ im Sinne der §§ 211, 212 StGB, obgleich es eine Tätigkeit beschreibt, untrennbar vom Tötungserfolg ist.⁵⁷ Mit wothistorischer Argumentation meint *Rosenau* dagegen, dass „absetzen“ (wörtlich: „von einer Stelle entfernen“) die schlichte Tätigkeit umschreibe und einen Erfolg nicht zwingend voraussetze.⁵⁸ Ihm ist zuzugeben, dass mit gewissen „semantischen Anstrengungen“⁵⁹ aus dem Wort „absetzt“ auch eine Begrenzung auf die bloße Tätigkeit hergeleitet werden kann, insofern der Wortlaut daher nicht die Eindeutigkeit besitzt, welche nötig wäre, um eine verfassungsmäßige Auslegungsgrenze im Sinne der Notwendigkeit eines Absatzerfolges herzuleiten.⁶⁰ Jedoch hat der Wortlaut – gerade auch im Vergleich zur früheren gesetzlichen Regelung – eine recht eindeutige Tendenz zum Erfordernis eines Absatzerfolges, so dass eine Auslegung im Sinne der ganz herrschenden Lehre jedenfalls naheliegt.⁶¹

b) Systematische Argumente

Betrachtet man die systematischen Argumente, welche die Rechtslage vor 1975 betreffen, kann man für die heutige Gesetzesfassung – jedenfalls auf dem ersten Blick – keine gewinnbringenden Erkenntnisse ausfindig machen. Denn der Vergleich der Tathandlungsvarianten untereinander führt bei der alten Gesetzeslage zwangsläufig zu anderen Maßstäben. Wenn aber das RG das Mitwirken zum Absatz nicht zu den Verschaffungsalternativen, sondern zum Verheimlichen ins Verhältnis setzt,⁶² das der Gesetzgeber später bewusst aus der Norm gestrichen hat, kann man immerhin aus der Tatsache, dass das Verheimlichen als Vergleichstatbestandsmerkmal nicht mehr zur Verfügung steht, folgern, dass der Vergleich eben doch mit den Verschaffungsalternativen zu bilden ist. Eine Konsequenz, die der BGH bis zu der Entscheidung von 2013 negiert hat. Dass die frühere Rechtsprechung nämlich Unterschiede im Unrechtsgehalt zwischen den Tathandlungsvarianten gesehen hat, überzeugt nicht: der Erwerbsinteressierte mag zwar im Einzelfall in einer weniger aktiven Rolle

sein als derjenige, der Absatzhandlungen tätigt, doch handelt letztlich auch der Erwerbsinteressierte mit dem Vortäter zusammen und beeinträchtigt das Schutzgut des § 259 StGB gleichermaßen wie der Absetzende. Das RG selbst räumte ein, dass auch im Ankaufen eine Förderung des Vortäters liegt,⁶³ der BGH betonte sogar, dass letztlich sämtliche Tathandlungsvarianten, also nicht nur die Absatzvariante, ein einvernehmliches Zusammenwirken mit dem Vortäter voraussetzen, was sich zuletzt auch aus der systematischen Einordnung der Hehlerei im Kontext mit den Anschlussdelikten (insbesondere mit der Begünstigung) ergibt.⁶⁴ Hieraus kann man keinesfalls eine Ungleichgewichtung im Unrechtsgehalt zwischen den Tathandlungsvarianten herleiten. Teilweise wird die Auffassung, wonach eine erweiterte Strafbarkeit für den am Absatz Beteiligten sinnvoll sei, daher nicht nur mit der Nähe zum Vortäter begründet, sondern insbesondere mit dem Aspekt der besonderen Gefährlichkeit des am Absatz Beteiligten, da dieser ggü. dem Vortäter seine Bereitschaft zur Abnahme der Beute signalisiere und den Vortäter dadurch der Sorge um die gefahrlose Verwertung enthebe und besondere Tatanreize schaffe.⁶⁵ Freilich kann man auch dieser Argumentation entgegenhalten, dass gleichermaßen wie der absetzende Hehler auch der auf der Erwerberseite stehende Hehler für den Vortäter Tatanreize schafft, denn ohne einen Erwerber gäbe es keinen erfolgreichen Absatz; eine Ankaufsvereinbarung mit dem Erwerbsinteressierten wiegt ebenso schwer wie die Suche nach einem Käufer durch den absetzenden Tätigen.⁶⁶ Im Übrigen kann man mit gutem Recht bezweifeln, dass von erfolglosen Absatzbemühungen Tatanreize für weitere Vermögensdelikte ausgehen.⁶⁷ Pikanterweise betrifft die Rspr., auf welche sich die o.g. Argumentation des Setzens von Tatanreizen durch den Absatzhelfer stützt, die Tathandlungsalternative des Sichverschaffens, also gerade nicht die des Absetzens bzw. der Absatzhilfe.⁶⁸

Sofern das RG in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1921 einen systematischen Vergleich mit § 237 Preußisches StGB von 1851 vornahm und darauf verwies, dass das Absetzen unter die dort geregelte persönliche Begünstigung gefallen sei, welche in einem bloßen Tätigwerden liegen konnte,⁶⁹ übersah es die Änderung der Norm nach nur fünf Jahren im Jahr 1856, durch welche die Tathandlungsvarianten des § 259 StGB a.F. in beinahe identischer Form vorgegeben wurden.⁷⁰ Auch der daraus gezogene Schluss, dass durch die rasche Gesetzesänderung (Streichung der persönlichen Begünstigung und Einführung des Mitwirkens zum Absatz)⁷¹ für die Mit-

⁶³ RGSt 56, 191 (192).

⁶⁴ Zur neugefassten Rechtslage BGHSt 42, 196 (197 f.).

⁶⁵ *Rosenau*, NSTZ 1999, 352 (353) unter Verweis auf BGHSt 7, 134 (142) und BGHSt 42, 196 (199 f.).

⁶⁶ So noch *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 259 Rn. 22.

⁶⁷ So *Küper*, GA 2015, 129 (138).

⁶⁸ Vgl. BGHSt 42, 196.

⁶⁹ RGSt 56, 191 (192).

⁷⁰ Text zu § 237 Preußisches StGB v. 1851 und in der geänderten Version von 1856 siehe Fn. 12.

⁷¹ Vgl. Fn. 12.

⁵⁷ *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, S. 482.

⁵⁸ *Rosenau*, NSTZ 1999, 352.

⁵⁹ So *Paeffgen*, JR 1996, 346 (348 Fn. 27).

⁶⁰ *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 259 Rn. 13.

⁶¹ *Jäger*, JuS 2013, 951 (952); *Paeffgen*, JR 1996, 346 (348 Fn. 27).

⁶² RGSt 56, 191 (192).

wirkung zum Absatz daher ebenso jedes bloße Tätigwerden ausreiche, war auch schon aus damaliger Sicht keinesfalls zwingend. Für die heutige Rechtslage ist der Vergleich irrelevant.

Ziel der (frühen) Rechtsprechung des RG war ausdrücklich, Strafbarkeitslücken zu schließen, die durch das Fehlen einer Versuchsstrafbarkeit resultierten.⁷² Spätestens mit der Einführung der Versuchsstrafbarkeit 1943 führte dieses Argument ins Leere. Aber auch schon vorher ist das RG, sofern es ihm nur um die Vermeidung dieser Strafbarkeitslücken ging, deutlich über das Ziel geschossen. Denn durch die sehr weite Interpretation des Mitwirkens zum Absatz genügten zur Bejahung der Vollendungsstrafbarkeit bereits den Absatz vorbereitende Handlungen, die in der Regel noch deutlich vor einem gedachten Versuch zum erfolgreichen Absetzen lagen.⁷³ Seit der Einführung der Versuchsstrafbarkeit konnte sogar zu diesen vorbereitenden Handlungen unmittelbar angesetzt werden, wodurch einerseits eine weitere Vorverlagerung des Tatbestandes erfolgt ist; andererseits verschwommen dadurch teilweise die Grenzen zwischen Vorbereitung, Versuch und Vollendung.⁷⁴ Die von der Rechtsprechung vorgenommenen Einschränkungen waren wenig hilfreich: sofern der BGH in den Fällen des bloßen Verwahrens oder Lagerns auf das hinzutretende Kriterium des Handelns im Rahmen eines festen Absatzplans rekurrierte,⁷⁵ stellte sich die Frage, wie genau der Absatzplan konkretisiert sein musste, wodurch es eines weiteren Abgrenzungskriteriums zur Bestimmung des Absatzplans bedurfte, um eine uneinheitliche Kasuistik zu vermeiden.⁷⁶ Aber auch das einschränkende Kriterium der objektiven Geeignetheit der Absatzhandlung⁷⁷ begegnet Bedenken:⁷⁸ Sinnvollerweise ist nämlich auf eine ex ante-Sicht zur Zeit der Tathandlung aus der Sicht eines verständigen Beobachters abzustellen, da im Falle einer ex post-Betrachtung ein verständiger Beobachter stets das Scheitern seiner Handlung voraussieht.⁷⁹ Der BGH jedoch schien dennoch auf eine ex post-Sicht abzustellen, sonst hätte er nämlich im Falle der Übergabe der bemakelten Sache an nicht erkannte verdeckte

⁷² RGSt 5, 241 (243).

⁷³ Vgl. RGSt 5, 241 (242): Das RG bejaht eine vollendete Hehlerei, obwohl es lediglich zum Transport der bemakelten Sache gekommen ist, nicht einmal ansatzweise zu Verkaufshandlungen. Daher ist in der Tat mehr als fraglich, ob hier – wie die Revisionsbegründung behauptet – überhaupt ein (damals strafloser) Versuch vorliegen würde. Dieser wäre wohl – im Hinblick auf das unmittelbare Ansetzen – allenfalls denkbar, wenn man ein unmittelbares Ansetzen zum bloßen Tätigwerden zum Absatz genügen ließe.

⁷⁴ Zieschang (Fn. 54), S. 410; vgl. Krack, NStZ 1998, 462; siehe auch unter I. 2.

⁷⁵ Vgl. BGH NStZ 2008, 152 (153).

⁷⁶ Stree, JR 1989, 384 (386); Altenhain (Fn. 28), § 259 Rn. 56.

⁷⁷ Vgl. BGHSt 43, 110 (111).

⁷⁸ Ausführlich Maiwald, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 2, 2011, S. 1019.

⁷⁹ Maiwald (Fn. 78), S. 1028; Zieschang (Fn. 54), S. 407 f.

Ermittler zum Ergebnis kommen müssen, dass aus der ex ante-Sicht die Absatzhandlung (Übergabe der bemakelten Sache an kaufinteressierte Personen) geeignet wäre, die rechtswidrige Vermögenslage aufrechtzuerhalten. Bei der Wahl des Kriteriums der Geeignetheit der Handlung, um den Erfolg zu erzielen, orientierte sich der BGH offenbar an seiner Rechtsprechung zur Begünstigung gem. § 257 StGB, bei der dieses Kriterium bereits seit langem angewendet wurde.⁸⁰ Dort freilich besteht der Sinn der Einschränkung darin, bestimmte Hilfeleistungen aus der Vollendungsstrafbarkeit zu führen, um die fehlende Versuchsstrafbarkeit nicht zu konterkarieren.⁸¹ Diese Funktion kann das Kriterium bei der Hehlerei wegen der Versuchsstrafbarkeit aus § 259 Abs. 3 StGB nicht erfüllen. Letztlich wird dadurch (nur) der untaugliche Versuch aus der Vollendungsstrafbarkeit ausgenommen.⁸² Sofern jedoch vereinzelt ganz allgemein die Unterscheidung zwischen geeigneten und ungeeigneten Tathandlungen als nicht praktikabel kritisiert wird, ist zu konstatieren, dass eine solche Unterscheidung im Bereich des untauglichen Versuchs durchaus anerkannt ist.⁸³

Insgesamt handelt es sich bei den o. g. Kriterien um keine tauglichen Maßnahmen für eine klare Abgrenzung zwischen Vorbereitung, Versuch und Vollendung. Eine solche klare Abgrenzung zwischen Versuch und Vollendung schafft jedoch das Erfordernis eines Absatzerfolgs.⁸⁴

Der vom 2. Strafsenat des BGH sofort nach der Neufassung des Hehlereitbestandes aufgeworfene Vergleich mit der früheren Regelung der Tabaksteuerhehlerei des § 60 TabaksteuerG 1919 wirft hinsichtlich der aktuellen Rechtslage immerhin die Frage auf, weshalb der BGH nach der Novelle des § 259 StGB nicht an die Rechtsprechung zum Tabaksteuergesetz angeknüpft hat, dessen Wortlaut parallel zur Hehlerei gebildet, wenngleich in der Formulierung nicht vollständig identisch mit ihr war. Das RG hat immerhin für § 60 TabaksteuerG 1919⁸⁵ anerkannt, dass „absetzt“ einen Erfolg voraussetzt, während „zu ihrem Absatz mitwirkt“ eine bloße Tätigkeit genügen ließ. Stattdessen hat der BGH der historischen Auslegung den Vorrang gegeben und entgegen gewichtigen Wortlaut- und Systematikargumenten seine Rechtsprechung zu § 259 StGB a.F. auf die neugefasste Regelung und diese dann wiederum auf die neue Regelung der Steuerhehlerei gem. § 374 Abs. 1 AO übertragen, die von ihren Tathandlungsalternativen identisch zu § 259 StGB ist.

Systematisch hat der BGH in der Folgezeit also an der unterschiedlichen Bewertung des Unrechtsgehalts zwischen den Hehlereihandlungen auf der Erwerberseite (ankaufen/sich verschaffen) und auf der Vortäterseite (absetzen/absetzen helfen) festgehalten, ohne dafür stichhaltige Argumente zu liefern. Schaut man sich die Tatbestandsalternativen etwas genauer an, fällt auf, dass es letztlich bei der Hehlerei um die

⁸⁰ BGHSt 4, 221 (224).

⁸¹ Geppert, Jura 1980, 269 (274).

⁸² Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 38. Aufl. 2015, Rn. 867.

⁸³ Bosch, JA 2008, 231 (232 Fn. 6).

⁸⁴ So zutreffend BGH NJW 2014, 951 (952).

⁸⁵ Siehe oben Fn. 38.

Weitergabe der bemakelten Sache handelt, und zwar lediglich aus unterschiedlichen Perspektiven: Aus dem Wortlaut „sonst sich verschaffen“ folgt, dass es sich um einen übergeordneten Fall der Hehlerei handelt, von dem das Ankaufen nur als Sonderfall zur Klarstellung, aber ohne eigenständige juristische Bedeutung geregelt ist. Daher besteht auf der Erwerbenseite praktisch nur die Verschaffungsalternative.⁸⁶ Auf der Vortäterseite ist Sinn und Zweck der Regelung des Absetzens das Schließen der Strafbarkeitslücke, die sich daraus ergibt, dass der Vortäter nicht selbst Hehler in Bezug auf denselben Gegenstand sein kann und es im Falle einer Hilfe, die zu den Absatzbemühungen des Vortäters selbst geleistet wird, daher an einer teilnahmefähigen Haupttat fehlt; insofern handelt es sich bei dieser Tatbestandsalternative um eine zur Täterschaft verselbständigte Form der Beihilfe.⁸⁷ Blendet man auch diesen Sonderfall aus, verbleiben zwei Tathandlungsalternativen, nämlich die Verschaffungsalternative und das Absetzen. In beiden Fällen geht es um die Weitergabe der bemakelten Sache, beim Verschaffen auf der Erwerbenseite, beim Absetzen auf der Seite des Vortäters, es handelt sich also beim Absetzen um die Kehrseite des Verschaffens.⁸⁸ Für beide Fälle – es handelt sich insofern um korrespondierende Handlungsformen – ist daher gleichermaßen der Übergang der Verfügungsgewalt an der Sache zu fordern, gewissermaßen ein „Übertragungserfolg“, im Falle des Absetzens mithin ein Absatzerfolg.⁸⁹ Denn handelt es sich um korrespondierende Handlungsformen, ist es nur konsequent, diese auch kongruent auszulegen.⁹⁰

c) Historische Argumente

Das historische Hauptargument der früheren Rechtsprechung nach der Novellierung des § 259 StGB ist die Gesetzesbegründung. Aus dieser ergibt sich auf den ersten Blick der Wille des Gesetzgebers, in Bezug auf die Tathandlungsvariante des früheren Mitwirkens zum Absatz keine Änderungen durch die Neuformulierung in „absetzen“ und „absetzen helfen“ herbeizuführen, die Neufassung habe insofern nur eine klarstellende Funktion.⁹¹ Die objektiv vom Gesetzgeber geschaffene Rechtslage entspricht dem aber nicht, wie bereits aufgrund der systematischen Argumentation deutlich wurde. Auf den zweiten Blick stellt sich jedoch der gesetzgeberische Wille keinesfalls so eindeutig dar: Das Wesen der Hehlerei wird in der „Aufrechterhaltung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage, die durch das Weitergeben der durch die Vortat erlangten Sache im Einver-

ständnis mit dem Vortäter erreicht wird“, gesehen.⁹² Hieraus ergibt sich, auch wenn der Gesetzgeber an anderer Stelle betont, dass er an sich keine wesentlichen Änderungen herbeiführen wollte, dass die Aufrechterhaltung der rechtswidrigen Vermögenslage eben erst dann eintritt, wenn die bemakelte Sache erfolgreich weitergeschoben ist. Insofern gibt die Gesetzesbegründung kein klares Bild, so dass sie nicht geeignet ist, vordergründig die Auslegung des Merkmals „absetzen“ zu beeinflussen. Hätte der Gesetzgeber tatsächlich ausdrücklich die frühere Rechtsprechung kodifizieren wollen, hätte er dies durch entsprechende Gesetzesformulierungen tun können. Sobald er aber objektiv nicht das regelt, was er zu regeln vorhat, kann die Rechtsprechung nur in dem Rahmen als Korrektiv eingreifen, der ihr durch Wortlaut, Systematik und Teleologie gelassen wird.⁹³

d) Teleologische Argumente

Gegen das historische Argument, wonach die Perpetuierung der rechtswidrigen Vermögenslage nach dem Willen des Gesetzgebers ein erfolgreiches Weiterschieben der bemakelten Sache an einen Dritten voraussetzt, wird vereinzelt zur Unterstützung der früheren Rechtsprechung ins Feld geführt, dass die Perpetuierung nicht in der Hand des Erwerbers, sondern bereits in der eigenen Hand geschehen könne, ein Weiterschieben an einen Dritten daher nicht erforderlich sei, da die Hehlerei zwar das Aufrechterhalten der rechtswidrigen Vermögenslage verlange, nicht aber notwendigerweise deren Vertiefung.⁹⁴ Diese Ansicht verkennt jedoch, dass auch keine „Aufrechterhaltung“ der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage vorliegt, wenn die absatzbemühte Person letztlich immer noch in Anerkennung der übergeordneten Dispositionsbefugnis des Vortäters handelt, denn dann sind die Opferinteressen nicht neuerlich beeinträchtigt.⁹⁵ Vereinzelt werden in dieser Gegenargumentation Anzeichen für einen Rückfall in das Verständnis der Hehlerei als Restitutionsvereitelungsdelikt gesehen.⁹⁶ Doch geht es, anders als bei der Frage der Restitutionsvereitelung, nicht um die Perspektive des Opfers, das sich immer weiter von seiner deliktisch abhanden gekommenen Sache entfernt, sondern um die spezielle Beziehung des Absetzenden, der – bei aller Weisungsfreiheit – dennoch im Lager des Vortäters steht.⁹⁷

e) Zwischenfazit

In einem Zwischenfazit ist somit festzuhalten, dass die frühere Rechtsprechung und die ihr vereinzelt folgenden Stimmen der Literatur hinsichtlich der verschiedenen Auslegungsmethoden zwar nicht verfassungsrechtlich unzulässig sind

⁸⁶ Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 140. Lfg., Stand: Oktober 2013, § 259 Rn. 19 m.w.N. in Fn. 63.

⁸⁷ BGHSt 26, 358 (361 f.); Stree/Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 259 Rn. 31.

⁸⁸ Eggers, jurisPR-StrafR 20/2013 Anm. 2 C; Küper/Zopfs (Fn. 1), Rn. 10.

⁸⁹ Stree/Hecker (Fn. 87), § 259 Rn. 29.

⁹⁰ Altenhain (Fn. 28), § 259 Rn. 49.

⁹¹ BT-Drs. 7/550, S. 253; vgl. BGHSt 27, 45 (50 f.); so auch Rosenau, NSTZ 1999, 352.

⁹² BT-Drs. 7/550, S. 252.

⁹³ Altenhain (Fn. 28), § 259 Rn. 49.

⁹⁴ Rosenau, NSTZ 1999, 352 (353); vgl. Wessels/Hillenkamp (Fn. 82), Rn. 864.

⁹⁵ Altenhain (Fn. 28), § 259 Rn. 49; Eggers, jurisPR-StrafR 20/2013 Anm. 2 C.

⁹⁶ Rosenau, NSTZ 1999, 352.

⁹⁷ Zieschang (Fn. 54), S. 411.

(Art. 103 Abs. 2 GG),⁹⁸ sich aber hinsichtlich des Wortlautes auf sehr unsicheres Terrain begeben und die spezielle Systematik, die der Gesetzgeber – ob freiwillig oder unfreiwillig – dem Gesetz mit auf den Weg gegeben hat, verschließen. Kriminalpolitisch werden die Akzente durch die Ungleichbehandlung der Tathandlungsvarianten falsch gesetzt.

2. Zur aktuellen Rechtsprechung des BGH

Nur sofern dadurch neue Aspekte angeführt oder bisherige Aspekte neu beleuchtet werden, ist im Folgenden auf die Argumentation des 3. Strafsenats in seinem Beschluss vom 22.10.2013⁹⁹ einzugehen.

a) Wortlautargumente

So überraschend und geradezu radikal der Wandel der Rechtsprechung hinsichtlich des Wortlautargumentes vollzogen wurde, bleibt er dennoch insofern moderat, als der 3. Strafsenat vermeidet, die frühere Rechtsprechung dem Verdacht auszusetzen, mit ihrer sehr weiten Auslegung des Merkmals „absetzen“ in verfassungswidriger Weise gegen die Begrenzung des Wortlautargumentes nach Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen zu haben.¹⁰⁰ Freilich ist die Auffassung der h.M. nicht zwingend, der Wortlaut lässt sich, wie bereits dargestellt, mit viel Spitzfindigkeit auch anders auslegen, dennoch ist das Ergebnis mehr als naheliegend.¹⁰¹

b) Systematische Argumente

Systematisch nähert sich der BGH der hier vertretenen Ansicht zweier gleichgearteter „Lager“, in denen der Hehler tätig wird: Das Lager des Erwerbers und das Lager des Vortäters selbst. Auch das verdient im Ergebnis aus den o.g. Gründen Zustimmung.¹⁰² Doch misslingt die Argumentation des BGH. Er stützt sich auf einen Vergleich mit dem Merkmal des Absetzenhelfens und stellt dieses in Bezug zum Gehilfen eines potentiellen Erwerbers, dem – strafrechtlich als normaler Fall der Beihilfe zur Hehlerei gem. §§ 259 Abs. 1, 27 StGB zu werten – die obligatorische Strafraumverschiebung des § 27 Abs. 2 StGB sowie im Falle eines Versuchs die Regelung des § 23 Abs. 2 StGB zugutekommen würde; er verlangt nun insofern möglichst einen Gleichlauf bei allen Gehilfen.¹⁰³ Dieses Argument geht aber fehl, da der Gesetzgeber bewusst die Beihilfe zum Absatz des Vortäters als täterschaftliche Form der Hehlerei („absetzen helfen“) geregelt hat, ohne den Strafraum analog zu § 27 Abs. 2 StGB zu verschieben bzw. eine Versuchsstrafbarkeit mit der Möglichkeit einer fakultativen Strafmilderung gem. § 23 Abs. 2

StGB vorzusehen.¹⁰⁴ Letztere kann auch nicht die vom Gesetzgeber ausgelassene Strafraumverschiebung gem. § 27 Abs. 2 StGB ausgleichen.¹⁰⁵ Zuzugeben ist dem BGH immerhin, dass durch das Erfordernis eines Absatzerfolges nunmehr der Anwendungsbereich der Versuchsstrafbarkeit erweitert wird und insofern mehr Raum für eine fakultative Strafmilderung nach § 23 Abs. 2 StGB besteht.¹⁰⁶ Ein systematischer Vergleich nur der Tathandlungsalternativen des Absetzens und des Verschaffens, ohne Gleichstellung der jeweiligen Gehilfen, wäre – jedenfalls für die Auslegung des Merkmals „absetzen“ überzeugender gewesen.¹⁰⁷

c) Historische Argumente

Hinsichtlich der historischen Auslegung ist dem BGH zunächst im Ergebnis zuzustimmen, dass jedenfalls ein fehlender gesetzgeberischer Wille der Forderung nach einem Absatzerfolg für das Merkmal „absetzen“ nicht entgegensteht.¹⁰⁸ In seiner Argumentation bedient sich der BGH freilich eines Griffs in die juristische Trickkiste, indem er behauptet, der Gesetzgeber habe zwar die bis dato geltende Rechtsprechung nicht ändern, andererseits aber diese auch nicht auf Ewigkeit festschreiben wollen.¹⁰⁹ Damit beruft sich der BGH letztlich auf eine Selbstverständlichkeit, denn keine Auslegung und keine gesetzliche Regelung wird jemals für die Ewigkeit unabhängig vom Wandel der Zeit Geltung beanspruchen können. Es wäre wohl ehrlicher gewesen festzustellen, dass der Gesetzgeber objektiv etwas anderes geregelt hat als er wollte.¹¹⁰ Möchte er dies ändern, muss er erneut tätig werden.

d) Teleologische Argumente

Der Einstufung der Hehlerei durch den BGH als Erfolgsdelikt ist zuzustimmen. Insbesondere überzeugt die auch hier vertretene Interpretation der Perpetuierung der rechtswidrigen Vermögenslage durch das erfolgreiche Weiterschieben der bemakelten Sache an einen Dritten.¹¹¹ Dem ist nichts hinzuzufügen.

3. Zwischenergebnis

Der neuen Rechtsprechung des BGH hinsichtlich der Tathandlungsalternative „absetzen“ ist, auch wenn die Argumentation des BGH nicht immer überzeugend ist, zu folgen. Die

⁹⁸ A.A. BGH NJW 1976, 1698 (1699) m. zust. Anm. Küper, NJW 1977, 58.

⁹⁹ BGH NJW 2014, 951.

¹⁰⁰ In diesem Sinne auch Jahn, JuS 2013, 1044 (1046).

¹⁰¹ Vgl. Jäger, JuS 2013, 951 (952).

¹⁰² Siehe unter III. 1. b).

¹⁰³ BGH NJW 2014, 951 (952); Küper, JuS 1975, 633 (635 f.).

¹⁰⁴ Jäger, JuS 2013, 951 (952); a.A. Küper, JuS 1975, 633 (635 f.).

¹⁰⁵ Meyer (MDR 1975, 721 [722]) begründet den Unterschied mit der besonderen Nähe des Absatzhelfenden, der als Gehilfe enger mit dem Vortäter kooperiert und somit täterschaftlicher Hehler ist, als ein sonstiger Gehilfe eines Hehlers, der sich nicht durch kollusives Zusammenwirken mit dem Vortäter auszeichnet.

¹⁰⁶ Theile, ZJS 2014, 458.

¹⁰⁷ A.A. Küper, GA 2015, 129 (135).

¹⁰⁸ Siehe unter III. 1. c).

¹⁰⁹ BGH NJW 2014, 951 (952).

¹¹⁰ Jäger, JuS 2013, 951 (952 f.); Eggers, jurisPR-StrafR 20/2013 Anm. 2 C.

¹¹¹ Siehe unter III. 1. c).

Hehlerei ist insofern als Erfolgsdelikt einzustufen. Mit diesem Zwischenergebnis sind indes, wie sogleich zu zeigen sein wird, noch nicht sämtliche Streitpunkte erledigt.

IV. Übertragung der neuen Rechtsprechung auch auf die Tathandlungsalternative des Absetzenhelfens?

Die bedeutendste Frage, die durch den Rechtsprechungswandel nur halbherzig erörtert wurde, ist die der Übertragung der Rechtsprechung zum Merkmal „absetzen“ auch auf das Absetzenhelfen. Der 3. *Strafsenat* des BGH ist in der Begründung seines Anfragebeschlusses ausdrücklich davon ausgegangen, dass für die Tathandlungsalternative „absetzen helfen“ nichts anderes gelten kann als für das Absetzen selbst.¹¹² Außerdem argumentiert er hinsichtlich des Erfordernisses eines Absatzerfolgs auch unter Berufung auf das Merkmal „absetzen helfen“ (im Vergleich zur Verschaffungshilfe). Mit Ausnahme des 1. *Strafsenats* stimmen alle anderen *Strafsenate* unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung der Anfrage durch den 3. *Strafsenat* vollumfassend zu, ohne näher auf das Problem einzugehen.¹¹³ Etwas unklar bleibt jedoch, ob dadurch tatsächlich der Übertragung der neuen Rechtsprechung auf das Absetzenhelfen zugestimmt werden sollte, denn einerseits wurde explizit die Anfrage, die im Tenor nur das Absetzen betrifft, positiv bejaht, andererseits teilweise auch auf die Begründung des 3. *Strafsenats* Bezug genommen.¹¹⁴ Etwas deutlicher wurde der 1. *Strafsenat* des BGH, der unter Berufung auf die von ihm aufgegebenen Rechtsprechung, die stets nur Fälle des Absetzens betrafen, offen gelassen hat, ob er das Erfordernis eines Absatzerfolgs auch für die Tathandlung „absetzen helfen“ sieht.¹¹⁵ Damit hat er den von vielen bereits für beendet erklärten Streit¹¹⁶ um das Problem des Absatzerfolgs insofern am Leben erhalten. Die streitige Frage ist dabei, ob sämtliche Tathandlungsalternativen der Hehlerei, also auch das Absetzenhelfen, einheitlich auszulegen sind oder ob man das Merkmal „absetzen helfen“ ähnlich auffassen sollte, wie früher die Mitwirkung zum Absatz, so dass jede Förderung von Absatzbemühungen des Vortäters ausreicht, und zwar unabhängig von einem Absatzerfolg des Vortäters.

Nimmt man den gesetzgeberischen Willen ernst, grds. an der ursprünglichen Auslegung des Mitwirkens zum Absatz nichts zu ändern, könnte man geneigt sein, insofern tatsächlich jedes Fördern des Vortäters bei dessen Absatzbemühungen als „absetzen helfen“ zu verstehen.¹¹⁷ Der Wortlaut würde dies grds. mit derselben Begründung zulassen, mit der auch das Mitwirken zum Absatz als bloße Tätigkeit verstan-

den wurde. Freilich bietet sich aber eher an, „absetzen helfen“ nur als Hilfe zum „Absetzen“, also zum erfolgreichen Weiterschieben der bemakelten Sache zu verstehen. Es besteht hier derselbe Konflikt um den insofern nicht zwingenden Wortlaut, wie es bereits bei der Tathandlungsvariante des Absetzens erörtert wurde. Konsequenterweise erscheint schon vom Wortlaut her die Ansicht, die das Wort „absetzen“ einheitlich in dem Sinne auslegt, dass ein erfolgreicher Weiterschieben erforderlich ist.

Der 2. *Strafsenat* des BGH, der 1976 in Reaktion auf die Neufassung des Hehlereitbestandes das Erfordernis eines Absatzerfolgs zunächst bejaht hat, kam unter Berufung auf die parallel gelagerte Systematik im früheren Tatbestand der Tabaksteuerhehlerei gem. § 60 TabaksteuerG 1919 zum Ergebnis einer Differenzierung hinsichtlich der Tathandlungsalternative des Absetzenhelfens: diese erfordere keinen Absatzerfolg des Vortäters, sondern setze die schon zuvor für das Merkmal des Mitwirkens zum Absatz entwickelte Ansicht fort, wonach jede auf Förderung des Absatzes des Vortäters gerichtete (und geeignete) Tätigkeit ausreiche.¹¹⁸ Dies entspreche schließlich dem Willen des Gesetzgebers, der an sich durch die Neufassung von § 259 StGB keine grundlegende Änderung herbeiführen wollte; dieser Wille sei daher, da der Wortlaut dies zulasse, zu beachten.¹¹⁹ Immerhin ist dieser Ansicht zuzugeben, dass das Absetzenhelfen als Sonderfall unter den Tathandlungsalternativen (kodifizierte, zur Täterschaft erhobene Beihilfe) nicht zwingend im Sinne der übrigen Tathandlungsalternativen ausgelegt werden muss.

Die ganz h.M. in der Lehre lehnt eine solche Differenzierung als zu formale Betrachtung ab. Sie postuliert eine einheitliche Auslegung von „absetzen“ und „absetzen helfen“: wer den Absatzerfolg für das Absetzen fordert, müsse dies auch für das Absetzenhelfen tun.¹²⁰ Die gesetzgeberische Gleichstellung der beiden Tathandlungsvarianten lasse eine unterschiedliche Auslegung nicht zu.¹²¹ Hauptargument ist aber der Vergleich der Tathandlungsalternativen „absetzen“ und „absetzen helfen“: derjenige, der weisungsgebunden den Vortäter beim Absatz unterstützt (Absetzenhelfen) würde für jede geeignete Förderungshandlung bereits wegen vollendeter Hehlerei strafbar sein, während derjenige, der dasselbe selbstständig unternimmt (Absetzen), nur dann wegen Vollendung zu bestrafen ist, wenn tatsächlich ein Absatzerfolg eintritt. Hierin wird ein Wertungswiderspruch gesehen, der nur dadurch zu lösen sei, dass man die beiden Tathandlungsalternativen gleich behandelt, also auch für das Absetzenhelfen einen Absatzerfolg des Vortäters verlangt.¹²² In der Tat

¹¹² BGH NStZ 2013, 584 (585 Rn. 9).

¹¹³ Vgl. BGH, Beschl. v. 15.8.2013 – 2 ARs 299/13 (juris); BGH, Beschl. v. 8.10.2013 – 4 ARs 7/13 (juris); BGH, Beschl. v. 20.8.2013 – 5 ARs 34/13 (juris).

¹¹⁴ Detailliert hierzu *Küper*, GA 2015, 129 (143 ff.).

¹¹⁵ BGH wistra 2013, 428.

¹¹⁶ Vgl. *Beckemper* (NZWiSt 2014, 155 [156]) hinsichtlich § 259 StGB.

¹¹⁷ So BGH NJW 1976, 1698 (1699); *Walter* (Fn. 7), § 259 Rn. 56, 60; *Geerds*, GA 1988, 243 (256 f.); *Bockelmann*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 1982, § 22 II. 3. b).

¹¹⁸ BGH NJW 1976, 1698 (1699); vgl. auch RGSt 56, 6 (10 m.w.N.) und BGHSt 23, 36 (38).

¹¹⁹ *Walter* (Fn. 7), § 259 Rn. 60.

¹²⁰ *Küper*, NJW 1977, 58 f.; so auch OLG Köln NJW 1975, 987 (988).

¹²¹ *Jäger*, JuS 2013, 951 (953).

¹²² *Küper*, NJW 1977, 58; krit. hierzu *Dehne-Niemann* (HRRS 2015, 72 [74]), der in den Tatmodalitäten „absetzen“ und „absetzen helfen“ Verstöße gegen unterschiedliche Verhaltensnormen sieht und daher das Absetzenhelfen nicht als

spricht der Wertungswiderspruch für das Erfordernis eines Absatzerfolges auch beim Absetzenhelfen, denn sonst müsste man dem Absatzhelfenden raten, das Heft möglichst selbst in die Hand zu nehmen, anstelle sich auf bloße Unterstützungshandlungen zu beschränken.¹²³ Sofern jedoch darüber hinaus Wertungswidersprüche auch im Vergleich zwischen Absetzenhelfen und Beihilfe auf der Erwerberseite („Verschaffungsbeihilfe“) gesehen werden,¹²⁴ ist dem entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber mit dem Absetzenhelfen einen Fall geregelt hat, in dem der Gehilfe eine besondere Nähe (in Form von kollusivem Zusammenwirken) zum Vortäter hat, was eine Sonderbehandlung rechtfertigt.

Im Ergebnis ist daher der ganz h.M. in ihrer Ansicht zu folgen, auch für das Absetzenhelfen einen Absatzerfolg beim Vortäter zu verlangen. Es ist davon auszugehen, dass die Rspr. dieses Ergebnis teilen und insofern eine Klarstellung herbeiführen wird.¹²⁵

V. Weitere offene Fragen

Darüber hinaus bestehen weitere offene Fragen, die an dieser Stelle nur kurz angesprochen werden sollen:

So stellt sich, folgt man der ganz h.M., die Frage, wann im Falle des Absetzenhelfens die Versuchsstrafbarkeit beginnt. Würde man nämlich auch schon den „Hilfeleistungsversuch“ genügen lassen, also die Versuchsstrafbarkeit für im Versuch stecken gebliebene Beihilfehandlungen bejahen, würde man das Ergebnis der eigenen Auslegung, wonach der Absatz des Vortäters erfolgreich sein muss, konterkarieren und eine Vorverlagerung der Versuchsstrafbarkeit erzielen. Folgt man hinsichtlich der Frage des Absatzerfolges der ganz h.M., ist es nur konsequent, wenn man die Versuchsstrafbarkeit auf Fälle beschränkt, in denen die Absatzbemühungen des Vortäters im Versuchsstadium steckengeblieben sind.¹²⁶

Eine weitere Frage hat der *1. Strafsenat* des BGH aufgeworfen, indem er offen gelassen hat, wann ein Absatzerfolg vorliegt.¹²⁷ Während die ganz h.M. und auch der *3. Strafsenat* dafür das Erlangen von selbständiger Verfügungsgewalt beim Erwerber fordern,¹²⁸ lässt *Walter* die subjektiv verbindliche Übereinkunft, die Sache zu übergeben, genügen.¹²⁹ Mit der hier vertretenen Ansicht kommt es schon aus systematischen und teleologischen Gründen auf eine einheitliche Auslegung des Hehlereitbestandes dahingehend an, dass am Ende einer erfolgreichen Weiterschlebung der bemakelten Sache die Verfügungsgewalt des Erwerbers daran steht. Sofern *Walter* bemängelt, dass dann keine Abgrenzung mehr zwischen dem

minus, sondern als *aliud* zum Absetzen versteht, so dass sich ein *argumentum a maiore ad minus* verbiete.

¹²³ *Küper*, NJW 1977, 58.

¹²⁴ *Küper*, NJW 1977, 58 (59).

¹²⁵ Zweifelnd *Küper* (GA 2015, 129 [144]), der davon ausgeht, dass der BGH die Frage bewusst offen gehalten hat; *Dehne-Niemann*, HRRS 2015, 72 (80).

¹²⁶ *Küper/Zopfs* (Fn. 1), Rn. 19.

¹²⁷ BGH wistra 2013, 428.

¹²⁸ *Stree/Hecker* (Fn. 87), § 259 Rn. 29 m.w.N.; vgl. BGH NJW 2014, 951 (952).

¹²⁹ *Walter* (Fn. 7), § 259 Rn. 57.

Absetzen und der Verschaffungshandlung bestünde und insofern das Absetzen überflüssig würde, ist dem zu entgegen, dass sich die Strafbarkeit letztlich im Einzelfall danach richtet, in welchem „Lager“ der Hehler steht: Handelt er auf der Erwerberseite, kommt ein eigen- oder fremdnütziges Verschaffen in Betracht; handelt er dagegen selbständig auf der Seite des Vortäters, ist die Alternative des Absetzens einschlägig, auf die Drittverschaffung kommt es dann nicht mehr an.¹³⁰

Ebenfalls offen, da sich die Rechtsprechungsänderung zunächst ausschließlich auf § 259 StGB bezieht, ist die mögliche Übertragung der Änderung auf die Rechtsprechung zur Steuerhhelei gem. § 374 AO.¹³¹

VI. Fazit

Der vom *3. Strafsenat* eingeläutete Wandel der Rechtsprechung des BGH, den Hehlereitbestand in allen Tathandlungsalternativen als Erfolgsdelikt zu betrachten, ist vollends zu begrüßen, wenngleich dem BGH nicht in allen Punkten seiner Begründung zuzustimmen ist. Der „klassische“ Streit um die Frage der Notwendigkeit eines Absatzerfolges sollte sich damit, jedenfalls hinsichtlich der Tathandlungsvariante des Absetzens, in der Praxis mittlerweile erledigt haben. Auswirkungen hat er dennoch auf weitere ungeklärte Aspekte,¹³² insbesondere auf die Frage der Übertragung der neuen Rspr. des BGH auf die Tathandlungsalternative des Absetzenhelfens. In der Rechtswissenschaft und in der juristischen Ausbildung wird der Streit daher sicherlich noch auf Jahre seine Schatten werfen.

¹³⁰ In diesem Sinne auch BGH, Beschl. v. 15.8.2013 – 2 ARs 299/13 (juris).

¹³¹ Vgl. insofern den Hinweis des *1. Strafsenats* in BGH wistra 2013, 428; für eine Übertragung der Rspr. und krit. zu den Zweifeln des *1. Strafsenats Beckemper*, NZWiSt 2014, 155 (156).

¹³² Siehe unter IV. und V.

Die Begrenzung des Spenderkreises im Rahmen der Lebendorganspende gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 TPG auf verfassungsrechtlichem Prüfstand

Zugleich eine Einführung in die verfassungsrechtlichen Anforderungen an paternalistisch motivierte Gesetzgebungsakte

Von Diplom-Jurist **David Georg Stark**, Hamburg*

Die gesetzgeberische Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz (nachfolgend: TPG) wirft eine Vielzahl insbesondere ethischer und verfassungsrechtlicher Probleme auf. Die Legitimität paternalistischen Staatshandelns stellt hier ein zentrales Problem unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten dar. Muss der Gesetzgeber diesbezüglich im Rahmen der Schaffung eines einfachrechtlichen Rahmens der Lebendorganspende jedenfalls partiell restriktive Zulässigkeitskriterien aufstellen oder überschreitet er bereits mit der derzeitigen Ausgestaltung der Lebendorganspende den zulässigen verfassungsrechtlichen Rahmen? Die Begrenzung des Empfängerkreises bei Lebendorganspenden verdeutlicht die derzeitige restriktive Ausgestaltung der Möglichkeit einer Lebendorganspende. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG verlangt bei der Lebendorganspende „einer Niere, des Teils einer Leber oder anderer nicht regenerierungsfähiger Organe“ eine Begrenzung des Empfängerkreises auf „Verwandte ersten oder zweiten Grades, Ehegatten, eingetragene Lebenspartner, Verlobte oder andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen“. Dieses Verbot wird durch § 19 Abs. 1 Nr. 2 TPG strafrechtlich abgesichert. Ziel dieses Beitrages ist eine Darstellung der Regelungen des TPG sowie der signifikanten grundrechtlich gewährleisteten Schutzpositionen der verschiedenen Akteure innerhalb des Prozesses der Lebendorganspende am Beispiel des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG sowie eine Aufzeigung der Verfassungswidrigkeit dieser Norm. Hierdurch soll zudem eine Einführung in die Rechtfertigung paternalistisch motivierter Normen unter der Geltung des Grundgesetzes gegeben werden. Eine umfassende Darstellung aller Argumentationsansätze bezüglich der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 8 Abs. 1 S. 2 TPG kann nicht Gegenstand dieses Beitrags sein.¹

I. Regelungen des TPG

Das TPG wurde 1997 kodifiziert² und seitdem mehreren Änderungen unterzogen.³ Das bundesgesetzliche⁴ TPG unter-

scheidet die postmortale Organspende (§§ 3-7 TPG) sowie die Lebendorganspende (§§ 8-8c TPG). Identisch bei beiden Arten der Organspende sind lediglich die Begrenzung der Durchführung der Organübertragung auf Transplantationszentren (§ 9 Abs. 2 S. 1 TPG) sowie die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 17 TPG mit der Intention des Schutzes vor einem Handel mit Organen. Voraussetzungen der postmortalen Organspende sind gemäß §§ 3 f. TPG insbesondere der irreversible Gesamtausfall von Hirnstamm, Kleinhirn und Großhirn⁵ sowie die Zustimmung des Betroffenen zu Lebzeiten oder die diesbezügliche Erklärung eines nächsten Angehörigen (Legaldefinition in § 1a Nr. 5 TPG) nach Eintritt des Hirntods.⁶ Voraussetzungen einer Lebendorganspende sind neben der informierten Einwilligung mit dem festgeschriebenen Inhalt des Aufklärungsgesprächs gemäß § 8 Abs. 2 TPG die Volljährigkeit und Einwilligungsfähigkeit des potentiellen Spenders, eine medizinische Eignung als Organspender und das voraussichtliche Nichtbestehen einer über das Risiko der Operation oder der direkten Folgen der Organentnahme hinausgehenden Gefahr für den potentiellen Organspender. Zudem muss der potentielle Organempfänger durch die Lebendorgantransplantation jedenfalls die Möglichkeit einer Besserung hinsichtlich möglicher Beschwerden erfahren. Zusätzlich muss der Eingriff durch einen Arzt vorgenommen werden und im Falle einer Organtransplantation ein Einverständnis des potentiellen Organempfängers und des potentiellen Organspenders bezüglich einer ärztlichen Nachbetreuung bestehen. Die Einhaltung des restriktiven Spenderkreises bei der Übertragung bestimmter Organe und Organteile, wessen Kriterien in § 8 Abs. 1 S. 2 TPG genannt sind, ist zu beachten. Ferner sind die Mitwirkung einer Expertenkommission gemäß § 8 Abs. 3 S. 2 TPG sowie die Beachtung der Subsidiarität der Lebendorganspende gegenüber der postmortalen Organspende gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG zu berücksichtigen. Additional zu den Zulässigkeitskriterien der post-

Rixen, in: Höfling (Hrsg.), TPG, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Einführung Rn. 1 ff.

³ Inter alia: Gesetz zur Regelung der Entscheidungslösung im Transplantationsgesetz v. 12.7. 2012 = BGBl. I 2012, S. 1504; Gesetz zur Änderung des Transplantationsgesetzes v. 21.7. 2012 = BGBl. I 2012, S. 1601; zuletzt Gesetz zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung v. 15.7.2013 = BGBl. I 2013, S. 2423.

⁴ Kompetenztitel: Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG.

⁵ Hierzu *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 131 Rn. 7 ff.

⁶ Zu diesem Modell der erweiterten Zustimmung zur postmortalen Organentnahme: *Schroth*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Hrsg.), TPG, Kommentar, 2005, Vorbemerkung zu §§ 3 und 4 Rn. 44.

* Der Autor ist wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Informations- und Kommunikationsrecht, Gesundheitsrecht und Rechtstheorie, Prof. Dr. Marion Albers, Universität Hamburg. Der Lehrstuhlinhaberin sei für wertvolle Anregungen gedankt.

¹ Diesbezüglich siehe nur *Esser*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Lebendspende von Organen zu Transplantationszwecken, 2000, S. 149 ff.; *Schreiber*, Die gesetzliche Regelung der Lebendspende von Organen in der Bundesrepublik Deutschland, 2004, S. 142 ff.

² Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz – TPG) v. 5.11.1997 = BGBl. I 1997, S. 2631; zum Entstehungshintergrund des TPG

mortalen Organspende sowie der Lebendorganspende regelt das TPG insbesondere den organisatorischen Prozess der Organspende (§§ 9-12 TPG) sowie die Kompetenz der Bundesärztekammer zum Erlass von Richtlinien bezüglich der Ausgestaltung der postmortalen Organspende (§§ 16-16b TPG).

II. Lebendorganspende in der Praxis

Neben Nieren werden auch Teile der Bauchspeicheldrüse, des Dünndarms, der Leber und der Lunge im Rahmen einer Lebendorganspende regelmäßig transplantiert.⁷ Für das Jahr 2014 konstatierte die Deutsche Stiftung Organspende generell ein „sehr niedrige[s] Niveau“ an Organspendern.⁸ Insgesamt wurden 2014 innerhalb Deutschlands 678 Organe durch eine Lebendorganspende transplantiert, welches 17,6% aller Organspenden aus dem Jahr 2014 entspricht.⁹ Hierbei handelt es sich hauptsächlich um Nierenlebendspenden. 2014 wurden insgesamt 620 Nierenlebendspenden innerhalb Deutschlands durchgeführt.¹⁰

III. Verdeutlichung der Konflikte im Rahmen einer Lebendorganspende anhand der Darstellung eines durch das Bundesverfassungsgericht gewürdigten Lebenssachverhalts

Das Bundesverfassungsgericht hat bisher im Hinblick auf die Lebendorganspende keine verbindliche Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der diesbezüglichen Vorschriften des TPG gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG getroffen. Lediglich in einem Nichtannahmebeschluss vom 11.8.1999¹¹ hat sich das Bundesverfassungsgericht mit der Lebendorganspende auseinandergesetzt. In diesem hat die 1. Kammer des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts drei Individualverfassungsbeschwerden bezogen auf einen identischen Lebenssachverhalt zur gemeinsamen Entscheidung verbunden. Ein Beschwerdeführer litt an terminaler Niereninsuffizienz und Diabetes und benötigte eine neue Niere. Er trug vor, dass aufgrund seiner Gefäßsituation eine Dialysebehandlung nur noch für einen kurzen Zeitraum möglich sei. Seine Operationstauglichkeit sei aufgrund seines abnehmenden körperlichen Zustandes nicht mehr über einen längeren Zeitraum gewährleistet. Aufgrund der geringen Wahrscheinlichkeit des Erhalts eines postmortal gespendeten Organs sei lediglich eine Lebendorganspende zum Erhalt seines Lebens möglich. Ein geeigneter Lebendspender im eingeschränkten Personenkreis des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG bestünde nicht. Ein weiterer Beschwerdeführer verfolgte das Ziel, dem ersten Beschwerdeführer aus rein altruistischen Gründen eine Niere zu spenden. Seine

Motivation hierzu sei unter anderem aus dem Kontakt mit einem dialysepflichtigen Familienmitglied entstanden. Eine über dieses gemeinsame Interesse hinausgehende Beziehung zwischen den beiden Beschwerdeführern bestand nicht. Ein dritter Beschwerdeführer ermittelte, in seiner Funktion als Leiter der Sektion Organtransplantation und Thoraxchirurgie der Klinik für Chirurgie an der Medizinischen Universität zu Lübeck, auf Wunsch des zweiten Beschwerdeführers den ersten Beschwerdeführer als diejenige Person, welche für eine Nierenlebendspende durch den zweiten Beschwerdeführer objektiv am besten geeignet sei. Die Verfassungsbeschwerden richteten sich gegen § 8 Abs. 1 S. 2 TPG sowie dessen strafrechtliche Absicherung, welche aufgrund der nicht bestehenden nahen Verbindung zwischen dem ersten und zweiten Beschwerdeführer einer Lebendorganspende im vorliegenden Fall entgegenstanden. Das Bundesverfassungsgericht erkannte die Verfassungsbeschwerden als zulässig an, nahm diese jedoch nicht zur Entscheidung an. Es kam im Rahmen eines Nichtannahmebeschlusses, nach einer in dieser verfahrensrechtlichen Situation ungewöhnlich ausführlichen Erörterung,¹² zu dem Ergebnis der Verfassungskonformität der angegriffenen Regelungen. Dieser Nichtannahmebeschluss verdeutlicht in besonderer Weise die Konflikte im Rahmen einer Lebendorganspende, welche bei einer verfassungsrechtlichen Würdigung dieses Themenkomplexes zu beachten sind: Primär ist das dreipolige Verhältnis¹³ zwischen Arzt, potentiellm Organspender und potentiellm Organempfänger, in welchem das Verfassungsrecht einen zulässigen legislativen Ausgestaltungsrahmen der grundrechtlich geschützten Interessen der beteiligten Akteure aufzeigen muss, anhand dieses Nichtannahmebeschlusses in hervorragender Weise nachzuvollziehen. Sekundär demonstriert dieser Lebenssachverhalt die enorme Schwierigkeit, mit welcher sich der lediglich die Möglichkeit der Schaffung eines abstraktregelnden Ausgestaltungsrahmens dieses Verfahrens besitzende Gesetzgeber bei der Kodifikation des TPG konfrontiert sah. Der dieser Entscheidung zugrundeliegende Fall einer sogenannten altruistischen Lebendspende von Organen imponiert prima facie: Es stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung der Strafbewehrung einer derartigen Organspende, welche als selbstloser Akt von Menschlichkeit und Nächstenliebe verstanden werden kann. Jedoch klammert diese einseitige Betrachtung insbesondere die Schwierigkeit der Sicherstellung eines freiwilligen Spenderwillens sowie der Sicherstellung der Motivation des potentiellen Organspenders aus oben aufgezeigten rein altruistischen Motiven aus. Das Verfassungsrecht muss hier den Rahmen aufzeigen, in welchem der Gesetzgeber die Gefahr unbilliger Motivationen und der möglichen fehlenden Freiwilligkeit von Spenderentscheidungen sowie die Möglichkeit altruistisch motivierter und freiwilliger diesbezüglicher Spenderentscheidungen in einen verfassungsgemäßen Ausgleich bringen kann und muss. Zentral ist innerhalb dieses Interessenausgleichs, inwieweit der Ge-

⁷ Norba, Rechtsfragen der Transplantationsmedizin aus deutscher und europäischer Sicht, 2009, S. 56 ff.

⁸ Deutsche Stiftung Organspende, Organspende und Transplantation in Deutschland, Jahresbericht 2014, S. 4 (unter https://www.dso.de/uploads/tx_dsodl/JB_2014_Web_1.pdf [26.1.2016] abrufbar).

⁹ Deutsche Stiftung Organspende (Fn. 8), S. 62.

¹⁰ Deutsche Stiftung Organspende (Fn. 8), S. 64.

¹¹ BVerfG (K) NJW 1999, 3399.

¹² Rixen (Fn. 2), Einführung Rn. 6.

¹³ Vgl. zur Betroffenheit im dreipoligen Verhältnis im Verfassungsrecht allgemein BVerfGE 77, 84 (100).

setzgeber potentielle Organspender in ihrer Entscheidungsfindung vor sich selbst schützen darf und muss.

IV. Verfassungswidrigkeit des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG

Nachfolgend wird die Verfassungswidrigkeit des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG dargestellt. Mögliche Grundrechtsgewährleistungen aus Art. 4 GG finden aufgrund ihrer besonderen Abhängigkeit von dem jeweiligen spezifisch zu untersuchenden Lebenssachverhalt vorliegend keine Beachtung.

1. Grundrechtliches Patientenselbstbestimmungsrecht des potentiellen Organspenders

Das grundrechtliche Patientenselbstbestimmungsrecht, welches in seiner dogmatischen Verankerung umstritten ist und richtigerweise aufgrund seiner inhaltlichen Nähe zu den Schutzgütern des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in diesen Grundrechtsgewährleistungen fußt,¹⁴ gewährleistet dem potentiellen Organspender körperliche Selbstbestimmung.¹⁵ Die Entscheidung der Lebendspende eines Organs stellt unzweifelhaft einen Akt körperlicher Selbstbestimmung dar und fällt mithin in diesen Schutzbereich.¹⁶

Fraglich ist, ob vorliegend durch die Beschränkung des Spenderkreises gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 TPG in dieses Recht eingegriffen wird. Die Regelung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG führt dazu, dass potentielle Organspender ohne die geforderte Nähebeziehung zu einem potentiellen Organempfänger zu Lebzeiten keine Organe spenden dürfen. Somit ist bezüglich derartiger Bestrebungen ein selbstbestimmtes Handeln potentieller Organspender nicht möglich. Allerdings darf die selbstbestimmte Entscheidung zu einer Lebendorganspende weiterhin geäußert werden, lediglich die Durchführung im Rahmen des geltenden Rechts ist vorliegend verwehrt. Hier ist eine Abgrenzung dieses möglichen Eingriffs zur Figur der Grundrechtsausgestaltung notwendig. Prima facie betrachtet ermöglicht der Gesetzgeber durch die Institutionalisierung der Lebendorganspende in insbesondere § 8 TPG die Durchführung von Lebendorganspenden und gestaltet somit das System der Lebendorganspende aus. Ohne die Schaffung dieses rechtlichen Rahmens im vorliegenden Mehrpersonenverhältnis wäre eine Lebendorganspende in der derzeit prak-

tizierten Form nicht möglich.¹⁷ In dem vorliegend bestehenden sehr sensiblen Bereich der körperlichen Selbstbestimmung würde ein derart weites Ausgestaltungsverständnis den Gesetzgeber jedoch unter Umständen in unzulässiger Weise von Anforderungen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung befreien können.¹⁸ Die Begrenzung des Spenderkreises schränkt vordergründig die Möglichkeit von Lebendorganspenden ein und beschränkt sich nicht auf eine Ausgestaltung des gesetzlichen Rahmens dieses Prozesses.¹⁹ Zudem stellt § 8 Abs. 1 S. 2 TPG eine Einschränkung der Zulässigkeit von Lebendorganspenden gegenüber der Rechtslage vor der Kodifikation des TPG dar, welches die Eingriffsqualität dieser Regelung unterstreicht.²⁰ Mithin stellt die Begrenzung des Spenderkreises einen Eingriff in das grundrechtliche Patientenselbstbestimmungsrecht dar.

§ 8 Abs. 1 S. 2 TPG müsste den Anforderungen an einschränkende Gesetze des grundrechtlichen Patientenselbstbestimmungsrechts des potentiellen Organspenders genügen. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG als Parlamentsgesetz schränkt vorliegend das grundrechtliche Patientenselbstbestimmungsrecht formell verfassungsgemäß ein. Im Rahmen der materiellen Verfassungsmäßigkeitsprüfung bestehen Probleme hinsichtlich der Bestimmtheit der Norm. Die Formulierung des Kreises zulässiger potentieller Organempfänger als „Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen“ könnte zu unbestimmt sein. Das in Art. 20 Abs. 3 GG wurzelnde Bestimmtheitsgebot fordert, dass staatliches Handeln derart bestimmt ist, dass dies für den Bürger vorausschaubar ist.²¹ Dies verbietet dem Gesetzgeber jedoch nicht die Nutzung unbestimmter Rechtsbegriffe.²² Vorliegend lässt sich der Norm entnehmen, dass die besonders problematische Formulierung der „besondere[n] persönliche[n] Verbundenheit“ insbesondere eine innere Verbundenheit von einiger Intensität zwischen potentielltem Organspender und potentielltem Organempfänger fordert.²³ Die Gesetzesbegründung weist darauf hin, dass regelmäßig „eine gemeinsame Lebensplanung mit innerer Bindung“²⁴ grundlegend für der-

¹⁴ *Literatur*: allgemeines Persönlichkeitsrecht (Zuck, NJW 1991, 2933) sowie Art. 2 Abs. 1 GG (Esser [Fn. 1], S. 63 ff.); Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (Höfling/Lang, in: Feuerstein/Kuhlmann [Hrsg.], Neopaternalistische Medizin, 1999, S. 17 [18 ff.]); BVerfG: nach unterschiedlichen Meinungen in BVerfGE 52, 131 (168: Art. 2 Abs. 1 GG sowie 171 ff.: Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) nunmehr Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (BVerfGE 89, 120 [130]).

¹⁵ Konkretisierung anhand ausgewählter Beispiele des Biomedizinrechts: Taupitz, in: Krzemiński/Žorniak (Hrsg.), *Ethics & Medicine*, Tschechisch-slowakisch-polnische Tagung, 2009, S. 121.

¹⁶ Lediglich auf die grundrechtliche Gewährleistung des Art. 2 Abs. 1 GG abstellend Schreiber (Fn. 1), S. 157 ff.

¹⁷ Deutscher Bundestag, Zwischenbericht der Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin, Organlebendspende, 2005 = BT-Drs. 15/5050, S. 19.

¹⁸ Zu der Überlegung der Unterscheidung der verfassungsrechtlichen Prüfung von Eingriffen und Ausgestaltungen einer grundrechtlichen Gewährleistung allgemein und den hiervon ausgehenden Gefahren Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 200 Rn. 64.

¹⁹ Hagen, Die rechtlichen und ethischen Probleme der Cross-over-Lebendspende, 2013, S. 87; BT-Drs. 15/5050, S. 19 (additional mögliche ausgestaltende Elemente des § 8 Abs. 1 S. 2 ansprechend).

²⁰ BVerfG (K) NJW 1999, 3399 (3401).

²¹ BVerfGE 83, 130 (145); Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Abs. 3 Rn. 289.

²² BVerfGE 80, 103 (108).

²³ Dies unter anderem nennend Schreiber (Fn. 1), S. 146.

²⁴ BT-Drs. 13/4355, S. 21.

artige Beziehungen ist. Trotz der streitbaren Judikatur insbesondere des Bundessozialgerichts zur Zulässigkeit der sogenannten „Cross-Over-Lebendspende“²⁵ ist die diesbezügliche Formulierung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG mithin mit den juristischen Mitteln der Gesetzesauslegung hinreichend bestimmbar.²⁶ In einer Zeit, in welcher viele sehr vertraute Beziehungen außerhalb des staatlichen Verständnisses von Ehe und Familie stattfinden, ist eine weitergehende Konkretisierung durch den Gesetzgeber zudem jedenfalls nur sehr schwer möglich.²⁷ Zentral im Rahmen der Würdigung der materiellen Verfassungsmäßigkeit ist die Prüfung der Verhältnismäßigkeit des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG. Bezüglich der Verhinderung von Organhandel und der Sicherstellung der freiwilligen Spenderentscheidung als Zwecke dieser Norm²⁸ ergeben sich bereits bei der Prüfung der Geeignetheit des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG zum Erreichen dieser Zwecke Probleme. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Begrenzung des Empfängerkreises einer Organspende die Freiwilligkeit dieser Entscheidung sichern kann.²⁹ Sogar der Gesetzgeber erkennt einen „starken Aufforderungscharakter [...] bei Spenden in der eigenen Familie“³⁰ und lässt keine Vorteile der Sicherstellung einer freiwilligen Entscheidungsfindung in Verhältnissen besonderer Nähe zwischen potentiell Organspender und potentiell Organempfänger erkennen. Bezüglich der Bekämpfung von Organhandel als legitimem Zweck des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG ist nicht nachvollziehbar, inwiefern diese Gefahr jedenfalls häufiger in Beziehungen zwischen potentiell Organspender und potentiell Organempfänger ohne Näheverhältnis besteht und somit § 8 Abs. 1 S. 2 TPG die Verhinderung des Organhandels fördert.³¹ Es kann sogar argumentiert werden, dass § 8 Abs. 1 S. 2 TPG durch seine Eingrenzung des Empfängerkreises zur Organknappheit beiträgt, welche eine Voraussetzung für den Anstieg von Organhandel ist.³² Mithin ist § 8 Abs. 1 S. 2 TPG jedenfalls nicht geeignet zum Erreichen dieser Zwecke.³³ Als zusätzlichen

Zweck des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG erkennt das Bundesverfassungsgericht richtigerweise den Umstand an, dass durch diese Vorschrift die Subsidiarität der Lebendorganspende gegenüber der postmortalen Organspende verdeutlicht und verstärkt wird und sieht hierin ein „legitimes Gemeinwohlanliegen [...] Menschen davor zu bewahren, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen“³⁴. Mithin stellt sich das Problem der Legitimität paternalistisch geprägter Gesetzgebungsakte. Es scheint prima facie offensichtlich, dass unter dem Grundgesetz, welches jedenfalls partiell in liberalistischen Denkmustern verwurzelt ist,³⁵ die Aufgabe der Rechtfertigung paternalistischer Vorschriften jedenfalls eine anspruchsvolle Aufgabe darstellt. Die ihrer Intention nach freiheitssichernden Grundrechte gegenüber staatlichen Eingriffen umschließen nach unstreitiger Meinung auch die Freiheit, risikoreiche Handlungen durchzuführen, sofern nicht Interessen Außenstehender oder der Allgemeinheit entgegenstehen.³⁶ Die Literatur unterscheidet im Rahmen der verfassungsrechtlichen Würdigung paternalistisch motivierten Staatshandelns in Anlehnung an die Philosophie³⁷ richtigerweise zwischen dem sogenannten harten und weichen Paternalismus.³⁸ Im Rahmen des sogenannten harten Paternalismus bestimmt der Staat oder die Gesellschaft die Interessen des jedenfalls als autonomiefähig fingierten Individuums.³⁹ Im Rahmen des weichen Paternalismus hingegen werden Normen aus der Sicht des Rechtsgutsinhabers „für und gegen“⁴¹ diesen kodifiziert. Dieses Modell schützt mithin die Interessen des Rechtsgutsträgers bei (jedenfalls angenommenem) Nichtbestehen der Fähigkeit zur autonomen Entscheidungsfindung.⁴² Fraglich ist, unter welches Konzept die Einschränkung des Empfängerkreises von Lebendorganspenden gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 TPG zu subsumieren ist. Die Qualifizierung der Regelung als hart oder weich paternalistisch hängt gemäß den obigen Ausführungen von der Frage ab, ob vorliegend mögliche Lebendorganspender grundsätzlich zur eigenen Entscheidungsfindung ausreichend qualifiziert sind.⁴³ Die Zustimmung zu einer Lebendorganspende stellt keine

²⁵ BSGE 92, 19; zusammenfassend zu diesem Problem: *Augsberg*, in: Höfling (Fn. 2), § 8 Rn. 66 ff.

²⁶ Auch *Schreiber* (Fn. 1), S. 145 ff.; anders sowie insbesondere auf Art. 103 Abs. 2 GG abstellend *Pfeiffer*, Die Regelung der Lebendorganspende im Transplantationsgesetz, 2004, S. 90 ff.

²⁷ Dieses Argument anführend *Gutmann*, MedR 1997, 147 (149).

²⁸ BT-Drs. 13/4355, S. 20.

²⁹ *Pfeiffer* (Fn. 26), S. 102.

³⁰ Im Rahmen der besonderen Konstellation einer Enquete-Kommission (Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin) BT-Drs. 13/4355, S. 36.

³¹ Schweizerischer Bundesrat, Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), 2001, S. 98 (unter <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2002/29.pdf> [26.1.2016] abrufbar).

³² Dies erörternd, jedoch im Ergebnis die Geeignetheit der Maßnahme aufgrund der legislativen Einschätzungsprärogative zweifelnd annehmend *Esser* (Fn. 1), S. 166 f.

³³ Anders *Schreiber* (Fn. 1), S. 148 f.

³⁴ BVerfG (K) NJW 1999, 3399 (3401).

³⁵ *Thieme*, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 113 (1957), 285.

³⁶ *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Fn. 18), § 191 Rn. 244; BVerfGE 10, 302; 60, 123; umfassend zu diesbezüglichen Einschränkungsmöglichkeiten *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 158 ff.

³⁷ *Feinberg*, Harm to Self, 1986, S. 12.

³⁸ Siehe nur *Schroth*, JZ 1997, 1149 (1153); *Merkel*, in: *Hegselmann/Merkel* (Hrsg.), Zur Debatte über Euthanasie, 1991, S. 71 (82).

³⁹ Konflikt der Autonomiefähigkeit, siehe nur *Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2008, passim.

⁴⁰ *Merkel* (Fn. 38), S. 82.

⁴¹ *Merkel* (Fn. 38), S. 82.

⁴² *Feinberg* (Fn. 37), S. 12.

⁴³ Diese Frage ist zentral für die Diskussion der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung paternalistischen Staatshandelns im Allgemeinen, vgl. *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 89.

Entscheidung dar, welche aufgrund ihrer Risiken für das einzelne Individuum nicht zu überblicken ist.⁴⁴ Die notwendigen, jedenfalls kurzfristigen, gesundheitlichen Einschränkungen des Spenders stellen zudem auf faktischer Ebene ausreichend sicher, dass eine derartige Entscheidung Ergebnis eines intensiven Entscheidungsfindungsprozesses des potentiellen Organspenders ist.⁴⁵ Einfachgesetzlich verdeutlicht dies § 8 Abs. 3 TPG, welcher aussagt, dass die autonome Entscheidung des Spenders von zentraler Signifikanz für eine Lebendorganspende ist.⁴⁶ Es handelt sich mithin um eine hart paternalistische Regelung.⁴⁷ Paternalistische Vorschriften sind grundsätzlich lediglich im Rahmen des sogenannten weichen Paternalismus verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.⁴⁸ Nach richtiger Ansicht widerspricht eine Rechtfertigung von Vorschriften des harten Paternalismus im Grundsatz der Vorstellung des Grundgesetzes, dass der Mensch eine „mit der Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung begabte ‚Persönlichkeit‘“⁴⁹ sei.⁵⁰ Das Bundesverfassungsgericht ist von diesem Grundsatz in einigen Konstellationen zur Stärkung des Gesundheitsschutzes des Betroffenen abgewichen.⁵¹ Hierbei handelt es sich jedoch ausschließlich um Handlungen im Alltag, welche Bürger oft reflexartig ausführen ohne kognitiv über mögliche Risiken nachzudenken, und welche zudem für die Bildung der Persönlichkeit nicht von Signifikanz sind.⁵² Diese Situationen verlaufen jedoch diametral zu der Situation der Lebendorganspende:⁵³ Hier verbietet der Staat einem Menschen durch eine Lebendorganspende einem anderen Menschen außerhalb des Empfängerkreises gemäß § 8

Abs. 1 S. 2 TPG eine Lebensverlängerung zu schenken. Diese Entscheidung stellt aufgrund der sich hieraus ergebenden zukünftigen, jedenfalls kurzfristigen, gesundheitlichen Einschränkungen sowie der möglichen Bedeutung dieser Entscheidung für die Persönlichkeit des Spenders keine mit diesen Fällen vergleichbare alltägliche Situation dar. Mithin ist im Rahmen des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG eine auf paternalistische Motive gestützte Einschränkung bereits kein legitimer Zweck einer Grundrechtseinschränkung.⁵⁴ Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Restriktion des Empfängerkreises bei der Lebendorganspende gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 TPG kein geeignetes Mittel zum Erreichen eines legitimen Zweckes ist.

2. Leben und körperliche Unversehrtheit des potentiellen Organspenders, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Art. 2 Abs. 2 S. 1 2. Alt. GG schützt die körperliche Unversehrtheit und Art. 2 Abs. 2 S. 1 1. Alt. GG das Leben als einen „Höchstwert“⁵⁵ der Verfassung. Beide Schutzgüter werden durch eine mögliche Lebendorganspende auf Seiten des potentiellen Organspenders tangiert.

Es ist fraglich, inwieweit die Entnahme eines zu spendenden Organs einen Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit und das Grundrecht auf Leben des potentiellen Organspenders darstellt und mithin unter diesem Blickwinkel verfassungsrechtliche Anforderungen bestehen. Die körperliche Unversehrtheit wird durch die Entnahme eines Organs bei dem zuvor gesunden Spender beeinträchtigt.⁵⁶ Auch die grundrechtliche Gewährleistung des Lebensschutzes könnte durch eine Lebendorganspende, welche beispielhaft in Gestalt der Nierenlebendspende ein Letalitätsrisiko in Höhe von 0,03% besitzt,⁵⁷ beeinträchtigt sein. Es erscheint offenkundig, dass eine final auf den Tod des Organspenders gerichtete Eingriffshandlung in dem Prozess der Lebendorganspende nicht zu identifizieren ist. Jedoch könnte ein faktischer Grundrechtseingriff vorliegen. Problematisch ist in diesem Kontext primär die Würdigung der Lebensbedrohung durch eine Wahrscheinlichkeit. Der grundrechtliche Eingriffsbegriff müsste vorliegend somit das „Risiko der Schutzgutbeeinträchtigung“⁵⁸ umfassen. Richtigerweise verortet das Bundesverfassungsgericht Grundrechtsgefährdungen grundsätzlich „im Vorfeld verfassungsrechtlich relevanter Grundrechtsbeeinträchtigungen“⁵⁹. Eine Gleichsetzung von Grundrechtsgefährdung und Grundrechtseingriff ist vor dem Hintergrund der Signifikanz des Grundrechts auf Leben jedoch jedenfalls in Fällen notwendig, in denen die Gefahr für das grundrechtlich geschützte Gut zumindest eine „naheliegende“ und „konkrete“ Gefahr ist.⁶⁰ Dies ist vorliegend, schon durch

⁴⁴ Aktuelle Bewertung als „überschaubare[s] und einschätzbare[s] Risiko“: Winter, *Psychologie der Lebendorganspende*, 2015, S. 342.

⁴⁵ Hier jedoch eine Gefahr der unfreiwilligen Entscheidungsfindung erkennend insbesondere Seidenath, *MedR* 2000, 33.

⁴⁶ Lomb, *Der Schutz des Lebendorganspenders*, 2012, S. 16.

⁴⁷ Pfeiffer (Fn. 26), S. 101.

⁴⁸ Schroth, *JZ* 1997, 1149 (1153 f.); Diese haben „in einer liberalen, demokratischen und säkularisierten Gesellschaft einen erheblichen Legitimationsvorsprung“ vor der Rechtfertigung hart paternalistisch motivierter Normen, vgl. Merkel (Fn. 38), S. 84; Teilweise wird sogar angenommen, weich paternalistisch motivierte Normen würden nicht einmal ein Problem des Paternalismus darstellen (Merkel [a.a.O.], S. 82; Feinberg [Fn. 37], S. 12 ff.).

⁴⁹ BVerfGE 5, 85 (204).

⁵⁰ Im Ergebnis ebenso Schwabe, *JZ* 1998, 66 (69 f.).

⁵¹ BVerfGE 59, 275 (Schutzhelm für Kraffradfahrer); BVerfGE (K) NJW 1987, 180 (Gurtanlagepflicht für Kraftfahrzeugführer); BVerfGE 90, 145 (Umgang mit Cannabisprodukten); beispielsweise nicht beim Schutz vor einer möglichen Verwahrlosung einer Person (BVerfGE 22, 180 [219 f.]); Teilweise stellen diese Entscheidungen jedoch in unzulässigem Maße auf Gemeinwohlbelange ab (siehe zum Beispiel des Urteils zur Gurtanlagepflicht für Kraftfahrzeugführer Möller, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, 2005, S. 14).

⁵² Diese grundsätzlichen Unterschiede herausstellend Gutmann, *NJW* 1999, 3387 (3388).

⁵³ Gutmann, *NJW* 1999, 3387 (3388).

⁵⁴ Anders Schreiber (Fn. 1), S. 147 f.

⁵⁵ BVerfGE 39, 1 (42).

⁵⁶ Hagen (Fn. 19), S. 73.

⁵⁷ Najarian/Chavers/McHugh/Matas, *The Lancet* 340 (1992), 807.

⁵⁸ Murswiek, *VVDStRL* 57 (1998), 129 (130).

⁵⁹ BVerfGE 51, 324 (346).

⁶⁰ BVerfGE 51, 324 (346); bereits bei „einer nur entfernten Schadenseintrittswahrscheinlichkeit“ einen Eingriff bejahend

das allgemeine Operationsrisiko, der Fall und somit kann ein Eingriff in das Grundrecht auf Leben des potentiellen Organ spenders durch die Entnahme eines zu transplantierenden Organs angenommen werden.⁶¹ Problematisch jedenfalls bezüglich der dargestellten Grundrechtseingriffe in die Schutzgüter des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ist, dass diese primär durch Handlungen der in diesen Prozess involvierten Transplantationschirurgen beeinträchtigt werden.⁶² Grundsätzlich ist eine Grundrechtsbindung unter Privaten dem primär abwehrrechtlichen Gehalt der Grundrechte fremd.⁶³ Hier könnten jedoch jedenfalls grundrechtliche Schutzpflichtdimensionen einschlägig sein.⁶⁴ Fraglich ist jedoch bereits, ob derartige Schutzpflichten im vorliegenden Fall einer Einwilligung in die Organentnahme, welche das TPG in § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. b zwingend voraussetzt, Beachtung finden dürfen. Zentral könnte hier die Figur des Grundrechtsverzichts sein.⁶⁵ Ein wirksamer Grundrechtsverzicht setzt vorliegend jedenfalls eine, auf eine ausreichende Aufklärung gestützte, autonome Einwilligung sowie eine Dispositionsbefugnis über das geschützte Gut voraus.⁶⁶ Eine autonome Entscheidung besteht im Regelfall einer Entscheidung zur Lebendorganspende,⁶⁷ Probleme hinsichtlich der sehr problematischen Dispositionsbefugnis über insbesondere das grundrechtliche Recht auf Leben⁶⁸ scheinen insbesondere aufgrund des geringen Komplikationsrisikos⁶⁹ und der hierdurch entstehenden Möglichkeit der Rettung eines anderen Menschenlebens nicht von zentraler Bedeutung in dem vorliegenden Kontext zu sein. Mithin kann ein zulässiger Grundrechtsverzicht vorliegend angenommen werden.⁷⁰

3. Leben und körperliche Unversehrtheit des potentiellen Organempfängers, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Der potentielle Organempfänger leidet an einer Krankheit, welche regelmäßig jedenfalls zu erheblichen körperlichen Beeinträchtigungen führt. Eine Lebendorganspende könnte die körperliche Verfassung des potentiellen Organempfängers in einigen Fällen jedenfalls höchstwahrscheinlich zumindest bessern sowie dessen Leben höchstwahrscheinlich verlängern

oder erhalten. Mithin sind die Schutzgüter der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens des potentiellen Organempfängers vorliegend betroffen.

Die Begrenzung des Spenderkreises gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 TPG untersagt in bestimmten Fällen der fehlenden Nähe zwischen potentielltem Organspender und potentielltem Organempfänger jedoch eine Lebendorganspende und verhindert somit die Chance auf eine Besserung des körperlichen Zustandes des potentiellen Organempfängers sowie die Chance des möglichen Schutzes dessen Lebens. Jedoch ist die Frage nach einem möglichen staatlichen Eingriff in die Grundrechtspositionen des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in derartigen Fällen komplex. Die Entstehung der Krankheit als Anknüpfungspunkt eines Eingriffs ist dem Staat offenkundig nicht zurechenbar und scheidet somit aus.⁷¹ Die restriktive Regelung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG richtet sich zudem *expressis verbis* an Transplantationsärzte und nicht an den potentiellen Organempfänger. Somit kann bei der Betrachtung dieses Anknüpfungspunktes kein finaler Eingriff identifiziert werden. Jedoch betrifft § 8 Abs. 1 S. 2 TPG mittelbar potentielle Organempfänger. Zwar ist der Eingriffsbegriff grundsätzlich auch bei mittelbaren Beeinträchtigungen erfüllt.⁷² Eine Einschränkung ist jedoch zur Vermeidung der Uferlosigkeit der Eingriffskonstruktion notwendig und erfolgt richtigerweise über die Sozialadäquanz und die normative Zurechenbarkeit.⁷³ Allerdings müsste der potentielle Organempfänger hierfür einen Anspruch auf bestmögliche Therapie haben. Hier konkretisiert sich die Problematik, ob Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ein derartiges Recht beinhaltet.⁷⁴ Im Anwendungsbereich des TPG wird dem potentiellen Organempfänger durch § 8 Abs. 1 S. 2 TPG jedenfalls bezüglich bestimmter Organe bei dem Fehlen eines potentiellen Spenders im Kreis des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG die Möglichkeit einer regelmäßig in hohem Maße erfolgversprechenden Therapie versagt. Das Bundesverfassungsgericht eröffnet jedenfalls den Schutzgehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, „wenn staatliche Regelungen dazu führen, dass einem kranken Menschen eine nach dem Stand der medizinischen Forschung prinzipiell zugängliche Thera-

Müller-Terpitz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 147 Rn. 36.

⁶¹ Hagen (Fn. 19), S. 66 f.

⁶² Ausführlich hierzu Esser (Fn. 1), S. 49 ff.

⁶³ Sogenannter „negative[r] Status“, vgl. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1919, S. 94 ff.

⁶⁴ Grundlegend BVerfGE 39, 1; 88, 203.

⁶⁵ Allgemein zu dieser sehr problembeladenen Figur Bethge, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 18), § 203 Rn. 91 ff.; ausführlich bzgl. dieser Figur im vorliegenden Kontext Esser (Fn. 1), S. 61 ff.

⁶⁶ Michael/Morlok, Grundrechte, 5. Aufl. 2016, S. 267 ff.; explizit ohne auf die Figur des Grundrechtsverzichts zu rekurrieren Bethge, VVDStRL 57 (1998), 7 (44).

⁶⁷ Siehe IV. 1. dieses Beitrages.

⁶⁸ Siehe nur Czerner, MedR 2001, 354 (356).

⁶⁹ Vgl. beispielsweise das Letalitätsrisiko von 0,03 % im Rahmen einer Lebendnierenspende, siehe Fn. 57.

⁷⁰ Hagen (Fn. 19), S. 67 ff., S. 73 ff.

⁷¹ Hagen (Fn. 19), S. 94.

⁷² Siehe nur BVerfG (K) NJW 1999, 3399 (3401); Holznel, DVBl. 2001, 1629 (1634).

⁷³ Siehe nur BVerfG (K) NJW 1999, 3399 (3401).

⁷⁴ Anspruch auf medizinische „Mindestversorgung“ in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip: Wiedemann, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 2002, Art. 2 Abs. 2 Rn. 376; Recht auf „sachgerechte Teilhabe an vorhandenen Einrichtungen“: Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 2 GG Rn. 93; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 2 Abs. 2 Rn. 211; nur objektiver Anspruch auf medizinisches Versorgungssystem: Kunig, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 GG Rn. 60; Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 2 GG Rn. 225; gänzliche Verneinung eines derartigen Anspruchs andeutend Huster, JZ 2006, 466.

pie, mit der eine Verlängerung des Lebens, mindestens aber eine nicht unwesentliche Minderung des Leidens verbunden ist, versagt bleibt“⁷⁵. Dies ist vorliegend jedenfalls bezüglich einiger Organe aufgrund der höheren Erfolgsaussicht einer Lebendorganspende gegenüber einer postmortalen Organspende⁷⁶ durch die Versagung einer Lebendspende außerhalb des Empfängerkreises des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG gegeben. Es kann jedoch kein Recht auf den Erhalt einer Lebendorgantransplantation bestehen.⁷⁷ Dieses könnte durch die Bejahung einer staatlichen Beschränkung der grundrechtlich geschützten Güter der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens auf Seiten des potentiellen Organempfängers durch die einschränkende Regelung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG jedoch suggeriert werden. Potentielle Organempfänger sind nicht primär durch die staatliche Beschränkung des Empfängerkreises einer Lebendorganspende in den grundrechtlichen Gewährleistungen des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG beschränkt, sondern in der Möglichkeit der Erfüllung einer unter Umständen bestehenden Abrede mit einem potentiellen Organspender außerhalb des begrenzten Kreises des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG bezüglich einer Lebendorganspende. Mithin muss eine Beeinträchtigung der grundrechtlichen Gewährleistungen des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG richtigerweise verneint werden.⁷⁸

Bezüglich einer möglichen Grundrechtsbeeinträchtigung der Schutzgüter des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG durch die für den Erhalt einer Lebendorganspende notwendige Operation des potentiellen Organempfängers ist auf obige Ausführungen zu verweisen.⁷⁹ Es liegt diesbezüglich mithin ein Grundrechtsverzicht vor.

4. Grundrechtliches Patientenselbstbestimmungsrecht des potentiellen Organempfängers

In Fällen eines identischen Willens des potentiellen Organspenders und potentiellen Organempfängers bezüglich einer Lebendorganspende beruht dieser im Regelfall auf einer autonomen Entscheidung des potentiellen Organempfängers. Die Umsetzung dieses Willens auf Seiten des potentiellen Organempfängers wird durch § 8 Abs. 1 S. 2 TPG mitbestimmt. Somit ist der Schutzbereich des grundrechtlichen Patientenselbstbestimmungsrechts des potentiellen Organempfängers tangiert.

Das TPG verbietet in Fällen einer fehlenden Nähebeziehung zwischen potentielltem Organspender und potentielltem Organempfänger eine Lebendorganspende und greift somit in die Umsetzung des hierin enthaltenen Willens des Organempfängers auf Erhalt eines Organs durch einen diesen Entschluss teilenden potentiellen Organspender ein. Mithin

liegt in derartigen Konstellationen richtigerweise ein Eingriff in das grundrechtliche Patientenselbstbestimmungsrecht vor.⁸⁰

§ 8 Abs. 1 S. 2 TPG müsste formell und materiell verfassungsgemäß sein. Vorliegend könnte ein Verstoß gegen das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG bestehen. Dies wird teilweise vor dem Hintergrund der Bejahung eines finalen Eingriffs in das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auf Seiten des potentiellen Organempfängers bejaht.⁸¹ Da jedoch in der vorliegenden Untersuchung ein lediglich mittelbarer Eingriff in das grundrechtliche Patientenselbstbestimmungsrecht des Organempfängers angenommen wurde, kann ein derartiger Verstoß, insbesondere vor dem Hintergrund der richtigerweise restriktiven Nutzung dieses Instruments der Verfassungsmäßigkeitsprüfung durch das Bundesverfassungsgericht,⁸² nicht identifiziert werden. Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist zu repetieren, dass § 8 Abs. 1 S. 2 TPG kein geeignetes Mittel zum Erreichen eines legitimen Zweckes darstellt.⁸³ Mithin liegt ein verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Eingriff in das grundrechtliche Patientenselbstbestimmungsrecht des potentiellen Organempfängers vor.

5. Allgemeiner Gleichheitssatz bezogen auf den potentiellen Organempfänger, Art. 3 Abs. 1 GG

Der allgemeine Gleichheitssatz ist insbesondere verletzt, sofern zwischen ähnlichen Personengruppen nicht zu rechtfertigende Unterschiede bestehen.⁸⁴ Trotz dem anderslautenden Wortlaut ist auch der Gesetzgeber Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet.⁸⁵ Vorliegend werden Sachverhalte, in denen potentielle Organempfänger bei Bestehen einer in § 8 Abs. 1 S. 2 TPG geforderten Nähebeziehung die Möglichkeit einer Organtransplantation besitzen, ungleich zu Sachverhalten behandelt, in welchen bei identischer medizinischer Indikation eine diesbezügliche Nähebeziehung nicht vorliegt. Dem potentiellen Organempfänger ohne die in § 8 Abs. 1 S. 2 TPG geforderte Nähebeziehung zu einem potentiellen Organspender wird hierdurch die grundsätzlich einzige Möglichkeit einer Heilung seines Leidens verwehrt. Mittelbar handelt es sich somit um eine Ungleichbehandlung von Personen.⁸⁶ Unabhängig von der Kontroverse um den richtigen Prüfungsmaßstab bei der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung im Rahmen des Art. 3 Abs. 1

⁷⁵ BVerfG (K) NJW 1999, 3399 (3400).

⁷⁶ Bzgl. Nierenlebendspende *Tarantino*, *Clinical Nephrology* 53 (2000), 55; bzgl. Leberlebendspende *Brelsch et. al.*, *Der Chirurg* 79 (2008), 135.

⁷⁷ Ein derartiges Recht im allgemeinen Kontext der Transplantationsmedizin als „Illusion“ bezeichnend: *Weber*, in: *Höfling* (Fn. 2), § 4 Rn. 2.

⁷⁸ Anders *Schreiber* (Fn. 1), S. 144 f.; *Pfeiffer* (Fn. 26), S. 98 f.

⁷⁹ Siehe IV. 2. dieses Beitrages.

⁸⁰ *Hagen* (Fn. 19), S. 103; siehe bzgl. der Abgrenzung zur Ausgestaltung im Rahmen des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG die vorherigen Ausführungen dieses Beitrages.

⁸¹ Bspw. *Gutmann*, in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu* (Fn. 6), § 8 Rn. 27; anders trotz Bejahung eines Eingriffs in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG BVerfG (K) NJW 1999, 3399 (3400).

⁸² Siehe nur BVerfGE 28, 36 (46).

⁸³ Siehe IV. 1. dieses Beitrages.

⁸⁴ BVerfGE 98, 1 (12).

⁸⁵ *Michael/Morlok* (Fn. 66), S. 366.

⁸⁶ *Pfeiffer* (Fn. 26), S.107.

GG⁸⁷ ist vorliegend aufgrund des Nichtbestehens eines geeigneten Mittels zum Erreichen eines legitimen Zwecks⁸⁸ eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung unmöglich. Mithin liegt ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor.⁸⁹

6. Berufsfreiheit des Transplantationsarztes, Art. 12 Abs. 1 GG

Art. 12 Abs. 1 GG schützt unter anderem die Berufsausübungsfreiheit des Transplantationsarztes. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG untersagt Organtransplantationen unter bestimmten Voraussetzungen und tangiert mithin die Freiheit der Berufsausübung der Transplantationsärzte.

Vorliegend können Transplantationsmediziner bestimmte Transplantationen aufgrund der restriktiven Regelung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG nicht vornehmen. Dies könnte einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit durch eine Maßnahme mit objektiv berufsregelnder Tendenz darstellen. Derartige Maßnahmen zeichnen sich insbesondere durch eine berufsunspezifische Intention des Gesetzgebers bei der Beschränkung einer jedenfalls hauptsächlich berufsmäßig ausgeübten Tätigkeit aus.⁹⁰ Die Intention des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG ist jedenfalls die Verhinderung von Organhandel und die Sicherstellung der freiwilligen Spenderentscheidung,⁹¹ mithin werden berufsunspezifische Ziele verfolgt. Vorliegend dürfen Transplantationsmediziner in Fällen des nicht bestehenden Näherverhältnisses zwischen potentiell Organspender und potentiell Organempfänger eine vermutlich jedenfalls die körperliche Verfassung des betroffenen potentiellen Organempfängers zumindest bessernde Heilbehandlung nicht vornehmen, mithin die berufsmäßig auszuführende ärztliche Heiltätigkeit in diesem Kontext nicht durchführen. Somit liegt vorliegend ein Eingriff in der Form einer Maßnahme mit objektiv berufsregelnder Tendenz vor.⁹²

Nach allgemeiner Ansicht handelt es sich bei Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG um einen Gesetzesvorbehalt mit Geltung für das gesamte Grundrecht der Berufsfreiheit.⁹³ § 8 Abs. 1 S. 2 TPG kann die Berufsausübungsfreiheit des Transplantationsarztes als formelles Gesetz einschränken. Problematisch könnte vorliegend die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sein. Im Rahmen der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Drei-Stufen-Theorie wachsen die Anforderungen an die Rechtfertigung einer Grundrechtsbeeinträchtigung im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG bei einem Anstieg der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung.⁹⁴ Vorliegend untersagt § 8 Abs. 1 S. 2 TPG in bestimmten

⁸⁷ Hierzu zusammenfassend *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 1.9.2015, Art. 3 Rn. 24 ff.

⁸⁸ Siehe IV. 1. dieses Beitrages.

⁸⁹ Anders *Schreiber* (Fn. 1), S. 155 ff.; BVerfG (K) NJW 1999, 3399 (3402).

⁹⁰ *Epping*, Grundrechte, 6. Aufl. 2015, S. 190 f.

⁹¹ Siehe Fn. 28.

⁹² *Hagen* (Fn. 19), S. 109 f.

⁹³ BVerfGE 84, 133 (148); *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 74), Art. 12 Abs. 1 Rn. 104.

⁹⁴ Grundlegend BVerfGE 7, 377.

Fällen die Transplantation eines Organs. Mithin handelt es sich um eine Berufsausübungsregelung.⁹⁵ Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist als legitimer Zweck der Beeinträchtigung notwendig, dass „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen“.⁹⁶ § 8 Abs. 1 S. 2 TPG stellt jedoch, wie bereits erläutert, bereits kein geeignetes Mittel zum Erreichen eines generellen legitimen Zweckes dar.⁹⁷ Mithin liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vor, welcher zur Verfassungswidrigkeit dieses Eingriffes in die Berufsausübungsfreiheit des Arztes führt.⁹⁸

V. Exkurs: Verfassungsrechtliche Würdigung des Imperativs zu einer Spende

Eine aktuelle psychologische Studie identifiziert im Rahmen der Entscheidung zu einer Lebendorganspende einen „Spendeimperativ“, welcher besagt, dass eine Lebendorganspende für nahe Angehörige jedenfalls aufgrund fehlender Negativpunkte eine richtige Entscheidung ist.⁹⁹ Dieser Imperativ beeinflusst mithin die Entscheidungsfindung eines potentiellen Lebendorganspenders. Dies könnte grundsätzlich gegen eine autonome Entscheidung des potentiellen Organspenders sprechen.¹⁰⁰ Kann mithin ein potentieller Lebendorganspender unter keinen Umständen selbstbestimmt in eine Lebendorganspende einwilligen? Dies könnte zu dem Ergebnis der grundsätzlichen Verfassungswidrigkeit der Möglichkeit von Lebendorganspenden führen. Oder ist ein extensiver Einsatz weicher paternalistischer Regelungen durch den Gesetzgeber auf diesem Gebiet aufgrund der fehlenden Freiwilligkeit diesbezüglicher Spenderentscheidungen verfassungsrechtlich möglich und geboten? Richtigerweise ist hier zwischen einem juristischen und einem psychischen Freiwilligkeitsbegriff zu unterscheiden, wobei der juristische Freiwilligkeitsbegriff an die Autonomie anknüpft und jedenfalls bei dem Befolgen einer eigenen Wert- und Präferenzordnung besteht.¹⁰¹ Diese Autonomie besteht grundsätzlich in Situationen, in welchen eine gewisse Entscheidung innerlich als richtig angesehen wird, da dies das Bestehen einer inneren Präferenz widerspiegelt. Dies ist im Rahmen des Imperativs zur Spende der Fall. Mithin sind Entscheidungen zur Lebendorganspende trotz des oben aufgezeigten Imperativs im juristischen Sinn freiwillige Entscheidungen.

VI. Fazit

§ 8 Abs. 1 S. 2 TPG greift in das grundrechtliche Patientenselbstbestimmungsrecht des potentiellen Organspenders, das grundrechtliche Patientenselbstbestimmungsrecht sowie

⁹⁵ *Schreiber* (Fn. 1), S. 162.

⁹⁶ BVerfGE 7, 377 (405).

⁹⁷ Siehe IV. 1. dieses Beitrages.

⁹⁸ Anders *Schreiber* (Fn. 1), S. 162 ff.

⁹⁹ *Winter* (Fn. 44), S. 347 ff.

¹⁰⁰ Zweifel an einer autonomen Entscheidung bereits andeutend *Motakef*, Körper Gabe, 2011, S. 197.

¹⁰¹ *Fateh-Moghadam/Schroth/Gross/Gutmann*, MedR 2004, 19 (32 f.).

Art. 3 Abs. 1 GG des potentiellen Organempfängers sowie das Grundrecht auf Berufsausübungsfreiheit des involvierten Transplantationsmediziners ein. Die Begrenzung des Spenderkreises gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 TPG genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen Ausgleich dieser Interessen. Eine zeitnahe gesetzgeberische Korrektur wäre in diesem auf Ermöglichung der Durchsetzung von Lebenschancen ausgerichteten System sehr zu begrüßen. Eine ersatzlose Streichung dieser „Organspendeverhinderungsvorschrift“¹⁰² und somit die Zulässigkeit rein altruistischer Lebendorganspenden ist jedenfalls verfassungsrechtlich zulässig.¹⁰³ Zudem hat dieser Beitrag gezeigt, dass die paternalistisch motivierte Einschränkung der Zulässigkeit von Lebendorganspenden gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 TPG als hart paternalistisch einzuordnen ist und unserer Verfassung im Allgemeinen widerspricht. Vor diesem Hintergrund sollten auch Regelungen wie beispielsweise die Anordnung der Subsidiarität der Lebendorganspende gegenüber der postmortalen Organspende gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG kritisch reflektiert werden. Bei der Kodifikation der Ausgestaltung der Zulässigkeit von Lebendorganspenden hat sich der Gesetzgeber primär von der Tatsache leiten lassen, dass Lebendorganspenden für den Spender nicht medizinisch indizierte Eingriffe jedenfalls in dessen körperliche Unversehrtheit sind.¹⁰⁴ Hier galt es, potentiell als Organspender handelnde Bürger vor sich selbst zu schützen. § 1 Abs. 1 S. 1 TPG nennt jedoch als Ziel des TPG, „die Bereitschaft zur Organspende in Deutschland zu fördern“. Jedenfalls § 8 Abs. 1 S. 2 TPG bewegt sich im Gegensatz zu dieser primären Zielsetzung des TPG (sowie der neueren europarechtlichen Zielsetzung im Transplantationsrecht¹⁰⁵). Eine aktuelle Studie kommt zwar zu dem Ergebnis, dass die vordergründige Intention zur Durchführung einer Lebendorganspende auf Seiten potentieller Organspender der Wunsch der Hilfe für einen kranken und in einem engen persönlichen Verhältnis zu der jeweiligen Person stehenden potentiellen Organempfänger ist.¹⁰⁶ Einen signifikanten Anstieg der Zahlen von Lebendorganspenden in Deutschland wird eine Streichung des § 8 Abs. 1 S. 2 TPG mithin aller Voraussicht nach nicht erreichen. Dennoch ist bereits zur rechtlichen Ermöglichung einer kleinen Anzahl altruistischer Lebendorganspenden eine Korrektur durch den Gesetzgeber mehr als angebracht und lohnenswert.

¹⁰² *Rixen*, in: Höfling (Hrsg.), *Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland*, 2008, S. 73 (76).

¹⁰³ *Resch*, *Die empfangengerichtete Organspende*, 2014, S. 65 f.; teilweise wird dies sogar als „zwingend geboten“ angesehen, vgl. *Esser* (Fn. 1), S. 194.

¹⁰⁴ BT-Drs. 13/4355, S. 20.

¹⁰⁵ KOM (2008) 819 endgültig, S. 2.

¹⁰⁶ *Winter* (Fn. 44), S. 338.

Die EMRK, ihre Rechtsstellung sowie die Entscheidungen des EGMR im Stufenbau der deutschen Rechtsordnung

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Christoph Zehetgruber**, Bayreuth*

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) erlangt, ausgedrückt durch die Judikate des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), auch in Deutschland immer mehr an Bedeutung. Häufig treten dessen Entscheidungen in Konkurrenz mit nationalen (Straf-)Vorschriften. Im folgenden Beitrag soll an Hand einer jüngeren, durchaus als prüfungsrelevant anzusehenden Entscheidung des Gerichtshofs und den dieser folgenden der deutschen Gerichte, der Blickwinkel der nationalen Rechtswissenschaft und Praxis auf die EMRK und die Wirkungen der Rechtsprechung des EGMR beleuchtet sowie auf die Verortung der Konvention im Stufenbau der deutschen Rechtsordnung eingegangen werden.

I. Die EMRK als „einfaches“ Bundesgesetz

Um den Blickwinkel der heimischen Rechtswissenschaft und Praxis auf die EMRK und deren Stellung innerhalb der deutschen Rechtsordnung zu verstehen, bieten sich vor der inhaltlichen Beschäftigung mit einschlägiger Rechtsprechung des EGMR einige rechtssystematische Ausführungen und Überlegungen an. Formal steht die seit 7.8.1952 (Tag der Ratifizierung,¹ BGBl. II 1952, S. 685) im deutschen Rechtsbestand verankerte EMRK nach der Transformation in das deutsche Rechtssystem im Rang eines einfachen Bundesgesetzes.² Dieser Umstand führt bei vielen Akteuren innerhalb des Rechts, ungeachtet dem tatsächlichen, von der formalen Einordnung der EMRK abweichenden Stellenwert, zu allzu pauschalen Aussagen, insbesondere solchen der Gerichte, die unter Hinweis auf den „lediglich einfachgesetzlichen“ Charakter der EMRK ihre tatsächliche Bedeutung für die deutsche Rechtswirklichkeit zu unterschätzen scheinen. Auch der häufig beschworene, zu Recht abzulehnende³ „Souveränitätsvorbehalt des GG“⁴ vor der EMRK schwingt in mehr oder minder offensichtlicher Weise in Entscheidungen, selbst jenen des BVerfG,⁵ mit. Hierbei ist anzumerken, dass eine Anwendung des vom BVerfG bemühten „weit zurückgenommenen Souveränitätsvorbehalts“⁶ des Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG,

wonach „vergleichbare Regelungen, durch die dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird“, schon deshalb ins Leere läuft, weil Deutschland sich verpflichtet hat, die in Abschnitt I der EMRK niedergelegten Rechte und Freiheiten zuzusichern (Art. 1 EMRK) und Art. 46 EMRK einem solchen Vorbehalt auch deutlich widerspräche.⁷ Ferner bestimmt die Konvention in Art. 53, sie sei keinesfalls so auszulegen, als beschränke oder beeinträchtige sie Menschenrechte und Grundfreiheiten, die in den Gesetzen einer Hohen Vertragspartei anerkannt werden. Bei einfachgesetzlichen Regelungen (wie etwa jener des § 329 StPO),⁸ die nicht zwangsläufig „tragende Grundsätze der Verfassung darstellen“, welche nur durch die ausnahmsweise Nichtbeachtung von Völkervertragsrecht vor einem Verstoß bewahrt werden können,⁹ ist eine Anwendung dieses abzulehnenden Vorbehalts wohl per se unmöglich.¹⁰

Die EMRK steht in Deutschland durch die Zuweisungsvorschrift des Art. 59 Abs. 2 GG als völkerrechtlicher Vertrag im Rang eines einfachen Bundesgesetzes,¹¹ wobei damit

⁷ Meyer-Ladewig (Fn. 1), Art. 46 Rn. 33 m.w.N.

⁸ § 329 StPO wurde (wohl auf Grund der Verurteilung Deutschlands im Fall Neziraj) durch Gesetz v. 17.7.2015 (BGBl. I 2015, S. 1332) mit Wirkung v. 25.7.2015 neu gefasst und inhaltlich-umfänglich erheblich erweitert, wobei die Problematiken hinsichtlich der EMRK-Konformität der Norm m.A. nach nicht gelöst, sondern nur auf andere Ebenen (jene der Prüfung der „Erforderlichkeit“ der Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung durch das Gericht) verschoben wurden; zwar erfolgt nunmehr bei Erscheinen eines mit schriftlicher Vertretungsvollmacht ausgestatteten Verteidigers keine automatische Verwerfung der Berufung, jedoch kommt es nach § 329 Abs. 2 StPO sogleich zu einer Prüfung, ob die Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung erforderlich ist. Sofern das Gericht diese annimmt und der Angeklagte im Folgetermin ohne genügende Entschuldigung nicht erscheint, ist die Verwerfung der Berufung nach § 329 Abs. 4 S. 2 StPO die Rechtsfolge, sodass es ausgesprochen fraglich ist, ob dieses Vorgehen den vom EGMR aufgestellten Anforderungen genügen wird; in diesem Sinne Böhm, NJW 2015, 3132 (3133); ausführlich zur Neufassung des § 329 StPO Frisch, NStZ 2015, 69.

⁹ BVerfG NJW 2004, 3407 (3408).

¹⁰ In diesem Sinne Meyer-Ladewig/Petzold (NJW 2005, 15 [16]), die darauf hinweisen, dass ein Verstoß gegen die „tragenden Grundsätze der Verfassung“ wohl „mehr verlange, als im Rahmen einer möglichen Auseinandersetzung zwischen Straßburg und Karlsruhe über den Wirkungsbereich eines Grundrechts überhaupt denkbar ist“.

¹¹ Siehe nur BVerfG NJW 2004, 3407 (3408); BVerfG NJW 2011, 1931 (1935); Schmidt, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 359 Rn. 39; Gössel, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz,

* Der Verf. ist Akad. Rat a.Z. am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinstrafrecht (Strafrecht II) der Universität Bayreuth (Prof. Dr. Brian Valerius).

¹ Vgl. nur Meyer-Ladewig, EMRK, Handkommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 1 Rn. 3 m.V.a. Art. 59 EMRK.

² Für den Verfassungsrang der EMRK votierend etwa Ambos, ZStW 115, 583 (587).

³ So Meyer-Ladewig (Fn. 1), Art. 46 Rn. 33; Meyer-Ladewig/Petzold, NJW 2005, 15 (19); Paeffgen, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. X, 4. Aufl. 2012, EMRK Einl. Rn. 83a m.w.N.

⁴ Siehe mit reichhaltiger Nennung von prominenten PropONENTEN und Gegnern eines solchen Paeffgen (Fn. 3), EMRK Einl. Rn. 82.

⁵ BVerfG NJW 2004, 3407 (3408).

⁶ BVerfG NJW 2004, 3407 (3408).

gem. Art. 20 Abs. 3 GG das ins deutsche Recht transformierte Konventionsrecht, welches durch die Rechtsprechung des EGMR näher und verbindlich definiert wird, im Rahmen einer methodisch korrekten Auslegung und Anwendung innerstaatlichen Rechts von deutschen Gerichten anzuwenden ist,¹² was im Falle einer Verletzung desselben dazu führt, dass diese im innerstaatlichen Instanzenzug korrigiert werden muss.¹³ Die Sonderstellung des transformierten Völkerrechts, zu welchem auch die EMRK zählt, wird weiter dadurch verdeutlicht, dass im Falle einer Kollision mit einfachem Bundesrecht (wie es etwa die Norm des § 329 Abs. 1 S. 1 a.F. StPO darstellte), der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung nach Art. 25 GG von einem Vorrang der „allgemeinen Regeln des Völkerrechts als Bestandteil des Bundesrechts“ vor den Gesetzen spricht. Sofern man die EMRK unter den soeben genannten Terminus subsumierte, ginge jene also trotz ihrer formellen Einordnung als einfaches Gesetz im Konfliktfall den anderen, (zumindest) einfachgesetzlichen Vorschriften vor.¹⁴ Jedenfalls ist aus Art. 25 GG jedoch der allgemeine Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des deutschen Rechts zu erkennen,¹⁵ der für eine grundsätzlich starke Stellung der EMRK spricht.¹⁶ Ob freilich im jeweiligen Einzelfall eine völkerrechtskonforme Auslegung (welche nicht mit dem in Art. 25 GG angesprochenen Vorrang gleichzusetzen ist) hinsichtlich der nationalen Norm möglich ist, hängt von Faktoren wie dem Rechtscharakter der nationalen Norm (z.B. Verfassungsrecht, „einfaches“ Bundes- oder Landesrecht), deren exaktem Wortlaut, Inhalt und Telos und ihrer Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verpflichtungen ab, wobei dem Gesetzgeber grundsätzlich zu konstatieren ist, dass er seine nationalen Normen in Überein-

stimmung mit völkerrechtlichen Verpflichtungen gestaltet und gestalten will.¹⁷

II. Der tatsächliche Rang der EMRK im deutschen Rechtssystem – die Entscheidung Görgülü u.a.

Als entscheidend für den tatsächlichen Rang der Konvention im Stufenbau der deutschen Rechtsordnung ist die Tatsache anzusehen, dass das BVerfG versucht, die im GG verankerten Grundrechte konventionskonform auszulegen,¹⁸ was eine Berücksichtigung der EMRK in sehr großem Ausmaß darstellt. Nach Ansicht einiger Autoren besitze zumindest Art. 6 EMRK, der in die Grundrechts-Judikatur zu Art. 19 Abs. 4 GG einwirke, „quasi-verfassungsrechtliche Bedeutung“.¹⁹ Das BVerfG hat bereits vor der vielzitierten und umstrittenen Entscheidung Görgülü klargestellt, dass bei der Auslegung des GG auch Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK insoweit in Betracht zu ziehen sind, sofern sie zu keiner Einschränkung der im GG verankerten Grundrechte führen.²⁰ Explizit wurde in dieser Entscheidung auch die Rechtsprechung des EGMR „als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes“ bezeichnet und bestimmt, dass Gesetze – selbst wenn sie später erlassen worden seien sollten als ein geltender völkerrechtlicher Vertrag – im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands auszulegen und anzuwenden seien, denn es sei ohne ausdrückliche Bekundung des Gesetzgebers nicht anzunehmen, dass dieser von völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands abweichen oder die Verletzung derartiger Verpflichtungen ermöglichen wolle.²¹ Diese klare Linie brach das BVerfG im Fall Görgülü nun wieder auf, indem es zwar die Pflicht der deutschen Gerichte auf konventionskonforme Auslegung der EMRK dem Grundsatz nach betonte,²² jedoch

Bd. 7/2, 26. Aufl. 2013, § 359 Rn. 189; *Paeffgen* (Fn. 3), EMRK Einl. Rn. 77 m.w.N. aus Lit. und Rspr.; *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (861); *Meyer-Ladewig/Petzold*, NJW 2005, 15 (16).

¹² *Meyer-Ladewig* (Fn. 1), Art. 1 Rn. 4; *Paeffgen* (Fn. 3), EMRK Einl. Rn. 22 u.V.a. BVerfG NJW 2004, 3407 (3408); *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (864).

¹³ LG Ravensburg NStZ-RR 2001, 115; *Schmidt* (Fn. 11), § 359 Rn. 39.

¹⁴ Dieser Ansicht wohl inzident widersprechend BVerfG NJW 1968, 1667 (1671; allgemeine Regeln des Völkerrechts seien vorwiegend universell geltendes Völkergewohnheitsrecht, ergänzt durch allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze); eindeutig dagegen BVerfG NJW 2004, 3407 (3408); vgl. auch *Weigend*, StV 2000, 384 (386 f.).

¹⁵ *Ambos*, ZStW 115, 583 (592); *Meyer-Ladewig* (Fn. 1), Art. 46 Rn. 19; *Meyer-Ladewig/Petzold*, NJW 2005, 15 (16); *Paeffgen* (Fn. 3), EMRK Einl. Rn. 83a; *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (861).

¹⁶ Vgl. hierzu BVerfG NJW 2011, 1931, 1935: „Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ist damit Ausdruck eines Souveränitätsverständnisses, dass einer Einbindung in inter- und supranationale Zusammenhänge sowie deren Weiterentwicklung nicht nur nicht entgegensteht, sondern diese voraussetzt und erwartet“.

¹⁷ *Esser* (StraFo 2013, 253 [254 m.V.a. den Fall Neziraj]) konstatiert insoweit, dass etwa ein vom nationalen Gesetzgeber ausgedrückter historischer Wille in Bezug auf eine nationale Norm, welcher den Grundsätzen der EMRK, ausgedrückt durch die Rechtsprechung des EGMR, widerspräche, auf Basis der Grundsätze völkerrechtskonformer Auslegung bis zur Grenze des Verfassungsbruchs zurückzutreten hätte.

¹⁸ *Paeffgen* (Fn. 3), EMRK Einl. Rn. 22 unter Hinweis auf die Entscheidung des BVerfG NJW 2004, 3407 (3408).

¹⁹ So *Paeffgen* (Fn. 3), Art. 6 EMRK Rn. 6 m.w.N. in Fn. 24, der ihr zumindest „über-einfach-gesetzlichen Rang“ zuschreibt; dagegen *Gössel* (Fn. 11), § 359 Rn. 189.

²⁰ BVerfGE 74, 358 (370); vgl. auch *Schmidt* (Fn. 11), § 359 Rn. 39; *Paeffgen* (Fn. 3), EMRK Einl. Rn. 77; *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (861); nochmals bekräftigt durch BVerfG NJW 2004, 3407 (3408).

²¹ BVerfGE 74, 358 (370); BVerfG NJW 2011, 1931 (1935 m.w.N.); siehe auch *Schmidt* (Fn. 11), § 359 Rn. 39; *Paeffgen* (Fn. 3), EMRK Einl. Rn. 77 und Art. 6 Rn. 8; *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (861).

²² BVerfG NJW 2004, 3407 (3410); *Esser*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 11, 26. Aufl. 2012, EMRK Art. 6 Rn. 711.

sogleich eine zweifache Einschränkung vornahm, von welcher zumindest die erstgenannte Ausprägung nicht einmal mehr vom bereits angesprochenen, äußerst fraglichen „Souveränitätsvorbehalt“ des Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG gedeckt war. Wenn die Entscheidung des EGMR nämlich „gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht“ oder deutsche Verfassungsbestimmungen verstoße, gelte der konventionsgemäße Auslegungsvorrang nicht.²³ Im Übrigen meine der Terminus „berücksichtigen“ hinsichtlich der Rechtsprechung des EGMR, die deutschen Gerichte müssten sich mit den Entscheidungen des Gerichtshofs „gebührend“ auseinandersetzen und auf den Fall anwenden, sofern diese Anwendung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere Verfassungsrecht verstoße,²⁴ die Konvention genieße darüber hinaus auf der Ebene des Bundesrechts nicht Vorrang vor anderem Bundesrecht.²⁵

Die Tendenz des Görgülü-Beschlusses hinsichtlich der EMRK und des EGMR jedoch etwas zurücknehmend, wenn gleich inhaltlich wenig Neues liefernd, äußerte sich das BVerfG in jüngerer Vergangenheit in einem Urteil betreffend der EMRK-Konformität der Sicherungsverwahrung aus dem Jahr 2011.²⁶

Die Tätigkeit des EGMR und seine durch die EMRK eingeräumte Stellung, als einziges Organ autonom über den Bestand und Inhalt der Konvention zu entscheiden²⁷ und demnach alle gerichtlichen Entscheidungen seiner Mitgliedstaaten mitsamt jenen der nationalen Verfassungsgerichte, somit auch jene des BVerfG, am Maßstab der Menschenrechte zu messen, führt, wie *Paeffgen* zutreffend konstatiert, zu einer Überprüfung des innerstaatlichen Rechts anhand der in der Konvention garantierten Rechte²⁸ und verdeutlicht einmal mehr die Bedeutung der EMRK in der Rechtswirklichkeit, wengleich Urteilen des EGMR keine Gesetzeskraft inneohnt und diese – für sich genommen – keine konventionswidrige Rechtslage beseitigen können.²⁹ Auch das BVerfG hat insoweit die Bedeutung des EGMR für den aktuellen Entwicklungsstand des deutschen Rechts hervorgehoben und seine eigene „Vorprüfungskompetenz“ gegenüber dem Gerichtshof ausdrücklich bestätigt.³⁰

²³ BVerfG NJW 2004, 3407 (3411).

²⁴ BVerfG NJW 2004, 3407 (3411); *Paeffgen* (Fn. 3), EMRK Einl. Rn. 78a; *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (862).

²⁵ BVerfG NJW 2004, 3407 (3411).

²⁶ Vgl. BVerfG NJW 2011, 1931 (1935 f.); *Paeffgen* (Fn. 3), EMRK Einl. Rn. 77.

²⁷ In diesem Sinne *Schmidt* (Fn. 11), § 359 Rn. 38; *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (862 f.).

²⁸ *Paeffgen* (Fn. 3), EMRK Einl. Rn. 22.

²⁹ *Meyer-Ladewig/Petzold*, NJW 2005, 15 (16); *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (862).

³⁰ BVerfG NJW 2004, 3407 (3409, 3411): „Allerdings ist das BVerfG im Rahmen seiner Zuständigkeit auch dazu berufen, Verletzungen des Völkerrechts, die in der fehlerhaften Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen durch deutsche Gerichte liegen und eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit Deutschlands begründen können, nach Möglichkeit zu verhindern und zu beseitigen.“ [...]

Sofern die Konventionswidrigkeit eines deutschen Gesetzes vom EGMR durch Urteil festgestellt wird, haben in Umsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtung des Art. 46 EMRK vorrangig die deutschen Behörden und Gerichte dieses – unter Beachtung, dass auch die Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK (konkretisiert durch den EGMR³¹) zur Bindung an Recht und Gesetz im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG gehört – „im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung“ völkerrechtskonform auszulegen.³² Sollte dies nicht möglich sein, so ist (im Sinne eines nachrangigen, für die nationale Rechtsordnung eingriffsintensiveren Schritts) der Gesetzgeber aufgefordert, seine innerstaatlichen Normen zu ändern, damit jene der EMRK entsprechen.³³ Dies wurde etwa – wengleich mit fragwürdigem Erfolg – hinsichtlich § 329 StPO kürzlich getan.³⁴

Auf Grund der soeben skizzierten Besonderheiten stellt die EMRK im deutschen Recht somit kein Bundesrecht „wie jedes andere dar“, sondern hat eine in rechtstatsächlicher Hinsicht hervorstechende Position inne. Im Folgenden sollen nun einige Wirkungen der Urteile des EGMR aufgezeigt und hernach ein durchaus examensrelevanter Fall dargestellt werden.

III. Die Bindungswirkungen der Entscheidungen des EGMR – Inter-partes- und differenzierte Erga-Omnis-Wirkung (Orientierungsfunktion)

1. Inter-partes-Wirkung

Die Entscheidung des EGMR in einer konkreten Rechtssache entfaltet nach übereinstimmender Meinung mehrere Wirkungen. Wie *Grabenwarter* zutreffend ausführt, ist es tunlich, diese Wirkungen aus verschiedenen Perspektiven zu betrachten.³⁵ Einerseits ist die völkerrechtliche Verpflichtung des Staates, die in einem die Konventionswidrigkeit feststellenden EGMR-Urteil (etwa auf Grund einer konventionswidrig angewendeten, staatlichen Norm) begründet liegt, zu beachten, welche sich in Art. 46 EMRK widerspiegelt,³⁶ andererseits ist die Frage hinsichtlich der innerstaatlichen Umsetzung dieser völkerrechtlichen Vorgabe zu stellen.

Nach Art. 46 EMRK verpflichten sich die Mitgliedstaaten, das endgültige Urteil des EGMR (vgl. Art. 42 und 44

„Das BVerfG steht damit mittelbar im Dienste der Durchsetzung des Völkerrechts und vermindert dadurch das Risiko der Nichtbefolgung internationalen Rechts“).

³¹ *Meyer-Ladewig* (Fn. 1), Art. 46 Rn. 17.

³² BVerfG NJW 2004, 3407 (3409); *Paeffgen* (Fn. 3), EMRK Einl. Rn. 80 u.V.a. das BVerfG im Fall Görgülü; *Meyer-Ladewig* (Fn. 1), Art. 46 Rn. 22; *Meyer-Ladewig/Petzold*, NJW 2005, 15 (17); *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (862).

³³ So *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (862, 864); ebenso, jedoch ohne ein Rangverhältnis festzuschreiben BVerfG NJW 2004, 3407 (3410); *Meyer-Ladewig/Petzold*, NJW 2005, 15 (17).

³⁴ Vgl. Fn. 8.

³⁵ *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (859).

³⁶ *Ambos*, ZStW 115, 583 (589, 591); *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (859).

EMRK) in einer sie betreffenden Rechtssache zu befolgen.³⁷ Ein Urteil des EGMR erwächst somit einerseits in formeller Rechtskraft, ist ergo unanfechtbar und unabänderlich, sowie in materieller Rechtskraft, welche sich für die Parteien des Verfahrens in Gestalt der Inter-Partes-Wirkung zeigt.³⁸ Gebunden an das konkrete Urteil sind danach nur die beiden Verfahrensparteien; am Verfahren nicht beteiligte Mitgliedstaaten sind von der Inter-Partes-Wirkung nicht erfasst.³⁹ Über den konkreten Beschwerdegegenstand hinaus, welcher durch den dem Urteil zu Grunde liegenden Sachverhalt und die darauf bezogenen Beschwerdevorbringen bestimmt ist, zeigt sich im Übrigen (auf den ersten Blick) keine wie immer geartete, weitere sachliche Bindungswirkung im Sinne des Inter-Partes-Grundsatzes.⁴⁰ Allerdings steht es dem nationalen Gesetzgeber natürlich frei, die Wirkungen eines Urteils des EGMR durch nationales Recht auf Sachverhalte zu erstrecken, die mit dem vom Gerichtshof entschiedenen Fall identisch sind (freiwillige Selbstbindung an die Urteile des EGMR in einem weiteren Rahmen als nach bisher h.M.; genauere Berücksichtigung und gebotene Ausdifferenzierung der Erga-Omnes-Funktion der EGMR-Judikate).⁴¹

Die Folgen für einen durch den EGMR verurteilten Staat unter dem Grundsatz der Inter-Partes-Wirkung bestehen u.a. darin, die festgestellte Konventionsverletzung unverzüglich zu beenden und gegebenenfalls – sofern es zur Festsetzung einer Entschädigung durch den Gerichtshof gekommen ist – diese an den in seinen Rechten Verletzten zu leisten.⁴² Ferner hat der verurteilte Staat künftigen gleichartigen Konventionsverstößen wirksam zu begegnen, solche also nicht nochmalig geschehen zu lassen, wobei diese „Nichtwiederholungspflicht“ keineswegs unbegrenzt ist, jedoch jedenfalls im Fall der Konventionswidrigkeit eines Gesetzes dergestalt verstanden wird, dass nicht nur der auf das konventionswidrige Gesetz gestützte Vollzugsakt zu beseitigen, sondern auch das Gesetz im Sinne der Vorgaben der EMRK zu interpretieren bzw. falls dies nicht möglich sein sollte, zu ändern ist.⁴³ Verstößt der Staat nach Feststellung (durch Untätigkeit des Gesetzgebers oder Weigerung seiner Organe, die Konventionsverletzung als solche anzuerkennen und Abhilfe zu schaffen, indem etwa in einem nahezu identen Fall die Konventionsverletzung wiederholt wird) weiterhin gegen die EMRK, so liegt darin eine Verletzung der in Art. 1 EMRK niedergeleg-

ten Pflicht zur Gewährleistung der in der Konvention zugesicherten Rechte.⁴⁴

Um seiner Pflicht zur Umsetzung der Urteile des Gerichtshofs Genüge zu tun, ist der Mitgliedstaat in der Wahl der Mittel frei.⁴⁵ Der deutsche Gesetzgeber hat sich in strafprozessualer Hinsicht etwa dafür entschieden, einen speziellen Wiederaufnahmegrund in die StPO zu implementieren.⁴⁶ § 359 Nr. 6 StPO erklärt die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten dann für zulässig, wenn der EGMR eine Verletzung der EMRK oder ihrer Protokolle festgestellt hat und das nationale Urteil auf dieser Verletzung beruht.⁴⁷ Nach bislang herrschender, offensichtlich allein an der Inter-Partes-Wirkung orientierten Sichtweise⁴⁸ steht die Wiederaufnahme freilich nur demjenigen zu, der zuvor ein Urteil des EGMR zu seinen Gunsten in Straßburg erstritten hat;⁴⁹ die Möglichkeit, eine solche Wiederaufnahme jedoch auch in anderen, allein von der „engen Orientierungsfunktion“ erfassten Fällen (siehe unter III. 2.) den beteiligten Rechtsunterworfenen zu gestatten, wird abgelehnt, wäre aber unzweifelhaft vom Wortlaut des § 359 Nr. 6 StPO gedeckt.⁵⁰ Zur Verdeutlichung sei § 359 Nr. 6 StPO an dieser Stelle vollständig zitiert: „Wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine Verletzung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten oder ihrer Protokolle [diese Verletzung liegt in der bereits vom EGMR durch vorangegangene Entscheidung festgestellten Konventionswidrigkeit der generellen, nationalen Norm – etwa jener des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO a.F. – begründet, Anm. des *Verf.*] – festgestellt hat und das Urteil auf dieser Verletzung [das damit gemeinte Urteil ist jenes im „neuen“ nationalen Strafverfahren, welches auf exakt derselben, bereits vom EGMR festgestellten Verletzung, nämlich der neuerlichen Anwendung der bereits als konventionswidrig erkannten nationalen Norm durch die nationalen Behörden – z.B. jener des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO a.F. – fußt, Anm. des *Verf.*] beruht“. Da die

³⁷ BVerfG NJW 2004, 3407 (3409); Gössel (Fn. 11), § 359 Rn. 190; Ambos, ZStW 115, 583 (589); Grabenwarter, JZ 2010, 857 (859); EGMR StraFo 2012, 490 m. Anm. Püschel.

³⁸ Masuch, NVwZ 2000, 1266 (1267); Meyer-Ladewig (Fn. 1), Art. 46 Rn. 13; Grabenwarter, JZ 2010, 857 (859).

³⁹ BVerfG NJW 2004, 3407 (3409); Schmidt (Fn. 11), § 359 Rn. 40; Meyer-Ladewig (Fn. 1), Art. 46 Rn. 13, 15; Grabenwarter, JZ 2010, 857 (859).

⁴⁰ Ambos, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 10 Rn. 8; Gössel (Fn. 11), § 359 Rn. 191 ff.; Grabenwarter, JZ 2010, 857 (859).

⁴¹ Vgl. hierzu näher sogleich die Ausführungen zu § 359 Nr. 6 StPO.

⁴² Grabenwarter, JZ 2010, 857 (860).

⁴³ Grabenwarter, JZ 2010, 857 (860 f.).

⁴⁴ Grabenwarter, JZ 2010, 857 (859); vgl. auch BVerfG NJW 2004, 3407 (3409); Meyer-Ladewig (Fn. 1), Art. 46 Rn. 17.

⁴⁵ Siehe bloß BVerfG NJW 2011, 1931 (1936); Grabenwarter, JZ 2010, 857 (860).

⁴⁶ Ambos (Fn. 40), § 10 Rn. 9; Gössel (Fn. 11), § 359 Rn. 190.

⁴⁷ BVerfG NJW 2004, 3407 (3410); Schmidt (Fn. 11), § 359 Rn. 40; Meyer-Mews, NJW 2002, 1928; vgl. auch Gössel (Fn. 11), § 359 Rn. 5 und 201.

⁴⁸ So argumentierend etwa Schmidt (Fn. 11), § 359 Rn. 40; Gössel (Fn. 11), § 359 Rn. 191, 193.

⁴⁹ Hoffmann-Holland, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozeßordnung, Stand: 28.1.2013, § 359 Rn. 35 m.w.N.; Singelstein, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozeßordnung, Stand: 1.9.2015, § 359 Rn. 35 m.w.N.; Schmidt (Fn. 11), § 359 Rn. 40; Gössel (Fn. 11), § 359 Rn. 194; Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 58. Aufl. 2015, § 359 Rn. 52.

⁵⁰ Vgl. Weigend, StV 2000, 384 (388); deutlich Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 359 Rn. 41; a.A. Hoffmann-Holland (Fn. 49), § 359 Rn. 35.

EMRK und die diese näher ausgestaltenden Urteile des EGMR nur menschenrechtliche Mindeststandards normieren, könnte der nationale Gesetzgeber damit beispielsweise vorsehen, dass als Zeichen gelebter Völkerrechtsfreundlichkeit über das Schutzniveau hinausgehende, nationale Vorschriften existieren und zur Anwendung gelangen. Gerade in Konstellationen, in denen die Konventionswidrigkeit einer generellen Norm (etwa eines Gesetzes) vom Gerichtshof festgestellt und der betroffene Staat verurteilt worden ist, über den konkret entschiedenen Fall aber noch weitere, die als konventionswidrig erkannte Norm betreffende, idente Sachverhalte im innerstaatlichen Bereich einer Entscheidung harren, wäre eine Anwendung der stärker wirkenden, „engen Orientierungsfunktion“ durch Gerichte und Behörden insofern wünschenswert, um den Rechtsunterworfenen proaktiv die Mindestgewährleistungen der EMRK zukommen zu lassen, nähert sich die „enge Orientierungsfunktion“ für den angesprochenen Staat doch hinsichtlich ihres Umfangs sehr der Inter-Partes-Wirkung an (siehe dazu näher unter III. 2). Die in diesem Zusammenhang einschränkende Interpretation des § 359 Nr. 6 StPO, immer ein Urteil des EGMR in der konkreten Rechtssache zu verlangen, ist nicht zwingend, führt in den oben angesprochenen Fällen insofern zu einer unnötigen Verlängerung eines bereits als völkerrechtswidrig erkannten und vom EGMR monierten Zustandes, der innerstaatlich schon hätte behoben werden können, bedeutet für den Rechtsunterworfenen große zeitliche und monetäre Belastungen und wird im Strafrechtsbereich dem immer wieder beschworenen Ideal eines zügig abgehandelten Verfahrens (vgl. etwa nur den Zweck des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO in der alten wie auch geltenden Fassung) nicht gerecht, bedenkt man nur die zeitliche Dimension des „Weges nach Straßburg“, die Feststellung der Konventionswidrigkeit und das danach stattfindende, neuerliche innerstaatliche Verfahren.⁵¹ Sofern eine nationale Norm als konventionswidrig erkannt wurde, ist, wie *Ambos* richtigerweise anmerkt, eine andere Entscheidung des EGMR in

⁵¹ Für die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 359 Nr. 6 StPO für alle Bürger, die von der konventionswidrigen Norm betroffen sind (und nicht nur für diejenigen, die das die Konventionsverletzung brandmarkende Urteil in eigener Person erstritten haben), votieren m.A. nach insofern zu Recht etwa *Ambos* (Fn. 40), § 10 Rn. 9; *ders.*, NSStZ 2002, 628 (629); *ders.*, ZStW 115, 583 (590, 591 m.w.N.): „Kurzum, die EMRK ist [...] das zentrale Instrument eines gesamteuropäischen Strafverfahrensrechts, sie repräsentiert dessen schutzrechtliche Dimension. Vor diesem Hintergrund wirkt es kleinkariert, wenn nur demjenigen die Wiederaufnahmemöglichkeit aufgrund einer EMRK-Verletzung [...] zustehen soll, der das die Konventionsverletzung feststellende Urteil selbst erstritten hat.“; *Gerst*, NSStZ 2013, 310 (312: gesetzliche Regelung eines Wiederaufnahmerechts für denjenigen, der nicht selbst Beschwerde vor dem EGMR eingelegt hat, jedoch als „identer Fall“ gelten kann); *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 50), § 359 Rn. 41; differenziert *Weigend*, StV 2000, 384 (388); auf die Problematik mit der sog. Piloturteilsstrategie des EGMR hinweisend *Swoboda*, HRRS 2009, 188 (192).

identen Fällen ja auch nicht zu erwarten, sodass eine allzu formalistische Sichtweise keinerlei Nutzen bringt.⁵² Das Rechtsschutzsystem der StPO würde durch ein vom Wortlaut her gedecktes und zusätzlich aus teleologischen Erwägungen gespeistes, völkerrechtsfreundliches Verständnis des § 359 Nr. 6 somit in keiner Weise Schaden erleiden, sondern wäre noch konturierter und damit den Vorgaben der EMRK (noch) entsprechender ausgestaltet.

2. (Differenzierte) Erga-Omnes-Wirkung (Orientierungsfunktion)

Gerade unter Berücksichtigung der unter III. 3. angesprochenen Entscheidungen verschiedener OLG muss innerhalb der Darstellung der zweiten Wirkung eines Urteils des EGMR ausreichend Beachtung geschenkt werden. Die sog. Erga-Omnes-Wirkung bedeutet grundsätzlich, dass aus der Verurteilung eines Mitgliedstaates anderen, nicht am Verfahren beteiligten Mitgliedstaaten zwar keine rechtlichen Verpflichtungen dergestalt erwachsen, vergleichbare Probleme ihrer Rechtsordnungen quasi im „vorausseilenden Gehorsam“ „EMRK-fit“ zu machen, jedoch eine Orientierung⁵³ anhand der EGMR-Judikatur von ihnen erwartet werden kann, um künftigen Verurteilungen vorzubeugen⁵⁴ und Konflikte in Bezug auf ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen und die Anwendung des jeweiligen nationalen Rechts nach Möglichkeit zu vermeiden. Der Sinn und das Ziel eines sich ständig entwickelnden,⁵⁵ von den Vertragsparteien akzeptierten, gleichsam „europäischen“ Menschenrechtskatalogs⁵⁶ muss es – damit Mindeststandards⁵⁷ im Menschenrechtsbereich (zeitnah) eingehalten werden – sein, dass ein gewisses Maß an proaktiver Mitwirkung gefordert werden darf, welches über

⁵² *Ambos* (Fn. 40), § 10 Rn. 9.

⁵³ BVerfG NJW 2011, 1931 (1935; „faktische Orientierungs- und Leitfunktion“ [...] „über den konkreten Einzelfall hinaus“ [...]); *Masuch*, NVwZ 2000, 1266 (1267); *Meyer-Ladewig* (Fn. 1), Art. 46 Rn. 18; *Meyer-Ladewig/Petzold*, NJW 2005, 15 (18); EGMR StraFo 2012, 490 m. Anm. *Püschel*.

⁵⁴ *Meyer-Ladewig* (Fn. 1), Art. 46 Rn. 16, der auf den Beschluss des BVerfG NJW 2004, 3407 (3409) verweist, nach welchem die Staaten ein gegen einen anderen Mitgliedstaat ergangenes Urteil zum Anlass nehmen müssen zu prüfen, ob staatliche Rechtsvorschriften angepasst werden müssen; *Meyer-Ladewig/Petzold*, NJW 2005, 15 (18). *Grabenwarter* (JZ 2010, 857 [861 m.w.N.]) spricht von „indirekter“ oder „Präjudizwirkung“, die sich aus Art. 1 im Zusammenspiel mit Art. 19 EMRK (Kompetenz des Gerichtshofs als autonomes Auslegungsorgan der Konvention) ergibt; siehe auch *Ambos*, ZStW 115, 583 (590); EGMR StraFo 2012, 490 m. Anm. *Püschel*. Das BVerfG (NJW 2011, 1931 [1935]) geht insofern von einer „faktischen Präzedenzwirkung der Entscheidungen internationaler Gerichte“ aus.

⁵⁵ Verständnis der EMRK als „living instrument“ des Menschenrechtsschutzes; siehe nur *Meyer-Ladewig* (Fn. 1), Einl. Rn. 37.

⁵⁶ *Ambos*, ZStW 115, 583 (590 f.).

⁵⁷ *Paeffgen* (Fn. 3), EMRK Einl. Rn. 61.

ein rein passives „Sich-Verurteilen lassen“ und hernach (möglicherweise) vertragskonformes Reagieren hinausgeht.

Im Rahmen der Orientierungsfunktion ist – eingedenk der Entscheidung des OLG München und anderer innerstaatlicher Gerichte (siehe unter III. 3.) – die von *Grabenwarter* aufgezeigte Problematik sog. Parallelfälle besonders zu beachten und differenziert zu betrachten. Unter Parallelfällen sind Fälle zu verstehen, die noch nicht Gegenstand eines Verfahrens vor dem EGMR geworden sind, jedoch in der Rechtsordnung eines Mitgliedsstaates auftreten, welcher in einem vergleichbaren oder gar identen Fall als Partei eines solchen Verfahrens firmiert hat und verurteilt wurde.⁵⁸ Anders als im Fall der (immer gegebenen) „weiten“ Orientierungsfunktion bei nicht verfahrensbeteiligten Mitgliedstaaten betrifft bei Parallelfällen die Entscheidung in einem stärkeren Maße nur einen bestimmten, den von der „engeren“ Orientierungsfunktion betroffenen Staat.⁵⁹ Die „enge“ Orientierungsfunktion wirkt sich für diesen Mitgliedstaat dergestalt aus, dass sie sich zu einer Pflicht zur Beendigung der Konventionsverletzung in den nicht im Verfahren relevanten Fällen verdichtet, ist – anders als in Fällen der „weiten“ Orientierungsfunktion – doch keine Transformation in eine andere innerstaatliche Rechtslage nötig.⁶⁰ Insofern ist *Grabenwarter* beizupflichten, der argumentiert, in Konstellationen von Parallelfällen habe der EGMR bereits die Konventionswidrigkeit eines bestimmten Rechtszustandes (im verhandelten Fall) im Mitgliedstaat festgestellt, womit in der Sache feststehe, dass eine Konventionsverletzung auch für die Parallelfälle gegeben sei, wiewohl die Rechtskraft des Urteils (Inter-Partes-Wirkung) sich nicht auf jene beziehe.⁶¹ Auch ohne weitere Verurteilung folge aus Art. 1 EMRK, dass der Staat verpflichtet sei, in Parallelfällen die Konventionswidrigkeit zu beenden, wobei die Annahme einer solchen Beendigungspflicht in Parallelfällen dem Nichtwiederholungsgebot, das den verurteilten Mitgliedstaat gegenüber dem Beschwerdeführer treffe, entspricht.⁶²

Für diese Ansicht spricht zum einen ihre rechtstheoretische Vereinbarkeit mit den Inter-Partes- und Erga-Omnes-Wirkungen eines Urteils des Gerichtshofs, die nicht allein einer formellen Sichtweise das Wort redet, sondern sich an der Rechtswirklichkeit und dem Zweck der EMRK orien-

tiert.⁶³ Es bedeutet insoweit einen sehr großen Unterschied, ob eine andere Rechtsordnung durch ein Judikat des Gerichtshofs betroffen ist als die eigene, und es erscheint im Sinne eines einfachen Zugangs zum Recht für die Rechtsunterworfenen unbillig, in vergleichbaren, oft nahezu oder tatsächlich identischen Fällen des nationalen Rechts jenen den zeit- und kostenintensiven Weg nach Straßburg aufzubürden, nach erfolgreicher Entscheidung eine Wiederaufnahme nach § 359 Nr. 6 StPO zu betreiben und danach ein neues Verfahren zu absolvieren, wenn der Staat das Ergebnis des Verfahrens schon erahnen kann bzw. bei identischen Fällen kennen müsste und den konventionskonformen Zustand durch Auslegung oder Gesetzesänderung reparieren könnte.⁶⁴ In diesem Zusammenhang ist auf eine oft übersehene Passage der Görögüli-Entscheidung des BVerfG hinzuweisen, in welcher – durch ein *argumentum e contrario* – die „enge“ Orientierungsfunktion für einen bereits hinsichtlich einer konkreten innerstaatlichen Norm vom EGMR verurteilten Staat aus Sicht des BVerfG sowie das Verhältnis der EMRK zum sonstigen einfachen Bundesrecht (unbeabsichtigt?) dargelegt wird: „Auch auf Ebene des Bundesrechts genießt die Konvention nicht automatisch Vorrang vor anderem Bundesrecht, zumal wenn es in diesem Zusammenhang nicht bereits Gegenstand der Entscheidung des *Gerichtshofs* war.“⁶⁵ Daraus ist abzuleiten, dass im Falle einer Verurteilung durch den EGMR in Bezug auf eine konkrete Norm (z. B. Fall *Neziraj* und § 329 Abs. 1 S. 1 a.F. StPO) – auch ohne weitere Verurteilung Deutschlands durch den EGMR (etwa auf Grund des Beschlusses des OLG München) die EMRK einen gewissen Vorrang vor § 329 Abs. 1 S. 1 a.F. StPO genießen hätte müssen, und die Orientierungsfunktion für Deutschland im konkreten Fall qua bereits festgestellter Konventionswidrigkeit bezüglich ihres Umfangs „enger“ zu verstehen, d.h. in stärkerem Ausmaß zu berücksichtigen ist als für andere Mitgliedstaaten.

Diese differenzierte Sichtweise der Orientierungsfunktion entspricht dem Sinn und Zweck der EMRK, die einen wenig formellen, auf die Rechtsfolgen ausgerichteten Zugang hinsichtlich möglicher Menschenrechtsverletzungen und des Schutzes der Menschenrechte präferiert, und die auf die Mit-

⁵⁸ *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (861).

⁵⁹ *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (861).

⁶⁰ *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (861).

⁶¹ *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (861); EGMR StraFo 2012, 490 m. Anm. *Püschel* (494 u.V.a. *Grabenwarter*); dem – unter Betonung der Inter-Partes-Wirkung und ohne Bedachtnahme auf die Orientierungsfunktion – inzident widersprechend *Schmidt* (Fn. 11), § 359 Rn. 40; vgl. aber nochmals den Wortlaut von § 359 Nr. 6 StPO („Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zugunsten des Verurteilten ist zulässig [...] 6. wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine Verletzung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten oder ihrer Protokolle festgestellt hat und das Urteil auf dieser Verletzung beruht“).

⁶² *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (861).

⁶³ Beachte hierzu *Meyer-Ladewig* (Fn. 1), Einl. Rn. 35 u.V.a. § 31 Abs. 1 der auch für die EMRK bedeutenden Wiener Vertragsrechtskonvention.

⁶⁴ So aber eindeutig *Schmidt* ([Fn. 11], § 359 Rn. 40) der u.V.a. das OLG Karlsruhe eine analoge Anwendung des § 359 Nr. 6 StPO auf Fälle der Konventionswidrigkeit, in welchen keine Entscheidung des EGMR vorliegt, kategorisch ausschließt; a.A. LG Ravensburg NSZ-RR 2001, 115: pro analoge Anwendung des § 359 Nr. 6 StPO; so auch *Ambos*, ZStW 115, 583 (590, 591); beipflichtend *Swoboda*, HRRS 2009, 188 (192), sowie die weiteren, in Fn. 51 genannten *Autoren*; vgl. auch *Hoffmann-Holland* ([Fn. 49], § 359 Rn. 35), welcher wegen der angenommenen Unmöglichkeit einer Analogie oder Auslegung der Vorschrift für eine Gesetzesänderung votiert.

⁶⁵ BVerfG NJW 2004, 3407 (3410 f.), Hervorhebung des *Verf.*

wirkung der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Konvention vertraut. Durch ein solches, differenziertes Verständnis erwachsen den Mitgliedstaaten auch keine unbilligen Härten; sie könnten nur schneller Rechtssicherheit für die Rechtsunterworfenen herstellen.

Korrektweise ist nochmals zu konstatieren, dass Entscheidungen des EGMR als stärkste Funktion für die Verfahrensparteien nach bisher herrschender, formalistischer Sichtweise, eine solche Inter-Partes, also nur zwischen den Parteien des vom Gerichtshofs gelösten Rechtsstreits wirkende, entfalten, und sich diese nicht auf ähnliche oder gar idente Sachverhalte erstreckt. Allerdings darf nicht außer Bedacht bleiben, dass sich die Mitgliedstaaten der EMRK verpflichtet haben, die Weiterentwicklung des Europäischen Menschenrechtsschutzes, ausgedrückt durch die Entscheidungen des EGMR, zu berücksichtigen, demgemäß auch vorausschauend innerhalb ihrer nationalen Grenzen zu agieren und die in der EMRK verankerten Mindeststandards zu beachten (Ausfluss der Erga-Omnes-Wirkung der EGMR-Judikate; Orientierungsfunktion).⁶⁶ Dass ein solch „vorausiegender Gehorsam“ gegenüber dem EGMR hinsichtlich gegenüber anderen Mitgliedstaaten ausjudizierten Fällen dem nationalen Selbstverständnis der jeweiligen Institutionen nicht entspricht und in praxi nur schwer erwartet werden kann, sondern üblicherweise erst die Verurteilung durch den EGMR zu einem Tätigwerden der nationalen Stellen führt, erweckt bisweilen den Eindruck, die so oft genannte „Leitfunktion der EMRK“ im jeweiligen Rechtsgefüge sei eine stiefmütterlich behandelte und möglichst einschränkend verstandene.

3. Ein jüngeres Beispiel für die festgestellte EMRK-Widrigkeit einer deutschen Strafnorm (§ 329 Abs. 1 S. 1 a.F. StPO) – *Neziraj gegen Deutschland* sowie die folgenden Entscheidungen deutscher Gerichte

Im Jahre 2012 wurde Deutschland auf Grund der festgestellten Konventionswidrigkeit des damals in Geltung befindlichen § 329 Abs. 1 S. 1 StPO, welcher eine zwingende Verwerfung der Berufung eines nicht erschienenen Angeklagten, der sich von seinem für ihn erschienenen Verteidiger verteidigen lassen wollte, normiert, durch den EGMR wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 sowie 6 Abs. 3 lit. c EMRK verurteilt.⁶⁷ Der EGMR hielt u.a. fest, dass der nationale Gesetzgeber das unentschuldigte Fernbleiben eines Angeklagten zwar sanktionieren dürfe, dies jedoch nicht in Gestalt eines Entzuges des Rechts auf Verteidigung, wie es § 329 Abs. 1 S. 1 a.F. StPO vorsah.⁶⁸ Die Entscheidung des EGMR in dieser Causa war keineswegs überraschend, sondern vielmehr die logische und vorhersehbare Folge einer bereits lange zurückreichenden Judikaturlinie des EGMR zum Verständnis des Umfangs des Rechts auf Verteidigerbeistand im Strafprozess.⁶⁹ Als überaus bemerkenswert sind allerdings das auf

diese Entscheidung des Gerichtshof folgende Urteil des OLG München vom 17.1.2013⁷⁰ (sowie die zeitlich gesehen späteren des OLG Bremen⁷¹ und OLG Celle⁷²) zu bewerten, die eine völlige Nichtbeachtung der Entscheidung des EGMR mit sich brachten und sowohl aus dogmatisch-systematischer wie auch menschenrechtlicher Sicht abzulehnen sind. Wie *Esser* zutreffend ausführt, anerkannte das OLG München die Verurteilung Deutschlands durch den EGMR augenscheinlich nicht und zementierte mit seiner „in nicht nachvollziehbarer Form“ vollzogenen Auseinandersetzung (vgl. die vom BVerfG aufgestellten Grundsätze im Fall *Görgülü*) mit der EMRK einen Konventionsverstoß, indem es einen nicht vorhandenen, der Auslegung „eindeutigen entgegenstehenden Wortlaut“ des § 329 Abs. 1 S. 1 a.F. StPO⁷³ heranzog, welcher einer EMRK-konformen Interpretation der innerstaatlichen Norm widerspräche.⁷⁴ Der nach Ansicht des OLG München zu bemühende „Wille des nationalen Gesetzgebers in der Gestalt von bestehendem Gesetzesrecht“, der eine menschenrechtskonforme Auslegung unmöglich machen sollte, kann jedoch die völkerrechtliche Verpflichtung Deutschlands zur konventionskonformen Auslegung der nationalen Rechtsvorschriften nicht ausschließen und ist somit kein schlagkräftiges Argument;⁷⁵ darüber hinaus wäre mittels derartiger Argumentation jeglicher Verstoß gegen die EMRK zu rechtfertigen.⁷⁶ Der vom OLG München (und anderer OLG) gewählte Weg des sich Zurückziehens auf das Tätigwerden des Gesetzgebers und der Verweis, man könne gar nicht anders entscheiden, geht auf Grund der Möglichkeit konventionskonformer Auslegung ins Leere.⁷⁷ Grundsätzlich setzt die Pflicht aller innerstaatlichen Stellen zur konventionskonformen Auslegung und Anwendung nationaler Vorschriften (wie im gegebenen Fall § 329 Abs. 1 S. 1 a.F. StPO) voraus, dass in Bezug auf die EMRK (in der Gestalt des Textes sowie der Auslegung ihrer Vorschriften durch den EGMR)⁷⁸ Interpretationsspielräume der nationalen Norm eröffnet sind.⁷⁹ Die

sichtig insofern bereits schon 2002 *Meyer-Mews*, NJW 2002, 1928 (1929); *Gerst*, NStZ 2013, 310 (311).

⁷⁰ OLG München StraFo 2013, 252 = BeckRS 2013, 03324.

⁷¹ OLG Bremen BeckRS 2013, 13229.

⁷² OLG Celle NStZ 2013, 615.

⁷³ § 329 Abs. 1 S. 1 a.F. StPO (in Geltung bis 25.7.2015): „Ist bei Beginn einer Hauptverhandlung weder der Angeklagte noch in den Fällen, in denen dies zulässig ist, ein Vertreter des Angeklagten erschienen und das Ausbleiben nicht genügend entschuldigt, so hat das Gericht eine Berufung des Angeklagten ohne Verhandlung zur Sache zu verwerfen.“

⁷⁴ *Esser*, StraFo 2013, 253 (254 f.).

⁷⁵ *Esser*, StraFo 2013, 253 (255).

⁷⁶ OLG München FD-Strafrecht 2013, 343625 m. Anm. *Güttner*.

⁷⁷ *Esser*, StraFo 2013, 253 (255).

⁷⁸ Vgl. etwa *Zehetgruber*, HRRS 2013, 397 (403).

⁷⁹ BVerfG NJW 2004, 3407 (*Görgülü*); *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2012, § 3 Rn. 30. Für die Auslegung selbst ist auf das gesamte Instrumentarium der Auslegungsmethodik (und keinesfalls allein auf eine Wortlautauslegung!) zurückzugreifen, somit auf die Wortlautauslegung, die

⁶⁶ Siehe *Grabenwarter*, JZ 2010, 857 (861).

⁶⁷ EGMR NLMR 2012, 371 = HRRS 2013 Nr. 69.

⁶⁸ EGMR NLMR 2012, 371 = HRRS 2013 Nr. 69.

⁶⁹ Vgl. hierzu die vom EGMR im Fall *Neziraj* herangezogenen Entscheidungen *Poitrinol*, *Lala*, *van Geyseghem*, *Krombach*, *Pietiläinen*; siehe nur EGMR NLMR 2012, 371; hell-

insoweit sogleich erfolgte Einschränkung des BVerfG im Görgülü-Verfahren, wonach „eindeutiges entgegenstehendes Gesetzesrecht“ die Pflicht der deutschen Gerichte, einer konventionskonformen Auslegung „im Rahmen geltender methodischer Standards“ den Vorrang zu geben, aufheben könnte, welche von verschiedenen OLGs in weiterer Folge gebetsmühlenartig übernommen und noch verstärkt wurde, ist (siehe oben) m.A. nach bereits grundsätzlich problematisch, sofern es sich allein um einfaches Bundesrecht handelt, würde dies doch einen allgemeinen Vorrang der nationalen Gesetze (im gegebenen Fall der StPO) vor völkerrechtlichen, ins Bundesrecht transformierten und formell gleichrangigen Normen (im gegebenen Fall der EMRK) statuieren, welcher dem deutschen Recht nicht entnommen werden kann, Art. 25 GG widerspricht und die EMRK im Endeffekt auf ein Muster ohne Wert degradieren würde.⁸⁰ Unabhängig von der Beurteilung dieser Grundsatzfrage müssen nach Meinung des BVerfG jedoch die befassten nationalen Gerichte die Entscheidungen des EGMR „berücksichtigen“, das bedeutet „die Konventionsbestimmung in der Auslegung des *Gerichtshofs* zur Kenntnis nehmen und auf den Fall anwenden, soweit die Anwendung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere Verfassungsrecht verstößt“.⁸¹ Es muss somit beim Versuch

systematisch-teleologische Auslegung (unter Einbeziehung von „Fallrecht“), die (zurecht eingeschränkt verstandene) historische Auslegung (vgl. hierzu explizit *Esser*, StraFo 2013, 253, [256]), die verfassungskonforme sowie die menschenrechtskonforme Auslegung; dabei existiert hinsichtlich der Anwendung dieser Formen keine statische Reihenfolge; siehe hierzu ausführlich *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, § 4 Rn. 90- 92, § 13 Rn. 23; ferner auch *Waszczyński*, NStZ-RR 2014, 18 (19). Gerade im strafrechtlichen Bereich ist auf Grund des Machtgefälles zwischen Staat und Betroffenen zu konstatieren, dass – anders als im Görgülü-Beschluss des BVerfG, der eine zivilrechtlichen Ausgangsfall als Ursprung hatte – die Berücksichtigung der EMRK, welche als Ziel gerade die Beschränkung dieser Staatsmacht besitzt, umso intensiver ausfallen und das normative Ziel eines EGMR-Urteils daher zwingend umgesetzt werden muss; siehe hierzu *Safferling* (a.a.O.), § 13 Rn. 24.

⁸⁰ Ausführlich hierzu *Zehetgruber*, 2013, 397 (403); das Nichtbeachten der StPO und EMRK als gleichrangige Normen und das daraus folgende, unrichtige Abstellen auf die Gesetzesbindung der OLG ebenso benennend *Waszczyński* (NStZ-RR 2014, 18 [19]), der zu Recht darauf hinweist, das Normen für sich und isoliert betrachtet jeweils einen eindeutigen Wortlaut aufweisen, sich jedoch erst im notwendigen Zusammenspiel mit anderen Vorschriften und Regelungssystemen dieser Eindruck der Eindeutigkeit relativiert. Ganz in diesem Sinne ferner *Gerst* (NStZ 2013, 310 [312]), der – mit deutlich zu Tage tretender Ablehnung – aufzeigt, dass nach Meinung der OLG die von der EMRK geschützten Grundrechte somit von „Grundgarantien“ zu „Zielvorgaben“ würden, „deren Erreichung der nationale Gesetzgeber und die erkennenden Gerichte aus methodischen Erwägungen und Wertungsfragen zu unterlassen ermächtigt wären“.

⁸¹ BVerfG NJW 2004, 3407 (3411), Hervorhebung des *Verf.*

einer konventionskonformen Auslegung des nationalen Rechts die Konventionsbestimmung (hier: Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK) in der Auslegung des EGMR in die Entscheidungsfindung einbezogen,⁸² ja im Zusammenspiel mit § 329 StPO mitgelesen, und nicht allein am (nur vermeintlich konventionsfeindlichen) Wortlaut der innerstaatlichen Norm haften geblieben werden.⁸³ Erfolgt dies nicht, kommt eine inhaltliche Auseinandersetzung gar nicht zustande, und hat somit nicht einmal ein Versuch der konventionskonformen Auslegung stattgefunden.⁸⁴ Der Wortlaut⁸⁵ (und auch die anderen zu beachtenden und zu gewichtenden Auslegungsmethoden; vgl. Fn. 79) des § 329 Abs. 1 S. 1 a.F. StPO (Fn. 73) eröffnete nun (entgegen anderslautender Entscheidungen und Meinungen⁸⁶) wie von mehreren Autoren aufgezeigt,⁸⁷ in Fällen, „in denen dies zulässig ist“, eine Vertretung des Angeklagten in der Berufungsverhandlung. Durch die Entscheidung des EGMR in der Rechtssache *Neziraj* wurde nunmehr ein solcher zu berücksichtigender, zulässiger Fall einer Vertretung des Angeklagten geschaffen.⁸⁸ Anders als vielerorts behauptet, stellt eine solche Vertretungsmöglichkeit des Angeklagten auch keinen Bruch mit dem Prozessgedanken der deutschen StPO dar, existieren doch sehr wohl nationale Ausnahmeregelungen hinsichtlich der Anwesenheitsverpflichtung des Angeklagten.⁸⁹ Eine solche, vom OLG München (wie

⁸² BVerfG NJW 2004, 3407 (3411); zur konventionskonformen Auslegung siehe grundsätzlich auch *Ambos* (Fn. 40), § 10 Rn. 2 m.w.N.

⁸³ *Waszczyński*, NStZ-RR 2014, 18 (19).

⁸⁴ *Esser*, StraFo 2013, 253 (254 f.); OLG Brandenburg StraFo 2015, 70 = BeckRS 2015, 04030.

⁸⁵ Dieser bildet nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedoch keine starre Auslegungsgrenze und kann im Wege teleologischer Reduktion und anderer anerkannter Auslegungsmethoden eingeschränkt werden, wobei eine klare Trennlinie zwischen zulässiger Auslegung und unzulässiger Korrektur schwierig festzustellen ist. Das auslegende Gericht solle aber jedenfalls im Bestreben handeln, die Auslegung im Sinne der Vermeidung von Völkerrechtswidrigkeiten bis an die diesbezügliche Grenze zu führen; siehe hierzu *Engel*, ZJS 2013, 339 (343).

⁸⁶ *Mosbacher*, NStZ 2013, 312 (313 f. m.w.N.).

⁸⁷ *Ast*, JZ 2013, 780 (785); *Eschelbach*, in: Graf (Fn. 49 – Stand 1.9.2015), § 329 Rn. 7.1; *Engel*, ZJS 2013, 339 (344); *Esser* (Fn. 22), EMRK Art. 6 Rn. 711; *ders.*, StV 2013, 331 (338 f.); *ders.*, StraFo 2013, 253 (255); *Hüls/Reichling*, StV 2014, 242 (245); *Waszczyński*, NStZ-RR 2014, 18 (20 Fn. 13); *Zehetgruber*, HRRS 2013, 397 (404 f.).

⁸⁸ *Eschelbach* (Fn. 87), § 329 Rn. 7.1; *Esser* (Fn. 22), EMRK Art. 6 Rn. 711; *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 140 (148); *Esser*, StV 2013, 331 (338, 339); *Püschel*, StraFo 2012, 492 (493); *Zehetgruber*, HRRS 2013, 397 (404); a.A. OLG München StraFo 2013, 252; OLG Bremen BeckRS 2013, 13229; OLG Celle NStZ 2013, 615; OLG Brandenburg StraFo 2015, 70 = BeckRS 2015, 04030; KG BeckRS 2015, 16548.

⁸⁹ Vgl. *Esser*, StV 2013, 331 (336 u.V.a. die OLG Düsseldorf und Hamm); ferner *Hüls/Reichling*, StV 2014, 242 (245

auch inhaltlich ident von anderen OLG) gefällte Entscheidung, die teilweise Unterstützung findet,⁹⁰ ist nach alledem mit der unter III. 2. angesprochenen, von den OLG nicht einmal erwähnten Orientierungsfunktion der Urteile des EGMR jedenfalls unvereinbar und unterstreicht die Haltung mancher nationaler Gerichte zu EMRK und EGMR auf höchst eindeutige Weise.

IV. Schlussbetrachtung

Die Vorgehensweise deutscher Gerichte in Bezug auf die Umsetzung von Entscheidungen des EGMR ist – wie das Beispiel des § 329 Abs. 1 S. 1 a.F. StPO und die umfangreiche gesetzliche Novellierung der gesamten Vorschrift im Jahre 2015 aufgezeigt hat – eine nicht immer an den Vorgaben der EMRK orientierte und stark auf nationale Vorschriften und Ansichten ausgerichtete, wobei nicht nur die rechtstatsächliche Stellung der EMRK, sondern auch der Sinn und Zweck der Konvention häufig unbeachtet bleiben und bisweilen (auch unter formalen Gesichtspunkten) kaum nachvollziehbar begründete Entscheidungen getroffen werden.

u.V.a. *Mosbacher*, welche trotz Nennung der in der StPO normierten Ausnahmen, die ein Abwesenheitsverfahren vorsehen, einen auf Grund der Systematik der StPO entgegenstehenden Willen des nationalen Gesetzgebers orten); *Mosbacher*, NStZ 2013, 312 (313-315).

⁹⁰ *Mosbacher*, NStZ 2013, 312; *Hüls/Reichling*, StV 2014, 242 (247).

Referendarexamensklausur: Eine feurige Spritztour

Von Wiss. Mitarbeiterin **Rebecca von Atens**, Wiss. Mitarbeiterin **Jessica Schröder**, Gießen*

Sachverhalt

A ist schon seit längerem mit seinem Nachbarn X in einen heftigen Nachbarstreit verwickelt und sinnt auf Rache. Er begibt sich eines Nachmittags auf dessen Grundstück, auf dem sich ein von X allein bewohntes und in seinem Alleineigentum stehendes Wohnhaus befindet. A verteilt das in einem Kanister mitgebrachte Benzin rund um das Wohnhaus und wirft ein angezündetes Tuch in das Benzin. Schon bald schlagen Flammen am Wohnhaus empor, woraufhin A sich vom Grundstück des X entfernt. Er möchte allein das Haus des X zerstören, Menschen sollen durch seine Tat nicht gefährdet werden.

Das Feuer wird alsbald von Passanten bemerkt, die die Feuerwehr verständigen, die auch zeitig eintrifft. Der Feuerwehrmann R, der glaubt, es befänden sich noch Menschen in dem brennenden Wohnhaus, begibt sich nach seiner Ankunft sogleich in das Haus, um die vermeintlich anwesenden Menschen zu retten. Zwar können die übrigen Feuerwehrmänner verhindern, dass das Feuer, das bereits den Boden im Erdgeschoss und einige Stützbalken erfasst hat, auf den ersten Stock des Wohnhauses übergreift. R kommt in den Flammen jedoch um.

Am nächsten Abend möchte A mit seinem Kumpel B eine 100 km entfernte Party besuchen. Da weder A noch B im Besitz eines Kraftfahrzeugs sind, beschließen sie, sich das Porsche 911 Cabriolet des C „auszuborgen“, um Eindruck vor der Diskothek zu schinden. A, der mit C in einer Wohngemeinschaft wohnt, soll sich den Autoschlüssel, den C für gewöhnlich in der obersten Schublade der Kommode im gemeinsamen WG-Flur aufbewahrt, besorgen und nach der Spritztour wieder unversehrt an den gleichen Platz zurücklegen. Den Porsche hingegen wollen A und B nach ihrem Besuch in der Diskothek irgendwo am anderen Ende der Stadt unverschlossen abstellen. Da der Porsche in einer für gewöhnlich abgeschlossenen Garage abgestellt ist, soll B zwecks Öffnung des Garagenschlusses ein Brecheisen mitbringen.

Entsprechend der Absprache nimmt A den Autoschlüssel des C aus der Schublade der Kommode an sich. Sodann begibt A sich zur Garage, wo er mit B um 23 Uhr verabredet ist. Als beide an der Garage ankommen und B mit dem Brecheisen das Garagenschloss aufbrechen will, bemerken sie, dass die Garage unverschlossen ist. C hatte am Vormittag völlig vergessen, die Garage wieder abzuschließen. Als A und B die

Garage betreten haben und A gerade die Tür des Fahrzeugs mit der Funkfernbedienung des Autoschlüssels öffnen will, hören sie Geräusche. Tatsächlich handelt es sich bei dem Geräusch nur um das Rauschen der Baumblätter. A und B glauben jedoch irrig, erwischt worden zu sein, weshalb sie aus der Garage stürmen und fliehen.

Bearbeitervermerk

Wie haben A und B sich nach dem StGB strafbar gemacht? §§ 123, 303, 305 StGB sind nicht zu prüfen.

Lösungsvorschlag

Erster Tatkomplex: „Das Wohnhaus“

I. Strafbarkeit des A gem. § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch das Anzünden des Wohnhauses

A könnte sich einer Brandstiftung gem. § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er das um das Wohnhaus verteilte Benzin mit einem Lappen angezündet hat.

1. Tatbestand

Das Wohnhaus müsste ein fremdes Gebäude oder eine fremde Hütte sein, das A in Brand gesetzt oder mittels Brandlegung ganz oder teilweise zerstört hat.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Tatobjekt

Bei dem Wohnhaus des X handelt es sich um ein durch Wände und Dach begrenztes, mit dem Erdboden fest verbundenes Bauwerk, das den Eintritt von Menschen gestattet¹ und demnach um ein Gebäude im Sinne des § 306 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB. Ferner ist es nicht herrenlos, sondern steht vielmehr im Alleineigentum des X und ist somit für A fremd².

bb) Tathandlung

A könnte das Wohnhaus in Brand gesetzt haben. Ein Wohnhaus ist in Brand gesetzt, wenn ein für den bestimmungsgemäßen Gebrauch wesentlicher Bestandteil des Gebäudes so vom Feuer erfasst wird, dass er auch nach Entfernen oder Erlöschen des Zündstoffs selbständig weiter brennen kann.³ Das von A entfachte Feuer am Tuch hatte bereits das Wohnhaus ergriffen und dort den Boden im Erdgeschoss und einige Stützbalken – für den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Wohnhauses wesentliche Bestandteile – erfasst und zerstört und konnte selbständig weiter brennen. A hat das Wohnhaus somit in Brand gesetzt.

* Die Verf. von Atens ist Wiss. Mitarbeiterin an der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht (Prof. Dr. Thomas Rotsch) am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen. Die Verf. Schröder ist Wiss. Mitarbeiterin an der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht (Prof. Dr. Bernhard Kretschmer) am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen. Die Autorinnen danken beiden Lehrstuhlinhabern herzlich für wertvolle Kritik und Anregungen.

¹ Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 62. Aufl. 2015, § 306 Rn. 3 i.V.m. § 243 Rn. 4.

² Zur Definition von „fremd“ vgl. Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 242 Rn. 12.

³ Vgl. Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 39. Aufl. 2015, Rn. 957.

Hinweis: Da hier bereits eine Inbrandsetzung vorliegt, ist die Annahme einer Brandlegung überflüssig. Diese Tat-handlungsvariante wurde erst durch das 6. StrRG hinzugefügt,⁴ um auch solche Fälle zu erfassen, die noch keine (vollendete) Inbrandsetzung darstellen, aber vergleichbare Folgen nach sich ziehen. Dies betrifft insbesondere Gebäude, die aufgrund ihrer feuerbeständigen Baustoffe oder Baumaterialien gar nicht mehr in Brand geraten können.⁵

b) Subjektiver Tatbestand

A kannte alle objektiven Tatumstände; ihm kam es auch darauf an, das Wohnhaus des X in Brand zu setzen.⁶ Er handelte folglich mit *dolus directus* 1. Grades.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Ferner handelte A rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

A hat sich einer Brandstiftung gem. § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB schuldig gemacht.

II. Strafbarkeit des A gem. § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB durch das Anzünden des Wohnhauses

A könnte sich durch dieselbe Handlung einer schwerer Brandstiftung gem. § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB schuldig gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Bei dem Wohnhaus handelt es sich um ein Gebäude, das von X bewohnt wird, sodass es der Wohnung von Menschen dient. Dieses Gebäude hat A auch in Brand gesetzt (siehe I. 1. a) bb).

Hinweis: Im Rahmen des § 306a StGB kann es grundsätzlich zu einer Einschränkung des objektiven Tatbestands aufgrund einer teleologischen Reduktion kommen, wenn die Tathandlung in Bezug auf Menschen konkret ungefährlich war. Dies gilt jedoch lediglich in Ausnahmefällen, z.B. wenn der Täter sich absolut zuverlässig und lückenlos vergewissert hat, dass sich keine Menschen (mehr) im Gebäude befinden, was wiederum nur in kleinen, insbesondere einräumigen, Hütten oder Häuschen möglich ist.⁷ Ein solcher Ausnahmefall liegt nicht vor.

⁴ BT-Drs. 13/8587, S. 86; 13/9064, S. 22.

⁵ Vgl. zum Ganzen *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 37 Rn. 20; *Herzog/Kargl*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 306 Rn. 22 f.; *Rengier*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 16. Aufl. 2015, § 40 Rn. 12.

⁶ Zur Definition von „Vorsatz“ vgl. BGHSt 19, 295 (298); *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 15 Rn. 7 ff.

⁷ Vgl. BGHSt 26, 121 (124 f.).

b) Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich (siehe I. 1. b).

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Zudem handelte A rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

A hat sich einer schweren Brandstiftung gem. § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB schuldig gemacht.

III. Strafbarkeit des A gem. § 306a Abs. 2 StGB durch das Anzünden des Wohnhauses

A wollte durch seine Tat keine Menschen gefährden, sodass er nicht vorsätzlich hinsichtlich einer Gefahr für die Gesundheit eines anderen Menschen handelte. A hat sich damit nicht wegen schwerer Brandstiftung strafbar gemacht.

IV. Strafbarkeit des A gem. §§ 306a Abs. 1 Nr. 1, 306b Abs. 1 StGB durch das Anzünden des Wohnhauses

A könnte sich jedoch durch dieselbe Handlung wegen besonders schwerer Brandstiftung gem. §§ 306a Abs. 1 Nr. 1, 306b Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Grunddelikt: § 306 oder § 306a StGB

A hat sich einer schweren Brandstiftung gem. § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB schuldig gemacht (siehe II.).

b) Schwere Folge

Durch die Verwirklichung des Grunddelikts müsste A auch (wenigstens) fahrlässig eine schwere Folge im Sinne des § 306b Abs. 1 StGB verursacht haben.

R hat in den Flammen des von A angezündeten Gebäudes den Tod gefunden. In Betracht kommt insofern die schwere Folge in Form einer schweren Gesundheitsschädigung eines Menschen. Fraglich ist, ob der Tod einen Erfolg im Sinne einer schweren Gesundheitsschädigung darstellt. Die schwere Gesundheitsschädigung im Sinne des § 306b Abs. 1 StGB reicht in ihrer inhaltlichen Auslegung weiter als die schweren Folgen einer schweren Körperverletzung im Sinne des § 226 StGB.⁸ Zwar ist die Körperverletzung im Sinne des § 223 StGB notwendiges Durchgangsstadium des Todes,⁹ jedoch gilt dies nicht für die schwere Gesundheitsschädigung hinsichtlich des Todes. Der Eintritt einer solchen ist nicht zwangsläufig dem Todeseintritt vorgelagert. Damit liegt mit dem Tod des R keine schwere Folge im Sinne des § 306b Abs. 1 Var. 1 StGB vor.

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen besonders schweren Brandstiftung gem. §§ 306a Abs. 1 Nr. 1, 306b Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

⁸ *Fischer* (Fn. 1), § 306b Rn. 4.

⁹ Sogenannte Einheitstheorie, siehe *Rengier* (Fn. 5), § 21 Rn. 3.

Hinweis: §§ 306a Abs. 1 Nr. 1, 306b Abs. 1 StGB tritt im Ergebnis hinter dem nachfolgenden §§ 306a Abs. 1 Nr. 1, 306c StGB zurück, sodass eine derart ausführliche Prüfung nicht unbedingt notwendig ist.

V. Strafbarkeit des A gem. §§ 306a Abs. 1 Nr. 1, 306c StGB durch das Anzünden des Wohnhauses

A könnte sich durch dieselbe Handlung einer Brandstiftung mit Todesfolge gem. §§ 306a Abs. 1 Nr. 1, 306c StGB schuldig gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Grunddelikt: Brandstiftung gem. §§ 306-306b StGB

Eine schwere Brandstiftung gem. § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB seitens A liegt vor (siehe II.).

b) Schwere Folge

Ferner müsste A durch die Brandstiftung die schwere Folge in Form des Todes eines anderen Menschen verursacht und es müsste sich die typische Gefahr einer Brandstiftung in der schweren Folge realisiert haben.

aa) Eintritt und Verursachung

R, ein anderer Mensch, ist tot. Der tatbestandsmäßige Erfolg in Form des Todes als schwere Folge ist damit eingetreten. Das Anzünden des Wohnhauses seitens A kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Tod des R entfiel. Folglich liegt ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des A und dem Taterfolg im Sinne der *condicio sine qua non*-Formel vor.¹⁰ A hat somit die qualifizierende Folge im Sinne des § 306c StGB verursacht.

bb) Spezifischer Gefährdungszusammenhang

Im Rahmen von erfolgsqualifizierten Delikten ist über die Maßstäbe der „üblichen“ objektiven Zurechnung hinaus zudem ein sogenannter spezifischer Gefährdungszusammenhang zu prüfen.¹¹

Hinweis: Im Zuge des 6. StrRG 1998 kam es zu einer Neugestaltung des § 306c StGB (§ 307 Nr. 1 a.F.) und zu einem Verzicht auf die Anwesenheit des Opfers am Tatort zur Zeit der Brandstiftung, sodass § 306c StGB nunmehr auch im Falle der Tötung von außen kommenden Rettern grundsätzlich Anwendung findet.

(1) Unmittelbarkeitszusammenhang

Die schwere Folge müsste zunächst unmittelbar aus der Verwirklichung des Grunddelikts durch den Täter resultieren. Dies ist ausgeschlossen, wenn beispielsweise ein Dritter oder

auch das Opfer selbst dazwischentritt und dadurch den Zurechnungszusammenhang unterbricht.¹²

A hat freilich durch das Anzünden des Wohnhauses eine rechtlich missbilligte Gefahr für den Tod des R geschaffen.

R hat sich jedoch selbst in das Haus begeben, sodass fraglich ist, ob die von A geschaffene oder nicht vielmehr die durch das Betreten des Hauses von R selbst geschaffene Gefahr sich im konkreten tatbestandlichen Erfolg realisiert hat.

Hinweis: Dieser Punkt kann auch schon zuvor unter dem Aspekt „Gefahrschaffung“ thematisiert werden. Dann ist bereits zu fragen, ob das Risiko des Todes überhaupt durch A geschaffen wurde, da R sich gerade selbst ins Wohnhaus begeben hat.

In Betracht kommt eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung durch R, die den Zurechnungszusammenhang unterbrechen würde.¹³

Umstritten ist jedoch, ob diese Rechtsfigur auch uneingeschränkt in den sogenannten „Retterfällen“ gilt, das heißt, ob demjenigen, der die rechtlich missbilligte Gefahr schafft, die Rechtsgutsverletzung nicht zuzurechnen ist, die ein eingreifender Retter sich zuzieht.¹⁴

Eine Ansicht will dem Erstverursacher den Taterfolg bei gefährlichen Rettungshandlungen zurechnen, unabhängig davon, ob der eingreifende Retter zu seinem Verhalten rechtlich verpflichtet war oder nicht, da die Gefährdung des Helfers zur Risikosphäre des Täters gehört.¹⁵

Demnach besteht der Zurechnungszusammenhang.

Im Gegensatz dazu wird von einer anderen Auffassung die Verantwortlichkeit des Erstverursachers verneint, da der Retter sich freiwillig selbst gefährde und damit einen Zurechnungsausschluss des Taterfolgs zu dem Erstverursacher bewirke.¹⁶ Dies gelte für Retter mit und ohne rechtliche Verpflichtung gleichermaßen, da selbst die berufsmäßigen Rettungskräfte das Risiko aufgrund ihrer freien Berufswahl „in einem nur wenig erweiterten Sinne ebenfalls freiwillig“¹⁷ eingingen.

¹² Laue, JuS 2003, 743 (745) mit Verweis auf Puppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 2002, § 14 Rn. 3.

¹³ Vgl. BGHSt 32, 262 (263 ff.); 46, 279 (288 f.); 49, 34 (39); Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 45. Aufl. 2015, Rn. 260.

¹⁴ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 13), Rn. 279; zu einer ausführlichen und differenzierten Darstellung des Meinungsbilds in der Literatur in diesen Fällen siehe Strasser, Die Zurechnung von Retter-, Flucht- und Verfolgerverhalten im Strafrecht, 2008, S. 185 ff.

¹⁵ Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 28 IV. 4.

¹⁶ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 115, 139; jedoch hat ders. (in: Paeffgen [Hrsg.], Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 909 [913 ff.]) diese Ansicht aufgegeben.

¹⁷ Roxin (Fn. 16), § 11 Rn. 139 (davon ausgenommen sind Fälle des Wehrdienstes).

¹⁰ Zur Definition vgl. Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 4 Rn. 9.

¹¹ Vgl. Laue, JuS 2003, 743 (744); vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 17. Aufl. 2015, § 9 Rn. 3.

Demzufolge wird der Zurechnungszusammenhang unterbrochen.

Vielfach wird im Rahmen dieses Zurechnungsproblems auch danach differenziert, ob es sich um zur Rettung verpflichtete Personen handelt oder nicht.¹⁸

So wird vertreten, dass Retter mit rechtlicher Verpflichtung¹⁹ nicht eigenverantwortlich handeln, da sie eben gerade zum Eingreifen verpflichtet waren.²⁰ Daran ändere auch eine freiwillige Berufswahl nichts, denn sie umfasse nur die Realisierung typischer Berufsrisiken, die gesellschaftlich allgemein akzeptiert werden.

R ist Feuerwehrmann, sodass er aufgrund öffentlich-rechtlicher Normen²¹ zum Eingreifen verpflichtet ist. Zudem realisiert sich mit dem Tod ein über die typischen Berufsrisiken hinausgehendes Risiko. Somit liegt keine eigenverantwortliche Selbstgefährdung seitens R vor. Der Zurechnungszusammenhang besteht.

Eine andere Ansicht, die ebenso zwischen verpflichteten und nicht verpflichteten Rettern differenziert, bejaht grundsätzlich auch in Fällen von berufsbedingt handelnden Rettern die objektive Zurechnung des Verletzungserfolges, sofern der Täter durch sein Verhalten ein „einsichtiges Motiv für gefährliche Rettungsmaßnahmen schafft“²². Die Grenze der Zurechnung markiert jedoch ein von vornherein als sinnlos oder mit offensichtlich unverhältnismäßigen Wagnissen verbundener und damit ein offensichtlich unvernünftiger Rettungsversuch.²³

¹⁸ Teilweise wird hier eine statusbezogene Differenzierung vorgenommen (Unterscheidung zwischen professionellen und privaten Rettern, *Thier*, Zurechenbarkeit von Retterschäden, 2009, S. 74 ff.), teilweise eine situativ-handlungsbezogene Differenzierung (d.h. es wird darauf abgestellt, ob für die konkrete Rettungshandlung eine Rettungspflicht bestand), vgl. *Radtke/Hoffmann*, GA 2007, 201 (209 ff.); vgl. dazu insgesamt *Radtke*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 306c Rn. 19 ff.

¹⁹ Beispielsweise berufsbedingte Retter wie Feuerwehrmänner oder Retter mit einer Handlungspflicht aufgrund einer Garantenstellung, vgl. § 13 StGB.

²⁰ *Duttge*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, § 15 Rn. 44; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 39. Lfg., Stand: Juni 2004, Anh. zu § 16 Rn. 44; *Radtke/Hoffmann*, GA 2007, 201 (212); *Rengier* (Fn. 5), § 40 Rn. 44a f., der sogar auch bei nicht handlungsverpflichteten Rettern die Freiverantwortlichkeit ablehnen möchte, sofern sie aus einer dem § 35 StGB vergleichbaren Situation heraus gehandelt haben.

²¹ Die Pflichten sind landesrechtlich geregelt, für Hessen beispielsweise in § 6 HBKG.

²² BGHSt 39, 322 (325).

²³ BGHSt 39, 322 (326), jedoch hinsichtlich einer nicht zur Rettung verpflichteten Person; in diesem Sinne und insbesondere auch für den Fall von Berufsrettern formuliert OLG Stuttgart, Beschl. v. 20.2.2008 – 4 Ws 37/08 = NStZ 2009, 331 (332) m. ablehnender Anm. *Puppe; Eisele*, Strafrecht,

R dachte, es befänden sich Menschen in dem brennenden Haus. Dieser Gedanke ist bei einem Wohnhaus und noch dazu bei einem Mangel gegenteiliger Informationen nachvollziehbar und vernünftig. Folglich ist auch nach dieser Ansicht ein Zurechnungszusammenhang gegeben.

Hinweis: Die Vernünftigkeit des Betretens des brennenden Hauses seitens R könnte allerdings auch mit entsprechender Begründung verneint werden: Feuerwehrmänner betreten üblicherweise in einem Team das brennende Gebäude und niemals vorschnell alleine, so wie dies bei R der Fall war. Dementsprechend würde der Alleingang des R als Rettungsversuch unvernünftig und mit unverhältnismäßig großen Wagnissen verbunden erscheinen und dementsprechend wäre nach der „vermittelnden“ Ansicht der Zurechnungszusammenhang zu verneinen.

Nur die zweite Ansicht kommt mit dem Argument der Freiwilligkeit der Retter hinsichtlich ihrer Gefährdung zu dem Ergebnis, den Zurechnungszusammenhang abzulehnen, die übrigen Meinungen bejahen den Zurechnungszusammenhang.

Gegen eine Verneinung des Zurechnungszusammenhangs und damit für die Verantwortlichkeit des Erstverursachers spricht, dass nicht derjenige, der die gefährliche Situation allein herbeigeführt hat (der Brandstifter), aus der Verantwortung für die Verletzung der Rechtsgüter des Retters genommen werden darf.²⁴ Das Verhalten des Erstverursachers ist kausal für die Verletzung der Rechtsgüter des Retters und ihn dennoch durch einen Zurechnungsausschluss gegenüber dem Retter zu privilegieren ist unbillig. Gegen einen Zurechnungsausschluss aufgrund einer „freiwilligen“ Gefährdung der zur Rettung verpflichteten Person spricht zudem, dass es nicht das Anliegen des Gesetzgebers ist, durch die rechtlichen Verpflichtungen zur Hilfe bei diesen Rettern eine Verantwortungsentlastung des Erstverursachers zu bewirken, sondern vielmehr soll die Verantwortung weiterhin bei diesem selbst liegen und der Gesetzgeber möchte damit lediglich „eine angemessene Begrenzung der durch den Täter geschaffenen Gefahr [...] garantieren“²⁵. Ferner erscheint dieses Ergebnis auch unter kriminalpolitischen Gesichtspunkten, wie Generalprävention und Opferschutz²⁶, wünschenswert: Die Brandstifter sollen beachten, dass sie auch für etwaige Schäden von Personen verantwortlich sind, die sich erst nach der Brandlegung zur Rettung von Menschen oder Sachen in das Haus begeben.²⁷ Zudem sollen Dritte dazu angehalten werden, Opfern zur Rettung zu kommen, was durch einen Zurech-

Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, Rn. 791 f.; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 478; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 3. Aufl. 2015, § 23 Rn. 89 f.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 13), Rn. 281; *Wolters*, in: Wolter (Fn. 20), § 306c Rn. 4.

²⁴ So (mittlerweile) *Roxin* (Fn. 16), S. 914.

²⁵ *Satzger*, JA 2014, 695 (703).

²⁶ Vgl. *Kudlich*, in: Wolter (Fn. 20), Vor §§ 13 Rn. 57.

²⁷ *Roxin* (Fn. 16), S. 914.

nungsausschluss des Erfolgs gegenüber dem Erstverursacher konterkariert werden würde.

Demnach liegt keine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des R vor und der Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen der schweren Folge und der Verwirklichung des Grunddelikts durch A besteht.

(2) Gefahrverwirklichungszusammenhang

Ferner müsste sich die dem Grundtatbestand anhaftende eigentümliche Gefahr in der schweren Folge niedergeschlagen haben.²⁸ Es ist fraglich, ob sich ein im Sinne des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB tatbestandstypisches Brandstiftungsrisiko in dem Tod des R realisiert hat. Dagegen könnte eingewendet werden, dass das Risiko, dass ein Rettungswilliger in das Geschehen eingreift (sog. Eingriffsrisiko), nicht die typische Gefahr einer Brandstiftung ist, sondern generell bei Unglücksfällen besteht. Demnach sei der tatbestandsspezifische Gefahrzusammenhang nur erfüllt, sofern die schwere Folge Menschen betrifft, die sich bereits zum Zeitpunkt der Brandlegung im Tatobjekt befinden. Andererseits erscheint es nicht gerechtfertigt, den geforderten spezifischen Gefahrzusammenhang so restriktiv auszulegen,²⁹ zumal gerade mit der Neufassung des § 306c StGB klargestellt wurde, dass auch erst nach der Brandstiftung hinzukommende Retter von dem Schutz des § 306c StGB umfasst sind. Die Unkalkulierbarkeit und schwere Beherrschbarkeit eines Feuers sind die tatbestandsspezifischen Gefahren einer Brandstiftung. Diese sind es auch gerade, die sich im Flammentod des R verwirklicht haben. Folglich hat sich die dem Grundtatbestand anhaftende eigentümliche Gefahr in der schweren Folge auch niedergeschlagen.

(3) Zwischenergebnis

Damit ist der spezifische Gefahrzusammenhang zwischen der schweren Folge und dem Grunddelikt gegeben.

Hinweis: Zum Prüfungsaufbau eines erfolgsqualifizierten Delikts (insbesondere zur Anordnung der objektiven Zurechnung und des spezifischen Gefahrzusammenhangs) finden sich mehrere Ansichten. Führt man sich jedoch vor Augen, dass es letztlich sowohl bei der objektiven Zurechnung als auch bei dem spezifischen Gefahrzusammenhang um die Beantwortung der Frage geht, ob eine normative Verknüpfung zwischen Erfolg und Tathandlung besteht,³⁰ erscheint der vorliegende Aufbau am schlüssigsten.³¹

Gerade im speziellen Fall der Selbstgefährdung könnte zudem in Frage gestellt werden, ob eine Unterscheidung zwischen allgemeiner Zurechnung und spezifischer Gefahrverwirklichung des Grunddelikts überhaupt zweckmäßig ist. Denn hier wird teilweise vertreten, dass „die Unfreiheit des Opfers [...] auf dem Grunddelikterfolg beruhen [muss]“,³² sodass die Fragen nach der allgemeinen Zurechnung und dem spezifischen Gefahrverwirklichung sehr eng miteinander „verflochten“ – wenn nicht gar identisch – erscheinen.

c) (Wenigstens) Leichtfertigkeit hinsichtlich der schweren Folge

Fraglich ist, ob A leichtfertig hinsichtlich des Todes des R gehandelt hat. Leichtfertigkeit umschreibt ein grob fahrlässiges Verhalten.³³ Leichtfertig handelt, wer die sich ihm aufdrängende Möglichkeit des Erfolgeintritts aus besonderem Leichtsinn außer Acht lässt.³⁴

Setzt man ein Wohnhaus in Brand, so ist damit zu rechnen, dass die Feuerwehr alarmiert wird, sich sodann Feuerwehrmänner zur (etwaigen) Rettung von Menschen ins brennende Gebäude begeben und dabei auch zu Tode kommen können. Generell ist die objektive Vorhersehbarkeit der schweren Folge im Sinne des § 306c StGB umso eher zu bejahen, je mehr das Tatobjekt als regelmäßiger Aufenthaltsort von Menschen typisiert ist.³⁵ Bei einem Wohnhaus, wie hier des X, ist dies gerade der Fall. Der tödliche Verlauf der Rettungsaktion des R stellt also durchaus eine sich dem A aufdrängende Möglichkeit dar. Besonderer Leichtsinn bedeutet, dass man die sich aufdrängende Möglichkeit aus besonderer Gleichgültigkeit oder grober Unachtsamkeit außer Acht lässt.³⁶ A hat sich vor dem Entfachen des Feuers keinerlei Gedanken über einen möglichen Einsatz von Rettungskräften und damit über für diese einhergehende Gefahren gemacht, sodass er grob unachtsam handelte. Folglich handelte A leichtfertig.

2. Ergebnis

A hat sich einer Brandstiftung mit Todesfolge gem. §§ 306a Abs. 1 Nr. 1, 306c StGB schuldig gemacht.

VI. Strafbarkeit des A gem. §§ 306d Abs. 1 Var. 3, 306a Abs. 2 StGB durch das Anzünden des Wohnhauses

A hat sich durch dieselbe Handlung auch einer fahrlässigen schweren Brandstiftung gem. §§ 306d Abs. 1 Var. 3, 306a Abs. 2 StGB schuldig gemacht, die jedoch hinter die todeser-

²⁸ Vgl. *Wessels/Hettinger* (Fn. 3), Rn. 973; *Rengier* (Fn. 5), § 40 Rn. 42.

²⁹ Kritisch zu diesem Aspekt als Idee der Einschränkung des tatbestandsspezifischen Gefahrzusammenhangs *Murmann*, *Jura* 2001, 258 (260).

³⁰ Vgl. *Rotsch*, *Strafrechtliche Klausurenlehre*, 2013, Rn. 843.

³¹ Vgl. so auch *Laue*, *JuS*, 2003, 743 (745 f.); ähnlich *Rotsch* (Fn. 30), Rn. 842 ff.; ähnlich ebenso *Wessels/Hettinger* (Fn. 3), Rn. 974.

³² *Hardtung*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 18 Rn. 49.

³³ *Dallinger*, *MDR* 1975, 541 (543); *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl. 2014, § 15 Rn. 55.

³⁴ Vgl. *BGHSt* 33, 66 (67); *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2015, § 52 Rn. 9.

³⁵ Vgl. *Heine/Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 306c Rn. 8.

³⁶ Vgl. *Rengier* (Fn. 34), § 52 Rn. 9.

folgsqualifizierten Brandstiftung gem. §§ 306a Abs. 1 Nr. 1, 306c StGB zurücktritt.³⁷

VII. Strafbarkeit des A gem. § 222 StGB gegenüber R durch das Anzünden des Wohnhauses

Ferner hat A sich durch dieselbe Handlung einer fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB schuldig gemacht.

VIII. Konkurrenzen und Zwischenergebnis

A hat sich einer Brandstiftung gem. § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB, einer schweren Brandstiftung gem. § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB, einer Brandstiftung mit Todesfolge gem. §§ 306a Abs. 1 Nr. 1, 306c StGB und einer fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB schuldig gemacht.

Es ist streitig, ob § 306 StGB und § 306a StGB in Idealkonkurrenz³⁸ stehen oder vielmehr § 306a StGB den § 306 StGB im Wege der Spezialität³⁹ verdrängt. Dies hängt maßgeblich davon ab, welches Rechtsgut man von § 306 StGB umfasst sieht. Stellt man mit der herrschenden Ansicht auf das Eigentum ab,⁴⁰ so besteht Idealkonkurrenz zwischen § 306 StGB und § 306a StGB. Die todeserfolgsqualifizierte Brandstiftung nach §§ 306a Abs. 1 Nr. 1, 306c StGB verdrängt § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB sowie § 222 StGB.⁴¹ Dagegen steht § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu §§ 306a Abs. 1 Nr. 1, 306c StGB aufgrund der eben beschriebenen angenommenen unterschiedlichen Schutzrichtung in Tateinheit.⁴²

Damit hat A sich im ersten Tatkomplex gem. §§ 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB; 306a Abs. 1 Nr. 1, 306c StGB; 52 StGB strafbar gemacht.

Zweiter Tatkomplex: „Wohnung“

I. Strafbarkeit des A gem. § 242 Abs. 1 StGB durch die Entwendung des Autoschlüssels

A könnte sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er den Autoschlüssel des C entwendet hat.

1. Tatbestand

A müsste eine fremde bewegliche Sache vorsätzlich und in Zueignungsabsicht weggenommen haben.

³⁷ Vgl. Fischer (Fn. 1), § 306a Rn. 15.

³⁸ Heine/Bosch (Fn. 35), § 306 Rn. 24; Wolters (Fn. 23), § 306 Rn. 21.

³⁹ Lackner/Kühl (Fn. 33), § 306 Rn. 6; Radtke (Fn. 18), § 306 Rn. 70.

⁴⁰ Es ist streitig, ob neben dem Eigentum weitere Schutzgüter, basierend auf dem Gedanken der Gemeingefährlichkeit der Brandstiftungshandlung, hinzutreten, vgl. dazu näher Radtke (Fn. 18), § 306 Rn. 5 ff.; Wolff, in: Laufhütte/Rissingvan Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 11, 12. Aufl. 2008, § 306 Rn. 3 m.w.N.

⁴¹ Heine/Bosch (Fn. 35), § 306c Rn. 11; Radtke (Fn. 18), § 306c Rn. 33.

⁴² Wolters (Fn. 23), § 306c Rn. 9; a.A. Fischer (Fn. 1), § 306c Rn. 7; BGH NSTZ-RR 2000, 209.

a) Objektiver Tatbestand

Der Autoschlüssel stellt eine bewegliche⁴³ Sache⁴⁴ dar, die auch im fremden Eigentum⁴⁵ – nämlich im Alleineigentum des C – steht, also fremd ist. Der Autoschlüssel befand sich ursprünglich im Gewahrsam des C⁴⁶. C war nicht mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden,⁴⁷ sodass fremder Gewahrsam gebrochen wurde.⁴⁸ Indem A den Autoschlüssel an sich nahm, erlangte er – entgegen dem Willen des C⁴⁹ – die tatsächliche Herrschaft über die Sache derart, dass C nicht mehr über den Autoschlüssel verfügen konnte, ohne wiederum die Verfügungsmacht des A zu beseitigen. Hierdurch begründete A neuen Gewahrsam. Folglich hat A eine fremde bewegliche Sache weggenommen.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Tatbestandsvorsatz

A kam es darauf an und er war sich bewusst, dass er eine fremde bewegliche Sache an sich nahm und hierdurch gegen den Willen des ursprünglichen Gewahrsamsinhabers dessen Gewahrsam brach und eigenen Gewahrsam begründete. Er handelte folglich vorsätzlich.

bb) Absicht rechtswidriger Zueignung

A könnte in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben. Die Zueignungsabsicht setzt sich aus der Aneignungsabsicht und dem Enteignungsvorsatz zusammen.⁵⁰ Mit

⁴³ Zur Definition der Beweglichkeit vgl. Rengier (Fn. 11), § 2 Rn. 5; Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 242 Rn. 44; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 38. Aufl. 2015, Rn. 78.

⁴⁴ Zur Definition der Sache vgl. Eser/Bosch (Fn. 2), § 242 Rn. 9; Wessels/Hillenkamp (Fn. 43), Rn. 18, 74.

⁴⁵ Zur Definition der Fremdheit vgl. Eser/Bosch (Fn. 2), § 242 Rn. 12; Wessels/Hillenkamp (Fn. 43), Rn. 79.

⁴⁶ Zum Begriff des Gewahrsams vgl. Lackner/Kühl (Fn. 33), § 242 Rn. 8a ff.; Rengier (Fn. 11), § 2 Rn. 23 ff.; Wessels/Hillenkamp (Fn. 43), Rn. 82. Es könnte auch erwogen werden, dass A Mitgewahrsam an den sich in der Kommode befindlichen Gegenständen innehatte. Sofern ein solcher Mitgewahrsam (ablehnend Lackner/Kühl [a.a.O.], § 242 Rn. 13) in Betracht gezogen wird, ist der Gewahrsam allerdings im Verhältnis zu C nicht als übergeordnet anzusehen.

⁴⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 16.4.1952 – II ZR 49/51 = NJW 1952, 782 (783); Eser/Bosch (Fn. 2), § 242 Rn. 35; Rengier (Fn. 11), § 2 Rn. 31.

⁴⁸ Sofern A untergeordneter Mitgewahrsam zugesprochen wird, ist dennoch ein Gewahrsamsbruch zu bejahen, da A den übergeordneten Gewahrsam des C gebrochen hat (vgl. BGH, Urt. v. 26.7.1957 – 4 StR 257/57 = BGHSt 10, 400 = NJW 1957, 1933 f.; Eser/Bosch [Fn. 2], § 242 Rn. 32; Lackner/Kühl [Fn. 33], § 242 Rn. 13).

⁴⁹ Vgl. näher zur Inhaltsbestimmung der Diebstahlshandlung Rotsch, GA 2008, 65.

⁵⁰ Fischer (Fn. 1), § 242 Rn. 33a; Rengier (Fn. 11), § 2 Rn. 89 ff.; Wessels/Hillenkamp (Fn. 43), Rn. 150.

Aneignungsabsicht handelt der Täter, wenn er beabsichtigt, sich die Sache selbst oder den ihr innewohnenden Sachwert in sein Vermögen oder in das Vermögen eines Dritten wenigstens vorübergehend einzuverleiben.⁵¹ A bezweckte, den Autoschlüssel zumindest für die Fahrt in die Disko zu behalten. Hierbei handelte er auch mit *dolus directus* 1. Grades, denn es kam ihm gerade darauf an, den Autoschlüssel – wenn auch nur vorübergehend⁵² – in sein Vermögen einzuverleiben.

Weiterhin könnte A auch mit Enteignungsvorsatz gehandelt haben. Dies ist der Fall, wenn der Täter weiß, dass er den Berechtigten dauerhaft aus seiner Sachherrschaftsposition verdrängen könnte und dies auch will.⁵³ A wollte den Autoschlüssel nach der Fahrt wieder zurücklegen. Er handelte diesbezüglich also mit Rückführungswillen. Jedoch wollte A den C zumindest zeitweise, für die Fahrt in die Disko, aus seiner Herrschaftsposition verdrängen. Fraglich ist, ob diese von A gewollte Verwendung der zeitweisen Gebrauchsmöglichkeit des Fahrzeuges für die Annahme eines Enteignungsvorsatzes ausreicht. Als Gegenstand der Zueignung kommt nach der Vereinigungstheorie⁵⁴ neben der Sache auch der in ihr verkörperte Sachwert in Betracht.⁵⁵ Jedoch will die überwiegende Ansicht der Vereinigungstheorie lediglich den spezifischen, nach Art und Funktion mit der Sache verknüpften Wert als zueignungsfähiger Sachwert ansehen.⁵⁶ Einbezogen wird daher lediglich das sog. „*lucrum ex re*“ und nicht das „*lucrum ex negotio cum re*“, also jeglicher Verwendungs-/Funktionswert.⁵⁷ Dem Autoschlüssel wohnt die Mög-

lichkeit inne, das dazugehörige Fahrzeug als Fortbewegungsmittel zu verwenden. Diese Möglichkeit ist aber nicht als unmittelbarer Vorteil in der Sache selbst anzusehen, sondern stellt lediglich einen Gewinn aus der Verwendung der Sache dar, der folglich nicht Gegenstand der Enteignung sein kann. Demzufolge ist mangels dauerhaft gewollter Enteignung seitens des A die beabsichtigte Zueignung zu verneinen.

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Konkurrenzen und Zwischenergebnis

A hat sich nicht strafbar gemacht.

Dritter Tatkomplex: „Geplante Entwendung des Porsche“

I. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 242 Abs. 1, 2, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Hs. 2, 25 Abs. 2 StGB durch die geplante Entwendung des Fahrzeuges

A und B könnten sich wegen eines versuchten mittäterschaftlich begangenen Diebstahls mit einem gefährlichen Werkzeug gem. §§ 242 Abs. 1, 2, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Hs. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie den Porsche mittels eines Brecheisens aus der Garage entwenden wollten.

1. Anwendbarkeit der Versuchsstrafbarkeit

A und B verlassen die Garage ohne den Porsche und damit noch bevor sie das Fahrzeug in Gewahrsam genommen haben. Folglich ist der Diebstahl noch nicht vollendet. Der Versuch des Diebstahls mit Waffen steht gem. §§ 242 Abs. 2, 244 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Hs. 2, 12 Abs. 2 StGB unter Strafandrohung.

2. Tatentschluss

a) Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale

Unter Zugrundelegung ihrer Vorstellung hätten A und B durch das Wegfahren den Gewahrsam des C an der für sie fremden beweglichen Sache – nämlich dem Porsche des C – gebrochen und neuen Gewahrsam begründet. A und B wollten auch auf Grundlage eines gemeinsamen Tatplans arbeitsteilig zusammen wirken, sodass sie den Tatentschluss zu einer mittäterschaftlichen Begehungsweise im Sinne von § 25 Abs. 2 StGB hatten.

b) Absicht rechtswidriger Zueignung

A und B beabsichtigten, das Fahrzeug zumindest vorübergehend für die Fahrt zur Disko in ihr Vermögen einzuverleiben. A und B hatten daher Aneignungsabsicht. Fraglich ist allerdings, ob sie auch mit Enteignungsvorsatz handelten. A und B planten, das Fahrzeug nach der Fahrt an einem unbekann-

⁵¹ Damit der Vereinigungstheorie folgend RG, Urt. v. 3.1.1911 – V 836/10 = RGSt 44, 207 (209); *Eser/Bosch* (Fn. 2), § 242 Rn. 60 f.; *Rengier* (Fn. 11), § 2 Rn. 91; *Schmitz* (Fn. 43), § 242 Rn. 118.

⁵² Für die Bejahung der Aneignungsabsicht reicht bereits der bloße vorübergehend beabsichtigte Gebrauch der Sache aus, vgl. BGH, Urt. v. 28.6.1961 – 2 StR 184/61 = BGHSt 16, 190 (192) = NJW 1961, 2122; *Fischer* (Fn. 1), § 242 Rn. 33a; *Rengier* (Fn. 11), § 2 Rn. 101.

⁵³ Vgl. *Fischer* (Fn. 1), § 242 Rn. 33a; *Rengier* (Fn. 11), § 2 Rn. 90, 97; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 43), Rn. 156.

⁵⁴ Heutige h.M., RG, Urt. v. 7.3.1927 – III 976/26 = RGSt 61, 228 (232 f.); BGH, Urt. v. 5.3.1971 – 3 StR 231/69 = BGHSt 24, 115 (119) = NJW 1971, 900 (901); BGH, Urt. v. 2.7.1980 – 2 StR 224/80 = NStZ 1981, 63; BGH, Urt. v. 26.9.1984 – 3 StR 367/84 = NJW 1985, 812; *Eser/Bosch* (Fn. 2), § 242 Rn. 47 ff.; *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 5), § 242 Rn 78; *Lackner/Kühl* (Fn. 33), § 242 Rn. 22; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 43), Rn. 147.

⁵⁵ *Eser/Bosch* (Fn. 2), § 242 Rn. 49; *Rengier* (Fn. 11), § 2 Rn. 103; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 43), Rn. 145.

⁵⁶ Vgl. *Eser/Bosch* (Fn. 2), § 242 Rn. 49 m.w.N.

⁵⁷ RG, Urt. v. 29.6.1920 – V 399/20 = RGSt 55, 59 (60); BGH, Beschl. v. 21.1.1964 – 5 StR 514/63 = BGHSt 19, 387 (388) = NJW 1964, 2025; BGH, Beschl. v. 28.11.1984 – 2 StR 696/84 = NJW 1985, 1564 (1565); anders noch im Sinne einer weiten Sachwerttheorie vertretend OLG Frankfurt, Urt. v. 13.6.1962 – 2 Ss 258/62 = NJW 1962, 1879;

OLG Hamm, Urt. v. 26.3.1964 – 2 Ss 10/64 = NJW 1964, 1427 (1428 f.).

ten Ort in der Stadt unverschlossen abzustellen. Sofern die Täter das zuvor entwendete Fahrzeug in der Weise abstellen wollen, dass es nach den konkreten Umständen ohne besonderen Aufwand wieder in den Herrschaftsbereich des bisherigen Gewahrsamsinhabers zurückgeführt werden kann, ist aufgrund eines Rückführungswillens der Enteignungsvorsatz zu verneinen.⁵⁸ Ein Rückführungswille ist aber nicht anzunehmen, wenn das Fahrzeug irgendwo abgestellt, damit dem Zugriff Dritter ausgesetzt wird und die Rückführung des Fahrzeugs an den ursprünglichen Gewahrsamsinhabers nur noch vom Zufall abhängt.⁵⁹ A und B wussten, dass sich die Rückführung des Fahrzeuges als zufällig dargestellt hätte, da es an einem unbekanntem Ort und unverschlossen dem Zugriff Dritter ausgesetzt gewesen wäre. Dies nahmen sie auch billigend in Kauf. Sie handelten folglich mit Enteignungsvorsatz bezüglich der dauernden Enteignung des C.⁶⁰

A und B hatten auch keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf die Übereignung des Fahrzeuges, wussten dies auch und handelten daher vorsätzlich in Bezug auf die Rechtswidrigkeit der Zueignung.⁶¹

c) *Vorsatz bezüglich der Qualifikation von § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 2 StGB*

aa) *Gefährliches Werkzeug*

Unter Zugrundlegung ihrer Vorstellung könnten A und B bei der Tat ein gefährliches Werkzeug bei sich geführt haben. Was unter einem gefährlichen Werkzeug im Sinne von § 244

Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB zu verstehen ist, ist allerdings umstritten:

Für die Bestimmung des Begriffs könnte zunächst auf das wortlautgleiche Tatbestandsmerkmal von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB und die hierzu entwickelten Auslegungsgrundsätze zurückgegriffen werden.⁶² Danach ist ein Werkzeug gefährlich, wenn es aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Verwendung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.⁶³ Allerdings ist zu sehen, dass das gefährliche Werkzeug nach § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB gerade kein Tatmittel – wie in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB – darstellt und das bloße Beisichführen des Gegenstandes bereits ausreicht; auf eine Verwendung des gefährlichen Gegenstandes im konkreten Einzelfall kommt es demzufolge gerade nicht an.⁶⁴ Die vom Gesetzgeber angeregte Orientierung an § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB stellt sich daher als dogmatisch verfehlt und systemwidrig dar.⁶⁵ Demzufolge muss zur Auslegung des Begriffs vom gefährlichen Werkzeug im Sinne von § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB auf andere Ansätze zurückgegriffen werden:

Es wird vertreten, der Begriff sei allein nach der rein *abstrakt-objektiven Beschaffenheit* zu bestimmen.⁶⁶ Entscheidend soll sein, dass das gefährliche Werkzeug im Falle seines Einsatzes gegen Personen auf Grund seiner objektiven Beschaffenheit die Eignung besitzt, erhebliche Verletzungen herbeizuführen (sog. „objektive Waffenähnlichkeit“⁶⁷).⁶⁸ Das Brecheisen ist nach seiner objektiven Beschaffenheit durchaus geeignet, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Allerdings muss der Täter das gefährliche Werkzeug auch bewusst gebrauchsbereit bei sich haben.⁶⁹ A und B waren sich aber

⁵⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 16.9.1986 – 1 StR 283/86 = NJW 1987, 266; Rengier (Fn. 11), § 2 Rn. 125.

⁵⁹ BGH, Urt. v. 29.9.1953 – 2 StR 261/53 = BGHSt 5, 205 f. = NJW 1953, 1880; BGH, Urt. v. 26.1.1968 – 4 StR 495/67 = BGHSt 22, 45 (46 f.) = NJW 1968, 951; BGH, Urt. v. 13.5.1982 – 3 StR 51/82 = NStZ 1982, 420; BGH, Urt. v. 16.9.1986 – 1 StR 283/86 = NJW 1987, 266; BGH, Beschl. v. 6.7.1995 – 4 StR 321/95 = NStZ 1996, 38; Fischer (Fn. 1), § 242 Rn. 39; kritisch Eser/Bosch (Fn. 2), § 242 Rn. 54.

⁶⁰ Zu erörtern wäre ggf. noch die Problematik der wesentlichen Wertminderung. Nach h.M. kann eine (Sachwert-) Enteignung nämlich nur bejaht werden, sofern die Sache durch den Gebrauch wesentlich entwertet worden ist (vgl. BGH, Urt. v. 2.7.1980 – 2 StR 224/80 = NStZ 1981, 63; BGH, Beschl. v. 28.11.1984 – 2 StR 696/84 = NJW 1985, 1564 [1565]; BGH, Urt. v. 17.3.1987 – 1 StR 693/86 = BGHSt 34, 309 [312] = NJW 1987, 2242 [2243]; Eser/Bosch [Fn. 2], § 242 Rn. 53; Fischer [Fn. 1], § 242 Rn. 38; Lackner/Kühl [Fn. 33], § 242 Rn. 24; Wessels/Hillenkamp [Fn. 43], Rn. 157). Die kurzzeitig gewollte Entziehung des Sachwertes – vorliegend eine Strecke von 200 km zu fahren – stellt aber noch keine wesentliche Wertminderung des Fahrzeugs dar, so dass der Enteignungsvorsatz, auch unter Zugrundelegung dieses Gesichtspunktes, zu verneinen wäre.

⁶¹ Zur Definition von Rechtswidrigkeit der Zueignung vgl. BGH, Urt. v. 12.1.1962 – 4 StR 346/61 = BGHSt 17, 87 (89) = NJW 1962, 971; Fischer (Fn. 1), § 242 Rn. 50; Rengier (Fn. 11), § 2 Rn. 187.

⁶² Vgl. hierzu Rengier (Fn. 11), § 4 Rn. 38.

⁶³ Vgl. Fischer (Fn. 1), § 224 Rn. 9 m.w.N.

⁶⁴ BGH, Beschl. v. 26.2.1999 – 3 ARs 1-99 = NStZ 1999, 301 (302); BGH, Beschl. v. 15.5.2002 – 2 StR 441/01 = NJW 2002, 2889 (2890); BGH, Beschl. v. 3.6.2008 – 3 StR 246/07 = NJW 2008, 2861 (2862); vgl. weiter Schmitz (Fn. 43), § 244 Rn. 12.

⁶⁵ BGH, Beschl. v. 26.2.1999 – 3 ARs 1-99 = NStZ 1999, 301 (302); BGH, Beschl. v. 15.5.2002 – 2 StR 441/01 = NJW 2002, 2889 (2890); BGH, Beschl. v. 3.6.2008 – 3 StR 246/07 = NJW 2008, 2861 (2862); vgl. weiter Fischer (Fn. 1), § 244 Rn. 14; Eser/Bosch (Fn. 2), § 244 Rn. 5.

⁶⁶ BGH, Beschl. v. 3.7.2008 – 3 StR 246/07 = BGHSt 52, 257 (269) = NStZ 2008, 512 (514).

⁶⁷ Vgl. hierzu BGH, Beschl. v. 15.5.2002 – 2 StR 441/01 = NJW 2002, 2889 (2890 f.); Fischer (Fn. 1), § 244 Rn. 23; Schmitz (Fn. 43), § 244 Rn. 6, 11 f.; Streng, GA 2001, 359 (365 ff.), der auf die sog. Waffenersatzfunktion abstellt.

⁶⁸ BGH, Beschl. v. 3.7.2008 – 3 StR 246/07 = BGHSt 52, 257 (268) = NStZ 2008, 512 (514); BGH, Beschl. v. 21.7.2012 – 5 StR 286/12 = NStZ 2012, 571.

⁶⁹ BGH, Beschl. v. 4.9.1996 – 5 StR 391/96 = NStZ-RR 1997, 50; BGH, Beschl. v. 14.11.2001 – 3 StR 407/01 = StV 2002, 191; BGH, Beschl. v. 27.9.2002 – 5 StR 117/02 = NStZ-RR 2003, 12 (13); BGH, Beschl. v. 12.7.2005 – 4 StR 170/05 = NStZ-RR 2005, 340; Eser/Bosch (Fn. 2), § 244 Rn. 9.

nicht darüber bewusst, dass sie mit dem Brecheisen einen Gegenstand bei sich trugen, der nach seiner objektiven Beschaffenheit dazu geeignet war, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Vielmehr sahen sie in ihm lediglich einen Gegenstand, mit Hilfe dessen sie in die Garage einbrechen wollten. Sie handelten folglich nicht vorsätzlich hinsichtlich des Beisichführens eines gefährlichen Werkzeuges.

Im Unterschied hierzu nimmt die *situationsbezogene abstrakt-objektive Betrachtungsweise* die objektivierende Wertung zusätzlich unter Berücksichtigung der konkreten Tatumstände vor.⁷⁰ Danach sollen Werkzeuge gefährlich sein, wenn sich deren Beisichführen (neben der objektiven Beschaffenheit zur Zufügung erheblicher Verletzungen) in der konkreten Situation aus der Sicht eines objektiven Beobachters nicht mit einer im Vordergrund stehenden neutralen Gebrauchsfunktion erklären lässt, sondern den Anschein begründet, dass das Werkzeug zu nichts anderem als zum Einsatz gegen Menschen bestimmt ist.⁷¹ Das Beisichführen des Brecheisens begründet in der vorliegenden Situation den Anschein, dass A und B das Werkzeug zur Öffnung der Garagentür bei sich hatten. Solche deliktstypisch zwecks Einbruchs mitgeführte Gegenstände dienen aber nicht vorrangig dem Angriff gegenüber Menschen.⁷² Somit ist die Mitnahme des Brecheisens unter Zugrundelegung der Vorstellung von A und B nicht als gefährliches Werkzeug zu qualifizieren.

bb) Zwischenergebnis

Das Brecheisen ist unter Zugrundelegung der Vorstellung von A und B nach allen Ansichten nicht als gefährliches Werkzeug zu qualifizieren. A und B handelten daher nicht vorsätzlich hinsichtlich § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 2 StGB.

3. Unmittelbares Ansetzen

A und B könnten auch unmittelbar zur Tat angesetzt haben. Nach ihrer Vorstellung von der Tat haben sie durch das Betreten der Garage – mit der Funkfernbedienung in der Hand des A – bereits die Schwelle zum „Jetzt geht’s los“ überschritten und objektiv Handlungen vorgenommen haben, die – nach ihrem Tatplan – in ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenakte zur Tatbestandserfüllung führen sollten. Das noch folgende Hineinsetzen in das Fahrzeug und Anlassen des Motors sind hingegen lediglich unwesentliche Zwischenakte. Somit haben A und B unmittelbar zur Tat angesetzt.

⁷⁰ Eser/Bosch (Fn. 2), § 244 Rn. 5a; Fischer (Fn. 1), § 244 Rn. 23 f.; Schmitz (Fn. 43), § 244 Rn. 15 ff.; Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 244 Rn. 17.

⁷¹ Diese Ansicht vertretend Eser/Bosch (Fn. 2), § 244 Rn. 5a; Kindhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 8. Aufl. 2014, § 4 Rn. 8 ff.; Schmitz (Fn. 43), § 244 Rn. 15 ff.; Vogel (Fn. 70), § 244 Rn. 17.

⁷² Eser/Bosch (Fn. 2), § 244 Rn. 5a; Kindhäuser (Fn. 71), § 4 Rn. 10; Schmitz (Fn. 43), § 244 Rn. 16.

4. Rechtswidrigkeit/ Schuld

A und B handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

5. Kein Rücktritt

Die Flucht ist nicht als Rücktrittshandlung im Sinne von § 24 Abs. 2 StGB zu werten, da A und B aufgrund heteronomer Motive – einer vermeintlichen Entdeckung – die Tat nicht vollbrachten und damit nicht freiwillig handelten. A und B sind demnach auch nicht vom versuchten Diebstahl zurückgetreten.

6. Ergebnis

A und B haben sich nicht wegen eines versuchten mittäter-schaftlich begangenen Diebstahls mit einem gefährlichen Werkzeug gem. §§ 242 Abs. 1, 2, 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Hs. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 242 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 Hs. 2, 25 Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1 und 3 StGB durch die geplante Entwendung des Fahrzeuges

A und B könnten sich durch dieselbe Handlung eines versuchten mittäter-schaftlich begangenen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 Hs. 2, 25 Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1 und 3 StGB schuldig gemacht haben.

1. Versuchter Diebstahl

Ein tatbestandsmäßiger, rechtswidriger und schuldhafter Versuch des Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 Hs. 2, 25 Abs. 2 StGB seitens A und B liegt durch das Betreten der Garage – mit der Funkfernbedienung in der Hand des A – vor.

2. Strafe

a) Vollendete Regelbeispiele

In Betracht kommt weiterhin die Verwirklichung der Regelbeispiele des Einbrechens in ein Gebäude nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB und des Eindringens mit einem falschen Schlüssel nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 3 StGB.⁷³ Dass der vorliegend lediglich versuchte Diebstahl unter Erfüllung der Voraussetzungen von § 243 Abs. 1 StGB ein

⁷³ Freilich ist § 244 StGB als Qualifikationstatbestand im Verhältnis zum Grunddelikt des § 242 StGB (vgl. BGH, Beschl. v. 3.4.1970 – 2 StR 419/6 = BGHSt 23, 239; Schmitz, [Fn. 43], § 244 Rn. 68) und damit auch zu § 243 StGB (vgl. BGH, Beschl. v. 3.4.1970 – 2 StR 419/69 = BGHSt 23, 239 f.) lex specialis, da § 243 Abs. 1 StGB als Strafschärfung in Form von Regelbeispielen gegenüber § 242 StGB ausgestaltet ist (vgl. Fischer [Fn. 1], § 243 Rn. 2; kritisch Schmitz [Fn. 43], § 243 Rn. 3). Sofern § 244 StGB aber nicht verwirklicht ist, kommt § 243 StGB wieder zur Anwendung.

besonders schwerer Fall sein kann, ist mittlerweile einhellige Ansicht.⁷⁴

aa) Einbrechen in ein Gebäude, § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB

A und B könnten in ein Gebäude eingebrochen sein. Ein Gebäude ist ein durch Wände und Dach begrenztes, mit dem Erdboden fest verbundenes Bauwerk, das den Eintritt von Menschen gestattet und das Unbefugte abwehren soll.⁷⁵ Die Garage ist von allen Seiten begrenzt, gestattet das Betreten von Menschen und ist durch Vorrichtungen gegen das Eindringen von Unbefugten gesichert. Die Garage stellt daher ein Gebäude dar. In dieses bricht der Täter ein, wenn er Umschließungen, die ein tatsächliches Hindernis bilden und insoweit dem Eintritt in den umschlossenen Raum entgegenstehen, gewaltsam öffnet.⁷⁶ Vorliegend war die Garagentür aber bereits offen, so dass es des gewaltsamen Öffnens mittels des Brecheisens nicht mehr bedurfte. A und B sind somit nicht in ein Gebäude eingebrochen.

bb) Eindringen in einen umschlossenen Raum mit einem falschen Schlüssel, § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 3 StGB

A und B könnten aber in einen umschlossenen Raum mit einem falschen Schlüssel eingedrungen sein. Ein umschlossener Raum ist ein Raumgebilde, das dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden und das mit Vorrichtungen umgeben ist, die das Eindringen von Unbefugten abwehren sollen.⁷⁷ Unter den Begriff des umschlossenen Raumes fallen Kraftfahrzeuge⁷⁸ und damit auch der Porsche. Der Täter dringt in diesen umschlossenen Raum ein, wenn er einen Verschluss, der nur mit dem richtigen Schlüssel geöffnet werden soll, unter Verwendung des falschen Instruments öffnet.⁷⁹ Unter den Begriff des Schlüssels fallen klassische Schlüssel⁸⁰ und damit auch der Autoschlüssel des C. Als falsch gilt ein Schlüssel, wenn er im Augenblick der Tat vom Berechtigten nicht (mehr) zur Öffnung des betreffenden Verschlusses bestimmt ist.⁸¹ Der Autoschlüssel von C war aber zum Zeitpunkt der Tat noch dem ordnungsgemäßen Gebrauch gewidmet. Somit liegt kein falscher Schlüssel vor.

⁷⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 22.8.1984 – 3 StR 209/84 = NStZ 1985, 217; Rengier (Fn. 11), § 3 Rn. 51; Wessels/Hillenkamp (Fn. 43), Rn. 213; a.A. Arzt, StV 1985, 104.

⁷⁵ BGH, Beschl. v. 11.5.1951 – St 1/51 = BGHSt 1, 158 (163) = NJW 1951, 669.

⁷⁶ Eser/Bosch (Fn. 2), § 243 Rn. 11; Rengier (Fn. 11), § 3 Rn. 13; Wessels/Hillenkamp (Fn. 43), Rn. 225.

⁷⁷ BGH, Beschl. v. 11.5.1951 – GS St 1/51 = BGHSt 1, 158 (163 f.) = NJW 1951, 669.

⁷⁸ BGH, Urt. v. 21.3.1952 – 1 StR 737/51 = BGHSt 2, 214 (215) = NJW 1952, 597.

⁷⁹ Fischer (Fn. 1), § 243 Rn. 7.

⁸⁰ Eser/Bosch (Fn. 2), § 243 Rn. 14; Rengier (Fn. 11), § 3 Rn. 16; Schmitz (Fn. 43), § 243 Rn. 27.

⁸¹ BGH, Urt. v. 10.5.1960 – 5 StR 129/60 = MDR 1960, 689; Schmitz (Fn. 43), § 243 Rn. 28.

Folglich sind neben dem versuchten Diebstahl auch die beiden Tatvarianten des Regelbeispiels nicht vollständig verwirklicht worden.

b) Anwendbarkeit des nicht vollendeten Regelbeispiels auf den Versuch

Fraglich ist, ob das Regelbeispiel notwendigerweise vollendet sein muss oder ob bereits der Wille zur Verwirklichung des Regelbeispiels ausreicht, um die Indizwirkung des § 243 StGB herbeizuführen. So könnte davon ausgegangen werden, das Regelbeispiel und seine Indizwirkung greifen nur, sofern das Regelbeispiel voll verwirklicht worden ist.⁸² Das Regelbeispiel verlange schließlich die Erfüllung sowohl der objektiven als auch der subjektiven Voraussetzungen.⁸³ Da § 243 StGB keine Versuchsstrafbarkeit statuiert, wären im Falle des Versuchs die §§ 22, 23 StGB anzuwenden. § 22 StGB spricht jedoch von der Verwirklichung des Tatbestandes.⁸⁴ § 22 StGB in seinem Anwendungsbereich auf § 243 StGB auszuweiten, hätte aber letztlich einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG zur Folge⁸⁵ und liefe damit auf eine unzulässige Analogie hinaus.⁸⁶ Zudem würde – sofern in beiden Fällen die Indizwirkung greifen soll – das (auch vermeintliche⁸⁷) Ansetzen zur Verwirklichung des Regelbeispiels im Ergebnis der vollständigen Verwirklichung des Regelbeispiels gleichgestellt werden.⁸⁸ Für die Existenz eines versuchten Diebstahls in einem besonders schweren Fall, auch bei fehlender Vollendung des § 243 StGB,⁸⁹ spricht aber, dass die Regelbeispiele aufgrund ihres erhöhten Unrechts- und Schuldge-

⁸² So Eser/Bosch (Fn. 2), § 243 Rn. 44; Lackner/Kühl (Fn. 33), § 46 Rn. 15; Lieben, NStZ 1984, 538 (541); Otto, Jura 1989, 200 (201); Rengier (Fn. 11), § 3 Rn. 52, 55; Schmitz (Fn. 43), § 243 Rn. 89; Wessels/Hillenkamp (Fn. 43), Rn. 212 m.w.N.; Zopfs, GA 1995, 320 (322 ff.); So auch der BGH in Bezug auf den damals noch als Regelbeispiel ausgestalteten § 176 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 a.F.: „Den Versuch eines besonders schweren Falles gibt es im System des Strafgesetzbuch nicht, weil die Vorschriften über besonders schwere Fälle, insbesondere die gesetzlichen Regelbeispiele keine Tatbestände im engeren Sinn, sondern lediglich Strafzumessungsregeln enthalten“, vgl. BGH, Beschl. v. 17.6.1997 – 5 StR 232/97 = NStZ-RR 1997, 293.

⁸³ Otto, Jura 1989, 200 (201); Rengier (Fn. 11), § 3 Rn. 55.

⁸⁴ Rengier (Fn. 11), § 3 Rn. 52.

⁸⁵ Denn § 22 StGB bezieht sich nur auf den Versuch von gesetzlichen Tatbeständen und nicht von Strafzumessungsgründen, vgl. Otto, Jura 1989, 200 (201).

⁸⁶ Schmitz (Fn. 43), § 243 Rn. 89.

⁸⁷ Vgl. hierzu Wessels/Hillenkamp (Fn. 43), Rn. 217.

⁸⁸ Wessels/Hillenkamp (Fn. 43), Rn. 216.

⁸⁹ Dafür BGH, Beschl. v. 18.11.1985 – 3 StR 291/85 = BGHSt 33, 370 (374 ff.) = NJW 1986, 940 (941); Fabry, NJW 1986, 15 (18 f.); Küper, JZ 1986, 518 (522 ff.); Maurach/Schröder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 33 Rn. 107; Schäfer, JR 1986, 520 (521 f.).

halts durchaus tatbestandsähnlichen Charakter aufweisen.⁹⁰ Zudem wollte der Gesetzgeber die Reichweite des § 243 StGB durch die Umwandlung von einer Qualifikation in ein Regelbeispiel nicht einschränken.⁹¹ Der Versuch der Tatvarianten des § 243 StGB sollte auch nach der Gesetzesänderung strafbar sein.⁹² Auch stellt es sich ohnehin letztlich als rein formale Gesetzestechnik dar, ob der Gesetzgeber eine Vorschrift als Regelbeispiel oder Qualifikation ausgestaltet; im Ergebnis unterscheidet sich § 243 StGB nicht tiefgreifend von § 244 StGB.⁹³ Die gleiche Bewertung ermöglicht außerdem eine einfache und einheitliche Anwendung des § 243 StGB in Fällen des versuchten Diebstahls.⁹⁴ Folglich greift die Indizwirkung des § 243 StGB bereits dann, wenn der Täter lediglich das Handlungsunrecht von § 243 StGB verwirklicht hat. A und B müssten also mit Tatentschluss bezüglich der Verwirklichung des Regelbeispiels gehandelt und zur Tat unmittelbar angesetzt haben.

c) Nicht vollendete Regelbeispiele

aa) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB

A und B könnten vorsätzlich hinsichtlich des Einbrechens in ein Gebäude gehandelt haben. Die Garage stellte für A und B ein Gebäude dar. A und B wollten das Garagenschloss auch gewaltsam mit der Brechzange öffnen. Sie wären nach ihrer Vorstellung folglich auch in die Garage eingebrochen.⁹⁵ A und B müssten auch unmittelbar zur Tat angesetzt haben. Für den Versuchsbeginn des Regelbeispiels ist auf § 242 StGB und nicht auf § 243 StGB abzustellen.⁹⁶ Entscheidend ist, dass der Täter durch seine Handlung den Gewahrsam bereits unmittelbar angegriffen hat.⁹⁷ Daher haben A und B durch

das Betreten der Garage – mit der Funkfernbedienung in der Hand des A – auch unmittelbar zur Tat angesetzt.

bb) § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 3 StGB

Des Weiteren könnten A und B auch vorsätzlich hinsichtlich des Eindringens in einen umschlossenen Raum mit einem falschen Schlüssel gehandelt haben. A und B wussten, dass der Porsche dazu bestimmt war, von Menschen betreten zu werden und mit entsprechenden Vorrichtungen umgeben war, die das Eindringen von Unbefugten abwehren sollen. Der Porsche stellte für sie daher einen umschlossenen Raum dar. Diesen wollten A und B auch unter Verwendung des Autoschlüssels öffnen und damit auch in diesen eindringen. Allerdings wussten A und B, dass der Autoschlüssel von C zum Zeitpunkt der Tat noch dem ordnungsgemäßen Gebrauch gewidmet und demzufolge nicht falsch war. Somit sind A und B, auch unter Zugrundelegung ihrer Vorstellung von der Tat, nicht mittels eines falschen Schlüssels eingedrungen.⁹⁸

4. Ergebnis

A und B haben sich eines versuchten mittäterschaftlich begangenen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 Hs. 2, 25 Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB schuldig gemacht.

III. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 246 Abs. 1, 3, 22, 23 Abs. 1 Hs. 2, 25 Abs. 2 StGB durch die geplante Entwendung des Fahrzeuges

Die Strafbarkeit tritt als formell subsidiär hinter die Strafbarkeit nach §§ 242 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 Hs. 2, 25 Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB zurück.

IV. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 248b Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 Hs. 2, 25 Abs. 2 StGB durch die geplante Entwendung des Fahrzeuges

Die Strafbarkeit tritt ebenso als formell subsidiär hinter die Strafbarkeit nach §§ 242 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 Hs. 2, 25 Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB zurück.

V. Konkurrenzen und Zwischenergebnis

A und B haben sich wegen versuchten mittäterschaftlich begangenen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 Hs. 2, 25 Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

⁹⁰ BGH, Beschl. v. 18.11.1985 – 3 StR 291/85 = BGHSt 33, 370 (374) = NJW 1986, 940 (941).

⁹¹ BGH, Beschl. v. 18.11.1985 – 3 StR 291/85 = BGHSt 33, 370 (375) = NJW 1986, 940 (941); BT-Drs. 4/650, S. 400.

⁹² BGH, Beschl. v. 18.11.1985 – 3 StR 291/85 = BGHSt 33, 370 (375) = NJW 1986, 940 (941).

⁹³ BGH, Beschl. v. 18.11.1985 – 3 StR 291/85 = BGHSt 33, 370 (374) = NJW 1986, 940 (941).

⁹⁴ BGH, Beschl. v. 18.11.1985 – 3 StR 291/85 = BGHSt 33, 370 (375 f.) = NJW 1986, 940 (941).

⁹⁵ Es könnte ebenso die Tatvariante des Eindringens mit einem „anderen nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeugs“ im Sinne von § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 4 StGB geprüft werden. Jedoch muss mittels dieses Werkzeuges auf den Schließmechanismus eingewirkt werden (vgl. BGH, Urt. v. 29.9.1953 – 2 StR 261/53, BGHSt 5, 205 [207] = NJW 1953, 1880; Fischer [Fn. 1], § 243 Rn. 9). Brechwerkzeuge, die der gewaltsamen Öffnung dienen, sind hingegen bereits von der Einbrechensvariante erfasst (BGH, Urt. v. 9.12.1955 – 2 StR 354/55 = NJW 1956, 271; Koch/Dorn, JA 2012, 676; Rengier [Fn. 11], § 3 Rn. 17).

⁹⁶ Vgl. Eser/Bosch (Fn. 2), § 243 Rn. 57; Fabry, NJW 1986, 15 (18); Rengier (Fn. 11), § 3 Rn. 57.

⁹⁷ Eser/Bosch (Fn. 2), § 243 Rn. 57; Sternberg-Lieben, Jura 1986, 183 (185 f.).

⁹⁸ Weiterhin könnte noch ein Entfall der Indizwirkung (aufgrund eines Kontraindizes) erörtert werden. Die Regelwirkung im Sinne von § 243 Abs. 1 StGB entfällt, sofern erhebliche Milderungsgründe vorliegen, aufgrund derer sich die Anwendung des erhöhten Strafrahmens als unangemessen darstellt (vgl. Fischer [Fn. 1] § 243 Rn. 2). Gegen die Annahme erheblicher Milderungsgründe spricht vorliegend allerdings das Inbetrachtkommen eines (weiteren) sog. unbenannten besonders schweren Falles des Diebstahls nach § 243 Abs. 1 S. 1 StGB aufgrund der bezweckten Verwendung des zuvor entwendeten Autoschlüssels.

Konkurrenzen und Gesamtergebnis

Die in den jeweiligen Tatkomplexen verwirklichten Straftatbestände stehen in Tatmehrheit gem. § 53 StGB zueinander, weil A und B mehrere selbständige strafbewehrte Handlungen begangen haben. A hat sich gem. §§ 306 Abs. 1 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB in Tatmehrheit⁹⁹ (§ 53 StGB) zu § 306c StGB in Tatmehrheit (§ 53 StGB) zu §§ 242 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 Hs. 2, 25 Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht. B hat sich gem. §§ 242 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 Hs. 2, 25 Abs. 2, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht.

⁹⁹ In Betracht käme auch die Annahme einer natürlichen Handlungseinheit und damit einer Tateinheit aufgrund des nahen räumlichen-zeitlichen Zusammenhanges des Geschehens.

Übungsfall: Schirm, Schein und Melone

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Marcus Bergmann, Halle (Saale)*

Der Fall wurde im Sommersemester 2015 als Zwischenprüfungsklausur an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg gestellt. 18,92 % der Bearbeiter haben nicht bestanden, 48,65 % erzielten ein „Ausreichend“, 16,22 % ein „Befriedigend“, 10,8 % ein „Vollbefriedigend“, immerhin 2,7 % ein „Gut“ und ebenso viele ein „Sehr gut“. Die Durchschnittspunktzahl lag bei 6,05 Punkten.

Sachverhalt

An einem regnerischen Vormittag betritt der elegant gekleidete J den „E“-Supermarkt der E-GmbH, um eine Honigmelone zu kaufen. Nachdem er diese in seinen Einkaufswagen gelegt hat, erblickt er auf dem Weg zur Kasse eine Auslage mit Regenschirmen. Einen der schlichten schwarzen Schirme hängt er an den Griff des Einkaufswagens. An der Kasse deutet er auf die Honigmelone. Nachdem der Kassierer K den Kaufpreis eingetippt hat, fragt er J mit einem zweifelnden Blick auf die Honigmelone im Einkaufswagen und ohne auf den Schirm zu achten: „Mehr möchten Sie nicht kaufen?“ Charmant lächelt J und beschließt, den Kaufpreis von 12,90 € für den Schirm zu sparen. Er sagt daher: „Ja“. Die für die Honigmelone berechneten 1,29 € bezahlt J gern. Nachdem er den Einkaufswagen zurückgestellt hat, schlendert J mit dem Schirm und der Honigmelone aus dem „E“-Supermarkt hinaus in den einsetzenden Regen, wo er auf seinen bereits beschirmten Freund M trifft. Beide gehen die Hauptstraße entlang. Während immer schwerere Tropfen fallen, öffnet J den Schirm und beobachtet amüsiert gemeinsam mit M, wie die Menschen auf der Hauptstraße vor dem Regen flüchten. Deshalb entgeht ihm nicht, dass der davonhastenden Passantin P ein Gegenstand aus der Tasche rutscht und in den Rinnstein des Gehwegs platscht. Nach kurzem Überlegen wendet sich J an M, erzählt ihm von seiner Beobachtung und bittet ihn, den Gegenstand aufzuheben, um ihn ggf. zu veräußern und den etwaigen Verkaufserlös zu teilen. Daraufhin begibt sich M in die angezeigte Richtung und erkennt beim Näherkommen in diesem Gegenstand eine Damengeldbörse. Verstoßen hebt er sie auf und entnimmt ihr die beiden nassen 10-€-Scheine, die er darin findet. Die Geldbörse legt er danach auf dem Gehweg ab, damit P sie wiederfindet, wie er es bereits beim Anblick der Börse entschieden hat. Im Anschluss geht er zurück zu J und drückt ihm wortlos einen Schein in die Hand. Dann spazieren beide durch den Regen davon.

Bearbeitervermerk

Wie haben sich J und M nach dem StGB strafbar gemacht?

§§ 123, 249-262, 266-358 StGB sind nicht zu prüfen. Die E-GmbH und P haben Strafanträge wegen aller in Betracht kommender Delikte gestellt.

* Der Autor ist wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Christian Schröder, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Lösung mit Hinweisen

Hinweis 1: Die Klausur wurde zum Abschluss der Vorlesung Strafrecht II am Ende des 2. Fachsemesters gestellt. Inhaltlich stehen im Vordergrund Vermögensdelikte im weiteren Sinne und damit zusammenhängende Probleme (Betrug und die Abgrenzung zum Diebstahl im Selbstbedienungsladen, Fundunterschlagung, Selbstzueignung mit nachfolgender Drittzueignung) sowie Täterschaft und Teilnahme. Im zweiten Semester sind dies noch anspruchsvolle Problemgestaltungen. Zudem standen den Bearbeitern nur zwei Zeitstunden zur Verfügung. Deshalb ist diese Klausur insgesamt als sehr schwer einzustufen.

Angesichts des großen Umfangs des Falles wurde nicht erwartet, dass die Bearbeiter es schaffen würden, ihn vollständig zu lösen. Für eine Bewertung mit „sehr gut“ war dies auch nicht erforderlich. Um ein „ausreichend“ zu erzielen, genügte es, wenn die Bearbeiter den Fall im ersten Tatkomplex vertretbar lösten oder die Strafbarkeit eines der Beteiligten im zweiten Tatkomplex ansprechend prüften. Viele Bearbeiter haben den dritten Tatkomplex vollständig übersehen. Daher wurde es lediglich positiv bewertet, wenn Bearbeiter hierzu etwas schreiben. Für eine „vollbefriedigende“ Leistung musste einer der ersten beiden Tatkomplexe ansprechend und der andere vertretbar geprüft werden.

Die nachfolgende Lösung kann daher nicht in einer Bearbeitungszeit von zwei Zeitstunden erstellt werden, eine solche Erwartung wäre völlig unrealistisch. Es handelt sich daher nicht um eine „Musterklausurlösung“, sondern soll die Probleme der Klausur gutachterlich aufbereiten und durch die zahlreichen Hinweise nachvollziehbar machen, auch indem auf mögliche abweichende Lösungswege hingewiesen wird. Die Falllösung richtet sich daher vor allem an Studierende, die sich in die Themenfelder der Vermögensdelikte sowie Täterschaft und Teilnahme einarbeiten oder auf eine entsprechende Klausur vorbereiten wollen.

A. Tatkomplex „Schirmmitnahme im Supermarkt“ – Strafbarkeit des J

Hinweis 2: Es empfiehlt sich in diesem Fall sehr, Tatkomplexe zu bilden, um die Geschehnisse zu ordnen. Zwingend notwendig ist es aber nicht.

I. § 242 Abs. 1 StGB (Aufhängen des Regenschirmes)

J könnte sich nach § 242 Abs. 1 StGB wegen Diebstahls strafbar gemacht haben, indem er den Schirm an den Griff des Einkaufswagens hängte.

Hinweis 3: Durch das Anhängen des Schirms wurde noch kein neuer Gewahrsam begründet, vgl. unten. Zahlreiche Bearbeiter haben daher diese Prüfung ausgelassen und

gleich das Geschehen an der Kasse geprüft. Dies ist nicht unvertretbar. Die nachfolgende Prüfung soll allerdings den Punkt, an dem die Prüfung scheitert, genau herausarbeiten.

Es ist notwendig, im einleitenden Obersatz die *Handlung* (möglichst nach dem Lebenssachverhalt) zu benennen, die als Tathandlung Gegenstand der Subsumtion werden soll. Denn die strafrechtliche Prüfung knüpft immer an einzelne Handlungen an. Unvertretbar ist es daher, in einer Prüfung mehrere in Betracht kommende Handlungen nacheinander durchzuprüfen, bis eine einschlägig ist. Stattdessen ist jedes Mal eine neue Prüfung mit einem neuen Obersatz zu bilden, der die zu prüfende Handlung (in Abgrenzung zu denen der anderen Prüfungen) klar benennt. Dies ist die Funktion dieses einleitenden Obersatzes.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Der Schirm, eine bewegliche Sache, müsste für J fremd gewesen sein. Fremd ist eine Sache dann, wenn sie wenigstens auch im Eigentum eines anderen als des Täters steht.¹ Der Schirm stand im Eigentum der E-GmbH, also wenigstens auch im Eigentum eines anderen. Somit war er für J fremd.

Diesen Schirm müsste J weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.² Es müsste zunächst fremder Gewahrsam bestanden haben. Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene, in ihrer Reichweite von der Verkehrsanschauung bestimmte tatsächliche Sachherrschaft.³ Der Einkaufsbereich im E-Supermarkt ist eine große räumliche Sphäre, über die der Filialleiter natürlichen und generellen Herrschaftswillen hat. Er kann zwar nicht tatsächlich gleichzeitig über alle in der Sphäre befindlichen Sachen tatsächlich herrschen, aber dennoch

rechnet ihm die Verkehrsanschauung den Gewahrsam aufgrund seines Herrschaftswillens als gelockerten Gewahrsam zu.

Hinweis 4: Im Vordergrund steht hier also die Gewahrsamszurechnung nach Gewahrsamssphären.⁴ Statt auf den Filialleiter kann auch auf den im Sachverhalt benannten Kassierer K abgestellt werden.

J hat aber den Gewahrsam des Filialleiters nicht aufgehoben und somit weder dessen Gewahrsam gebrochen noch neuen Gewahrsam begründet. Also hat er den Regenschirm nicht weggenommen.

Hinweis 5: Vertretbar dürfte es auch sein, einen Gewahrsamswechsel zu bejahen, wenn man darauf abstellt, dass die Verkehrsanschauung den am Wagen hängenden Regenschirm eher den mitgebrachten Gegenständen des Täters und somit ihm den Gewahrsam daran zurechnet. In diesem Fall ist dieser Gewahrsamswechsel allerdings nicht im Wege eines Bruches erfolgt, weil der Filialleiter im Zweifel damit einverstanden ist, dass Kunden die zu kaufenden Regenschirme an den Einkaufswagen hängen.

b) Zwischenergebnis

Der Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

J hat sich nicht nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber K zu Lasten der E-GmbH (Angaben an der Kasse)

J könnte sich gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber K und zu Lasten der E-GmbH strafbar gemacht haben, indem er die Frage des K bejahte.

Hinweis 6: Es ist zusätzlich möglich, im einleitenden Obersatz alle weiteren Aspekte des Lebenssachverhalts anzugeben, die für die Subsumtion im Tatbestand benötigt werden. Allerdings ist dies nicht erforderlich.

Es wird oft empfohlen, mit der Prüfung des Betrugs zu beginnen.⁵ Es ist ebenso zulässig, direkt mit der Prüfung des Diebstahls zu beginnen. Dann muss aber im Rahmen der Prüfung des Gewahrsamsbruchs auf die Frage eingegangen werden, ob und ggf. wie der Diebstahl vom Betrug abzugrenzen ist.⁶

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste J den K getäuscht haben. Eine Täuschung ist eine wahrheitswidrige Behauptung von Tatsachen oder ein

¹ *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 242 Rn. 12; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 242 Rn. 5; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 242 Rn. 4; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 17. Aufl. 2015, § 2 Rn. 6; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 38. Aufl. 2015, Rn. 79; vgl. *Schmidt*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 242 Rn. 7.

² *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 22; *Fischer* (Fn. 1), § 242 Rn. 10; *Heubel*, JuS 1984, 445 (446); *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 22; vgl. schon *Lenckner*, JZ 1966, 320 (321); *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl. 2015, § 242 Rn. 20; *Joecks*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 11. Aufl. 2014, § 242 Rn. 10; *Schmidt* (Fn. 1), § 242 Rn. 11; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 82.

³ *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 23; *Fischer* (Fn. 1), § 242 Rn. 11; *Heubel*, JuS 1984, 445 (446); *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 23 und Rn. 27; ähnlich *Kindhäuser* (Fn. 2), § 242 Rn. 21; *Joecks* (Fn. 2), § 242 Rn. 12 und Rn. 14; *Schmidt* (Fn. 1), § 242 Rn. 12; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 82.

⁴ Vgl. dazu *Kindhäuser* (Fn. 2), § 242 Rn. 22; *Joecks* (Fn. 2), § 242 Rn. 18.

⁵ Vgl. *Joecks* (Fn. 2), § 263 Rn. 89.

⁶ Vgl. *Heubel*, JuS 1984, 445 (448); *Joecks* (Fn. 2), § 263 Rn. 87 f.; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 639.

sonstiges Verhalten, das einen Erklärungswert aufweist, der Irreführung dient und auf das Vorstellungsbild eines anderen einwirkt.⁷

Hinweis 7: Im Vordergrund steht das bewusste Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen.⁸ Dieser Ansatz verlangt deshalb bereits für den objektiven Tatbestand ein Täuschungsbewusstsein.⁹ Eine andere Teilansicht verlangt ein bloß objektives Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen und prüft das Täuschungsbewusstsein erst im Vorsatz.¹⁰ Für den vorliegenden Fall gelangen aber alle Ansätze zum Ergebnis, dass eine Täuschung vorliegt.

J wollte den Schirm nicht bezahlen. Also wollte er ihn nicht durch Kauf erwerben. Dass er die Frage, ob er mehr als die Melone nicht kaufen wolle, bejahte, stimmte insoweit. Das war also keine unwahre Tatsache. Im Kontext¹¹ der Situation an der Kasse zielt die Frage des K aber darauf ab, ob J noch etwas anderes als die Melone bezahlen müsste. Seine Antwort ist so zu verstehen, dass er nichts weiter zu bezahlen dabei hat. Dies stimmte aber nicht. Also gab er eine wahrheitswidrige Behauptung einer (inneren)¹² Tatsache ab und wirkte dadurch auf das Vorstellungsbild des K bewusst ein. Mithin täuschte er K.

Infolgedessen müsste K sich geirrt haben.

Hinweis 8: Die Täuschung muss kausal für den Irrtum sein,¹³ daher hier „infolgedessen“. Alternativ kann die

Kausalität zwischen den Merkmalen Täuschung, Irrtum, Vermögensverfügung und Schaden auch in einem abschließenden fünften Prüfungspunkt „Kausalität“ im objektiven Tatbestand geprüft werden.¹⁴ Beide Herangehensweisen sind gleichermaßen vertretbar.

Dazu müsste er eine Fehlvorstellung über Tatsachen gehabt haben.¹⁵ K dachte, J habe nur die Melone aus den Auslagen des Supermarktes genommen. K dachte also, J habe keine weiteren Waren dabei, die er bezahlen müsse, was aber nicht stimmte. Also hatte er eine Fehlvorstellung über Tatsachen. Dazu kam es gerade wegen der Täuschung. Folglich irrte K infolge der Täuschung.

Hinweis 9: Es wird auch vertreten, dass eine positive Fehlvorstellung nicht vonnöten ist, sondern auch die schlichte mangelnde Kenntnis einer bestimmten Tatsache als Irrtum ausreicht.¹⁶ Man könnte nun meinen, dass sich K nicht positiv vorgestellt habe, J habe keine weiteren Waren zu bezahlen, sondern schlicht nicht gewusst habe, dass J noch eine weitere Ware dabei hat. Doch zum einen genügt für eine positive Fehlvorstellung schon, dass der Getäuschte – wie hier – unreflektiert von einer bestimmten Sachlage ausgeht,¹⁷ zum anderen genügt auch die Unterhaltung eines Irrtums.¹⁸ Durch seine Täuschung hat J aber zumindest die unreflektierte Fehlvorstellung bei K unterhalten, dass jener nur die Melone bezahlen müsse, also eine positive Fehlvorstellung zumindest aufrechterhalten. Somit sind bereits die Anforderungen der engeren Ansicht erfüllt, sodass die weitergehende Meinung zu keinem abweichenden Ergebnis gelangt.

Infolgedessen müsste K eine Vermögensverfügung vorgenommen haben.¹⁹

⁷ Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 490; Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 46 und Rn. 63, stellt – ganz ähnlich – auf eine „Fehlinformation“ als Täuschungshandlung ab und definiert die Täuschung durch Irreführung als „unzutreffende Darstellung einer Tatsache“; vgl. auch Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 14: „Handlung, die Erklärungswert hinsichtlich Tatsachen besitzt“; ähnlich Saliger, in Matt/Renzikowski (Fn. 1), § 263 Rn. 23: „jedes (Gesamt-)Erklärungsverhalten, das der Wahrheit zuwider ist und damit einen Schein setzt“.

⁸ Joecks (Fn. 2), § 263 Rn. 29; Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 263 Rn. 11; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 9; vgl. auch Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 490.

⁹ Näher dazu Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 9; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 492.

¹⁰ Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 14.

¹¹ Auf diesen stellt ebenfalls Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 62, wesentlich ab; ebenso Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 28. Saliger (Fn. 7), § 263 Rn. 23, nimmt auf das „Gesamterklärungsverhalten“ Bezug. Zu vergleichbaren Fällen konkludenten Täuschung trotz wahrer Angaben Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 13 ff.; Joecks (Fn. 2), § 263 Rn. 50 ff.; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 499 und Rn. 639.

¹² Auch diese sind tauglicher Gegenstand einer Täuschung, vgl. dazu Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 8; Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 55; Joecks (Fn. 2), § 263 Rn. 30; Saliger (Fn. 7), § 263 Rn. 15; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 493.

¹³ Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 63 und Rn. 105; Joecks (Fn. 2), § 263 Rn. 69 und Rn. 78; Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 32;

Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 3 und Rn. 39; Saliger (Fn. 7), § 263 Rn. 87; vgl. dazu auch Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 47; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 486.

¹⁴ Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 44 und Rn. 182 ff.; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 600.

¹⁵ Joecks (Fn. 2), § 263 Rn. 69; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 39; Roßmüller/Rohrer, Jura 1994, 469 (471); vgl. Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 54: „Widerspruch zwischen einer (positiven) subjektiven Vorstellung und der Wirklichkeit“; ähnlich Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 34 und Rn. 36; Saliger (Fn. 7), § 263 Rn. 88; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 510.

¹⁶ Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 97.

¹⁷ Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 57 und Rn. 62; Joecks (Fn. 2), § 263 Rn. 70; Saliger (Fn. 7), § 263 Rn. 89 f.; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 511; vgl. dazu auch Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 95.

¹⁸ Dazu Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 94 und Rn. 103; Saliger (Fn. 7), § 263 Rn. 106 f.; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 514; Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 65.

¹⁹ Allg. Ansicht, vgl. nur Saliger (Fn. 7), § 263 Rn. 110; Offermann-Burckart, Vermögensverfügungen Dritter im Betrugstatbestand, 1994, S. 19.

Hinweis 10: Der Irrende und der Verfügende müssen identisch sein,²⁰ daher muss der Verfügende hier zwingend K sein!

Eine Vermögensverfügung ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.²¹ K unternahm nichts dagegen, dass J den Schirm ohne zu bezahlen mitnahm. Infolgedessen verließ J den Kassenbereich. Schon nach dem „Entlassen-Werden“ durch den Kassierer – spätestens mit dem Verlassen des Kassenbereichs – besteht in einem Supermarkt aber keine Gefahr mehr, dass ein eingriffsbereiter Dritter auftauchen und dem Täter die Sache streitig machen könnte.²² Infolgedessen endet der Herrschaftsbereich des Filialleiters bei K, sodass J nach Verlassen des Kassenbereichs aufgrund seines natürlichen Herrschaftswillens die tatsächliche Sachherrschaft ausübte, die ihm auch von der Verkehrsanschauung zugerechnet wird. Somit erlangte J alleinigen Gewahrsam am Schirm, sodass der Filialleiter seinen Gewahrsam verlor. Dies ist eine vermögenswerte Position,²³ folglich wirkte sich das duldende Verhalten des K unmittelbar vermögensmindernd aus.

Hinweis 11: Man könnte hier das Verhalten auch in einem Unterlassen sehen.²⁴ K unterließ es, den Kaufpreis für den Schirm zu fordern. Die Vermögensverfügung kann in einer rein tatsächlichen Einwirkung auf Vermögenswerte bestehen,²⁵ weshalb auch die Nichtgeltendmachung einer Forderung in dem Moment, in dem der Gläubiger den Schuldner am besten hätte in Anspruch nehmen können, eine Vermögensverfügung (durch Unterlassen) ist.²⁶

Als Vermögensposition kann statt des Gewahrsams des Filialleiters auch (zusätzlich oder alternativ) der Besitz herange-

zogen werden. Für diesen gilt Ähnliches wie für den Gewahrsam, auch der (redliche) Besitz ist eine vermögenswerte Position,²⁷ sodass auch unter diesem Gesichtspunkt eine Vermögensverfügung angenommen werden kann.

Strenggenommen führt die Duldung (oder das Unterlassen) des K nur dann unmittelbar zum Gewahrsams- bzw. Besitzwechsel, wenn man mit der allg. hierzu vertretenen Sichtweise diesen schon beim „Entlassen“ des Kunden durch den Kassierer bejaht – wenn also der Kassierer seine Aufmerksamkeit einem anderen Kunden oder einer anderen Aufgabe zuwendet.²⁸ Stellte man dagegen darauf ab, dass sich der Herrschaftsbereich des Filialleiters auf den gesamten Bereich des Supermarktes erstreckt und eine Gewahrsamsklave innerhalb dieses Bereiches mit einem Einkaufswagen nicht begründet werden kann, dann würde der Gewahrsam erst bei Verlassen des Supermarktes auf J übergehen. Diese Sichtweise hätte zur Konsequenz, dass an dieser Stelle eine Vermögensverfügung mangels Unmittelbarkeit noch vertretbar abgelehnt werden kann, weil zusätzliche deliktische Zwischenschritte des Täters erforderlich sind.²⁹

Allerdings reicht es nach e.A. nicht aus, dass der Irrende einen Gewahrsamswechsel an einer Sache unbewusst geschehen lässt.³⁰ Eine Duldung soll daher nur vorliegen, wenn sie bewusst erfolgt.³¹ K nahm den Regenschirm aber gar nicht war. Er war sich daher nicht bewusst, dass er einen Gewahrsamswechsel durch J duldet. Nach dieser Ansicht liegt daher keine Duldung und somit keine Vermögensverfügung vor.

Hinweis 12: Hier fallen oft bereits Stichworte wie „Selbstschädigungsdelikt“³², „Exklusivitätsverhältnis“³³ oder

²⁰ Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 66; Joecks (Fn. 2), § 263 Rn. 85; Offermann-Burckart (Fn. 19), S. 19; Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 65; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 93; Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 135.

²¹ Joecks (Fn. 2), § 263 Rn. 87; Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 106; Offermann-Burckart (Fn. 19), S. 20; Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 55; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 63; Saliger (Fn. 7), § 263 Rn. 111; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 515; ganz ähnlich Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 70.

²² So argumentieren etwa Eser/Bosch (Fn. 1), § 242 Rn. 39, im Anschluss an das OLG Köln, NJW 1984, 810; dem zustimmend Roßmüller/Rohrer, Jura 1994, 469 (471 f.); vgl. dazu auch Fischer (Fn. 1), § 242 Rn. 18; Joecks (Fn. 2), § 242 Rn. 23; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 128.

²³ Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 91; Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 133.

²⁴ Vgl. Walter, Jura 2002, 415 (420); siehe dazu auch Roßmüller/Rohrer, Jura 1994, 469 (472); zum Verhältnis von Duldung und Unterlassen Saliger (Fn. 7), § 263 Rn. 114.

²⁵ Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 133; Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 55; Walter, Jura 2002, 415 (420 f.).

²⁶ Vgl. Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 58; Walter, Jura 2002, 415 (420 f.); Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 63; Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 134, einschränkend Rn. 157.

²⁷ Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 91; Herzberg, ZStW 98 (1977), 367 (372 f.); Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 130; Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 94 f.; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 122 und Rn. 216.

²⁸ So etwa OLG Köln, NJW 1984, 810; vgl. Roßmüller/Rohrer, Jura 1994, 469 (471 ff.). Ausf. zum Kriterium der Unmittelbarkeit Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 76 f.

²⁹ In diesem Sinne Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 57; ähnlich Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 67; vgl. die Beispiele bei Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 64, in denen lediglich eine Gewahrsamslockerung eintritt und der Täter dann durch eine weitere, vom Irrenden unabhängige Handlung erst den Gewahrsamswechsel herbeiführt.

³⁰ Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 60; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 64; Saliger (Fn. 7), § 263 Rn. 124; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 518 und Rn. 638.

³¹ Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 18; Joecks (Fn. 2), § 263 Rn. 88; Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 63 f.; Roßmüller/Rohrer, Jura 1994, 469 (471); Saliger (Fn. 7), § 263 Rn. 124; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 638 f.

³² Vgl. dazu Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 61; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 515 und Rn. 518; vgl. Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 75.

³³ Vgl. Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 137; Walter, Jura 2002, 415 (420); Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 75; Joecks (Fn. 2), § 263

„Abgrenzung von Betrug und Diebstahl“³⁴. Das ist alles ganz richtig, aber eigentlich erst für die Streitentscheidung relevant. Denn damit wird begründet, warum ein Verfügungsbewusstsein erforderlich sein soll. Begründungen gehören aber streng genommen nicht in einen Obersatz. Auch der „Sachbetrug“³⁵ muss als solcher hier nicht bezeichnet werden, denn wichtiger als die Kenntnis eines solchen Schlagworts ist das Verständnis darüber, welche Konstellation (Gewahrsamswechsel an einer Sache) sich dahinter verbirgt.

Für diejenigen, die statt auf eine Duldung des Gewahrsamswechsels auf ein Unterlassen der Geltendmachung einer Kaufpreisforderung abgestellt haben, stellt sich das obige Problem nicht, da beim Forderungsbetrug kein Verfügungsbewusstsein verlangt wird.³⁶ Sie dürften auf den Streit hier strenggenommen nicht eingehen. Allerdings untersagt es die Ansicht, die für den Sachbetrug ein Verfügungsbewusstsein verlangt, einen solchen „Ausweg“ über den unbewussten Forderungsbetrug zu wählen,³⁷ sodass diesen Streit auch diskutieren muss, wer einen Forderungsbetrug prüfen möchte.

Die a.A. verlangt generell kein Verfügungsbewusstsein.³⁸ K hat nach dieser Ansicht also geduldet und somit verfügt.

Die Ansichten gelangen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass eine Streitentscheidung erforderlich ist.

Für die 1. Ansicht spricht, dass eine unbewusste Duldung nicht als Gebeakt des Irrenden, sondern schlicht als Nehmeakt des Täters zu werten ist.³⁹ Dann ist das Verhalten des Irrenden aber keine Selbstschädigung, der Betrug würde seinen Charakter als Selbstschädigungsdelikt⁴⁰ also verlieren, wenn man kein Verfügungsbewusstsein verlangt.⁴¹ Deshalb ist der Diebstahl (als Fremdschädigungsdelikt) vom Betrug (als Selbstschädigungsdelikt) abzugrenzen, beide schließen einander aus (Exklusivitätsverhältnis).⁴² Nach der inneren

Willensrichtung (also dem Verfügungsbewusstsein) muss nach dieser Ansicht entschieden werden, ob eine (bewusste) Vermögensverfügung (und daher ein Einverständnis zum Gewahrsamswechsel) oder ein Gewahrsamsbruch (und daher mangels Verfügungsbewusstseins keine Vermögensverfügung) vorliegt.⁴³

Für die andere Ansicht spricht indes, dass eine Duldung oder ein Unterlassen – und um eine solche Konstellation geht es ja hier – für sich genommen niemals zum Gewahrsamswechsel führen kann, egal ob bewusst oder unbewusst. Hinzu kommen muss stets eine weitere Handlung des Täters, durch die der Gewahrsamswechsel (inklusive der Gewahrsamsneubegründung durch den Täter) vollzogen wird.⁴⁴ In einer solchen Konstellation liegt daher niemals lediglich eine Selbstschädigung (in Form einer Weggabe) vor, weil der Täter *fremdschädigend* mitwirken muss. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass ein Unterlassen allein niemals etwas „bewirken“ kann, sondern allenfalls einen Kausalverlauf nicht abbrechen lässt. Daher kann sich ein Unterlassen (oder ein Dulden) eigentlich nicht unmittelbar vermögensmindernd „auswirken“. Stattdessen bewirkt jemand anderes (der Täter) durch sein Verhalten eine Vermögensverschiebung (hier in Form des Gewahrsamswechsels), die der Betroffene (der Irrende) nicht verhindert. Die Abgrenzung von Fremd- und Selbstschädigung lässt sich daher lediglich für eine Vermögensverfügung durch Tun denken. Das Gesetz selbst verlangt diese Abgrenzung nicht.⁴⁵ Erfüllt ein Verhalten sowohl die Voraussetzung des Diebstahls als auch des Betruges, lässt sich dies immer noch befriedigend auf der Konkurrenzebene aufklären.⁴⁶ Somit sprechen die besseren Argumente für die zweite Ansicht. Also hat K verfügt.

Hinweis 13: Die h.M. lässt sich natürlich ebenfalls gut vertreten, indem den dort bereits angeführten Argumenten größeres Gewicht beigemessen oder die Behauptung, es gebe ein Exklusivitätsverhältnis zwischen Betrug und Diebstahl, nicht weiter in Frage gestellt wird. Hier soll die andere Ansicht vertreten werden, schon um aufzuzeigen, wie die Prüfung dann weitergeht. Wer hingegen der h.M. folgt, muss die Betrugsprüfung hier abbrechen.

Allerdings wirkt sich die Verfügung des K nicht auf sein Vermögen, sondern auf den Gewahrsam des Filialleiters und letztlich auf das Vermögen der E-GmbH aus. Eine Verfügung über fremdes Vermögen ist nur dann eine für den Betrugstatbestand ausreichende Vermögensverfügung, wenn sich der

Rn. 88: „Exklusivitätsdogma“; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 515: „Abgrenzungsfunktion der Vermögensverfügung“.

³⁴ Näher dazu *Joecks* (Fn. 2), § 263 Rn. 7; *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 64 und Rn. 75; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 622.

³⁵ Vgl. zu diesem Begriff *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 64 und Rn. 75; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 518.

³⁶ *Fischer* (Fn. 1), § 263 Rn. 4; *Herzberg*, ZStW 98 (1977), 367 (383); *Kindhäuser* (Fn. 2), § 263 Rn. 155; *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 65; *Perron* (Fn. 8), § 263 Rn. 60; *Roßmüller/Rohrer*, Jura 1994, 469 (472).

³⁷ Deutlich *Roßmüller/Rohrer*, Jura 1994, 469 (472).

³⁸ *Herzberg*, ZStW 98 (1977), 367 (380 ff.); *Lenckner*, JZ 1966, 320; *Walter*, Jura 2002, 415 (420); vgl. *Offermann-Burckart* (Fn. 19), S. 148 ff.

³⁹ *Perron* (Fn. 8), § 263 Rn. 60; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 623 und Rn. 639; vgl. *Saliger* (Fn. 7), § 263 Rn. 124 f.

⁴⁰ Zu diesem Charakter *Lenckner*, JZ 1966, 320 (321); *Perron* (Fn. 8), § 263 Rn. 3 m.w.N.; *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 61; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 518.

⁴¹ *Saliger* (Fn. 7), § 263 Rn. 124.

⁴² *Perron* (Fn. 8), § 263 Rn. 63 f.; *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 75; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 516 ff. und Rn. 623.

⁴³ *Perron* (Fn. 8), § 263 Rn. 60 und Rn. 63a f.; *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 75.

⁴⁴ Ein entsprechendes Beispiel findet sich schon bei *Lenckner*, JZ 1966, 320 (321).

⁴⁵ *Walter*, Jura 2002, 415 (420 f.); vgl. *Lenckner*, JZ 1966, 320 (321); *Herzberg*, ZStW 98 (1977), 367 (375).

⁴⁶ *Walter*, Jura 2002, 415 (420); *Herzberg*, ZStW 98 (1977), 367 (375).

Vermögensinhaber diese als eigene Verfügung zurechnen⁴⁷ lassen muss.

Hinweis 14: Hier wird oft das Stichwort „Dreiecksbetrug“ genannt.⁴⁸ Das ist auch sicher nicht falsch, führt aber in einer Falllösung eigentlich nicht weiter, weil es bloß die Konstellation beschreibt, die hier vorliegt, aber nicht deutlich macht, wie diese gelöst werden kann. Man kann es daher ruhig weglassen. Häufig ist hier auch der Grundsatz zu lesen, dass Getäuschter und Verfügender identisch sein müssen, nicht jedoch Getäuschter und Geschädigter.⁴⁹ Auch dies stimmt fraglos, doch für eine Falllösung ist nicht relevant, was nicht sein muss, sondern das, was sein muss. Denn der Obersatz einer Subsumtion muss die Voraussetzungen nennen, unter denen eine Rechtsfolge eintritt. Zudem stellt sich das Problem dieser Zurechnung (dem Vermögensinhaber gegenüber) bereits im Prüfungspunkt der Vermögensverfügung.⁵⁰ Denn ein dem Täter als sein Erfolg zurechenbarer Vermögensschaden liegt auch vor, wenn dem Vermögensinhaber das Verhalten des Dritten nicht zuzurechnen ist. Allerdings liegt dann kein Betrug vor, weil es am zuvor bereits angesprochenen Aspekt der Selbstschädigung seitens des Vermögensinhabers dann (im Gegensatz zu oben) *völlig* fehlt.

Wer die Vermögensverfügung nicht im Dulden des Gewahrsamswechsels, sondern in der Unterlassung der Geltendmachung der Kaufpreisforderung für den Schirm sieht, muss ebenfalls auf dieses Problem eingehen.

Unter welchen Voraussetzungen dies erfolgen soll, ist allerdings umstritten.

Nach der strengsten hierzu vertretenen Ansicht muss der Irrende zivilrechtlich wirksam zur Verfügung befugt gewesen sein.⁵¹ K war Kassierer im Supermarkt der E-GmbH, also war er befugt, Eigentum der E-GmbH an Kunden zu übertragen und Sachen in den Gewahrsam von Kunden zu übertragen (vgl. § 56 HGB). Somit war er zivilrechtlich befugt, den

Gewahrsamswechsel zu dulden. Also ist dem Vermögensinhaber die Verfügung nach dieser Ansicht zuzurechnen.

Hinweis 15: § 56 HGB muss hier nicht erwähnt werden. Es genügt, dass deutlich wird, dass K zivilrechtlich verfügungsbefugt ist. Diese Befugnis gilt mit ganz ähnlicher Begründung auch hinsichtlich der Verfügung über Forderungen, wenn man zuvor auf das Unterlassen der Geltendmachung des Kaufpreises für den Schirm abgestellt hat.

Die übrigen Ansichten stellen weniger strenge Anforderungen,⁵² gelangen also zwangsläufig zu demselben Ergebnis. Somit muss sich der Vermögensinhaber die Verfügung nach allen Ansichten zurechnen lassen. Einer Streitentscheidung bedarf es folglich nicht, eine für den Betrugstatbestand ausreichende Vermögensverfügung liegt vor.

Hinweis 16: Dies ist der eleganteste Weg, einen Streit darzustellen, dem Meinungen zugrunde liegen, die in einem Stufenverhältnis von strengeren („mehr“) und weniger strengen Anforderungen stehen. Ist das Merkmal nach der strengsten Ansicht erfüllt, ist es nach allen Ansichten erfüllt.⁵³ Ist das Merkmal nach der am wenigsten strengen Ansicht nicht erfüllt, ist es nach allen Ansichten nicht erfüllt. Selbstverständlich ist es aber ebenfalls vertretbar, hier die übrigen Ansichten zu nennen (wichtig ist dann nur noch die Ansicht, die ein – bereits vor der Täuschung begründetes – Näheverhältnis des Irrenden zum verfügbaren Vermögenswert verlangt)⁵⁴ und dann den Gleichlauf der Ergebnisse festzustellen.

Infolge der Vermögensverfügung müsste es zu einem Vermögensschaden beim Vermögensinhaber gekommen sein. Dies ist der Fall, wenn der Gesamtwert des Vermögens vor der Verfügung größer war als nach der Verfügung.⁵⁵ Infolge der Verfügung ist der Gewahrsam am Schirm auf J übergegangen, ohne dass es dafür eine Kompensation gab. Somit war der Gesamtwert des Vermögens vor der Verfügung größer als nach der Verfügung. Also kam es infolge der Vermögensverfügung zu einem Vermögensschaden.

Hinweis 17: Es ist vertretbar, diesen Vermögensschaden in der Höhe des Kaufpreises des Schirmes (12,90 €) anzusetzen. Stellt man auf das Unterlassen der Geltendmachung einer Kaufpreisforderung als Vermögensverfügung ab, dann liegt der Schaden ebenfalls bei 12,90 €.

⁴⁷ Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 79; Saliger (Fn. 7), § 263 Rn. 130; Offermann-Burckart (Fn.), S. 156 ff., insbesondere S. 161; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 95; darauf stellt auch Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 65, ab; ähnlich Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 641.

⁴⁸ Vgl. etwa Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 79; Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 141; Lenckner, JZ 1966, 320; Offermann-Burckart (Fn. 19), S. 7; Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 65; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 93; Saliger (Fn. 7), § 263 Rn. 129; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 641.

⁴⁹ Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 79; Joecks (Fn. 2), § 263 Rn. 89; Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 141; Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 65; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 93; Saliger (Fn. 7), § 263 Rn. 129; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 641.

⁵⁰ Joecks (Fn. 2), § 263 Rn. 84 ff.; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 72 f. und Rn. 93 ff.; ebenso im Ergebnis Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 65.

⁵¹ Sog. „Befugnistheorie“, vgl. etwa Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1902, S. 344 f.; Samson, JA 1978, 567.

⁵² Vgl. Lenckner, JZ 1966, 320; Joecks (Fn. 2), § 263 Rn. 91 ff.; Offermann-Burckart (Fn. 19), S. 148 ff.; Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 66 m.w.N.

⁵³ Vgl. insoweit auch Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 642.

⁵⁴ Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 66; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 100; vgl. Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 645 ff.

⁵⁵ Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 88 und Rn. 110; Joecks (Fn. 2), § 263 Rn. 101; Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 99.; vgl. Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 158; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 155 f.; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 538.

Also ist der objektive Tatbestand erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

J müsste vorsätzlich gehandelt haben, also mit dem Wissen um die Tatumstände und dem Willen, den Tatbestand zu verwirklichen.⁵⁶ J wusste, dass er durch sein Verhalten einen Irrtum bei K erregen, dieser dann den Gewahrsamswechsel dulden und somit das Vermögen der E-GmbH schädigen würde. Das wollte J auch. Somit handelte er vorsätzlich.

Zudem müsste J die Absicht gehabt haben, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

Hinweis 18: Es ist kein Fehler, hier zunächst nur eine „Bereicherungsabsicht“⁵⁷ zu prüfen und danach – in einem gesonderten Punkt – die Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung ansprechen. Da das Gesetz die Merkmale aber verknüpft und zudem nicht von „Bereicherung“, sondern von der Vermögensvorteilsverschaffung spricht, bietet es sich an, dies in der Prüfung auch zu tun.

Ein Vermögensvorteil ist jede günstigere Gestaltung der Vermögenssituation.⁵⁸ Diesen muss der Täter unmittelbar aus dem Vermögen des Geschädigten anstreben, sodass dieser gewissermaßen die Kehrseite des diesem bereiteten Schadens ist.⁵⁹

Hinweis 19: Dieses Verhältnis zwischen Schaden und erstrebtem Vermögensvorteil wird auch „Stoffgleichheit“⁶⁰ genannt. Dieser Begriff muss hier ebenso wenig genannt werden wie der der „Kehrseite“. Beides sind nur Bilder, die veranschaulichen sollen, welche Qualität der Vorteil haben muss, den der Täter erstrebt. Da es sich hier um ein subjektives Merkmal handelt, muss der Täter sich diese Qualität vorstellen.

⁵⁶ Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 3 f.; Gaede, in: Matt/Renzikowski (Fn. 1), § 15 Rn. 4; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 5 Rn. 6; Lackner/Kühl (Fn. 1), § 15 Rn. 3; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 14 Rn. 5; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 45. Aufl. 2015, Rn. 203; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 581.

⁵⁷ Der Begriff wird in diesem Kontext allg. verwendet, vgl. etwa Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 186; Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 166; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 237. Präziser aber Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 583.

⁵⁸ Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 167; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 237; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 584; vergleichbar Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 186.

⁵⁹ Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 187; Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 210; Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 168; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 246 und Rn. 249; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 588.

⁶⁰ Vgl. Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 187; Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 211; Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 168; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 246; kritisch Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 588.

J hatte die Absicht, den Schirm ohne zu bezahlen wie ein Eigentümer nutzen zu können. Also strebte er nach einer günstigeren Gestaltung seiner Vermögenssituation – also einem Vermögensvorteil –, die unmittelbar dem Vermögen des Geschädigten entstammte und die Kehrseite dessen Schadens war.

Dieser erstrebte Vorteil müsste rechtswidrig gewesen sein. Dies ist er dann, wenn der Täter keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf den Vorteil hat.⁶¹ J hatte keinen Anspruch auf den Gewahrsam am Schirm, also war der erstrebte Vorteil rechtswidrig. Dies wusste er auch.⁶²

Folglich hatte er die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

Der subjektive Tatbestand ist demgemäß ebenfalls erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit

In Ermangelung von Rechtfertigungsgründen handelte J rechtswidrig.

3. Schuld

Es liegen keine Entschuldigungsgründe vor, sodass J zudem schuldhaft handelte.

4. Strafantragserfordernis

Wegen § 263 Abs. 4 i.V.m. § 248a StGB ist ein Strafantrag erforderlich, wenn der Vermögensgegenstand geringwertig war.⁶³ Nach allen Ansichten ist jedenfalls ein Gegenstand, der weniger als 25 € wert ist, geringwertig.⁶⁴ Der Schirm selbst war nur 12,90 € wert, somit lag der von J erlangte Vermögensvorteil deutlich unter 25 €.

Also war er geringwertig. Somit ist ein Strafantrag erforderlich. Dieser wurde seitens der E-GmbH gestellt.

Hinweis 20: Nach § 77 Abs. 1 StGB ist der Verletzte antragsberechtigt. Dies ist beim Betrug der Geschädigte,⁶⁵ hier daher die E-GmbH. Dass der erforderliche Strafantrag gestellt wurde, ist zwar wichtig, entbindet aber nicht

⁶¹ Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 191 ff.; Kindhäuser (Fn. 2), § 263 Rn. 218; vgl. Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 171 f., wonach dem Merkmal auf Grundlage eines juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs allerdings keine Bedeutung zukommt, weil die juristischen Wertungen bereits in der Bestimmung von Schaden und Vorteil einfließen; ebenso Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 585 ff.

⁶² Dazu, dass zumindest bedingter Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit erforderlich ist, Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 193 f.; Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 176 a.E.; vgl. Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 2. Kindhäuser ([Fn. 2], § 263 Rn. 221) zeigt überzeugend auf, warum eine kurze Feststellung hier genügt.

⁶³ Vgl. zur Erstreckung auf alle Vermögensgegenstände Perron (Fn. 8), § 263 Rn. 192; ähnlich Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 228 und § 243 Rn. 25.

⁶⁴ Eser/Bosch (Fn. 1), § 248a Rn. 10; Fischer (Fn. 1), § 243 Rn. 25; Rengier (Fn. 1), § 3 Rn. 40.

⁶⁵ Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 77 Rn. 10.

davon, in der Klausur zu prüfen, ob ein Antrag überhaupt erforderlich war. Darauf kommt es maßgeblich an, deshalb darf diese Prüfung nicht durch einen bloßen Verweis auf gestellte Anträge ersetzt werden.

5. Ergebnis

J hat sich somit wegen Betruges strafbar gemacht.

III. § 242 Abs. 1 StGB (Verlassen des Kassensbereiches)

J könnte sich nach § 242 Abs. 1 StGB wegen Diebstahls strafbar gemacht haben, indem er nur die Honigmelone zahlte und dann mit dem Schirm den Kassensbereich verließ.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Der Schirm war eine für J fremde, bewegliche Sache, s.o. Diese müsste J weggenommen haben. Wie bereits geprüft, bestand im „E“-Supermarkt Gewahrsam des Filialleiters, also für J fremder Gewahrsam. Wie schon festgestellt, hat J durch Verlassen des Kassensbereiches neuen Gewahrsam begründet.

Hinweis 21: Da die „fremde, bewegliche Sache“ und der „Fremde Gewahrsam“ bereits in der ersten Diebstahlprüfung durch Subsumtion herausgearbeitet wurden, ist es hier entbehrlich, diese Merkmale erneut zu prüfen. Denn zwischenzeitlich hat sich nichts geändert. Die Gewahrsamsneubegründung wurde in der Betrugsprüfung bezüglich der Vermögensverfügung durch K festgestellt, insofern genügt hier ebenfalls ein Verweis. Eine neuerliche Prüfung kostet nur Zeit, lohnt daher nicht. Wer diese Prüfung oben allerdings nicht angestellt hat, muss sie nun nachholen.

Dieser Gewahrsamswechsel müsste im Wege eines Bruches, also ohne den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers, erfolgt sein.⁶⁶ Dem Filialleiter als bisheriger Gewahrsamsinhaber wurde das Verhalten des K als Verfügung zugerechnet. Die h.M. nimmt in derartigen Fällen daher ein tatbestandsausschließendes Einverständnis an.⁶⁷ Allerdings geht die h.M. dabei von einem Exklusivitätsverhältnis zwischen Betrug und Diebstahl aus und verlangt deshalb auch, dass die Verfügung beim Sachbetrug bewusst erfolgen muss.⁶⁸ Weil diesem Ansatz hier nicht gefolgt wurde, ergibt sich aus dem Vorliegen einer (unbewussten) Verfügung gerade nicht automatisch, dass ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vorliegt. Infolgedessen ist hier nach dem tatsächlichen Willen des Gewahrsamsinhabers zu fragen. Der Filialleiter als bisheriger Gewahrsamsinhaber war mit dem Gewahrsamswechsel nicht einverstanden. Somit erfolgte der Wechsel

ohne seinen Willen. Folglich erfolgte der Gewahrsamswechsel im Wege eines Bruches.

Mithin hat J den Schirm weggenommen.

b) Subjektiver Tatbestand

J müsste vorsätzlich gehandelt haben. J wusste, dass der Regenschirm eine für ihn fremde, bewegliche Sache war, die er durch sein Verhalten wegnahm. Dies wollte er auch. Somit handelte er vorsätzlich.

Hinweis 22: Eine ausführlichere Prüfung ist hier nicht nötig.

Zudem müsste J die Absicht gehabt haben, den Schirm sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen.

Hinweis 23: Es ist kein Fehler, hier zunächst nur eine „Zueignungsabsicht“ zu prüfen und danach – in einem gesonderten Punkt – die Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung anzusprechen.⁶⁹

Dies setzt zunächst die Absicht zumindest zeitweiliger Aneignung, also der Einverleibung in das eigene Vermögen, voraus.⁷⁰

Hinweis 24: Ebenso gut kann man aber mit der Prüfung des Vorsatzes dauerhafter Enteignung beginnen.

J strebte danach, den Schirm draußen zu benutzen. Die Benutzung steht nur dem Eigentümer zu. J hatte also die Absicht, durch die vorübergehende Ausnutzung⁷¹ der Sache für sich diese dem eigenen Vermögen einzuverleiben. Folglich hatte er die Absicht zumindest zeitweiliger Aneignung.

Außerdem müsste J den zumindest bedingten Vorsatz gehabt haben, den Eigentümer dauerhaft zu enteignen.⁷² J nahm zumindest billigend in Kauf, dass die E-GmbH niemals wieder über den Schirm verfügen könnte. Also hatte er den bedingten Vorsatz, den Eigentümer dauerhaft zu enteignen.

⁶⁹ So auch die Vorgehensweise bei *Heubel*, JuS 1984, 445 (449 f.); *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 86 ff.; *Schmidt* (Fn. 1), § 242 Rn. 27 ff.

⁷⁰ *Kudlich/Oğlakcioğlu*, JA 2012, 321 f.; *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 47 und Rn. 61; *Heubel*, JuS 1984, 445 (449 f.); *Schmidt* (Fn. 1), § 242 Rn. 32; vgl. *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 88 und Rn. 137 ff.; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 151 ff., zur Absicht Rn. 164; ähnlich *Fischer* (Fn. 1), § 242 Rn. 35a.

⁷¹ Zu dieser Form des Einverleibens *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 140. Ähnlich stellt *Schmidt* ([Fn. 1], § 242 Rn. 33) darauf ab, ob der Täter den „Nutzwert“ der Sache zu erlangen beabsichtigte.

⁷² *Kudlich/Oğlakcioğlu*, JA 2012, 321 f.; *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 64; *Heubel*, JuS 1984, 445 (449 f.); *Kindhäuser* (Fn. 2), § 242 Rn. 65 und Rn. 73; *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 89 f.; *Schmidt* (Fn. 1), § 242 Rn. 28.

⁶⁶ Vgl. *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 64; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 115; *Schmidt* (Fn. 1), § 242 Rn. 16.

⁶⁷ Vgl. *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 75 ff.; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 117.

⁶⁸ Siehe dazu nur *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 75 i.V.m. § 2 Rn. 64.

Hinweis 25: Auf den Streit, ob sich die Zueignung auf die Sachsubstanz, den Sachwert oder beides beziehen kann,⁷³ muss in dieser Klausur nicht eingegangen werden.

Diese erstrebte Zueignung müsste rechtswidrig gewesen sein. Dazu dürfte J keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf den Schirm gehabt haben.⁷⁴ J hatte gar keinen Anspruch auf den Schirm, also war die erstrebte Zueignung rechtswidrig. Dies wusste er auch, hatte also einen hierauf gerichteten Vorsatz.⁷⁵

Folglich hatte er die Absicht, sich oder einem Dritten den Schirm rechtswidrig zuzueignen.

Der subjektive Tatbestand ist demgemäß ebenfalls erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit

In Ermangelung von Rechtfertigungsgründen handelte J rechtswidrig.

3. Schuld

Es liegen keine Entschuldigungsgründe vor, sodass J zudem schuldhaft handelte.

4. Strafantragserfordernis

Wegen § 248a StGB ist ein Strafantrag erforderlich, vgl. oben. Ein solcher wurde gestellt.

Hinweis 26: Die Geringwertigkeit wurde oben bereits ausführlich geprüft, sodass hier ein knapper Verweis völlig genügt. Schließlich hat sich der Wert des Schirms zwischenzeitlich nicht geändert, und die Überlegungen zum Schaden beim Betrug lassen sich auf den Diebstahl übertragen, ohne dass es hier zwingend einer Erläuterung bedarf. Wer allerdings diesen Punkt im Rahmen der Betrugsprüfung nicht angesprochen hat, muss hier darauf entsprechend intensiv eingehen.

5. Ergebnis

J hat sich somit wegen Diebstahls strafbar gemacht.

⁷³ Vgl. den Überblick bei *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 49; *Fischer* (Fn. 1), § 242 Rn. 34 f.; *Heubel*, JuS 1984, 445 (449); *Joecks* (Fn. 2), Vor § 242 Rn. 31 ff.; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 242 Rn. 78 ff.; *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 97 ff.; *Schmidt* (Fn. 1), § 242 Rn. 30.

⁷⁴ *Heubel*, JuS 1984, 445 (450); *Joecks* (Fn. 2), Vor § 242 Rn. 59; *Kudlich/Oğlakcioğlu*, JA 2012, 321 (323); *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 187; *Schmidt* (Fn. 1), § 242 Rn. 37; vgl. *Fischer* (Fn. 1), § 242 Rn. 50; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 242 Rn. 123.

⁷⁵ Dazu, dass Vorsatz bzgl. dieser Rechtswidrigkeit zu prüfen ist, *Fischer* (Fn. 1), § 242 Rn. 49; *Heubel*, JuS 1984, 445 (451); *Joecks* (Fn. 2), Vor § 242 Rn. 63; *Kudlich/Oğlakcioğlu*, JA 2012, 321 (323); *Rengier* (Fn. 1), § 2 Rn. 2; *Schmidt* (Fn. 1), § 242 Rn. 38; im Ergebnis ebenso *Kindhäuser* (Fn. 2), § 242 Rn. 128.

IV. § 246 Abs. 1 StGB (Verlassen des Kassenbereichs)

Durch dieselbe Handlung hat sich J zudem wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis 27: In Fällen des vollendeten Diebstahls genügt diese kurze Feststellung zur Unterschlagung. Weil § 246 SGB ein Auffangtatbestand ist, sollte die Unterschlagung nach den spezielleren Vermögensdelikten – insbesondere Diebstahl – geprüft werden.⁷⁶ Eine ausführlichere Prüfung ist natürlich zulässig, aber nicht notwendig. Bereits an dieser Stelle kann zudem das Konkurrenzverhältnis zum Diebstahl angesprochen werden, ansonsten muss dies im abschließenden Ergebnis (vgl. V.) erfolgen.

V. Ergebnis und Konkurrenzen

Die Unterschlagung tritt hinter den Diebstahl im Wege der Subsidiarität zurück. Für das Verhältnis zwischen Betrug und einem durch dieselbe Handlung begangenen Diebstahl wird, weil unterschiedliche Rechtsgüter betroffen sind, Tateinheit (§ 52 StGB) vertreten.⁷⁷ Allerdings geht es um denselben Vermögensgegenstand, sodass im umfassenderen Rechtsgut Vermögen dieser Eigentumsaspekt bereits erfasst wurde. Daher verhält sich der (zeitlich geringfügig spätere, aber noch in einer Tat mit dem Betrug zusammenfallende) Diebstahl zum Betrug eher so wie ein Sicherungsbetrug zu einem vorangegangenen Diebstahl – es fehlt also ebenso wie beim Sicherungsbetrug an einer neuen, selbständigen (durch den Betrug noch nicht erfassten) Rechtsgutsbeeinträchtigung durch den Diebstahl, sodass der Diebstahl hinter den Betrug zurücktritt.⁷⁸

B. Tatkomplex „Aufheben der Damengeldbörse und Entnehmen der Geldscheine“

I. § 242 Abs. 1 StGB durch M (Aufheben der Geldbörse und Entnehmen der Geldscheine)

M könnte sich nach § 242 Abs. 1 StGB wegen Diebstahls strafbar gemacht haben, indem er die Geldbörse aufhob und die Geldscheine einsteckte.

Hinweis 28: Es ist auch vertretbar, das Aufheben und das Einstecken als zwei verschiedene Handlungen anzusehen und daher getrennt voneinander zu prüfen. Für die Diebstahlprüfung ergibt sich dabei kein Unterschied, wohl aber für die Prüfung der Unterschlagung.⁷⁹ Eine getrennte Prüfung würde aber bedeuten, einen einheitlichen sozialen Sinngehalt des Verhaltens, das hier in engem räumlichem und zeitlichem Zusammenhang stattfindet, künstlich aufzutrennen. Deshalb wird hier beides zusammen geprüft als eine Handlung im strafrechtlichen Sinne.

⁷⁶ *Cantzler*, JA 2001, 567 (569 Fn. 10).

⁷⁷ *Walter*, Jura 2002, 415 (421); vgl. *Herzberg*, ZStW 98 (1977), 367 (375 und 383).

⁷⁸ Vgl. zum Sicherungsbetrug *Perron* (Fn. 8), § 263 Rn. 184.

⁷⁹ Vgl. dazu unten *Hinweis 34*.

Es ist ein gut vertretbarer Ansatz, zwischen einem Diebstahl der Geldbörse und des Geldes zu differenzieren. Allerdings ist es ebenso zulässig, dies hier in einer Prüfung zusammenzufassen, weil die Delikte letztlich auf nur einer Handlung des Täters beruhen.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Die Geldbörse, eine bewegliche Sache, müsste für M fremd gewesen sein. Sie stand im Eigentum der P, also zumindest auch im Eigentum eines anderen als M. Somit war sie für M fremd. Zudem müsste M sie weggenommen haben. Dazu müsste zunächst fremder Gewahrsam bestanden haben. Die Geldbörse lag im Rinnstein, also übte niemand die tatsächliche Sachherrschaft aus. P hat ihren Herrschaftswillen zwar nicht aufgegeben, aber die Damengeldbörse aus ihrer Tasche verloren. Daher weiß sie nicht, wo sich diese befindet. Sie kann daher nicht mehr ohne weiteres auf die Geldbörse zugreifen.⁸⁰ In einer solchen Situation rechnet auch die Verkehrsanschauung der P keinen Gewahrsam mehr zu.⁸¹ Niemand hat somit Gewahrsam an der Börse. Somit bestand kein fremder Gewahrsam. Also hat M die Geldbörse nicht weggenommen.

Hinweis 29: Ein anderes Ergebnis ist hier nicht vertretbar. Eine Gewahrsamssphäre besteht im Straßenraum nicht. Außerhalb einer Gewahrsamssphäre verlorene Gegenstände sind gewahrsamslos.⁸²

Somit ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt.

b) Zwischenergebnis

Der Tatbestand ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

M hat sich nicht nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 246 Abs. 1 StGB durch M (Aufheben der Geldbörse und Entnehmen der Geldscheine)

M könnte sich nach § 246 Abs. 1 StGB durch dieselbe Handlung wegen Unterschlagung strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Die Geldbörse, eine fremde, bewegliche Sache, müsste M sich oder einem anderen zugeeignet haben. Eine Zueignung

⁸⁰ Zu diesem Kriterium *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 28; vgl. auch *Schmidt* (Fn. 1), § 242 Rn. 14.

⁸¹ Vgl. zu verlorengegangenen Gegenständen *Kindhäuser* (Fn. 2), § 242 Rn. 40; *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 39 ff.; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 19; *Fischer* (Fn. 1), § 242 Rn. 15.

⁸² *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 28; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 242 Rn. 40; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 109; vgl. *Rengier* (Fn. 1), § 13 Rn. 41; *Schmidt* (Fn. 1), § 242 Rn. 14.

verlangt einen Zueignungsvorsatz, der sich nach außen hin erkennbar manifestiert.⁸³

Hinweis 30: Statt von „Zueignungsvorsatz“ kann man auch von „Zueignungswillen“ sprechen.⁸⁴ Beides meint aber dasselbe, es genügt bedingter Vorsatz.⁸⁵ Auf die Ansicht, dass auch im Rahmen des § 246 StGB eine *Absicht* zumindest zeitweiliger Aneignung zu fordern sein,⁸⁶ müssen die Bearbeiter nicht eingehen. Wer diesen Streit anspricht, verdient allerdings einen Bonus! Die Meinungen gelangen hier allerdings – sowohl hinsichtlich der Geldscheine als auch hinsichtlich der Börse – zum gleichen Ergebnis.

Zunächst müsste M somit einen Zueignungsvorsatz gehabt haben.

Hinweis 31: Der hier gewählte Aufbau differenziert nicht zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand.⁸⁷ Der obigen Definition entsprechend wird hier zuerst der Zueignungsvorsatz geprüft, dann die Manifestation als objektive Handlung. Dies ist im Gutachten einfacher. Es ist aber ebenso gut vertretbar, auch bei der Unterschlagung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand zu differenzieren.⁸⁸ Auch dann sollte aber der Zueignungsvorsatz (bzw. Zueignungswille)⁸⁹ im objektiven Tatbestand angesprochen werden, da es nach ganz h.M. gerade nicht genügt, dass das Verhalten des Täters „nur objektiv den Anschein von Zueignung“ erweckt, sondern auch der Zueignungsvorsatz tatsächlich vorhanden sein muss.⁹⁰ Auch eine „strenge“ Verortung des Zueignungsvorsatzes im subjektiven Tatbestand ist möglich, dann ändert sich aber

⁸³ *Joecks* (Fn. 2), § 246 Rn. 15 ff.; *Rengier* (Fn. 1), § 5 Rn. 5, Rn. 16 und Rn. 23; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 311; vgl. *Fischer* (Fn. 1), § 246 Rn. 6; *Schmidt* (Fn. 1), § 246 Rn. 4 f.

⁸⁴ So etwa *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 246 Rn. 10; *Fischer* (Fn. 1), § 246 Rn. 6 f.; *Rengier* (Fn. 1), § 5 Rn. 16; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 311; vgl. auch *Schmidt* (Fn. 1), § 246 Rn. 4.

⁸⁵ *Fischer* (Fn. 1), § 246 Rn. 20; *Rengier* (Fn. 1), § 5 Rn. 18; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 312; vgl. *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 246 Rn. 24; *Schmidt* (Fn. 1), § 246 Rn. 9.

⁸⁶ So zumindest für Selbstzueignungsfälle *Kindhäuser* (Fn. 2), § 246 Rn. 31 f.

⁸⁷ Ebenso die Aufbauempfehlung von *Rengier* (Fn. 1), § 5 Rn. 5 f. und Rn. 16 ff.

⁸⁸ Vgl. die Einordnung bei *Fischer* (Fn. 1), § 246 Rn. 20; *Joecks* (Fn. 2), § 246 Rn. 10; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 246 Rn. 4; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 332; vgl. den Hinweis von *Rengier* (Fn. 1), § 5 Rn. 7.

⁸⁹ Vgl. oben *Hinweis 30*.

⁹⁰ *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 246 Rn. 11; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 312 und Rn. 332; in diesem Sinne auch *Rengier* (Fn. 1), § 5 Rn. 5 und Rn. 7; vgl. dazu auch *Kindhäuser* (Fn. 2), § 246 Rn. 9.

auch die Prüfung der Zueignung im objektiven Tatbestand.⁹¹

Zueignungsvorsatz ist der zumindest bedingte Vorsatz der zumindest vorübergehenden Aneignung und der dauerhaften Enteignung.⁹² M müsste somit den Vorsatz gehabt haben, zumindest vorübergehend wie ein Eigentümer mit der Sache zu verfahren. Er hatte die Absicht, die Geldbörse aufzuheben, zu öffnen und das darin befindliche Geld zu entnehmen. Dieser Umgang steht allerdings nur dem Eigentümer zu. Somit hatte M die Absicht (und daher zumindest den Vorsatz), wie ein Eigentümer mit der Sache zu verfahren, sich diese also zumindest zeitweilig anzueignen.

M legte die Geldbörse auf den Gehweg, damit P sie wiederfindet. Er nahm somit nicht billigend in Kauf, dass sie diese niemals zurück erhalten könnte. Folglich hatte er bezüglich der Geldbörse keinen Vorsatz dauerhafter Enteignung.

Hinweis 32: Explizit geht aus dem Sachverhalt hervor, dass M der P ermöglichen will, ihre Börse zurückzuerlangen. Man könnte nun auf den Gedanken verfallen, gleichwohl den Vorsatz dauerhafter Enteignung dadurch zu bejahen, indem man darauf abstellt, dass M erkannt hat, dass P die Börse verloren hat, und sich somit durchaus der Möglichkeit bewusst ist, dass sie diese niemals wiederfinden könnte. Dies ist bei lebensnaher Auslegung des Sachverhalts jedenfalls durchaus vertretbar. Letztlich kann man auch noch vertretbar sagen, dass M dies auch „billigend“ in Kauf nahm, da er die Geldbörse aufhob, um den Inhalt zu prüfen. Darauf kam es ihm an, nicht auf die Wiedererlangung der Geldbörse durch P. Sofern man der Möglichkeitstheorie folgt, bedarf es eines solchen voluntativen Elementes gar nicht,⁹³ sodass sich noch leichter ein entsprechender Eventualvorsatz bejahen lässt. Allerdings muss man dann feststellen, dass M dadurch, dass er die Geldbörse auf den Gehweg legte, die Chancen für P, diese wiederzufinden, gegenüber dem vorherigen Fundort Rinnstein jedenfalls nicht verschlechtert hat. Eher ist sie auf dem Gehweg leichter zu erspähen als im Wasser des Rinnsteins. Außerdem ist sie auf dem Gehweg weniger stark dem Wasser ausgesetzt. Somit hat M durch seine Handlung das Risiko der K, ihre Geldbörse nicht wiederzufinden, etwas verringert. In einer solchen Risikoverringering⁹⁴ manifestiert sich aber in Bezug auf die Geldbörse gerade nicht in eindeutiger Weise ein Zueignungswille,

⁹¹ So etwa die Aufbauempfehlung von *Kindhäuser* (Fn. 2), § 246 Rn. 4 und Rn. 8; instruktiv dazu auch *Rengier* (Fn. 1), § 5 Rn. 8.

⁹² Vgl. *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 246 Rn. 24; siehe auch *Kindhäuser* (Fn. 2), § 246 Rn. 7; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 312.

⁹³ Vgl. *Kindhäuser* (Fn. 2), § 15 Rn. 13 und Rn. 26.

⁹⁴ Zur Risikoverringering *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 56), Rn. 193 ff.; kritisch dazu und stattdessen in solchen Fällen auf mutmaßliche Einwilligung abstellend *Rengier* (Fn. 56), § 13 Rn. 58; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 246 Rn. 114.

sodass die Zueignung in Bezug auf die Geldbörse spätestens an diesem Prüfungspunkt scheitern muss.

Allerdings entnahm er die beiden Geldscheine, ohne solche Gedanken zu hegen. Er war sich somit der Möglichkeit bewusst und nahm auch billigend in Kauf, dass P diese niemals zurückerhalten könnte. Somit hatte er bezüglich der Geldscheine auch den Vorsatz dauerhafter Enteignung.

Somit hatte M einen Zueignungsvorsatz. Dieser manifestiert sich nach außen hin erkennbar, wenn er in objektiv erkennbarer Weise zweifelsfrei betätigt wird.⁹⁵

Hinweis 33: Anstatt die Manifestation hier zu definieren, würde es auch genügen, darauf hinzuweisen, dass sich der Zueignungsvorsatz (bzw. Zueignungswille)⁹⁶ nach außen unzweifelhaft manifestiert haben muss.⁹⁷ Eine „gemäßigte Manifestationstheorie“ verlangt demgegenüber keine zweifelsfreie objektive Betätigung, sondern lässt auch eine mehrdeutige Handlung ausreichen, solange ein objektiver Beobachter bei Kenntnis des Tätervorsatzes sie als Betätigung dieses Vorsatzes ansieht.⁹⁸ Diese Meinung gelangt hier indessen zu keinem anderen Ergebnis. Auf Ansichten zur Zueignung, die gar nicht auf die Manifestation abstellen, muss in einer Klausur nicht eingegangen werden.⁹⁹

Dass M das Geld aus der Börse nimmt, diese zurücklegt und das Geld einsteckt, lässt sich nur so deuten, dass M die Geldscheine für sich behalten und nicht dem Eigentümer zurückgeben will.¹⁰⁰ Somit hat er den Zueignungsvorsatz in objektiv erkennbarer Weise zweifelsfrei betätigt, sodass er ihn nach außen hin erkennbar manifestiert hat. Also hat er sich die Geldscheine zugeeignet.

Hinweis 34: Wer das Aufheben und das Einstecken der Geldscheine getrennt prüft,¹⁰¹ muss hier differenzieren: Das bloße Aufheben der Geldbörse – selbst wenn sich M dabei verstoßen umsieht – lässt sich auch so deuten, dass M sie (samt Inhalt) im Fundbüro oder ggf. im nahegelegenen „E“-Supermarkt für den Eigentümer abgeben oder auf andere Weise (beispielsweise falls sich Informationen zur Adresse oder Telefonnummer des Eigentümers finden

⁹⁵ *Joecks* (Fn. 2), § 246 Rn. 16 ff.; *Rengier* (Fn. 1), § 5 Rn. 24; *Schmidt* (Fn. 1), § 246 Rn. 5; vgl. *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 246 Rn. 11; *Fischer* (Fn. 1), § 246 Rn. 6.

⁹⁶ Vgl. oben *Hinweis 30*.

⁹⁷ Vgl. *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 311.

⁹⁸ Vgl. BGHSt 14, 38 (41); siehe dazu ausführlicher die kritische Darstellung bei *Joecks* (Fn. 2), § 246 Rn. 16.

⁹⁹ *Rengier* (Fn. 1), § 5 Rn. 23; ebenso *Joecks* (Fn. 2), § 246 Rn. 14; vgl. dazu den Überblick bei *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 310.

¹⁰⁰ Zu diesem Ergebnis für eine ganz ähnliche Konstellation gelangen auch *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 318. Eine vergleichbare Sichtweise findet sich bei *Kindhäuser* (Fn. 2), § 246 Rn. 19.

¹⁰¹ Vgl. oben *Hinweis 28*.

lassen) zurückgeben möchte. Somit wird im Aufheben allein der Zueignungsvorsatz nicht unzweifelhaft objektiv betätigt, für dieses Verhalten ist isoliert betrachtet daher die Manifestation des Zueignungsvorsatzes abzulehnen.¹⁰²

Wenn dann im zweiten Takt eine Unterschlagung durch Einstecken der Geldscheine geprüft wird, manifestiert sich erst dann der Zueignungsvorsatz angesichts des Zurücklegens der Geldbörse hinreichend eindeutig. Hierin ist daher eine Zueignung zu bejahen.

Diese Zueignung müsste rechtswidrig erfolgt sein. M hatte keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Geldscheine, also war die Zueignung rechtswidrig.¹⁰³

Des Weiteren müsste M Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der Zueignung und bezüglich des Vorliegens einer fremden, beweglichen Sache gehabt haben.¹⁰⁴ Er wusste, dass die Geldscheine eine für ihn fremde, bewegliche Sache waren und dass er keinen Anspruch darauf hatte, die Zueignung also rechtswidrig war. Somit hatte er auch diesen Vorsatz.

Hinweis 35: Bezüglich der Zueignung selbst wurde der Zueignungsvorsatz ja bereits zuvor geprüft, also muss nun nur noch der Vorsatz bezüglich der verbliebenen Merkmale geprüft werden.

Da das Vorliegen einer fremden, beweglichen Sache ebenso wie die Rechtswidrigkeit der Zueignung *Umstände* sind, beschränkt sich deren Vorsatzprüfung auf das Wissenselement (ein Für-möglich-Halten genügt dabei für bedingten Vorsatz).¹⁰⁵ Denn lediglich für Handlungen ist ein voluntatives Element nach h.M. erforderlich (aber nicht unumstritten), weil nur Handlungen willensgetragen sein können. Es ist aber gleichgültig, ob M es billigend in Kauf nimmt, dass die Geldscheine fremd sind. Solange er es für möglich hält, dass sie fremd sind, kann er noch so intensiv *wollen*, dass sie nicht fremd sind, wie er mag. Denn diesen Umstand kann er nicht durch sein Verhalten ändern, daher spielt dieser Wille keine Rolle. Folglich kann er sich dann nicht damit herausreden, keinen Vorsatz gehabt zu haben.

Somit ist der Tatbestand erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es sind weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgründe ersichtlich. Folglich handelte M rechtswidrig und schuldhaft.

¹⁰² Vgl. dazu auch die Einschätzung von *Rengier* (Fn. 1), § 5 Rn. 27; ebenso *Kindhäuser* (Fn. 2), § 246 Rn. 19; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 318.

¹⁰³ Dazu, dass hier derselbe Maßstab wie für die Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung im Rahmen des Diebstahls gilt, *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 246 Rn. 22; *Fischer* (Fn. 1), § 246 Rn. 13; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 246 Rn. 28; *Rengier* (Fn. 1), § 5 Rn. 50; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 320.

¹⁰⁴ *Rengier* (Fn. 1), § 5 Rn. 5 f.; vgl. *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 246 Rn. 24; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 246 Rn. 30 ff.; vgl. *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 320.

¹⁰⁵ Vgl. *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 8 Rn. 67 ff.

3. Strafantragserfordernis

Wegen Geringwertigkeit der Sache ist gemäß § 248a StGB ein Strafantrag erforderlich, vgl. oben.¹⁰⁶ Ein solcher wurde gestellt.

4. Ergebnis

M hat sich nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. §§ 246 Abs. 1, 26 StGB durch J (Bitte an M)

J könnte sich nach §§ 246 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem er M bat, den Gegenstand zu bergen, ggf. zu veräußern und den etwaigen Verkaufserlös zu teilen.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Mit der Unterschlagung des M liegt die benötigte vorsätzliche und rechtswidrige Unterschlagungshandlung eines anderen vor.

Zu dieser müsste J den M bestimmt haben. Bestimmen ist das Hervorrufen des Tatentschlusses.¹⁰⁷ Erst durch die Bitte des J kam M auf die Idee, die Unterschlagung durchzuführen. Somit hat er den Tatentschluss hervorgerufen. Dabei hat J mit M einen gemeinsamen Tatplan geschmiedet, durch den sich J bei der Ausführung der Tat leiten und zu ihr bestimmen ließ, sodass die Anforderungen der Ansicht, die einen sog. „Unrechtspakt“ zwischen Anstifter und Täter fordert,¹⁰⁸ erfüllt sind. Somit liegen auch die Voraussetzungen der Ansichten, die weniger verlangen (indem sie einen kommunikativen, geistigen Kontakt¹⁰⁹ zwischen Anstifter und Täter oder sogar eine bloße Verursachung¹¹⁰ des Tatentschlusses ausreichen lassen), vor. Alle Meinungen kommen somit zu demselben Ergebnis, sodass der Streit, welche konkreten Anforderungen an das Bestimmen zu stellen sind, hier nicht entschieden werden muss.¹¹¹

Da er die Herrschaft über den Geschehensablauf allein M überließ und an der Ausführungshandlung gar nicht mitwirkte,¹¹² hat er nach der strengen Tatherrschaftslehre lediglich an der Tat des M teilgenommen. Auch fehlt es an erheblichen Beiträgen im Vorbereitungsstadium, die die fehlende Herrschaft im Ausführungsstadium durch ihre „besondere Quali-

¹⁰⁶ Vgl. dazu oben *Hinweis 26*.

¹⁰⁷ *Fischer* (Fn. 1), § 26 Rn. 3; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 105), § 12 Rn. 140; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 56), Rn. 568; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 26 Rn. 9; vgl. auch *Joecks* (Fn. 2), § 26 Rn. 9.

¹⁰⁸ Dazu *Puppe*, NStZ 2006, 424 f.

¹⁰⁹ So etwa *Rengier* (Fn. 56), § 45 Rn. 27 und Rn. 30; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 56), Rn. 568.

¹¹⁰ *Kühl*, JA 2014, 672; vgl. *Kindhäuser* (Fn. 2), § 26 Rn. 11 f.

¹¹¹ Vgl. zum Streit Aufbau auch *Hinweis 16*.

¹¹² Dies verlangt *Erb*, JuS 1992, 197 (199); konkret für die Unterschlagung allein auf die Mitwirkung an der Änderung der Besitzlage abstellend *Kindhäuser* (Fn. 2), § 246 Rn. 41.

tät“¹¹³ kompensieren könnten,¹¹⁴ sodass auch für die weite Tatherrschaftslehre lediglich Teilnahme in Betracht kommt.

Hinweis 36: Würde man den Tatbeitrag des J hier ohne weitere Begründung als täterschaftlich ausreichen lassen, dann würde die Grenze zur Anstiftung völlig verwischt, und diese Meinung liefe Gefahr, zu einer schlichten subjektiven Theorie zu degenerieren.¹¹⁵ Im Zweifel wäre dann bereits jeder schlichte Impuls bei einem strukturell einfachen Delikt („Schlage den dort! Töte jenen! Beschädige diese Sache!“) ausreichend, um den Impulsgeber zum Täter zu machen. So einfach darf man es sich aber nicht machen.¹¹⁶ Denn ein solcher Impuls wird nicht auf Grundlage eines gemeinsamen Tatplanes gegeben, sondern ist Teil der Vereinbarung des gemeinsamen Planes.¹¹⁷

Da es neben der Tatherrschaft und der Mitwirkung im Ausführungsstadium zudem am Willen zur Tatherrschaft fehlt, ist J auch trotz eines erkennbaren, aber nicht überwiegenden Interesses an der Tat nach der normativen Kombinationstheorie¹¹⁸ und somit nach allen Ansichten als Teilnehmer einzustufen.

Somit hat J den M zur Tat bestimmt.

Folglich ist der objektive Tatbestand erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

J wusste, dass M eine vorsätzliche und rechtswidrige Unterschlagung begehen würde und wollte dies auch. Zwar ging er davon aus, dass M den Gegenstand verkaufen und sie sich dann den Verkaufserlös teilen würden, doch in Bezug auf die Geldscheine stellt das Verhalten von M nur eine unwesentliche Abweichung vom Kausalverlauf des von J vorgestellten konkret-individualisierbaren Geschehens dar.¹¹⁹

Außerdem war sich J bewusst, dass er durch seine Bitte den Tatentschluss wecken würde. Das wollte er auch. Also handelte er vorsätzlich.

¹¹³ Vgl. Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), Vorbem. §§ 25 ff. Rn. 80; Joecks (Fn. 2), § 25 Rn. 65; Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 105), § 12 Rn. 94; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 56), Rn. 528.

¹¹⁴ Zu dieser Anforderung Joecks (Fn. 2), § 25 Rn. 83 f.; Rengier (Fn. 56), § 41 Rn. 19; Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 105), § 12 Rn. 94; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 56), Rn. 528; vgl. Liebig/Wiesen, ZJS 2012, 530 (535).

¹¹⁵ Ähnlich auch die Kritik bei Erb, JuS 1992, 197 (200).

¹¹⁶ Vgl. Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 105), § 12 Rn. 94, wonach der Tatbeitrag „unerlässlich“ für das Gelingen der Tat sein muss.

¹¹⁷ Deutlich Erb, JuS 1992, 197 (199 f.).

¹¹⁸ BGHSt 8, 393; vgl. BGH NSTZ 2012, 379; Fischer (Fn. 1), § 25 Rn. 27. Ein lesenswerter Überblick hierzu findet sich bei Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 56), Rn. 515 f.; ebenso bei Kindhäuser (Fn. 2), Vor §§ 25-31 Rn. 31.

¹¹⁹ Vgl. dazu auch Erb, JuS 1992, 197 (200); Fischer (Fn. 1), § 26 Rn. 14; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 56), Rn. 572 und Rn. 575.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es sind weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgründe ersichtlich. Folglich handelte J rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafantragserfordernis

Wegen Geringwertigkeit ist gemäß § 248a StGB ein Strafantrag erforderlich, vgl. oben.¹²⁰ Ein solcher wurde gestellt.

4. Ergebnis

J hat sich nach §§ 246 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht.

IV. Ergebnis

M hat sich wegen Unterschlagung strafbar gemacht, J wegen Anstiftung dazu.

C. Tatkomplex „Übergabe des Geldscheins“

Hinweis 37: Da Hehlerei (§ 259 StGB) nach dem Bearbeitervermerk in dieser Klausur nicht zu prüfen ist, wird geprüft, ob die Übergabe des Geldscheins als Unterschlagung bestraft werden kann. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass die Hehlerei im zweiten Semester noch nicht behandelt wurde (vgl. auch *Hinweis 1*). In Examenklausuren wird die Hehlerei hingegen im Zweifel immer zu prüfen sein. Es ist dann nicht nötig, die in diesem Fall ohnehin subsidiäre Unterschlagung ausführlich zu prüfen – eine Feststellung in einem kurzen Satz reicht völlig (vgl. dazu *Hinweis 27*).

I. § 246 Abs. 1 StGB durch M (Übergeben des Geldscheins)

Indem M den Geldschein an J übergab, könnte er sich nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Der Geldschein stand noch im Eigentum der P, war also nach wie vor eine für M fremde, bewegliche Sache. M hatte Dritt-zueignungsvorsatz, der sich auch im Übergeben an J hinreichend manifestierte.

Hinweis 38: Eine ausführlichere Begründung ist hier nicht erforderlich, nachdem die Merkmale – insbesondere der Zueignungsvorsatz – bereits zuvor definiert und mehrfach subsumiert wurden.

An dieser Stelle könnte – was vom studentischen Bearbeiter des Falls aber nicht erwartet wird – zudem die Frage aufgeworfen werden, ob eine nachfolgende Dritt-zueignung begrifflich überhaupt noch möglich ist, nachdem sich M den Geldschein zuvor bereits selbst zugeeignet hatte. Nach h.M. schließt dies einander nicht aus.¹²¹ Die a.A. hält eine nachfolgende Dritt-zueignung tatbestandlich für nicht mehr mög-

¹²⁰ Vgl. dazu oben *Hinweis 26*.

¹²¹ Cantzler, JA 2001, 567 (573); Eser/Bosch (Fn. 1), § 246 Rn. 21; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 331.

lich.¹²² Dieser Streit unterscheidet sich graduell vom Streit, ob eine „wiederholende“ Zueignung möglich ist,¹²³ weil Selbst- und nachfolgende Drittzueignung sich auf der begrifflichen Ebene nicht ausschließen,¹²⁴ sondern ohne weiteres nacheinander geschehen können. Gerade solche Konstellationen sind typische Anwendungsfälle der Konkurrenzregel der mitbestraften Nachtat.¹²⁵ Zudem lässt eine solche Behandlung auch die Bestrafung des Teilnehmers an der Drittzueignung zu.¹²⁶ § 246 Abs. 1 StGB stellt die Selbst- und die Drittzueignung mit einem „oder“ nebeneinander, der Wortlaut verlangt dabei nicht, hierin ein „entweder [...] oder“ zu sehen. Somit sprechen die besseren Argumente gegen einen Tatbestandsausschluss und für die h.M.

M hatte keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Geldscheine, also war die Zueignung rechtswidrig. Dies alles wusste und wollte M auch, also hatte er auch den erforderlichen Vorsatz.

Mithin ist der Tatbestand erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es sind weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgründe ersichtlich. Folglich handelte M rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafantragserfordernis

Wegen Geringwertigkeit ist gemäß § 248a StGB ein Strafantrag erforderlich, vgl. oben.¹²⁷ Ein solcher wurde gestellt.

4. Ergebnis

M hat sich nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. § 246 Abs. 1 durch J (Einstecken des Geldscheins)

Indem J den Geldschein von M entgegennahm und einsteckte, könnte er sich nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Der Geldschein stand noch im Eigentum der P, war also nach wie vor eine für J fremde, bewegliche Sache. J hatte Zueignungsvorsatz, der sich auch im Entgegennehmen und Einstecken nach außen hin manifestierte. Somit eignete er ihn sich

¹²² Fischer (Fn. 1), § 246 Rn. 15; Murmann, NStZ 1999, 14 (15); Rengier (Fn. 1), § 5 Rn. 55 f.

¹²³ Ausführlich dazu Eser/Bosch (Fn. 1), § 246 Rn. 19, die der Konkurrenzlösung folgen; ebenso Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 328. Der Tatbestandlösung folgt demgegenüber Fischer (Fn. 1), § 246 Rn. 14; Rengier (Fn. 1), § 5 Rn. 51 ff. Joecks (Fn. 2), § 246 Rn. 33, betont demgegenüber stärker die Subsidiaritätsklausel.

¹²⁴ Cantzler, JA 2001, 567 (573); Murmann, NStZ 1999, 14 (15); Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 331.

¹²⁵ So auch Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 331; vgl. auch den Hinweis von Rengier (Fn. 1), § 5 Rn. 57.

¹²⁶ Kritisch gegen dieses Argument mit Hinweis auf die insoweit abschließende Regelung in §§ 257 f. StGB Rengier (Fn.), § 5 Rn. 53.

¹²⁷ Vgl. dazu oben Hinweis 26.

zu. J hatte keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Geldscheine, also war die Zueignung rechtswidrig. Dies alles wusste und wollte J auch, also hatte er auch den erforderlichen Vorsatz.

Mithin ist der Tatbestand erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es sind weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgründe ersichtlich. Folglich handelte J rechtswidrig und schuldhaft.

3. Strafantragserfordernis

Wegen Geringwertigkeit ist gemäß § 248a StGB ein Strafantrag erforderlich, vgl. oben.¹²⁸ Ein solcher wurde gestellt.

4. Ergebnis

J hat sich nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. Ergebnis

Im Tatkomplex C haben sich M und J wegen Unterschlagung strafbar gemacht.

D. Gesamtergebnis und Gesamtkonkurrenzen

Die Unterschlagung (§ 246 Abs. 1 StGB) des M im Tatkomplex C tritt hinter die Unterschlagung (§ 246 Abs. 1 StGB) im Tatkomplex B im Wege der mitbestraften Nachtat zurück.¹²⁹

Insgesamt hat sich M somit strafbar gemacht nach § 246 Abs. 1 StGB.

Die Unterschlagung (§ 246 Abs. 1 StGB) des J im Tatkomplex C verdrängt demgegenüber seine Anstiftung zur Unterschlagung (§§ 246 Abs. 1, 26 StGB) im Tatkomplex B im Wege der mitbestraften Vortat. Damit in Mehrheit steht der Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB) des J im Tatkomplex A.

Insgesamt hat sich J somit strafbar gemacht nach §§ 263 Abs. 1, 53, 246 Abs. 1 StGB.

¹²⁸ Vgl. dazu oben Hinweis 26.

¹²⁹ Vgl. dazu Eser/Bosch (Fn. 1), § 246 Rn. 21 i.V.m. Rn. 33; Murmann, NStZ 1999, 14 (17); Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 331.

Entscheidungsbesprechung

Kein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Werklohnrückzahlung bei Schwarzarbeit

Ist ein Werkvertrag wegen Verstoßes gegen das Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG vom 23.7.2004 nichtig, steht dem Besteller, der den Werklohn bereits gezahlt hat, gegen den Unternehmer kein Rückzahlungsanspruch unter dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung zu (Fortführung von BGHZ 201, 1 = NJW 2014, 1805 = NZA 2014, 748 = NZM 2014, 596). (Amtlicher Leitsatz)

BGB §§ 134, 280, 281, 633, 634 Nr. 4, 812 Abs. 1 S. 1, 817 SchwarzArbG § 1 Abs. 2 Nr. 2

BGH, Urt. v. 11.6.2015 – VII ZR 216/14 (OLG Celle, LG Verden)¹

I. Einleitung

Hiesige Judikatur setzt die Kehrtwende der Rechtsprechung aus dem Jahre 2013 zur Schwarzarbeit fort und stellt somit einen weiteren Meilenstein im Bemühen des Bundesgerichtshofs dar, Schwarzarbeit einzudämmen.² Zudem ist vorliegenden Judikat auch besonders lehrreich für Studierende, erfordert es doch eine grundsätzliche Beschäftigung mit dem Sinn und Zweck des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes und den damit verbundenen Rechtsfolgen. Nicht zuletzt interessant sind die Auswirkungen des „Klassikers“ Schwarzarbeit auf die Praxis. Im Dunstkreis der hier zu besprechenden Entscheidung gab es jedoch noch zwei weitere wesentliche Urteile aus den Jahren 2013 und 2014, die zentrale Bedeutung für den Problembereich Schwarzarbeit haben. Für ein besseres Verständnis hiesiger Entscheidung ist es somit unerlässlich, dass hierauf nochmals in der gebotenen Kürze eingegangen wird, nicht zuletzt um auch den Gesamtkontext näher zu akzentuieren.

1. Entscheidung des Bundesgerichtshofs 2013 zur Frage der Mängelgewährleistung des Bestellers aufgrund nichtigen Vertrages

Die den Rechtssprechungswandel einläutende Entscheidung des BGH vom 1.8.2013³ setzt sich mit einer sog. „Ohne-Rechnung-Abrede“⁴ in einem Werkvertrag auseinander. Der

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=bbe834f0de3c40a28b30a47d3d1b21ed&nr=71595&pos=28&anz=29> (24.1.2015).

² Vgl. BGH NJW 2013, 3167 und sogleich unter I. 1.

³ BGH NJW 2013, 3167.

⁴ Vertragliche Abrede, bei der die Parteien vereinbaren, dass die beispielsweise nach §§ 1, 13, 13 a, 14 UStG, §§ 1, 15 EStG anfallenden Steuern seitens des Unternehmers nicht abgeführt werden und dem Besteller ein Nachlass auf den Werklohn gewährt wird, vgl. Lorenz, NJW 2013, 3132.

Besteller⁵ machte in concreto gegenüber dem Unternehmer vertragliche Mängelansprüche geltend. Der BGH gab sodann die alte Rechtsprechung⁶ zur Schwarzarbeiterproblematik auf. Nunmehr sei von einer Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags nach § 134 BGB i.V.m. der Verletzung des gesetzlichen Verbots des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG auszugehen.⁷ Eine solche Nichtigkeit nach § 134 BGB sei im Vergleich zur Nichtigkeit nach § 139 BGB nur in sehr engen Grenzen durch Treu und Glauben zu überwinden. Folge dieser Kehrtwende in der Rechtsprechung ist im Ergebnis, dass dem Besteller im Falle des Vertrags mit einer „Ohne-Rechnung-Abrede“ keine Mängelrechte zustehen. Einer fehlerhaften Ausführung des Werks könne, so konstatiert der BGH schließlich, allenfalls im Hinblick auf das Bereicherungsrecht Rechnung getragen werden.⁸

2. Entscheidung des Bundesgerichtshofs 2014 zur Frage der Werklohnzahlungsanspruchs des Unternehmers aufgrund nichtigen Vertrages

Wiederum hatte sich der BGH in der Entscheidung vom 10.4.2014⁹ mit einer Schwarzarbeitsabrede¹⁰ in einem Werkvertrag auseinanderzusetzen. In casu hatte der Werkunternehmer vorgeleistet und verlangte nun den vereinbarten Werklohn. Anknüpfend an oben genannte Entscheidung aus dem Jahre 2013 ging man auch hier von einer Gesamtnichtigkeit des Vertrags nach § 134 BGB aus, was vertragliche Ansprüche per se ausschließt. Einen Wertersatzanspruch aus Bereicherungsrecht sah der BGH ferner durch § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen. Der Werkunternehmer verstoße schließlich gegen das Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG. § 817 S. 2 BGB sei auch nicht einschränkend auszulegen, da der Werkunternehmer gerade nicht schutzwürdig und der durch die Leistung hergestellte Zustand an sich nicht sittenwidrig sei.¹¹ Zentral war für den BGH hierbei insbesondere eine auch dem Zivilrecht immanente generalpräventive Funktion. Somit blieb dem schwarz arbeitenden Unternehmer ein Anspruch auf Vergütung versagt.

⁵ Diese Terminologie ist indes wohl unpräzise, vgl. Friesen/Bauer, DAR 2015, 513 Fn. 1, wird der Klarheit halber aber im Folgenden beibehalten.

⁶ Diese nahm eine Teilnichtigkeit des Vertrags in Bezug auf die „Ohne-Rechnung-Abrede“ an, welche nach § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit führt. Dieser Gesamtnichtigkeit stand nach alter Ansicht jedoch regelmäßig Treu und Glauben entgegen, sodass der Vertrag im Übrigen für wirksam gehalten wurde, vgl. so noch z.B. BGH NJW-RR 2008, 1050.

⁷ Vgl. BGH NJW 2013, 3167 (3168).

⁸ Hierzu nimmt insbesondere BGH NJW 2015, 2406 Stellung (vgl. im Folgenden unter III. 2. und 3.).

⁹ BGH NJW 2014, 1805.

¹⁰ Zur Terminologie siehe Stamm, NJW 2014, 2145 (2149 m.w.N.).

¹¹ Konträr noch BGH NJW 1990, 2542.

3. Entscheidung des Bundesgerichtshofs 2015 zur Frage des Rückzahlungsanspruchs des Werklohns des Bestellers aufgrund nichtigen Vertrages

Der der hier zu besprechenden Entscheidung vom 11.6.2015¹² zugrundeliegende Fall bildet das Gegenstück der 2014 entschiedenen Konstellation. Ebenfalls handelt es sich um einen mit einer Schwarzarbeitsabrede versehenen Werkvertrag. Hier leistete jedoch der Besteller, und nicht, wie oben beschrieben, der Unternehmer, vor und machte folglich einen Rückzahlungsanspruch des bereits an den Unternehmer gezahlten Werklohns geltend. Der BGH verneint einen Rückzahlungsanspruch schließlich gestützt auf § 817 S. 2 BGB.¹³ Damit wird die zunächst noch offen gelassene Hintertür des Bereicherungsrechts endgültig geschlossen. Hiesige Entscheidung bildet nach alledem – womöglich – den Abschluss eines umfassenden Rechtsprechungswandels auf dem Gebiet der Schwarzarbeit.

II. Sachverhalt¹⁴

Im dem aktuellen Judikat zugrundeliegenden Fall beauftragte der Kläger den Beklagten mit Ausbauarbeiten im Dachgeschoss seines Hauses. Konkret sollten vier Fenster sowie Gipsbauplatten im Dachgeschoss eingebaut werden. Hierzu schlossen die Parteien auf Grundlage eines „Kostenschlags“ des Beklagten vom 12.1.2007 in Höhe von 12.651,90 € zzgl. Umsatzsteuer einen mündlichen Vertrag mit Werklohnvereinbarung in Höhe von 10.000 € ab. Diesen Pauschalpreis beglich der Kläger sofort in bar. Er erhielt vom Beklagten in der Folge eine Rechnung „zum Festpreis von 10.000 €“. Es handelte sich hierbei um einen Rechnungsvordruck, bei dem die Spalten „Rechnung Nr.“, „Steuer-Nr. 2“, „Rechnungs-Betrag netto“, „+ % MwSt. = MwSt.-Betrag“ und „= Rechnungs-Endbetrag gesamt“ (die steuerrelevanten Spalten) keine Eintragungen enthielten. Das Werk des Beklagten war schließlich mangelhaft. Der Kläger verlangte daraufhin Rückzahlung des bereits vollständig gezahlten Werklohns.

III. Kernaussagen und Würdigung

1. Wesentliche Argumentationslinien des Bundesgerichtshofs

a) Vertragliche Ansprüche

Zunächst prüft der BGH, ob aus einem zwischen Kläger und Beklagten gegebenenfalls bestehenden Vertragsverhältnis Ansprüche erwachsen. Der hierfür erforderliche Werkvertrag sei allerdings nach § 134 BGB nichtig. Es wird hierbei nahtlos an die im oben genannten Urteil aus dem Jahre 2013¹⁵ aufgestellten Grundsätze angeknüpft. Die Regelung des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG enthält hiernach ein Verbot des Abschlusses eines Werkvertrags, wenn in diesem vereinbart wird, dass eine der Vertragsparteien ihre aus dem Vollzug des Werkvertrags entstehenden steuerlichen Pflichten nicht

erfüllt.¹⁶ Mithin führe eben dieses Verbot gem. § 134 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Vertrags, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt.¹⁷ Da der Beklagte die Umsatzsteuer nicht entrichten wollte und der Kläger hiervon wusste sowie auf dieser Basis einen Preisnachlass erhielt, sah der BGH diese Voraussetzungen als erfüllt an. Der Vertrag sei somit auf Grund der Verletzung des gesetzlichen Verbots des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG¹⁸ nach § 134 BGB in Gänze nichtig. Vertragliche Ansprüche seien demnach ausgeschlossen. Diesbezüglich setzt der BGH die 2013 begründete und in der Literatur¹⁹ geforderte und begrüßte Rechtsprechung ohne Frage fort. Zu einer durch Treu und Glauben gebotenen Korrektur dieses Ergebnisses erfolgt nunmehr keine Stellungnahme, was wohl darauf hindeutet, dass man von dieser Möglichkeit auch in Zukunft keinen Gebrauch machen wird.²⁰

b) Geschäftsführung ohne Auftrag

Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag werden im hiesigen Urteil mit keinem Wort erwähnt. Dies verwundert insbesondere auf Grund dessen, dass man in vorangegangenen Urteilen den Anwendungsbereich der §§ 677 ff. BGB durchaus als eröffnet betrachtete.²¹ Eine solche Betrachtungsweise führt im aktuellen Fall bei Verschulden des Unternehmers zu einem Anspruch des Bestellers aus §§ 677, 280 BGB. Dogmatisch sauberer erscheint es indes, mit einer starken Auffassung in der Literatur²² den Anwendungsbereich der Geschäftsführung ohne Auftrag in Fällen der Rückabwicklung gescheiterter Vertragsverhältnisse einzuschränken. So ist in solchen Konstellationen doch das Bereicherungsrecht spezieller und damit einzig einschlägig. Insbesondere würden durch die Anwendung der §§ 677 ff. BGB die Wertungen der § 818 Abs. 3, § 817 S. 2 BGB völlig konterkariert.²³ Ob der Unternehmer die Schlechtleistung zu vertreten hat, kann nach hier vertretener Ansicht somit dahinstehen. Ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag besteht hiernach nicht.

¹⁶ Vgl. BGH NJW 2015, 2406 Rn. 10.

¹⁷ In der Literatur (vgl. *Mäsch*, JuS 2014, 355 [356]; *Jerger*, NZBau 2013, 608 [610]; *ders.*, NZBau 2014, 415 [416]) wird zu Recht hervorgebracht, dass die vom BGH gebildete Formel bezüglich des Gesetzesverstoßes des Bestellers nicht zwingend notwendig ist; § 1 Abs. 2 SchwarzArbG enthalte zumindest bei Bauleistungen schließlich auch ein an den Besteller gerichtetes Verbot („[...] ausführen lässt [...]“).

¹⁸ Ebenso wird zu Recht darauf hingewiesen, dass in den Schwarzarbeiterfällen zugleich auch ein Verstoß gegen § 370 AO vorliegt, vgl. *Mäsch*, JuS 2014, 355 (356).

¹⁹ Statt vieler siehe *Lorenz*, NJW 2013, 3132 (3134).

²⁰ Dies als endgültige Abkehr von der alten Rechtsprechung (BGH NJW-RR 2008, 1050) betrachtend *Stamm*, NJW 2015, 2406 (2407).

²¹ Vgl. beispielsweise BGH NJW 2014, 1805 Rn. 14.

²² Siehe nur *Jerger*, NJW 2015, 552 (553); *Lorenz*, NJW 2013, 3132 (3133 m.w.N.).

²³ Vgl. *Zintl/Singbartl*, ZJS 2014, 148 (149).

¹² BGH NJW 2015, 2406.

¹³ Hierzu ausführlicher unten unter III. 2.

¹⁴ LG Verden BeckRS 2015, 10567; OLG Celle BeckRS 2015, 10566; schließlich BGH NJW 2015, 2406.

¹⁵ BGH NJW 2013, 3167.

c) *Bereicherungsrecht mit Schwerpunkt auf § 817 S. 2 BGB*

Den Schwerpunkt der Entscheidung bilden die Ausführungen zu einem eventuell bestehenden Rückzahlungsanspruch aus Bereicherungsrecht. Zunächst stellt der BGH klar, dass die Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB erfüllt sind. Der Anspruch sei allerdings nach § 817 S. 2 Hs. 1 BGB ausgeschlossen. Es wird anknüpfend an die Entscheidung aus dem Jahre 2014 hervorgebracht, dass in Anbetracht der Zielsetzung des SchwarzArbG nicht nur die vertragliche Vereinbarung von Schwarzarbeit als solche, sondern auch der Vollzug eines solchen Vertrags gegen das gesetzliche Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verstoßen.²⁴ Damit werde auch die Zahlung eines im verbotswidrigen Vertrag vereinbarten Werklohns von § 817 S. 2 BGB erfasst. Eine einschränkende Auslegung des § 817 S. 2 BGB sei ferner im konkreten Fall nicht geboten. Derjenige, der bewusst gegen das gesetzliche Verbot des SchwarzArbG verstoße, solle von der Rechtsordnung nicht geschützt werden. Verwiesen wird insbesondere auf den generalpräventiven Charakter der Vorschrift. Ein Ausschluss jeglicher Ansprüche zwischen den Vertragsparteien eines Schwarzarbeitervertrags entspräche schlicht der gesetzgeberischen Intention, Schwarzarbeit als gesellschaftliches Phänomen in besonderem Maße mit den Mitteln des Zivilrechts zu bekämpfen. Wie schon im Leitsatz der Entscheidung deutlich wird, ist der *Senat* der Auffassung, dass er mit dieser Würdigung nahtlos an die vorangegangene Entscheidung anknüpfe. In der juristischen Literatur schließlich findet die hier beschriebene Argumentation großen Anklang.²⁵

2. *Kritische Würdigung*

a) *Präventionsfunktion als Ziel des Zivilrechts und § 817 S. 2 BGB*

Der zentrale Gedanke des Kondiktionsausschlusses nach § 817 S. 2 BGB ist, dass man sich zur Anspruchsbegründung nicht auf eigene Unlauterkeit berufen dürfen soll.²⁶ § 817 S. 2 BGB ergänzt in diesem Sinne §§ 134, 138 Abs. 1 BGB im Hinblick auf die Rückabwicklung. Wer sich bewusst außerhalb der Rechtsordnung bewegt, indem er einen verbotswidrigen Vertrag abschließt bzw. ausführt, wird von der Rechtsordnung somit nicht geschützt.²⁷ Durch dieses erhöhte Risiko soll der Bürger von verbots- bzw. sittenwidrigen Geschäften abgeschreckt werden. Um diesem breiten Normzweck gerecht zu werden, sind allgemein zwei teleologische Extensionen in Bezug auf § 817 S. 2 BGB anerkannt: zum einen die Anwendbarkeit auf sämtliche Unterarten der Leistungskondiktion; zum anderen die Ausweitung auf einen einseitigen Verstoß des Leistenden.²⁸ Dies zeigt recht anschaulich, welch

großer Stellenwert der Generalprävention im Zivilrecht allgemein eingeräumt wird. Unter diesem Gesichtspunkt liegt freilich ebenso auf der Hand, dass § 817 S. 2 BGB dann keine Anwendung finden kann, wenn der sitten- bzw. verbotswidrige Zustand durch eine Versagung des Anspruchs perpetuiert wird. Denn in diesem Fall verkehrt sich die Abschreckung in einen Anreiz.

b) *Bewertung der Entscheidung im Hinblick auf die Perpetuierung des gesetzeswidrigen Zustands als Einschränkung des § 817 S. 2 BGB*

Problematisch erscheint diesbezüglich die aktuelle Rechtsprechung des BGH. Argumentiert wird in der Entscheidung überwiegend mit Verweisen auf das vorangegangene Urteil. Insbesondere an der Überzeugungskraft dieser Verweisungen bestehen erhebliche Zweifel. So wird im Jahr 2014 noch explizit ausgeführt, dass das SchwarzArbG den Besteller vor „Pfuscharbeit“ schützen soll.²⁹ Diesem Zweck widerspricht es evident, wenn der Besteller im Fall der Mangelhaftigkeit des Werks neben seiner Mängelrechte auch eines Rückzahlungsanspruchs beraubt wird. Man könnte also bereits über eine Einschränkung des § 817 S. 2 BGB in Bezug auf Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes nachdenken. Ob das SchwarzArbG die Gewährung eines Anspruchs zwingend erfordert, ist indes fraglich.³⁰ Möglich erscheint ebenso, dass mit der Versagung eines Rückzahlungsanspruchs des Bestellers dem verbotswidrigen Zustand Dauer verschafft wird.³¹ Der schwarz arbeitende Unternehmer steht schließlich nach der aktuellen Entscheidung des BGH besser da als ein gesetzeskonform arbeitender Unternehmer.³² Er erhält die volle Werklohnzahlung und hat im Gegenzug mangelhaft (oder – in anderen Fällen denkbar – gar nicht) geleistet. Diese Situation führt im Ergebnis nicht zur Prävention, sondern gar zu einem Anreiz für Unternehmer, „schwarz“ zu arbeiten. Hierauf könnte man entgegnen, bei einer Einschränkung des § 817 S. 2 BGB stelle sich die Problematik umgekehrt dar: der Besteller, der einen Unternehmer „schwarz“ arbeiten lässt, stünde besser als jener, der gesetzestreu handelt. So habe der Besteller konkret nichts geleistet und dennoch ein Werk erhalten. Dies erscheint indes unpräzise. Zunächst ist diesem Einwand entgegenzuhalten, dass das erhaltene Werk mangelhaft war. Sollte dies verständlicher Weise nicht vollends überzeugen, so ist darauf hinzuweisen, dass der Besteller, selbst wenn man ihm den „faktischen“ Rücktritt und damit die Rückzahlung des Werklohns zugesteht, immer noch seiner weiteren Mängelrechte beraubt ist. Insofern greift das Argument, der gesetzeswidrig handelnde Unternehmer wird durch die strikte Anwendung von § 817 S. 2 BGB besser gestellt als der gesetzestreue Unternehmer, im Ergebnis durch. Der verbotswidrige Zustand wird somit perpetuiert. Dies setzt

²⁴ Vgl. BGH NJW 2014, 1805 (1806).

²⁵ Siehe etwa *Stamm*, NJW 2015, 2406 (2407); *Jerger*, NZBau 2015, 552.

²⁶ *Expressis verbis Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II – Besonderer Teil, 17. Aufl. 2014, § 134 Rn. 1157.

²⁷ Vgl. BGHZ 41, 341 (344).

²⁸ Siehe statt vieler *Sprau*, in: *Palandt*, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 817 Rn. 12.

²⁹ Siehe BGH NJW 2014, 1805 (1806).

³⁰ *Tiedtke*, DB 1990, 2307 m.w.N.

³¹ Hierauf hinweisend indes einzig *Lorenz*,

http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/viizr216_14.htm (24.1.2015).

³² Dies berücksichtigt indes schon BGH NJW 2014, 1805 (1807) mit Verweis auf *Kern*, JuS, 1993, 193 (195).

zweifelsfrei Anreize für findige Unternehmer, zukünftig „schwarz“ zu arbeiten. Einzig müssen sie den Besteller zur Vorleistung bewegen, was insbesondere bei Pauschalpreisen leicht zu erreichen sein wird. Anders als die vorangegangenen Entscheidungen führt aktuelles Judikat folglich dazu, dass die dem Zivilrecht immanente Generalprävention partiell konterkariert wird.

IV. Folgen für Studium, Prüfung und Praxis

Die aktuelle Entscheidung setzt die Rechtsprechung aus den Jahren 2013 und 2014 nahtlos fort. Für Studierende ist es absolut zwingend, die aktuelle Rechtsprechungsentwicklung im Segment der Schwarzarbeit zu verfolgen und kritisch zu evaluieren. Fraglich ist indes darüber hinaus, ob sich die Rechtsprechung auch in Zukunft mit dem Thema der Schwarzarbeit zu befassen hat oder ob dieses Buch mit hiesiger Entscheidung endgültig geschlossen wurde. Allerdings erscheint es nicht völlig ausgeschlossen, dass Problematiken rund um die Schwarzarbeit auch weiterhin vor dem Bundesgerichtshof verhandelt werden. Insbesondere wird es sicherlich findige Unternehmer geben, die nach wie vor „schwarz“ arbeiten.³³ Endlich bleibt festzuhalten, dass man hiesige Entscheidung zumindest kritischer hinterfragen sollte als bisher in der Literatur geschehen. Wie so oft zeigt sich, dass eine zu einseitige Betrachtungsweise in rechtlichen Fragen zu teils unbefriedigenden Ergebnissen führt.

Wiss. Mitarbeiter Jan Singbartl, stud. iur. Johannes Rübbeck, München

³³ Auf weitere Gestaltungsmöglichkeiten weist auch *Jerger*, NZBau 2014, 415 (420) hin.

Entscheidungsbesprechung

Zur Frist bei der Anfechtung einer erbrechtlichen Anfechtungserklärung

Für die Anfechtung der Anfechtungserklärung der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft sowie der Versäumung der Ausschlagungsfrist (§ 1956 BGB) gelten die Fristen des § 121 BGB, nicht diejenigen des § 1954 BGB. (Amtlicher Leitsatz)

BGB §§ 1954, 1956, 121

BGH, Beschl. v. 10.6.2015 – IV ZB 39/14 (KG Berlin; AG Berlin Mitte)¹

I. Einleitung

Der Fall betrifft vordergründig die Frist bei der Anfechtung einer erbrechtlichen Anfechtungserklärung. Darüber hinaus beinhaltet er für die Ausbildung interessante, wenn auch nicht einfache Probleme beim Anfechtungsgrund.

Als Hintergrund für die Entscheidung sollte man wissen:

Nach dem BGB erwirbt der Erbe die Erbschaft von selbst, also ohne dass es eines Antritts bedürfte (sog. Vonselbsterwerb), § 1942 Abs. 1 BGB. Damit ihm aber die Erbschaft nicht gegen seinen Willen aufgedrängt bleibt, hat er die Möglichkeit, sie auszuschlagen, § 1942 Abs. 1 BGB.² Die Ausschlagung setzt allerdings voraus, dass er erstens noch nicht angenommen hat und er zweitens die Frist des § 1944 BGB von regelmäßig sechs Wochen gewahrt hat, § 1943 BGB. Andernfalls ist sein Erbschaftserwerb endgültig; manchmal bleibt ihm aber noch ein Ausweg: Bei Vorliegen der Anfechtungsvoraussetzungen kann der Erbe anfechten. Dabei ficht er, wenn er ausdrücklich oder konkludent angenommen hat, die Annahmeerklärung an, § 1954 Abs. 1 Alt. 1 BGB. Wenn er hingegen die Annahmefrist versäumt hat, gibt ihm § 1956 BGB ebenfalls das Recht anzufechten – angefochten wird in diesem Fall das Unterlassen einer Willenserklärung, was im BGB einmalig ist.

Die Anfechtungsgründe bestimmen sich mangels besonderer Regelung in den §§ 1942 ff. BGB nach den §§ 119 ff. BGB. Die Frist aber richtet sich nach der Spezialregelung des § 1954 BGB, die somit dem § 121 BGB vorgeht. Die Rechtsfolge einer erfolgreichen Anfechtung der Annahme bestimmt § 1957 Abs. 1 BGB als *lex specialis* gegenüber § 142 Abs. 1 BGB: Sie gilt als Ausschlagung.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2015-6-10&nr=71466&pos=10&anz=29> (24.1.2016) und abgedruckt in NJW 2015, 2729 sowie ZEV 2015, 468 m. Anm. *Litzenburger*, ZEV 2015, 470. Die Beschwerdeentscheidung des KG ist abgedruckt in ZEV 2015, 96 m. Anm. *Löhnig/Plettenberg*, ZEV 2015, 99.

² Hat er ausgeschlagen, kann er – bei Vorliegen der Anfechtungsvoraussetzungen – auch die Ausschlagung anfechten, § 1954 Abs. 1 Alt. 2 BGB.

In unserem Fall geht es nun noch einen Schritt weiter: Was passiert, wenn der Erbe nach der Anfechtung der Annahme entdeckt, dass seine ursprüngliche Annahme doch seinen Interessen entspricht? In einem solchen Fall kann der Erbe – wiederum bei Vorliegen der entsprechenden Anfechtungsvoraussetzungen – seine zwischenzeitliche Anfechtungserklärung anfechten (Anfechtung der Anfechtungserklärung), mit der Folge, dass dann der Zustand der Annahme wiederhergestellt wird und er also Erbe ist.

Die Frage, die sich für den BGH in diesem Rahmen stellte, war, welche Frist für die Anfechtung der Anfechtungserklärung einzuhalten war. Anders als im Fall der Anfechtung der Annahme ist dies nämlich im BGB scheinbar nicht ausdrücklich geregelt, so dass zwei Vorschriften in Betracht kommen: entweder die großzügigere Regelung des § 1954 BGB (in direkter oder analoger Anwendung) oder die strengere des § 121 BGB.

II. Sachverhalt (vereinfacht)³

Die Erblasserin verstirbt im Juni 1996 ohne Verfügung von Todes wegen. Der (Allein-)Erbe E tut zunächst nichts, bevor er im November 1996 in notariell beurkundeter Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht die Versäumnis der Ausschlagungsfrist anfechtet, weil ihm die Frist zur Ausschlagung nicht bekannt gewesen sei; der Nachlass sei überschuldet.

Am 7.8.2013 erfährt E, dass der Nachlass der Erblasserin wertvoller als gedacht war, weil zu diesem Nachlass noch ein – zunächst übersehener – Anteil am Nachlass einer Tante der Erblasserin gehörte. Aus diesem Grund ficht E am 29.8.2013 in notariell beurkundeter Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht die Anfechtungserklärung vom November 1996 an und begründet dies damit, er sei im Zeitpunkt der Ausschlagung davon ausgegangen, der Nachlass sei überschuldet, was jedoch tatsächlich wegen des Nachlassteils der Tante der Erblasserin nicht der Fall war.

E verlangt daher die Erbschaft von den nachrangigen gesetzlichen Erben⁴ heraus.

III. Rechtliche Würdigung

Voraussetzung für einen solchen Herausgabeanspruch aus § 2018 BGB ist, dass E Erbe ist. Zu prüfen ist also:

1. Anfechtung

E war zunächst als gesetzlicher Erbe berufen. Er verlor seine Erbenstellung jedoch infolge der Anfechtung vom November 1996, § 1957 Abs. 1 BGB. Insoweit liegen die Voraussetzungen einer wirksamen Anfechtung vor: E war als Erbe anfechtungsberechtigt, die Erklärung erfolgte gegenüber dem Nachlassgericht (§ 1955 S. 1 BGB) und war formgerecht, §§ 1955

³ Der Originalsachverhalt spielt im Erbscheinsverfahren, so dass der BGH – selten genug – im Wege der Rechtsbeschwerde damit befasst war. Weil das Erbscheinsverfahren jedoch in der Ersten Juristischen Prüfung regelmäßig nicht Gegenstand ist, wurde der Sachverhalt vereinfacht, die rechtlichen Probleme aber natürlich beibehalten.

⁴ Die, sollte E obsiegen, dann nie Erben waren.

S. 2, 1945 Abs. 1 BGB. Die Frist des § 1954 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB wurde – davon ist nach dem Sachverhalt auszugehen – gewahrt.

Den Anfechtungsgrund behandelt der BGH sehr knapp: Er verweist auf ein Urteil des RG aus dem Jahre 1934⁵ und bejaht ohne Weiteres einen Erklärungsirrtum nach §§ 119 Abs. 1 Alt. 2, 1956 BGB.⁶ In der Klausur und in der Hausarbeit muss man ausführlicher vorgehen, denn so einfach ist die Angelegenheit nicht:

a) Ausgangspunkt

Ausgangspunkt ist, dass die §§ 1942 ff. BGB keine spezielle Regelung für die Anfechtungsgründe beinhalten, so dass von vornherein nur die allgemeinen §§ 119 ff. BGB in Betracht kommen. Hier gilt es zweistufig aufzubauen: Zunächst muss man sich fragen, ob die Irrtumsanfechtung des § 119 BGB überhaupt grundsätzlich anwendbar ist, denn: Anfechtbar sind nur Willenserklärungen; E macht aber geltend, er habe die Ausschlagungsfrist des § 1944 Abs. 1 BGB nicht gekannt, mit anderen Worten: er will nicht eine Willenserklärung anfechten, sondern ein Unterlassen einer solchen. Weil aber der Wortlaut des § 1956 BGB die Anfechtbarkeit der Versäumung der Anfechtungsfrist ausdrücklich anordnet und dabei sich nicht auf bestimmte Anfechtungsgründe beschränkt, besteht trotz des unklaren historischen Gesetzgeberwillens⁷ an der grundsätzlichen Anwendbarkeit auch des § 119 BGB kein Zweifel.

Sodann muss man erkennen, dass im vorliegenden Fall § 119 Abs. 1 und Abs. 2⁸ BGB in Betracht kommen.

b) § 119 Abs. 1 BGB

Bei § 119 Abs. 1 BGB muss man sehen, dass § 119 BGB nur mit Modifikationen anwendbar ist. Denn es ist eben nicht eine Willenserklärung Gegenstand der Anfechtung, sondern nur ein objektiver Erklärungswert (= das Versäumen), den

⁵ RGZ 143, 419.

⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.6.2015 – IV ZB 39/14, Rn. 9 (juris).

⁷ Den man in der Klausur regelmäßig nicht kennen kann, wohl aber in der Hausarbeit. – Der Gesetzgeberwillen ist deshalb nicht eindeutig, weil im Ersten Entwurf § 1956 BGB nicht vorgesehen war, das heißt: es sollte die Fristversäumnis unter keinen Umständen angefochten werden können, also nicht einmal dann, wenn der Erbe infolge Täuschung oder Drohung die Frist versäumt hatte (*Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, S. 274). Im Zweiten Entwurf (*Mugdan* [a.a.O.], S. 411 f.) wurde § 1956 BGB eingeführt, um die Versäumung der Ausschlagungsfrist nicht schlechter zu behandeln als die ausdrückliche Annahme. Ob damit allerdings über § 123 BGB hinaus auch die Irrtumsanfechtung nach § 119 BGB beabsichtigt war, wird nicht ganz klar.

⁸ Auf § 119 Abs. 2 BGB musste der BGH nicht eingehen, weil er schon § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB bejahte, vgl. BGH, Beschl. v. 10.6.2015 – IV ZB 39/14, Rn. 9 (juris). Im juristischen Gutachten muss der Sachverhalt aber umfassend rechtlich gewürdigt werden, siehe zu § 119 Abs. 2 BGB sogleich.

das Gesetz im Wege der Fiktion einer Willenserklärung gleichstellt. Dieser Fall, der im BGB einmalig ist, sorgt für Schwierigkeiten: Wie hat man sich einen „Irrtum“ über die objektive Bedeutung eines Nichtstuns vorzustellen? Dabei muss man sich nämlich über eines im Klaren sein: Erlaubt man dem Erben, sich darauf zu berufen, er habe die Bestimmung des § 1943 Hs. 2 BGB nicht gekannt, also nicht gewusst, dass schlichtes Nichtstun zur Annahmefiktion führt, so läuft das im Ergebnis darauf hinaus, dass dies praktisch jeder Säumige vorbringen wird, womit die Fiktion des § 1943 Hs. 2 BGB ad absurdum geführt und die von ihr beabsichtigte Rechtssicherheit beseitigt würde. Auf diesen – vertretbaren – Standpunkt stellte sich die frühe Rechtsprechung des RG.⁹ Somit wäre die Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB nur noch dann möglich, wenn der Erbe um die Frist und die Folgen des § 1943 Hs. 2 BGB weiß und dennoch ausschlägt, was aber auf eher theoretische Fälle hinausläuft, wie etwa, dass jemand zur gleichen Zeit bei zwei verschiedenen Erbschaften zum Erben eingesetzt ist und die falsche Erbschaft ausschlägt, weil er die eine mit der anderen verwechselt.¹⁰

26 Jahre später, im Jahre 1934, ist das RG von dieser Ansicht abgerückt.¹¹ Der Grund dafür liegt darin, dass durch die obige Auslegung letztlich der Wille des Gesetzgebers missachtet wird: Denn nach jener Auslegung wäre § 1956 BGB schlicht überflüssig, weil schon § 1954 Abs. 1 BGB genügt. Zudem, so nunmehr das RG, könne der Gefahr einer uferlosen Ausdehnung des § 1956 BGB durch das Kausalitätserfordernis des § 119 BGB begegnet werden. § 119 Abs. 1 BGB ist damit auch anwendbar, wenn der Anfechtende die Ausschlagungsfrist oder die Wirkung der Frist nicht kannte. Der BGH hat mit dem vorliegenden Beschluss diese neuere Auslegung des RG bestätigt. RG und BGH sehen dabei innerhalb des § 119 Abs. 1 BGB die zweite Alternative (Erklärungsirrtum) gegeben. Andere nehmen § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB an; richtigerweise wird man hier höchst ausnahmsweise die Alternativen nicht voneinander abgrenzen können, weil ja über § 1956 BGB nicht eine Willenserklärung, sondern nur das Unterlassen einer solchen anfechtbar gemacht wird und damit § 119 Abs. 1 BGB ohnehin nicht direkt passt.¹²

c) Kausalität bei § 119 Abs. 1 BGB

Damit rückt bei § 119 Abs. 1 BGB die Prüfung der Kausalität in den Vordergrund, die der BGH auch recht ausführlich prüft.¹³

Weil § 119 Abs. 1 BGB nicht auf eine Willenserklärung, sondern auf ein Unterlassen angewandt wird, ist die Kausalität hin zu einer Quasikausalität zu modifizieren: Im Grundsatz ist demnach erforderlich, dass „ohne den Irrtum weder der Irrende selbst nach seinen persönlichen Verhältnissen und Eigenschaften noch ein unparteiischer Beobachter bei ver-

⁹ RGZ 58, 81.

¹⁰ So das Beispiel in RGZ 58, 81 (85).

¹¹ RGZ 143, 419.

¹² So *Leipold*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 1956 Rn. 7, auch zu den einzelnen Ansichten Fn. 7.

¹³ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.6.2015 – IV ZB 39/14, Rn. 10 (juris).

ständiger Würdigung der Gesamtheit der Umstände die Annahme erklärt oder die Abgabe einer wirksamen Ausschlagungserklärung versäumt hätte. Auf dieser Grundlage ist eine objektive Wertung vorzunehmen, die auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Ausschlagungsfrist abstellt.“

Kannte, wie hier, der Erbe die Ausschlagungsfrist nicht, so genügt es für die Quasikausalität, wenn er im Zeitpunkt des Ablaufs dieser Frist davon ausging, der Nachlass sei überschuldet. Denn dann ist bei verständiger – objektiver – Würdigung davon auszugehen, dass er bei Kenntnis der Ausschlagungsfrist ausgeschlagen hätte.

Wichtig ist dabei, dass es auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Ausschlagungsfrist des § 1954 BGB ankommt. Später bekannt gewordene Tatsachen, wie hier der Umstand, dass der Nachlass doch werthaltig war, dürfen bei der Kausalität¹⁴ nicht berücksichtigt werden. Denn die Heranziehung immer neu bekannt gewordener Umstände – auf diese Idee war der Verfahrensbevollmächtigte des Erben gekommen – würde die Rechtssicherheit aufheben; Beurteilungszeitpunkt muss vielmehr – entsprechend einer Willenserklärung, bei der der Zeitpunkt ihrer Abgabe zählt – der Zeitpunkt des Fiktionseintritts sein, also der Ablauf der Ausschlagungsfrist.

Die Quasikausalität im Sinne des § 119 Abs. 1 BGB war damit gegeben.

d) § 119 Abs. 2 BGB

Auf § 119 Abs. 2 BGB musste der BGH nicht mehr eingehen, weil er schon § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB bejaht hatte, was im Beschluss, nicht aber in der Klausur genügt. Zu § 119 Abs. 2 BGB gilt: An sich wird die Überschuldung, genauer gesagt: die zur Überschuldung führenden wertbildenden Umstände, nach h.M. als verkehrswesentliche Eigenschaft anerkannt.¹⁵

Fraglich ist indes auch hier, ob § 119 Abs. 2 BGB bei Unkenntnis der Ausschlagungsfrist überhaupt angewendet werden kann. *Leipold* verneint dies, weil „dann von einer auf Grund des Eigenschaftsirrturns fehlerhaften Willensbildung nicht die Rede sein kann“¹⁶, während er gleichzeitig § 119 Abs. 1 BGB bejaht, offenbar, weil es dort nicht um die Willensbildung geht, sondern um Willensmängel in der Erklärung selbst. Wenn man allerdings auf dem Boden der neueren Rechtsprechung des RG den Gedanken ernst nimmt, dass im Fall des § 1956 BGB nicht eine Willenserklärung, sondern nur ihr Unterlassen angefochten wird, und damit § 119 BGB ohnehin in der Sache nur entsprechend herangezogen wird, so ist es konsequent, auch den Abs. 2 des § 119 BGB anzuwenden. § 119 Abs. 2 BGB, der denselben Kausalitätsanforderungen wie Abs. 1 unterliegt, führt hier aber nicht zu anderen

Ergebnissen als § 119 Abs. 1 BGB: E kann also auch nach § 119 Abs. 2 BGB anfechten.

2. Anfechtung der Anfechtung

Damit ist festgestellt, dass die Anfechtung der Versäumnis der Ausschlagungsfrist vom November 1996 wirksam ist und E nicht Erbe ist.

a) Ausgangspunkt

Folglich kommt man zu der Frage, ob die Anfechtung vom 29.8.2013, also die Anfechtung der Anfechtung der Versäumnis der Ausschlagungsfrist, wirksam ist. Hier gilt es zunächst zu erkennen, dass die Anfechtungserklärung vom November 1996 eine Willenserklärung darstellt und damit den Regeln über diese unterliegt. Man muss sich dabei nach dem „Klammerprinzip“ des BGB fragen, ob und inwieweit die Vorschriften der §§ 1954 ff. BGB eine besondere, vorrangige Regelung enthalten oder ob auf den Allgemeinen Teil zurückzugreifen ist.

b) Anfechtungsberechtigung und -grund

Unproblematisch ist es noch bei dem Anfechtungsberechtigten und dem Anfechtungsgrund: Hier finden sich in den §§ 1954 ff. BGB ersichtlich keine besonderen Regelungen, so dass anfechtungsberechtigt nach den allgemeinen, im BGB ungeschriebenen Regeln der E als derjenige, der die Anfechtung der Annahmefiktion im November 1996 erklärt hatte, ist. Der Anfechtungsgrund bestimmt sich nach den §§ 119 ff. BGB und ist hier in Form des Eigenschaftsirrturns nach § 119 Abs. 2 BGB gegeben: E irrte über die tatsächlichen Umstände, die zur vermeintlichen Überschuldung führten, was, wie oben dargestellt, genügt.¹⁷

c) Anfechtungsfrist

Was die weiteren Voraussetzungen (Form, Frist, Anfechtungsgegner) betrifft, kommt es nun entscheidend darauf an, ob die §§ 1954 ff. BGB mit ihren besonderen Regelungen anwendbar sind, oder ob die §§ 121, 143 BGB gelten.

Auf Form und Anfechtungsgegner muss der BGH nicht eingehen, weil der E jedenfalls die strengere Form der §§ 1955, 1945 Abs. 1 BGB gewahrt hatte, wozu ihm ein sorgfältiger Anwalt auch raten musste.¹⁸

Die Musik spielte vielmehr bei der Frist, weil es hier darauf ankam: Ist § 1954 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB einschlägig, so hat der E rechtzeitig die Anfechtung der Anfechtung erklärt: Die 22 Tage, die er sich zwischen seiner Kenntnis am 7.8.2013 und der Erklärung der Anfechtung der Anfechtung am 29.8.2013 Zeit gelassen hat, betragen weniger als 6 Wochen, und auch die Ausschlussfrist des § 1954 Abs. 4 BGB von 30 Jahren ist gewahrt. Ist hingegen § 121 BGB anwend-

¹⁴ Sondern erst bei der Anfechtung der Anfechtung, siehe sogleich III. 2.

¹⁵ Siehe nur *Otte*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2008, § 1954 Rn. 15. Auch das ist freilich nicht selbstverständlich und wurde vom RG erst nach einigem Zögern zugelassen (seit RGZ 158, 50 mit RGZ 149, 235; abl. noch RGZ 103, 21).

¹⁶ *Leipold* (Fn. 12), § 1956 Rn. 6.

¹⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.6.2015 – IV ZB 39/14, Rn. 12 (juris).

¹⁸ Siehe zu Anfechtungsgegner und Form unten III. 2. c) bb) am Ende.

bar, so wäre der Zeitraum von 22 Tagen erstens wohl¹⁹ nicht mehr unverzüglich im Sinne des § 121 Abs. 1 S. 1 BGB, weil man für schuldloses Zögern regelmäßig nur wenige Tage veranschlagt. Vor allem und zweitens aber wäre die Ausschlussfrist des § 121 Abs. 2 BGB von 10 Jahren abgelaufen, weil zwischen dem November 1996 und dem August 2013 fast 17 Jahre liegen.

aa) Lösung des BGH: § 121 BGB

Der BGH zählt die beiden Ansichten auf²⁰ und entscheidet sodann zugunsten von § 121 BGB: § 1954 Abs. 1 BGB sei nicht direkt anwendbar, „weil hier nicht die Anfechtung der Annahme oder der Ausschlagung, sondern die Anfechtung der Anfechtungserklärung in Rede steht.“²¹ Auch eine entsprechende Heranziehung sei nicht notwendig; denn, so der BGH²² weitgehend wortgleich im Anschluss an das BayObLG²³: „Zwar bestimmt § 1957 Abs. 1 BGB, dass die Anfechtung der Annahme als Ausschlagung und die Anfechtung der Ausschlagung als Annahme gilt. Dies hat aber nicht zur Konsequenz, dass allein deshalb die Anfechtung einer Anfechtung der Annahme (bzw. der Versäumung der Ausschlagungsfrist) hinsichtlich der Anfechtungsfrist wie die Anfechtung einer Ausschlagung und die Anfechtung einer Anfechtung der Ausschlagung wie die Anfechtung einer Annahme behandelt werden müssten. Angefochten wird in derartigen Fällen nicht die fingierte Ausschlagung oder Annahme, sondern die Anfechtungserklärung selbst. Die Fiktion des § 1957 Abs. 1 BGB hat lediglich den Sinn, der Anfechtung einer Annahme bzw. der Anfechtung einer Ausschlagung eine über die bloße Nichtigkeit der angefochtenen Willenserklärung hinausgehende Wirkung zu verleihen, damit sofort erbrechtlich klare Verhältnisse geschaffen werden und ein nochmaliger Schwebezustand vermieden wird.“ Flankiert wird diese Auslegung durch das Argument, die Fristdauer des § 121 BGB genüge, weil dem Erben, der schon einmal seine Annahme oder Ausschlagung angefochten hat und später von seinem Irrtum erfährt, eine unverzügliche Anfechtung zuzumuten sei; die 30-jährige Ausschlussfrist des § 1954 Abs. 4 BGB sei nicht sachgerecht.²⁴ Schließlich wird in Rn. 19 des Urteils noch ein vermeintliches Wertungskonzept des Gesetzgebers im Bereich des Verjährungsrechts bemüht: Der Gesetzgeber habe zum 1.1.2010 die vorherige 30-jährige Verjährungsfrist für erbrechtliche Ansprüche in § 197 Abs. 1

Nr. 2 a.F. BGB trotz des § 199 Abs. 3a BGB grundsätzlich abgeschafft.

bb) Kritik

In der Klausur darf man dem natürlich folgen. Die Argumente begegnen indes Bedenken; der Reihe nach: Das Problem bei der Ablehnung sowohl der direkten wie der entsprechenden Anwendung des § 1954 BGB ist: Es beruht auf einem Verständnis, das die Reichweite der Fiktion des § 1957 Abs. 1 BGB unterschätzt: Der BGH meint, § 1954 Abs. 1 BGB sei nicht direkt anwendbar, „weil hier nicht die Anfechtung der Annahme oder der Ausschlagung, sondern die Anfechtung der Anfechtungserklärung in Rede steht“²⁵. Das ist nur auf den ersten Blick überzeugend; denn § 1957 Abs. 1 BGB besagt nun einmal: Die Anfechtung der Annahme (wie auch der Annahmefiktion, arg. § 1956 BGB) „gilt“ als Ausschlagung. Damit handelt es sich um eine gesetzliche Fiktion, welche sich als Rechtsinstitut dadurch auszeichnet, dass der Gesetzgeber zwei an sich unterschiedliche Gegebenheiten, hier rechtlicher Art, gleich behandelt, und zwar in voller Kenntnis ihrer Ungleichheit! Einfach ausgedrückt: Der Gesetzgeber sagt: Ich weiß, dass die Anfechtung der Annahme keine Ausschlagung ist, aber ich will sie als solche behandelt wissen, und zwar umfassend in allen Aspekten. Daran muss der Rechtsanwender festhalten. Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber hat sich eben nicht auf eine Anordnung beschränkt, nach welcher die Anfechtung ausnahmsweise nicht lediglich kassiere, sondern auch reformiere. Dies würde nämlich etwa wie folgt lauten: „Die Anfechtung der Annahme hat die Wirkung einer Ausschlagung [...]“. Nein, er hat vielmehr zur umfassenderen Fiktion gegriffen: „gilt als Ausschlagung“.

Für eine wie auch immer geartete – offenbar teleologische²⁶ – Einschränkung der Fiktion sind keine Anhaltspunkte erkennbar: Mag auch einer der Gründe für den und die wichtigste Folge des § 1957 Abs. 1 BGB darin bestehen, die Rechtsfolge des § 142 Abs. 1 BGB zu modifizieren und einen nochmaligen Schwebezustand zu vermeiden, so ist es doch darüber hinaus sinnvoll, jegliche erbrechtliche Anfechtung im Zusammenhang mit der Anfechtung und Annahme der Erbschaft dem sachnäheren und einheitlichen Regime der §§ 1954 ff. BGB zu unterwerfen.

Das hat zur Folge: Wird die Anfechtung der Annahme(fiktion) der Erbschaft angefochten, so ist das kraft dieser gesetzlichen Fiktion nichts anderes als die Anfechtung einer Ausschlagung, womit § 1954 BGB direkt anwendbar ist. Der Satz des BGH „Angefochten wird in derartigen Fällen nicht die fingierte Ausschlagung oder Annahme, sondern die Anfechtungserklärung selbst“²⁷ stimmt also nicht: Nach Fikti-

¹⁹ Der BGH äußert sich zur Subsumtion unter den § 121 Abs. 1 S. 1 BGB, also zur Frage, ob konkret die 22 Tage unverzüglich sind, nicht, was er auch nicht muss, weil jedenfalls die Ausschlussfrist des § 121 Abs. 2 BGB abgelaufen ist.

²⁰ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.6.2015 – IV ZB 39/14, Rn. 14 f. (juris).

²¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.6.2015 – IV ZB 39/14, Rn. 16 (juris).

²² Vgl. BGH, Beschl. v. 10.6.2015 – IV ZB 39/14, Rn. 17 (juris).

²³ BayObLGZ 1980, 23 Rn. 36.

²⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.6.2015 – IV ZB 39/14, Rn. 18 (juris).

²⁵ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.6.2015 – IV ZB 39/14, Rn. 16 (juris).

²⁶ Der BGH nennt das Kind nicht beim Namen, das Abstellen auf den „Sinn“ der Fiktion dürfte damit aber gemeint sein, vgl. BGH, Beschl. v. 10.6.2015 – IV ZB 39/14, Rn. 17 (juris).

²⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.6.2015 – IV ZB 39/14, Rn. 17 (juris).

onseintritt sind die Anfechtungserklärung und die fiktive Ausschlagung nicht nur zwei Seiten ein- und derselben Medaille, sondern sogar rechtlich dasselbe. Methodisch gesehen ist damit § 1954 BGB direkt anwendbar.²⁸

Auch die übrigen Argumente des BGH sind zu entkräften: Mit Blick auf die Fristdauer des § 121 BGB ist zwar richtig, dass derjenige, der die Anfechtung der Anfechtung erklärt, schon früher einmal angefochten hat; dass es ihm aber allein aus diesem Grund zumutbar sein soll, unverzüglich anzufechten (was letztlich auf einige wenige Tage hinausläuft), ist nicht einzusehen: Denn die damalige Ausschlagung kann unter Umständen Jahre zurückliegen, die Sachverhalte sind mitunter kompliziert, die Rechtslage auch, kurz: die Situation ist oft nicht viel anders als beim Anfall der Erbschaft. Von daher rechtfertigen sich auch in der Sache die 6 Wochen beziehungsweise 6 Monate des § 1954 Abs. 1, Abs. 3 BGB. Die Rechtssicherheit kann diese immer noch recht kurzen Fristen verkraften, ja vermögen vielmehr die starren und klar umrissenen Fristen des § 1954 Abs. 1, Abs. 3 BGB mehr Sicherheit zu bieten als der erst juristisch zu wertende § 121 Abs. 1 BGB, ganz abgesehen davon, dass es, wie gesagt, aus Gründen der Rechtsklarheit Sinn macht, alle im Zusammenhang mit der Annahme stehenden erbrechtlichen Anfechtungsfristen ein- und demselben Fristenregime zu unterwerfen. Die zehnjährige Ausschlussfrist des § 121 Abs. 2 BGB schließlich ist überhaupt nicht angemessen; dass der Gesetzgeber die Verjährung des § 197 Abs. 1 Nr. 2 a.F. BGB mit Wirkung vom 1.1.2010 geändert hat, genügt bei umfassender Betrachtung des neuen Fristenrechts nicht: Im Erbrecht hat der Gesetzgeber, abgesehen von § 199 Abs. 3a BGB, auch über § 1954 Abs. 4 BGB hinaus andere 30-Jahres-Fristen beibehalten, siehe nur beispielsweise § 2082 Abs. 3 BGB; das bedeutet, dass § 1954 Abs. 4 BGB „keinesfalls als Fremdkörper im gesetzgeberischen Wertungskontext anzusehen“²⁹ ist. Zudem geht es bei der Frage der Höchstfrist bei der Anfechtung der Anfechtung der Annahme in der Sache um die Erlangung der Erbenstellung – und diese ist auch nach § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. ohnehin mit einer 30-jährigen Verjährungsfrist versehen: Denn § 2018 BGB ist nichts als die Kehrseite der Erbenstellung, ebenso wie § 985 BGB dies mit Blick auf das Eigentum ist.

Was im Übrigen zusätzlich für die Anwendung des § 1954 BGB spricht, ist das Gebot der einheitlichen Rechtsanwendung: Hinsichtlich Anfechtungsgegner und Form der Anfechtungserklärung bezweifelt ja, soweit ersichtlich, auch niemand die Anwendbarkeit der §§ 1955 S. 1, S. 2, 1945 Abs. 1 BGB.³⁰

cc) Ergebnis

Damit sprechen im Ergebnis die besseren Argumente für die direkte Anwendbarkeit des § 1954 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, Abs. 4

BGB: Demnach erfolgte die Anfechtung der Anfechtungserklärung der Annahmefiktion hier am 29.8.2013 innerhalb der 6-Wochen-Frist und auch die 30-jährige Ausschlussfrist war im Jahre 2013 noch nicht abgelaufen.

IV. Folgen für Studium, Prüfung und Praxis

Für die Praxis ist die Frage mit der BGH-Entscheidung zunächst geklärt; der sorgfältige Anwalt muss seinen Mandanten auf die Frist des § 121 Abs. 1, Abs. 2 BGB hinweisen. Der BGH sollte jedoch aus den genannten Gründen seine Ansicht zur Fiktion des § 1957 Abs. 1 BGB überdenken.

In der Ausbildung sind mit entsprechender Begründung beide Lösungen gleichermaßen vertretbar; wichtig ist allein die Argumentation. Der Fall wird in der Ausbildung seinen Platz finden, denn dafür ist er bestens geeignet: Er verzahnt das fünfte Buch des BGB mit dem Allgemeinen Teil, ist mit dem „Handwerkszeug“ der Methodenlehre gut lösbar und lässt sich nicht zuletzt ohne großen Aufwand in viele Erbrechtssklausuren einbauen.

Akad. Rat a.Z. Dr. Benedikt Strobel, München

²⁸ So im Ergebnis auch *Löhnig/Plettenberg*, ZEV 2015, 99; wohl auch *Michalski*, BGB-Erbrecht, 3. Aufl. 2006, Rn. 155.

²⁹ So zu Recht *Löhnig/Plettenberg*, ZEV 2015, 99.

³⁰ Das BayObLG konnte dies 1980, wie der BGH hier, offen lassen, weil die Form jedenfalls gewahrt war: BayObLGZ 1980, 23 Rn 39.

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Grundsatz der Spiegelbildlichkeit – Informelles Staatshandeln

Der Grundsatz der Spiegelbildlichkeit von Parlament und Ausschüssen gilt nicht für Arbeitsgruppen des Vermittlungsausschusses, unabhängig davon, ob diese durch einen förmlichen Beschluss des Ausschusses oder durch eine informelle Entscheidung eingerichtet werden. (Amtlicher Leitsatz)

GG Art. 77, 38
BVerfGG § 63

*BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11*¹

I. Verfassungsrechtlicher Hintergrund

Die Notwendigkeit einer proportional zutreffenden Abbildung größerer Einheiten in kleineren Einheiten ist eine Aufgabe, die den demokratischen Verfassungsstaat nicht selten herausfordert. So steht er etwa im Wahlrecht vor der schweren Aufgabe, tausende, hunderttausende oder viele Millionen Stimmen von Wählern auf relativ wenige Mandate von Bundestag oder Landtagen, von Kreistagen oder Gemeinderäten abzubilden, praktisch also „herunterzurechnen“. Viele klassische Probleme des Wahlrechts haben hier ihren Ursprung. Haben sich die Volksvertretungen sodann konstituiert, bilden sie für gewöhnlich Untereinheiten – Ausschüsse –, die von den im Plenum repräsentierten Fraktionen der Parteien beschickt werden. Auch hier kann es, wiewohl Plenum und Ausschüsse zahlenmäßig deutlich enger beieinander liegen als Wählerstimmen und Mandate, zu Problemen in der proportionalen Repräsentation kommen. Jüngst hatte das Bundesverfassungsgericht nun eine weitere Fallkonstellation der proportionalen Abbildung einer größeren Einheit in einer kleineren Einheit zu entscheiden. Der Fall, um den es hier geht, ist im Bereich des Vermittlungsausschusses angesiedelt, jenem Gremium, das nach Art. 77 GG im Falle von Normsetzungskonflikten zwischen Bundestag und Bundesrat das Forum politischer Aushandlungsprozesse ist, um umstrittene Gesetzesvorhaben zu „retten“.

Zwei Aspekte sind für die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts prägend:

Erstens: Bei der Entscheidung spielte ein Grundsatz eine wichtige Rolle, nach dem die Rechtsprechung nicht nur des Bundesverfassungsgerichts,² sondern auch die der Verwaltungsgerichte im Bereich der kommunalen Ausschussbesetzung seit langer Zeit Konflikte um proportionale Abbildung des Plenums im Ausschuss löst. Es handelt sich um den

Grundsatz der Spiegelbildlichkeit.³ Damit ist die Regel bezeichnet, dass der Ausschuss eine spiegelbildlich verkleinerte Abbildung des Plenums sein soll. In der Formulierung „soll“ klingt allerdings bereits an, dass das Ideal der Spiegelbildlichkeit nicht immer (vollständig) erreicht werden, sondern dass es zu Verzerrungen kommen kann, die oft mit der mathematischen Berechnungsmethode in Zusammenhang stehen, die bei der Zuteilung der Ausschussmandate angewendet wird. Die Rechtsprechung hat mathematisch bedingte Verzerrungen des Spiegelbildlichkeitsgrundsatzes (nicht immer zu Recht⁴) zugelassen, auch wenn durch die Berechnungsverfahren zur Sitzverteilung (d’Hondt, Hare/Niemeyer, Saint-Lague/Schepers u.a.) etwa kleine Fraktionen letztlich nicht in den Ausschüssen vertreten waren.

Neben dem Spiegelbildlichkeitsdogma ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aber noch von einem zweiten Aspekt gekennzeichnet, der Verfassungsrechtler und nun auch Verfassungsrichter beschäftigt, nämlich dem der Informalität. Mit dem Begriff ist eine ganze Vielzahl von Phänomenen in politischen Institutionen bezeichnet, die jenseits der Organisations- und Verfahrensvorschriften des Grundgesetzes als dem *formellen* Verfassungsorganisationsrecht liegen – deswegen Informalität. Anstelle oder unterhalb von den offiziell zur Entscheidung berufenen Gremien werden etwa informelle Beratungs- und Diskussionsrunden eingerichtet, zum Teil unter Einbeziehung externer Sachverständiger, in denen wichtige Entscheidungen vorberaten werden und nicht selten auch (faktisch) getroffen werden.⁵ Die eigentlich zuständigen Gremien haben dann nur noch die Aufgabe, die gefundene Entscheidung durchzuwinken, etwas vornehmer formuliert, in der Sache aber das Gleiche bedeutend: zu ratifizieren.

Hintergrund des Phänomens ist, dass sich das Grundgesetz ganz überwiegend nicht darauf konzentriert, *wie* der Gegenstand politischer Entscheidungen „produziert“ wird, sondern nur darauf, wie die Entscheidung über den Gegenstand letztlich *getroffen* wird. Selbst die Regelungen des Gesetzgebungsverfahrens, die man insofern als Ausnahme ansehen könnte, lassen wesentliche Verfahrensschritte ungeregelt. So ist in diesem Sinne etwa die Frage, wer wie und unter welchen Bedingungen eigentlich den Gesetzentwurf schreibt, der nach Maßgabe von Art. 76 GG ins Parlament eingebracht wird. Die Politikwissenschaft hat drei Begriffe ausgebildet, die diesen Befund zu erhellen helfen. Dort differenziert man den Begriff der Politik nach *Polity*, *Policy* und *Politics*.⁶ Während die Policy die Inhalte, das politische Programm beschreibt und die Polity den äußeren (verfassungsrechtlichen) Rahmen von Organen, ihrer inneren Struktur und der Entscheidungsverfahren, bezeichnet Politics den eigentlichen politischen Prozess, den demokratischen Meinungskampf,

¹ Im Internet abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/09/es20150922_2bve000111.html (24.1.2015).

² Etwa in BVerfGE 80, 188 (222); 84, 304 (323); 106, 253 (262).

³ BVerfGE 137, 21 (23 ff.); BVerfG NVwZ 2010, 834 (835 f.).

⁴ BVerfGE 119, 305, Anm. Krüper, NVwZ 2005, 97.

⁵ Dazu Schulze-Fielitz, Der informale Verfassungsstaat, 1984, passim; Morlok, VVDStRL 62 (2003), 35.

⁶ Schulze, in: Nohlen/Schulze, Lexikon der Politikwissenschaft, 4. Aufl. 2010, S. 746 f.

das Verhandeln, Aushandeln und Taktieren und schließlich auch die Kompromissfindung. Während also die Polity wesentlich durch das Verfassungsrecht bestimmt wird, bleibt die Policy von Parteien und Politikern weitgehend unregelt (sieht man einmal von Grundrechten und anderen Verfassungsprinzipien als äußeren Grenzen ab). Zu den Prozessen der Politics aber schweigt sich das Grundgesetz praktisch völlig aus, und das prinzipiell auch aus guten Gründen: Informalität ist nämlich in der Interaktion von Menschen unvermeidlich und ein Charakteristikum aller Verfahren und Entscheidungsprozesse in Organisationen, Vereinen, Verbänden und auch dem Staat. Im Hinblick auf demokratische Abstimmungen hat *Martin Morlok* das auf die Formulierung gebracht: „Wer Mehrheitsentscheidung sagt, meint notwendigerweise auch informale Herstellung“.⁷ Bevor also abgestimmt wird im Ausschuss und Parlament, wird über den Gegenstand debattiert, werden Kompromisse gesucht, „Deals“ geschlossen und taktische Überlegungen angestellt: All das ist nicht illegitim, sondern Wesensmerkmal von Demokratie. Nicht alles davon ist aber verfassungsrechtlich formalisiert, sondern verbleibt in der Sphäre des Informalen.

Wiewohl also das Grundgesetz zu solchen Fragen des politischen Prozesses im engeren Sinne schweigt, kommt es doch immer wieder zu informalen Praktiken, die die Juristen auf den Plan rufen und die die Frage aufwerfen, ob das Grundgesetz nicht doch in der Lage ist, dem Prozess von Politics gewisse Grenzen zu ziehen. Die hitzige Diskussion um die Zulässigkeit eines sogenannten Gesetzgebungsoutsourcings, worunter man die Ausarbeitung von Gesetzentwürfen (der Bundesregierung) durch Anwaltskanzleien versteht,⁸ bildet hier ein Beispiel. Letztlich geht es also – in anderen Worten und aus anderer Perspektive – um die wichtige Frage, wie weit die Regelungsmacht der Verfassung, man spricht auch von ihrer normativen Kraft,⁹ im Bereich der Politik reicht bzw. reichen soll.

II. Sachverhalt¹⁰

Auslöser der hier zugrundeliegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts war ein Sachverhalt im Rahmen des Vermittlungsausschusses, der zur Beratung über ein im Vermittlungsverfahren befindliches Gesetz aus dem Bereich des Sozialrechts eine Arbeitsgruppe eingerichtet hatte, die außerhalb des regulären Vermittlungsverfahrens über den streitigen Gegenstand an insgesamt vier Terminen vorbereitet. Mitglieder waren jeweils neun Personen von Seiten des Bundestages und des Bundesrates (gegenüber jeweils 16 Mitgliedern beider Seiten im Vermittlungsausschuss selbst). Die Abgeordneten der Linken, die Mitglied des Vermittlungsausschusses waren, wurden in diesen informalen Gremien nicht berücksichtigt und Anträge, sie einzubeziehen, wurden abgelehnt. Nachdem

⁷ *Morlok*, VVDStRL 62 (2003), 35 (67).

⁸ Siehe etwa *Krüper*, JZ 2010, 655; *Kersten*, in: Maunz/Dürig, GG, 75. Lfg., Art. 76 Rn. 41 ff.

⁹ Begriffsbildend *Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, 1959, passim.

¹⁰ Ausführliche Schilderung bei BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11, Rn. 5 ff.

sie einen Antrag auf einstweilige Anordnung ihrer Einbeziehung an das Bundesverfassungsgericht gestellt hatten, wurde den beiden Antragstellern sowie einer weiteren Abgeordneten der Linken die Teilnahme an den letzten beiden Sitzungen ermöglicht, wodurch sich das einstweilige Anordnungsverfahren erledigte. Einen Kompromiss fand die Arbeitsgruppe nicht. In der Folgezeit fanden erneut informelle Gespräche ohne die Antragsteller parallel zum offiziellen Vermittlungsverfahren im Vermittlungsausschuss statt, obwohl die Antragsteller ausdrücklich ihre Mitwirkungsbereitschaft signalisiert hatten. Nachdem ein vom Vermittlungsausschuss später beschlossener Kompromissvorschlag vom Bundestag angenommen, vom Bundesrat aber abgelehnt worden war, rief dieser erneut den Vermittlungsausschuss an. Auch dieses Vermittlungsverfahren wurde durch parallele Gespräche vorbereitet und begleitet, an denen die Antragsteller nicht beteiligt waren. Der letztlich beschlossene Kompromiss wurde von Bundestag und Bundesrat angenommen. Ausgeschlossen wurden die Abgeordneten der Linken also in zweierlei Hinsicht: Einmal im Hinblick auf die Mitarbeit in der Arbeitsgruppe im ersten Vermittlungsverfahren, sodann im Hinblick auf die Teilnahme an bloßen informellen Gesprächen im zweiten Vermittlungsverfahren.

Die Bundestagsfraktion der Partei Die Linke sowie die beiden Ausschussmitglieder strengten dagegen einen Organstreit gegen den Vermittlungsausschuss selbst, den Deutschen Bundestag sowie den Bundesrat an mit der Behauptung, durch die Nichtberücksichtigung in ihren Rechten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG i.V.m. Art. 21 Abs. 1, Art. 20 Abs. 2 GG und Art. 77 Abs. 2 GG verletzt zu sein. Dabei richteten sich die zwei gestellten Anträge einmal gegen die Nichtberücksichtigung in der Arbeitsgruppe (Antrag zu 1) sowie gegen die Nichtberücksichtigung bei den informellen Gesprächen (Antrag zu 2). Das Bundesverfassungsgericht wies die Anträge, die sich gegen Bundestag und Bundesrat richteten, schon als unzulässig zurück, den Antrag gegen den Vermittlungsausschuss verwarf es als unbegründet.

III. Prozessuales

Am Verfahren waren insgesamt sechs Parteien beteiligt, drei auf Seiten der Antragsteller, drei auf Seiten der Antragsgegner. Zwar sind sowohl Abgeordnete wie Fraktionen einerseits, der Vermittlungsausschuss sowie Bundestag und Bundesrat andererseits parteifähig im Organstreit,¹¹ für den Vermittlungsausschuss hat das Gericht dies allerdings – zu Recht – erstmals ausdrücklich festgestellt.¹² Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht sowohl auf der Ebene der Rechtmäßigkeit der angegriffenen Maßnahmen wie auf Ebene der Antragsgegnerschaft den Anträgen prozessual einige „Zähne gezogen“.

Das Bundesverfassungsgericht hält den Vermittlungsausschuss für den zulässigen Antragsgegner, da ihm die Einsetzung der Arbeitsgruppe zuzurechnen sei. Zwar habe der Ein-

¹¹ BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11, Rn. 55-57; zur Frage der Parteifähigkeit des Vermittlungsausschusses.

¹² Siehe dazu *Lenz*, Anm. zu BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11 = NVwZ 2015, 1755 (1756).

setzungsbeschluss, wie vom Vermittlungsausschuss vorge-
tragen,¹³ nicht in einer offiziellen Sitzung stattgefunden (die
Mitglieder trafen ohne Wahrung der Ladungsfrist zusam-
men), die Einladung durch den Vorsitzenden des Vermitt-
lungsausschusses, der Versammlungsort Bundesrat, die Teil-
nehmer des Treffens und der Gegenstand des Treffens be-
gründeten insgesamt aber eine rechtlich erhebliche Zurech-
nung des Einsetzungsbeschlusses an den Vermittlungsaus-
schuss.¹⁴ Hier beschreibt das Bundesverfassungsgericht erst-
mals den Grenzverlauf zwischen konstitutionell unregulierter
Informalität und verfassungsrechtlich geprägter Formalität:
„Das Treffen hat durch sein äußeres Gepräge eine so weitge-
hende Annäherung an den Formalisierungsgrad der regulären
Tätigkeit des Vermittlungsausschusses erreicht, dass einzelne
Abweichungen von dessen Geschäftsordnung [hier etwa:
Nichteinhaltung der Ladungsfrist, Anm. des *Verf.*] die Zu-
rechnung der Maßnahme nicht mehr ausschließen“.¹⁵

Dass das Gericht seine rechtlichen Folgerungen hier aus
einem Indizienbündel zieht, mutet zunächst ungewöhnlich an,
ist aber nach dem oben Genannten nicht erstaunlich: Grund-
sätzlich ist der Fall im „konstitutionellen Niemandsland“ un-
regulierter *Politics* angesiedelt. In dieses Niemandsland ragen
aber gewissermaßen konstitutionelle Enklaven hinein, die
durch die tatsächliche Annäherung an die ansonsten rechtlich
geregelten Abläufe gekennzeichnet sind. Der Wertung des
Gerichts muss hier unbedingt zugestimmt werden, und zwar
aus folgendem Grund: Begibt sich der politische Prozess aus
dem Raum konstitutioneller Formalität heraus, bringt dies
Vorteile mit sich (kleinere Gremien, schnellere Beratung,
keine Verfahrensvorgaben, geringere Publizität und Verbind-
lichkeit usf.). Er kann sich aber nicht zugleich die Vorteile
der Formalität sichern (zentrale Einladung, Verbindlichkeit
der Beschlüsse, Nutzung offizieller Ressourcen), ohne damit
nicht auch zugleich den mit der Formalität einhergehenden
konstitutionellen Bindungen zu unterliegen. Hier gilt, salopp
gesprochen, eine Art verfassungsrechtliches „Yin und Yang-
Prinzip“, oder – in englischer Sprache –: You can’t have your
cake and eat it.

Aus diesen Gründen lehnt das Gericht sodann auch – mit
Recht bar jeden Federlesens – die Antragsgegnerschaft des
Deutschen Bundestags und des Bundesrates ab.¹⁶

Ein zweites Mal kartographiert das Bundesverfassungsge-
richt die Grenze zwischen Formalität und Informalität in
seiner Erörterung der Rechtserheblichkeit des „Einsetzungs-
beschlusses“, die die Antragsgegner bestritten hatten.¹⁷ Mit
Recht lässt das Gericht die Rechtserheblichkeit nicht an der
fehlenden Beschlusskompetenz der Arbeitsgruppe scheitern
(Antrag zu 1). Denn es sei jedenfalls nicht ausgeschlossen,
dass das Recht der Antragsteller auf effektive Teilhabe an der
politischen Willensbildung durch die Arbeitsgruppe beein-
trächtigt sei: Damit konzidiert das Gericht, wenn auch nur
implizit, dass politische Teilhabe jedenfalls grundsätzlich

mehr ist als bloße Teilnahme an der förmlichen Schlussab-
stimmung und der Plenardebatte.

Für unzulässig hält das Gericht demgegenüber den Antrag
zu 2, mit dem die Antragsteller eine Verfassungswidrigkeit
der Nichtberücksichtigung im Rahmen der informellen Ge-
spräche rügten. Diesen fehlte – so sie überhaupt stattgefunden
hätten – jedenfalls erstens die institutionelle Anbindung an
den Vermittlungsausschuss, zudem seien sie zweitens keinem
der Antragsgegner zuzurechnen. Die fehlende institutionelle
Anbindung ergebe sich bereits durch den ungewissen Teil-
nehmerkreis, zu dem nach Sachlage jedenfalls nicht alle
sonstigen Mitglieder des Vermittlungsausschusses zählten.
Auch dass die Gespräche jedenfalls zum Teil im Gebäude des
Bundesrates stattgefunden hätten, begründe nichts Abwei-
chendes. Insgesamt fehle es an der institutionellen Verfesti-
gung jener Gespräche, die sie – in der Begrifflichkeit dieses
Beitrags – aus dem konstitutionellen Niemandsland in eine
Verfassungsrechtsenklave überführen würde.¹⁸

Nachdem das Gericht den Reigen der Anträge und An-
tragsgegner so deutlich reduziert, verbleiben keine wesentli-
chen Zulässigkeitsprobleme: Namentlich sieht der *Senat* die
Antragsteller – auch die Fraktion der Linken – als antragsbe-
fugt an. Auch könne die Fraktion eine Verletzung des Grund-
satzes der Spiegelbildlichkeit rügen, der auch ihre Mitwir-
kungsrechte schützen solle. Ob dieser auch für die „Bundestagsbank“
des Vermittlungsausschusses gelte, also für die
Zusammensetzung der vom Bundestag entsandten Abgeord-
neten, sei keine Frage der Zulässigkeit.¹⁹ Zwar gibt es keine
festen Maßstäbe, anhand derer stets sicher festzustellen wäre,
welche Ausführungen zu subjektiv-öffentlichen bzw. wie hier
organschaftlichen Rechten „noch“ oder „nicht mehr“ in die
Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs bzw. „schon“ in die Be-
gründetheit gehören. Auch diese Entscheidung liefert diese
Maßstäbe nicht, sondern setzt sie stillschweigend voraus. Sie
verbergen sich hinter dem oft zu lesenden Postulat, eine Prü-
fung der Zulässigkeit sei kurz zu halten, damit sie nicht kopf-
lastig werde. Das ist nicht falsch, aber als Argument vor
allem ästhetischer, nicht aber sachlicher Natur. Das macht es
zwar nicht unzulässig, denn auch die Überzeugungskraft der
äußeren Form einer Entscheidung ist – gerade bei Gerichts-
entscheidungen – wichtig. Es wiegt als Argument häufig
nicht furchtbar schwer: Hier hätten eingehendere Ausführun-
gen zum Thema erfordert, einen systematisch-organschaftli-
chen Gesamtzusammenhang zu erörtern, der von der eigent-
lich interessierenden Fragestellung nach dem Vorhandensein
organschaftlicher Rechte sehr weit weggeführt hätte. Insofern
ist eine Verlagerung in die Begründetheitsprüfung angemes-
sen.

Das Rechtsschutzbedürfnis bejaht der *Senat* auch vor dem
Hintergrund, dass die konkrete Beschwerde im Zeitpunkt des
gerichtlichen Verfahrens schon erledigt sei: Vor allem weil
der Vermittlungsausschuss die Geltung des Grundsatzes der
Spiegelbildlichkeit bei der Einsetzung von Arbeitsgruppen
grundsätzlich ablehne, könne es jederzeit zu einer Wiederho-
lung der gerügten Situation kommen. Da ein objektives Inte-

¹³ BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11, Rn. 28.

¹⁴ BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11, Rn. 62.

¹⁵ BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11, Rn. 62.

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11, Rn. 63.

¹⁷ BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11, Rn. 43 f.

¹⁸ BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11, Rn. 68 ff.

¹⁹ BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11, Rn. 73 ff.

resse an der Klärung der Rechtsfrage bestehe, schade auch nicht, dass die beiden antragstellenden Abgeordneten nicht mehr Mitglied des Bundestages seien.²⁰

IV. Die Entscheidung in der Sache

In der Sache hatte das Bundesverfassungsgericht nur noch über den Antrag zu entscheiden, dass die Weigerung des Vermittlungsausschusses, eine Abgeordnete der Fraktion der Linken in die Arbeitsgruppe aufzunehmen, verfassungswidrig gewesen sei. Diesen Antrag wies das Gericht als unbegründet zurück. Der Organstreit der Abgeordneten der Linken blieb also auch insgesamt ohne Erfolg.²¹

Im Kern erhoben die Antragsteller den zentralen Vorwurf, der gegen Phänomene der Informalisierung stets erhoben wird, dass mit ihnen nämlich ein Abwandern der eigentlichen Entscheidungen aus den dazu berufenen Organen des Staates verbunden sei, in deren Folge es zu ungleichgewichtigen Beteiligungsmöglichkeiten für die eigentlich Berufenen – hier: die Abgeordneten des Deutschen Bundestages als Mitglieder des Vermittlungsausschusses – komme.²² Nicht zufällig verbindet sich die Beschreibung von Informalisierung regelmäßig mit dem Vorwurf der Entparlamentarisierung.²³ Nimmt man die Ausgangsfrage nach der *Reichweite der normativen Kraft des Grundgesetzes im Bereich des politischen Prozesses* in den Blick, so geht es hier letztlich darum, die Frage zu beantworten, ob im Hinblick auf Gesprächsgruppen und Arbeitskreise bereits eine solche Art der Institutionalisierung des politischen Prozesses stattgefunden hat, dass die Verfassung ihren Geltungsanspruch ihm gegenüber durchsetzen muss. Haben sich die Beteiligten mit anderen Worten schon aus dem Schatten der Informalität ins Licht der Verfassung begeben, oder nicht?²⁴ In der Sache geht es dabei darum, wie weit der vom Bundesverfassungsgericht und – für die Kommunen – auch von den Verwaltungsgerichten postulierte Grundsatz der Spiegelbildlichkeit reicht.²⁵ Er beruht auf der Annahme gleicher Partizipationsrechte von Abgeordneten und Fraktionen (differenziert nach deren Stärke): Sie haben „das Recht auf gleiche Teilhabe am Prozess der politischen Willensbildung“.²⁶ Im Gedanken der Gleichheit der Mitwirkungsrechte setzen sich die demokratische Gleichheit der Wahlbürger und der wahlrechtliche Gleichheitsgrundsatz des Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG in den Bereich des Abgeordnetenstatus hinein fort. Da parlamentarische Arbeit aber aus Funktionsgründen notwendig arbeitsteilig organisiert ist – zu diesem Zwecke bilden Parlamente Fachausschüsse –, muss die Gleichheit der Partizipationsrechte auch unter der Prämisse

der organisatorischen Arbeitsteilung gewährleistet bleiben. Deswegen müssen die Ausschüsse Spiegelbilder des Parlamentsplenums sein, um die dort herrschenden politischen Kräfteverhältnisse abzubilden.²⁷ Unmittelbar einleuchtend ist das – jedenfalls im Hinblick auf die Rechte der *einzelnen* Abgeordneten – nicht, denn gespiegelt werden in den Ausschüssen natürlich nur die politischen Kräfteverhältnisse, wie sie durch die verschiedenen *Fraktionsanteile* repräsentiert werden. Darin liegt gewissermaßen ein Kompromiss, weil eine Spiegelung der Rechte einzelner Abgeordneter in einen Ausschuss unmöglich ist, weil dieser – Spiegelbildlichkeit vorausgesetzt – dann so groß sein müsste wie das Plenum. Stattdessen stellt man also auf die nächsthöhere Organisationsstufe ab, die sich aus der Binnenorganisation des Plenums nach Fraktionen ergibt: Sind diese freiwillige Zusammenschlüsse von Abgeordneten, die auf diese Weise ihre Mitwirkungsrechte *wahrnehmen und auch effektivieren*, weil der einzelne Abgeordnete von der Arbeitsteilung in der Fraktion profitiert, so kann das nach Fraktionen geteilte Kräfteverhältnis auch zum Anknüpfungspunkt für eine Besetzung der Ausschüsse werden: Das Fraktionskräfteverhältnis fungiert insofern als ein Mittler zwischen individuellen Abgeordnetenrechten einerseits und Ausschusszusammensetzung andererseits.

Verstöße gegen den Grundsatz der Spiegelbildlichkeit sind insofern geeignet, sowohl Abgeordnetenrechte wie auch Rechte von Fraktionen zu verletzen. Daraus könnte man den Schluss ziehen, dass Gremien stets so gestaltet sein müssen, dass es zu solchen Rechtsverletzungen nicht kommen kann. Indes gesteht das Bundesverfassungsgericht dem Parlament bzw. hier dem Vermittlungsausschuss insofern einen Spielraum zu, dass jedenfalls grundsätzlich frei über die Größe von Gremien entschieden werden kann und keine Pflicht besteht, im Interesse einer bestmöglichen Repräsentation eine bestimmte Größe zu wählen, die eine Repräsentation aller Kräfte ermöglicht. Entsprechendes gilt für die Wahl des mathematischen Berechnungsverfahrens, mit dem die Anzahl der Sitze der jeweiligen Fraktion in einem (Unter-)Ausschuss berechnet wird. Je nach gewähltem Verfahren kann das Ergebnis unterschiedlich ausfallen und auch dazu führen, dass eine (kleine) Fraktion nicht im Gremium vertreten ist. All dies billigt das Bundesverfassungsgericht²⁸ und relativiert den als streng und abwägungsfest daherkommenden Spiegelbildlichkeitsgrundsatz so zu einem guten Teil. Freilich fordert der *Senat*, dass die Anforderungen an eine spiegelbildliche Repräsentation aller politischen Kräfte umso höher seien, je mehr ein Gremium jedenfalls faktisch vorentscheidend tätig werde.²⁹

Für die Wahl der Bundestagsmitglieder im Vermittlungsausschuss (der „Bundestagsbank“) hält das Gericht am Grundsatz der Spiegelbildlichkeit fest. Einschränkungen könne dieser aber im Hinblick auf das Mehrheitsprinzip erfahren, wenn sichergestellt werden müsse, dass die Plenumsmehrheit auch Ausschussmehrheit sein könne. Zugleich reduziert das

²⁰ BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11, Rn. 80 ff.

²¹ BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11, Rn. 90.

²² Vortrag der Antragsteller in BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11, Rn. 18.

²³ Siehe *Herdegen*, VVDStRL 62 (2003), 7 und *Morlok*, VVDStRL 62 (2003), 35.

²⁴ Bild bei *Morlok*, VVDStRL 62 (2003), 35 (55).

²⁵ Etwa bei BVerfGE 119, 305 (m. Anm. *Krüper*, NWVbl. 2005, 97); 137, 21 (23 ff.); für ein Gegenbeispiel siehe etwa VG Köln, Urt. v. 2.2.2011 – 4 K 915/10.

²⁶ BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11, Rn. 91.

²⁷ BVerfGE 130, 318 (354); 131, 230 (235).

²⁸ BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11, Rn. 97 f.

²⁹ BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11, Rn. 98.

Gericht aber den Anspruch an die Verwirklichung des Mehrheitsprinzips deutlich – ohne das freilich ebenso deutlich zum Ausdruck zu bringen. In der etwas unübersichtlichen Rn. 100 der Entscheidung stellt es zunächst fest, dass der Vermittlungsausschuss nicht notwendig darauf angelegt sei, (Vor-)Entscheidungen zu treffen, sondern ein Forum des politischen Austauschs biete. Eine „scharfe“ Verwirklichung des Mehrheitsprinzips, bei der etwa die übergroße Mehrheit der großen Koalition im Plenum des Bundestages auch in der Ausschussbesetzung proportional präzise abgebildet werde, sei daher nicht nötig – diese Überlegung verbirgt sich hinter der Formulierung „Funktion und Aufgabe des Vermittlungsausschusses erfordern keine zwingende Ausrichtung der Besetzung des Ausschusses am Mehrheitsprinzip *in einem Umfang*, dass der Grundsatz der Spiegelbildlichkeit im Zweifel zu weichen hätte“.³⁰ Das Gericht reduziert (in einem einigermaßen diffusen letzten Satz der Rn. 100) die Verwirklichung des Mehrheitsprinzips dahingehend, dass die Plenumsmehrheit bloß über die Kanzlermehrheit (also: die absolute Mehrheit) im Ausschuss verfügen müsse, nicht aber über – wie zum Beispiel gegenwärtig die Koalition im Plenum des Bundestages – die Mehrheit von 79%. Dadurch eröffnet das Gericht bei der Besetzung von kleinen Gremien einen Spielraum, die wenigen zu verteilenden Sitze nicht nur nach Mehrheitsregelaspekten, sondern auch nach Kriterien fairer Repräsentation, also der politischen Kräftespiegelbildlichkeit zu verteilen.

Bis dahin bewegen sich die Überlegungen des Gerichts zur Begründetheit des Antrags auf dem Boden einer langjährig gefestigten Rechtsprechung; manche der Ausführungen weisen über den hier zu entscheidenden Fall hinaus und wirken als Bekräftigung der andernorts festgelegten Grundsätze. Diese sollen, und damit kommt der *Senat* dann ab Rn. 101 auch zur Sache, für Arbeitsgruppen des Vermittlungsausschusses nicht gelten. Argumentativ grenzt das Gericht die Arbeitsgruppen als Organisationsform *sui generis* ab von solchen Organisationseinheiten, in denen eine parlamentarische Repräsentation des Volkes stattfindet.³¹ Zwar formten die Arbeitsgruppen auch Entscheidungen (des Vermittlungsausschusses bzw. von Bundestag und Bundesrat) vor, dies sei aber verfassungsrechtlich schadlos: Das Gericht begründet die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit – und also die konstitutionelle Legitimierung der Informalität – damit, dass schon die Arbeit des Vermittlungsausschusses selbst nicht den Prinzipien demokratischer Deliberation im Parlament folge (sie ist etwa nicht-öffentlich), sondern – im Anschluss an diese – der politischen Kompromissfindung zwischen Bundestag und Bundesrat diene.³² Das Grundgesetz selbst, das den Vermittlungsausschuss in Art. 77 GG zu einem verfassungsrechtlich vorgesehenen Gremium – gar einem Verfassungsorgan³³ – macht, verorte ihn gerade in einer organ-

schaftlichen und funktionalen „Zwischenwelt“, wodurch die Entscheidungsfähigkeit der politischen Organe gestärkt werde. Dahinter steht unausgesprochen die Überlegung, dass es Ziel einer Verfassung und ihrer Interpretation im Organisationsrecht sein muss, eine funktionale institutionelle Ordnung zu schaffen, die bei aller Pluralität, Differenz und Konkurrenz auch fähig ist, Entscheidungen zu treffen und durchzusetzen. Funktionalität der staatlichen Ordnung ist ein Belang von Verfassungsrang, auch wenn er sich als solcher nicht ausformuliert im Grundgesetz findet.

Das Argument des Gerichts, das aus der Funktion und verfassungsrechtlichen Stellung des Vermittlungsausschusses die Zulässigkeit informaler Vorberatungen herleitet, ist stark: Dem *Senat* gelingt so eine verfassungsrechtliche „Formalisierung“ der Informalität in engen verfassungsrechtlichen Grenzen. Die Herleitung funktioniert allerdings vor allem deswegen bruchlos, weil sie konsequent fortsetzt, was im Grundgesetz bereits angelegt ist: Die Konstitutionalisierung des Vermittlungsausschusses selbst ist nämlich gewissermaßen eine Formalisierung der Informalität, weil das GG damit ausdrücklich ein Gremium vorsieht, das außerhalb der Parlamentslogik steht und Handlungsfähigkeit der Polity garantieren soll. Die Anerkennung der weitreichenden innerorganisatorischen Freiheit in Gestalt von Arbeitsgruppen ist insoweit nur konsequent.³⁴

Schwächer fällt demgegenüber das für Informalisierungsdebatten schon typische Argument aus, das das Gericht unter Rn. 108 entfaltet: Zwar wirkten Absprachen in Arbeitsgruppen entscheidungsvorprägend, formal bleibe aber der Vermittlungsausschuss zur Entscheidung berufen, so dass kein verfassungsrechtliches Problem entstehe. Das mag man so sehen, es reduziert aber, ohne dies offen zu legen, die Legitimation zur abschließenden Entscheidung *de facto* auf eine Ratifikation, weil ein Abweichen von der Absprache der Arbeitsgruppe zwar rechtlich möglich, aber politisch völlig unwahrscheinlich ist. Ähnliche Probleme stellen sich, wo Gesetzesvorhaben von der Regierung ausgehandelt werden, die vom Bundestag dann nur noch abgesehnet werden (typisches Beispiel ist hier nach wie vor der sog. Atomkonsens, mit dem die rot-grüne Koalition unter Gerhard Schröder den Ausstieg aus der Atomenergie durchsetzte³⁵). Hier ist das Kernproblem der Informalität erreicht und der Kreis geschlossen hin zur eingangs aufgeworfenen Frage, wie weit die normative Kraft des Grundgesetzes reicht: Man mag sich mit guten Gründen bescheiden und den Verbleib der formalen Letztentscheidungskompetenz beim Vermittlungsausschuss (oder, in anderen Fällen, beim Parlament) für verfassungsrechtlich hinreichend halten. Dann müsste man freilich offenlegen, dass die Legitimationswirkung von parlamentarischen oder wie hier „quasi-parlamentarischen“ Ausschuss-Entscheidungen in einem durch Arbeitsteilung und Informalität gekennzeichneten System zunehmend keine inhaltliche

³⁰ BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11, Rn. 100.

³¹ BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11, Rn. 103.

³² BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11, Rn. 105.

³³ Zu dieser Frage im Rahmen der Zulässigkeit *Lenz*, Anm. zu BVerfG, Urt. v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11 = NVwZ 2015, 1755 (1756).

³⁴ A.A. wohl *Achenbach*, VerfBlog v. 23.9.2015, unter <http://verfassungsblog.de/mehr-als-nur-formalien-zur-vermittlungsausschuss-entscheidung-des-bverfg/> (24.1.2016) abrufbar.

³⁵ Dazu etwa *Sauer*, Der Staat 43 (2004), 563.

mehr ist, einen „Willen des Gesetzgebers“ oder einen „Willen des Vermittlungsausschusses“ gibt es dann nicht mehr und kann dann auch immer weniger als methodisches Argument bei der Auslegung von Normen bemüht werden. Will man so weit nicht gehen und an der nach wie vor verbreiteten Vorstellung festhalten, dass die Legitimationswirkung einer demokratischen Entscheidung auch eine sachlich-inhaltliche Dimension hat, ist es mit dem schieren Rekurs auf die formale Letztentscheidungskompetenz eines Gremiums aber nicht mehr getan. Wer „Autor“ einer Entscheidung – also etwa eines Gesetzes – sein will oder soll, muss seinen Inhalt kennen. Zu beantworten ist dann die Frage, wie weit eine Entscheidungsfindung sachlich aus den zuständigen Gremien abwandern darf bzw. wie sie wieder zurückgeholt werden kann.³⁶ Maßstäbe sind dafür bislang nicht erkennbar. Es ist insofern nicht überraschend, dass sich das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung auf den Standpunkt eines formalen Entscheidungsrechts des Vermittlungsausschusses als verfassungsrechtlich adäquatem Gegengewicht zur Informalisierung zurückgezogen hat. Vieles spricht dafür, das Problem so zu lösen, zumal wenn es nur um die Entscheidung eines konkreten Sachverhalts geht, der zudem nicht vollständig im parlamentarischen Raum angesiedelt ist. Abschließend bewältigt sind die Probleme der Informalisierung damit aber noch nicht.

V. Klausur- und Prüfungsrelevanz

Die Entscheidung ist in mehrfacher Hinsicht für Studierende relevant. Sie bietet verschiedene für Prüfungen interessante Punkte, die sich nach Grundwissen, Verstehenswissen und Transferwissen differenzieren lassen:

1. Grundwissen

Studierende müssen die Grundierung von Abgeordnetenrechten im Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG sowie im Art. 38 Abs. 1 GG kennen und diese Rechte auch in ihre Teilgehalte entfalten können. Sofern diese Rechte im formellen oder materiellen Verfassungsrecht ausgeformt sind (etwa: Immunität und Indemnität in Art. 46 GG, Partizipationsrechte in der GO-BT), sollten diese Ausprägungen geläufig sein.

Eine sichere Anwendung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des Organstreits, hier insbesondere im Hinblick auf die Parteifähigkeit des Vermittlungsausschusses, sollte Studierenden möglich sein.

2. Verstehenswissen

Studierende sollten verstanden haben und fähig sein zu erläutern, wie sich die Abgeordnetenrechte a) zu Rechten der Fraktion verhalten, also etwa deren Grundlage sind, in ihnen aufgehen oder durch sie verändert bzw. beschränkt werden (etwa: Beschränkung des Rederechts) sowie b) inwiefern der Grundsatz der Spiegelbildlichkeit in Abgeordneten- bzw. Fraktionsrechten wurzelt und unter welchen Voraussetzungen

er warum beschränkt werden kann (Größe der Gremien, mathematisches Berechnungsverfahren der Sitzzuteilung, Mehrheitsprinzip). Aus dem konkreten Fall ist die Begründung des Bundesverfassungsgerichts wichtig, warum der Spiegelbildlichkeitsgrundsatz nicht auf informelle Arbeitsgruppen erstreckt wird (was wesentlich in der „Natur“ des Vermittlungsausschusses begründet liegt und sich nur sehr vorsichtig auf andere Konstellationen übertragen lässt).

3. Transferwissen

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts weist insofern über den konkreten Fall hinaus, weil mit ihr eine idealtypische Informalitätskonstellation dem Gericht zur Entscheidung vorlag. Das Abwandern der Entscheidungsfindung in rechtlich nicht vorgesehene Gremien, dort ggf. die Einbeziehung Externer in die Beratung bzw. der Ausschluss prinzipiell Befugter von der Beratung und damit verbundene Phänomene der Entparlamentarisierung sind nicht nur im Umfeld des Vermittlungsausschusses anzutreffen. Wie man diese Phänomene beurteilt, etwa „paktierte Gesetzgebung“ oder „outgesourcte Gesetzgebung“, aber auch die Einrichtung des sog. „9er Gremiums“³⁷, hängt dabei wesentlich davon ab, für wie weitgehend man den Regelungsanspruch des Grundgesetzes im Bereich des politischen Prozesses hält.³⁸ Nimmt man ihn für den politischen Prozess weit zurück wie das Bundesverfassungsgericht in diesem Fall, reicht es, wenn formale Entscheidungsbefugnisse den offiziell zuständigen Gremien erhalten bleiben.

Zieht man den Regelungsanspruch indes weiter, stellen sich drängende Fragen, wie informell gewonnene Ergebnisse verfassungsrechtlich adäquat formalisiert werden können. Im Hinblick zum Beispiel auf das Problem des Gesetzgebungs-outsourcings ist die vorliegende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts schon ihrem eigenen Anspruch nach nur begrenzt transferfähig: Denn wenn in der demokratischen Herzkammer des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens informale Prozesse stattfinden, ist das verfassungsrechtlich anders zu beurteilen, als wenn dies im Rahmen des Vermittlungsausschusses geschieht. Entsprechendes gilt für innerparlamentarische Sondergremien mit faktischer Entscheidungsbefugnis.³⁹ Insofern muss die formale Argumentation des Bundesverfassungsgerichts in *diesem* Fall in ihrem spezifischen Kontext gesehen und verstanden werden. Eine bruchlose Übertragung auf andere Fälle des informalen Handelns ist daher, wenn überhaupt, nur unter größter Vorsicht möglich. Noch ist in Sachen Informalisierung das letzte Wort nicht gesprochen.

Prof. Dr. Julian Krüper, Bochum

³⁶ Für die Konstellation des Gesetzgebungs-outsourcings dazu etwa Krüper, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, 2016, § 28 Rn. 58 f.

³⁷ BVerfGE 130, 318.

³⁸ Sehr weitgehend Achenbach, VerfBlog v. 23.9.2015, unter <http://verfassungsblog.de/mehr-als-nur-formalien-zur-vermittlungsausschuss-entscheidung-des-bverfg/> (24.1.2016) abrufbar.

³⁹ BVerfGE 130, 318.

Entscheidungsanmerkung

Die „andere Straftat“ beim Verdeckungsmord

**Wenn ein äußerlich ununterbrochenes Handeln oder Unterlassen zunächst nur mit Körperverletzungsvorsatz beginnt und dann mit Tötungsvorsatz weitergeführt wird, liegt die für einen Verdeckungsmord erforderliche Zäsur zwischen zu verdeckender Tat und Verdeckungstat in diesem Vorsatzwechsel.
(Leitsatz des Verf.)**

StGB §§ 211 Abs. 2, 212, 225 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1

BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14 (LG Marburg)¹

I. Einführung

Beim Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht muss es dem Täter darum gehen, eine „andere“ Straftat zu verdecken. Gleichwohl verlangt die Rspr. seit langem keine Tatmehrheit im Sinne von § 53 StGB zwischen zu verdeckender Tat und dem Verdeckungsmord. Selbst wenn die Vortat unmittelbar in den Verdeckungsmord übergeht, soll unter bestimmten Voraussetzungen die Annahme einer „anderen“ zu verdeckenden Tat möglich sein. Im vorliegenden Fall bestand die Besonderheit, dass sich die Vortat, die Nichtversorgung eines Kleinkindes, als andauerndes Unterlassen über einen längeren Zeitraum hinzog, bevor möglicherweise Tötungsvorsatz und Verdeckungsabsicht hinzutraten und die Nichtversorgung mit dieser Intention fortgesetzt wurde. Die Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH zu dieser Konstellation ist vor allem im Hinblick auf die gegenwärtige Diskussion um die Reform der Tötungsdelikte bemerkenswert, weil sich an ihr der bestehende Reformbedarf für das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht darlegen lässt. Daneben zeigt sie einige klassische Erörterungsmängel des tatgerichtlichen Urteils auf, die man vielleicht mit dem Schlagwort der mangelnden Arbeit am Sachverhalt charakterisieren kann und die im Hinblick auf die revisionsgerichtlichen Prüfungsmaßstäbe gleichermaßen von Interesse für die juristische Ausbildung sind.

II. Der Sachverhalt

Die Schwurgerichtskammer des LG Marburg hatte die zur Tatzeit im Februar 2012 21-jährige Angeklagte wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit Misshandlung Schutzbefohlener nach § 225 Abs. 3 Nr. 1 StGB zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt.² Im Oktober

2011 hatte sie sich von ihrem Ehemann getrennt und lebte seither mit ihren zwei Kindern im Alter von damals zwei Jahren bzw. neun Monaten alleine. Die Angeklagte leidet unter einer seltenen Blutbildungsstörung; die ihr verschriebenen Medikamente hatte sie entgegen ärztlichem Rat abgesetzt, weshalb sie häufiger unter Abgeschlagenheit, Müdigkeit und Erschöpfung litt.³ Seit Oktober 2011 versorgte sie auch deswegen ihr jüngeres Kind, das Mädchen Al., nicht mehr in ausreichendem Maße mit Nahrung, weshalb es anderen Familienangehörigen zu Weihnachten 2011 als kränklich und abgemagert auffiel. Die Angeklagte erklärte dies wahrheitswidrig mit einer soeben durchstandenen Infektion.⁴ Noch gravierender wurde die Unterversorgung im Januar 2012, weshalb Al. von einem Gewicht zwischen sechs und sieben Kilogramm, das sie noch um die Jahreswende herum aufgewiesen hatte, bis Mitte Februar auf nur noch 3.600 Gramm abgemagert war.⁵ Bereits im Januar hatte eine Familienhelferin Al. gesehen und die Angeklagte gedrängt, das Kind ärztlich untersuchen zu lassen. Von der Familienhilfe vereinbarte Arzttermine nahm die Angeklagte unter Vortäuschen anderweitiger Verpflichtungen jedoch nicht wahr. Auch ihrer Familie zeigt sie das Kind nun nicht mehr. Sie wollte nach außen hin den Anschein ihrer Lebenstüchtigkeit aufrechterhalten und ihre beiden Kinder bei sich behalten.⁶

Am 16.2.2012 befand sich Al. in einem akut lebensbedrohlichen Zustand. Die Angeklagte hatte nach den Feststellungen der Schwurgerichtskammer die Möglichkeit eines Versterbens ihrer Tochter bereits einige Tage zuvor erkannt und sich damit abgefunden, da sie nach außen hin den Eindruck aufrecht erhalten wollte, mit ihrem Leben alleine zurecht zu kommen. Als an dem besagten Tag die Familienhelferin E. die Angeklagte und Al. zu einer ärztlichen Untersuchung abholen wollte, öffnete die Angeklagte nicht und schrieb E. eine SMS des falschen Inhalts, mit beiden Kindern überraschend verreist zu sein.⁷ E. ließ sich indes nicht beirren und verständigte das Jugendamt, von welchem am Nachmittag drei Mitarbeiter erschienen, welche die Angeklagte erst einließ, als mit der Polizei gedroht wurde. Sie fanden Al. mit getrocknetem Kot und Urin verschmutzt und unter einer ausgeprägten Dermatitis leidend vor. Das Kind konnte durch intensivmedizinische Maßnahmen gerettet werden und hat inzwischen einen altersgerechten Entwicklungsstand erreicht. Beide Kinder leben jetzt bei ihren Großeltern väterlicherseits.⁸

Die Schwurgerichtskammer sah eine „böswillige Vernachlässigung“ der Tochter im Sinne von § 225 Abs. 1 StGB als erwiesen an, weil die Angeklagte aus der eigensüchtigen Motivation heraus gehandelt habe, nach außen hin als untadelig und lebenstüchtig zu erscheinen. Zugleich nahm sie einen versuchten Totschlag durch Unterlassen an,⁹ hingegen keinen

¹ Veröffentlichung NStZ 2015, 639; ferner abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=8bf0e5ada1910795ff37c85e2dfb1e09&nr=72330&pos=0&anz=1> (21.12.2015).

² BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 1. Vier Monate dieser Strafe hatte die Schwurgerichtskammer wegen einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung zudem als vollstreckt erklärt, was hier – zumal auch die Senatsentscheidung dazu keine weiteren Angaben enthält – nicht weiter thematisiert wird.

³ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 2.

⁴ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 3.

⁵ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 4.

⁶ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 5 f.

⁷ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 7 f.

⁸ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 9.

⁹ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 11.

versuchten Mord. Mangels subjektiven Elements sei die Tat nicht grausam begangen worden. Verdeckungsabsicht scheidet am Fehlen einer erforderlichen Zäsur zwischen der Tat nach § 225 StGB und dem Tötungsversuch. Zudem hätte die Angeklagte im Falle des Todes von Al. erst recht nicht die vorangegangenen und am Leichnam zweifellos sichtbaren Misshandlungen verdecken können.¹⁰

III. Die Entscheidung des *Senats*

1. Überblick

Gegen das Urteil hatten sowohl die Angeklagte als auch die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt und jeweils die Sachrüge erhoben. Beide Revisionen sah der *Senat* als weitgehend begründet an. Er hat deshalb das Urteil des LG Marburg aufgehoben und die Sache an eine andere Schwurgerichtskammer desselben Gerichts zurückverwiesen. Allerdings hat der *Senat* die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des angefochtenen Urteils zum äußeren Geschehensablauf aufrechterhalten;¹¹ diese sind mithin in Rechtskraft erwachsen und dem weiteren Verfahren zu Grunde zu legen. Das neue Tatgericht darf insoweit nur noch ergänzende Feststellungen treffen, die mit ihnen nicht in Widerspruch geraten.¹²

Betrachtet man nun das somit der weiteren Bewertung zu unterziehende Geschehen, so erblickt man einen sich über eine längere Zeit erstreckenden Ablauf, der zunächst rein äußerlich keine Unterbrechung oder sonstige Zäsur erkennen lässt. Die Angeklagte tat über einen längeren Zeitraum nicht das Notwendige, um ihr Kind zu ernähren und zu versorgen; sie unterließ also (was für den zu erörternden § 225 StGB folgenlos bleibt, weil dessen hier einschlägige dritte Alternative ein echtes Unterlassensdelikt darstellt¹³). Sofern sie zusätzlich zu irgendeinem Zeitpunkt einen bedingten Tötungsvorsatz entwickelt hätte (siehe dazu unten III. 3.), wäre auch ein entsprechendes Tötungsdelikt nur durch ein Unterlassen begangen worden. Zwar hatte die Angeklagte am Ende auch zusätzliche aktive Handlungen vorgenommen, nämlich das Senden der inhaltlich falschen SMS, sie sei verweist. Gleichwohl lag der Schwerpunkt des vorwerfbaren Verhaltens¹⁴ eindeutig auf der Nichtversorgung, weshalb ein möglicher Tötungsversuch (insgesamt) durch Unterlassen zu erörtern wäre.

2. Misshandlung Schutzbefohlener (§ 225 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB)

Die Erfüllung des objektiven Tatbestands einer (nach § 225 Abs. 3 Nr. 1 StGB qualifizierten) Misshandlung Schutzbefohlener in der Variante der Vernachlässigung der Pflicht, für

sie zu sorgen, liegt angesichts der offenkundigen Gesundheitsschäden der Tochter auf der Hand. Von der Revision der Angeklagten war allerdings gerügt worden, die Bejahung der für § 225 Abs. 1, 3. Var. StGB erforderlichen Böswilligkeit vertrage sich nicht mit der gleichzeitigen Verneinung grausamen Handelns im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB (dazu unten III. 4. a). Böswillig handelt allerdings schon, wer die Pflichtverletzung aus einem besonders verwerflichen Motiv heraus begeht.¹⁵ Nun beruht gezielt grausames Verhalten sicherlich auf einer verwerflichen Motivation. Andererseits lassen sich auch andere verwerfliche Motive denken (etwa eine Habgier), die gerade keine bewusst grausame Tötungshandlung voraussetzen. Die Schwurgerichtskammer hatte eine solche verwerfliche Motivation in den „eigensüchtigen“ Beweggründen der Angeklagten gesehen, die nach außen hin als lebensstüchtig erscheinen wollte. Der *Senat* hielt dies für akzeptabel und hatte selbst in Ansehung des Krankheitsbildes der Angeklagten an deren Böswilligkeit keine Zweifel. Denn die Angeklagte kommunizierte im Tatzeitraum offenbar weiterhin rege per Telefon sowie in den sozialen Netzwerken und verließ auch die Wohnung unter Zurücklassen ihrer Kinder für längere Zeitspannen, um soziale und familiäre Kontakte zu pflegen.¹⁶ Anders läge es sicherlich, wenn die Angeklagte ihre Pflichten gegenüber dem Kind aus Gleichgültigkeit oder Schwäche vernachlässigt hätte, da diese Beweggründe eine Böswilligkeit nicht begründen können¹⁷ (wohl aber zur Annahme eines Quälens durch Unterlassen hätten führen können, weil es hierfür keiner Böswilligkeit bedarf). Im Ergebnis kann also von der Begehung eines sich über den gesamten Tatzeitraum erstreckenden Verbrechens (Abs. 3!) der Misshandlung Schutzbefohlener durch die Angeklagte ausgegangen werden.

3. Tötungsversuch

Auf Grund des bereits erwähnten Aufrechterhaltens der landgerichtlichen Feststellungen allein zum äußeren Tatgeschehen bedarf es zu Tatvorsatz und etwaigen Motivationen der Angeklagten neuerlicher Beweisaufnahme und Feststellungen; insoweit ist der Ausgang völlig offen. Hintergrund ist ein von der Revision der Angeklagten gerügter Darstellungsmangel im Rahmen der Beweiswürdigung des tatrichterlichen Urteils zum Tötungsvorsatz, das offensichtlich widersprüchliche Ausführungen enthielt. Die Schwurgerichtskammer hatte nämlich einerseits angenommen, es seien keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, warum die Angeklagte auf ein Nichteintreten des Todes vertraut haben könnte.¹⁸ Bei ihren Ausführungen zur Verneinung einer grausamen Tötung hatte sie demgegenüber formuliert, der Tod der Tochter sei der Angeklagten keinesfalls recht, vielmehr seien ihr Weiterleben und die Wiederherstellung ihrer ordnungsgemäßen Versorgung lieber gewesen.¹⁹ Der *Senat* moniert zu Recht, die letzt-

¹⁰ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 12.

¹¹ Vgl. BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 28.

¹² Vgl. *Meyer-Göfner/Schmitt*, Strafprozessordnung, Kommentar, 58. Aufl. 2015, Einl. Rn. 187 f.; BGHSt 7, 283 (286); 24, 274 (275); 28, 119 (121 f.).

¹³ *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 225 Rn. 11.

¹⁴ Zur Abgrenzung vgl. die anschauliche Darstellung von *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rn. 863 ff.

¹⁵ BGH NSTz 1991, 234; *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 13), § 225 Rn. 14.

¹⁶ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 24.

¹⁷ BGH NSTz 1991, 234.

¹⁸ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 27.

¹⁹ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 25.

genannte Haltung der Angeklagten habe sehr wohl einen Anhaltspunkt für ein Vertrauen auf den Nichteintritt des Todes liefern können. Jedenfalls liege hier eine Unklarheit innerhalb der Urteilsgründe vor, weshalb das Beweisergebnis eines bedingten Tötungsvorsatzes²⁰ so noch nicht tragfähig erscheine.²¹ Die darauf gestützte Revision der Angeklagten hatte von daher Erfolg.

Ob in einer neuerlichen Hauptverhandlung angesichts des äußerlichen Geschehens ein (bedingter) Tötungsvorsatz nachgewiesen werden kann, lässt sich aus der Ferne kaum beurteilen; möglich erscheint dies freilich. Immerhin hatte die Angeklagte offensichtlich die dramatische Verschlechterung des Zustandes ihrer Tochter zur Kenntnis genommen; jedenfalls hatte sie – indem sie sich vor ihrem Besuch versteckte oder diesen fortschickte – darauf reagiert. Allerdings lässt sich aus dem kognitiven Erkennen der möglichen Konsequenzen ihres Handelns nicht unmittelbar auf das voluntative Vorsatzelement rückschließen. Wenn allerdings das Leiden der Tochter und ihr Zustand derart augenfällig waren, so erscheint ein Vertrauen auf ein Ausbleiben des Todeserfolges zunächst einmal wenig plausibel. Man bedenke aber auch das junge Alter der Angeklagten und die Widersinnigkeit ihres Tuns, sollte sie sich mit dem Kindestod tatsächlich abgefunden haben. Ihr Ziel, als kompetente Mutter zu erscheinen, wäre durch den Tod des ersichtlich unterversorgten Kindes ja erst recht in Gefahr geraten. Was aus objektiver Warte eher unrealistisch erscheinen mag, nämlich das Vertrauen, das Kind werde dennoch überleben, mag deshalb aus der subjektiven, verqueren Sicht der Angeklagten vielleicht doch nicht gänzlich fern zu liegen.

4. Mordmerkmale

Aber auch die Revision der Staatsanwaltschaft drang durch, weil die Schwurgerichtskammer auf der Basis der Annahme eines Tötungsvorsatzes weder Heimtücke noch Verdeckungsabsicht ausreichend erwogen und nur wegen Totschlagsversuchs verurteilt hatte. Die Verneinung eines grausamen Tötungsversuchs billigte der *Senat* indessen.

²⁰ Zu den Anforderungen an einen bedingten Tötungsvorsatz vgl. insb. die Rspr. im sog. Lederriemen-Fall (BGHSt 7, 363 [370]): „Der bedingte Vorsatz unterscheidet sich vom unbedingten Vorsatz dadurch, daß der unerwünschte Erfolg nicht als notwendig, sondern nur als möglich vorausgesehen wird. Er unterscheidet sich von der bewußten Fahrlässigkeit dadurch, daß der bewußt fahrlässig handelnde Täter darauf vertraut, der als möglich vorausgesehene Erfolg werde nicht eintreten, und deshalb die Gefahr in Kauf nimmt, während der bedingt vorsätzlich handelnde Täter sie um deswillen in Kauf nimmt, weil er, wenn er sein Ziel nicht anders erreichen kann, es auch durch das unerwünschte Mittel erreichen will.“ Vgl. ferner BGHR StGB § 15 Vorsatz, bedingter 1 und 6; *Jeschek/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 29 III. 3.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 14 Rn. 27 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 27.

²¹ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 27.

a) Grausame Tötung

Eine grausame Tötung liegt vor, wenn der Täter dem Opfer aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung besondere Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt,²² wobei „besondere“ für die Tötung *unnötige* Schmerzen sind.²³ Man mag nun in der Tat darüber nachdenken, ob die Unterversorgung des Kindes (statt vollständiger Nichtversorgung) und die zusätzlichen Leiden durch das Nichtsäubern der Tochter von Kot und Urin zu in diesem Sinne unnötigen Leiden und einem verzögerten Sterbeprozess führen könnten, den man als grausam anzusehen hätte. Geschah dies allerdings im Rahmen eines Schwankens zwischen zeitweiliger Nicht- und gelegentlich (reutig?) durchgeführter Versorgung, so wären die durch das Hinauszögern des Todes verursachten unnötigen Qualen gerade nicht auf der Basis eines entsprechenden Grausamkeitsvorsatzes erfolgt. Dessen aber bedarf es selbst dann, wenn man – richtigerweise – die überkommenen Termini der „gefühllosen, unbarmherzigen Gesinnung“ für sachlich nicht angemessene Bedingungen einer grausamen Tötung hält.²⁴ Um die Frage abschließend beantworten zu können, hätte es allerdings näherer Informationen zum Tatgeschehen bedurft, welche jedenfalls die Senatsentscheidung nicht mitteilt. Die Schwurgerichtskammer ihrerseits hatte sich bei ihren Erwägungen zur Verneinung der Grausamkeit auf das Fehlen „subjektiver Elemente“ gestützt.²⁵ Man mag spekulieren, ob damit besagte „gefühllose, unbarmherzige Gesinnung“ oder schlicht nur der Grausamkeitsvorsatz gemeint war. Der *Senat* hielt dies jedenfalls im Ergebnis für schlüssig, wenngleich er am Rande moniert, was die Schwurgerichtskammer in demselben Zusammenhang noch an Argumenten aufgeföhren hatte: der Tod der Tochter sei der Angeklagten keinesfalls recht gewesen und er sei auch kein notwendiges Zwischenziel dazu gewesen, nach außen hin den Schein aufrecht zu erhalten, sie versorge ihre Kinder gut. Das aber, so der *Senat* zu Recht, hätte mit der Frage der Grausamkeit nichts zu tun, sondern beträfe – wie bereits oben bei III. 3. erwähnt – allein den Tötungsvorsatz.²⁶

b) Verdeckungsabsicht

Eine Absicht, die vorausgegangene Misshandlung Schutzbefohlener (siehe oben III. 2.) zu verdecken, hatte die Schwur-

²² BGHSt 3, 180; BGH StV 1997, 565 (566); BGH NStZ 2008, 29 m. Anm. *Schneider*; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 211 Rn. 10; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 2 Rn. 47; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 39. Aufl. 2015, Rn. 102.

²³ BGHR StGB § 211 Abs. 2 grausam 1; BGH StV 1997, 565 (566); *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester – Besonderer Teil, 2009, Rn. 181 f.; a.A. *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 22), § 2 Rn. 47.

²⁴ Vgl. *Heghmanns* (Fn. 23), Rn. 180; *Witt*, Das Mordmerkmal „grausam“, 1996, S. 131 ff.; *Rüping*, JZ 1979, 617 (620); *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 13), § 211 Rn. 27.

²⁵ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 12.

²⁶ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 18.

gerichtskammer mit der Erwägung verworfen, es fehle an einer notwendigen Zäsur zwischen Vortat (§ 225 StGB) und dem von ihr angenommenen Tötungsversuch, weshalb dieser keine „andere“ Straftat verdecken konnte.²⁷ In der Tat gehen ja offenbar beide Taten ineinander über; irgendwann tritt – ohne dass dies offenbar an irgendeinem konkreten äußerlichen Geschehen festzumachen wäre, ein Tötungsversuch zur Misshandlung Schutzbefohlener hinzu (siehe oben III. 1.). Die einzige „Zäsur“ dürfte daher das Entstehen der Erkenntnis sein, Al. könne sterben, und das mögliche Sichabfinden der Angeklagten mit dieser Möglichkeit, also ein rein innerliches Geschehen.

Bevor sich der *Senat* allerdings mit der Frage nach einer erforderlichen Zäsur zwischen Vortat und Verdeckungsmord auseinandersetzt, weist er kurz auf die Möglichkeit hin, eine Verdeckungsabsicht trotz eines nur bedingten Tötungsvorsatzes zu bejahen.²⁸ Konstruktiv ist dies vorstellbar, solange der Tod keine notwendige Bedingung für die Verdeckung der Vortat darstellt. Ist aber eine Tatverdeckung nur erreichbar, wenn das Opfer stirbt (z.B., weil es als Zeuge sonst den Täter identifizieren würde), so läge ein unauflöslicher Widerspruch in der Annahme eines nur bedingten Tötungswillens und einer Verdeckungsabsicht;²⁹ der Täter kann dann im Grunde gar nicht unbedingt die Verdeckung seiner Vortat gewollt haben (wie es eine Absicht erfordert hätte), denn dazu hätte er logischerweise auch einen ebenso unbedingten Tötungswillen entwickeln müssen. Bleibt der Tötungswillen dagegen auf der Stufe eines Inkaufnehmens stehen, so muss dies notwendigerweise auch für eine untrennbar mit ihm verknüpfte Verdeckungsmotivation gelten. Sie erfüllt dann zwangsläufig nicht die Kriterien einer Absicht. Bedingter Tötungsvorsatz und Verdeckungsabsicht sind hingegen dann zwanglos miteinander vereinbar, wenn die Tatverdeckung auch ohne das Versterben des Opfers gelingen kann³⁰ (z.B., wenn der Täter auf Verfolger schießt, um diese zurückzuhalten und zu entkommen, und er bis dahin davon ausgeht, noch gar nicht erkannt worden zu sein³¹). Im Falle der Angeklagten war der Tod des Kindes sicherlich keine notwendige Bedingung, dessen Schlechtversorgung zu verdecken; bei einem Überleben des Kindes (welches selbst ja noch zu keinen sinnvollen Mitteilungen imstande war) hätte dies genauso gut oder genauso schlecht gelingen können wie bei seinem Versterben. Die Entdeckung der Vortat hing vielmehr alleine davon ab, ob überhaupt eine fachkundige Person (z.B. vom Jugendamt oder ein Arzt) Al. zu Gesicht bekam, gleichgültig ob tot oder lebendig.

Nun drängte sich – offenbar auch für den Generalbundesanwalt in seiner Stellungnahme zu den Revisionen – die Überlegung auf, eine Tatverdeckung hätte ja erst recht nicht

gelingen können, wenn Al. gestorben wäre.³² Denn in diesem Fall wäre der nicht natürliche Tod des Kindes höchstwahrscheinlich dem die Todesbescheinigung ausstellenden Arzt aufgefallen. Die Angeklagte hätte den Leichnam auch nicht einfach verschwinden lassen können, denn das wäre weder gegenüber der Familie noch gegenüber dem Jugendamt, das ersichtlich bereits ein Auge auf sie geworfen hatte, glaubhaft darzustellen gewesen. Allerdings, so der *Senat*, spricht diese Überlegung nur vordergründig gegen eine Verdeckungsabsicht, denn die Angeklagte handelte ja gerade nicht logisch, wie es die vorstehende Erwägung aber voraussetzt. Das ganze Tatgeschehen spreche vielmehr für eine (man mag ergänzen: im hohen Maße) irrationale Handlungsweise der Angeklagten.³³ Maßgebend aber ist, was sich die Angeklagte als Ziel vorstellte; ob dieses Ziel realistisch zu erreichen oder gänzlich wirklichkeitsfremd war, spielt für die Bejahung des Mordmerkmals keine Rolle. Eine hochgradige Realitätsverkenntung mag immerhin den Anlass bieten, die Schuldfähigkeit der Angeklagten sachverständig näher untersuchen zu lassen; man darf allerdings getrost davon ausgehen, dass dies ohnehin geschehen ist.

Einen weiteren Aspekt hat der *Senat* nicht angesprochen: Die Angeklagte strebte jedenfalls nicht primär danach, ihre Bestrafung zu verhindern, sondern sie fürchtete Konsequenzen anderer, nicht strafrechtlicher Art: Es ging ihr um den Ansehensverlust und den Verlust ihrer Kinder. Allerdings steht die Rspr. bislang auf dem Standpunkt, der Täter müsse gar nicht zur Vermeidung einer Strafverfolgung handeln, sondern es genügen auch andere Motive, wegen derer es ihm auf die Tatverdeckung ankomme.³⁴ Mit dem Gesetzeswortlaut lässt sich diese Interpretation zwanglos vereinbaren und der besondere Schuldgehalt einer Tat, die nicht von der Furcht vor Strafe geprägt ist, sondern aus noch weniger drängendem Anlass begangen wird, dürfte regelmäßig – und wohl auch in dem vom *Senat* zu entscheidenden Fall – die Qualifikation zum Mord rechtfertigen.³⁵

Damit gelangt man nun schlussendlich zu der angesprochenen Frage nach dem Erfordernis einer Zäsur zwischen Vortat und Verdeckungshandlung. Eine solche (äußerlich wahrnehmbare) Zäsurwirkung soll nach Auffassung des *Senates* nur dann erforderlich sein, wenn bereits die Vortat von einem Tötungsvorsatz getragen gewesen war. Wird dagegen eine zunächst nur mit Körperverletzungsvorsatz begonnene Handlung sodann mit Tötungsvorsatz und Verdeckungsabsicht fortgesetzt, liege bereits in dem Vorsatzwechsel eine solche Zäsur.³⁶

Derselbe 2. *Senat* hatte zu dieser Frage übrigens ursprünglich eine andere Auffassung vertreten und im Jahre

²⁷ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 12.

²⁸ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 15.

²⁹ BGHSt 21, 283 (284 f.); BGH NStZ 1985, 166; *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 24), § 211 Rn. 35; *Heghmanns* (Fn. 23), Rn. 218 f.

³⁰ BGHSt 15, 291 (297); BGH NJW 1999, 1039 (1040); *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 24), § 211 Rn. 35.

³¹ Vgl. den Sachverhalt von BGH NStZ 1990, 77.

³² Vgl. BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 17.

³³ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 17.

³⁴ BGHSt 41, 8 (9); BGH NStZ 1999, 243; BGH NStZ-RR 2005, 201 (202).

³⁵ Vgl. *Theile*, ZJS 2011, 405 (407); BGH NStZ 1999, 243, die eine zusätzliche Kontrolle anhand des Maßstabes der niedrigen Beweggründe vornehmen.

³⁶ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 16; ebenso *Eisele*, JuS 2015, 754 (755).

1978 für Fälle eines Wechsels vom Körperverletzungs- zum Tötungsvorsatz sogar bei einer zusätzlich veränderten Angriffsrichtung einen Verdeckungsmord explizit verneint,³⁷ und zwar im Gefolge der Entscheidung des BVerfG zur lebenslangen Freiheitsstrafe und dessen Mahnung zur einschränkenden Auslegung der Mordmerkmale.³⁸ Neun Jahre später hatte der *Senat* diese Auffassung indes ausdrücklich wieder aufgegeben und nicht länger am generellen Erfordernis einer Zäsur festgehalten.³⁹ Seither entwickelte sich innerhalb der BGH-Rechtsprechung die angesprochene Differenzierung:⁴⁰ Handelt der Täter von Anfang an mit Tötungsvorsatz, so erfolge die Fortsetzung der Tötungshandlung mit dem zusätzlichen Verdeckungsziel nicht zur Verdeckung einer *anderen* Straftat, solange keine zeitliche Zäsur und ein erneuerter Tötungsentschluss hinzutreten.⁴¹ Wer dagegen ein Delikt, welches kein Tötungsverbrechen darstellt, sodann ohne äußere Unterbrechung mit Tötungsvorsatz und Verdeckungsabsicht fortsetzt, handelt als Verdeckungsmörder zur Verdeckung einer anderen, z.B. einer Körperverletzungsstraftat.⁴² Vor dem Hintergrund dieser recht gefestigt erscheinenden Rspr. genügen die Erwägungen der Schwurgerichtskammer eindeutig nicht, um eine Verdeckungsabsicht zu verneinen, da bereits infolge des Fehlens eines ursprünglichen Tötungsvorsatzes in der Misshandlung Schutzbefohlener eine „andere“ Straftat vorlag.

Ob allerdings die fragliche Differenzierung überhaupt sachlich angemessen ist, darf man gerne bezweifeln.⁴³ Zwar mag es noch nachfühlbarer (und damit vielleicht nicht höchststrafwürdig) erscheinen, einen vorangegangenen Tötungsversuch zu verdecken als „nur“ eine Körperverletzung, wo die Zweck-Mittel-Relation eher für eine besondere Verwerflichkeit der Verdeckungsintention sprechen kann. Auf der anderen Seite privilegiert das Erfordernis einer (nicht nur subjektiven) Zäsur zu Unrecht denjenigen – im Zweifel Rücksichtsloseren und Brutaleren –, der bei seinem Angriff von vornherein mit Tötungsvorsatz und Verdeckungsabsicht handelt; er würde jedenfalls nicht als Verdeckungsmörder bestraft, wohl aber derjenige, der sich erst im Bewusstsein dessen, was er schon angerichtet hat, aus Angst oder Scham

zur Verdeckungstötung entschließt.⁴⁴ Wann ist also eine Straftat eine „andere“, die verdeckungsfähig wäre? Jedenfalls kann man davon ausgehen, dass eine zeitliche Zäsur, an die sich womöglich noch ein neuer oder veränderter Tatenschluss anschließt, zur Begehung einer neuen, anderen Straftat, nämlich auch im Sinne von § 53 StGB, führt. Die Rspr. des BGH geht freilich davon aus, „anders“ sei auch eine Straftat, die nur einen anderen Tatbestand erfüllt, aber nicht im Sinne von § 53 StGB eine zweite Tat bildet.⁴⁵ Das allerdings führt – konsequent zu Ende gedacht – diejenige Rspr. ad absurdum, die bei einer zunächst versuchten (einfachen) Tötung, die sodann in Verdeckungsabsicht fortgesetzt wird, einen Verdeckungsmord mangels „anderer“ Straftat ausschließt. Denn in der Literatur wird verschiedentlich darauf hingewiesen, dies übersähe die (jedenfalls oft) im ersten Tötungsversuch bereits mitwirkliche Körperverletzung, welche ja einen anderen Straftatbestand, also in der Logik der Rspr. eine andere Straftat, darstelle.⁴⁶ Folgerichtig müsste demnach auch hier ein Verdeckungsmord möglich sein.

Selbstverständlich darf dieser Einwand nicht allzu ernst genommen werden, denn der Verdeckende, der bereits mit Tötungsvorsatz angegriffen hatte, wird ja im Zweifel vor allem diesen viel schwereren Tötungsversuch verdecken wollen und weniger die – möglicherweise gar nicht so bedeutende – Körperverletzung. Dann aber wäre es gekünstelt, wollte man alleine das unbedeutende idealkonkurrierende Verletzungsdelikt zum Anlass nehmen, die Folgehandlung als Mord zu qualifizieren. Oder sollte etwa am Ende schon ein zum – zunächst folgenlosen – Tötungsversuch idealkonkurrierender Hausfriedensbruch oder eine Bedrohung („Ich bringe Dich um!“) den gravierenden Bewertungsunterschied hinsichtlich des Folgegeschehens gegenüber demjenigen rechtfertigen, der zunächst „nur“ einen Tötungsversuch ausgeführt hatte, den es jetzt zu vertuschen gilt? Die Absurdität solcher Resultate liegt auf der Hand.

Wenn sich somit die „andere“ Straftat nicht sinnvoll danach ausrichten kann, welchen Straftatbestand das Vorgehen (noch) erfüllt, so bleibt nur der Rückgriff auf die Tatmehrheit im Sinne von § 53 StGB als Kriterium, um dem Wortlaut des § 211 Abs. 2 StGB gerecht zu werden. Der BGH hat sich einer solch restriktiven Auslegung bislang verweigert: „Es wäre nicht sachgerecht, über die Grenzziehung zwischen Mord und Totschlag ein Merkmal entscheiden zu lassen, das – wie das Konkurrenzverhältnis beider Delikte – nichts über das Maß der Schuld oder der Gefährlichkeit des Täters besagt,“ hatte der 2. *Senat* dazu in der Vergangenheit geurteilt.⁴⁷ Das Argument sachlicher Unangemessenheit mag zutreffen; es überzeugt angesichts des klaren Gesetzeswortlautes allerdings nicht und mag daher bestenfalls einen zusätzlichen Grund liefern, im Zuge der möglicherweise anstehenden Reform der Tötungsdelikte auch die Verdeckungsab-

³⁷ BGHSt 27, 346 (348 f.).

³⁸ BVerfGE 45, 187.

³⁹ BGHSt 35, 116 (119 ff.).

⁴⁰ Zur Entwicklung der Rspr. eingehend *Freund*, JuS 2002, 640 (642).

⁴¹ BGH NJW 1990, 2758; BGH NStZ 1983, 34 (35 f.); BGH NStZ-RR 1998, 67; BGH NStZ 2000, 498 f.; BGH StV 2001, 553; BGH NStZ 2002, 253; BGH StV 2004, 598; folgt auf ein aktives Tötungshandeln ein Unterlassen mit Verdeckungsabsicht, so soll selbst eine zeitliche Zäsur zu keiner „anderen“ Straftat führen, vgl. BGH NJW 2003, 1060 f.; BGH NStZ-RR 2009, 239; kritisch dazu *Freund*, NStZ 2004, 123 (125 f.); *Geppert*, Jura 2004, 242 (246).

⁴² BGH NStZ 1983, 34 (35 f.); BGHSt 35, 116; weniger deutlich in BGH NStZ-RR 1999, 234.

⁴³ Kritisch u.a. *Freund*, JuS 2002, 640 (645); *ders.*, NStZ 2004, 123 (125); *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 24), § 211 Rn. 32a f.

⁴⁴ *Freund*, NStZ 2004, 123 (125).

⁴⁵ Vgl. BGHSt 35, 116 (126); BGH NStZ 1983, 34 (35 f.); BGH NStZ-RR 1999, 234; BGH NStZ 2002, 253.

⁴⁶ *Freund*, JuS 2002, 640 (644 f.); *Theile*, JuS 2006, 110 (111); *Eisele*, JuS 2015, 754 f.

⁴⁷ BGHSt 35, 116 (126).

sicht nicht in ihrer heutigen Form beizubehalten. Im zu entscheidenden Fall jedenfalls wäre kein Verdeckungsmordversuch denkbar, wenn man als eine „andere“ nur eine in Tatmehrheit zu § 225 StGB stehende Tat verstünde, weil ein hinzutretender Tötungsversuch angesichts des fortlaufenden Dauerdelikts nach § 225 Abs. 1, 3. Var. StGB sich zwangsläufig in Tateinheit mit diesem befände.

Gleichviel, ob man sich der hier vertretenen Lösung anschließt, nur in Tatmehrheit stehende Straftaten als „andere“, verdeckungsfähige zu begreifen, oder ob man der vom *Senat* fortgeschriebenen Linie der Rspr. folgt, sich alternativ mit einem anderen Tatbestand zufrieden zu geben, mag er auch in Tateinheit mit der Verdeckungstötung stehen: Es bleiben Konstellationen, die sich so nicht optimal lösen lassen. Die Höchststrafwürdigkeit einer Verdeckungstötung erscheint nämlich stets dann zweifelhaft, wenn es nicht darum geht, kaltblütig Zeugen aus der Welt zu schaffen, sondern wenn Scham, Angst und Selbsterhaltungstrieb den hochgradig erregten Täter dazu bringen, seine aus anderen Motiven begonnene Tat nunmehr als Tötung zu Ende zu führen.⁴⁸ Auch die Angeklagte in dem vom *Senat* zu entscheidenden Fall ist sicherlich selbst dann, wenn sich ihr in der erneuerten Hauptverhandlung eine Verdeckungsabsicht nachweisen ließe, nicht die idealtypische Verdeckungsmörderin, weil sie nach den aus der Entscheidung ersichtlichen Umständen vermutlich irrational handelte, antriebsarm war und sich selbst unter erheblichen Druck setzte, nach außen hin dennoch als lebensfähig zu gelten.⁴⁹ Angesichts derartiger Fallgestaltungen lassen sich – neben möglichen allgemeinen Einschränkungen des Mordtatbestandes, auf die hier nicht eingegangen werden soll – mehrere Wege denken. Der 2. *Senat* selbst hatte in der Vergangenheit bereits überlegt, das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht als unselbstständigen Sonderfall der niedrigen Beweggründe zu begreifen und es in jedem Einzelfall mit der dort notwendigen Bewertung abzugleichen, ob die konkreten Beweggründe des Täters nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verwerflich sind.⁵⁰ Hiergegen wendet das Schrifttum ein, die Verdeckungsabsicht verlöre damit ihre Eigenständigkeit und degeneriere zum bloßen Regelbeispiel der niedrigen Beweggründe, was sie – konsequent zu Ende gedacht – dann auch gänzlich verzichtbar erscheinen ließe.⁵¹ Andere Vorschläge fordern zusätzlich zur Verdeckungsabsicht im Wege der Auslegung ein Element überlegten Handelns⁵² sowie eine besondere Verwerflichkeit im Sinne eines Beharrens auf der Vortat.⁵³ Klingt dies eher nach einer Art positiver Typenkorrektur, so bevorzugt *Saliger* eine Art modifizierter negativer

Typenkorrektur: Eine Verdeckungsintention führt danach nur solange zum Verdeckungsmord, wie nicht bestimmte Gegenindizien vorliegen, nämlich das Fehlen überlegten Handelns, das Fehlen einer besonderen Gefährlichkeit oder besonderer Verwerflichkeit der Tat, welche die Tat in der Gesamtschau als nicht höchststrafwürdig erscheinen lassen.⁵⁴ Gegen all dies ließen sich Einwände finden und eine konsensfähige, allgemeingültig auszuförmulierende Lösung ist offenkundig nicht in Sicht.⁵⁵ Es bleibt deshalb nur zu hoffen, dass im Rahmen anstehender Reformen der Tötungsstraftaten auch die Verdeckungsabsicht einer eingehenderen Überarbeitung unterzogen wird.

c) Heimtücke

Die Möglichkeit einer Heimtücke hatte die Schwurgerichtskammer gar nicht angesprochen. Hier sah der *Senat* ebenfalls noch Erörterungsbedarf wegen der möglichen Täuschung einer hilfsbereiten Person in Gestalt der Mitarbeiterin E. der Familienhilfe.⁵⁶ Zwar sei diese bei ihrem Besuch am 16.2.2012 bereits in Sorge um das Kind und deswegen möglicherweise nicht mehr arglos gewesen.⁵⁷ Allerdings war dem ein Besuchsversuch am 9. Februar vorausgegangen, bei welchem die Angeklagte eine Inaugenscheinnahme ihrer Tochter ebenfalls mit Schwindeleien verhindert hatte. Es hätte daher jedenfalls geprüft werden müssen, ob einerseits die Angeklagte zu diesem Zeitpunkt schon Tötungsvorsatz besaß und andererseits E. noch arglos gewesen war.⁵⁸ Unabhängig davon, ob diese bereits Verdacht geschöpft hatte oder nicht, lag es jedenfalls nahe, dass die Angeklagte wenigstens noch davon ausging, sie mit Hilfe der falschen SMS abwimmeln zu können. Andernfalls wäre es nicht recht verständlich, warum sie diesen Versuch überhaupt hätte unternemen sollen. Das aber mag für einen ohnehin nur versuchten Mord erst einmal ausreichen.

Problematisch erscheint allerdings, ob die Familienhelferin E. überhaupt als eine schutzbereite Dritte gelten kann. Bisher hat die Rspr. als schutzbereite Dritte nur Personen anerkannt, die den Schutz eines Kleinkindes vor Leib- oder Lebensgefahren übernommen haben und die ihn auch erbringen können.⁵⁹ Die Familienhelferin war in eine solche Position offenkundig (noch) nicht eingerückt; sie hätte zwar im Falle entsprechender Hinweise Schutz für das Kind durch das Jugendamt einleiten können, wie es sodann auch geschah. Sie selbst war aber nicht – wie eine Betreuerin – unmittelbar für das Kind verantwortlich, sondern befand sich eher in der Rolle einer Beobachterin und Beraterin der Familie.

⁴⁸ Ähnlich *Kargl*, StraFo 2001, 365 (373); *Otto*, ZStW 83 (1971), 39 (68 f.); *Geppert*, Jura 2004, 242.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 2, 5, 7 und 17.

⁵⁰ BGHSt 35, 116 (126 f.); befürwortend *Widmaier*, NJW 2003, 2788 (2791).

⁵¹ *Saliger*, ZStW 109 (1997), 302 (331); *Otto*, Jura 1994, 141 (151); *Geppert*, Jura 2004, 242 (243); ebenfalls kritisch *Kargl*, StraFo 2001, 365 (372).

⁵² *Köhler*, GA 1980, 121 (130 ff.).

⁵³ *Köhler*, GA 1980, 121 (137 ff.).

⁵⁴ *Saliger*, ZStW 109 (1997), 302 (332 ff.).

⁵⁵ *Sinn*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 133. Lfg., Stand: Juni 2012, § 211 Rn. 81, der seinerseits de lege lata die von BGHSt 30, 105, entwickelte Rechtsfolgenlösung als Ausweg vorschlägt.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 19.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 20.

⁵⁸ BGH, Urt. v. 20.5.2015 – 2 StR 464/14, Rn. 21.

⁵⁹ BGH NSTZ 2013, 158 (159); *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 24); § 211 Rn. 25c.

IV. Bewertung

Die Entscheidung des *Senats* lässt dem neuen Tatgericht im Ergebnis relativ große Spielräume, weil es im Wesentlichen von dessen Feststellungen zum Tatvorsatz abhängen wird, auf welchen Schuldspruch das Verfahren letzten Endes hinauslaufen wird. Da es sich nicht einmal ausschließen lässt, dass am Ende gar kein Tötungsvorsatz nachzuweisen ist, bleibt von einer Verurteilung (nur) nach § 225 Abs. 3 StGB bis hin zu einem versuchten Verdeckungs- und Heimtückemord im Grunde alles möglich. Die Entscheidung des *Senats* entwickelt im Übrigen keine Ambitionen, zur Verdeckungsabsicht Neuland zu betreten; sie setzt die bisherige Rspr. im Grunde konsequent fort und erstreckt sie ohne allzu ausführliche Erörterungen auf die Konstellation eines zu verdeckenden Dauerdeliktes in Form eines längeren Unterlassens. Diese Zurückhaltung mag auch an den unzureichenden Feststellungen der Schwurgerichtskammer gelegen haben, auf deren Basis sich zwar trefflich darüber spekulieren lässt, was wirklich im Kopf der Angeklagten vorgegangen ist. Eine solche Entscheidung bietet aber einem Revisionsgericht nicht den rechten Anlass, darüber hinaus neue Maßstäbe zu setzen, die letztlich – sollte das Tatgericht zu einem inneren Sachverhalt ohne Verdeckungsabsicht gelangen – überhaupt keine Relevanz für den jeweiligen Fall besitzen. Von daher ist dem *Senat* kein Vorwurf zu machen, die im Grunde verfehlte Rspr. zur „anderen Straftat“ nicht näher hinterfragt zu haben. Es bleibt zu hoffen, dass sich dazu künftig bessere Gelegenheiten bieten oder doch noch der Gesetzgeber korrigierend eingreift.

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

Entscheidungsanmerkung

Zum Angriff auf die Entschlussfreiheit des Führers eines Kraftfahrzeuges durch eine vorgetäuschte Polizeikontrolle (Amtlicher Leitsatz)

1. Der Angriff auf die Entschlussfreiheit des Kraftfahrzeugführers ist inhaltlich anhand der alternativen Bezugspunkte des Angriffs auf Leib und Leben zu beurteilen. Notwendige Nähe zwischen Angriff auf die Entschlussfreiheit und Angriff auf Leib und Leben entsteht nur in Fällen vorgetäuschten staatlichen Zwanges; erst dann ergibt sich kein Raum mehr für eine eigenständige Willensbildung des Genötigten, da er sich direktem Zwang beugt.

2. Objektiver Nötigungscharakter kann sich aus der täuschungsbedingten Situation heraus ergeben, dass das Opfer sich durch Nichtbefolgen eines durch vermeintliche Staatsgewalt getragenen Verhaltensgebots einem bußgeldsanktionierten Nachteil ausgesetzt sieht. (Leitsätze des Verf.)

StGB § 316a

BGH, Urt. v. 23.4.2015 – 4 StR 607/14¹

I. Einführung

Der zu besprechende Fall landete erst über einen Umweg beim 4. Strafsenat des BGH, weil das erstinstanzlich entscheidende Landgericht eine mögliche Strafbarkeit nach § 316a StGB verkannt hatte. Um einen Verstoß gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu vermeiden, verwies der 2. Strafsenat die Angelegenheit an den für Verkehrsstrafsachen zuständigen 4. Strafsenat.²

Der im Zentrum der Entscheidung stehende Straftatbestand des Räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer ist von zweifeltiger Herkunft: Er geht zurück auf das Gesetz gegen Straßenraub mittels Autofallen aus dem Jahre 1938, nach dem mit dem Tode bestraft wurde, wer in räuberischer Absicht eine Autofalle stellte.³ Zuvor hatten die Gebrüder Max und Walter Götze in Berlin und Umgebung seit 1934 diverse Überfälle auf Kraftfahrer verübt, was dem nationalsozialistischen Staat angesichts der bevorstehenden Olympischen Spiele von 1936 ausgesprochen ungelegen kam: die damaligen Machthaber fürchteten den Vorwurf, die Verbrechensse-

rie nicht in den Griff zu bekommen und Berlin zur Reichshauptstadt des Verbrechens degenerieren zu lassen. Die Gebrüder Götze wurden jedoch erst im Jahre 1938 gefasst, wobei nach der damaligen Rechtslage für Max Götze die Verhängung der Todesstrafe keineswegs sicher war. Daher wurde im Eilverfahren jenes Strafgesetz geschaffen, das rückwirkend zum 1.1.1936 in Kraft gesetzt wurde und schließlich die Hinrichtung beider Brüder ermöglichte. Die Errungenschaften des Rechtsstaates – hier in Gestalt des Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB – werden eben häufig erst deutlich, wenn man sich eine Welt ohne sie vorstellt.

Allerdings blieb die Strafvorschrift nach Ende des Dritten Reichs erhalten und wurde – nach einer zwischenzeitlichen Aufhebung wegen Unbestimmtheit – 1952 in Gestalt eines Unternehmensdelikts („wer es unternimmt“) in das StGB aufgenommen. Nach der Legaldefinition des § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB ist das Unternehmen einer Straftat deren Versuch und deren Vollendung, was nichts anderes bedeutet, als dass Versuch und Vollendung des Delikts gleichgestellt sind. Im Zuge des 6. Strafrechtsreformgesetzes vom 26.1.1998 änderte der Gesetzgeber diese Deliktsnatur und § 316a Abs. 1 StGB lautet nunmehr: „Wer zur Begehung eines Raubes (§ 249 oder 250), eines räuberischen Diebstahls (§ 252) oder einer räuberischen Erpressung (§ 255) einen Angriff auf Leib oder Leben oder Entschlussfreiheit des Führers eines Kraftfahrzeugs oder eines Mitfahrers verübt und dabei die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausnutzt, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.“ Die Vorschrift hat nach h.M. ein doppeltes Schutzgut: Zum einen geht es um den Schutz des Eigentums und Vermögens, zum anderen geht es um die Sicherheit des Straßenverkehrs.⁴

Die dem Straftatbestand noch immer eigene erhebliche Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes sowie die extrem hohe Strafandrohung (das Grunddelikt aus Abs. 1 sieht Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren, die Erfolgsqualifikation aus Abs. 3 sieht Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren vor) führen immer wieder zu Kontroversen, wie der Vorschrift ein angemessener Anwendungsbereich zugewiesen werden kann.

II. Sachverhalt

Ein Angeklagter sowie drei weitere gesondert verfolgte Personen fuhren auf einer Autobahn und veranlassten das Opfer durch ein Hupsignal sowie Handzeichen, seinen LKW auf dem nächsten Rastplatz zum Halten zu bringen. Es ging – wie von vornherein beabsichtigt – davon aus, dass es sich bei den Tätern um eine Zivilstreife der Polizei handelte, deren Anweisungen Folge zu leisten sei. Am Rastplatz angekommen, steuerte einer der gesondert Verfolgten auf die Fahrertür des haltenden LKW zu und rief „Polizeikontrolle! Papiere bitte!“ Das Opfer hatte zwischenzeitlich bereits den Motor des LKW abgestellt. Als es nach den Papieren suchte, streifte sich der

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2015, 2131 und online abrufbar unter

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=14ce6d809df820b8366facc8f4abf1d3&nr=71146&pos=0&anz=1> (27.1.2016).

² BGH, Beschl. v. 8.10.2014 – 2 StR 105/14.

³ Siehe hierzu auch Jäger, JA 2015, 235; Steinberg, NZV 2007, 545 (546 f.). Ferner im Internet unter

https://de.wikipedia.org/wiki/Räuberischer_Angriff_auf_Kraftfahrer (27.1.2016).

⁴ Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, § 14 Rn. 425; Geppert, DAR 2014, 128 (129); Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 316a Rn. 1; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 17. Aufl. 2015, § 12 Rn. 1; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 38. Aufl. 2015, Rn. 415.

gesondert Verfolgte eine Unterziehhaube über das Gesicht, öffnete die Tür und bedrohte es mit einer Pistole. Es wurde auf diese Weise gezwungen, sich auf das in der Fahrerkabine hinter dem Sitz befindliche Bett zu legen, wo es gefesselt und ihm eine Jacke über das Gesicht gelegt wurde. Sodann wurde der LKW zu einem für das Umladen der Beute vorgesehenen Platz gelenkt, wo bereits zwei weitere Angeklagte warteten und die Waren im Wert von € 450.000,- auf ein anderes Fahrzeug umladen.

III. Rechtliche Würdigung

1. Da § 316a StGB subjektiv neben dem Vorsatz auf die Absicht zur Begehung eines Raubes, räuberischen Diebstahls oder einer räuberischen Erpressung abhebt, ist es zur Vermeidung unübersichtlicher Inzidentprüfungen sinnvoll, zunächst diese Bezugsdelikte zu prüfen.⁵ An einer Strafbarkeit wegen mittäterschaftlich begangenen schweren Raubes nach §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB durch die im Anschluss an die Fesselung unter Bedrohung mit der Pistole erfolgende Entwendung der Waren bestehen keine Zweifel.

2. Eine Strafbarkeit nach § 239a Abs. 1 Var. 1 StGB scheidet im Ergebnis wegen der zweiaktigen Struktur dieses Tatbestandes aus: Die Verbringung des gefesselten Opfers vom Rast- auf den Umladeplatz stellt zwar ein Entführen im Sinne der Vorschrift dar, jedoch fiel diese Tathandlung mit der gewaltsamen Gewahrsamsbegründung über den LKW zusammen, die im Übrigen keine Erpressung darstellte. Aus demselben Grunde ist ein Sichbemächtigen im Sinne des § 239a Abs. 1 Var. 2 StGB abzulehnen: Es fehlt in diesem durch die Abwesenheit außenstehender Dritter geprägten Verhältnis an einer für das Sichbemächtigen erforderlichen stabilisierten Zwangslage, die erst Raum für ein in Aussicht genommenes Bezugsdelikt gäbe. Allerdings liegt eine Strafbarkeit nach § 239 Abs. 1 Var. 1 StGB vor.

3. Daneben greift § 132 Var. 1 StGB ein, da sich die Angeklagten durch das Vortäuschen einer Verkehrskontrolle unbefugt mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes befasst haben.

4. In der Entscheidung selbst geht es mit Blick auf § 316a StGB vor allem um die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt ein Opfer noch die Eigenschaft als Führer eines Kraftfahrzeuges aufweist und unter welchen Voraussetzungen ein Angriff auf dessen Entschlussfreiheit angenommen werden kann.

a) Führer eines Kraftfahrzeuges ist jede Person, die das Fahrzeug in Bewegung zu setzen beginnt, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeuges und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist.⁶

⁵ Siehe hierzu auch *Rengier* (Fn. 4), § 12 Rn. 4; *Eisele* (Fn. 4), § 14 Rn. 425; *Hecker*, JuS 2013, 366 (367); *Jäger*, Examens-Repetitorium, Strafrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl. 2015, § 15 Rn. 467; *Knecht/Zacharias*, famos 2015, 1 (5).

⁶ BGHSt 49, 8; 50, 169 (171). Siehe ferner *Rengier* (Fn. 4), § 12 Rn. 17; *Eisele* (Fn. 4), § 14 Rn. 433; *Sowada*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 11, 12. Aufl. 2008, § 316a Rn. 20; *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafrecht-

bucho, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 316a Rn. 6; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 4), Rn. 419.

⁷ *Rengier* (Fn. 4), § 12 Rn. 17. Teilweise wird die Problematik auch an dem Merkmal der Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs festgemacht, siehe hierzu *Rengier* (a.a.O.), § 12 Rn. 38.

⁸ *Eisele* (Fn. 4), § 14 Rn. 433; *Fischer*, Strafrecht, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 316a Rn. 4; *Rengier* (Fn. 4), § 12 Rn. 20; *Sternberg-Lieben/Hecker* (Fn. 6), § 316a Rn. 7; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 4), Rn. 419.

⁹ *Eisele* (Fn. 4), § 14 Rn. 434; *Fischer* (Fn. 8), § 316a Rn. 4a; *Rengier* (Fn. 4), § 12 Rn. 21; *Sowada* (Fn. 6), § 316a Rn. 20; *Sternberg-Lieben/Hecker* (Fn. 6), § 316a Rn. 8.

¹⁰ Siehe hierzu *Duttge*, JuS 2005, 193; *Krüger*, NZV 2004, 161 (162 ff.).

¹¹ BGH NJW 2015, 2131 (2132); *Eisele* (Fn. 4), § 14 Rn. 433; *Ernemann*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 316a Rn. 11; *Fischer* (Fn. 8), § 316a Rn. 4; *Zieschang*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 316a Rn. 27 f.

Dementsprechend sind vor und nach einem Bewegungsvorgang liegende Standphasen einbezogen, sofern nur der die hohe Strafdrohung tragende Zweck eingreift, dass das Opfer aufgrund der Bewältigung von Verkehrsvorgängen in seiner Verteidigung eingeschränkt ist.⁷ Bei einem verkehrsbedingten Halt – etwa an einer roten Ampel oder Bahnschranke – ist die angegriffene Person als Führer eines Kraftfahrzeuges anzusehen, da sie hier das Verkehrsgeschehen weiter aufmerksam zu verfolgen hat.⁸ Anders mag es sein, wenn das Opfer in einer Parkbucht oder Einfahrt hält und den Motor abschaltet, da hier kein Bezug zum Straßenverkehr mehr besteht, sondern es mit jedwedem anderen Raubopfer gleichgestellt werden kann.⁹ Bis zur Entscheidung BGHSt 49, 8 (14) hatte die Rechtsprechung dies noch anders gesehen und die Anwendbarkeit des § 316a StGB auf eine über den Straßenverkehr herbeigeführte „Vereinzelung“ gestützt, die den Angegriffenen umso leichter zum Opfer werden lasse.¹⁰ Indes war eine solche Sichtweise weder mit dem Wortlaut der Vorschrift noch mit dem Normzweck vereinbar, da eine „Vereinzelung“ erst einmal nichts mit dem Setting des Straßenverkehrs zu tun hat. „Vereinzelte“ Personen werden auch in anderen Zusammenhängen leichter Opfer von Straftaten.

Vor diesem Hintergrund war das Opfer jedenfalls zu dem Zeitpunkt, als es mit der gezogenen Pistole bedroht und gefesselt wurde, nicht mehr Führer eines Kraftfahrzeuges: das Fahrzeug war zum Halten gebracht und der Motor abgestellt worden. Der Sache nach bestand damit kein Unterschied zu sonstigen Konstellationen, in denen der Täter das Opfer in einen Hinterhalt lockt und dann Straftaten des Raubes, des räuberischen Diebstahls oder der räuberischen Erpressung begeht. Richtigerweise führt der BGH aus: „Zwar hielt sich das Tatopfer noch im Fahrzeug auf. Es war aber zu diesem Zeitpunkt nach den Feststellungen nicht mehr mit der Bewältigung von Betriebs- oder Verkehrsvorgängen befasst [...]“¹¹

b) Allerdings wies das Opfer zweifellos die Führereigenschaft auf, als ihm noch auf der Autobahn durch Hupsignal

und Handzeichen bedeutet wurde, es möge am nächsten Rastplatz den LKW zum Halten bringen. Indes müsste hierin das Verüben eines Angriffs auf Leib, Leben oder Entschlussfreiheit zu sehen sein. Dies setzt voraus, dass der Angriff tatsächlich ausgeführt wurde, auch wenn es nicht zu einem Erfolg im Hinblick auf die Verletzung dieser Rechtsgüter gekommen sein muss.¹² Selbst nach der Umgestaltung des § 316a StGB wird somit der Strafrechtsschutz erheblich nach vorne verlagert, zumal die allgemeinen Regeln über den Versuch zusätzlich Anwendung finden. Umso wichtiger ist es, nicht bereits jede Angriffstätigkeit als Verüben zu interpretieren, da anderenfalls Versuch und Vollendung doch gleichgesetzt würden, was dem Willen des Gesetzgebers zuwider liefe; stattdessen ist für ein vollendetes Verüben im Mindestmaß eine Einwirkung auf Leib, Leben oder Entschlussfreiheit zu verlangen.¹³

Als Angriff ist jede feindselige Handlung zu interpretieren, die sich gegen eines dieser Rechtsgüter richtet und sich auf sie auswirkt.¹⁴ Da keine unmittelbar auf den Körper des Opfers bezogene Einwirkung vorgenommen wurde, die die Gefahr einer nicht nur unerheblichen Körperverletzung oder Tötung begründete,¹⁵ kam als Bezugspunkt des Angriffs allenfalls die Entschlussfreiheit in Betracht. Auf diese wurde durch Hupsignal und Handzeichen eingewirkt, was im Übrigen selbst dann der Fall gewesen wäre, wenn das Opfer Hupsignal und Handzeichen ignoriert hätte – auf einen Verletzungserfolg kommt es für das vollendete Verüben trotz der erforderlichen Einwirkung gerade nicht an.¹⁶

An diesem Punkt ist freilich problematisch, ob bereits jedwede Täuschung oder List genügt, um von einem Angriff auf die Entschlussfreiheit auszugehen, wofür sprechen könnte, dass insoweit durchaus die Autonomie des Angegriffenen tangiert wird. Denkbar sind Fälle, in denen der Täter eine Autopanne vortäuscht, sich als vermeintlicher Anhalter geriert oder als Fahrgast beim Taxifahrer ein falsches Fahrtziel angibt, um diese Situation später zu einem Raub, räuberischen Diebstahl oder einer räuberischen Erpressung zu nutzen. Allerdings ist an die Notwendigkeit einer restriktiven Interpretation des § 316a StGB zu erinnern, die nicht nur in zeitlicher, sondern auch in inhaltlicher Hinsicht Platz greifen muss. Insofern spricht der Vergleich mit den alternativ genannten Bezugspunkten des Angriffs auf Leib und Leben dafür, nicht jedwede Täuschung oder List genügen zu lassen. Dementsprechend verlangt der BGH zu Recht, dass das Tä-

terverhalten objektiv Nötigungscharakter aufzuweisen habe; das Opfer müsse zwar nicht die feindselige Willensrichtung des Täters erkennen, wohl aber den objektiven Nötigungscharakter wahrnehmen.¹⁷ Die Betätigung des Hupsignals und die Handzeichen wiesen diesen objektiven Nötigungscharakter auf, da die Performance als vermeintliche Polizeikontrolle dem Opfer keinen Entscheidungsspielraum ließ: Es beugte sich vermeintlicher Staatsgewalt als es den nächstgelegenen Rastplatz ansteuerte, da es von einem Verhaltensgebot entweder nach § 36 Abs. 1 StVO oder § 36 Abs. 5 StVO ausging, dessen Nichtbefolgung angesichts einer möglichen Bußgeldverhängung zu einem Nachteil geführt hätte.

Die Besonderheit der hier zu behandelnden Konstellation liegt darin, dass gleichermaßen ein Element der Täuschung bzw. List wie eines objektiven Nötigungscharakters vorliegen. Indes kann die Autonomie eines Opfers auf unterschiedlichen Ebenen angegriffen werden,¹⁸ wie die im Zusammenhang mit der Problematik der Abgrenzung von Diebstahl und Betrug angesiedelten Beschlagnahmefälle¹⁹ oder Trittbrettfahrerfälle belegen, in denen der Täter sich als vermeintlicher Entführer ausgibt, um bei Androhung der Tötung Lösegeld für die Freilassung seines Entführungsopters zu erlangen.²⁰ Diesen Konstellationen ist gemein, dass Elemente der Täuschung bzw. List und der Drohung vorliegend gleichermaßen auszumachen sind, jedoch Täuschung bzw. List dazu dienen, die Drohung überhaupt erst realistisch zu gestalten.²¹ Die Elemente der Täuschung bzw. List dienen hier gleichfalls nur dazu, den objektiven Nötigungscharakter zu unterstreichen und das spätere Raubgeschehen ausführbar zu machen. Ohne den über Täuschung bzw. List ausgeübten psychischen Zwang durch vermeintlich hoheitliches Handeln hätte das Opfer den Rastplatz nicht angesteuert.

Zweifel könnten allenfalls daraus resultieren, dass die Täter vorliegend nicht uniformiert, sondern als Zivilstreife auftraten, was auf nichtamtliches Handeln hindeuten mochte.²² Immerhin verlangt die Verwaltungsvorschrift zu § 36 Abs. 1 StVO, dass im fließenden Verkehr nur diejenigen Polizeibeamten Zeichen und Weisungen geben dürfen, die selbst als solche oder deren Fahrzeuge als Polizeifahrzeuge erkennbar sind. Im konkreten Fall wurden Ausweise oder andere Hoheitszeichen ebenso wenig vorgezeigt, wie es zum Einsatz von Blaulicht oder einer Polizeikelle kam; das Fahrzeug wies auch kein elektronisches Spruchband auf.²³ Indes handelt es sich lediglich um eine – etwa für den Fall der Verfolgung

¹² Rengier (Fn. 4), § 12 Rn. 14; Zopfs, NJW 2015, 2131 (2133).

¹³ Eisele (Fn. 4), § 14 Rn. 431; Fischer (Fn. 8), § 316a Rn. 8; Rengier (Fn. 4), § 12 Rn. 14; Sander, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 316a Rn. 26; Sternberg-Lieben/Hecker (Fn. 6), § 316a Rn. 3; Wessels/Hillenkamp (Fn. 4), Rn. 417 f.

¹⁴ Rengier (Fn. 4), § 12 Rn. 5.

¹⁵ Vgl. Rengier (Fn. 4), § 12 Rn. 6; Eisele (Fn. 4), § 14 Rn. 428; Sternberg-Lieben/Hecker (Fn. 6), § 316a Rn. 4; Wessels/Hillenkamp (Fn. 4), Rn. 418.

¹⁶ Lackner/Kühl (Fn. 4), § 316a Rn. 4; Rengier (Fn. 4), § 12 Rn. 14; Zopfs, NJW 2015, 2131 (2133).

¹⁷ BGH NJW 2015, 2131 (2132). Kritisch Knecht/Zacharias, famos 2015, 1 (6).

¹⁸ Zu diesem Zusammenhang siehe Jäger, JA 2015, 235 (237); Krüger, NZV 2015, 453 (454).

¹⁹ BGHSt 18, 221 (223); BGH NJW 1952, 796. Siehe hierzu auch Rengier (Fn. 4), § 13 Rn. 77.

²⁰ Krüger, NZV 2015, 453 (454).

²¹ BGHSt 23, 294; Krüger, NZV 2015, 453 (454); Rengier (Fn. 4), § 13 Rn. 77.

²² In diesem Sinne Zopfs, NJW 2015, 2131 (2133). Ähnlich Jahn, JuS 2014, 1135 (1137).

²³ In diesem Sinne Zopfs, NJW 2015, 2131 (2133). Ähnlich Jahn, JuS 2014, 1135 (1137).

durchaus Ausnahmen vorsehende (vgl. Verwaltungsvorschrift Nr. 1 S. 2 zu § 36 Abs. 1 StVO) – untergesetzliche Verwaltungsvorschrift ohne Außenwirkung; die gesetzlichen Normen des § 36 Abs. 1 StVO bzw. des § 36 Abs. 5 StVO enthalten keine solche Beschränkung.²⁴ Entscheidend dürfte am Ende vor allem sein, ob durch das Handeln für einen objektiven Beobachter der Eindruck hoheitlichen Handelns vermittelt wird, woran es erst fehlt, wenn das Handeln derart weit von normaler staatlicher Tätigkeit abweicht, dass nicht mehr der Eindruck staatlichen Handelns entstehen kann.²⁵ Dies wird man angesichts der äußeren Umstände nicht ohne Weiteres annehmen wollen und es wird bestätigt durch die tateinheitliche Verurteilung wegen Amtsanmaßung nach § 132 Var. 1 StGB. Nach den objektiven Gegebenheiten konnte das Opfer ebenso wie jeder andere verständige Verkehrsteilnehmer davon ausgehen, dass es hier der Ausübung von Staatsgewalt ausgesetzt war. Denn es ist durchaus damit zu rechnen, dass eine Zivilstreife der Polizei in dieser Weise vorgeht.

Letztlich ist damit auch ein taugliches Abgrenzungskriterium zu jenen nicht dem Strafbarkeitsbereich zuzuordnenden Fällen identifiziert, in denen ein die allgemeine Hilfeleistungspflicht des § 323c StGB auslösender Unglücksfall oder eine die Beförderungspflicht nach § 22 PBefG auslösender Beförderungswunsch eines vermeintlichen Taxifahrers zur Mitnahme in einem Kraftfahrzeug führt. Will man nicht generell die Vortäuschung einer Rechtspflicht aus dem Anwendungsbereich des § 316a StGB ausgliedern,²⁶ kommt es am Ende darauf an, dass man das Merkmal eines Angriffs auf Fälle vorgetäuschten staatlichen Zwangs beschränkt. Denn hier besteht kein Raum mehr für eine eigenständige Willensbildung des Genötigten, der sich direktem Zwang beugt.²⁷ Erst die Androhung vermeintlich staatlichen Zwangs stellt also die notwendige Nähe zu den anderen Bezugspunkten des Angriffs in Gestalt von Leib und Leben her.

c) Zum Zeitpunkt der Abgabe des Hupsignals und der Handzeichen nutzten die Täter auch die besonderen Merkmale des Straßenverkehrs aus, indem sie sich eine Gefahrenlage zunutze machten, die dem fließenden Verkehr eigentümlich ist; diese fand ihren Ausdruck darin, dass das Opfer durch das Steuern des LKW beansprucht war, womit es umso leichter Opfer des § 316a StGB werden konnte.²⁸

d) Vorsatz und das weitere subjektive Merkmal der Absicht zur Begehung eines Raubes lagen bereits im Zeitpunkt vor, als das Hupsignal und Handzeichen abgegeben wurden.

Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz

²⁴ Jäger, JA 2015, 235 (236); Knecht/Zacharias, famos 2015, 1 (6).

²⁵ Krüger, NZV 2015, 453 (455).

²⁶ In diesem Sinne Bosch, JK 1/15, § 316a StGB.

²⁷ Jäger, JA 2015, 235 (237); Krüger, NZV 2015, 453 (455).

²⁸ Vgl. Rengier (Fn. 4), § 12 Rn. 26; Eisele (Fn. 4), § 14 Rn. 438 f.; Fischer (Fn. 8), § 316a Rn. 9; Sander (Fn. 13), § 316a Rn. 32; Sternberg-Lieben/Hecker (Fn. 6), § 316a Rn. 12; Wessels/Hillenkamp (Fn. 4), Rn. 421.

B u c h r e z e n s i o n

Susanne Kalss/Christoph Klampfl, Europäisches Gesellschaftsrecht, Verlag C.H. Beck, Frankfurt am Main 2015, 258 S., € 59,-.

Das Europäische Gesellschaftsrecht und die Kenntnisse hiervon werden immer wichtiger, auch wenn das Gesellschaftsrecht selbst größtenteils in der nationalen Zuständigkeit verblieben ist, insbesondere was das kaum von europäischen Richtlinien zur Harmonisierung betroffene Personengesellschaftsrecht anbelangt. Umso unübersichtlicher gerät hierdurch bisweilen der Überblick über den eigentlichen Anwendungsbereich des Europäischen Gesellschaftsrechts. Ein kurzes Handbuch hierzu fehlte bislang. Recht schwerfällig geriet oft die Suche in breit angelegten Lehrbüchern und Kommentaren zum Gesellschaftsrecht und/oder Europarecht, in denen das Europäische Gesellschaftsrecht dann zumeist eher stiefmütterlich behandelt wurde. Demgegenüber gab und gibt es aber auch Mammutwerke, die den einfachen Zugang zum Kern der Materie kaum mehr ermöglichen.

Die *Autoren* – die im Gesellschafts-, Kapitalmarkt- und Stiftungsrecht sehr bekannte Frau Prof. Kalss und ihr Universitätsassistent Herr Mag. Klampfl von der Wirtschaftsuniversität Wien – haben mit ihrem Werk Abhilfe geschaffen und ein kompaktes, lehrbuchhaft anmutendes Werk vorgelegt, wengleich dieses freilich eine Ausgliederung aus dem auch über Beck-Online einsehbaren Handbuch¹ des EU-Wirtschaftsrechts des Herausgebers Dausers darstellt.

Die Gliederung entstammt (leider) unverändert dem vorgenannten Handbuch, was die Orientierung etwas erschwert. Insgesamt sind neun Kapitel auszumachen:

- 1. Entwicklungslinien im Europäischen Gesellschaftsrecht
- 2. Grundlagen,
- 3. Mobilität und Strukturmaßnahmen,
- 4. Informationsmodell,
- 5. Finanzverfassung,
- 6. Organisation,
- 7. Unternehmensgruppe,
- 8. Rechtsrahmen für die Insolvenz und
- 9. Europäische Gesellschaftsformen.

Ausbildungsbezogen dürften dabei die Kapitel 1., 2., 3. und 9. klar im Vordergrund stehen. Denn Studierenden ist es regelmäßig ein besonderes Anliegen, Grundlagen und Perspektiven des Europäischen Gesellschaftsrechts, Regularien für grenzüberschreitende Sitzverlagerungen und Verschmelzungen sowie die Europäischen Gesellschaftsformen systematisch näher zu ergründen. Darüber hinaus sind die Informationen eher dem Praktiker eingängig, für die juristische Ausbildung jedoch allenfalls als Abrundung hilfreich.

Insbesondere für die praxisnahe Begleitung des jeweiligen universitären Schwerpunktbereichs kann dieses Werk hinsichtlich der vorgenannten Kapitel indes nachhaltig emp-

fohlen werden. Denn es liefert gerade in Bezug auf diese Kapitel einen hervorragenden Überblick und kommt – was viele andere Werke zum Europäischen Gesellschaftsrecht nicht schaffen – auf den Punkt.

In Kapitel 1. gelingt das Aufzeigen der Entwicklungslinien der letzten Jahrzehnte in sehr guter Weise. So wird die Herausbildung eines Richtlinien-dominierten Kapitalgesellschaftsrechts ebenso wie die grundlegende Zentrierung des Europäischen Gesellschaftsrechts auf die Niederlassungsfreiheit hin herausgearbeitet. In Kapitel 2. werden sodann die allgemeinen Grundlagen dargestellt: es handelt es sich dabei um ein rein unternehmensbezogenes Konzentrat des europäischen Primär- und Sekundärrechts. Das schon quantitativ (rund 50 Seiten) als ein zentrales Moment hervorstechende Kapitel 3. lässt keine Wünsche offen: jegliche Form grenzüberschreitender Sitzverlagerung und Umwandlung wird anhand der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung und der aktuellen Literatur in angemessener Breite ansprechend erörtert. In Kapitel 9. werden schließlich auf rund 25 Seiten die Europäischen Gesellschaftsformen (SE, SCE, EWIV, SPE/SUP) abgehandelt. Insbesondere ist es hilfreich, dass die Befassung mit der in der Literatur sehr umfangreich behandelten Europäischen Aktiengesellschaft (SE) kurz und knapp auf zehn Seiten erfolgt. Mehr braucht es auch nicht, um einen guten Überblick zu bekommen. Die übrigen Kapitel runden das Bild ab und ermöglichen eine weitere Vertiefung.

Hervorzuheben sind insgesamt die sprachliche Tiefe sowie die hervorragende Listung der jeweils vertiefenden Literatur, was sowohl auf die Quantität der genannten Quellen als auch auf ihre Aktualität zutrifft. Mit diesem Werk können sowohl Studierende als auch Praktiker zügig in die Materie des Europäischen Gesellschaftsrechts vorstoßen.

Oberregierungsrat Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX), Frankfurt a.M.

¹ Vgl. Dausers (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 38. Lfg., Stand: September 2015, passim.

Buchrezension

Hans-Jürgen Papier/Christoph Krönke, Grundkurs Öffentliches Recht 2, Grundrechte, 2. Aufl., C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2015, 221 S., € 21,99.

I. Einleitung

Der Herausforderung, ein speziell auf die Bedürfnisse von Anfangssemestern zugeschnittenes Lehrbuch zu den Grundrechten zu entwerfen, haben sich die Autoren Papier und Krönke mit dem Werk „Grundkurs Öffentliches Recht 2“ erstmals im Jahr 2012 gestellt. Dessen Erscheinen in nunmehr zweiter Auflage belegt, dass ihnen hiermit – ungeachtet des breiten Spektrums an verfassungsrechtlicher Studienliteratur – Erfolg beschieden war und ist. Das Lehrbuch empfiehlt sich allerdings nicht nur Anfangssemestern zur Lektüre, sondern auch Examenskandidaten, denen es um eine zügige Wiederholung des Stoffes geht. Dem positiven Fazit insoweit vorgegriffen, soll im Folgenden dessen Begründung Gegenstand dieser Buchbesprechung sein.

II. Konzeption und Darstellung

Das Werk von Papier und Krönke ist in der Reihe „Start ins Rechtsgebiet“ des C.F. Müller Verlags erschienen und vervollständigt diese thematisch um den Bereich der Grundrechte. Es bildet das zweite Buch des doppelbändigen „Grundkurses Öffentliches Recht“¹, der im Wesentlichen auf Materialien zu einer gleichnamigen Lehrveranstaltung beruht, die die Autoren an der Ludwig-Maximilians-Universität München seit dem Sommersemester 2010 kontinuierlich angeboten haben.² Hierdurch erklären sich auch die straffe und schnörkellose Darstellungsweise sowie die konzeptionelle Nähe zu einem Lehrskript. Auf „nur“ 221 Seiten gelingt es den Verf., die komplexe Materie der Grundrechte systematisch aufzubereiten und ein Werk angenehmer Handhabbarkeit zu präsentieren. Alle Kapitel sind übersichtlich gegliedert und erlauben zusammen mit dem klar strukturierten Inhaltsverzeichnis ein zügiges Auffinden gesuchter Themenbereiche. Die Kombination aus Hervorhebungen in Fettdruck und verständlicher Sprache erleichtert die Lektüre beträchtlich und gestattet dem Leser erste inhaltliche Akzentuierungen. Erfahrungsgemäß schwierige Grundrechte werden anhand von Beispielfällen veranschaulicht und auf diese Weise greifbar. Ebenfalls hilfreich sind – nebst Aufbauschemata und Skizzen – die zahlreichen erläuternden Randbemerkungen der Autoren. Diese wurden erfreulicherweise nicht in den Fußnotenapparat integriert, sondern jeweils im Anschluss an konkretisierungsbedürftige Textpassagen dem Fließtext beigeordnet. Hierdurch entsteht eine Interaktion mit dem Leser, die – zumindest nach

¹ Der erste Band ist den Grundlagen des (öffentlichen) Rechts und dem Recht der Staatsorganisation gewidmet, vgl. Papier/Krönke, Grundkurs Öffentliches Recht 1, Grundlagen, Staatsstrukturprinzipien, Staatsorgane und -funktionen, 2. Aufl. 2015.

² Der Autor Papier als Veranstalter, der Autor Krönke als dessen wiss. Mitarbeiter. Zum Ganzen siehe das Vorwort zur ersten Auflage (S. VI).

Ansicht des Rezensenten – dem Erkenntnisgewinn förderlich und eine nicht zu unterschätzende „Serviceleistung“ der Verf. ist. Letzteres gilt ebenso für die weiterführenden Literatur- und Rechtsprechungshinweise, die mit Umsicht gewählt und insofern zu betonen sind, als sie in Ermangelung exotischer Fundstellen auch tatsächlich zur Vertiefung einladen. Dabei weist das Buch eine besondere Stärke hinsichtlich der Rechtsprechungsnachweise auf. Diese sind, soweit möglich, (auch) unter dem Namen angeführt, der ihnen im Rahmen des von Axel Tschentscher herausgegebenen Projekts „Deutschsprachiges Fallrecht“³ zugewiesen wurde.⁴ Ein Vorteil, der sich schon zu Beginn der juristischen Ausbildung bezahlt macht, da im wissenschaftlichen Dialog die namentliche Bezugnahme auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gebräuchlich ist (z.B. Elfes⁵, Lüth⁶, Mephisto⁷ usw.). Insgesamt ist das Werk daher überzeugend konzipiert und besticht durch eine lesefreundliche Aufmachung.

III. Aufbau und Inhalt

Inhaltlich ist das Lehrbuch in drei Teile untergliedert, wobei auf den letzten Teil, der sich der Erläuterung der einzelnen Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte widmet, der Schwerpunkt der Darstellung entfällt. Im einleitenden Grundlagenteil wird das für dessen Verständnis erforderliche Fundament geschaffen. Hierzu lenken Papier und Krönke den Blick des Lesers zunächst auf terminologische und historische Aspekte. In gebotener Kürze erarbeiten die Verf. den Unterschied zwischen Menschen-, Grund- und Bürgerrechten und beleuchten den diesbezüglich bestehenden Rechtsquellenpluralismus, der nicht zuletzt als Folgeerscheinung des „europäischen Mehrebenensystems“⁸ zu begreifen ist (Rn. 6 ff.). Die Entwicklungsgeschichte der Grundrechte wird weitestgehend, d.h. sowohl aus nationaler als auch aus internationaler Perspektive, skizziert (Rn. 20 ff.). Dabei fällt auf, dass die Autoren mit ihrer Darstellung nicht im Stadium der Erstpositivierung, sondern früher, namentlich bei den geistesgeschichtlichen Wurzeln in der griechischen und römischen Antike, ansetzen. Wenngleich solch umfassende Kenntnis in Prüfungen nicht zu erwarten ist, belegt es doch die Sorgfalt, die Papier und Krönke ihrer Bearbeitung gewidmet haben. Ebenfalls überzeugend sind die Ausführungen des Folgeabschnitts, der der Notwendigkeit und Eigenart der Grundrechtsinterpretation sowie den unterschiedlichen Grundrechtsfunktionen gilt. Unter Verzicht auf ausschweifende

³ Hierzu sowie zu weiteren Hintergrundinformationen vgl. <http://www.verfassungsrecht.ch/>.

⁴ Auf diese Stärke des Buches weisen auch die Autoren in ihrer Einführung hin (Rn. 3).

⁵ BVerfGE 6, 32 (Elfes).

⁶ BVerfGE 7, 198 (Lüth).

⁷ BVerfGE 30, 173 (Mephisto).

⁸ Allgemein zur „Europäisierung des Individualrechtsschutzes“ v. Münch/Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Vorb. Art. 1-19 Rn. 57 ff. Aus kollisionsrechtlicher Perspektive siehe Sauer, in: Matz-Lück/Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, 2012, S. 1.

Exkurse wird der Leser gekonnt an die „Problematik der Interpretation von Verfassungsrechtsnormen“⁹ herangeführt und – dieserhalb – mit den Grenzen konfrontiert, die den herkömmlichen Auslegungsmethoden bei der Verfassungsexegese gezogen sind (Rn. 27 ff.). Auf der interpretativen Rechtsfolgenseite werden sodann die einzelnen Wirkdimensionen der Grundrechte vertieft, wobei zu begrüßen ist, dass die *Autoren* eine differenzierte Gegenüberstellung von klassischem und modernem Grundrechtsverständnis vorausschicken (Rn. 31 ff.). Fundierte Auskunft liefert das Buch schließlich auch zum Ende des Grundlagenteils. Anhand eines Schemas werden dort die verschiedenen Stationen der Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung der Verfassungsbeschwerde beschrieben sowie Prüfungsmaßstab, Kontrolldichte und Entscheidungsinhalt erläutert (Rn. 57 ff.). Kritisch anzumerken ist allerdings, dass die vorgezogene Behandlung der Verfassungsbeschwerde zu Lasten didaktischer Gefälligkeit geht. So werden speziell Studierende der Anfangssemester Mühe haben, ohne Kenntnis der erst im zweiten Buchteil besprochenen Grundrechtsfähigkeit die Zulässigkeitsvoraussetzung der Beschwerdefähigkeit zu durchdringen. Gleiches gilt mit Blick auf die Struktur der Grundrechtsprüfung für die Begründetheit. Entsprechende Verweise mildern dieses aufbaubedingte Problem zwar ab, überzeugender wäre jedoch die Auslagerung der Verfassungsbeschwerde in ein gesonderter Kapitel zum Abschluss des Gesamtwerks. Dies hätte zugleich den Vorteil, dass der Leser bereits mit den grundrechtlichen Einzelgewährleistungen vertraut wäre, bevor er auf die deren Verständnis erfordernde Beschwerdebefugnis trifft. Freilich ändert dieser methodische Kritikpunkt nichts daran, dass der erste Teil des *Papier/Krönke* durchweg als gelungen zu bewerten ist.

Der zweite Teil des Buches, der sich den allgemeinen Grundrechtslehren zuwendet, beginnt mit einer kompakten Darstellung der Grundrechtsberechtigung. Behandelt werden unter anderem die Spezifika der Deutschengrundrechte (Rn. 88 f.), deren unionsrechtskonforme Öffnung für EU-Ausländer (Rn. 90) sowie – schwerpunktmäßig – die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen (Rn. 96 ff.). Letztere erläutern die *Verf.* nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 3 GG und unter bewusster Ausklammerung „dogmatischer Streitfragen“¹⁰. Hierdurch wird der Zugriff auf die Materie erheblich erleichtert und eine Überfrachtung des Lesers mit Detailwis-

sen vermieden. Zugleich liefert die Ausrichtung am Verfassungstext wertvolle Dienste für die Fallbearbeitung. Indem sie gewährleistet, dass die lösungsrelevanten Kriterien von den Studierenden als Ausfluss verfassungsrechtlicher Vorgaben verstanden werden, wirkt sie nämlich der Unsitte abstrakter Ausführungen in Rechtsgutachten entgegen. Ähnlich klausurnah gestalten die *Autoren* im Folgeabschnitt die Darstellung der Grundrechtsverpflichtung. Ausgehend vom insoweit *sedes materiae* bildenden Art. 1 Abs. 3 GG werden hier vor allem die problematischen Fallgruppen thematisiert. Richtigerweise berücksichtigen *Papier* und *Krönke* als solche nicht nur die Grundrechtsbindung Privater (Rn. 120 ff.) oder die Grundrechtsbindung im Anwendungsbereich des Unionsrechts (Rn. 117 ff.), sondern auch das weite Feld privatrechtlichen Exekutivhandelns (Rn. 114 ff.). Dieses zählt bereits in den Anfangssemestern zum relevanten Prüfungsstoff und muss spätestens für die Fortgeschrittenenübung sicher beherrscht werden. Die Behandlung der Frage, ob und inwieweit Hoheitsträger bei privatrechtlicher Betätigung grundrechtsgebunden sind,¹¹ ist daher – trotz hoher Streiddichte – unerlässlich. Gleiches gilt für die Befassung mit der Systematik der Grundrechtsprüfung, wie sie im letzten Abschnitt des zweiten Teils erfolgt (Rn. 125 ff.). Dieser macht den Leser mit der Prüfung von Freiheitsrechten vertraut und gibt ihm ein Aufbauschema an die Hand, das insbesondere aufgrund der Differenzierung nach Angriffsgegenständen für die Bewältigung von Grundrechtsfällen bestens geeignet ist. Die Prüfung der Gleichheitsrechte wird hingegen in den dritten Teil des Buches ausgelagert, was insofern überzeugt, als deren abstrakte, d.h. von den genuinen Gleichheitssätzen (Art. 3 Abs. 1-3 GG u.a.) entkoppelte, Darstellung unzureichend, im Übrigen sinnvoll nicht zu leisten wäre. Alles in allem erfüllt daher auch der zweite Teil des *Papier/Krönke* die an ein Werk dieses Zuschnitts zu stellenden Erwartungen.

Der dritte Teil des Buches, der den einzelnen Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten gilt, behält das Konzept einer möglichst klausurorientierten Stoffvermittlung bei. Sichtbarster Beleg hierfür ist das Fehlen eigenständiger Ausführungen zur Privatschulfreiheit (Art. 7 GG), zum Schutz vor Ausbürgerung und Auslieferung (Art. 16 GG) sowie zum Petitionsrecht (Art. 17 GG). Diese „spielen in der juristischen Ausbildung kaum eine Rolle“¹² und werden – folgerichtig – nur am Rande erwähnt. Alle anderen Grundrechte werden demgegenüber in wohlgewichteter Ausführlichkeit behandelt. Das gilt auch für das Asylrecht (Art. 16a GG), zu dessen erstmaliger Aufnahme sich die *Verf.* „vor dem Hintergrund der jüngsten Entwicklungen“ entschieden haben. Mit Aus-

⁹ Hierzu grundlegend *Böckenförde*, NJW 1976, 2089. Speziell zur Grundrechtsinterpretation *ders.*, NJW 1974, 1529; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 180 ff. Allgemein zur Verfassungsauslegung *Bullinger*, JZ 2004, 209; *Herdegen*, JZ 2004, 873; *Seiler*, Auslegung als Normkonkretisierung, 2000, S. 59 ff. Zur methodischen Praxis des BVerfG *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, S. 50 ff.

¹⁰ An entsprechenden Kontroversen bestünde jedenfalls kein Mangel. So ist bereits umstritten, wo im Rahmen des Art. 19 Abs. 3 GG die Problematik der „Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts“ zu diskutieren bzw. zu verankern ist, vgl. diesbezüglich *Epping*, Grundrechte, 6. Aufl. 2014, Rn. 169 m.w.N.

¹¹ Ausführlich hierzu *Müller-Franken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Kommentar, 13. Aufl. 2014, Vorb. Art. 1 Rn. 37; *Rüfner*, Grundrechtsadressaten, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 197 Rn. 68 ff.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 1 Rn. 195 ff. Für eine kompakte Darstellung siehe *Hillgruber*, in: Epping/Hillgruber, GG, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 1 Rn. 70 f.

¹² So der zutreffende Hinweis der *Autoren* im Vorwort zur aktuellen Auflage (S. V).

nahme der Gleichheitssätze folgt die Grundrechtsdarstellung dabei der dreistufigen Prüfung der Freiheitsrechte. Entsprechend wird zunächst der individuelle Schutzbereich bestimmt, sodann die Eingriffsebene beleuchtet und abschließend die Beschränkbarkeit behandelt.¹³ Wo nötig, finden sich zudem Ausführungen zur Bedeutung des jeweiligen Grundrechts im verfassungsrechtlichen Gesamtgefüge sowie zu den Grundrechtskonkurrenzen. Abgerundet werden die Abschnitte durch zahlreiche Literatur- und Rechtsprechungshinweise, von denen Letztere – prima facie – als erschöpfend bezeichnet werden dürfen. Ohnehin ist positiv hervorzuheben, dass die *Autoren* den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts größtmögliche Aufmerksamkeit gewidmet haben. So prägen diese nicht nur die Definitionsbildung, die Einzelerläuterungen oder die klausurmäßig gelösten Beispielfälle, sondern determinieren – weitestgehend – auch die Ergebnisse grundrechtlicher Streitfragen.¹⁴ Dies entspricht einerseits der zentralen Bedeutung, die dem Bundesverfassungsgericht bei der Grundrechtsinterpretation und -entwicklung zukommt,¹⁵ andererseits dem studentischen Postulat einer (denkbar) klausurkonsistenten Vorbereitung.¹⁶ Freilich bedeutet die starke Ausrichtung an der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts nicht, dass nicht auch kritische Literaturstimmen oder eigene Ansichten zur Geltung kämen. Deren Abbildung erfolgt jedoch nur insoweit, als der Zuschnitt des Werkes und die

Erwartung inhaltlichen Mehrertrages dies nahelegen. Insofern rücken *Papier* und *Krönke* auch im dritten Teil die rechtlichen Grundlagen in den Mittelpunkt und wahren so den Blick für die Zielgruppe ihres Grundkurses. Durch Berücksichtigung systembildender Einflüsse der vergangenen drei Jahre, d.h. seit Erscheinen der Erstauflage, haben sie außerdem für höchste Aktualität des Grundrechteteils gesorgt.¹⁷ Auch dieser verdient daher das Prädikat „in toto gelungen“.

IV. Fazit

Das selbsterklärte Ziel, Anfangssemestern und Examenskandidaten klare Linien im bisweilen bestehenden Dickicht von Grundrechtsdogmatik und -rechtsprechung aufzuzeigen, haben die *Autoren Papier* und *Krönke* mit ihrem Werk „Grundkurs Öffentliches Recht 2“ erreicht. Dafür den Weg über ein Kurzlehrbuch zu gehen, bedurfte Mut und – mit Blick auf das wissenschaftliche *Cuvre Papiers* – sicherlich auch Zurückhaltung. Herausgekommen ist ein Lehrbuch, das all jenen die Richtung weist, die auf der Suche nach einem fundierten Einstieg in die Materie der Grundrechte oder deren möglichst zügiger Wiederholung sind. Ihnen sei der „Grundkurs Öffentliches Recht 2“ daher uneingeschränkt und unbedingt empfohlen.

Wiss. Mitarbeiter Trutz M. Harder, Heidelberg

¹³ Eine Ausnahme von der individualisierten Grundrechtsdarstellung gilt allerdings für die „Kommunikationsgrundrechte“ des Art. 5 Abs. 1 GG. Bei diesen erfolgt – sinnfälligerweise – eine gemeinsame Erörterung der Eingriffs- und Rechtfertigungsebene, vgl. Rn. 280 ff.

¹⁴ Als solche seien exemplarisch genannt: Die Frage nach der „Reichweite des verfassungsrechtlichen Versammlungsbegriffs“ (Rn. 331) – dazu ausführlich *Depenheuer*, in: Maunz/Dürig, GG, Kommentar, 74. Lfg., 2015, Art. 8 Rn. 49 ff., sowie die Frage nach der „Einbeziehung weiterführender Schulen in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG“ (Rn. 376) – umfassend dazu *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 11), Art. 12 Rn. 58.

¹⁵ Vgl. diesbezüglich *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 11), Art. 93 Rn. 40 u. 43; *Wieland*, in: Dreier, GG, Kommentar, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 93 Rn. 31; *Papier*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 80 Rn. 35 ff. Die „starke“ Stellung des BVerfG hat bisweilen zu erheblicher Kritik veranlasst, vgl. nur *Großfeld*, NJW 1995, 1719, der u.a. von „[selbstgeschaffener] Allzuständigkeit“ und „Entparlamentarisierung“ spricht. Ähnlich – insbesondere mit Blick auf die Grundrechtsentwicklung – *Hillgruber*, JZ 2011, 861 (863 ff.). Deutlich auch *Scholz* (in: FS-Stern, 1997, S. 1201 [1216]), der ausführt: „Verbindliche Antworten über die Reichweite eines konkreten Grundrechts und seiner Freiheitsgewährleistung sind im Ergebnis nur noch von entsprechenden Urteilen des BVerfG [...] zu erwarten“.

¹⁶ Freilich ist auch die Rechtsprechung des BVerfG in einer Klausur, wo nötig, kritisch zu hinterfragen – zutreffend insoweit der methodische Hinweis bei *Michael/Morlok*, Grundrechte, 4. Aufl. 2014, Rn. 29.

¹⁷ Eingearbeitet wurden beispielsweise: Die „Verfassungswidrigkeit eines pauschalen Kopftuchverbots für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen“ (Rn. 239) – dazu BVerfG NJW 2015, 1359 (Entscheidungsbesprechung bei *Traub*, NJW 2015, 1338), sowie die verfassungswidrige Benachteiligung eingetragener Lebenspartnerschaften mit Blick auf das „einkommensteuerliche Ehegattensplitting“ (BVerfGE 133, 377 [Ehegattensplitting]) und im „Adoptionsrecht“ (BVerfGE 133, 59 [Sukzessivadoption]), vgl. Rn. 316.

B u c h r e z e n s i o n

Michael Büchel/Peter Hirsch, Internetkriminalität, Phänomene – Ermittlungshilfen – Prävention, Kriminalistik Verlag, Heidelberg u.a. 2014, 164 S., € 29,99.

Straftaten im Internet bzw. in dessen Umfeld sind in der heutigen Zeit längst zu einem Problem des täglichen Lebens geworden, und die Anzahl derartiger Delikte in den Kriminalstatistiken ist mehrheitlich im Begriff, (deutlich) zu steigen. Hacking, Skimming, Phishing, Trojaner, ARP-Spoofing, Ransomware, Cash Trapping, Filesharing, etc. – die regelmäßige Konfrontation mit diesen neuen Ausprägungen strafbaren Handelns verlangt daher auch von (angehenden) JuristInnen immer öfter, zumindest grundlegend über Internetkriminalität und deren rechtliche Beurteilung im Bilde zu sein.

Einen wertvollen Beitrag zur Aneignung eines dahingehenden Wissens stellt das gegenständliche Werk der beiden Kriminalhauptkommissare *Michael Büchel*, LL.M., und *Peter Hirsch*, M.A., dar, die neben ihrer polizeilichen Tätigkeit u.a. auch regelmäßig als Gastdozenten in verschiedenen Aus- und Weiterbildungseinrichtungen tätig sind.

Die beiden *Verf.* zeigen in ihrem Werk den Facettenreichtum der Internetkriminalität auf und beschreiben, wie vielfältig die darunter verstandenen Tathandlungen sein können, was sich nicht zuletzt in den divergenten Definitionen des Begriffs „Internetkriminalität“ widerspiegelt.

Ebenso vielfältig und unterschiedlich stellen sich die einzelnen Kapitel dieses Buches dar, die sich zumeist einem Delikt bzw. einer Deliktsgruppe widmen. So beschäftigen sich die *Verf.* beispielsweise mit den unterschiedlichen Ausprägungen des Identitätsdiebstahles, des Social Engineerings bzw. Social Hackings, des Phishings und Skimmings, der Ransomware („Online-Erpressung“), der Kinderpornographie oder des Cyber-Mobbings/Cyber-Bullyings. Darüber hinaus werden etwa auch die Themenkreise Onlinebanking, Telefonanlagen- bzw. Router-Hacking, Passwortsicherheit sowie Finanz- und Warenagenten behandelt sowie Grundzüge des Urheberrechts und der Computerforensik erläutert und schließlich Organisationen und Einrichtungen der IT-Sicherheit kurz vorgestellt.

Die *Verf.* beschreiben dabei zunächst umfangreich das jeweilige Phänomen und mögliche Ausprägungsformen desselben, wobei sich diese Darstellungen in einer Art präsentieren, die auch für auf diesem Gebiet bis dato kaum bewanderte Personen verständlich ist. Danach wird kurz erläutert, unter welche strafrechtlichen Normen sich das beschriebene Verhalten subsumieren lässt, wobei auf die einzelnen Merkmale der genannten Tatbestände (bewusst) nicht eingegangen wird, sodass hier allenfalls vertiefende Literatur zu den einzelnen Delikten herangezogen werden muss. Eine Aufarbeitung der einzelnen Tatbestände aus strafrechtlicher oder gar strafrechtsdogmatischer Sicht bietet das Buch daher nicht; einen derartigen Anspruch erheben die *Verf.* allerdings auch nicht, wie sie in ihrem Vorwort (Seite V) darlegen: Für sie ist vielmehr bedeutend, dass in ihrem Werk „die Phänomene als solche im Mittelpunkt“ stehen. Aus strafrechtswissenschaftlicher Sicht hingegen ausgesprochen wertvoll erscheinen in

diesem Zusammenhang die auch in diesen kurzen strafrechtlichen Abrissen enthaltenen Hinweise darauf, wie die einzelnen Delikte voneinander abzugrenzen sind bzw. worin die Unterschiede in Hinblick auf die strafrechtliche Bewertung der dargestellten Formen kriminellen Handelns bestehen.

Im Anschluss an die strafrechtliche Beurteilung des jeweiligen Verhaltens folgen kursorische Ausführungen darüber, wie der in diesem Kapitel dargestellten Form der Internetkriminalität auch auf zivilrechtlicher Ebene begegnet werden kann bzw. welche zivilrechtlichen Folgen diese jeweils nach sich ziehen kann. In diesem Zusammenhang wird etwa dargelegt, ob (und auf welcher gesetzlichen Grundlage) Schadensersatzpflichten oder allfällige andere, nicht auf finanziellen Ersatz gerichtete Ansprüche (wie beispielsweise auf Unterlassung, etc.) bestehen können.

Der starke Praxisbezug der *Verf.* erschließt sich nicht zuletzt beim Lesen der anschließenden „Checkliste für die Ermittlungspraxis“, in der die Vorgehensweise der Polizei bei Anzeigenerstattung und anschließender Ermittlung grundlegend dargestellt wird. Dadurch wird herausgestrichen, worauf es bei der Ermittlung – etwa auch in Hinsicht auf die Beweisbarkeit von Delikten aus dem Bereich der Internetkriminalität – in der Praxis tatsächlich ankommt.

Die (fast) jedes Kapitel abschließenden Erläuterungen zu in Frage kommenden „Präventionsmaßnahmen“ zeigen Möglichkeiten auf, wie man sich wirksam vor der jeweiligen Form von Internetkriminalität schützen kann. Die dort aufgelisteten Maßnahmen reichen von der Auswahl sicherer Passwörter und dem richtigen Umgang mit spam-verdächtigen E-Mails über regelmäßige Sicherheitsscans und den Einsatz von Virenschutzprogrammen bis hin zur sicheren Aufbewahrung von berührunglosen Zahlungsmitteln in Hosens- oder Handtaschen. Darüber hinaus wird beispielsweise erläutert, welche schwerwiegenden Folgen die achtlose Entsorgung von Poststücken, die persönliche Daten wie Namen, Adressen oder Kunden- bzw. Kontonummern enthalten, nach sich ziehen kann – und mit welchen einfachen Mitteln man derartige kriminelle Handlungen zu verhindern oder zumindest deren Begehung zu erschweren vermag.

Kurz gesagt: Als Einführungswerk, das sich insbesondere an Polizeibeamte in Ausbildung (und andere „Neueinsteiger“ in diese Materie) richtet, ist dieses Buch jedenfalls auch für Studierende der Rechtswissenschaften geeignet, die einen ersten Einblick in das Problemfeld „Internetkriminalität“ gewinnen möchten. Kleinere Versehen (etwa das vereinzelt Vertauschen von „StGB“ und „BGB“) sind angesichts der – gut aufbereiteten – Fülle an Information und des sehr verständlichen Schreibstils zu vernachlässigen. Besonders hervorzuheben ist darüber hinaus, dass aufgrund des starken Praxisbezugs, den die beiden *Autoren* aus ihrer alltäglichen Arbeit einfließen lassen, nicht bloß rechtliches Grundlagenwissen vermittelt wird, sondern auch ein Eindruck davon entsteht, worin Schwierigkeiten in der realen Ermittlungspraxis bestehen können. Ergänzende Ausführungen zu den zivilrechtlichen Aspekten unterstreichen den ganzheitlichen Zugang der *Verf.* zu diesem Themenkomplex und runden das Werk ab. Die abschließenden Präventionsmaßnahmen komplettieren nicht nur die Ausführungen, sondern verschaffen

der Leserschaft auch über den Wissenserwerb hinaus die Möglichkeit, sich selbst (besser) vor Internetkriminalität zu schützen. Damit ist die Lektüre dieses Werkes sogar in mehrfacher Hinsicht ein wahrer Gewinn!

Univ.-Ass. Mag. iur. Sebastian Gölly, Graz