STRAFRECHT III

Schwerpunkte: Delikte gegen die Person und Gemeinschaftswerte

von

Dr. Albin Eser, M.C.J.

o. Professor an der Universität Tübingen
Richter am Oberlandesgericht Stuttgart

2., überarbeitete und ergänzte Auflage



Verlag C.H.Beck München 1980

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Eser, Albin:
Strafrecht / von Albin Eser. – München: Beck.
Teilw. im Athenäum-Verl., Frankfurt, Main.
3. Schwerpunkte Delikte gegen die Person und Gemeinschaftswerte. – 2., überarb. u. erg. Aufl. – 1981.
(Juristischer Studienkurs)
ISBN 3 406 08050 2
NE: GT

ISBN 3 406 08050 2

Satz und Druck der C. H. Beck'schen Druckerei Nördlingen

Den Opfern
des Terrorismus
zum
Gedächtnis

Vorwort zur 2. Auflage

Nachdem auch STRAFRECHT III, mit dem der STUDIENKURS STRAFRECHT vor zwei Jahren komplettiert wurde, eine sehr erfreuliche Aufnahme fand, ist eine Neuauflage erforderlich geworden. Abgesehen von den Tötungsdelikten, wo im Gefolge der BVerfG-Entscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafe eine bislang noch wenig geradlinige, geschweige sachlich befriedigende BGH-Rechtsprechung zu verarbeiten war, haben sich keine größeren Änderungen als notwendig erwiesen. Im übrigen wurde die Neuauflage durchgängig zu weiteren Ergänzungen oder didaktischen Verbesserungen genutzt. Literatur und Rechtsprechung wurden, soweit zugänglich, durchwegs bis Mitte Oktober 1980 berücksichtigt.

Herzlich zu danken habe ich den Herren cand. iur. *Claus Belling* und *Otto Lagodny* für tatkräftige Mithilfe bei den redaktionellen Abschlußarbeiten und das Mitlesen der Korrekturen sowie Frau cand. iur. *Birgit Gutjahr* für die Übertragung neuer Manuskriptteile in Reinschrift.

Was die Zielsetzung und Anlage von STRAFRECHT III betrifft, darf ich auf das Vorwort zur 1. Auflage verweisen.

Tübingen, im November 1980 *Albin Eser*

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

Der Schwerpunkt von STRAFRECHT III liegt bei den Straftaten gegen die Person: Tötung – Schwangerschaftsabbruch – Körperverletzung – Freiheitsdelikte – Ehrverletzungen. Doch wurden darüber hinaus auch die praktisch bedeutsamsten Verkehrsdelikte sowie aus den Straftaten gegen Gemeinschaftswerte die wichtigsten Rechtspflege- und Amtsdelikte, Widerstand gegen die Staatsgewalt und aus den gemeingefährlichen Delikten die Brandstiftung einbezogen. Abgesehen von der Urkundenfälschung, die in Strafrecht IV aufgenommen ist, liegt somit der STUDIENKURS STRAFRECHT unter exemplarischer Berücksichtigung aller examenswichtigen Fragen nunmehr komplett vor.

In Anlage und Zielsetzung ist STRAFRECHT III von den gleichen Grundsätzen geleitet wie die übrigen Bände (vgl. näher das Vorwort zu StrafR I):

- Bereits dem Anfänger soll ein Grundstock wichtiger Entscheidungen aus dem Bereich der Person- und Gemeinschaftsdelikte vermittelt werden.
- Dem Fortschreitenden soll durch kritische Analyse der methodengerechte Umgang mit Entscheidungsmaterial demonstriert und der Blick für Relevanz und Konsequenz rechtlichen Argumentierens geschärft werden.
- Dem Examenskandidaten soll durch entsprechende Auswahl der Fälle und Erörterungen nochmals ein zusammenfassender Überblick über alle wesentlichen Problembereiche der Person- und Gemeinschaftsdelikte verschafft werden.

Von Herzen habe ich allen zu danken, die in irgendeiner Weise zum Erscheinen dieses Bandes beigetragen haben. Besonderen Dank schulde ich Herrn Dr. *Björn Burkhardt* für die kritische Durchsicht der Entwürfe sowie den Herren cand. iur. *Wolf-Kersten Meyer* und *Hermann Stahl* für das Durcharbeiten des Manuskripts aus der „Empfängerperspektive" des Studierenden und die tatkräftige Mithilfe bei den redaktionellen Abschlußarbeiten. Für die oft recht mühevolle Übertragung in Reinschrift habe ich Frau *Renate Haller* zu danken.

Das Buch beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit dem Schutz des Lebens, dem höchsten und persönlichsten irdischen Gut, das dem Menschen gegeben ist. Es ist zum ehrenden und mahnenden Gedenken all denen gewidmet, die zum Opfer jener wurden, die verkennen, daß das wahre Gemeinwohl mit der Respektierung des Lebens beginnt und endet.

Tübingen, im Juli 1978 Albin Eser

Benutzungshinweise

Aufbau: Der Studienkurs STRAFRECHT III folgt dem gleichen Aufbauschema wie die vorangegangenen Bände, ist also nicht streng systematisch, sondern problemorientiert gegliedert. Die einzelnen Fälle haben durchweg den gleichen Aufbau:

- *Überschrift:* Angabe der im Mittelpunkt des Falles stehenden Themen
- *Fundstelle* und *Sachverhaltsdarstellung* (= SV)
- Einführung in die *Problemstellung* (= P), deren eigenes Durchdenken das Verständnis und die Kontrolle der nachfolgenden Entscheidungsgründe erleichtern soll.
- *„Aus den Gründen":* Abdruck der wesentlichen Entscheidungsgründe durch besondere drucktechnische Hervorhebung; außerdem gekennzeichnet durch Randziffer E. Etwaige Auslassungen sind durch ... kenntlich gemacht. Die fettgedruckten Zahlen in eckigen Klammern, z.B. [43], beziehen sich auf die eingangs angegebene Fundstelle der Entscheidung (z.B. BGHSt 14, 38) und zeigen jeweils den Beginn der betreffenden Seite an, so daß eine genaue Zitierung nach der amtlichen Sammlung möglich ist (z.B. BGHSt 14, 38/43).
- *„Zur Erläuterung und Vertiefung"* (gekennzeichnet durch Randziffer A): hier beginnt die eigentliche Fallanalyse und Problemvertiefung.
- *Schrifttum:* hier finden sich die Fundstellen der im Fall erörterten Probleme in den heute gängigen Lehrbüchern und Kommentaren sowie weiterführende Literaturhinweise.

Gesetzeslage und Gesetzesbezeichnungen: Soweit eine Entscheidung noch auf der bis zum 31. 12. 1974 geltenden Fassung des StGB beruht, ist dies durch den Klammerzusatz a.F., gegebenenfalls in Verbindung mit der neuen Vorschrift, gekennzeichnet. Beispiel: § 50 II [a.F.; § 28 I] bedeutet: § 50 II in der bis zum 31. 12. 1974 geltenden Fassung, entspricht § 28 I der seit dem 1. 1. 1975 geltenden Fassung.

Bei §§ ohne nähere Bezeichnung handelt es sich um die Bestimmungen des StGB in der seit dem 1. 1. 1975 geltenden Fassung aufgrund des 2. StrRG bzw. des EGStGB von 1974 (unter Berücksichtigung seitheriger Änderungen des StGB, zuletzt durch SozGB v. 23. 12. 1976, BGBl. I S. 3845). Die bis dahin geltende Fassung ist mit a.F. gekennzeichnet.

- Zu *sonstigen* Gesetzesbezeichnungen vgl. das Abkürzungsverzeichnis S. 13 ff.

Literatur: Aus den bereits in StrafR I genannten Gründen wurden auch hier die Literaturhinweise auf ein – hoffentlich noch vertretbares – Minimum beschränkt. Soweit im Text ein *Name ohne nähere Fundstelle* genannt ist, ist diese entweder dem an gleicher Stelle voll zitierten Werk oder den Schrifttumshinweisen am Ende des betreffenden Falles zu entnehmen. Beispiel: Gribbohm, Roxin, S/S-Lenckner § 185 Rdnr. 4, bedeutet, daß die Fundstelle für Gribbohm und Roxin sich bei S/S-Lenckner bzw. in den Schrifttumshinweisen am Ende des Falles findet.

Rechtsprechung: Für deren Auswahl gilt das zur Literatur Gesagte entsprechend.

- Soweit eine Entscheidung als Ausgangsfall voll abgedruckt ist, findet sich dabei gleichzeitig (soweit vorhanden) eine weitere Fundstelle.
- Soweit eine Entscheidung lediglich in der Problemvertiefung berücksichtigt wurde, ist im Text jeweils nur eine Fundstelle, gegebenenfalls die der amtlichen Sammlung, vermerkt.

Verweisungen: Soweit auf andere Stellen des Studienkurses verwiesen wird, geschieht dies nicht nach Seitenzahlen, sondern nach *Randnummern.* Dabei wird jeweils nur Name bzw. Nummer des betreffenden Falles sowie die einschlägige Randnummer angegeben. Dabei bezieht sich E auf die Entscheidungsgründe, A auf die Problemvertiefung, P auf die Problemstellung, SV auf den Sachverhalt.

- Verweisungen auf jeweils *andere Bände* dieses Studienkurses erfolgen mit: StrafR I, StrafR II, IV. Dementsprechend empfiehlt sich als Zitierweise für den Studienkurs Strafrecht z.B. Eser, StrafR III Nr. 18 A 12.

Inhaltsübersicht: Aus dem Inhaltsverzeichnis S. 11 f. ergibt sich nur ein ganz grober Überblick über die behandelten Probleme. Detaillierte Hinweise finden sich im Sachregister (Anhang 2).

Der **Schreibrand** möchte als Aufforderung zu „tätigem" Durcharbeiten dieses Studienkurses verstanden sein.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 13
Fall-Nr. Hauptstichworte der Thematik

1 Struktur der Tötungsdelikte (§§ 211–217) – Mord und Totschlag, insbes. „Heimtücke" (§ 211) – Mordbeteiligung – Vergiftung (§ 229)
BGHSt 9, 385: Vollziehungsbeamter-Fall 17

2 Mordqualifizierende Motive und Ziele (§ 211), insbes. „niedrige Beweggründe" und „Verdeckungsabsicht" – Mordvorsatz – Kindestötung (§ 217)
BGHSt 9, 180: Dorfschande-Fall 31

3 Totschlag (§ 212): Rechtfertigung und Entschuldigung – Tötung auf Verlangen (§ 216) – Selbsttötung: Beihilfe und Nichthinderung – Sterbehilfe und Euthanasie
BGHSt 19, 135: Gisela-Fall 43

4 Schwangerschaftsabbruch (§ 218): Tatmodalitäten – Beteiligung – Abgrenzung von Tötung
BGHSt 10, 291: Pieps-Fall 53

5 Ärztlicher Schwangerschaftsabbruch – Indikationen (§ 218a) – Beratung (§ 218b) – Indikationsfeststellung (§§ 219, 219a)
BGH JZ 1977, 139: Notlage-Fall 63

6 Körperverletzung (§ 223) – Gefährliche Körperverletzung (§ 223a) – Mißhandlung von Schutzbefohlenen (§ 223b)
BGHSt 25, 277: Pfleger-Fall 77

7 Heileingriff – ärztliche Aufklärungspflicht – Sterilisation und Kastration – Transplantation
BGHSt 11, 111: Myom-Fall 87

8 Schwere Körperverletzung (§ 224) – Beabsichtigte schwere Körperverletzung (§ 225) – Versuch des erfolgsqualifizierten Delikts
OLG Hamm GA 1976, 304: Augapfel-Fall 97

9 Körperverletzung mit Todesfolge (§ 226) – Beteiligung an einer Schlägerei (§ 227) – Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination – objektive Strafbarkeitsbedingung – Konkurrenz mit Tötungsdelikten
BGHSt 15, 369: Raufhandel-Fall 105

10 Aussetzung (§ 221) – Obhutspflicht aufgrund Ingerenz – Unterlassene Hilfeleistung (§ 330c) – Unfallflucht (§ 142)
BGHSt 25, 218: Unfallopfer-Fall 119

11 Straßenverkehrsdelikte (§§ 315b, 315c) – Trunkenheit im Verkehr (§ 316) – Vorsatz bei strafschärfenden Gefährdungen (§ 113 II Nr. 2)
BGHSt 26, 176: Verkehrsrowdy-Fall 131

12 Systematik der Freiheitsdelikte – Nötigung (§ 240) – Verwerflichkeitsklausel – Rechtfertigungsirrtum
BGHSt 23, 46: Sitzstreik-Fall 141

13 Staatsschutzdelikte – Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113) – Verhältnis zur Nötigung (§ 240) – Landfriedensbruch (§ 125)
OLG Karlsruhe NJW 1974, 2142: Widerstands-Fall 155

14 Schutz der Privatsphäre – Hausfriedensbruch (§ 123) – Tonaufnahme- und Abhörverbot (§ 201) – Briefgeheimnis (§ 202) – Privatgeheimnisse (§ 203) – Freiheitsberaubung (§ 239)
BGHSt 21, 224: Zeitschriftenwerber-Fall 167

15 Schutzgut und Struktur der Ehrdelikte – Verleumdung (§ 187) – Üble Nachrede (§ 186) – Beleidigung (§ 185) – Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193)
OLG Köln NJW 1964, 2121: Serviererin-Fall 179

16 Rechtspflegedelikte – Vortäuschen einer Straftat (§ 145d) – Falsche Verdächtigung (§ 164) – Strafvereitelung (§ 258)
BGHSt 19, 305: Polizeitäuschungs-Fall 195

17 Systematik der Aussagedelikte – Uneidliche Falschaussage (§ 153) – Meineid (§ 154) – Aussagenotstand (§ 157)
BGHSt 8, 301: Eidesnotstand-Fall 205

18 Amtsdelikte: echte und unechte – Amtsträger (§ 11 I Nr. 2–4) – Bestechung (§§ 331–335)
OLG Hamm NJW 1973, 716: Baukontrolleur-Fall 221

19 Gemeingefährliche Delikte – Brandstiftung (§§ 306–310a)
BGHSt 23, 60: Scheunenbrand-Fall 233

Gesetzesregister (Anhang 1) 241

Sachregister (Anhang 2) 245

Abkürzungsverzeichnis

Die in diesem Studienkurs verwendeten Abkürzungen entsprechen durchweg dem heute allgemein üblichen Gebrauch, so wie sie bei H. Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl., 1968, wiedergegeben sind. Nachfolgend sind daher nur zusätzliche sowie solche Abkürzungen aufgeführt, die nicht ohne weiteres als bereits bekannt vorausgesetzt werden können.

A	bezieht sich auf Fallanalyse und Problemvertiefung (s. Benutzungshinweise)
AE	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, herausgegeben von J. Baumann u. a. 1958ff
a. B.	alte Bezeichnung (s. n. B.)
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung; falls ohne sonstige Angabe, bezogen auf die bis zum Inkrafttreten des. 2. StrRG bzw. EGStGB (1. 1. 1975) geltende Fassung
Angekl (A)	Angeklagter
Arzt I	Arzt, Günther, Strafrecht BT, Delikte gegen die Person, LH 1, 1977
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Baumann	Baumann, Jürgen, Strafrecht, Allg. Teil, 8. Aufl. 1977
BeschwF	Beschwerdeführer
Blei I, II	Blei, Hermann, Strafrecht I 17. Aufl. 1977; II 11. Aufl. 1978
Bockelmann I, II/1/2	Bockelmann, Paul, Strafrecht, AT 3. Aufl. 1979; II/1 1976; II/2, 1977
Bockelmann-FS	Festschrift f. P. Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache (zitiert nach Nr. und Seite)
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache (zitiert nach Wahlperiode u. Seitenzahl)
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BWaffG	Bundeswaffengesetz
DAR	Deutsches Autorecht (zitiert nach Jahr u. Seite)
Dreher[37]	Dreher, StGB, Kurzkommentar, 37. Aufl. 1977
D-Tröndle	Dreher-Tröndle, StGB, 39. Aufl. 1980
Dreher-FS	Festschrift f. E. Dreher zum 70. Geburtstag, 1977
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (zitiert nach Jahr u. Seite)
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift (zitiert nach Jahr u. Seite)
DStR n. F.	Deutsches Strafrecht neue Folge, 1934ff (zitiert nach Jahr u. Seite)
E	bezieht sich auf den Abdruck der Entscheidungsgründe (vgl. Benutzungshinweise), oder Entwurf
Engisch-FS	Festschrift f. K. Engisch zum 70. Geburtstag, 1969
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, vom 2. 3. 1974
Erichsen	Erichsen, Studienkurs Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. I, 2. Aufl. 1976; Bd. II, 1972
E 62	Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, 1962
G	Gesetz oder Gericht
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (ab 1953ff, zitiert nach Jahr u. Seite)
Gallas-FS	Festschrift f. W. Gallas zum 70. Geburtstag, 1973
GenBA	Generalbundesanwalt
GrS	Großer Senat
GS	Der Gerichtssaal (zitiert nach Jahr u. Seite)
GSSt	Großer Senat für Strafsachen
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Heinitz-FS	Festschrift f. E. Heinitz zum 70. Geburtstag, 1972
Henkel-FS	Grundlagen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift f. H. Henkel zum 70. Geburtstag, 1974

Honig-FS	Göttinger Festschrift f. R. M. Honig, 1970
Jescheck	Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 3. Aufl. 1978
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JMBlNRW	Justizministerialblatt des Landes Nordrhein-Westfalen (zitiert nach Jahr u. Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr u. Seite)
KMR	Müller-Sax, Kommentar zur StPO, 6. Auflage, 1966
Kohlrausch-FS	Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift f. E. Kohlrausch, 1944
Kohlrausch-Lange	Kohlrausch-Lange, StGB, Kommentar, 43. Aufl. 1961
Krey I	Krey, Volker, Strafrecht, BT I, Bes. Teil ohne Vermögensdelikte, 4. Aufl. 1979
Kriminalistik	Kriminalistik, Zeitschrift f. die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis (zitiert nach Jahrg. [Jahr], Seite)
L	Leitsatz
Lackner	Lackner, Karl, StGB mit Erläuterungen, 13. Aufl. 1980
LK (LK^{9})	StGB, Leipziger Kommentar, 9. Aufl. 1970ff; ohne Zusatz: 10. Aufl., 1978ff
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH
Löwe-Rosenberg	Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 23. Aufl., 1976ff
Maurach AT^{4}	Maurach, Reinhart, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 4. Aufl. 1971
Maurach BT^{5}	Maurach, Reinhart, Deutsches Strafrecht, Bes. Teil, 5. Aufl. 1969 mit Nachtrag I (1970) u. II (1971)
Maurach-FS	Festschrift f. R. Maurach zum 70. Geburtstag, 1972
M-Gössel-Zipf I/2	Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht, Allg. Teil, Teilbd. 2, 5. Aufl. 1978
M-Schroeder II/1	Maurach-Schroeder, Strafrecht, Bes. Teil, Teilbd. 1, 6. Aufl. 1977
M-Zipf I/1	Maurach-Zipf, Strafrecht, Allg. Teil, Teilbd. 1, 5. Aufl. 1976
H. Mayer AT	Mayer, Hellmuth, Strafrecht Allg. Teil, 1953
H. Mayer-FS	Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschr. f. H. Mayer zum 70. Geburtstag, 1965
Mezger	Mezger, Edmund, Strafrecht, 3. Aufl. 1949
Mezger-FS	Festschrift für E. Mezger zum 70. Geburtstag, 1954
MRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten von 1950
m.(w.)N.	mit (weiteren) Nachweisen
n.B.	neue Bezeichnung (soweit nicht anders angegeben, n.B. aufgrund des 18. StÄG v. 28. 3. 1980)
n.F.	neue Fassung
OGHSt	Oberster Gerichtshof für die britische Zone (Entscheidungen in Strafsachen), zitiert nach Bd. u. Seite
Otto I, II	Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht, Allg. Strafrechtslehre, 1976; Die einzelnen Delikte, 1977.
P	Zur Problemvertiefung (vgl. Benutzungshinweise)
Peters-FS	Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift f. K. Peters zum 70. Geburtstag, 1974
Preisendanz	Preisendanz, Holger, Strafgesetzbuch, Lehrkommentar, 30. Aufl. 1978
Radbruch-GS	Gedächtnisschrift f. G. Radbruch, 1968
Rev(G)	Revision(sgericht)
Roxin, Einführung	Roxin-Stree-Zipf-Jung, Einführung in das neue Strafrecht, 2. Aufl. 1975
Roxin, Täterschaft	Roxin, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, 3. Aufl. 1975
Rpfleger	Der deutsche Rechtspfleger (zitiert nach Jahr u. Seite)
Rspr (st.)	Rechtsprechung (ständige)
RW	Rechtswidrigkeit

SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen (zitiert nach Jahr u. Seite)
Schmidhäuser	Schmidhäuser, Eberhard, Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl. 1975
Eb. Schmidt-FS	Festschrift f. Eb. Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (zitiert nach Jahr u. Spalte)
Schönke-Schröder[17]	Schönke-Schröder, StGB, bis zu der von Horst Schröder betreuten 17. Auflage, 1974 (vgl. auch S/S)
Schröder, Urteilsanmerkungen	Schröder, Horst, Urteilsanmerkungen, 1970
Schröder-GS	Gedächtnisschrift f. H. Schröder, 1978
SchwG	Schwurgericht
SK	Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. I, Allg. Teil, 2. Aufl. 1977; Bes. Teil (Loseblatt) ab 1976
S/S-(Bearbeiter)	Schönke-Schröder, StGB, neubearbeitet von Lenckner, Cramer, Eser, Stree, 20. Aufl. 1980
StA	Staatsanwalt(schaft)
StrafR I, II, IV	Eser, Albin, Studienkurs, Strafrecht I (3. Aufl. 1980), II (3. Aufl. 1980), IV (3. Aufl. 1979)
Stratenwerth AT	Stratenwerth, Günter, Strafrecht, Allg. Teil I, Die Straftat, 2. Aufl. 1977
Stratenwerth BT/I	Stratenwerth, Günter, Schweiz. Strafrecht, BT, Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 2. Aufl. 1978
StrK	Strafkammer
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
StS	Strafsenat
SV	Sachverhalt (s. Benutzungshinweise)
TB, TBM	Tatbestand, Tatbestandsmäßigkeit
VorE	Vorentwurf
VRS	Verkehrsrechtssammlung (zitiert nach Band u. Seite)
v. Weber-FS	Festschrift f. H. v. Weber zum 70. Geburtstag, 1963
Welzel	Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969
Welzel-FS	Festschrift f. H. Welzel zum 70. Geburtstag, 1974
Wessels I, II/1/2	Wessels, Johannes, Strafrecht, AT 9. Aufl. 1979; BT Teil 1, 4. Aufl. 1979; BT Teil 2, 4. Aufl. 1980
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr u. Seite)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zitiert nach Band [Jahr], Seite)

Struktur der Tötungsdelikte (§§ 211–217) – Mord und Totschlag – insbes. „Heimtücke" – Mordbeteiligung – Vergiftung (§ 229)

BGHSt 9, 385: Vollziehungsbeamter-Fall

GSSt 1/56 v. 22. 9. 1956 = NJW 1957, 70

SV **Sachverhalt:** Der städtische Vollziehungsbeamte A stellte unrichtige Gebührenrechnungen her, um sich eine ihm vermeintlich rechtswidrig vorenthaltene Zulage zu verschaffen. Nachdem seine Manipulationen entdeckt worden waren, wurde ihm die Fortführung seiner Geschäfte untersagt. Aufgrund krankhafter Überempfindlichkeit geriet er darauf in tiefe Verzweiflung. Nach einem mißglückten Selbstmordversuch faßte er in schlafloser Nacht erneut den Entschluß, aus dem Leben zu scheiden und dabei seine Ehefrau E und seine Tochter T, die er beide sehr liebte, mit in den Tod zu nehmen. Dabei meinte er, seiner Familie eine Wohltat zu erweisen, wenn er sie vor Entehrung und Not bewahrte. Zu diesem Zweck öffnete er die Gashähne. Das ausströmende Gas führte seine völlige Schuldunfähigkeit herbei. Als die T den Gasgeruch spürte und sich an ihn wandte, erwürgte er sie. Gleiches versuchte er an der erwachenden E; doch gelang dieser die Flucht zur Polizei.

P **Zur Problemstellung:** Das SchwG hat den A unter Zubilligung verminderter Schuldfähigkeit bei Öffnen des Gashahns nur wegen versuchten *Totschlags* verurteilt (§§ 212, 22, 21). Das erscheint überraschend, denn:

– Warum nur *Versuch*, nachdem jedenfalls die T schließlich erwürgt wurde? Wäre dies nicht trotz zwischenzeitlich eingetretener Schuldunfähigkeit des A als *vollendet* zurechenbar?

– Käme nicht statt bloßen Totschlags *Mord* (§ 211) durch „Heimtücke" in Betracht? Oder ist dieses Mordmerkmal mit dem SchwG deshalb zu verneinen, weil der A zum Wohle seiner Angehörigen zu handeln glaubte?

– Wie sind überhaupt die *Mordmerkmale* zu verstehen: als abschließend? als bloße Regelbeispiele? als zwingend? als ergänzungsbedürftig durch eine umfassende Gesamtwürdigung von Tat und Täter?

Zu dieser besonderen Problematik der Mordmerkmale bemerkt der GrSSt des BGH:

E 1 **Aus den Gründen: [387]** „I. Die Neufassung des § 211 StGB durch das Ges. v. 4. 9. 1941 lehnt sich an alte Entwürfe zu einem SchweizStGB an. Art. 52 VorE 1896 lautete: ‚(1) Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, wird mit Zuchthaus von 10 bis 15 Jahren bestraft. (2) Tötet der Täter aus Mordlust, aus Habgier, unter Verübung von Grausamkeit, heimtückisch oder mittels Gift, Sprengstoffen oder Feuer, oder um die Begehung eines anderen Verbrechens zu verdecken oder zu erleichtern, so wird er mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft. Tötet der Täter in leidenschaftlicher Aufwallung, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu 10 Jahren.' Der VorE 1908 enthielt in Art. 64 inhaltlich die gleiche Regelung mit unbedeutenden sprachlichen Änderungen. Stooss führte hierzu aus, daß der E gerechtfertigt sei, weil er ‚dieses [für frühere Mordtatbestände charakteristische] vage und fließende Unterscheidungsmerkmale von Mord und Totschlag (nämlich Vorbedacht oder Überlegung) nicht beibehält'.

2 Die VorE wurden nicht Gesetz. Art. 112 SchweizStGB v. 21. 12. 1937 heißt vielmehr: ‚Hat der Täter unter Umständen oder mit einer Überlegung getötet, die seine besonders verwerfliche Gesinnung oder seine Gefährlichkeit offenbaren, so wird er mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.'

3 Den entgegengesetzten Weg ging die deutsche Gesetzgebung. Die amtliche Strafrechtskommission faßte 1936 den § 211 StGB so: ‚(1) Wer einen Menschen tötet, wird, wenn er besonders verwerflich gehandelt hat, als Mörder mit dem Tod bestraft. **[388]** (2) Besonders verwerflich handelt in der Regel, wer die Tat aus Mordlust, Habgier, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes oder sonst aus niedrigen Beweggründen, auf hinterlistige oder grausame Weise oder mit gemeingefährlichen Mitteln, oder zum Zweck, eine andere Straftat zu ermöglichen, begeht.' (Gürtner, Das kommende dt. Strafrecht, BT S. 385.)

Hiernach sollten die in § 211 II aufgezählten Beweggründe und Ausführungsarten der Tötung oder die mit ihr verfolgten Zwecke *nur ‚in der Regel'* als besonders verwerflich gelten und deshalb Merkmale des Mordes sein ...

E 4 Die Fassung, die Gesetz geworden ist, stellt ein besonders verwerfliches Handeln weder als allgemeinen Oberbegriff des Mordes auf, noch bezeichnet sie die Beweggründe und Ausführungsarten der Tötung und die mit ihr verfolgten Zwecke nur als dessen Regelfälle. Nach ihr ist vielmehr Mörder, wer nach den im einzelnen gekennzeichneten drei Richtungen getötet hat. Dieser an sich klare Gesetzeswortlaut ergibt gerade im Zusammenhang mit der zunächst vorgeschlagenen Fassung, daß immer schon als Mörder zu bestrafen ist, wer beim Töten eines der in § 211 Abs. 2 StGB aufgeführten Merkmale erfüllt ...

5 II. Das Schrifttum nimmt überwiegend an, Mörder sei nur, wer ein Merkmal des § 211 II verwirkliche und zugleich besonders verwerflich handele **[389]** (Schönke-Schröder 7. Aufl § 211 Anm V; LK 6. und 7. Aufl § 211 Anm I 1; Kohlrausch-Lange 4. Aufl § 211 Anm IV und VIII 5; Welzel, 4. Aufl S. 208; Eb. Schmidt DRZ 1949, 241/5). Danach soll der Richter im Einzelfalle nach seinem Ermessen darüber entscheiden, ob der Täter, der den Tatbestand des § 211 II erfüllt hat, wegen Mordes oder nur wegen Totschlags zu verurteilen sei. **6** Dem vermag der GrS nicht zu folgen. Die Entstehungsgeschichte und die Fassung des § 211 zeigen deutlich das rechtspolitische Anliegen des deutschen Gesetzgebers, dem Richter für die Beurteilung der Frage, ob eine Tötung Mord oder Totschlag ist, klare und fest umrissene Tatbestände an die Hand zu geben. Das Gesetz umschreibt abschließend die Fälle, die es als besonders verwerflich und deshalb als Mord beurteilt. Es soll deshalb nicht von einer richterlichen Wertung des Gesamtbildes der Tat abhängen, ob der Täter wegen Mordes oder wegen Totschlags verurteilt wird. Die Gegenmeinung träfe nur zu, wenn der E 1936 [oben E 3] Gesetz geworden wäre. Das ist nicht der Fall. Das Ges. v. 4. 9. 1941 knüpft auch nicht an Art. 112 SchweizStGB von 1937 an, der dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum läßt [oben E 2]. Es hat sich vielmehr Art. 52 VorE 1896 zum Vorbilde genommen, der fest umrissene Tatbestände zwingend und abschließend als Merkmale des Mordes umschreibt, weil er ‚vage und fließende Unterscheidungsmerkmale' vermeiden will [oben E 1].

7 III. Aus allen diesen Gründen schließt sich der GrS der Auslegung an, die das RG, der OGH und sämtliche Senate des BGH dem § 211 gegeben haben. Die Gegenmeinung gefährdet die klare Abgrenzung des Mordtatbestandes und damit den besonderen Rechtsschutz, den die staatliche Gemeinschaft dem Leben ihrer Glieder als ihrem höchsten Rechtsgut schuldet.

8 IV. Es bleibt zu prüfen, ob die bisherige Rspr. das Merkmal der Heimtücke selbst richtig auslegt. Sie stimmt insoweit mit dem Schrifttum überein, als es ebenfalls das bewußte Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in der Regel als heimtückisch ansieht. Sie unterscheidet sich von ihm dadurch, daß sie, wenn dieser Tatbestand vorliegt, den Beweggründen **[390]** in der Regel keine selbständige Bedeutung beimißt. Die Gesinnung des Täters kann jedoch insofern bedeutsam sein, als sie dem Vorstellungsbilde entsprechen muß, das dem Begriff der Heimtücke selbst zugrunde liegt. Hierzu ist die bisherige Auslegung des Merkmals der Heimtücke in folgendem Sinne fortzuentwickeln:

9 Der Begriff „Heimtücke" hat nach allgemeinem Sprachgebrauch eine *feindliche* Willensrichtung des Täters gegen das Opfer zum Inhalt. Diese feindselige Haltung des Täters gegen das Opfer zeigt sich darin, daß er dessen Arg- und Wehrlosigkeit zum Töten *ausnutzt*. Sie gibt damit dem Gesamtbilde der Tat das Gepräge. Wenn der Täter jedoch – wie hier – seine Familie, die er sehr liebt, mit sich in den Tod nehmen, ihr also das Schicksal bereiten will, das er sich selbst zugedacht hat, weil er in krankhafter Verblendung meint, zum Besten seiner Familie zu handeln, so fehlt es ihm an der feindseligen Willensrichtung, die für das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit kennzeichnend ist. Er handelt dann nicht heimtückisch."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung.** Um die spezielle Frage dieses Falles, den Begriff der *„Heimtücke"* (III) beantworten zu können, ist mit dem BGH auf die allgemeine Frage nach dem *Charakter der Mordmerkmale* zurückzugehen (II). Doch bliebe dies vordergründig, wenn nicht zunächst ein Blick auf die *Systematik der Tötungsdelikte* und ihr Verhältnis zueinander geworfen würde (I), was insbesondere auch bei Tatbeteiligung mehrerer bedeutsam ist. Abschließend bleibt noch *Vergiftung* (§ 229) und ihr Verhältnis zu den Tötungsdelikten zu prüfen (IV).

1 **I. Schutzgut und Systematik der Tötungsdelikte.**

1. Zu den **Tötungsdelikten i. w. S.** sind alle Tatbestände zu rechnen, die den Schutz des **menschlichen Lebens** bezwecken. Dazu gehören neben den hier infragestehenden Tatbeständen des *Mordes* (§ 211) und *Totschlags* (§§ 212, 213) unstreitig auch die *Tötung auf Verlangen* (§ 216), die *Kindestötung* (§ 217) und die *fahrlässige Tötung* (§ 222), während für *Völkermord* (§ 220a) weniger der individuelle Lebensschutz als vielmehr der allgemein-humanitäre Minoritätenschutz charakteristisch ist (vgl. Maurach BT[5] § 48 II A 1). Auch der *Schwangerschaftsabbruch* (§§ 218–219d) gehört als Vernichtung

A 1 artspezifischen menschlichen Lebens zu den Tötungsdelikten i.w.S. und ist dementsprechend gesetzessystematisch zu Recht in den gleichen 16. Abschnitt des StGB einbezogen (vgl. S/S-Eser 5 vor § 218). Zumindest mittelbar um Schutz menschlichen Lebens geht es auch bei zahlreichen *Gefährdungstatbeständen* (vgl. insbes. §§ 221, 227, 229, 306, 312, 323c). Strafbedroht ist freilich immer nur die Tötung *fremden* Lebens. Zu den sich daraus ergebenden Problemen bei Selbsttötung und Beteiligung daran näher *Gisela-Fall* Nr. 3 A 26ff.

2 Innerhalb dieses weiten Lebensschutzbereiches lassen sich als **Tötungsdelikte i.e.S.** jene Tatbestände abheben, deren Erfolgsunwert in der Tötung eines *geborenen Menschen* liegt (§§ 211–217, 222) – im Unterschied zu dem „nur" gegen *ungeborenes Leben* gerichteten Schwangerschaftsabbruch (dazu *Pieps-Fall* Nr. 4 A 13ff.) bzw. zur „bloßen" Lebens*gefährdung* (vgl. unten A 58ff. sowie Nr. 4 A 27ff.). Somit hängt der Anwendungsbereich der Tötungsdelikte i.e.S. entscheidend davon ab, in welchem Zeitpunkt man **„Mensch"** wird und wie lange man dies bleibt. Im Unterschied zu § 1 BGB, das für die Erlangung der Rechtsfähigkeit auf die Vollendung der Geburt abstellt, läßt das Strafrecht den Schutz des Menschen i.S. der Tötungsdelikte bereits mit *Beginn des Geburtsaktes* (Einsetzen der sog. Eröffnungswehen) eingreifen und bis zum Eintritt des sog. *Hirntodes* andauern (näher zu diesen zeitlichen Zäsuren S/S-Eser 12ff, 16ff vor § 211 m.w.N.; speziell zur Abgrenzung gegenüber Schwangerschaftsabbruch vgl. Nr. 4 A 25ff.). Der dem menschlichen Individuum schon aufgrund seiner physisch-psychischen Existenz grundrechtlich gewährleistete Lebensschutz ist weder abhängig von der Lebensfähigkeit oder Lebenserwartung, dem Alter oder Gesundheitszustand, dem subjektiven Lebensinteresse oder Lebenswillen, noch von der sozialen Funktionstüchtigkeit oder gesellschaftlichen Werteinschätzung des einzelnen (vgl. BVerfGE 39, 1/42, Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 2 II GG Rn. 8ff, Wessels II/1 § 1 I; zu gewissen Einschränkungen bei passiver Sterbehilfe vgl. S/S-Eser 29f vor § 211). Weil dieses Lebensrecht für alle gleich ist, gibt es auch keine Aufrechenbarkeit von Leben gegen Leben. Daher ist selbst ein lebensbedrohender Notstand, aus dem man sich nur durch Tötung eines anderen retten kann, allenfalls subjektiv entschuldigt, nicht aber objektiv gerechtfertigt (vgl. S/S-Lenckner § 34 Rn. 23ff m.w.N. sowie StrafR I Nr. 12 A 42ff, 19 A 38ff.).

3 **2.** Der in der Tötung eines Menschen liegende Unwert wird jedoch nicht nur durch den Todeserfolg als solchen geprägt. Mitentscheidend sind vielmehr auch *Art und Weise* der Tötung oder die *Motivation,* aus der heraus getötet wird. Daher ist der Gesetzgeber seit langem bemüht, vom „Normalfall" der vorsätzlichen und fahrlässigen Tötung (§§ 212, 222) sowohl strafschärfende als auch strafmildernde Fälle abzuschichten. Das hat zu folgender **Dreiteilung der Tötungsdelikte** geführt:

4 a) Durch den **Totschlag** (§ 212) soll der „Durchschnittsfall" solcher vorsätzlicher Tötungen erfaßt werden, die weder durch besondere Verwerflichkeit erschwert noch durch außergewöhnliche Umstände gemildert erscheinen. Der Zusatz „ohne Mörder zu sein" (§ 212 I) ist heute ohne sachliche Bedeutung (vgl. S/S-Eser 6 vor § 211, § 212 Rn. 1) und daher in Fallbearbeitungen nicht zu problematisieren.

5 b) In straf*schärfender* Richtung werden als **Mord** (§ 211) jene Tötungsfälle erfaßt, deren Unrechts- oder Schuldgehalt über die Vernichtung eines Menschenlebens hinaus noch durch eine besonders verwerfliche *Motivation,* einen deliktischen *Tatzweck* oder durch besonders gefährliche *Tatausführung* erschwert erscheint.

6 c) Dagegen erscheint Straf*milderung* veranlaßt für **Tötung im Affekt** (§ 213), bei **Tötung auf Verlangen** (§ 216) oder bei **Tötung eines nichtehelichen Kindes** im Geburtsvorgang (§ 217).

7 **3.** Wie bei allen TB-Abschichtungen, so stellt sich auch hier die Frage nach dem **systematischen Verhältnis** der verschiedenen Tötungstatbestände zueinander. Daß es dabei nicht nur um ein begriffliches Klassifizierungsinteresse, sondern um eine Frage von größter praktischer Relevanz geht, zeigt sich vor allem bei **Tatbeteiligung mehrerer:** wenn der eine Beteiligte ein Mord- oder Privilegierungsmerkmal verwirklicht, das dem anderen abgeht. Ob dann akzessorisch aus dem vom Haupttäter verwirklichten Tatbestand zu verurteilen ist oder nach § 28 eine Akzessorietätslockerung in Betracht kommt, dies hängt nach den im *Rassenhaß-Fall* (StrafR II Nr. 42) entwickelten Grundsätzen maßgeblich von zweierlei ab:

8 – Zum einen vom Charakter des fraglichen Merkmals als *tat-* oder *täter*bezogen: denn nur letzterenfalls ist überhaupt der Weg für eine Akzessorietätslockerung nach § 28 frei (StrafR II Nr. 42 A 7ff, 13ff). Zu diesen „täterbezogenen" Merkmalen sind bei

A 8 § 211 jedenfalls die Motive und Zielsetzungen der Gruppen 1 und 3 zu rechnen (näher dazu unten A 31ff).

9 – Zum anderen ist bedeutsam die Einordnung des „täterbezogenen" Merkmals als straf*begründend:* dann § 28 I, oder nur als straf*modifizierend:* dann § 28 II (StrafR II Nr. 42 A 17ff). Und dies hinwiederum hängt davon ab, ob die Tötungsdelikte sich als jeweils selbständige Tatbestände (dann § 28 I) oder im Verhältnis von Grunddelikt und unselbständiger Qualifizierung bzw. Privilegierung (dann § 28 II) gegenüberstehen. Diese Frage ist höchst umstritten:

10 a) Was das Verhältnis von **§ 211 zu § 212** betrifft, so sind darin nach **BGH selbständige** Tatbestände mit *unterschiedlichem* und jeweils *abschließend umschriebenem* Unrechtsgehalt zu erblicken.

11 Grundlegend dazu der Hildesheimer *Falschverdächtigungs-Fall* **BGHSt 1, 368,** wo A aus Rachsucht mittels wahrheitswidriger Behauptungen die Erschießung des L durch gutgläubige Besatzungssoldaten veranlaßte. Da die Soldaten als Haupttäter nur § 212 verwirklichten, hing die Verurteilung des aus „niedrigen Beweggründen" handelnden Anstifters A davon ab, ob § 211 als selbständiger Tatbestand zu begreifen ist (dann akzessorische Haftung des A gemäß § 28 I nach §§ 212, 26) oder als bloße Qualifizierung (dann gemäß § 28 II Verurteilung nach § 211, 26). Im erstgenannten Sinne führt der BGH aus:

[370] „Wer in einer in § 211 beschriebenen Weise einen Menschen tötet, wird nach dieser Bestimmung ‚als Mörder' bestraft, wer vorsätzlich tötet, nach § 212 ‚als Totschläger'. Das Gesetz stellt also zwei selbständige Tatbestände mit verschiedenem Unrechtsgehalt auf. Daß die vorsätzliche Tötung, auch ein Merkmal des § 211 ist, spricht nicht gegen die Selbständigkeit beider Bestimmungen. Auch § 242 ist in § 249 enthalten. Dennoch hat bisher niemand den Raub als ‚Typisierung von Schulderhöhungsgründen' gegenüber dem Diebstahl angesehen. Sicher ist zwar, daß derjenige, der bei einer Tötung ein Merkmal des § 211 verwirklicht, höhere Schuld auf sich lädt als der Totschläger. **[371]** Daraus folgt aber noch nicht, daß die Merkmale des § 211 Schulderhöhungsgründe zum § 212 sind. Das Gesetz kennzeichnet eben die in § 211 aufgeführten Begehungsweisen der Tötung nicht als schwere Fälle des Totschlags, sondern als eine andere Straftat, als Mord. Damit bringt es unzweideutig zum Ausdruck, daß es die §§ 211 und 212 als zwei selbständige Tatbestände von verschiedenem Unrechtsgehalt ansieht. Die Merkmale des § 211 sind also echte Tatbestandsmerkmale. Die niedrigen Beweggründe kennzeichnen zwar nicht das äußere Bild der Tat, sondern die innere Haltung des Täters. Zur Tatbestandsmäßigkeit gehören jedoch nicht nur äußere Merkmale. Auch die Bewertung des Unrechts kann von inneren Merkmalen abhängen."

12 Konsequenterweise kam daher im Falschverdächtigungs-Fall trotz eigener niedriger Beweggründe des A nur Anstiftung zum Totschlag (§§ 212, 26) in Betracht. Dies schließt jedoch, wie der BGH dem SchwG abschließend zu bedenken gab (BGHSt 1, 372), nicht aus, die Rachsucht des A bei seiner Strafzumessung straferschwerend zu berücksichtigen. Jedoch handelt es sich dabei keinesfalls um eine dem Strafmilderungszwang des § 28 I vergleichbare Akzessorietätslockerung, sondern lediglich um eine Strafschärfung im Rahmen der allgemeinen Strafzumessungsregeln des § 212 II.

13 – Demgegenüber sieht die **h. L.** in § 211 lediglich eine **unselbständige Qualifizierung** des als GrundTB zu verstehenden § 212 (Nachw. bei S/S-Eser 5 vor § 211). Dafür spricht sowohl das schweizerische Vorbild, das die Tötungsdelikte in Form eines Grundtatbestandes mit qualifizierenden und privilegierenden Abhandlungen systematisiert hat (vgl. oben E 1 sowie Stratenwerth BT/I § 1), wie auch die Feststellung, daß der Mord lediglich durch quantitativ-graduelle Verwerflichkeitskriterien vom Totschlag abgehoben ist (unten A 30). Noch stärker fällt zugunsten der Qualifizierungslösung ins Gewicht, daß sich damit die unpraktischen, ja ungerechten Konsequenzen der Selbständigkeitsbetrachtung des BGH vermeiden lassen (vgl. Arzt I S. 35f sowie unten A 30). Denn auf dem durch die Lehre eröffneten Weg kann über § 28 II ein Tatbeteiligter jedenfalls bei täterbezogenen Merkmalen (A 32, 36) jeweils aus dem Tatbestand bestraft werden, dessen Merkmale er in eigener Person verwirklicht (vgl. StrafR II Nr. 42 A 23).

14 Zu weiteren Einzelfragen und Konzequenzen der verschiedenen Lösungswege vgl. S/S-Eser § 211 Rn. 42ff. sowie die systematische Übersicht über Tatbeteiligung bei Mord und Totschlag von Arzt I S. 36.

15 b) Es versteht sich, daß man auch die **Privilegierungen** der *§§ 216, 217* nach entsprechenden Grundsätzen – wenngleich mit umgekehrtem Vorzeichen – zu behandeln versucht. Während die Rspr. darin konsequenterweise *selbständige* Tatbestände erblickt (vgl. BGHSt 1, 237; 2, 258; insoweit zust. D-Tröndle § 216 Rn. 1, § 217 Rn. 1, Horn SK § 216 Rn. 2), begreift die h. L. die §§ 216, 217 lediglich als *unselbständige* Privilegierungen des auch insoweit als GrundTB zu betrachtenden § 212 (Blei II § 7 I, § 8 II, Jähnke LK § 216 Rn. 2, § 217 Rn. 2, M-Schroeder II/1 § 2 IV B 1, C 1, Otto II

A 15 §§ 6 I, 7 I, Wessels II/1 § 2 I). Gegenüber derartigen Vereinfachungen ist mit Rücksicht auf die unterschiedlichen Privilegierungsgründe zu differenzieren:

16 – Da **§ 217** lediglich der schuldbezogenen Ausnahmesituation der nichtehelichen Mutter Rechnung tragen will, ohne daß dabei das Unrecht der Kindestötung gemindert wäre (Wessels II/1 § 2 VI 2), ist darin nur eine *unselbständige* Privilegierung zu erblicken.

17 – Demgegenüber ist bei **§ 216** nicht nur die Schuld (Mitleidskonflikt, Hilfsmotivation), sondern aufgrund Schutzverzichts des Opfers auch das Unrecht gemindert; auch hebt sich die Tötung auf Verlangen als eine Art „Selbstmord durch fremde Hand" (Bringewat ZStW 87, 645) so tiefgreifend vom Normalfall vorsätzlicher Fremdtötung ab, daß sie als *selbständiger* Tatbestand zu betrachten ist.

18 Zu den sich daraus ergebenden Konsequenzen bei Tatbeteiligung mehrerer vgl. S/S-Eser § 216 Rn. 17f, zu § 217 *Dorfschande-Fall* Nr. 2 A 53ff. Was im übrigen das **Zusammentreffen von Privilegierungen mit Mord**merkmalen betrifft (so z.B. bei Tötung auf Verlangen mit gemeingefährlichen Mitteln oder Kindestötung zur Verdeckung eines Abtreibungsversuchs), so ist die Einordnungsfrage letztlich ohne Bedeutung; denn nach heutiger h.M. müssen etwaige Qualifizierungen sowohl gegenüber selbständigen wie auch gegenüber unselbständigen Privilegierungen zurücktreten (vgl. Horn SK § 217 Rn. 2, Wessels I § 4 II 2). Deshalb kommt in den Beispielsfällen jeweils nur § 216 bzw. § 217 zur Anwendung. Vgl. zum Ganzen aber auch Arzt I S. 56ff sowie m.w.Nachw. S/S-Eser 7 vor § 211, §§ 216, 217 je Rn. 1f.

19 c) Von ganz anderem Charakter sind die **unbenannten** Strafmodifizierungen in **§ 212 II** und **§ 213.** Denn dort sind die Strafschärfungsgründe nur allgemein umschrieben („besonders schwere Fälle") bzw. die Strafmilderungsgründe nur beispielhaft genannt (Affekt aufgrund Provokation durch den Getöteten oder „sonst ein minderschwerer Fall": instruktiv dazu Affekt-Fall BGH b. Holtz MDR 1980, 105). Da es somit an einer abschließenden Vertatbestandlichung fehlt, handelt es sich um bloße *Strafzumessungsregeln* (h.M.; vgl. m.w.Nachw. S/S-Eser 8 vor § 211, § 212 Rn. 12, § 213 Rn. 2f), wobei § 213 praktisch als strafmildernder Abs. III von § 212 zu verstehen ist. Das hat insbes. folgende Konsequenzen:

20 – Selbst im Falle eines nach § 213 provozierten Totschlags bleibt seine Deliktsnatur als *Verbrechen* unberührt (§ 12 I, III) und demzufolge auch der Versuch strafbar (§ 23 I 1. Alt.).

21 – Da es sich lediglich um Strafzumessungsregeln für *Totschlag* handelt, kann bei Zusammentreffen mit *Mord*merkmalen § 213 jedenfalls nicht unmittelbar zum Zuge kommen. Daher bleibt selbst der provozierte oder sonstwie in schuldminderndem Affekt handelnde Mörder grundsätzlich aus § 211 strafbar (instruktiv dazu Entlobungs-Fall BGHSt 11, 139). Sofern man jedoch die Mordmerkmale nicht als abschließend versteht, sondern jeweils eine Gesamtwürdigung der Tat zuläßt, können etwaige Strafmilderungsgründe i.S. von § 213 u.U. zur Verneinung des Mordtatbestandes führen (A 30). Doch hängt dies letztlich vom Charakter der Mordmerkmale ab – eine Frage, die im folgenden näher zu betrachten ist und uns zugleich zum Ausgangsfall zurückbringt:

22 **II. Arten und Charakter der Mordmerkmale.**

1. Was ist mit den „drei Richtungen" gemeint, nach denen der BGH (E 4) den Mord gekennzeichnet sieht? Damit ist ein wesentlicher Unterschied gegenüber der bis 1941 geltenden Mordfassung hervorgehoben: Diese sah in Anlehnung an eine römischrechtliche Tradition den Mord lediglich durch das Merkmal der „Überlegung" charakterisiert und erwies sich dadurch teils als zu eng (so z.B. bei einer grausam ausgeführten Kurzschlußtötung), teils aber auch als zu weit (so bei vorbedachter Tötung aus einer unverschuldeten Konfliktlage). An die Stelle dieser *psychologisierenden* Abgrenzung hat die Neufassung einen erweiterten Katalog von Mordkriterien gesetzt, der an *sozialethischen* **Verwerflichkeitsfaktoren** ausgerichtet ist und sich in drei Merkmalgruppen aufgliedern läßt (näher zur Entwicklungsgeschichte Eser DJT-Gutachten D 23ff):

23 – *Gruppe 1* ist durch die besondere Verwerflichkeit der *Motivation* charakterisiert: Mordlust, Befriedigung des Geschlechtstriebs, Habgier, sonstige niedrige Beweggründe.

24 – *Gruppe 2* versucht die besondere Gefährlichkeit und der Brutalität der *Tatausführung* zu erfassen: Heimtücke, Grausamkeit, gemeingefährliche Mittel.

25 – *Gruppe 3* hebt auf den besonderen deliktischen *Tatzweck* ab: die Absicht der Ermöglichung oder Verdeckung einer Straftat.

A 26 2. Was läßt sich daraus für den **Charakter** der Mordmerkmale entnehmen? Zu dieser im Mittelpunkt des vorliegenden Falles stehenden Frage ist zweierlei auseinanderzuhalten:

27 a) Zum einen die **abschließende** Exklusivität der Mordmerkmale. Damit ist gemeint, daß nur bei *positivem* Vorliegen von mindestens einem der in § 211 II genannten Merkmale überhaupt Mord in Betracht kommt (E 4). Im Unterschied zum E 1936 (oben E 3) und zur modernen Regelbeispieltechnik (vgl. § 243: dazu StrafR IV Nr. 7 A 3ff, 37ff) handelt es sich bei den Mordmerkmalen somit nicht um bloße Regelbeispiele, die jederzeit durch ähnliche Erschwerungsgründe ergänzt werden könnten, sondern um einen *exklusiven Kriterienkatalog:* Fehlt es daran, so scheidet § 211 selbst dann aus, wenn die Tötung eine noch so verwerfliche Gesinnung oder besondere Gefährlichkeit des Täters offenbart, wobei freilich kritisch zu bedenken bleibt, daß diese Exklusivität durch die zu expansiver Auslegung verführenden Vagheit der „niedrigen Beweggründe" (vgl. Dorfschande-Fall Nr. 2 A 3ff) praktisch weitgehend unterlaufen wird.

28 b) Um so bedeutsamer ist die weitere Frage, ob diese Exklusivität auch als **zwingend** anzusehen ist, mit der Folge, daß bei Vorliegen eines Mordmerkmals zwangsläufig auf § 211 zu erkennen ist, ohne daß es darüber hinaus noch einer Gesamtwürdigung der Tat als verwerflich bedürfte: So hier der BGH (E 4), indem er den Mordkatalog sowohl abschließend wie auch zwingend versteht. Das bedeutet, daß zwar nur dann, aber auch immer dann, wenn ein Mordmerkmal vorliegt, ausnahmslos auf Mord zu erkennen ist, ohne daß dabei noch Raum bliebe für eine Gesamtwürdigung der Tat als ausnahmsweise nicht verwerflich (neuerdings erneut bestätigt in Stieftochter-Fall BGHSt 28, 77/80; ebenso D-Tröndle § 211 Rn. 2, Krey I Fall 7, Otto II § 4 I, Wessels II/1 § 2 III 4, Jähnke LK 36 vor § 211 m.w.N.). Seine wichtigsten Argumente: Absage des Gesetzes an bloße Regelbeispiele (E 4) – Bedürfnis für klare und fest umrissene Tatbestände (E 6) – Gefährdung des Lebensschutzes bei Aufweichung des Mordtatbestandes (E 7). Allerdings soll dies nach BGH nicht ausschließen, daß entlastende Faktoren durch *einschränkende Auslegung* einzelner Mordmerkmale Berücksichtigung finden (E 8). – *Konsequenz* für den vorliegenden Fall? Sofern A heimtückisch getötet hat, kann ihm seine Mitleidssituation keinesfalls aufgrund einer Gesamtwürdigung mordentlastend zugute kommen, sondern allenfalls dadurch, daß von vorneherein der Heimtückebegriff entsprechend enger interpretiert wird (dazu A 47).

29 – Demgegenüber legt die h.L. den Mordmerkmalen nur **indizielle** Wirkung bei, mit der Folge, daß letztentscheidend die Verwerflichkeit der Tötung aufgrund einer *Gesamtwürdigung von Tat und Täter* ist (so im Anschluß an RGSt 76, 299 namentlich Bockelmann II/2 § 3 IV, Lange Schröder-GS S. 217, Welzel § 38 II m.N. und wohl auch Blei II § 6 II). Und dies zu Recht. Denn nach Ersetzung des früheren psychologischen Überlegungsaspekts durch normativ-sozialethische Verwerflichkeitskriterien (A 22) besteht zwischen Mord und Totschlag allenfalls noch ein quantitativ-gradueller Unterschied. Der damit eröffnete Weg zu größerer Einzelfallgerechtigkeit braucht zwar nicht dahin zu führen, daß über das Vorliegen eines bestimmten Mordmerkmals hinaus jeweils noch der positive Nachweis besonderer Verwerflichkeit zu führen wäre (so aber offenbar Bertram in Jescheck/Triffterer S. 175, Lange LK[9] § 211 Rn. 3); wohl aber, daß der Richter i.S. einer **„negativen Tatbestandskorrektur"** die Möglichkeit haben muß, trotz Vorliegens eines Mordmerkmals § 211 dann zu verneinen, wenn aufgrund einer umfassenden Gesamtwürdigung die Tötung ausnahmsweise als nicht besonders verwerflich erscheint (vgl. Geilen JR 1980, 309/314, Horn SK § 211 Rn. 6, Jescheck/Triffterer S. 131f). Demzufolge wäre im vorliegenden Fall § 211 schon wegen der schuldmindernden Mitleidsmotivation des A zu verneinen gewesen, ohne daß es dafür erst einer Umdeutung des Heimtückebegriffs (E 8ff) bedurft hätte. Auch wird auf diesem Wege bei Zusammentreffen von Mordmerkmalen mit Strafmilderungsgründen i.S. von § 213, wie z.B. bei heimtückischer Ausführung einer provozierten Tötung (A 21), das tatgerechte Zurückgehen auf Totschlag ermöglicht (vgl. auch S/S-Eser § 211 Rn. 11, § 213 Rn. 3).

30 c) Dieses Bedürfnis nach **restriktiver** Handhabung der Mordmerkmale hat nicht zuletzt durch **BVerfGE 45, 187** (NJW 1977, 1525) zur *lebenslangen Freiheitsstrafe* gesteigerte Aktualität erlangt; denn dieser Sanktion wurde nur insoweit Verfassungsmäßigkeit bescheinigt, als bei ihrer Verhängung der Grundsatz „sinn- und maßvollen Strafens" gewährleistet ist. Zwar hat es das BVerfG der Strafrechtsprechung überlassen, ob sie diesem Verhältnismäßigkeitsgebot entweder durch (positive oder negative) Tatbestandskorrektur mittels Abhebens auf die besondere Verwerflichkeit der Tat oder

A 30 aber durch einengende Auslegung der einzelnen Mordmerkmale Rechnung tragen will. Immerhin läßt aber das BVerfG deutliche Sympathien für eine gesamtwürdigende Verwerflichkeitsbetrachtung erkennen (BVerfGE 45, 265ff). Der BGH freilich, indem er die BVerfG-Erwägungen zu „unverbindlichen Anregungen" minimalisiert (GA 1979, 222), verschließt sich nach wie vor dem Gesamtwürdigungsprinzip (vgl. etwa BGHSt 28, 77/80, BGH b. Holtz MDR 1978, 804/5), um sich stattdessen mit fragwürdigen Interpretationskorrekturen bei einzelnen Merkmalen (wie insbes. bei Heimtücke und Verdeckungsabsicht) zu begnügen (vgl. unten A 44, 47, Nr. 2 A 22 sowie die Rspr-Analysen von Arzt JR 1979, 7ff, Geilen JR 1980, 309ff, Meyer JR 1979, 446, 485, Rengier MDR 1979, 970; 1980, 3 und Sonnen JA 1980, 35). Zu BVerfGE 45, 187 vgl. Beckmann GA 1979, 441, Schmidhäuser JR 1978, 265, Woesner NJW 1978, 1025 sowie die Dokumentation von Jescheck/Triffterer). Zu der dadurch neu entfachten Diskussion um eine **Reform der Tötungsdelikte** vgl. die Nachweise bei A 65.

31 3. Inwieweit ist der Charakter der Mordmerkmale auch für ihre **verbrechenssystematische Einordnung** von Bedeutung? Bei dieser Frage, die im Zusammenhang mit dem Mordvorsatz und der Mordteilnahme bedeutsam werden kann, geht es darum, ob die Mordmerkmale als Unrechts-, als Schuld- oder u. U. als gemischte Elemente zu verstehen sind. Dazu werden im wesentlichen folgende Auffassungen vertreten:

32 a) Für den BGH, der die Mordmerkmale als strafbegründend (A 10) und in jeder Hinsicht als tatbestandsabschließend versteht (A 27, 29), sind diese konsequenterweise allesamt als **Unrechtsmerkmale** zu begreifen, mit der Folge, daß sie in gleicher Weise vom Bewußtsein des Täters umfaßt sein müssen wie andere Tatbestandselemente auch (vgl. Liebesspiel-Fall BGHSt 6, 329/331). Immerhin wird aber dabei von einem Teil der Lehre, soweit sie dieser Auffassung folgt (und wohl stillschweigend auch vom BGH selbst), zwischen *objektiven* (Gruppe 2: oben A 24) und *subjektiven* Unrechtsmerkmalen (Gruppen 1 und 3: A 23, 25) differenziert (vgl. insbes. Horn SK § 211 Rn. 3, M-Schroeder II/1 § 2 III A2). Damit soll ermöglicht werden, die Gruppen 1 und 3 als „täterbezogen" und damit als akzessorietätslockernd i. S. von § 28 zu verstehen (oben A 8), während für die Gruppe 2 eine solche Akzessorietätslockerung ausgeschlossen bleibt, der Teilnehmer also hier (bei entsprechendem Vorsatz) immer zwingend aus dem vom Haupttäter verwirklichten Tatbestand zu verurteilen ist (vgl. im einzelnen StrafR II Nr. 42 A 13, 28ff).

33 b) Von einer genau entgegengesetzten Auffassung werden die Mordmerkmale allesamt als **Schuldelemente** gedeutet (vgl. Lange LK[9] § 211 Rn. 3 m. w. N.), mit der Folge, daß sich das Wissen des Täters um ihr Vorliegen nicht unmittelbar aus dem Vorsatzerfordernis, sondern lediglich aus allgemeinen Schuldprinzipien ergebe (vgl. Dorfschande-Fall Nr. 2 A 38). Auch werden damit bei Tatbeteiligung alle Mordmerkmale einer Akzessorietätslockerung zugänglich, und zwar entweder über § 28 (weil „täterbezogen") oder gar über § 29 (als „Schuldelemente"); vgl. Lange LK[9] § 211 Anm. 17, aber auch StrafR II Nr. 42 A 6ff.

34 c) Gegenüber diesen einseitigen Lösungen, die entweder den unrechts- oder schuldbezogenen Gehalt der verschiedenen Mordmerkmale unterschätzen, ist eine **Differenzierung** zwischen primär unrechts- und primär schuldsteigernden Merkmalen geboten (vgl. Wessels II/1 § 2 III):

35 – Zu den **unrechtssteigernden** Merkmalen sind die der *Gruppe 2* zu rechnen, wobei durch Grausamkeit (Schmerzintensivierung) und gemeingefährliche Mittel (Gefährdung anderer) bereits der objektive Erfolgsunwert wesentlich erhöht ist, während sich bei Heimtücke über den objektiven Unwert der Wehrlosigkeit des Opfers hinaus der besondere Vertrauensbruch vor allem in gesteigertem Handlungsunwert niederschlägt (vgl. unten A 49). Das hat zur Folge, daß lediglich die grausame und gemeingefährliche Tötung als *tatbezogen* streng akzessorisch zu behandeln sind (A 32), während bei Heimtücke im Hinblick auf die persönliche Vertrauensbeziehung die *Täterbezogen*heit überwiegen dürfte und daher insoweit § 28 II zur Anwendung kommen kann (vgl. S/S-Eser § 211 Rn. 6, 49).

36 – Dagegen sind in den Motiven bzw. Zielsetzungen der *Gruppen 1 und 3* spezielle **Schuldmerkmale** zu erblicken, die als „täterbezogen" nach § 28 II jeweils nur dem Tatbeteiligten als Mord zugerechnet werden können, bei dem sie in eigener Person vorliegen (StrafR II Nr. 42 A 6a, 7).

37 **III. Mordmerkmale im einzelnen.**

Davon kommen im vorliegenden Fall allenfalls solche der **Gruppe 2** (A 24) in Betracht.

A 38 1. Im Mittelpunkt steht hier die **Heimtücke.** Daß gerade bei diesem Mordmerkmal die Frage nach einer Gesamtwürdigung der Tötung als besonders verwerflich akut wurde, kommt nicht von ungefähr. Denn da erfolgreiches Töten naturgemäß eine Überlegenheit des Täters über sein Opfer voraussetzt, muß er mangelnde Körperkraft durch andere Mittel zu ersetzen versuchen. Und dazu zählt neben dem Einsatz mechanischer Gewalt vor allem die Überrumpelung durch Hinterlist. Damit aber gerät der Täter selbst dann in den Mordbereich, wenn er aus Motiven handelt, die – wie hier bei Angst vor Familienschande – bei aller Verwerflichkeit jeder Vernichtung von Leben immerhin als menschlich „verständlich" erscheinen. Deshalb erweist sich bei Heimtücke das Bedürfnis nach einem mordeinschränkenden Korrektiv als besonders dringlich. Dem versuchen Rspr. und Lehre auf unterschiedliche Weise gerecht zu werden:

39 a) Nach einer verbreiteten Formel, von der hier auch der BGH ausgeht (E 8), bedeutet Heimtücke das *bewußte Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit* des Opfers (BGHSt 19, 321, Jähnke LK § 211 Rn. 40ff m.w.N.). Was heißt das im einzelnen? Und wie läßt sich dabei eine Mitleidsmotivation des Täters berücksichtigen?

40 α) **Arglos** ist, wer sich – jedenfalls zur Tatzeit – keines lebensbedrohenden Angriffs des Täters versieht (BGHSt 7, 218/221). Das ist unproblematisch dort, wo der Täter dem Opfer gezielt ein Gefühl von Vertrauen und Sicherheit einflößt, um dann „aus heiterem Himmel" zuzuschlagen. Jedoch setzt Heimtücke keineswegs ein gezieltes Erschleichen von Vertrauen voraus, sondern kommt auch gegenüber einem sorglos Schlafenden in Betracht. Denn wie in dem vergleichbaren *Beil-Fall* **BGHSt 23, 119,** wo der Täter Frau und Sohn, mit denen er bis dahin zusammengelebt hatte, während ihres Schlafes mit einem Beil erschlug, ausgeführt wird:

41 **[120]** „Der Schlafende ist in aller Regel arglos, wenn er einschläft. Er überläßt sich dem Schlaf im Vertrauen darauf, daß ihm nichts geschehen werde; in diesem Vertrauen überliefert er sich der Wehrlosigkeit ... Den Bewußtlosen hingegen überkommt sein Zustand, ohne daß er es hindern könnte; er kann nicht in der Erwartung, ihm werde niemand etwas anhaben, getäuscht werden.

[121] Nun muß freilich der Tötungsvorsatz vorliegen, solange das Opfer noch arglos ist (vgl. BGHSt 19, 321). Das ist es indessen nicht nur, *ehe* es einschläft. Wer sich zum Schlafe niederlegt, nimmt die Arglosigkeit mit in den Schlaf; sie begleitet ihn, auch wenn er sich ihrer nicht mehr bewußt ist. Das besonders Gefährliche und ‚Tückische' ... liegt darin, daß der Täter sein Opfer in einer hilflosen Lage überrascht und es dadurch hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren ... In diesem Sinne ist die Tötung eines Schlafenden das geradezu klassische Beispiel der Heimtücke."

42 Dementsprechend kann jedenfalls an der Arglosigkeit von E und T im vorliegenden Fall kein Zweifel sein. Anders wäre dies, wenn sie nicht nur geschlafen hätten, sondern etwa bereits infolge eines von A nicht zu vertretenden Gasleitungsbruchs besinnungslos gewesen wären. Die damit angesprochene Einschränkung der Möglichkeit von Heimtücke gegenüber *Bewußtlosen* erklärt sich weniger aus mangelnder Arglosigkeit, als vielmehr daraus, daß *konstitutionell arg- und wehrlose* Opfer, zu denen insbes. auch *Kleinkinder* zu zählen sind, sich ohnehin keines Angriffs und damit auch keiner entsprechenden Verteidigung versehen können. Jedoch kommt auch solchen Personen gegenüber Heimtücke dadurch in Betracht, daß etwa *schutzbereite Dritte* arglistig ausgeschaltet oder natürliche Abwehrinstinkte durch künstliche Mittel überwunden werden.

43 Instruktiv dazu der *Brei-Fall* **BGHSt 8, 216,** wo die A ihrem vermeintlich außerehelichen 3 Wochen alten Kind eine tödliche Dosis von Sekundaltabletten in den Brei mischte und ihren Mann, als sich dieser über das lange Schlafen des Kindes besorgt zeigte, vom Herbeirufen eines Arztes durch Verharmlosungen abhielt. Zur Begründung von Mord durch Heimtücke führt der BGH aus: **[218]** Zwar könne ein Kleinkind nicht einem erwachsenen Schlafenden gleichgestellt werden, „weil seine Wahrnehmungsfähigkeit noch nicht ausgebildet und es deshalb nicht fähig (ist), anderen Vertrauen entgegenzubringen ... Trotzdem handelt aber, wer ein Schlafmittel unter die Nahrung eines 3 Wochen alten Kindes mischt, dann heimtückisch, wenn er es tut, weil das Kind andernfalls das Schlafmittel wegen seines Geschmacks nicht zu sich nehmen, sondern ausspeien würde. In einem solchen Fall wird durch ein heimliches Verhalten der natürliche Abwehrinstinkt des Kindes ausgeschaltet ... Im übrigen ist die Tötung eines kleinen Kindes auch dann heimtückisch, wenn der Täter sich einem schützenden Dritten gegenüber heimtückisch verhält ... Schützender Dritter ist dabei jeder, der den Schutz des Kindes dauernd oder vorübergehend übernommen hat und ihn im Augenblick der Tat entweder tatsächlich ausübt oder dies deshalb nicht tut, weil er dem Täter vertraut. Daß er rechtlich zum

A 43 Schutz des Kindes verpflichtet ist, ist weder erforderlich noch ausreichend; es kommt auf die tatsächliche Schutzbereitschaft an, für die die rechtliche Verpflichtung ein wichtiges Beweisanzeichen sein kann". Dies sei bei einem außerehelichen Kind auch dem Ehemann gegenüber jedenfalls solange anzunehmen, als die Nichtehelichkeit nicht rechtskräftig festgestellt ist und der Mann tatsächlich auch Schutzbereitschaft zeigt. Vgl. dazu auch Arzt I S. 38f.

44 An einer solchen Arglosigkeit des Opfers soll es jedoch dort fehlen, wo ihm der Täter in **offener Feindseligkeit** gegenübertritt (instruktiv dazu bereits Kellersturz-Fall BGHSt 19, 321/2). Dies ist zudem eines der Kriterien, mit denen der BGH den Heimtückebegriff dem Verhältnismäßigkeitsgebot des BVerfG (A 31) anzupassen versucht.

So im *Hirschfänger-Fall* **BGHSt 27, 322,** wo der von seiner Frau mehrfach gedemütigte, aber dennoch zu einem letzten Aussöhnungsversuch in das Schlafzimmer eingedrungene Ehemann mit einem offen in der Hand gehaltenen hirschfängerartigen Messer auf die Frau einstach, nachdem diese ihn unter erneuten Beschimpfungen der Wohnung verwiesen hatte: Da hier der Tötung „eine in offener Feindschaft geführte Auseinandersetzung unmittelbar vorausgegangen" ist, sei das Opfer nicht mehr arglos gewesen (S. 224).

44a Fraglich ist jedoch, um welche Art von Feindseligkeit es sich dabei handeln und wie nahe sie der Tötung vorausgegangen sein muß: Soll die Arglosigkeit schon durch rein *verbale* Auseinandersetzungen aufgehoben sein (so die Tendenz bei den Instanzgerichten: vgl. Eser, DJT-Gutachten S. 45f)? Oder nur bei *körperlicher Bedrohung* (so wohl BGH NJW 1980, 792 im Freundinstreit-Fall)? Und soll die Feindseligkeit die Arglosigkeit nur dann und nur so lange aufheben, als „die Tötungshandlung *unmittelbar* aus einer offenen feindseligen Auseinandersetzung zwischen Täter und Opfer hervorgeht und ohne Unterbrechung im feindseligen Gegenüber die Auseinandersetzung abschließt"? So BGHSt 28, 210/11 im *Wartesaal-Fall,* wo ein Mann, der auf einer Bank seinen Rausch ausschlafen wollte und sich gegen den ihn bestehlenden A mit einem Faustschlag in die Magengegend gewehrt hatte, bereits wieder als arglos angesehen wurde, als er sich nach dem wutschnaubenden Weggehen des A zum Weiterschlafen niedergelegt hatte und von dem kurz darauf zurückkehrenden A mit einem in Bahnhofsnähe gefundenen Verkehrsschild erschlagen wurde: damit Bejahung von Heimtücke, so als ob ein allgemein zugänglicher Wartesaal gleiche Sorglosigkeit wie eine Wohnung rechtfertige und ein in Wut versetzter Angreifer nicht alsbald mit neuem Mut und stärkeren Waffen zurückkehren könne! Ließe sich in Fällen derart leichtsinniger oder (wie im Hirschfänger-Fall) geradezu „provozierender" Arglosigkeit Heimtücke vielleicht dadurch ausschließen, daß man dafür eine *„begründete" (berechtigte) Arglosigkeit* voraussetzt? Doch so berechtigt dieser Vorschlag von Arzt (JR 1979, 12) auch sein mag, mit der Ausgangsformel des BGH (A 40) werden sich diese und auch weitere Heimtückeprobleme schwerlich lösen lassen (vgl. auch Geilen Schröder-GS S. 48ff, Meyer JR 1979, 485ff, Rengier MDR 1979, 969ff). Im übrigen besteht aber Einigkeit immerhin insofern, als für Heimtücke das Opfer nicht unbedingt bis zum tödlichen Schlag arglos gewesen sein muß, sondern lediglich bis zu dem Zeitpunkt, wo ihm noch gewisse Abwehrmöglichkeiten verblieben wären: Instruktiv dazu der *Feldweg-Fall* **BGHSt 22, 77,** wo dem in einen Hinterhalt gelockten Opfer die Tötungsabsicht seiner Begleiter erst erkennbar wurde, als seine Verteidigungsmöglichkeiten bereits wesentlich eingeschränkt waren. Vgl. auch Mandraxversteck-Fall BGH NJW 1980, 1402/3.

45 β) Infolge seiner Arglosigkeit muß das Opfer **wehrlos** sein. Das ist dann der Fall, wenn es keine oder nur reduzierte Verteidigungsmöglichkeiten besitzt, wobei es auf die Lage des Opfers bei Beginn des Angriffs ankommt. Dies ist vor allem dort zu verneinen, wo sich das Opfer in Erwartung eines Angriffs mit einer Waffe versehen hat (instruktiv dazu Gummirohr-Fall BGH GA 1967, 244). Dagegen sind arglos Schlafende, mit denen sich der Täter (wie hier) ohne jede Vorwarnung gemeinsam zu Bett begeben hat, regelmäßig als wehrlos zu betrachten (vgl. auch Beil-Fall BGHSt 23, 119/121: oben A 41).

46 γ) Nach der üblichen Heimtückeformel (A 39) bleibt somit nur noch die Frage, ob A die Arg- und Wehrlosigkeit von E und T **bewußt ausgenutzt** hat. Dies ist jedenfalls dann unzweifelhaft, wenn man dafür genügen läßt, daß sich der Täter den Umstand, daß das Opfer in Unkenntnis der ihm drohenden Gefahr keine hinreichende Verteidigungsvorsorge getroffen hat, bewußt zunutze macht (vgl. BGHSt 6, 121). An dem dafür erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen Arg-und Wehrlosigkeit könnte es allenfalls dort fehlen, wo sich das Opfer (etwa weil gelähmt) selbst bei rechtzeitigem

A 46 Erkennen des Angriffs doch nicht hätte helfen können. So lag es hier aber gerade nicht. Denn wie die anschließende Flucht der E beweist, hätte sie sich keinesfalls mit A sorglos ins Bett begeben, wenn sie um seine Absicht gewußt hätte. Doch selbst wenn A erst während der Nacht den Tötungsentschluß gefaßt hat, ist damit ein bewußtes Ausnutzen der für ihn günstigen Situation nicht auszuschließen. Denn nach BGH soll Heimtücke weder ein verstecktes noch ein planvolles Vorgehen voraussetzen. Deshalb hatte er bis vor kurzem keine Bedenken, Heimtücke auch dort anzunehmen, wo sich der Täter von einer plötzlichen Eingebung oder heftigen Gemütsbewegung zu einem Ausnutzen der durch Arglosigkeit ermöglichten Wehrlosigkeit des Opfers hat hinreißen lassen (instruktiv dazu Enttäuschungs-Fall BGHSt 2, 60). Seit der BVerfG-Forderung nach Einschränkung der Mordkriterien (A 30) mehren sich jedoch die Fälle, in denen der BGH bei affektiver Gemütslage das Ausnutzungsbewußtsein verneint: so etwa bei Tötung des abtrünnigen Kindsvaters vor der Entbindung (BGH b. Holtz MDR 1978, 805) oder bei (versuchtem) „Mitnahmesuizid" (BGH GA 1979, 337). Zu weiteren Vorsatzproblemen vgl. Nr. 2 A 37ff. – Im vorliegenden Fall hingegen wäre selbst mit dieser Rspr Heimtücke schwerlich auszuschließen; denn hatte nicht A die Tötung seiner Familie und die Art seines Vorgehens reiflich überlegt?

47 δ) Wenn der BGH hier nun trotzdem zur Verneinung von Heimtücke kam, wie versucht er dies zu begründen? Indem er in das „Ausnutzen" ein aggressives Moment hineinliest: Heimtücke habe eine **feindliche Willensrichtung** des Täters gegen das Opfer zum Inhalt (E 9); fehlt es daran, wie vor allem dort, wo der Täter zum Besten des Opfers (Ersparen von Not oder Entehrung) zu handeln glaubt, so könne von einem Ausnutzen keine Rede sein (BGHSt 11, 143; zust. D-Tröndle § 211 Rn. 6, Maurach JuS 1969, 256, M-Schroeder II/1 § 2 III B 2c sowie Schwalm MDR 1957, 261, der bei jedwedem Handeln aus „achtenswerten Motiven" Heimtücke verneinen will).

48 Aber: Was ist gegen solche Einschränkungsversuche einzuwenden? Zum einen läßt sich schon rein sprachlich kaum daran deuteln, daß sich auch der „wohlmeinend" Tötende nun einmal die Situation des Opfers zunutze macht, um sein Ziel zu erreichen. Zum anderen wird damit schon deshalb keine wesentliche Einschränkung erreicht, weil nahezu jede Tötung auf einer feindlichen Willensrichtung beruht (bezeichnend dafür Tochtererdrosselungs-Fall BGH NJW 1978, 709) und zudem bei Nichtaufklärbarkeit der Beweggründe des Täters die Annahme einer feindlichen Willensrichtung nicht ausgeschlossen sein soll (so Kartoffelstampfer-Fall BGH b. Dallinger MDR 1974, 366). Vgl. zur Kritik auch Hassemer JuS 1971, 629f.

49 b) Deshalb geht die h. L. einen anderen Weg: Unter Rückgriff auf den allen Mordmerkmalen zugrundeliegenden Verwerflichkeitsgedanken (A 22) wird für Heimtücke ein **besonders verwerflicher Vertrauensbruch** verlangt (so namentlich Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale S. 232ff, Hassemer JuS 1971, 630, ferner Blei II § 6 II 2a, Bokkelmann II/2 § 3 IV Jescheck in Jescheck/Triffterer S. 127, 130, Horn SK § 211 Anm. 32f, Otto II § 4 II 2a, Welzel § 38 II 1b). Ein solcher Vertrauensbruch kann zwar, muß aber nicht notwendig in jeder Ausnutzung von Arg- und Wehrlosigkeit liegen. Denn über bloße Heimlichkeit oder Hinterlist hinaus ist für das Element der „Tücke" kennzeichnend, daß der Täter ein ihm entgegengebrachtes Vertrauen täuscht, indem er die Wehrlosigkeit seines Opfers, das sich gerade von diesem Täter keines Angriffs gewärtig ist, ausnutzt. Demzufolge ist Heimtücke vor allem in zwei Fallgruppen zu verneinen: Einmal dort, wo das Opfer schon konstitutionell nicht in der Lage ist, dem Täter Vertrauen entgegenzubringen oder einem etwaigen Angriff entweder selbst oder mit Hilfe Dritter entgegenzutreten. Das gilt insbes. für Bewußtlose und Kleinkinder: Bei diesen ist daher Heimtücke allenfalls dort anzunehmen, wo es der Täter darauf anlegt, sogar die natürlichen Abwehrinstinkte (z. B. gegen bittere Gifte) durch entsprechende Zusätze auszuschalten. Zum anderen ist Heimtücke dort auszuscheiden, wo dem Vertrauensbruch die besondere Verwerflichkeit fehlt. Und das läßt sich gerade in Fällen wie dem vorliegenden, wo der Täter zum Besten seines Opfers zu handeln glaubt, erreichen, ohne dazu auf derart widersprüchliche Begründungen wie der BGH (A 47f) zurückgreifen zu müssen. Gewiß, diese Heimtückedeutung ist nicht frei von Unschärfen. Doch ist diese Elastizität noch eher hinzunehmen als die starre Ausnutzungsformel des BGH. Befriedigendere Lösungen werden sich ohnehin erst erreichen lassen, wenn das Heimtückekriterium durch ein besseres ersetzt ist. Rechtspolitisch dazu Eser, DJT-Gutachten D 44ff, 180ff, Meyer JR 1979, 441ff.

50 *Zwischenergebnis:* Da der GrSSt nur zur Klärung des Heimtückebegriffes angerufen war, konnte er sich hier – im Ergebnis zutreffend – mit einer insoweit verneinenden Feststellung begnügen. Für uns hingegen bleibt zu fragen, ob das Öffnen des Gashahns

A 50 durch A nicht auch durch andere mordqualifizierende Tötungsmodalitäten (Grausamkeit, gemeingefährliche Mittel) erfaßbar wäre:

51 2. Als **grausam** wäre die Tötung mittels Gas zu bezeichnen, wenn damit dem Opfer Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zugefügt wurden, die nach Stärke oder Dauer über das für die Todesherbeiführung als solche erforderliche Maß hinausgehen (OGHSt 1, 95/9). Neben diesem objektiven *Übermaß*-Erfordernis verlangt die h.M. auch subjektiv ein Handeln des Täters aus *gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung* (vgl. Erstechungs-Fall BGHSt 3, 180, Jähnke LK § 211 Anm. 57 m.w.N.). Eine solche ist jedoch in der Regel schon darin zu erblicken, daß der Täter die Schmerzen in Kenntnis ihrer besonderen Wirkung zufügt (Blei II § 6 II 2b). Von einem solchen schmerzsteigernden Effekt kann hier weder objektiv noch subjektiv die Rede sein, da durch die bewußtseinsausschließende Wirkung des Gases die Schmerzempfindungsfähigkeit gerade ausgeschlossen ist. Jedoch kann auch bei einem an sich „schmerzlosen" Tötungsmittel die Grausamkeit u.U. darin liegen, daß das Opfer zuvor quälender Todesangst ausgesetzt wird: erschütternd instruktiv dazu der Judenerschießungs-Fall BGH NJW 1971, 1190f. Vgl. im übrigen auch S/S-Eser § 211 Rn. 27f.

52 3. Ob Vergasen als Töten **mit gemeingefährlichen Mitteln** betrachtet werden kann, hängt entscheidend von der Definition dieses umstrittenen Merkmals ab:

53 – Fordert man dafür ein *gemeingefährliches* Mittel i.S. der §§ 306ff (so Kohlrausch-Lange § 211 Anm. VIII 7), so würde hier die Grenze zum Mord allenfalls dann überschritten, wenn eine Gasexplosion (§ 311) oder ein Feuerausbruch (§ 306) zu befürchten wäre.

54 – Läßt man dagegen schon jede *abstrakte* Gefährlichkeit des Mittels genügen (so Horn SK § 211 Rn. 49f), so wäre bei unkontrollierbarem Ausströmenlassen von Gas Mord nicht auszuschließen.

55 – Richtigerweise ist jedoch mit der h.M. auf die *konkrete Nichtkontrollierbarkeit* des Tötungsmittels abzuheben, mit der Folge, daß dadurch über das Tötungsopfer hinaus auch andere Personen an Leib oder Leben gefährdet werden (Arzt I S. 41, Jähnke LK § 211 Rn. 59 m.w.N.). Das wird zwar bei Mitteln der §§ 306ff regelmäßig der Fall sein, muß es aber nicht. Demgemäß würde hier dieses Mordkriterium voraussetzen, daß durch Öffnen des Gashahns neben E und T auch noch andere Hausbewohner gefährdet worden wären. Dafür bestehen keine Anhaltspunkte.

56 **Ergebnis:** Eine Mordqualifikation nach Gruppe 2 scheidet aus. Auch für irgendwelche niedrigen *Beweggründe* i.S. der Gruppe 1 bestehen ebensowenig Anhaltspunkte wie für etwaige deliktische *Zwecke* der Gruppe 3: So wäre insbes. für Verdeckungsabsicht erforderlich, daß A das (bereits bekannte) Untreuedelikt selbst und nicht nur deren entehrende Folgen verschleiern wollte. Im übrigen näher zu diesen täterbezogenen Mordmerkmalen der nachfolgende Dorfschande-Fall Nr. 2. – Somit stellen sich abschließend nur noch folgende Fragen:

57 **IV. Totschlag (§ 212) und/oder Vergiftung (§ 229)?**

1. Daß das auf Tötung von E und T gerichtete Ausströmenlassen des Gases jedenfalls das Stadium eines **Totschlagsversuchs** erreicht hat, stand außer Frage. Warum aber glaubte das SchwG der T gegenüber nicht sogar *Vollendung* annehmen zu können? Dies wohl deshalb, weil T nicht durch das Gas, sondern durch das Erwürgen den Tod fand und A bei dieser Handlung bereits schuldunfähig geworden war. Allerdings ist damit allein Totschlagsvollendung nicht schon zwingend auszuschließen; vielmehr hängt dies nach den zum nachträglichen *Defekteintritt* entwickelten Grundsätzen davon ab, ob a) bei Eintritt der Schuldunfähigkeit des A bereits der Versuchsbereich erreicht war, und ob b) der weitere Tatverlauf lediglich als unwesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf zu beurteilen ist (näher dazu StrafR I Nr. 16 A 8ff, 16ff). Während ersteres hier außer Frage steht, läßt sich zumindest die normative Gleichwertigkeit von Vergasen und Erwürgen in Zweifel ziehen (vgl. aaO A 12f). Deshalb ist die Annahme bloßen Totschlagsversuchs auch gegenüber T jedenfalls vertretbar.

58 2. Inwieweit kommt daneben auch **Vergiftung** (§ 229) in Betracht? Dies könnte deshalb fraglich sein, weil A nicht nur mit Gesundheitsbeschädigungsabsicht, sondern mit Tötungsvorsatz gehandelt hat. Bei dem damit angesprochenen strukturellen Problem ist folgendes auseinanderzuhalten:

A 59 a) In *objektiver* Hinsicht besteht Einigkeit darüber, daß § 229 die Beibringung eines Stoffes voraussetzt, der nicht nur zu bloßer Gesundheitsbeschädigung (wie Unwohlsein, Magenkrämpfe oder sonstige vorübergehende Ausfallerscheinungen), sondern zur *Gesundheitszerstörung* i.S. von Tod, Siechtum oder ähnlichen chronischen Krankheitszuständen (Bewegungsbehinderung, dauernde Verdauungsstörungen) geeignet ist (vgl. Stechapfelsamentee-Fall BGH NJW 1979, 556). Als derartige *Stoffe* kommen neben dem beispielhaft genannten *Gift* jedwede organischen oder anorganischen Mittel wie auch mechanisch oder thermisch wirkende Substanzen (zerhacktes Glas, kochendes Wasser) und somit auch giftiges Gas in Betracht. Für die gesundheitszerstörende *Eignung* ist weniger die abstrakte Gefährlichkeit als vielmehr die *konkrete* Anwendung unter Berücksichtigung von Qualität und Quantität des Stoffes wie auch der Konstitution des Opfers maßgeblich (instruktiv dazu Rattengift-Fall BGHSt 4, 278). Für das **Beibringen** genügt jede Art des innerlichen Einführens oder äußerlichen Anwendens, durch die der Stoff im Innern des Körpers zur Wirkung kommen kann: Neben Einspritzen oder Einflößen von Flüssigkeiten zählt dazu insbes. auch das Einatmenlassen von Gas (vgl. im einzelnen Hirsch LK[9] § 229 Rn. 10). Noch weitergehend will der BGH sogar die nur äußerliche Einwirkung mit Gift genügen lassen: Verätzungs-Fall BGH NJW 1976, 1851 m. Anm. Meyer JuS 1977, 517 und Stree JR 1977, 342.

60 b) In *subjektiver* Hinsicht ist das Ziel der erforderlichen **Absicht** streitig:

61 – Nach h.M. ist gleichgültig, ob der Täter lediglich mit Gesundheits*beschädigungs*- oder u.U. auch mit *Tötungs*absicht handelt (vgl. Hirsch LK[9] § 229 Rn. 16 m.w.N.). Letzterenfalls stellt sich lediglich die Konkurrenzfrage zwischen Tötungsdelikt und Vergiftung. Auch genügt für Tatvollendung bereits das erfolgreiche Beibringen des Giftes. Deshalb ist hier unerheblich, daß A sein Tötungsziel durch Vergiftung nicht erreicht hat.

62 – Demgegenüber ist nach Schröder § 229 auf die Fälle zu beschränken, in denen der Täter mit bloßer Gesundheits*beschädigungs*absicht handelt (vgl. Schönke-Schröder[17] § 229 Rn. 9). Demzufolge müsse die Absicht hinter der objektiven Geeignetheit des Mittels zur Tötung zurückbleiben. Allenfalls dort, wo der Täter primär mit Beschädigungsabsicht handelt und den Tod lediglich eventualiter in Kauf nimmt, soll § 229 tatbestandlich in Betracht kommen.

63 Welche Auffassung verdient den Vorzug? Die erstgenannte (A 61), wie sich gerade bei der hier infragestehenden Kombination von *Totschlagsversuch durch Vergiftung* zeigt: Wäre bei Tötungsabsicht § 229 schon tatbestandlich zu verneinen, so könnte selbst dort, wo die Vergiftung nicht den erwünschten Tötungserfolg herbeigeführt hat, die Tatsache, daß die Tat immerhin bis zur Vollendung von § 229 gelangte, überhaupt nicht in Ansatz gebracht werden. Läßt man § 229 dagegen auch bei Tötungsabsicht eingreifen, so hat dieser Tatbestand zwar auf Konkurrenzebene hinter einem vollendeten Tötungsdelikt als subsidiär zurückzutreten, kann aber mit einem bloßen Totschlagsversuch ideell konkurrieren. Vgl. im einzelnen (auch zu Gegenauffassungen) S/S-Eser § 212 Rn. 19, 23, 25.

64 **Gesamtergebnis:** Demgemäß ist A wegen zweier tateinheitlicher Totschlagsversuche (gegenüber E und T) jeweils in Idealkonkurrenz mit vollendeter Vergiftung strafbar (§§ 212, 22, 229, 52).

65 **Schrifttum:** Zur **Systematik der Tötungsdelikte** sowie **allg. zu §§ 211–213** vgl. die Kommentare dazu (einschl. der Vorbem.) sowie *Arzt* I T. 2 B I–V; *Blei* II §§ 4–6; *Bockelmann* II/2 §§ 1–3, 5; *Krey* I Fall 1–8; *M-Schroeder* II/1 §§ 1, 2; *Otto* II §§ 2–5; *Welzel* § 38; *Wessels* II/1 § 2. Ferner *Arzt*, Die Delikte gegen das Leben, ZStW 83, 1; *Otto*, Straftaten gegen das Leben, ZStW 83, 39; *Riess*, Zur Abgrenzung von Mord und Totschlag, NJW 1968, 628; *Sax*, Der Grundtatbestand bei den Tötungsdelikten und bei der Abtreibung, ZStW 64, 393. Rechtsvergleichend: *Simson-Geerds*, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte, 1969. Zur **Reform der Tötungsdelikte** vgl. *Eser*, Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung (§§ 211–213, 217 StGB) neu abzugrenzen? Gutachten für den 83. Deutschen Juristentag, 1980; *Geilen*, Zur Entwicklung und Reform der Tötungstatbestände, JR 1980, 309; *Gössel*, Überlegungen zur Reform der Tötungsdelikte, DRiZ 1980, 281; *Gribbohm*, Zur Neuabgrenzung der Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung, ZRP 1980, 222; *Jescheck/Triffterer*, Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig? (Dok. über die mdl. Verhdl. vor dem BVerfG, 1977), 1978; *Rüping*, Zur Problematik des Mordtatbestandes, JZ 1979, 618; *Woesner*, Neuregelung der Tötungstatbestände, NJW 1980, 1136.

Speziell zu **Beginn und Ende des Lebensschutzes:** *Engisch*, Der Arzt an den Grenzen des Lebens, 1973; *Geilen*, Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts, FamRZ 1968, 121; *Lüttger*, Der Tod und das Strafrecht, JR 1971, 309; *Saerbeck*, Beginn und Ende

des Lebens als Rechtsbegriffe, 1974; *Stratenwerth,* Zum juristischen Begriff des Todes, Engisch-Festschr. 1969, 528.

Zu den **Mordmerkmalen,** insbes. den mordqualifizierenden Begehungsweisen: *Arzt,* Die Einschränkung des Mordtatbestandes, JR 1979, 7; *Geilen,* Heimtücke und kein Ende, Schröder-GS S. 235; *Hassemer,* Die Mordmerkmale, insbes. „heimtückisch" und „niedrige Beweggründe", JuS 1971, 626; *R. Lange,* Eine Wende in der Auslegung des Mordtatbestandes, Schröder-GS S. 217; *Maurach,* Die Mordmerkmale aus der Sicht des § 50 StGB, JuS 1969, 249 ff; *M.-K. Meyer,* Zu den Begriffen der Heimtücke und der Verdeckung einer Straftat, JR 1979, 441, 485; *Rengier,* Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187, MDR 1979, 970; 1980, 3; *Sonnen,* Zur Problematik des § 211 StGB, JA 1980, 35; *Woesner,* Moralisierende Mordmerkmale, 1978, 1025.

Zur **Vergiftung:** *Blei* II § 16 III; *Bockelmann* II/2 § 15; *Krey* I Fall 20–20 b; *M-Schroeder* § 11 II; *Otto* II § 81; *Welzel* § 40 III; *Wessels* II/1 § 7 II; ferner die Kommentare zu § 229.

Mordqualifizierende Motive und Ziele (§ 211) – insbes. „niedrige Beweggründe" und „Verdeckungsabsicht" – Mordvorsatz – Kindestötung (§ 217)

BGHSt 9, 180: Dorfschande-Fall

2 StR 432/55 v. 27. 1. 1956 = NJW 1956, 1040

SV **Sachverhalt:** Als bei der unehelich schwangeren T die Geburtswehen einsetzten, wußte ihre Mutter E zunächst nicht, um welche Art von Beschwerden es sich dabei handele. Deshalb schickte sie ihren Ehemann A auf den Weg zu einem Arzt. Als dann das Kind zur Welt kam und der E die nichteheliche Mutterschaft der T bewußt wurde, fürchtete sie um ihr Ansehen im Dorf. Deshalb würgte sie das Neugeborene am Hals, um es zu töten. Als A hinzukam, zeigte sie ihm die blutunterlaufenen Würgestellen und bat ihn weiterzumachen, damit der Arzt, der sie sonst sicherlich anzeigen werde, das Kind gar nicht mehr zu sehen bekomme. Nachdem A das Kind nach weiterem Würgen mehrmals gegen den Bettpfosten geschlagen hatte, hielten sie es für tot. Als bald darauf, nachdem A inzwischen voller Entsetzen über das Geschehene weggegangen war, die E das Kind erneut atmen sah, schlug sie es noch mehrmals mit dem Kopf gegen die Wand, bis der Tod eintrat.

P **Zur Problemstellung:** Das SchwG fand die E eines *vollendeten Totschlags* nach § 212 schuldig, den A lediglich eines Totschlags*versuchs* (§§ 212, 22). Zu dieser allgemeinen Täterschaftsfrage hat jedoch der BGH zu Recht befunden, daß sich der A das Handeln der E nach *Mittäterschafts*regeln zurechnen lassen müsse und daher ebenfalls wegen Totschlagsvollendung zu bestrafen sei (BGHSt 9, 181f; näher dazu StrafR II Nr. 39).

– Aber: warum kam nicht sogar *Mord* in Betracht? Könnte nicht im Töten aus Angst vor Schande ein *„niedriger Beweggrund"* i.S. von § 211 II Gruppe 1 erblickt werden? Oder bräuchte sich der A ein solches Motiv der E nicht zurechnen zu lassen?

– Oder könnte ihm *„Verdeckungsabsicht"* i.S. der Gruppe 3 angelastet werden? Könnte dem entgegenstehen, daß A nicht eine eigene, sondern eine Vortat der E verdecken wollte?

Bei der Stellungnahme des BGH zu diesen Fragen bleibt zu beachten, daß die StA lediglich den Schuldspruch gegenüber A angefochten hatte und damit die Verurteilung der E wegen vollendeten Totschlags (§ 212) rechtskräftig wurde. Daher konnte nur gegenüber A die Mordfrage aufgeworfen werden. Dazu meint der BGH:

E 1 **Aus den Gründen: [182]** „Als sich A entschloß, das Kind zu töten, um in Übereinstimmung mit dem Bestreben seiner Ehefrau [E] das bisher Geschehene dem Arzt gegenüber zu verdecken, handelte er auch, um eine andere Straftat, nämlich die schon versuchte Tötung des Kindes durch seine Frau, zu verdecken. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß unter ‚andere Straftat' nach § 211 auch die Straftat einer anderen Person zu verstehen ist, nicht nur eine eigene Straftat des Täters. Als selbstverständlich wird die eigene Straftat des Täters als eine ‚andere Straftat' in diesem Sinne in der Rspr. angesehen (vgl BGH LM
2 Nr 10 zu § 211, NJW 1955, 1119, BGHSt 7, 287, 327). Insofern wird sohin auch eine Selbstbegünstigung, die in der Verdeckung einer eigenen Straftat liegt, bei der Tötung eines Menschen als Mord gewertet, obwohl sonst das Gesetz in der Regel die Selbstbegünstigung als Strafausschließungs- oder Strafmilderungsgrund gelten läßt (vgl §§ 157, 257 a.F. [jetzt § 258]). Dann ist aber erst recht kein Grund ersichtlich, der eine andere Beurteilung rechtfertigen könnte, wenn der Täter tötet, nicht um eine *eigene*, sondern um eine *fremde* Straftat zu verdecken. Auch lassen Wortlaut und Sinn des Gesetzes in dieser
3 Hinsicht keine Einschränkung **[183]** seiner Anwendung zu. Daß hier für die E die Tötung des Kindes eine Tat war, an der sich der A erst später beteiligte, steht der Überlegung nicht entgegen, daß im Zeitpunkt seines Entschlusses für ihn die von der E schon begangenen Ausführungshandlungen zur Tötung des Kindes eine andere Tat bildeten.

4 Das Vorhandensein weiterer Antriebe zur Tat schließt Verdeckungsabsicht im Sinne des § 211 II nicht aus (vgl OGH NJW 1949, 910).

5 Obwohl für die [frühere Mitangeklagte] E rechtskräftig verneint ist, daß sie aus niedrigen Beweggründen i.S. des § 211 II gehandelt hat, bedarf diese Frage für den A nunmehr erneuter Prüfung.

Bei der E „brandeten" wegen der unehelichen Mutterschaft der Tochter „Zorn und Scham empor, daß gerade ihr, die sie glaubte, in den Augen der Umwelt als besonders fromm dazustehen, dies hatte passieren müssen". In ihrer heftigen Gemütsbewegung

E 5 beherrschte sie „haßerfüllt und gefühlskalt" gegenüber dem soeben zur Welt gekommenen kleinen Menschenwesen, ohne daß sie sich irgendwie um die mütterlichen Gefühle ihrer Tochter kümmerte, *ein* Gedanke: „Das Kind muß weg, die Schande darf nicht offenbar werden." Nach diesem Sachverhalt des Urteils opferte sie ihrem Geltungsbedürfnis und ihrem übersteigerten Ehrgefühl ein junges Menschenleben, für das sie als Großmutter besondere Pflichten hatte. Darin findet der Senat – entgegen der Auffassung des SchwG – einen niedrigen Beweggrund.

6 Die Schuld des A ist besonders festzustellen (§ 50 a. F. [jetzt §§ 28, 29]). Für die Frage,
7 ob auch er aus niedrigen Beweggründen tätig geworden ist, kommt es auf die ganzen
8 Umstände an, unter denen er die Tat vorgenommen hat (vgl BGH NJW 1954, 565). Dabei kann das Verhältnis des Anlasses zur Tat zu dem vorsätzlich bewirkten verbrecherischen Erfolg nicht unberücksichtigt bleiben. Ein grobes Mißverhältnis zwischen Ursache und Ausführung einer solchen Tat kann die Beweggründe verwerflicher erscheinen lassen.
9 Falls hiernach das SchwG feststellt, daß auch den A solche Beweggründe wie die E zur Tat bestimmt haben, läge ein **[184]** niedriger Beweggrund vor. Bei ihm wäre dann Mord zu bejahen."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Nachdem im *Vollziehungsbeamten-Fall* Nr. 1 die allgemeine Mordproblematik sowie speziell die mordqualifizierenden Tatmodalitäten der Gruppe 2 im Mittelpunkt standen, treten hier die *Motive* der Gruppe 1 (I) und die *Zielsetzungen* der Gruppe 3 (II) in den Vordergrund. Auch bleibt zu Inhalt und Struktur des Mord*vorsatzes* noch zusammenfassend Stellung zu nehmen (III). Den Abschluß bilden Teilnahmefragen (IV), wobei insbes. zu erörtern ist, wie A und E zu beurteilen wären, wenn sie sich an einer *Kindestötung* (§ 217) durch T beteiligt hätten (V).

2 **I. Mordqualifizierende Motive (Gruppe 1).**

Als solche nennt § 211 II *Mordlust, Befriedigung des Geschlechtstriebs, Habgier* sowie *sonstige niedrige Beweggründe.* Dabei bilden letztere den Sammelbegriff für die übrigen beispielhaften Konkretisierungen (OGHSt 1, 95/9), zu denen im Grunde auch die Zielsetzungen der Gruppe 3 zu rechnen wären (A 16). Schon im Interesse größtmöglicher TB-Bestimmtheit (vgl. StrafR I Nr. 2 A 9ff) ist daher in Fallbearbeitungen zunächst immer nach gesetzlich konkretisierten Motivationen zu fragen, bevor man auf unbenannte niedrige Beweggründe zurückgreift. Da hier jedoch für ein spezielles Mordmotiv kein Anhaltspunkt bestand, konnte sich der BGH sofort der Frage nach einem sonstigen niedrigen Beweggrund zuwenden (E 5).

3 1. Unter **niedrigen Beweggründen** sind nach der vielzitierten *Formel* in **BGHSt 3, 132/3,** wo zwecks ungestörter Fortsetzung eines ehebrecherischen Verhältnisses die Ehefrau beseitigt wurde, solche Motive zu verstehen, die

„nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen, durch ungehemmte, triebhafte Eigensucht bestimmt und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich sind".

Was läßt sich aus solchen, zugegebenermaßen moralisierend pleonastischen Formulierungen entnehmen? Immerhin so viel:

4 – *Maßstab* für die Einschätzung eines Motivs als „niedrig" sind die in der Rechtsgemeinschaft als sozialethisch verbindlich anerkannten Anschauungen. Deshalb ist weder einseitig auf laxe Moralvorstellungen des Täters noch andererseits auf subjektive Sittenstrenge des einzelnen Richters, sondern auf das Wertbewußtsein „kompetenter Beurteiler" (vgl. Sitzstreik-Fall Nr. 12 A 49) abzuheben. Das gilt grundsätzlich auch für die Tatmotivation von Ausländern, nach deren Kulturkreis das fragliche Motiv möglicherweise als weniger schwerwiegend eingeschätzt wird (vgl. Feldweg-Fall BGHSt 22, 77/9: Blutrache für Vergewaltigung der Ehefrau, aber auch Türken-Fall BGH NJW 1980, 537 m. Anm. Köhler JZ 1980, 238). Doch kann solchen abweichenden Wertvorstellungen im Rahmen der Gesamtwürdigung (Vollziehungsbeamter-Fall Nr. 1 A 30) schuldmindernd Rechnung getragen werden (vgl. auch Gummirohr-Fall GA 1967, 244).

5 – Gemessen an diesem Maßstab muß ihrem *Grad* nach die Motivation auf niedrigster Stufe stehen. Deshalb genügt nicht schon „schlichte" Sittenwidrigkeit, sondern nur ein solches Maß an Verwerflichkeit, das die im „Durchschnittsfall" der vorsätzlichen Tötung liegende Verwerflichkeit der Motivation erheblich übersteigt.

6 – Ob dies der Fall ist, ist jedoch nicht in isolierter Betrachtung des dominanten Motivs, sondern unter Berücksichtigung der *Gesamtumstände* zu beurteilen (E 7), wobei dem Mißverhältnis von Tatanlaß und Erfolg (E 8), d. h. der groben Unverhältnismäßigkeit zwischen dem Wert der bezweckten Wirkungen (Aufrechterhaltung des Ansehens im Dorf) und dem Unwert des dafür eingesetzten Mittels (Tötung des Neugeborenen) besonderes Gewicht zukommt, aber auch Art und Ursache der eigenen Lage des

A 6 Tötens von Bedeutung sind: instruktiv dazu Exhibitionismus-Fall BGH NJW 1954, 565. Vgl. auch Arbeitsscheu-Fall BGH NJW 1967, 1140, wo freilich entlastende Persönlichkeitsdefekte unterschätzt sein dürften.

7 Demgemäß wurde **beispielsweise** in folgenden Fällen ein niedriger Beweggrund angenommen: Bei Tötung aus Wut über verweigerten Geschlechtsverkehr (BGHSt 2, 60), zur Beseitigung der dem ehebrecherischen Verhältnis im Wege stehenden Ehefrau (BGHSt 3, 133, BGH NJW 1980, 1402), aus Rachsucht (BGH NJW 1958, 189, BGHSt 28, 210/2), Rassenhaß (BGHSt 18, 37; 22, 375/6; dazu StrafR II Nr. 42) oder „Lust an körperlicher Mißhandlung" (vgl. BGH GA 1980, 22). Dagegen kommt es bei Eifersucht entscheidend auf die Umstände des Einzelfalles an (BGHSt 3, 180/2; 22, 12/3). Bedeutsam ist dabei vor allem der Grad von Eigensucht, wie er insbes. auch in übersteigertem Neid oder Geltungsdrang zum Ausdruck kommen kann (BGH b. Dallinger MDR 1969, 723). Weiteres Fallmaterial bei Eser DJT-Gutachten D 39ff; speziell zur Differenzierung bei politischen Motiven vgl. Geilen Bockelmann-FS S. 613ff, S/S-Eser § 211 Rn. 20.

8 *Zwischenergebnis* für den vorliegenden Fall? Zwar ist die Angst vor gesellschaftlicher Schande eine menschlich begreifliche Reaktion. Jedoch wiegt die Unverhältnismäßigkeit der „Ehrenrettung" mittels Tötung um so schwerer, als es der E nur um die äußere Fassade ihrer Scheinfrömmigkeit ging und sie sich offensichtlich auch rücksichtslos über die Gefühle ihrer Tochter hinwegsetzte. Deshalb hat der BGH die Motivation der E im Ergebnis zu Recht als niedrig eingestuft (E 5, 8). – Inwieweit dies auch dem A zugerechnet werden kann, bleibt zu untersuchen (A 44). Doch zuvor seien in einem Exkurs auch noch die speziellen Mordmotive (A 9ff) sowie die mordqualifizierenden Zielsetzungen (A 16ff) beleuchtet:

9 2. Aus **Mordlust** handelt, wer „aus einer unnatürlichen Freude an der Vernichtung eines Menschenlebens" tötet (BGH NJW 1953, 1440). In jenem Fall glaubte der BGH eine solche Freude offenbar daraus entnehmen zu können, daß der Metzgergeselle, nachdem er das ihm treulos gewordene Bauernmädchen nach mehreren Fehlschüssen schließlich tödlich getroffen hatte, noch einmal „triumphierend" in die Luft ballerte (Jagusch LM Nr. 24 zu § 211). Daß dabei auch andere mordqualifizierende Motive (wie Eifersucht, sexuelle Stimulanz) mitspielen können, schließt Mordlust jedenfalls solange nicht aus, als diese als dominant zu betrachten ist. Das kann vor allem auch bei „sportlichem Jagen" von Opfern (Horn SK § 211 Rn. 9) oder ähnlich sadistischen Tötungen der Fall sein (vgl. Otto II § 4 II 1). Freilich wird dabei nicht selten bereits die Grenze zu pathologisch bedingter Schuldunfähigkeit (§§ 20, 21) überschritten sein (vgl. Arzt I S. 41f).

10 3. **Zur Befriedigung des Geschlechtstriebs** tötet, wem die Tötung seines Opfers als Mittel zu sexueller Befriedigung dient. Das wird vor allem in drei Formen praktisch:

11 – Als *Lustmord* i.e.S., wo sich der Täter durch den Tötungsakt als solchen sexuelle Befriedigung verschaffen will (vgl. Interruptus-Fall BGHSt 7, 353/4).

12 – Als *Nekrophilie*, wo das Opfer getötet wird, um sich an seiner Leiche zu vergehen (Studentin-Fall OGHSt 2, 337/9).

13 – Als *Vergewaltigungsfolge*, wo sich der Täter an sich nur am lebenden Opfer vergehen will, aber als Folge der Vergewaltigung dessen Tod zumindest billigend in Kauf nimmt. Während der Lustmord i.e.S. als mordqualifizierend unbestritten ist, glaubte Schröder die beiden anderen Fälle allenfalls über die sonstigen „niedrigen Beweggründe" erfassen zu können. Demgegenüber wurde jedoch in **BGHSt 19, 101,** wo die S an einem Taschentuch erstickte, das ihr der A um den Hals geknotet hatte, um ungestört – auch um den Preis ihres Lebens – zum Geschlechtsverkehr zu kommen, zutreffend ausgeführt:

[105] „Der Wortlaut der Vorschrift zwingt nicht zu solcher Einschränkung [d.h. auf Lustmord i.e.S.], der Zweck steht ihr entgegen. Das Gesetz sieht die Tötung zur Befriedigung des Geschlechtstriebs als besonders verwerflich an, weil der Täter das Leben eines Menschen der Befriedigung seiner Geschlechtslust unterordnet. An den Tötungsvorsatz stellt das Gesetz insoweit keine höheren Anforderungen als in § 212. Wer gegen sein Opfer Gewalt anwendet, um seine Geschlechtslust ungestört befriedigen zu können und dabei den Tod des Opfers als mögliche Folge billigend in Kauf nimmt, tötet somit zur Befriedigung des Geschlechtstriebs auch dann, wenn die Triebbefriedigung vor dem Tod des Opfers erreicht werden soll und erreicht wird. Der mit bedingtem Tötungsvorsatz handelnde Sittlichkeitsverbrecher, der den Tod seines Opfers verursacht, ist daher regelmäßig als Mörder zu bestrafen." Im gleichen Sinne die heute h.L. (vgl. S/S-Eser § 211 Rn. 16 m.w.N.).

A 14 Im übrigen ist nicht erforderlich, daß der Täter sein sexuelles Ziel tatsächlich erreicht; denn da es lediglich auf die Motivation ankommt („zur" Geschlechtsbefriedigung), käme im Halsknoten-Fall (A 13) auch dann Mord in Betracht, wenn die S noch vor dem Geschlechtsakt erstickt wäre und A daraufhin von ihr abgelassen hätte. Wesentlich ist hingegen, daß der Täter zur *Befriedigung* und nicht nur zur Erregung seines Geschlechtstriebes tötet; letzterenfalls kommt jedoch ein sonstiger niedriger Beweggrund (A 7) in Betracht.

15 4. Für **Habgier** ist die Opferung von menschlichem Leben für Vermögensinteressen kennzeichnend. Streitig ist dabei lediglich der *Grad* dieses Mißverhältnisses zwischen Tötung und Bereicherungsinteresse: Während eine Mindermeinung schon jedes Töten um eines Vermögensvorteils willen genügen läßt (Arzt I S. 42ff; vgl. auch Horn SK § 211 Rn. 12), fordert die h.M. ein „Gewinnstreben, das in seiner Rücksichtslosigkeit das gewöhnliche Maß weit übersteigt" (Unterhaltspflicht-Fall BGHSt 10, 399). Und dies wohl zu Recht: Gewiß ist Gewinnstreben auf Kosten fremden Lebens schon von Grund auf unverhältnismäßig und daher verwerflich; doch gilt dies für jede egoistische Motivation, die über fremdes Leben hinweggeht. Soll daher Mord von einem *besonderen* Grad von Verwerflichkeit abhängig bleiben (vgl. Vollziehungsbeamten-Fall Nr. 1 A 29ff), so kann auch für Habgier nicht schon jedes Vorteilsstreben, sondern nur ein solches genügen, welches als ein „Streben nach Geld um jeden Preis – auch um den Preis eines Menschenlebens" (OGHSt 1, 365/6) jedes Maß vermissen läßt. Das setzt nicht unbedingt das Hinzugewinnen von neuen Gütern voraus, sondern kann auch im Bewahrenwollen des Besitzstandes oder gar in der Befreiung von finanziellen Belastungen liegen (vgl. Unterhaltspflicht-Fall aaO, Jähnke LK § 211 Rn. 8, Lackner § 211 Anm. 6, M-Schroeder II/1 § 2 III B 1d; abw. D-Tröndle § 211 Rn. 4, Welzel § 38 II 1 aγ). Wären daher A und E im vorliegenden Dorfschande-Fall bestrebt gewesen, mit dem Tod des unerwünschten Kindes eine materielle Last loszuwerden, käme auch Habgier in Frage. Allerdings kommt es in derartigen Fällen auch wesentlich auf die Würdigung der *Gesamtumstände* an, so daß insbes. bei Abwendung einer akuten Notlage Mord entfallen kann (vgl. Nr. 1 A 30). Entsprechendes hat für Fälle zu gelten, wo der Täter einen (tatsächlich oder vermeintlich) begründeten Anspruch gewaltsam durchsetzen will (vgl. Gläubiger-Fall OLG Hamburg NJW 1948, 350, Otto II § 4 II 1c). Prototyp des Habgierigen sind der Raubmörder und der für Lohn Gedungene. *Rechtspolitisch* zu Beschränkung auf Gewinnsucht vgl. Eser DJT-Gutachten D 175f.

16 **II. Mordqualifizierende Zielsetzungen (Gruppe 3).**

Neben dem „niedrigen Beweggrund" des Schandeabwehrmotivs (A 8) kam hier auch die *Absicht der Ermöglichung oder Verdeckung einer Straftat* in Betracht. Auch bei diesen Mordmerkmalen handelt es sich im Grunde um konkretisierte „niedrige Beweggründe" (vgl. BGHSt 11, 226/8: unten A 24). Jedoch besteht ein Unterschied zu den *Motivationen* der Gruppe 1 insofern, als jene lediglich als tatanstoßende Triebfeder gewirkt haben müssen, während die *Absichten* der Gruppe 3 auf einen bestimmten Erfolg ausgerichtet und damit durch eine gesetzlich umschriebene Zielrichtung gekennzeichnet sind. Zu sonstigen Deutungsversuchen vgl. Arzt I S. 42ff.

17 1. Dabei besteht zwischen den beiden Absichten lediglich ein Unterschied in der *Zielrichtung:*

18 – Die **Ermöglichungsabsicht** zielt darauf ab, durch die Tötung die Begehung *weiteren* kriminellen Unrechts zu ermöglichen. Insofern ist diese Absicht vorwärts gewandt: z.B. Tötung des Opfers, um hinterher seine Wohnung auszurauben; Ausschaltung des Gefängniswärters durch meuternde Strafgefangene, um aus der Strafanstalt auszubrechen.

19 – Demgegenüber besteht bei der **Verdeckungsabsicht** die besondere Verwerflichkeit darin, daß getötet wird, um eine bereits *begangene* Tat zu verdecken. Insofern ist diese Absicht rückwärts gewandt: Tötung des Vortatopfers, um es mundtot zu machen, oder des Verfolgers oder Tatzeugen, um die Aufdeckung zu verhindern.

20 – Doch können beide Absichten auch **zusammentreffen:** so bei Verdeckung des nur bis zum Versuch gediehenen Diebstahls, um dessen Vollendung durch Raub zu ermöglichen (instruktiv dazu Wollschal-Fall OGHSt 2, 19/21).

21 2. Das *Zielobjekt* ist für beide Absichten das gleiche: es muß sich um eine zu ermöglichende bzw. zu verdeckende **Straftat** handeln. Dafür kommt nur eine kriminell strafbare Handlung i.S.v. § 11 I Nr. 5 in Betracht, also ein Verbrechen oder Vergehen (§ 12), nicht dagegen eine bloße Ordnungswidrigkeit. Geht es daher dem Täter lediglich

A 21 um die Verdeckung eines Parkverstoßes, weil er seine Eintragung in die Verkehrssünder-Kartei befürchtet, so ist dies allenfalls als „niedriger Beweggrund" (A 3) erfaßbar. Unerheblich ist dagegen, ob es sich bei der zu ermöglichenden oder zu verdeckenden Straftat um eine *eigene* oder *fremde* handelt; insoweit ist der Begründung des BGH (E 1 f) nichts hinzuzufügen. Deshalb stand im *vorliegenden* Fall der Annahme von Verdeckungsabsicht auch nicht entgegen, daß sich der A mittäterschaftlich an der Tötung durch E beteiligte.

22 3. Fraglich geworden ist jedoch zum **Verhältnis von Vortat und Verdeckungstötung** (bzw. von *Ermöglichungstötung und Nachtat*), inwieweit sie jeweils zusammenfallen können oder eine gewisse Zäsur zwischen ihnen bestehen muß: Wäre hier Verdekkungsabsicht etwa auch dann zu bejahen, wenn sich A nicht erst nach dem zunächst abgebrochenen Tötungsversuch der E, sondern bereits zuvor in das Tötungsgeschehen eingeschaltet hätte? Auch in diesem Punkt sind aufgrund des BVerfG-Urteils (Nr. 1 A 30) jedenfalls bei Verdeckungsabsicht gewisse Einschränkungen in der Rspr zu beobachten: Nach *bisheriger* Rspr brauchte die Tötung zu der zu ermöglichenden bzw. zu verdeckenden Tat nicht unbedingt in Tatmehrheit zu stehen, sondern konnte auch *tateinheitlich* mit ihr zusammenfallen: vgl. Blutrausch-Fall BGHSt 7, 325/7 sowie Kartoffelstampfer-Fall BGH b. Dallinger MDR 1974, 366.

22a Demgegenüber ist seit dem *1. Prostituierten-Fall* **BGHSt 27, 346/9** in Grenzfällen *„engen zeitlichen und sachlichen Zusammentreffens von Vortat und Verdeckungstat"* das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht auszuschließen, da dort, wo die Vortat „nahtlos" in die Verdeckungstötung übergeht, nicht von einer „anderen" zuvor begangenen Tat gesprochen werden könne. Wie im *2. Prostituierten-Fall* BGH JR 1979, 470 zusammenfassend formuliert, geht es dabei um die Ausgliederung von Fällen, in denen „Vortat und Verdeckungstat sich gegen das Rechtsgut von Leib und Leben richten, unmittelbar ineinander übergehen und einer unvorhergesehenen Augenblickslage entspringen": wie etwa bei einer aus Verärgerung begonnenen Mißhandlung, zu deren Verdeckung schließlich das Opfer getötet wird.

22b Von diesem Erfordernis einer sowohl **zeitlichen wie emotionalen „Zäsur"** zwischen Vortat und Verdeckungstötung scheint jedoch praktisch wenig üblich zu bleiben; denn wie in anderen Fällen ausgeführt, ist Verdeckungsabsicht nicht nur dort zu bejahen, wo der Täter die Tötung bereits *im voraus geplant* hatte (vgl. BVerfGE 45, 267 sowie das obiter dictum im Familienbekannten-Fall BGHSt 27, 281/3), sondern auch da, wo er nach Ablassen von seinem Opfer aufgrund eines *neuen Entschlusses* zur Tötung übergeht (vgl. Rempelei-Fall BGH NJW 1978, 2105) bzw. wo er sein Angriffs*ziel* oder Angriffs*mittel ändert* (vgl. Beschwichtigungs-Fall BGH NJW 1979, 426).

22c Instruktiv zu dieser *Relativierung des Zäsurerfordernisses* der *Stieftocher-Fall* **BGHSt 28, 77,** wo der A von seiner getrennt lebenden Frau angezeigt worden war, deren 11-jährige Tocher sexuell mißbraucht zu haben. Um sie von dieser Anzeige abzubringen und einen nochmaligen Versöhnungsversuch zu machen, drang er in die Wohnung seiner Frau ein, wobei er, um sich erforderlichenfalls gegen einen etwaigen Nebenbuhler wehren zu können, in seiner Aktentasche ein Fleischermesser mit sich führte. Als er in der Wohnung unerwartet nur seine Stieftochter antraf und es mit dieser zu einem Wortwechsel kam, wobei er sie mehrmals vergeblich zum Schweigen aufgefordert hatte, begann er sie zu mißhandeln. Nachdem sie nach kurzer Benommenheit wieder zu sich kam und er sich plötzlich der Strafbarkeit seines Tuns bewußt wurde, entschloß er sich, sie als Belastungszeugin durch Tötung mit dem Fleischermesser zu beseitigen. Im Unterschied zu den vom 2. Senat nur als Totschlag eingeordneten Prostituierten-Fällen (A 22a) hat hier der 1. Senat (i.E. wohl zu Recht) *Verdeckungsabsicht bejaht;* denn:

[80] „a) Die Vortat und die Verdeckungstat sind hier nicht aus einem vom Täter nicht erwarteten Konflikt heraus erwachsen. Der A ist vielmehr bereits in rechtswidriger Weise in die Wohnung seiner Ehefrau eingedrungen. Da er mit einer tätlichen Auseinandersetzung in irgendeiner Form rechnete, führte er ein Messer mit sich. Der wider Erwarten in der Wohnung angetroffenen Stieftocher ... begegnete er von Anfang an in feindseliger Haltung ..." **[81]** Demgegenüber lag in den vom 2. Strafsenat entschiedenen Fällen [A 22a] „jeweils eine vom Täter von vornherein nicht gesuchte Konfliktlage zugrunde, in die er auf eine von ihm nicht zu vertretende Weise hineingeraten war und die ihn zu spontanem Handeln veranlaßte, indem er in einer fortschreitenden Reihe von Tätlichkeiten vom Körperverletzungsvorsatz im Rahmen eines insgesamt einheitlichen Geschehens schließlich wiederum spontan zum Tötungsvorsatz überging. Diese besondere psychische Lage des Täters kann seinem Verhalten ausnahmsweise die besondere Verwerflichkeit, die der Tötung zur Verdeckung einer anderen Straftat ansonsten im Regelfall

A 22c anhaftet, nehmen. Im vorliegenden Falle fehlt indessen diese spezifische Spontaneität, weil für den Angeklagten die Konfliktsituation nicht überraschend kam.

b) Hinzu kommt, daß ... die Vortat und die Verdeckungstat hier nicht dieselbe Angriffsrichtung aufweisen. Während dort die Vortat ihr Gepräge durch das Verletzenwollen des Opfers erhielt und damit – als Steigerung – die Tötungsfolge bereits dem Grunde nach in ihr angelegt war, stand bei dem Handeln des A eindeutig der Nötigungswille im Vordergrund. Es ging ihm darum, seine Stieftocher dazu zu bringen, ihre Vorwürfe, sie sexuell mißbraucht zu haben, zu unterlassen ... Die Körperverletzung stellte dabei nur eine – notwendige – Nebenfolge des Angriffs auf die Selbstbestimmung des Opfers dar. Der Täter aber, der nach einem derart begrenzten Vorhaben die Angriffsrichtung ändert und, wenn auch übergangslos, auf eine Tötung dessen, der zunächst nur in seiner Willensentschließung beeinflußt werden sollte, abzielt, hat nach allem eine höhere Hemmungsschwelle zu überwinden als derjenige, dem es von **[82]** Anfang an nur oder doch in erster Linie auf die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit des Opfers ankam.

c) Dieser Wechsel in der Zielsetzung des Angriffs ist hier noch äußerlich begleitet von dem Wechsel des Angriffsmittels, nämlich dem Übergang vom Würgegriff zum Stechen mit dem Messer. ... In den Fällen jedenfalls, in denen mit dem Wechsel des Angriffsmittels auch eine Änderung der Tatrichtung hinsichtlich des angegriffenen Rechtsguts, nämlich ein Übergang vom Nötigungsvorsatz zum alleinigen Körperverletzungs- bzw. Tötungsvorsatz gefunden ist, kann selbst bei rechtlich einheitlichem Tatgeschehen von einem Grenzfall engen zeitlichen und sachlichen Zusammentreffens von Vortat und Verdeckungstat (vgl. BGHSt 27, 346) nicht gesprochen werden".

22d Wie ist danach der *vorliegende* Fall zu beurteilen? Während nach der BGH-Praxis zur Tatzeit Verdeckungsabsicht in Betracht kam, wäre dem heutigen Zäsur-Erfordernis wohl nicht genügt, nachdem sich aufgrund eines spontanen Entschlusses das Tatgeschehen nahtlos bis zur letztendlichen Tötung gesteigert hat.

23 **4.** Problemträchtig sind bei diesem Mordmerkmal auch noch einige mit der **Absicht** zusammenhängende Fragen: Wie etwa wäre die irrige Annahme des Täters, daß die Tötung entschuldigt sei, zu behandeln? Kommt Verdeckungsabsicht auch dann noch in Betracht, wenn der Täter die Tat als solche bereits entdeckt weiß, aber seine eigene Mitbeteiligung verbergen möchte? Wie, wenn er primär fliehen will und den Tod des zurückgelassenen Raubopfers lediglich eventualiter in Kauf nimmt? Damit sind dreierlei Fragen angesprochen: solche der inhaltlichen *Vorstellung* (a), des *Zieles* (b) und der *Intensität* der Absicht (c).

24 a) Zum *Inhalt* der Absicht: Da, wie für Absichtsdelikte typisch, der beabsichtigte Erfolg nicht unbedingt eintreten muß, braucht weder die zu verdeckende Tat tatsächlich begangen worden noch die zu ermöglichende Tat objektiv überhaupt begehbar zu sein. Entscheidend ist vielmehr allein die darauf gerichtete **Vorstellung des Täters:** Er muß subjektiv davon ausgehen, daß es sich bei der durch die Tötung zu ermöglichenden bzw. zu verdeckenden Tat um eine Straftat handelt. Dementsprechend kommt Ermöglichungs- oder Verdeckungsabsicht auch dort in Betracht, wo der Täter eine objektiv als Notwehr gerechtfertigte Tat *fälschlich für strafbar* hält. Dazu wird im *Wasserflaschen-Fall* **BGHSt 11, 226,** wo A den verletzten Angreifer tötet, weil er glaubt, sich durch dessen Verletzung im Zuge des Abwehrgerangels bereits strafbar gemacht zu haben, ausgeführt:

[228] „Das Gesetz findet [bei der Ermöglichungs- und Verdeckungsabsicht] die besondere Verwerflichkeit der Tötung, wie bei der ersten Fallgruppe des § 211 II, in der Niedrigkeit des Beweggrundes; niedrig deshalb, weil der Täter das Leben eines Mitmenschen so sehr mißachtet, daß er seine Vernichtung als Mittel zur Verdeckung eigenen strafbaren Unrechts einsetzt (BGHSt 7, 287/290). Dieser Beweggrund ist somit der Maßstab für die Bewertung der Tat; er allein bestimmt den besonderen Unwert der Tötung und charakterisiert sie als Mord. Es kann deshalb nicht darauf ankommen, ob der erstrebte Zweck überhaupt erreichbar ist. Ebenso ist es rechtlich bedeutungslos, ob die andere Straftat, die der Täter verdecken will, in Wirklichkeit begangen ist oder nicht; sie ist kein Tatbestandsmerkmal. Zur Verurteilung wegen vollendeten Mordes genügt es sonach, daß der Täter sich vorstellt, er habe eine andere Straftat begangen, und daß er tötet, um die vermeintliche Straftat zu verdecken." Ebenso die heute h.L. (vgl. Jähnke LK § 211 Rn. 10, 20, M-Schroeder II/1 § 2 III B 1a; zw. jedoch D-Tröndle § 211 Rn. 9).

25 Aber: Was hat für den umgekehrten Fall zu gelten, in dem der Täter die zu ermöglichende bzw. zu verdeckende Tat *fälschlich für nicht strafbar* hält? Wenn für diesen Fall Verdeckungsabsicht verneint wird (so OGH NJW 1950, 195, Arzt I S. 47), so spricht dafür zwar der Schein spiegelbildlicher Folgerichtigkeit. Doch ist dem allenfalls insoweit zuzustimmen, als der Täter die Absichtstat für gerechtfertigt hält: so etwa, wenn er

A 25 den Nachtwächter glaubt ausschalten zu dürfen, um sein gestohlenes Eigentum zurückzuholen (wohl ebenso Horn SK § 211 Rn. 56). Hält er seine Tat hingegen lediglich für nicht verfolgbar (etwa weil er Exterritorialität genießt), wohl aber für rechtswidrig, so läßt sich die auch dieser Mordqualifikation zugrundeliegende Verwerflichkeit schwerlich verneinen (vgl. D-Tröndle § 211 Rn. 9a), ganz abgesehen davon, daß in solchen Fällen auch ein „niedriger Beweggrund" in Betracht kommen kann.

26 b) Zum *Ziel* der Verdeckungsabsicht: An sich spricht das Gesetz nur von Verdekkung der „Tat", nicht aber des Täters. Wörtlich genommen wäre damit Verdeckungsabsicht schon überall dort auszuschließen, wo die Tat bereits entdeckt oder, weil öffentlich begangen (Attentat, Geiselnahme), ohnehin nicht verdeckbar ist und es dem Täter allein darum geht, seine Identifizierung als Tatbeteiligter zu verhindern. Da jedoch „die Täterschaft einen Bestandteil der Tat darstellt" (BGH LM Nr. 30 zu § 211), läßt die ganz h.M. sowohl die **Verdeckung der Tat** als auch der **Täteridentität** genügen. Ob diese Verdeckung dadurch geschieht, daß das Vortatopfer oder ein Tatzeuge getötet wird oder der Täter sich den Fluchtweg freischießt, ist dabei grundsätzlich gleichgültig (vgl. Polizisten-Fall BGHSt 15, 291/5). Mit einem wichtigen Vorbehalt freilich: Da aus den vielfältigen Formen von Strafvereitelung lediglich die durch „Verdeckung" mordqualifizierend sein soll (vgl. A 28), muß der Täter sich nicht nur seiner Festnahme, sondern (zumindest auch) seiner Identifizierung entziehen wollen. Das bedeutet, daß ein Täter, der sich bereits für identifiziert hält und nur noch seine Ergreifung verhindern will, jedenfalls nicht wegen Verdeckungsabsicht zum Mörder wird (BGH GA 1979, 108: stattdessen aber u.U. niedrige Beweggründe).

27 Dementsprechend hat der BGH im *Festnahme-Fall* **NJW 1952, 431** folgendermaßen differenziert: „Wäre es dem A nur darauf angekommen, sich der Verhaftung wegen einer Tat zu entziehen, die bereits aufgedeckt und als deren Täter er bereits bekannt war, so würde die Annahme der Verdeckungsabsicht rechtlichen Bedenken begegnen (LM Nr. 3 zu § 211). Das SchwG hat jedoch festgestellt: Der Umstand, daß es dem A darauf ankam, sich vor seiner Festnahme zu bewahren, schließe nicht aus, daß er gehandelt hat, um eine andere Straftat zu verdecken; er habe seine polizeiliche Festnahme gescheut, weil darin die Gefahr gelegen habe, daß sein gesamtes verbrecherisches Vorleben aufgerollt werden könne; die Absicht, sich der Festnahme zu entziehen, decke sich bei ihm mit der Absicht, seine Täterschaft bei früheren Straftaten zu verdecken. Diese rechtliche Beurteilung ist nicht zu beanstanden. Daß insbes. der Überfall als solcher bereits entdeckt war, schließt die Annahme der Verdeckungsabsicht nicht aus, da es dem A darauf ankam, *seine* Täterschaft nicht ans Licht kommen zu lassen."

28 *Frage:* Was läßt sich für diese Differenzierung ins Feld führen? Gewiß mag es vom Verfolgungsinteresse her schizophren erscheinen, daß die Strafverfolgungsorgane zwar bei ihrer Identifizierungs-, nicht aber bei ihrer Festnahmeaufgabe durch § 211 geschützt sein sollen (vgl. Arzt I S. 46). Andererseits ist aber zu bedenken, daß die Verdeckungsabsicht als Mordkriterium ohnehin einen Fremdkörper darstellt, da sonst die Selbstbegünstigungsabsicht eher als entlastend gewertet wird (vgl. oben E 2 sowie Polizeitäuschungs-Fall Nr. 16 A 20, 57ff). Deshalb ist immerhin verständlich, daß der bereits identifizierte Täter, der lediglich dem letzten Zugriff entgehen will, eine mildere Beurteilung erfährt als jener, der bereits zur Tatverdeckung über Leichen geht.

29 c) Dieser Verdeckungsaspekt ist auch für die *Intensität* der Absicht von Bedeutung, und zwar vor allem dort, wo der Täter nur mit **bedingtem Tötungsvorsatz** handelt. Zwar schließt die Bedingtheit des Vorsatzes die Annahme einer Ermöglichungs- oder Verdeckungsabsicht nicht aus (vgl. Bartsch-Fall BGHSt 23, 176/194 m.w.N.), ebensowenig wie das Hinzutreten anderer Motive (wie Haß oder Rache: vgl. BGH bei Dallinger MDR 1976, 15). Jedoch kommt es immer entscheidend darauf an, daß der in Kauf genommene Tod des Opfers nicht nur die Folge, sondern das *Mittel* zur Ermöglichung oder Verdeckung der anderen Straftat darstellt. Nach diesem im wesentlichen allgemein anerkannten Grundsatz (BGHSt 7, 287/290 [unten A 31], Wessels II/1 § 2 III 3 m.w.N.) muß der Täter die Vorstellung haben, daß der Getötete noch etwas bis dahin Unentdecktes zu Tat oder Täter zutage fördern könnte (instruktiv dazu BGHSt 15, 291: Tötung eines Polizeibeamten, um unerkannt zu entkommen und dadurch der Verfolgung wegen einer anderen Straftat zu entgehen). Das kann vor allem in Fluchtfällen fraglich werden, wenn der Täter das von ihm verletzte Opfer seinem (möglicherweise tödlichen) Schicksal überläßt, um sich der Ergreifung zu entziehen.

30 Charakteristisch dafür der umstrittene *Flucht-Fall* **BGHSt 7, 287:** Nachdem A den quer über die Straße liegenden Z überfahren hatte, kehrte er zunächst zur Unfallstelle zurück, wo er den Verletzten noch atmend vorfand. Wegen seiner Alkoholisierung veranlaßte er

A 30 jedoch seine Begleiter wiederum zum Einsteigen, verpflichtete sie zum Schweigen und fuhr nach Hause, ohne sich weiter um Z zu kümmern. Darin hat das SchwG (versuchten) Mord in Verdeckungsabsicht erblickt, weil der A in der Absicht, die Entdeckung einer vorausgegangenen Straftat zu verhindern, die Hilfeleistung unterlassen habe, die nach seiner Vorstellung zu seiner sofortigen Feststellung als Täter geführt hätte. Demgegenüber meint der BGH, daß diese Schlußfolgerung die Zweckbestimmung des Mordvorsatzes außer acht lasse; denn:

31 **[289]** „Die Tötung muß den Zweck verfolgen, die andere Straftat zu verdecken; es muß somit gerade der Tod eines anderen als *Mittel* zur Verdeckung der eigenen Straftat gewollt **[290]** sein (vgl. LK 6./7. Aufl II 3 zu § 211). Darin, daß der Täter das Leben eines Mitmenschen so sehr mißachtet, daß er seine Vernichtung als *Mittel* zur Verdeckung eigenen strafbaren Unrechts einsetzt, sieht das Gesetz die *besondere* Verwerflichkeit einer solchen Tötung. Die Kennzeichnung gerade der Tötung als Verdeckungsmittels weisen demgemäß auch alle Sachverhalte auf, die bei der Erörterung des § 211 als Beispiele dieser Begehungsart aufgeführt und in der oberstrichterlichen Rspr. als Anwendungsfälle anerkannt worden sind.

32 Dieses, die besondere Verwerflichkeit begründende Merkmal aber fehlt im vorliegenden Falle. Um der Ermittlung als Täter zu entgehen, mußte es dem A nicht unbedingt auf den Tod des Z ankommen, weil dieser offensichtlich keinerlei ihn persönlich belastende Beobachtungen hatte machen können. Er hat demgemäß den als möglich vorausgesehenen Tod des Verunglückten nicht als *Mittel* zur Verdeckung des Unfalls eingesetzt, sondern nur als *Folge* der Flucht in Kauf genommen. Solche pflichtwidrige Gleichgültigkeit gegenüber fremdem Leben ist zwar wie jeder Tötungsvorsatz verwerflich; ihr mangelt aber die Kennzeichnung *besonderer* Verwerflichkeit, die sich im Sinne des Gesetzes dann ergäbe, wenn sich der Täter gerade durch die Vernichtung des Lebens strafrechtlicher Verantwortung hätte entziehen wollen.

33 Der innere Tatbestand des Mordes ist auch deshalb nicht erfüllt, weil der A die Hilfeleistung nicht unterlassen hat, um die fahrlässige Tötung zu *verdecken*. Der Täter, der sich – wie der A – bloß vom Tatorte entfernt, verdeckt dadurch noch nicht die Tat. Der Begriff des Verdeckens hat nämlich einen anderen Inhalt als den des Nichtaufdeckens. Zu ihm gehört, wie die Grundbedeutung des Wortes richtig erkennen läßt, ein Zudecken der Tat, also ein Unkenntlichmachen von Tatspuren oder ein Unschädlichmachen von Menschen, die zur Aufdeckung beitragen könnten. Wer die Pflicht zur Abwendung des tödlichen Erfolges seiner eigenen Straftat nur deshalb verabsäumt, um seine Täterschaft nicht selbst *auf*zudecken, will somit die Tat nicht *ver*decken, sondern bloß dem Geschehen seinen Lauf lassen. Sein pflichtwidriges **[291]** Unterlassen, Hilfe zu leisten und damit sich selbst der Strafverfolgung zu überantworten, erreicht nicht den Unrechtsgehalt der besonderen Verwerflichkeit, der den Begehungsformen des Mordes insgesamt eigen ist."

34 *Frage:* Was ist von dieser heftig umstrittenen Entscheidung zu halten? Sie gibt hinsichtlich ihrer beiden Begründungswege Anlaß zu Kritik:

35 – Soweit der BGH eine Verdeckungsabsicht deshalb ablehnt, weil A den Tod des Z lediglich als *Folge* seiner Flucht in Kauf genommen habe (A 32), ist ihm zwar im Grundsatz (A 31) zuzustimmen. Jedoch scheint die Tatsachenfrage, ob die gebotene Rettung des Z nicht doch zur Tataufhellung hätte beitragen könne, allzu lapidar verneint. Denn solange A davon ausging, daß das Bemühen um Z seine Identifizierung hätte erleichtern können, war ihm dessen bedingt in Kauf genommener Tod nicht nur Folge, sondern Mittel seines (zumindest auch) auf Tatverschleierung gerichteten Unterlassens (vgl. Otto II § 4 III 3). Deshalb ist in Fluchtfällen Verdeckungsabsicht erst dann auszuschließen, wenn der Täter selbst bei Bemühen um das Opfer keine Identifizierung hätte zu befürchten brauchen.

36 – Soweit Verdeckungsabsicht ferner damit verneint wird, daß Verdecken ein „*Zudecken*" erfordere (A 33), trifft sich der BGH zwar mit mannigfachen Bemühungen der Lehre, bei Unterlassen die Möglichkeit von Ermöglichungs- und Verdeckungsabsicht schon grundsätzlich zu verneinen (so namentlich Grünwald H. Mayer-FS S. 291; vgl. auch Horn SK § 211 Rn. 69). Doch so wenig sich eine grundsätzlich verschiedene Behandlung von Mord durch Tun oder pflichtwidriges Unterlassen auf die Gleichwertigkeitsklausel (§ 13) stützen läßt (vgl. M-Schroeder II/1 § 2 III B 1 a sowie Jescheck JZ 1961, 752), so wenig brauchbar ist die Unterscheidung zwischen „Zudecken" und „Nichtaufdecken" (vgl. Jähnke LK § 211 Rn. 22); da es um die verschärfte Prävention gegen Tötung zwecks Verdeckung geht, läßt sich schwerlich ein Unterschied zwischen dem Hineinstoßen des Opfers ins Wasser und seinem pflichtwidrigen Darinliegenlassen ausmachen, wenn beides in der Vorstellung geschieht, daß durch den möglichen Tod des Opfers die Taterhellung erschwert wird. Umso mehr bleibt auch bei diesen Mordkriterien die Tatbestandskorrektur über die „Gesamtwürdigung" zu beachten (vgl.

A 36 Vollziehungsbeamter-Fall Nr. 1 A 30). Zum Ganzen auch Fuhrmann JuS 1963, 19, Geilen JR 1980, 313f sowie rechtspolitisch Eser DJT-Gutachten D 176ff.

37 **III. Vorsatzprobleme bei Mord.**

Bei der vorangehenden Erörterung der Verdeckungsabsicht ist bereits eine Frage sichtbar geworden, die sich bei allen Mordmerkmalen stellt: Inwieweit müssen diese dem Täter bewußt und von seinem Willen getragen sein? Muß etwa der heimtückisch Handelnde um die Arg- und Wehrlosigkeit seines Opfers wissen? Muß dem zur Geschlechtsbefriedigung Tötenden diese Motivation bewußt werden? Und wenn ja, handelt es sich dabei um Vorsätzlichkeit i.S. von § 15 oder um ein allgemeines Schulderfordernis? Die Antworten darauf erscheinen sehr verwirrend, weil meist nicht hinreichend zwischen dem *Inhalt* des Mordvorsatzes (A 38ff), der normativen *Wertung* durch den Täter (A 41) und *psychologischen* Vorsatzproblemen (A 43) unterschieden wird.

38 1. Hinsichtlich des **Vorsatzinhalts** besteht insoweit Einigkeit, als der Mordvorsatz ebenfalls auf die *Todesverursachung* gerichtet sein muß, wobei regelmäßig bedingter Vorsatz genügt. Insofern gilt Gleiches wie für den Totschlagsvorsatz (vgl. StrafR I Nr. 3 A 29ff). Dagegen soll bei den *mordqualifizierenden Merkmalen* das Vorsatzerfordernis von der jeweiligen Stellung des Mordmerkmals im Deliktsaufbau abhängen: Soweit sie als Unrechtsmerkmale verstanden werden (Nr. 1 A 32), wird Vorsatz i.S. von § 15 verlangt (M.-Schröder II/1 § 2 III B 1 zu a–e). Soweit sie als Schuldelemente gedeutet werden (Nr. 1 A 33), ergebe sich das Bewußtseinserfordernis aus allgemeinen Schuldprinzipien (Wessels II/1 § 2 III 1); vgl. die Meinungsübersicht bei S/S-Eser § 211 Rn. 37. Genau besehen kommt es jedoch weniger auf die verbrechenssystematische Stellung als vielmehr auf Gehalt und Struktur des betreffenden Mordmerkmals an:

39 – Zum Teil kann sich ein Bewußtseinserfordernis bereits aus der *finalen* Struktur eines Mordmerkmals ergeben: so etwa aus dem „Ausnutzen" bei Heimtücke (vgl. Vollziehungsbeamter-Fall Nr. 1 A 46). Entsprechendes gilt für *Absichten* oder *Motivationen;* denn auch diese setzen – im Unterschied zu blind gesteuerten Trieben – Bewußtsein jedenfalls insoweit voraus, als dem Täter zumindest phasenhaft bewußt geworden sein muß, daß ihm z.B. beim Lustmord das Töten zur Befriedigung seines Geschlechtstriebes dient oder daß bei Verdeckungsabsicht (wie im vorliegenden Fall) der Tod des Kindes Mittel zur Tatverdeckung ist. Ob dieses Bewußtsein mit dem intellektuellen Vorsatzelement gleichgesetzt werden kann oder bereits als (vorsatzunabhängiger) konstitutiver Teil der betreffenden Motivation oder Absicht zu begreifen ist, ist dabei von sekundärer Bedeutung.

40 – Demzufolge bleibt für ein Vorsatzerfordernis i.S. von § 15 nur insoweit ein Bedürfnis, als das Mordmerkmal auch einen objektiven *Erfolgsunwert* enthält: Dieser kann dem Täter nach allgemeinen Zurechnungsgrundsätzen nur dann angelastet werden, wenn er um sein Vorliegen weiß und ihn zumindest bedingt in Kauf nimmt. Demgemäß muß etwa bei gemeingefährlicher Tötung der Täter um die Nichtkontrollierbarkeit des benutzten Mittels oder bei Grausamkeit um das Übermaß der Schmerzzufügung wissen. Entsprechendes hat bei Heimtücke für das Wissen um die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zu gelten (vgl. Bratpfannen-Fall BGH NJW 1966, 1823/4). Deshalb ist etwa Heimtücke dort zu verneinen, wo der Täter meint, das Opfer sei längst mißtrauisch geworden und habe sich daher mit einer Waffe versehen.

41 2. Eine ganz andere – jedoch mit dem vorangehenden Bewußtseinsproblem gern verwechselte – Frage ist die der normativen **Wertung durch den Täter:** Muß dieser etwa darüber reflektiert haben, daß die von ihm bewußt ausgenutzte Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers die Merkmale der Heimtücke erfüllt oder daß seine Beweggründe als niedrig i.S. von § 211 einzustufen sind? Eine solche quasi-richterliche Subsumtion ist jedoch hier ebensowenig wie bei sonstigen Tatbestandsmerkmalen erforderlich (vgl. StrafR I Nr. 15 A 6ff). Deshalb kommt es beim Mörder auf die eigene Einschätzung seiner Beweggründe als niedrig grundsätzlich nicht an; vielmehr genügt, daß er sich der Umstände bewußt ist, die seine Motivation als „niedrig" erscheinen lassen.

42 In diesem Sinne wurde auch im *Feldweg-Fall* **BGHSt 22, 77/80** die Ansicht des SchwG, „daß zum Vorsatz der heimtückischen Tötung gewisse Vorstellungen des Täters über den Rechtsbegriff der Heimtücke und der sich daraus ergebenden Strafe gehörten", vom BGH ausdrücklich als verfehlt zurückgewiesen: „Notwendig ist vielmehr nur, daß sich [der Täter] der tatsächlichen Umstände, die die Tötung zu einer heimtückischen machen, bewußt ist." Instruktiv auch Hoferben-Fall BGHSt 3, 330/2f.

A 43 3. Eine wiederum andere Frage ist die, inwieweit bei einer emotionsgeladenen Tötung Sachverhaltskenntnis oder Motivbewußtheit aus **psychologischen** Gründen ausgeschlossen sein können. Das bedarf vor allem dann der Prüfung, wenn der Täter aus plötzlicher Wutaufwallung (vgl. hinsichtlich Heimtücke Entlobungs-Fall BGHSt 11, 139/144, Entbindungs-Fall BGH b. Holtz MDR 1978, 805) oder sonstwie im Affekt handelt (vgl. hinsichtlich niedriger Beweggründe Weglauf-Fall BGH GA 1975, 306 oder Wartesaal-Fall BGHSt 28, 210/2). Aufschlußreich zum Ganzen auch Suizidversuch-Fall BGH GA 1979, 337 sowie Liebesspiel-Fall BGHSt 6, 329, wo jedoch der BGH bei Anerkennung eines affektbedingten Ausschlusses des Heimtückebewußtseins wohl zu großzügig verfahren sein dürfte. Im übrigen bleibt zu beachten, daß es sich bei diesem Fragenkomplex im Grunde schon nicht mehr um Vorsatzprobleme, sondern um die bei affektgeladenen Taten generell problematische Schuldfähigkeit handelt (vgl. Lange LK[9] § 211 Rn. 16).

44 IV. **Ergebnis** für den vorliegenden Fall? Da einerseits der Beweggrund der E objektiv „niedrig" war (A 8) und in subjektiver Hinsicht genügt, daß sie sich der zugrundeliegenden Umstände bewußt war (A 39, 41), und andererseits der A im Wissen um die zu verdeckende Vortat mitwirkte (A 21, 40), haben beide je ein Mordmerkmal in eigener Person verwirklicht. Schon deshalb wären sie richtigerweise wegen mittäterschaftlichen Mordes (§§ 211, 25 II) zu verurteilen gewesen, ohne daß es dafür weiterer Akzessorietätsüberlegungen bedurft hätte. Anders natürlich dann, wenn nur einer der Beteiligten ein Mordmerkmal erfüllt hätte und/oder statt Mittäterschaft bloße Teilnahme (§§ 26, 27) in Betracht gekommen wäre. Dann wären die im Vollziehungsbeamten-Fall Nr. 1 A 7ff erörterten Akzessorietätsregeln heranzuziehen, wobei hier für den Fall, daß sich die E auf *Anstiftung* aus niedrigen Beweggründen beschränkt und der A seinen Totschlagsversuch (nach damaliger Deutung) mit Verdeckungsabsicht vollendet hätte (vgl. A 22), Verurteilung beider aus § 211 aufgrund *„Kreuzung von Mordmerkmalen"* in Frage käme (instruktiv dazu Gefangenenerschießungs-Fall BGHSt 23, 39; näher Arzt JZ 1973, 681ff, S/S-Eser § 211 Rn. 54). Daß hier der BGH dennoch die Akzessorietätsfrage ins Spiel bringen und den Grundsatz der jeweils selbständigen Schuldfeststellung für den einzelnen Tatbeteiligten (§ 29) betonen mußte (E 6), erklärt sich daraus, daß die StA die auf Totschlag beschränkte Verurteilung der E (unverständlicherweise) hatte rechtskräftig werden lassen (oben P) und daher nach eigenen Mordmerkmalen des A zu fragen war. Dafür kamen neben seiner Verdeckungsabsicht auch eigene niedrige Beweggründe in Betracht (E 7).

45 V. Exkurs: **Kindestötung (§ 217).**

Erstaunlicherweise waren im vorliegenden Fall nur A und E angeklagt, obgleich es doch auch für die T um das Leben ihres Kindes ging. Diese Beschränkung auf A und E mag sich daraus erklären, daß die Tötung möglicherweise sogar gegen den Willen der T erfolgte und ihr daher mangels Eingriffsmöglichkeit auch nicht als Unterlassen zurechenbar ist. Wie aber, wenn sie selbst am Tod des Kindes interessiert gewesen wäre und dazu ihre Eltern sogar angestiftet hätte? Wie, wenn sie dadurch ein blutschänderisches Verhältnis mit ihrem Vater verdecken wollte? Käme ihr trotzdem die Privilegierung von § 217 zugute? Wie wäre die Beteiligung von A und E zu beurteilen?

46 1. In jeder dieser Fallabwandlungen wäre durch T zunächst der (Grund-)Tatbestand des **§ 212** erfüllt: Und zwar durch *aktives* Tun, falls sie selbst einen Tatbeitrag durch Rat oder Tat geliefert hat; durch pflichtwidriges *Unterlassen,* wenn sie sich als Garantin für das Leben ihres Kindes (StrafR II Nr. 26 A 4ff) auf das bewußte Zulassen der Tötung beschränkt hat. Da sie eine Obhutspflicht hat, wäre sie als sog. „Beschützergarantin" in beiden Fällen als *Täterin* und nicht nur als Anstifterin oder bloße Gehilfin strafbar (vgl. StrafR II Nr. 27 A 12ff, 16ff).

47 2. Jedoch könnte der T als nichtehelicher Mutter die **Privilegierung des § 217** zugute kommen (zu Ratio und Charakter dieser Privilegierung vgl. Nr. 1 A 15ff). Das setzt im wesentlichen dreierlei voraus:

48 a) Das Kind muß **nichtehelich** sein. Das ist der Fall, wenn seine Eltern weder im Zeitpunkt der Zeugung noch in dem der Geburt formell gültig miteinander verheiratet waren. Daher ist ein Kind, das die Täterin vor der Ehe vom späteren Ehemann empfangen und dann in der nachfolgenden Ehe geboren hat, ebenso ehelich wie ein in der Ehe gezeugtes, aber erst nach Auflösung der Ehe geborenes Kind. Maßgeblich für die Abstammung sind nicht die Vermutungen der §§ 1591ff BGB, sondern der tatsächliche biologische Nachweis (h.M.; vgl. Jähnke LK § 217 Rn. 4). Demgemäß könnte hier an

der Nichtehelichkeit des Kindes jedenfalls dann kein Zweifel sein, wenn es aus einem blutschänderischen Verhältnis von A mit T stammen würde. A 48

49 b) Die Tötung muß **in oder gleich nach der Geburt** erfolgen, wobei es jedoch nur auf den Zeitpunkt der Tötungs*handlung* (und nicht des tödlichen Erfolgseintritts) ankommt. Als Anfangszeitpunkt kommt das Einsetzen der sog. Eröffnungswehen in Betracht (vgl. Nr. 1 A 2), während im übrigen die privilegierte Geburtsphase weniger nach zeitlichen als nach *psychologischen* Kriterien zu beurteilen ist (h.M.; abw. Jähnke LK § 17 Rn. 6). Entscheidend ist daher, ob die durch die Geburt hervorgerufene Gemütsbewegung z.Z. der Tat noch anhält, was u.U. auch noch 1½ Stunden nach der Geburt der Fall sein kann (vgl. Ehebrecherin-Fall RGSt 77, 246/7). Daher würde vorliegend für § 217 schon genügen, daß die T das Neugeborene mit Abschluß der Entbindung ihren Eltern zur Tötung überließ.

50 Dagegen kann das Geburtskriterium bei Tötung durch **Unterlassen** problematisch werden, wenn die Schwangere für die bevorstehende Entbindung keinerlei Vorsorge trifft, in der Hoffnung, daß das Neugeborene mangels Versorgung den Tod finden werde: so z.B. wenn hier die T sich auf ihr Zimmer zurückgezogen hätte, um eine Herbeirufung von Arzt oder Hebamme durch die bis dahin ahnungslosen Eltern zu verhindern (vgl. auch Telefonistin-Fall BGH GA 1979, 106). Bei solchen, bereits vor Geburtsbeginn einsetzenden Pflichtversäumnissen soll der Mutter § 217 nur solange zugute kommen, als ihr auch noch während der Geburtsphase die Möglichkeit zur Erfolgsabwendung verbleibt (instruktiv dazu der Dienstmädchen-Fall RGSt 62, 199/200), nicht dagegen dort, wo sie sich aufgrund ihrer Pflichtversäumnisse vor der Geburt darüber im klaren sein muß, das Kind dann nicht mehr ordnungsgemäß versorgen zu können (vgl. Horn SK § 217 Anm. 12). Ob man mit solchen Differenzierungen freilich dem Umstand gerecht wird, daß die Tötung in der Geburt nur selten einem Augenblicksentschluß entspringen wird (und dies von Gesetzes wegen auch gar nicht muß), erscheint höchst zweifelhaft (vgl. auch Jähnke LK § 217 Rn. 5).

51 c) In **subjektiver** Hinsicht ist erforderlich, daß die Täterin ihr Kind für nichtehelich ansieht. Hält sie es dagegen fälschlich für ehelich (etwa weil sie gegenüber dem von ihrem Liebhaber empfangenen Kind erst noch eine Ehelichkeitsanfechtung ihres Ehemannes für erforderlich ansieht), so entfällt der Privilegierungsgrund, mit der Folge, daß sie aus § 212 (oder gegebenenfalls auch § 211) strafbar bleibt (vgl. S/S-Eser § 217 Rn. 11 m.w.N.). Betrachtet sie umgekehrt ein noch während der Ehe empfangenes aber nach der Scheidung geborenes Kind irrtümlich für nichtehelich (vgl. oben A 48), so kommt ihr gemäß § 16 II dennoch § 217 zugute. Im übrigen jedoch ist weder nachzuweisen, daß sich die Täterin tatsächlich in einem schuldmindernden Erregungszustand befunden hat, noch daß sie sich von der Ehelichkeit des Kindes hat motivieren lassen; denn dies wird vom Gesetz – jedenfalls zu ihren Gunsten – unwiderleglich vermutet (vgl. Ehebrecherin-Fall RGSt 77, 246/7, aber auch unten A 52). Daher bliebe hier der T die Privilegierung selbst dann erhalten, wenn es ihr weniger um die Nichtehelichkeit des Kindes als vielmehr um die Verdeckung eines blutschänderischen Verhältnisses gegangen wäre. Das ist auch für die Strafdrohung von Bedeutung:

52 3. Die Privilegierung durch § 217 hat eine **Herabsetzung des Strafrahmens** zur Folge (wobei sich dieser in minderschweren Fällen mit dem des § 213 deckt). Diese Strafmilderung bleibt selbst dann erhalten, wenn die Kindestöterin zugleich bestimmte Mordmerkmale (wie z.B. bei Verdeckung einer Blutschande) verwirklicht; denn bei Zusammentreffen mit (selbständigen oder unselbständigen) Qualifizierungen kommt die *Sperrwirkung der Privilegierung* zum Zuge (vgl. Vollziehungsbeamter-Fall Nr. 1 A 18). Demzufolge wäre die T allenfalls nach § 217 strafbar.

53 4. Wie wäre danach eine **Tatbeteiligung** von A und E zu beurteilen?

a) Auszugehen ist von dem (unbestrittenen) Grundsatz, daß die auf Schuldminderungsgründen beruhende Privilegierung des § 217 naturgemäß nur der *nichtehelichen Mutter* zugute kommen kann (sog. **Sonderdelikt**), mit der Folge, daß alle anderen *Dritt*beteiligten nach den *allgemeinen* Tötungstatbeständen (§§ 211, 212, 213) zu beurteilen sind (BGHSt 1, 235/240). Demgemäß ist Kindestötung ohne irgendwelche Erschwerungsgründe für die Mutter nach § 217 strafbar, für Drittbeteiligte (und zwar gleich, ob Mittäter oder nur Teilnehmer) nach § 212.

54 b) Entsprechendes hat für den Fall zu gelten, daß der **Dritte täterschaftlich** ein **Mord**merkmal verwirklicht: Dieser ist strafbar nach § 211, während es für die Mutter selbst dann bei § 217 verbleibt, wenn sie ein Mordmerkmal verwirklicht haben sollte (Sperrwirkung der Privilegierung: A 52). Demzufolge würde sich hier an der Mord-

A 54 strafe für A und E (A 44) selbst dann nichts ändern, wenn sich die T ihrerseits an der Tötung beteiligt hätte.

55 c) Problematisch würde es dagegen dann, wenn A und E lediglich als **Teilnehmer** an einer zugleich durch Mordmerkmale erschwerten Kindestötung der Haupttäterin T zu betrachten wären. In solchen Fällen ist streitig, in wessen Person (Mutter oder Dritteilnehmer) das Mordmerkmal vorliegen muß:

56 – Nach der Rspr. ist die Strafbarkeit des Dritteilnehmers an den von der *Mutter* verwirklichten Mordmerkmalen auszurichten (BGH NJW 1953, 140; instruktiv Sohlenleder-Fall OGHSt 3, 115). Dies deshalb, weil in § 211 und § 217 voneinander unabhängige Tatbestände zu erblicken seien, die an sich beide tatbestandlich von der Mutter erfüllt sein können und § 211 allein wegen der Sperrwirkung der Privilegierung ihr gegenüber nicht zum Zuge komme (A 52). Dies hindere jedoch nicht, jedenfalls für den Dritteilnehmer die Strafe aus dem von der Mutter mitverwirklichten § 211 zu entnehmen. Praktisch erfordert das eine Art „als ob"-Betrachtung: Wäre die Mutter, falls ihr nicht § 217 zugute käme, wegen Mordes zu bestrafen, so habe Gleiches auch für den Dritteilnehmer zu gelten (natürlich vorausgesetzt, daß er um die Mordmerkmale der Mutter weiß). Im übrigen kommt dann allenfalls bei täterbezogenen Merkmalen nach allgemeinen Akzessorietätsgrundsätzen eine Strafmilderung für den Teilnehmer in Betracht, dem das entsprechende Mordmerkmal abgeht (§ 28 I; vgl. Vollziehungsbeamten-Fall Nr. 1 A 7ff). Dies wäre hier etwa der Fall, wenn A und E, ohne selbst ein Mordmerkmal zu verwirklichen, lediglich der mit Verdeckungsabsicht handelnden T zu Willen sein wollten. Im umgekehrten Fall (der verzweifelten T geht es nur um Tötung des Kindes) wären A und E als Teilnehmer selbst dann nur aus § 212 strafbar, wenn sie selbst aus niedrigen Beweggründen oder mit Verdeckungsabsicht handelten.

57 – Demgegenüber hebt die h.L. auf die vom *Teilnehmer* verwirklichten Mordmerkmale ab (Lackner § 217 Anm. 5, M-Schroeder II/1 § 2 IV C 4; vgl. S/S-Eser § 217 Rn. 13 m.w.N.). Bei *tat*bezogenen Mordmerkmalen (z.B. durch grausame Tötung) führt das noch zu keinen abweichenden Ergebnissen, da solche Taterschwerungen auch dem Teilnehmer akzessorisch zuzurechnen sind (StrafR II Nr. 42 A 13ff). Dagegen kommt bei *täter*bezogenen Merkmalen aufgrund der unselbständigen Deliktsnatur des § 217 eine Tatbestandsverschiebung nach § 28 II zum Zuge, mit der Folge, daß der Teilnehmer jeweils nach den von ihm selbst verwirklichten Mordmerkmalen zu beurteilen ist. Demgemäß wären hier A und E wegen ihrer niedrigen Beweggründe selbst dann nach § 211 zu verurteilen, wenn die T von solchen Motivationen frei war, ebenso wie sie umgekehrt in den Genuß von § 212 kommen würden, wenn sie lediglich der T helfen wollten, ohne sich deren Verdeckungsabsicht zu eigen zu machen. Die größere Einzelfallgerechtigkeit dieser Lösung spricht auch hier – wie schon im Verhältnis von § 211 zu § 212 (Nr. 1 A 14) – für die Vorzugswürdigkeit dieser Auffassung. Vgl. zum Ganzen auch Arzt I S. 58f, Jähnke LK § 217 Rn. 2, 8.

58 **Schrifttum:** Vgl. die Angaben zu Nr. 1. Speziell zu **mordqualifizierenden Motiven und Absichten:** Arzt, „Gekreuzte" Mordmerkmale, JZ 1973, 681; *Fuhrmann,* Die Verdekkungsabsicht beim Mord, JuS 1963, 19; *Geilen,* Das politische Attentat als „Mord", Bokkelmann-FS S. 613; *Grünwald,* Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, H. Mayer-FS S. 281; *Jakobs,* Niedrige Beweggründe beim Mord, NJW 1969, 489; *Schmidhäuser,* Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958, S. 232ff.

Zur **Kindestötung:** *Arzt* I T. 2 B VI 1; *Blei* II § 8; *Bockelmann* II/2 § 4; *Krey* I Fall 11; *M-Schroeder* II/1 § 2 IV C; *Otto* II § 7; *Welzel* § 38 VI; *Wessels* II/1 § 2 VI; ferner die Kommentare zu § 217. *Rechtspolitisch:* Eser DJT-Gutachten D 59f, 145ff.

Totschlag (§ 212): Rechtfertigung und Entschuldigung – Tötung auf Verlangen (§ 216) – Selbsttötung: Beihilfe und Nichthinderung – Sterbehilfe und Euthanasie

BGHSt 19, 135: Gisela-Fall

2 StR 181/63 v. 14. 8. 1963 = NJW 1965, 699

SV **Sachverhalt:** Zwischen A und der 16jährigen Gisela G bestanden aufgrund tiefer Zuneigung intime Liebesbeziehungen. Als die Eltern der G dem A durch einstweilige Verfügung jeden weiteren Kontakt mit G verbieten ließen, faßte diese den festen Entschluß, aus dem Leben zu scheiden. Als alle Versuche des A, die G umzustimmen, nichts halfen, wollte auch er mit ihr in den Tod gehen. Nachdem ein erster Versuch mit Luminaltabletten gescheitert war, schloß A unter nachdrücklichem Betreiben der G einen Schlauch an das Auspuffrohr seines Wagens und führte ihn durch das linke Fenster in das Wageninnere. Nach Absperren der linken Tür von außen setzte er sich von rechts einsteigend auf den Fahrersitz, während G rechts Platz nahm und ihre Tür von innen verriegelte. Darauf ließ A den Motor an und trat das Gaspedal durch, bis ihm das einströmende Kohlenoxyd die Besinnung raubte. Als die beiden am folgenden Morgen bei noch laufendem Motor bewußtlos aufgefunden wurden, lebten sie zwar noch, doch konnte nur A gerettet werden.

P **Zur Problemstellung:** Könnte A eines *Totschlags* schuldig sein? Könnte er sich demgegenüber auf Einwilligung der G berufen? Inwieweit sind bei Tötung die allgemeinen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe überhaupt anwendbar?

– Käme statt Totschlag (§ 212) *Tötung auf Verlangen* (§ 216) in Betracht? Könnte sich A demgegenüber auf die Straflosigkeit der Selbsttötung und der Beteiligung daran berufen?

– Wie sind Tötung auf Verlangen und *Selbstmordteilnahme* voneinander abzugrenzen?

– Inwieweit kommt bei Nichthinderung eines Suizids Strafbarkeit wegen Tötung durch *Unterlassen* (§§ 212, 13) bzw. unterlassener Hilfeleistung (§ 323c) in Betracht?

Hier wurde A wegen Tötung auf Verlangen angeklagt, von der StrK jedoch freigesprochen, da er „mangels Tötungshandlung, mangels Tötungsvorsatzes und mangels erheblicher Tatherrschaft nicht als Täter und mangels Strafbarkeit des Selbstmords nicht als Gehilfe fremder Tötung zu bestrafen" sei. Demgegenüber meint der BGH:

E 1 **Aus den Gründen: [137]** „Für die Entscheidung der Schuldfrage kommt es allein darauf an, ob die Tätigkeit des A als straflose Beihilfe zur Selbsttötung oder als strafbare Tötung auf Verlangen zu beurteilen ist. Angesichts einzelner Formulierungen des ange-
2 fochtenen Urteils muß zunächst klargestellt werden, daß der A jedenfalls durch das ausdrückliche und ernstliche *Verlangen* des Mädchens zur Tat bestimmt wurde. Nachdem der Versuch mit den Luminaltabletten fehlgeschlagen war, gab ihm G durch ihr entschlossenes Verhalten, insbesondere durch ihre Äußerung, sein Vorschlag sei gut und hoffentlich finde man sie nicht zu früh, unmißverständlich zu verstehen, daß sie auf dem von ihm angeregten Weg den Tod suche und wolle. Diesen ernstlichen und im vollen Bewußtsein seiner Tragweite zum Ausdruck gebrachten Wunsch, der ihn zugleich zum Festhalten an seinem eigenen Selbsttötungsentschluß bestimmte, wollte der A erfüllen.
3 Was er tat, war auch *ursächlich* für den Tod des Mädchens. Daß G dieses Handeln
4 wünschte und – auf Grund ihres frei und unbeeinflußt gefaßten Entschlusses – durch Verbleiben im Wagen und Einatmen der einströmenden Gase wirksam werden ließ, schließt weder die Kausalität aus, noch wird dadurch der *Vorsatz* des A in Frage gestellt.
5 Indem er die notwendigen technischen Vorbereitungen traf und die giftigen Gase einströmen ließ in der Vorstellung, dadurch den *beiderseitigen* Tod herbeiführen zu können, hat er bewußt und gewollt, also vorsätzlich, auch eine Ursache zum eingetretenen Teilerfolg, dem Tod G's, gesetzt.
6 Daß der Tatbestand des § 216 von der straflosen Beihilfe zur Selbsttötung nach den Grundsätzen der Teilnahmelehre abzugrenzen ist, kann als gesicherte Rspr **[138]** angesehen werden. Dagegen läßt sich nicht einwenden, Selbsttötung und Beihilfe dazu seien für straffrei erklärt, also mangels Tatbestandsmäßigkeit keine Straftaten, während es die Teilnahmelehre nur mit solchen zu tun habe; denn die von der Teilnahmelehre vorgeschlagenen Unterscheidungsmerkmale sind begrifflich nicht in der Weise von der Pönali-

E 6 sierung abhängig, daß sie nicht auch auf Taten im ‚natürlichen' Sinne anwendbar wären. Nur insoweit ergibt sich aus der Straflosigkeit der Selbsttötung eine Besonderheit, als ‚Tatbeiträge' des Lebensmüden zu seinem Tod dem anderen nicht über § 47 [a.F.; jetzt § 25] zugerechnet werden dürfen.

7 In BGHSt 13, 162/6 ist ausgesprochen, nach § 216 könne nur bestraft werden, wer das zum Tode führende Geschehen beherrschen wollte, d.h. mit ‚Täterwillen' gehandelt habe. Unter ausdrücklichem Hinweis auf diese Entscheidung meint die StrK, der A habe die Tatherrschaft weder gehabt noch haben wollen. Indessen beruht jenes Urteil im Ergebnis auf anderen Erwägungen, so daß es in der hier zu entscheidenden Abgrenzungsfrage nicht bindet. Auch können die Bedenken, die in der allgemeinen Teilnahmelehre gegen das Merkmal des ‚Willens zur Tatherrschaft' geltend gemacht werden, unerörtert bleiben. Nach Ansicht des erkennenden Senats sind jedenfalls für den Sonderfall der tatbestandlichen Abgrenzung des § 216 gegenüber der straflosen Beihilfe zur Selbsttötung subjektiv bestimmte Kriterien, ob nämlich der Handelnde die Tat als eigene wollte, ob er den Täterwillen, den Willen zur Tatherrschaft oder ein eigenes Interesse an der Tat

8 hatte, nicht geeignet, sinnvolle Ergebnisse zu gewährleisten. Das gilt vor allem für den ‚einseitig fehlgeschlagenen Doppelselbstmord', weil hier der freie und ernste Entschluß, gemeinsam zu sterben, die bewußte Verknüpfung des beiderseitigen Schicksals, gerade zu einer Übereinstimmung der inneren Haltung führt, die eine Unterscheidung nach

9 subjektiven Merkmalen als besonders fragwürdig erscheinen läßt. Sehr deutlich wird das im Fall von RG JW 1921, 579: Nach dem Entschluß, gemeinsam durch Gasvergiftung aus dem Leben zu **[139]** scheiden, hatte der Mann die Gashähne geöffnet, das Mädchen die Türritzen verstopft. Der Mann war gerettet worden; seine Verurteilung wegen Tötung auf Verlangen wurde vom RG gebilligt, weil die Annahme des Tatrichters, der Mann habe die

10 Tat als eigene gewollt, rechtlich nicht zu beanstanden sei. Indessen ist nicht erfindlich, an welche Tatsachen diese Annahme angesichts des gemeinsamen Entschlusses und der beiderseits geleisteten Beiträge zu seiner Durchführung anknüpfen könnte. Das Ergebnis ist notwendigerweise willkürlich und unkontrollierbar. Wenn man dem Handelnden nicht gleichsam gestatten will, sich selbst von dem, was er tut, durch ‚besonderen Willensakt' zu distanzieren, so müßte die Entscheidung davon abhängen, mit welcher Intensität und Hartnäckigkeit der Lebensmüde oder der Partner des Überlebenden den Freitodentschluß verfolgt hat und in welchem Maße sich der Überlebende dem Willen des Partners

11 gebeugt und untergeordnet hat. Davon ist offenbar die StrK ausgegangen, weil sie wiederholt und betont die starke Persönlichkeit, die Zielstrebigkeit und den unbeugsamen Willen G's der Labilität, Beeinflußbarkeit und Willensschwäche des A gegenüberstellt.

12 Indessen gestattet das Gesetz eine solche Unterscheidung nicht. § 216 setzt tatbestandlich die Unterordnung unter den fremden Willen gerade voraus. Deshalb ist es nach Ansicht des Senats nicht möglich, seine Anwendung an dem Maß dieser Unterordnung im Einzelfalle auszurichten. Wer den Lebensmüden erschießt, ist strafbar nach § 216, mag er zunächst noch so sehr Widerstand geleistet und mag der Getötete noch so hartnäckig und unermüdlich auf die Ausführung gedrängt und den Widerstand dadurch überwunden haben.

13 Sieht man von einer nach subjektiven Merkmalen ausgerichteten Unterscheidung ab, dann kann es allein darauf ankommen, wer das zum Tode führende Geschehen tatsächlich beherrscht hat. Im Einzelfall ist dafür entscheidend die Art und Weise, wie der Tote über sein Schicksal verfügt hat. Gab er sich in die Hand des anderen, weil er duldend von

14 ihm den Tod entgegennehmen wollte, dann hatte dieser die Tatherrschaft. Behielt er dagegen bis zuletzt die freie Entscheidung **[140]** über sein Schicksal, dann tötete er sich selbst, wenn auch mit fremder Hilfe. Dieser ‚Vorbehalt der Entscheidung' darf allerdings nach Ansicht des Senats beim einseitig fehlgeschlagenen Doppelselbstmord nicht schlechthin damit gleichgesetzt werden, daß der eine *nach* dem Tatbeitrag des anderen tatsächlich noch die freie Entscheidung über Leben und Tod gehabt hat (vgl. Schönke/Schröder, StGB 11. Aufl. § 216 Anm. 14). Sonst hinge die Beurteilung vielfach von den Zufälligkeiten des Geschehensablaufs ab, insbesondere ließe sich das Tun der Beteiligten

15 erst nachträglich vom Ergebnis her als Tötungshandlung kennzeichnen. Es kommt vielmehr auf den Gesamtplan an. Soll nach ihm der Beitrag eines Beteiligten nicht bis zum Eintritt des Erfolges willensgesteuert fortdauern, sondern nur die Ursachenreihe so in Gang setzen, daß *nach* seinem Vollzug dem anderen Beteiligten noch die volle Freiheit verbleibt, sich den Auswirkungen zu entziehen oder sie zu beenden, so liegt nur Beihilfe zur Selbsttötung vor, mag sich auch in diesem Beitrag das gesamte Tätigwerden erschöpfen. So war der Sachverhalt in dem vom RG JW 1921, 579 entschiedenen Fall. Hier aber war der Gesamtplan ein anderer. Der A sollte das gesamte Geschehen bis zuletzt in der Hand haben und die auf den beiderseitigen Tod abzielende Ausführungshandlung bis zum Eintritt eigener Bewußtlosigkeit fortsetzen. G mag zunächst noch in der Lage gewesen sein, die rechte Wagentür wieder zu öffnen oder den Fuß des A vom Gashebel zu stoßen. Sie hatte sich aber entschlossen, die *fortdauernde* auf den Tod zielende Handlung des A duldend hinzunehmen und tat dies auch, nicht wissend, wann es ihr nicht mehr möglich sein werde, sich der tödlichen Wirkung zu entziehen. Alles das wußte der

E 15 A; seine Rolle bei Ausführung des Gesamtplanes war unter solchen Umständen die eines
16 Täters nach § 216. Ob er vor oder nach G das Bewußtsein verlor, ist unerheblich; von diesem zufälligen Umstand, dessen Ungewißheit zum Gesamtplan gehörte, darf die Beurteilung nicht abhängen. Nach allem rechtfertigen die bisherigen Feststellungen den Freispruch nicht."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Im Mittelpunkt des Falles steht die *Abgrenzung* (strafbarer) *Tötung auf Verlangen* von (strafloser) *Beihilfe zur Selbsttötung* (III). Bevor dies näher zu betrachten ist, bedürfen die Voraussetzungen von *§ 216* einer Verdeutlichung (II). Dazu empfiehlt sich zunächst ein Überblick über die *Rechtfertigungs-* und *Entschuldigungs*möglichkeiten bei Tötung überhaupt (I). Abschließend ist das Problemfeld durch einen zusammenfassenden Überblick über zulässige Formen der *Sterbehilfe* abzurunden (IV).

2 **I. Rechtfertigung und Entschuldigung bei Tötung.**

1. Geht man völlig unbefangen an diesen Fall heran, könnte man fragen, warum nicht A bereits durch **Einwilligung** der G gerechtfertigt war; denn handelt es sich dabei nicht um einen allgemein gültigen Rechtfertigungsgrund? Im Prinzip ja (vgl. StrafR I Nr. 8). Jedoch kann die Einwilligung ihrem Umfang nach grundsätzlich nicht weiterreichen, als der Einwilligende zur Disposition über das betroffene Rechtsgut befugt ist. Und dieser Disponibilität sind vor allem zwei Arten von Rechtsgütern entzogen: Allgemeininteressen (wie Staatssicherheit, Rechtspflege oder öffentliche Ordnung) und menschliches Leben (vgl. StrafR I Nr. 8 A 18ff, S/S-Lenckner 35ff vor § 32 m.w.N.). Diese *Einwilligungssperre* gegenüber Tötung ist zwar nirgendwo ausdrücklich statuiert, ergibt sich aber mittelbar daraus, daß nach § 216 nicht einmal einem Verlangen des Opfers – geschweige seiner bloßen Einwilligung – rechtfertigende Kraft zukommen soll (vgl. Fausthieb-Fall BGHSt 4, 88/93 in StrafR I Nr. 8 E 15, A 20, sowie S/S-Eser § 216 Rn. 1, 13 m.w.N.).

3 Aber Frage: Ist damit der Einwilligung im Bereich der Tötung jegliche Bedeutung abzusprechen? Nein, denn um nur die wichtigsten Einschränkungen zu benennen:

4 – Die Einwilligungssperre ist primär nur gegen *aktives* Töten gerichtet: Daher bleibt Raum für einverständliches Sterbenlassen (A 55).

5 – Die Einwilligungssperre des § 216 betrifft von vorneherein nur die Tötung *fremden* Lebens: Daher steht sie der Straflosigkeit der Selbsttötung und der Beteiligung daran nicht im Wege (A 28ff).

6 – Durch die Einwilligungssperre wird lediglich den *auf Tötung gerichteten* Handlungen die Rechtfertigung vorenthalten: Daher ist die Einwilligung in lebens*gefährdendes Risiko* nicht grundsätzlich ausgeschlossen (näher S/S-Lenckner 103ff vor § 32 m.w.N.). Das ist insbes. auch für Schmerzlinderung mit tödlichem Risiko bedeutsam (A 54).

7 – Soweit sich die Einwilligung zu einem Tötungs*verlangen* des Opfers verstärkt, wird der Täter zumindest durch Straf*milderung* privilegiert: § 216. Damit schlägt sich der in der Einwilligung liegende Rechtsgutsverzicht des Opfers zumindest *unrechtsmindernd* nieder (vgl. Vollziehungsbeamten-Fall Nr. 1 A 6).

8 2. Im übrigen ist die Einwilligung nicht der einzige **Rechtfertigungsgrund,** der bei Tötung gewisse *Einschränkungen* erfährt:

9 – So bleibt **Notwehr,** auch wenn sie zum Tod des Angreifers führt, zwar grundsätzlich zulässig, ja praktisch sogar der wichtigste Rechtfertigungsgrund bei Tötung. Jedoch ist er dabei vor allem in zweierlei Hinsicht eingeschränkt: Zum einen durch das Verhältnismäßigkeitserfordernis (StrafR I Nr. 9 A 18ff), zum anderen durch Art. 2 IIa EurMRK, wonach absichtliche Tötung nur insoweit zulässig ist, als sie der Verteidigung eines Menschen gegenüber rechtswidriger Gewaltanwendung dient; zu den einzelnen (strittigen) Konsequenzen näher StrafR I Nr. 9 A 40ff.

10 – Ähnlich unterliegen **amtsrechtliche** Tötungsbefugnisse gewissen Beschränkungen: So ist insbes. die *Todesstrafe* verfassungsrechtlich abgeschafft (Art. 102 GG) und auch der *Schußwaffengebrauch* von Verfolgungsorganen bestimmten Vorbehalten unterworfen (Einzelheiten dazu bei S/S-Lenckner 83ff vor sowie 42 zu § 32; instruktiv Strafgefangenen-Fall BayVerfGH NJW 1968, 1227). Zum Tötungsrecht im *Kriege* vgl. Silent-Killing-Fall BGHSt 23, 103 sowie Berber, Völkerrecht II, 1969, S. 57ff.

11 – Noch weniger Raum bleibt für eine Rechtfertigung von Tötung aufgrund von **Notstand;** denn da menschliches Leben grundsätzlich als gleichwertig zu betrachten ist

A 11 (Nr. 1 A 2), fehlt es an dem für § 34 erforderlichen überwiegenden Interesse selbst da, wo Leben gegen Leben steht (vgl. S/S-Lenckner § 34 Rn. 23f); zur ausnahmsweisen *Perforation* eines in der Geburt befindlichen Kindes vgl. S/S-Eser 34 vor § 218.

12 3. Umso größere Bedeutung kommt bei Tötung den **Entschuldigungsgründen** zu. – So setzt insbes. **entschuldigender Notstand** (§ 35) kein Überwiegen des geretteten gegenüber dem verletzten Interesse voraus und kommt somit gerade dort in Betracht, wo – wie in dem bekannten Karneades-Fall – zur Rettung des eigenen das Leben eines Schicksalsgenossen geopfert wird (StrafR I Nr. 12 A 6ff, Nr. 19 A 5, 8ff). Erschütternd dazu auch der Massenerschießungs-Fall BGH NJW 1964, 730.

13 – Zu denken ist ferner an **entschuldigende Pflichtenkollision:** so vor allem dort, wo der Täter unter einem ihm ausweglos erscheinenden Handlungszwang tötet, wie etwa die Selektionsärzte in den NS-Euthanasie-Aktionen (vgl. OGHSt 1, 321/334 sowie StrafR I Nr. 12 A 46ff, Nr. 19 A 39ff m.w.N.).

14 *Zwischenergebnis:* Selbst wenn man für den vorliegenden Fall einmal unterstellt, daß A täterschaftlich den Tod der G verursacht hat, so wären jedenfalls keine Anhaltspunkte für eine Rechtfertigung oder Entschuldigung ersichtlich. So ist insbes. im Todesverlangen der G kein so starker Handlungszwang für A zu erblicken, daß ihm keine andere Wahl als die der Tötung geblieben wäre. Deshalb bleibt die Frage, ob A – über § 216 – zumindest Strafmilderung (II) oder – wenn bloße Selbstmordbeihilfe – sogar Straffreiheit (III) erlangen könnte:

15 **II. Tötung auf Verlangen (§ 216).**

1. Ungeachtet der Feststellung, daß § 216 einen gegenüber § 212 *selbständigen PrivilegierungsTB* darstellt (vgl. Nr. 1 A 15), setzt die Tötung auf Verlangen zunächst alle TBmerkmale des § 212 voraus: die vorsätzliche Tötung eines Menschen.

16 a) Der tödliche *Erfolg* steht hier außer Frage. Jedoch glaubte das SchwG bereits eine Tötungs*handlung* des A verneinen zu können (oben P). Wenn dies freilich damit begründet wird, daß sich die G durch Einatmen der Giftgase selbst getötet habe, so wird verkannt, daß als Tötungshandlung grundsätzlich jeder auf Herbeiführung des Todes gerichtete Tatbeitrag in Betracht kommt (vgl. S/S-Eser § 212 Rn. 3). Und dafür hat der BGH zu Recht schon die technischen Vorbereitungen des A für das Einströmenlassen der Abgase ausreichen lassen (E 5). Eine ganz andere Frage ist die, ob dies dem A täterschaftlich oder nur als Gehilfenbeitrag zuzurechnen ist; darauf wird bei Abgrenzung des § 216 von bloßer Suizidbeihilfe zurückzukommen sein (A 26ff).

17 b) Auch der erforderliche *Kausalzusammenhang* zwischen diesen Tatbeiträgen und dem Tod der G wurde vom BGH zu Recht bejaht (E 3). So käme insbes. eine Unterbrechung der Kausalität aufgrund eigenen Mitwirkens der G (E 4) allenfalls dann in Betracht, wenn diese den Motor zunächst wieder abgestellt hätte, um ihn i.S. eines „Neueröffnungseffekts" selbst erneut in Gang zu setzen (vgl. StrafR I Nr. 5, insbes. A 7ff).

18 c) Ebensowenig fehlt es am erforderlichen Tötungs*vorsatz*. Denn selbst wenn A weniger dem eigenen Antrieb als dem Wunsch der G folgte, hat er damit doch bewußt neben seinem eigenen auch den Tod der G angestrebt (E 4, 5).

19 2. Der damit verwirklichte Totschlag ist nach **§ 216** privilegiert, wenn der Täter „durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden" ist. Das setzt im wesentlichen dreierlei voraus:

20 a) Es muß sich um ein **Verlangen** nach Tötung (und nicht nur um ein bloßes Einverständnis damit) handeln. Das bedeutet, daß einseitiges Erdulden der Tötung nicht genügt, sondern der Getötete auf den Willen des Täters eingewirkt haben muß: Dies wird man hier – trotz des mißverständlichen Redens von „duldender Entgegennahme" (E 13) – annehmen können, nachdem nicht nur der Anstoß, sondern auch das weitere Drängen zum Tode gerade von G ausging (E 2, 11). Allerdings ist dies nicht so zu verstehen, als ob in jedem Falle die Initiative vom Getöteten ausgegangen sein müsse. Denn ähnlich wie für das „Bestimmen" bei Anstiftung (§ 26) muß auch für das Verlangen bei § 216 genügen, daß das Opfer einem etwa vom Täter ausgehenden Vorschlag mit Nachdruck zustimmt und dieser andernfalls nicht handeln würde. Deshalb kommt es auch bei einem „Doppelselbstmord" wie hier weniger darauf an, wer den Anstoß zum gemeinsamen Tod gegeben hat, sondern nur darauf, daß jeweils der eine durch die Entschlossenheit des anderen zur Tötung mitbestimmt wird (vgl. Jähnke LK § 216 Rn. 4, 8). Das steht hier außer Frage.

A 21 b) Freilich hat das Tötungsverlangen noch bestimmte Qualitäten aufzuweisen: Es muß **ausdrücklich** und **ernstlich** sein.

22 – An der *Ausdrücklichkeit* besteht hier kein Zweifel, nachdem G wiederholt und mit Nachdruck ihr Todesverlangen zum Ausdruck gebracht hat. Im übrigen ist dafür weder Schriftlichkeit noch die Benutzung bestimmter Worte erforderlich. Deshalb können u.U. auch schon eindeutige und unmißverständliche Gesten genügen.

23 – Weitaus problematischer ist dagegen die *Ernstlichkeit* des Tötungsverlangens. Dies schon deshalb, weil gegenüber Sterbewünschen – weil häufig (nach Meinung mancher Psychologen sogar fast ausschließlich) pathologisch bedingt – grundsätzlich Vorsicht geboten ist (vgl. S/S-Eser 33 vor § 211 m.w.N.) und hier speziell noch das jugendliche Alter der G hinzukommt. Da es jedoch bei § 216 allein auf die Respektierung einer subjektiv freiverantwortlichen Entscheidung für den Tod ankommen kann (vgl. Eser, Suizid S. 398 ff), muß für die Ernstlichkeit des Tötungsverlangens genügen, daß es auf einem verständigen und reflektierten Entschluß beruht und keine alters- oder krankheitsbedingten Mängel der Einsichts- oder Urteilsfähigkeit oder sonstige die Freiverantwortlichkeit ausschließenden Zwänge oder Irrtümer erkennbar sind (im Grundsatz h.M.; vgl. im einzelnen S/S-Eser § 216 Rn. 8 m.w.N.). Ob danach das Tötungsverlangen eines 16jährigen und zudem von scheinbarer Ausweglosigkeit niedergedrückten Mädchens wirklich als ernstlich bezeichnet werden kann, erscheint trotz gegenteiliger Beteuerung des BGH (E 2) zumindest zweifelhaft (vgl. Geilen JZ 1974, 149). Doch kann dies hier letztlich dahingestellt bleiben; denn da A das Verlangen der G jedenfalls subjektiv für ernstlich hielt, kommt ihm § 216 zumindest über § 16 II zugute (vgl. S/S-Eser § 216 Rn. 2, 9). Damit ist bereits ein weiteres Erfordernis angesprochen:

24 c) Das Verlangen des Opfers muß für den Täter **bestimmend** gewesen sein. Daran würde es etwa fehlen, wenn er – gleich einem omnimodo facturus bei Anstiftung (StrafR II Nr. 43 A 4f) – bereits zur Tötung entschlossen war (vgl. RGSt 68, 307) oder sich nicht durch das Verlangen des Opfers, sondern aus anderen Gründen (z.B. in Erwartung eines Tatlohnes) zur Tötung bewegen ließ. Dies bedeutet jedoch nicht, daß das Tötungsverlangen des Opfers das einzige Tatmotiv gewesen sein müßte, sofern es nur das hauptbestimmende war. Deshalb würde hier § 216 nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß sich etwa A nicht nur vom Wunsch der G, sondern auch eigensüchtig davon hätte mitbestimmen lassen, das Mädchen auf diese Weise loszuwerden (vgl. M-Schroeder II/1 § 2 IV B 2b).

25 4. *Zwischenergebnis:* Somit scheinen hier alle Voraussetzungen für § 216 gegeben. Jedoch bleibt über diese am Wortlaut orientierte Subsumtion hinaus noch eine strukturell bedingte Einschränkung zu bedenken: das Erfordernis **täterschaftlicher** Fremdtötung. Denn da es den Tötungstatbeständen – und damit auch dem § 216 – nur um den Schutz *fremden* Lebens geht (S/S-Eser 33 vor § 211), liegen außerhalb ihres Schutzbereiches solche Fälle, in denen sich der Tatbeitrag in der *Unterstützung einer Selbsttötung* erschöpft. Damit stellt sich die Frage, die auch im Mittelpunkt dieser Entscheidung stand (E 1):

26 **III. Abgrenzung (täterschaftlicher) Tötung auf Verlangen/Suizidbeteiligung.**

1. Worin liegt der *Grund* für dieses Grenzproblem? Im Zusammentreffen von zwei **gegenläufigen Prinzipien:**

27 – Auf der einen Seite das grundsätzliche *Verbot der Fremdtötung,* das selbst dort Beachtung erheischt, wo das Opfer einwilligt. Deshalb kommt selbst bei Tötung auf Verlangen keine Rechtfertigung, sondern allenfalls Strafmilderung in Betracht (A 2). Daran ist auch – nicht zuletzt zur Verhinderung von Mißbrauch – de lege ferenda festzuhalten (vgl. Möllering insbes. S. 93ff).

28 – Auf der anderen Seite die *Straflosigkeit der Selbsttötung.* Dabei ist freilich umstritten, ob sich dieser Strafverzicht lediglich subjektiv auf Schuldausschluß (so namentlich Schmidhäuser Welzel-FS S. 810ff) oder gar objektiv auf ein unrechtsausschließendes „Recht" auf Selbsttötung (so etwa Wagner aaO S. 108ff) stützen läßt. Wenn auch letzteres i.S. eines „status positivus" verfassungsrechtlich schwerlich begründbar sein dürfte (vgl. Möllering S. 86ff), wird die „Freiheit" zur Selbsttötung i.S. eines „status negativus" dem Individuum kaum abzusprechen sein (vgl. Eser, Suizid S. 397f). Doch kann diese Legitimationsfrage hier dahingestellt bleiben. Denn strafrechtsdogmatisch herrscht jedenfalls Einigkeit darüber, daß aus der Straflosigkeit der Selbsttötung – und damit mangels einer teilnahmefähigen Haupttat – auch die Straflosigkeit der Suizidteil-

A 28 nahme folgt (Erhängen-Fall BGHSt 2, 150/2; ferner S/S-Eser 33ff vor § 211, § 216 Rn. 1 m.w. N). Das gilt grundsätzlich auch für die *fahrlässige* Mitverursachung einer Selbsttötung (instruktiv dazu Polizeipistole-Fall BGHSt 24, 342 m. Anm. van Els NJW 1972, 147, Otto JuS 1974, 709, Spendel JuS 1974, 756, Welp JR 1972, 427).

29 – Damit ist der *Abgrenzungskonflikt* praktisch vorprogrammiert: Denn da – wie sich aus der Straflosigkeit der Suizidteilnahme ergibt – das Mitwirken an einer vom Opfer gewollten Tötung nicht schon per se Strafbarkeit begründet, hängt in allen Fällen, in denen der sich zum Tod Entschlossene der Hilfe eines anderen bedient, dessen Strafbarkeit davon ab, ob sein Tatbeitrag lediglich als (straflose) Teilnahme an einer Selbsttötung oder als (strafbare) täterschaftliche Fremdtötung auf Verlangen zu werten ist (E 1).

30 2. Worin aber ist das maßgebliche **Grenzkriterium** zu erblicken? Dies steht nach wie vor im Streit, wobei im wesentlichen folgende Lösungswege vorgeschlagen werden:

31 a) Die frühere Rspr. versuchte auf den *subjektiven Täterwillen* abzuheben: § 216, wenn der Dritte mit „Täterwillen" das Tötungsgeschehen beherrschen wollte, dagegen straflose Beihilfe, wenn er sich lediglich dem Willen des Opfers unterordnen wollte (so das RG in dem bei E 9 referierten Gashahn-Fall sowie BGHSt 13, 162 im Hammerteich-Fall). Diesen Rückgriff auf die allgemeine animus-Theorie (StrafR II Nr. 37 A 4ff) hat jedoch hier der BGH zu Recht für untauglich erklärt, der speziellen Abgrenzungsproblematik bei § 216 Herr zu werden (E 7); denn ebenso wie bei einseitiger Tötung auf Verlangen die Unterordnung unter den fremden Willen des Opfers tatbestandlich gerade vorausgesetzt wird, (E 12), ist auch für „Doppelselbstmord" die gemeinsame Schicksal- und Willensverknüpfung typisch (E 8).

32 b) Stattdessen will hier der BGH auf die *tatsächliche Beherrschung des Tatgeschehens* aufgrund des *Gesamtplanes* abstellen (E 13, 15; i.E. zust. Herzberg JuS 1975, 37f, Jähnke LK § 216 Rn. 13ff). Was ist davon zu halten? Zwar erscheint diese an die materiell-objektive Tatherrschaftslehre (StrafR II Nr. 37 A 14ff) angelehnte Abgrenzung insofern situationsgerechter, als sie nicht so sehr auf die schwer einschätzbare Willensstärke der Beteiligten als vielmehr auf den Grad von Selbst- oder Fremdverfügung abhebt (E 13). Jedoch wird dieser an sich brauchbare Ansatz weitgehend entwertet, wenn für die Tatbeherrschung durch den Täter kennzeichnend sein soll, daß das Opfer „duldend von ihm den Tod entgegennimmt" (E 13; im Grunde ähnlich psychologisierend Arzt I S. 71f). Denn nicht nur, daß damit der BGH in ähnliche subjektive Unterordnungsspekulationen wie die (von ihm zu Recht abgelehnte) frühere Judikatur zurückfällt; auch wird dabei übersehen, daß selbst bei duldender Hinnahme der Lebensmüde das Geschehen noch dadurch (mit)beherrschen kann, daß es letztlich von seiner Entscheidung abhängig bleibt, ob das Tun des Beteiligten zum tödlichen Erfolg führt oder scheitert (vgl. Horn SK § 216 Rn. 10f). Deshalb vermag auch die Distinktion des BGH zwischen dem Gashahn-Fall des RG (E 9) und dem hier infragestehenden Gisela-Fall nicht so recht zu überzeugen: Wenn dort nur Suizidbeihilfe anzunehmen gewesen wäre, weil das Mädchen das gasvergiftete Zimmer noch hätte verlassen können (E 15), warum soll in gleicher Weise nicht auch der G noch ein Aussteigen möglich gewesen sein? Ebenso Wessels II/1 § 2 V 2 m.w. krit. Nachw.

33 c) Daher ist jene Lösung vorzuziehen, die der BGH zu Unrecht abgelehnt hat: das Abheben darauf, ob *dem Getöteten nach dem letzten Tatbeitrag des anderen noch die freie Entscheidung* über Leben und Tod verbleiben soll: Ist dies der Fall, indem etwa das Opfer den Giftbecher noch zurückweisen oder das Zimmer noch verlassen könnte, so wurde lediglich ein Tatbeitrag zur Selbsttötung geleistet: grundsätzlich straflose Suizidbeihilfe (vgl. aber auch unten A 34ff). Handeln die Beteiligten dagegen in der Vorstellung, daß es nach dem letzten Tatbeitrag des anderen für das Opfer kein eigenhändiges Zurück mehr gibt (Kopfschuß, Zuziehen der Schlinge, tödliche Spritze), so handelt es sich um täterschaftliche Fremdtötung. Im Sinne dieses bereits von *Schröder* entwickelten Ansatzes, der inzwischen wachsende Zustimmung gefunden hat (so u.a. Blei, Hanack, M-Schroeder, Roxin, Welzel, Wessels: Nachw. bei S/S-Eser § 216 Rn. 11), ist somit auch beim „einseitig fehlgeschlagenen Doppelselbstmord" der Überlebende nur dann nach § 216 strafbar, wenn aufgrund des Tatplanes nach dem Ingangsetzen der letzten Ursachenkette dem Opfer nicht mehr die Möglichkeit bleibt, sich dem tödlichen Erfolg kraft eigenen Antriebs noch zu entziehen, wobei dann in der Tat völlig gleichgültig ist, wer zuerst das Bewußtsein verliert (E 16). Dementsprechend ist im vorliegenden Fall – sieht man von der problematischen Frage der Freiverantwortlichkeit der G einmal ab (A 23, 35) – der A nur dann einer Tötung auf Verlangen schuldig, wenn die G nach Anlassen des Motors keine Möglichkeit zum Aussteigen mehr gehabt hätte. Das aber dürfte kaum der Fall gewesen sein.

A 34 Zu a)–c) Freilich: alle diese Abgrenzungen zwischen § 216 und strafloser Suizidteilnahme gelten immer nur unter der Voraussetzung, daß es sich um einen **freiverantwortlichen** Suizidentschluß handelt. Ob dies der Fall ist, ist nach gleichen Kriterien zu beurteilen wie die Ernstlichkeit des Tötungsverlangens bei § 216 (A 23; vgl. auch S/S-Eser 36 vor § 211 m.w.N.). Damit stellt sich folgende Frage:

35 3. Wie wäre A zu behandeln, wenn der 16jährigen G die für eine unwiderruflich tödliche Entscheidung erforderliche Einsichts- oder Urteilsfähigkeit abzusprechen wäre? In solchen Fällen, in denen dem Suizidenten die **Freiverantwortlichkeit fehlt** oder diese offensichtlich zweifelhaft ist, ist für eine Respektierung der Selbsttötung – da nicht Ausfluß eines freien Willens – grundsätzlich kein Raum. Deshalb kann hier auch von keinem wirksamen Lebensschutzverzicht des Suizidenten die Rede sein, so daß die Tötungstatbestände grundsätzlich anwendbar bleiben. Demzufolge hängt die Strafbarkeit des „Suizidgehilfen" entscheidend von seinen subjektiven Vorstellungen ab:

36 a) Erkennt der Dritte den Freiwilligkeitsmangel und veranlaßt oder unterstützt er trotzdem den Suizid, so macht er sich einer vorsätzlichen *Tötung in mittelbarer Täterschaft* schuldig (Roxin, Täterschaft S. 476, 571): und zwar nicht in der privilegierten Form des § 216 (da dieser mangels Ernstlichkeit des Tötungswunsches zu verneinen ist), sondern nach § 212 (oder gar nach § 211: so etwa bei Habgier des potentiellen Erben).

37 – In gleicher Weise kommt Tötung in mittelbarer Täterschaft überall dort in Betracht, wo der Getötete als *Werkzeug gegen sich selbst* benutzt wird: so wenn er durch Zwang (instruktiv dazu OGH NJW 1949, 598), Arglist (z.B. durch Vorspiegelung der Bereitschaft zum Doppelselbstmord) oder in Ausnutzung eines Irrtums dazu veranlaßt wird, Hand an sich zu legen oder sich dabei helfen zu lassen.

38 b) Wird die mangelnde Verantwortlichkeit des unterstützten Suizidenten *fahrlässigerweise* nicht erkannt, so kommt § 222 in Betracht (vgl. Welp JR 1972, 428). Wird umgekehrt ein tatsächlich freiverantwortlicher Suizid irrtümlich für defekt angesehen, so kann darin bei entsprechendem Vorsatz ein Totschlags*versuch* liegen.

39 *Zwischenergebnis:* Somit kann sich A auf Straflosigkeit der Suizidbeihilfe von vornherein nur bei Freiverantwortlichkeit der G und/oder seinem entsprechenden Vertrauen darauf berufen. – Allerdings sind selbst dann noch nicht alle Hürden ausgeräumt. Denn ungeachtet der grundsätzlichen Straflosigkeit aktiver Suizidbeihilfe bleibt noch die Frage einer etwaigen Haftung wegen Unterlassens:

40 4. Inwieweit kann das **Geschehenlassen einer Selbsttötung** als **Unterlassen** strafbar sein? Diese Frage kann sich sowohl im Rahmen von Garantenbeziehungen stellen, wenn ein Angehöriger der Vorbereitung oder Durchführung eines Suizids tatenlos zusieht, wie auch da, wo ein „Jedermann" i.S. von § 323c eines noch rettungsfähigen Suizidenten ansichtig wird. Mit der gleichen Frage sähe sich hier A konfrontiert, wenn er sein Bewußtsein bereits zu einem Zeitpunkt wiedererlangt hätte, zu dem ihm noch eine Rettung der G möglich gewesen wäre. Der Meinungsstand dazu ist im wesentlichen folgender:

41 a) Soweit dem Suizidenten von vorneherein erkennbar die **Freiverantwortlichkeit fehlt,** besteht nach allgemeiner Meinung sowohl eine Suizidverhinderungs- wie auch Rettungspflicht: Wird diese von einem Garanten (Angehöriger, Arzt nach Behandlungsübernahme) verletzt, macht er sich wegen Tötens durch Unterlassen (§§ 212, 13) strafbar, ohne daß ihm (wegen Unbeachtlichkeit des Suizidwillens) § 216 zugute kommen könnte (A 36). Unterläßt ein sonst Hinzukommender die ihm mögliche und zumutbare Hilfe, greift § 323c ein, da jedenfalls in einem unfreien Suizidversuch ein „Unglücksfall" zu sehen ist (vgl. S/S-Cramer § 330c Rn. 7).

42 b) Ist dagegen von einer offenbar **freiverantwortlichen** *und bis zum tödlichen Ende ernstgemeinten Suizidentscheidung* auszugehen, so stehen sich vor allem zwei Meinungen gegenüber:

43 – Nach der vor allem vom **BGH** vertretenen Auffassung soll man zwar den Suizidversuch geschehen lassen dürfen. Sobald jedoch der Suizident *handlungsunfähig* geworden ist, setze für den Garanten die *Hilfspflicht* nach §§ 212, 13, für den „Jedermann" die nach § 323c ein (grundlegend dazu Erhängen-Fall BGHSt 2, 150 sowie Gaskocher-Fall BGHSt 6, 147; weit. Nachw. zu der im einzelnen wenig geradlinigen Judikatur bei Jähnke LK 21ff vor § 211 und S/S-Eser 42f vor § 211). Zwar hat dieses weitgehende Unterlaufen der Straflosigkeit der Suizidbeteiligung dadurch gewisse Einschränkungen erfahren, daß α) die Garantenhaftung nur insoweit eingreifen soll, als der Garant das Suizidgeschehen *beherrscht* (vgl. Hammerteich-Fall BGHSt 13, 162/6f) und β) die

A 43 *Zumutbarkeit* der Hilfeleistung jeweils besonderer Prüfung bedürfe (vgl. Zyankali-Fall BGHSt 7, 268/271f). Doch ändere dies nichts an der grundsätzlichen Hilfeleistungspflicht ab dem Zeitpunkt der Handlungsunfähigkeit des Suizidenten (mit gleicher Tendenz u.a. Geilen JZ 1974, 153f, Horn SK 212 Rn. 12ff).

44 Instruktiv dazu der *Gurt-Fall* **BGH NJW 1960, 1821,** wo die A tatenlos zusah, wie sich ihr Verlobter V die Schlinge des am Fenster befestigten Gurtes um den Hals legte, sich dann herabhängen ließ, kurz danach bewußtlos wurde und innerhalb von drei Minuten starb. Nach der Feststellung, daß die A aufgrund der engen Lebensgemeinschaft mit V (vgl. StrafR II Nr. 26 A 4ff) grundsätzlich zur Hilfe verpflichtet und dazu fähig war, wird zur Täterschaft nach § 212 ausgeführt: **[1822]** „Die A hatte jedenfalls von dem Zeitpunkt an, in dem V seine Tötungshandlung beendet hatte, d.h. sich in die Schlinge hatte fallenlassen und bewußtlos und handlungsunfähig war, die volle und alleinige Tatherrschaft. Von diesem Zeitpunkt an hing es ausschließlich von ihrem Willen ab, ob V infolge ihres Untätigbleibens sterben oder sein Tod durch ihr Eingreifen verhindert würde. Dieses Tatgeschehen beherrschte sie ganz allein ... Die A hat sich keinem fremden Täterwillen untergeordnet. Ihr Untätigbleiben beruhte nicht auf dem Gedanken, daß sie den Selbsttötungswillen eines anderen achten müsse, sondern darauf, daß es ihr gleichgültig war, ob der – bereits bewußtlose und handlungsunfähige – V sterben werde oder nicht".

45 – Demgegenüber bekennt sich die vorherrschende Lehre zu Recht zu der Auffassung, daß aus der grundsätzlichen *Respektierung des Suizidwillens,* wie dieser sich aus der Straflosigkeit aktiver Suizidbeihilfe ergibt, auch die *Straflosigkeit der Nichthinderung* eines freiverantwortlichen Suizids zu folgern und daher dessen Geschehenlassen weder über Garantenhaftung noch über § 323c erfaßbar ist (so im Grundsatz u.a. Dreher, Grünwald, Heinitz, Lackner, M-Schroeder, Roxin, Rudolphi, Welzel sowie mit Vorbehalt Gallas und Wessels: Einzelnachw. bei S/S-Eser 41, 43 vor § 211). Denn so widersinnig es wäre, zunächst dem Suizidgehilfen das aktive Verschaffen von tödlichen Tabletten zu gestatten, um ihn nach Einnahme zur Rettung des Suizidenten zu verpflichten, so wenig würde einleuchten, daß der Arzt zwar die freiverantwortliche Suizidhandlung des Krebskranken soll geschehen lassen dürfen, dann aber postwendend zur Abwendung des Suiziderfolgs verpflichtet wäre. Solche inneren Widersprüche lassen sich nur dadurch vermeiden, daß als Konsequenz der grundsätzlichen Wertentscheidung des Gesetzgebers für die Straflosigkeit aktiver Suizidbeteiligung auch die Nichthinderung eines freiverantwortlichen Suizids straffrei bleibt.

46 Diese Auffassung scheint nunmehr auch in der Rspr. Fuß zu fassen, wie vor allem der *Schlafmittel-Fall* **OLG Düsseldorf NJW 1973, 2215** zeigt: Nachdem der A vergeblich versucht hatte, seinen hochbetagten Verwandten V von einem offensichtlich überlegten und ernsthaften Suizidentschluß abzubringen, unternahm er nichts, als er den V nach Einnahme einer Schlafmittelüberdosis bewußtlos vorfand. Gegen den Vorwurf des Totschlags durch Unterlassen führt das OLG aus (wobei freilich sein untauglicher Versuch, diese Auffassung mit der des BGH in Einklang zu bringen, hier dahingestellt sei): **[2216]** „Der Senat ... hält es für unannehmbar, daß das Unterlassen schwerer gewertet werde als das Handeln, indem der bloß Passive dort Täter sein soll, wo der aktiv zur Selbsttötung Beitragende als ‚Gehilfe' straflos bliebe (vgl. Lange LK 5 vor § 211, Heinitz JR 1961, 29). Es ist somit – ohne Widerspruch zur Rspr. auch des BGH [?] – davon auszugehen, daß der untätig bleibende Garant nicht des Totschlags schuldig ist, wenn er den freiwillig ernsthaften Selbsttötungswillen des Schutzbefohlenen achten will und sich diesem Willen unterordnet. In diesem Fall hat er weder Täterwillen noch Tatherrschaft. Hier tritt, abgesehen von der rechtsdogmatischen Konstruktion, ein ethischer Problemkonflikt in den Vordergrund. Die Garantenpflicht soll den Schutzbefohlenen vor Gefahren sichern, die ihm von außen, von dritten Personen drohen. Beim Selbstmord aber ist er ‚Opfer' und ‚Täter' zugleich. Ihn bei freiwilligem Handeln vor sich selbst zu schützen, ist der Garant nicht verpflichtet. Wenn der Garant sich – möglicherweise schweren Herzens – dazu entschließt, die erkennbaren Selbstmordmotive des Schutzbefohlenen zu respektieren, kann man ihm bei bloßer Untätigkeit nicht die Schuld eines Totschlages anlasten". Dem ist im Prinzip nichts hinzuzufügen. Vgl. allerdings auch die krit. Anm. von Geilen JZ 1974, 153f.

47 c) Es bleibt die Frage, inwieweit diese Grundsätze auch bei **Sinneswandel** anwendbar sind: so bei dem in der Praxis gar nicht so seltenen Fall, daß ein Suizid zwar ernst gemeint ist und freiverantwortlich begonnen wird, der Suizident es sich schließlich aber anders überlegt und offensichtlich gerettet sein will. Dann bleibt zwar das Zulassen des Suizids als Respektierung eines freien Entschlusses straflos: Insoweit gelten also zunächst die zum freiverantwortlichen Suizid entwickelten Grundsätze (A 45f, wobei dem wohl auch der BGH zustimmen würde: A 44). Sobald jedoch eine Sinnesänderung

A 47 sichtbar wird und damit der tödliche Erfolg nicht mehr gewollt ist, greifen die Rechtspflichten nach § 13 bzw. § 323c ein (vgl. Chromsäure-Fall BGH JR 1956, 347, Horn SK § 212 Rn. 18); denn ein Hilfsverzicht kann naturgemäß nur solange entbinden, als er nicht erkennbar zurückgenommen wird. Auch bedarf es dafür nicht unbedingt eines ausdrücklichen Widerrufs; vielmehr kann sich dieser schon aus hilfeheischenden Gesten oder aus den Umständen ergeben. Letzteres ist insbes. für den „einseitig fehlgeschlagenen Doppelselbstmord" bedeutsam: Denn war der gemeinsame Tod gleichsam die „Geschäftsgrundlage", so ist bei einseitigem Scheitern davon auszugehen, daß dann auch der Partner noch weiterleben und deshalb gerettet sein will. Läßt in einem solchen Fall der Überlebende den Dingen einfach ihren Lauf, so wird in der Regel nicht nur § 323c, sondern aufgrund enger Lebensgemeinschaft sogar §§ 212, 13 in Betracht kommen; für Haftung aus Ingerenz hingegen wird es bei Respektierung des zunächst freien Suizidentschlusses regelmäßig an der Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens fehlen (vgl. StrafR II Nr. 27, insbes. A 5ff). Vgl. im übrigen auch (einschließlich der Sonderprobleme bei Hungerstreik) S/S-Eser 44f vor § 211 m.w.N.

48 5. Was ergibt sich **zusammenfassend** daraus für den vorliegenden Fall?

– Vorausgesetzt, daß der Suizidentschluß der G als *freiverantwortlich* zu betrachten ist, ist in den aktiven Tatbeiträgen des A nur eine straflose Beihilfe zur Selbsttötung der G zu erblicken (A 33). Insoweit bleibt zunächst auch die Nichthinderung dieses Suizids straflos (A 45f). Dagegen hätte A nach dem Scheitern seiner eigenen Selbsttötung rettungspflichtig werden können, wenn nachzuweisen wäre, daß G nur gemeinsam mit ihm in den Tod gehen wollte (A 47). Gegen diese Annahme dürfte jedoch sprechen, daß G offenbar auch allein zu sterben bereit war und A sich ihrer Initiative nur zögernd angeschlossen hatte (SV). Zudem würde eine Unterlassungshaftung des A auch daran scheitern, daß er infolge seiner Bewußtlosigkeit selbst hilfsbedürftig war.

49 – Hat dagegen der G die für eine freiverantwortliche Suizidentscheidung erforderliche *Urteilsfähigkeit* von vorneherein *gefehlt* (A 23), so könnte in der Förderung dieses Entschlusses zwar sowohl eine aktive mittelbare Tötung (A 36) wie auch eine pflichtwidrige Nichthinderung liegen (A 41). Doch wäre dies dem A nur dann subjektiv zurechenbar, wenn ihm hinsichtlich des Freiwilligkeitsmangels der G Vorsatz (dann § 212 bzw. § 323c) oder Fahrlässigkeit (dann § 222) nachzuweisen wäre. Dafür spricht jedoch tätsächlich wenig, nachdem offenbar nicht einmal dem BGH die Freiverantwortlichkeit der G fragwürdig erschien (E 2, 11).

50 IV. Exkurs: **Sterbehilfe und Euthanasie.**

Bei Tötung auf Verlangen (A 15ff) und Suizidbeteiligung (A 28ff) handelt es sich im Grunde lediglich um Teilausschnitte dessen, was gemeinhin als Sterbehilfe und Euthanasie umschrieben wird. Deshalb sei zur Abrundung dieses Problembereichs wenigstens kurz auf die wichtigsten Fallkonstellationen bei *Hilfe im* und *zum Sterben* hingewiesen:

51 1. Problematisch ist von vorneherein nur die *vor Hirntodeintritt* geleistete Sterbehilfe, da die Lebensschutztatbestände nur bis zu diesem Zeitpunkt eingreifen (vgl. Vollziehungsbeamten-Fall Nr. 1 A 2). Zum Schutz der *Leiche* (etwa gegen unbefugte Transplantatentnahme) vgl. S/S-Lenckner § 168 Rn. 3ff, 7.

52 2. Soweit sich die Hilfe *im* Sterben auf *Schmerzlinderung ohne lebensverkürzendes Risiko* beschränkt, ist diese nicht nur zulässig, sondern sogar geboten, da sich andernfalls der für die Behandlung verantwortliche Arzt u.U. wegen Körperverletzung durch Unterlassen strafbar machen kann (vgl. S/S-Eser § 223 Rn. 3).

53 3. Grundsätzlich unzulässig ist dagegen die Hilfe zum Sterben durch *aktive Lebensverkürzung*. Das gilt sowohl für die sog. Vernichtung „lebensunwerten Lebens" wie auch für die aktive Tötung als Mittel zur Schmerzbeseitigung: Während ersteres nach §§ 212 (oder bei rassistischen Gründen aus § 211) strafbar ist, kommt bei der „erbetenen Spritze" zwecks Erlösung von einem vermeintlich sinnlos gewordenen Leben allenfalls Strafmilderung nach § 216 in Betracht. Für ausnahmsweise Zubilligung eines rechtfertigenden Notstandes u.a. Horn SK § 212 Rn. 26.

54 4. Handelt es sich nicht um eine beabsichtigte Tötung, sondern lediglich um *Schmerzlinderung mit lebensverkürzendem Risiko*, so wird im Ergebnis der Arzt heute nahezu allgemein für straflos gehalten, ohne daß jedoch über die maßgebliche Begründung Einigkeit bestünde. Überwiegend wird Rechtfertigung aufgrund „erlaubten Risikos" oder durch rechtfertigenden Notstand angenommen (vgl. Möllering S. 15ff).

A 55 5. Sog. *„passive Euthanasie"* durch Sterbenlassen wird jedenfalls dann für zulässig gehalten, wenn dies mit *Einverständnis* des Moribunden geschieht (vgl. S/S-Eser 27f vor § 211; zum Behandlungsverzicht aufgrund „Patientenbrief" vgl. Uhlenbruck NJW 1978, 566). Soweit es dagegen *einseitig*, nämlich ohne tatsächliche oder mutmaßliche Einwilligung des Betroffenen geschehen soll (so bei Nichtansprechbarkeit oder Bewußtlosigkeit des Patienten), sind die maßgeblichen Kriterien noch höchst umstritten. Weitgehende Einigkeit besteht lediglich insofern, als jedenfalls bei irreversiblem Bewußtseinsverlust der Arzt zur Verweigerung bzw. zum Abbruch der Behandlung berechtigt sein soll (näher dazu in Auer-Menzel-Eser aaO S. 119ff).

56 6. Dem medikativen ist grundsätzlich auch der *„technische Behandlungsabbruch"*, wie insbes. durch Abschalten von Respiratoren, gleichzustellen. Denn auch in diesem Fall handelt es sich dem Verhaltenscharakter nach nicht um aktives Tun, sondern um die Figur des Unterlassens durch Begehen (vgl. StrafR II Nr. 25 A 17ff).

57 Zu weiteren Einzelheiten und Nachw. aus der neuen noch überschaubaren Euthanasie-Literatur vgl. aus neuerer Zeit u.a. Engisch in Eser, Suizid S. 312ff., Hanack in Hiersche, Euthanasie S. 121ff, Möllering S. 8ff, S/S-Eser 21ff vor § 211 sowie speziell zur Problematik des Behandlungsabbruchs Auer-Menzel-Eser S. 83ff.

58 **Schrifttum: Allg.** *Arzt* I T. 2 B VI 2, VII; *Blei* II §§ 5 II, VI, 7; *Bockelmann* II/2 § 4; *Krey* I Fälle 9–10; *M-Schroeder* II/1 §§ 1 IV–VI, 2 II C, IV B; *Otto* II § 6; *Welzel* § 38 I; *Wessels* II/1 §§ 1, 2 V; ferner die Kommentare zu § 216 sowie *D-Tröndle* 4ff vor § 211, *Horn* SK § 212 Rn. 2–26; *Jähnke* LK 3–34 vor § 211, *Lackner* § 211 Anm. 3f; S/S-Eser 21–48 vor § 211.

Speziell zu **Selbsttötung** und **Euthanasie:** *Auer-Menzel-Eser,* Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe, 1977; *Bringewat,* Tötung auf Verlangung und der sog. „erweiterte Selbstmord", JuS 1975, 155; *Eid/Frey,* Sterbehilfe, 1978; *Eser,* Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem, 1976; *Gallas,* Strafbares Unterlassen im Falle einer Selbsttötung, JZ 1960, 649, 686; *Geilen,* Suizid und Mitverantwortung, JZ 1974, 145; *Hiersche,* Euthanasie heute, 1974; *Klinkenberg,* Die Rechtspflicht zum Weiterleben und ihre Grenzen, JR 1978, 441; *Möllering,* Schutz des Lebens – Recht auf Sterben, 1977; *Roxin,* Die Mitwirkung beim Suizid, Dreher-FS S. 331; *Schilling,* Abschied vom Teilnahmeargument bei Mitwirkung zur Selbsttötung, JZ 1979, 159; *Schmidhäuser,* Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, Welzel-FS S. 801; *Spendel,* Fahrlässige Teilnahme am Selbstmord und Fremdtötung, JuS 1974, 749; *Uhlenbruck,* Der Patientenbrief, NJW 1978, 566; *Wagner,* Selbstmord und Selbstmordverhinderung, 1975.

Schwangerschaftsabbruch (§ 218): Tatmodalitäten – Beteiligung Abgrenzung von Totschlag

BGHSt 10, 291: Pieps-Fall

5 StR 164/57 v. 18. 6. 1957 = LM Nr. 18 zu § 218

SV **Sachverhalt:** Die E war seit Oktober 1954 schwanger. Nachdem sie mit Einverständnis ihres Ehemannes A erfolglos mehrere Abtreibungsversuche unternommen hatte, öffnete sie schließlich am 5. März 1955 mit einer Stricknadel die Fruchtblase, worauf die Wehen eintraten. Gegen 24 Uhr kam es zum Ausstoß. Dieser ging glatt. Das „ausgestoßene Wesen", das zwischen den Beinen der E lag, war etwa 25 cm lang und sah „etwas flauschig" aus. Seine Körperformen waren ausgeprägt. „Es piepste. Hierbei wollte es den Mund wie zum gehörigen Schrei öffnen. Die piepsenden Laute klangen etwa wie die von Mäusen oder wie das Reiben von Gummiabsätzen auf Linoleum. Die Bewegungen waren mehr zuckender Art". Daraus glaubte das SchwG nicht mit Sicherheit schließen zu können, daß das Kind außerhalb des Mutterleibs gelebt hatte: Das Piepsen könne ein vergeblicher Atmungsversuch, die Zuckungen könnten bloße „Reflexbewegungen anläßlich der Spontanreaktion nach dem Ausstoß gewesen sein". A und E hielten das Kind aber für lebend. Mit dem Einverständnis beider wurde es von dem anwesenden F etwa zwei Minuten lang fest in die Matratze gedrückt, bis man keine Regungen mehr spürte.

P **Zur Problemstellung:** Könnte sich die E wegen *Schwangerschaftsabbruchs* (§ 218) strafbar gemacht haben, da das Kind auf jeden Fall den Tod fand? Oder könnte dieser Kausalzusammenhang durch die selbständige Tötungshandlung des F unterbrochen sein?

– Falls Vollendung des Schwangerschaftsabbruch durch E zu verneinen wäre, käme stattdessen *Versuch* von § 218 in Betracht? Oder könnte dem heute § 218 IV S. 2 entgegenstehen?

– Inwieweit muß sich A aufgrund seines *Einverständnisses* mit allem ebenfalls wegen Schwangerschaftsabbruchs verantworten? Aufgrund pflichtwidrigen Unterlassens?

– Könnte F wegen *Totschlags* strafbar sein? Oder würde dem die mangelnde Lebensfähigkeit des Neugeborenen entgegenstehen?

– Inwieweit müssen sich A und E als Eltern einen Totschlag des F *mittäterschaftlich* zurechnen lassen?

– Falls die Frage, ob das Kind im Zeitpunkt des Erstickens gelebt hatte, nicht geklärt werden kann, käme dann etwa *Wahlfeststellung* zwischen Abtreibung und Totschlag in Betracht?

Das SchwG hat den F eines versuchten Totschlags, den A und die E einer versuchten Abtreibung und eines versuchten Totschlags für schuldig befunden. Hiergegen hat nur A Revision eingelegt und sich vor allem gegen den Totschlagsvorwurf gewandt, jedoch letztlich ohne Erfolg.

Obgleich sich zwischenzeitlich die §§ 218ff geändert haben (unten A 2), hat die nachfolgende Begründung des BGH (abgesehen von der heutigen Straffreiheit der Schwangeren bei bloßem Versuch: § 218 IV S. 2) für die hier anstehenden Fragen nach wie vor grundsätzliche Bedeutung:

E 1 **Aus den Gründen: [292]** „Zu Unrecht meint die Revision [des A], der ganze Vorgang könne nur unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Abtreibung nach § 218 gewürdigt werden, ein versuchter Totschlag komme also nicht in Betracht. Eine Leibesfrucht kann auch dann, wenn sie vorzeitig zur Welt kommt, ein Mensch i. S. des § 212 sein. Ob sie es ist, hängt davon ab, ob sie unabhängig vom Leben der Mutter in menschlicher Weise lebt, sei es auch nur kurze Zeit (RGDR 1939, 365). Das *kann* ... schon bei einer Fehlgeburt in der 16.–20. Woche der Schwangerschaft, wie hier der Fall sein. Die Auffassung der Revision, eine Leibesfrucht dieses Alters könne rechtsgrundsätzlich nur Gegenstand einer Abtreibung, aber nicht eines Totschlags sein, trifft nicht zu. Bis zu welchem Zeitpunkt **[293]** in der Entwicklung des keimenden Lebens immer nur von einer Frucht und niemals von einem Menschen gesprochen werden kann, mag sich schwer sagen lassen, braucht hier aber auch nicht entschieden zu werden.

2 An der rechtlichen Möglichkeit eines Totschlages ändert sich nichts dadurch, daß die vorzeitige Geburt mit dem Willen verursacht worden war, die Frucht abzutöten. Für ihre

E 2 gegenteilige Ansicht beruft sich die Revision zu Unrecht auf BGHSt 10, 5. Wie der Senat dort ausgesprochen hat, kann eine Leibesfrucht auch dadurch i. S. des § 218 „abgetötet" werden, daß die Frühgeburt eines lebenden Kindes herbeigeführt wird, dieses aber bald nach der Geburt stirbt, weil es noch nicht voll ausgetragen war. In einem solchen Falle, in dem der Tod allein auf der Abtreibungshandlung und der mangelnden Fähigkeit des
3 Kindes zum Weiterleben beruht, kommt nur eine Abtreibung nach § 218 in Betracht. Das schließt jedoch nicht aus, daß ein Tötungsverbrechen nach den §§ 211 ff vorliegt, wenn
4 das lebende Kind durch einen *neuen* Angriff umgebracht wird. Dies gilt ... auch dann, wenn der Täter den Entschluß zur Tötung schon gefaßt hatte, als die Geburt, die mit den Wehen begonnen hatte, noch im Gange war.

5 Der Tatrichter hat nicht feststellen können, ob das Kind lebend oder tot zur Welt gekommen ist. Er nimmt, wenn es lebte, nur versuchte Abtreibung an, weil in diesem Falle die Leibesfrucht nicht „durch den mittels des Eingriffs mit der Stricknadel herbeigeführten vorzeitigen Abgang getötet worden" sei. Dabei verkennt er folgendes: Der Tatbestand des § 218 war erfüllt, wenn das Kind zwar nach der Geburt lebte, dann aber infolge der Abtreibungshandlung starb (BGHSt 10, 5). Bis dahin war nur ein versuchtes Verbre-
6 chen der Abtreibung vorhanden. Der Eingriff im Mutterleibe war aber auch dann eine Ursache für den Tod des lebend geborenen Kindes, wenn dieses alsbald nach der Geburt umgebracht wurde. Denn dazu wäre es nicht gekommen, wenn nicht die vorzeitige Geburt vorangegangen **[294]** wäre. Diese beruhte wiederum auf der gewaltsamen Zerstörung der Fruchtblase, durch die die Abtreibung hatte herbeigeführt werden sollen. Diese Abtreibungshandlung hat daher auch die spätere Tötung verursacht. Daß die unmittelbare Todesursache in einem neuen, vorsätzlich ausgeführten Angriff auf das Leben be-
7 stand, beseitigt nicht die ursächliche Wirkung der Abtreibungshandlung. In solchen Fällen ist weder ein sog. Rückgriffsverbot i. S. von Frank § 1 III 2a noch eine Unterbrechung des ursächlichen Zusammenhanges anzuerkennen (RGSt 64, 316, 370; BGH bei Dallinger
8 MDR 1956, 526). Durch die spätere Tötung des lebenden Kindes, die Totschlagshandlung, wurde also zugleich der Tatbestand des § 218 vollendet. Beide Straftaten stehen miteinander in Tateinheit (§ 73 [a. F.; jetzt § 52]).

9 Anders ist es, wenn das Kind nicht lebend zur Welt gekommen war. Dann war die Abtreibung schon vollendet, ehe der Totschlagsversuch an dem vermeintlich lebenden Kinde begann. In diesem Falle fehlt es an einer Handlung, die unter beide Tatbestände zugleich fällt und die Tateinheit begründet. Es liegen eine vollendete Abtreibung und ein versuchter Totschlag in Tatmehrheit vor (§ 74 [a. F.; jetzt § 53]).

10 Es kam also eine wahldeutige Verurteilung in Betracht. Der A ist *entweder* der vollendeten Abtreibung und des versuchten Totschlages als einer weiteren selbständigen Handlung *oder* der vollendeten Abtreibung in Tateinheit mit vollendetem Totschlag schuldig."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Im Mittelpunkt dieses Falles steht die *Abgrenzung* zwischen *Schwangerschaftsabbruch* und *Totschlag* (II). Dazu empfiehlt sich zunächst ein Überblick über *Struktur* und *Schutzgut* des gegenwärtigen Schwangerschaftsabbruchsrechts (I). Nach Erörterung der Tatmodalitäten (II) bedürfen die möglichen *Beteiligungsverhältnisse* bei Schwangerschaftsabbruch näherer Betrachtung (III). Die verschiedenartigen Rechtfertigungs- und Strafausschließungsgründe bei Schwangerschaftsabbruch werden im nachfolgenden *Notlagen-Fall* Nr. 5 zu betrachten sein.

2 **I. Struktur und Schutzgut des Schwangerschaftsabbruchsrechts.**

1. Das Recht der heute als „Schwangerschaftsabbruch" bezeichneten Abtreibung ist das Ergebnis einer wechselnden **Reformgeschichte.** Nachdem das frühere absolute Abtreibungsverbot des RStGB von 1871 zunächst nur durch höchstrichterliche Anerkennung eines „übergesetzlichen Notstandes" bei Gefahr für Leben oder Gesundheit der Mutter aufgelockert war (Indikations-Fall RGSt 61, 242: StrafR I Nr. 12), versuchte das *Fristenmodell* des 5. StrRG vom 18. 6. 1974 für die ersten drei Schwangerschaftsmonate den ärztlich durchgeführten Abbruch gänzlich freizustellen, um sich stattdessen eine Aborteindämmung von verstärkter Beratung zu erhoffen. Damit sah jedoch das BVerfG das eigene Lebensrecht des Embryos (Art. 2 II GG) nicht mehr hinreichend gewährleistet. Deshalb wurde die Fristenlösung für verfassungswidrig erklärt (BVerfGE 39, 1 ff = NJW 1975, 573 ff). Den dabei artikulierten Forderungen des BVerfG versucht das 15. StÄG vom 18. 5. 1976 dadurch Rechnung zu tragen, daß es nunmehr den Schwangerschaftsabbruch auf der Basis eines **Indikationsmodells** abschließend neu geregelt hat: Danach bleibt der Schwangerschaftsabbruch zwar grundsätzlich verboten (§ 218), jedoch für schwerwiegende Konfliktfälle aufgrund bestimmter zeitlich abgestufter Indikationen ausnahmsweise zulässig (§ 218a) und darüberhin-

A 2 aus für die Schwangere noch in weiterem Umfang persönlich strafbefreit (§ 218 III S. 2, IV S. 2). Weitere Einzelheiten zur Reformgeschichte bei S/S-Eser 1 ff vor § 218 m. w. N.

3 2. Um das **System** dieses recht kompliziert erscheinenden Schwangerschaftsabbruchsrechts durchschauen zu können, ist zunächst die **Gesetzestechnik** der schon rein zahlenmäßig umfänglichen §§ 218–219 d zu entschlüsseln:

4 a) Ausgangspunkt ist jeweils die allgemeine **Strafbegründungsnorm** des § 218 I, wodurch der Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich unter Strafe gestellt wird. Jedoch ist dabei bereits § 219 d mitzuberücksichtigen, da dort die *Frühphase* der Schwangerschaft bis zum Abschluß der Nidation schon tatbestandlich aus dem Abbruchsverbot ausgenommen wird (A 13 f, 26).

5 – Straf*schärfung* ist nach Regelbeispieltechnik durch § 218 II vorgesehen (allgemein zu dieser Verschärfungstechnik StrafR IV Nr. 7 A 37 ff, 42 f). Derartige Strafschärfungen sind vor allem bei aufgezwungenem Schwangerschaftsabbruch (etwa durch den Erzeuger oder die Eltern) sowie bei Laienabtreibungen bedeutsam (vgl. S/S-Eser § 218 Rn. 42 ff).

6 – Straf*milderung* wird durch § 218 III S. 1 der Schwangeren eingeräumt. Da es sich dabei nicht um eine auf den Einzelfall bezogene, sondern generelle Strafherabsetzung handelt, bleibt die frühere Unterscheidung zwischen „Fremdabtreibung" (§ 218 I) und „Selbstabtreibung" durch die Schwangere (§ 218 III) erhalten; vgl. A 20 ff.

7 b) **Strafbefreiungsgründe** finden sich in dreifacher Abstufung:

8 – Liegt eine *Indikation* i. S. von § 218 a vor, so bleibt jeder Tatbeteiligte straflos. Da diese Indikationsgründe jedoch nur bei *ärztlichem* Schwangerschaftsabbruch durchgreifen, bleiben Laienabtreibungen grundsätzlich nach § 218 strafbar. Näher zu den Indikationen: Notlagen-Fall Nr. 5.

9 – Darüberhinaus ist der Schwangeren durch die 22-Wochenklausel von § 218 III S. 2 ein *persönlicher Strafausschließungsgrund* eingeräumt, der vor allem dann praktisch wird, wenn eine Indikation nach § 218 a scheitert. Auch bloßer *Versuch* bleibt für die Schwangere grundsätzlich straffrei (§ 218 IV S. 2).

10 – Schließlich kann die *Schwangere* selbst bei Scheitern einer Indikation (A 8) bzw. des persönlichen Strafausschließungsgrundes (A 9) aufgrund der „Bedrängnisklausel" von § 218 III S. 3 zumindest ein *Absehen von Strafe* erhoffen. Dies ist vor allem bei Laienabort bedeutsam. Vgl. unten A 49.

11 c) **Subsidiäre Schutz- und Kontrolltatbestände** finden sich in den §§ 218 b, 219, 219 a: Dadurch soll die *Beratung* und *Indikationsfeststellung* gewährleistet und damit zumindest mittelbar das ungeborene Leben geschützt werden. Demgegenüber geht es bei der *Krankenhauspflicht* von Art. 3 des 5. StrRG primär um den Gesundheitsschutz der Schwangeren. Doch auch bei diesen Pflichten ist der Schwangeren ein persönlicher Strafbefreiungsgrund eingeräumt. Vgl. unten A 51 sowie Notlage-Fall Nr. 5 A 68.

12 d) Schließlich versucht das Gesetz bereits das **Vorfeld** des Schwangerschaftsabbruchs dadurch abzuschirmen, daß in den §§ 219 b, 219 c bestimmte Anstiftungs- und Beihilfehandlungen als abstrakte Gefährdungsdelikte unter Strafe gestellt werden: und zwar zum einen die *Kommerzialisierung* des Schwangerschaftsabbruchs durch öffentliches Anerbieten oder Werben dafür (§ 219 b); zum anderen die *Erleichterung* von *illegalen* Abbrüchen durch Inverkehrbringen von Abtreibungsmitteln (§ 219 c).

13 3. Welches **Rechtsgut** liegt dieser Konzeption zugrunde?

a) Obgleich § 218 nicht mehr von „Abtöten der *Leibesfrucht*" (E 2 ff), sondern nur noch von „Schwangerschaftsabbruch" spricht, ist primäres Schutzgut doch weiterhin das **Leben des Embryos** als eines eigenständigen, höchstpersönlichen und von den Eigeninteressen der Mutter unabhängigen Rechtsgutes (vgl. Fristenurteil BVerfGE 39, 1/42 ff, ferner BGHSt 11, 15/7, Arzt I S. 117, D-Tröndle 6 vor § 218, Rudolphi SK 24 vor § 218). Und zwar nicht nur aus dem systematischen Grund, daß der Schwangerschaftsabbruch ebenso wie die Tötungsdelikte i. e. S. im gleichen 16. Abschnitt der „Straftaten gegen das Leben" geregelt ist. Auch handelt es sich beim Embryo jedenfalls vom Zeitpunkt seiner Individuation an um eine bestimmte Person, die zwar erst keimhaft angelegt und noch entwicklungsbedürftig ist, jedoch als „Lebensprogrammeinheit" bereits unverwechselbar und abschließend festliegt, und der das „jedem" garantierte Lebensrecht (Art. 2 II GG) in grundsätzlich gleicher Weise zusteht wie dem geborenen Leben (BVerfGE 39, 1/37, S/S-Eser 5 vor § 218 m. w. N.).

14 – Da die Individuation jedoch erst mit der sog. *Nidation* endgültig abgeschlossen ist, gelten nach § 219 d nur solche Handlungen als Schwangerschaftsabbruch, deren tödliche Wirkung nach Abschluß der Einnistung des befruchteten Eies in die Gebärmutter

A 14 eintritt. Das bedeutet einerseits, daß das Tatobjekt des Schwangerschaftsabbruchs erst das in der Gebärmutter eingenistete Ei (und nicht bereits das befruchtete) sein kann. Und das hat andererseits zur Folge, daß Eingriffe vor dem Nidationszeitpunkt, d.h. praktisch innerhalb der ersten 4-Wochen seit der letzten Menstruation, schon tatbestandlich gar nicht als Schwangerschaftsabbruch erfaßbar und damit straffrei sind (näher S/S-Eser 26f vor § 218, § 219d Rn. 1ff).

14a – Für den vorliegenden Fall ist diese Einengung des Schutzbereichs allerdings ohne Bedeutung, da selbst die ersten Abtreibungsversuche der E gegen eine bereits voll eingenistete Frucht gerichtet waren. Deshalb könnte hier allenfalls die Abgrenzung der „Leibesfrucht" gegenüber dem bereits geborenen „Menschen" problematisch werden; darauf ist noch zurückzukommen (A 27ff).

15 b) Der primäre Schutz des ungeborenen Lebens schließt jedoch nicht aus, daneben auch noch die **Gesundheit der Schwangeren** als *sekundäres* Schutzgut anzuerkennen (so entgegen der früheren Meinung heute auch Blei II § 10 II, D-Tröndle 6 vor § 218, Lackner § 218 Anm. 1). Auch die *Entscheidungsfreiheit* der Schwangeren kommt im Hinblick darauf, daß die Mißachtung ihres Willens einen Strafschärfungsgrund darstellt (§ 218 II Nr. 1) und ihre Einwilligung Indikationsvoraussetzung ist (§ 218a I Nr. 1), als zusätzliches Schutzgut in Betracht (Arzt I S. 117). Dagegen kann in *bevölkerungspolitischen* Interessen kein Schutzgut der §§ 218ff erblickt werden (S/S-Eser 8 vor § 218 m.w.N.).

16 4. Welche *Zwischenbilanz* läßt sich unter Berücksichtigung des heutigen Rechts für den vom BGH nach damaligem Recht entschiedenen Fall schon jetzt ziehen?

– Auszugehen ist davon, daß Schwangerschaftsabbruch sowohl für die *Schwangere* selbst als auch für *Dritte strafbar* geblieben ist (§ 218), jedoch für die E als Schwangere Strafmilderung bzw. Strafausschluß nach § 218 III in Betracht kommen könnte. Dies wird noch zu prüfen sein (A 49).

17 – Dagegen scheidet eine rechtfertigende *Indikation* nach § 218a von vorneherein aus, da es an der ärztlichen Durchführung fehlt (A 8).

18 – Als *Schutzgut* ist das Lebensrecht des Embryos verletzt (A 13), nicht dagegen das Gesundheits- bzw. Selbstbestimmungsinteresse der E (A 15), da sie diese (in ihrer Disposition stehenden) Interessen selbst aufgegeben hat.

19 – Straffrei bliebe die E jedoch hinsichtlich der ersten erfolglosen Abtreibungs*versuche*, da heute nach § 218 IV S. 2 die Frau nicht wegen Versuchs bestraft wird. Dementsprechend würde die E auch hinsichtlich des Durchstechens der Fruchtblase nicht wegen Schwangerschaftsabbruchs strafbar sein, wenn darin kein vollendeter, sondern lediglich versuchter Schwangerschaftsabbruch zu erblicken wäre. Doch um dies zu entscheiden, bedürfen die Tatmodalitäten des Schwangerschaftsabbruchs einer näheren Betrachtung:

20 **II. Tatmodalitäten des Schwangerschaftsabbruchs – Abgrenzung von Totschlag.**

1. Die TB-Umschreibung des jetzigen § 218 könnte kaum kürzer sein: „Abbrechen einer Schwangerschaft", ohne daß dabei noch ausdrücklich zwischen Abtöten oder Abtötenlassen durch die Schwangere (so § 218 I a.F.) oder sonst durch einen Dritten (so § 218 II a.F.) unterschieden würde. Hat sich damit wesentliches geändert? In der Sache nicht; denn obgleich darin der Charakter des Schwangerschaftsabbruchs als **einheitliches Delikt** nunmehr unmißverständlich zum Ausdruck kommt, bleibt doch aufgrund der psychischen Ausnahmesituation der typischerweise mitbeteiligten Schwangeren auch weiterhin folgende Differenzierung möglich und geboten (vgl. S/S-Eser 1ff vor § 218):

21 a) Den *GrundTB* bildet **§ 218 I** mit dem auf den *Jedermann* ausgerichteten Abbrechen der Schwangerschaft: sog. **Fremdabbruch,** da jeden Tatbeteiligten – mit Ausnahme der Schwangeren – erfassend.

22 b) Soweit nämlich die *Schwangere* den Abbruch vornimmt, wird ihr durch § 218 III Strafmilderung eingeräumt: *unselbständige Privilegierung* bei sog. **Selbstabbruch.**

23 – Obgleich nicht mehr ausdrücklich erwähnt, zählt zu letzterem auch das *Zulassen* eines Schwangerschaftsabbruchs durch die Schwangere. Diese Hervorhebung wurde schon deshalb (zu Recht) für entbehrlich gehalten, weil die Schwangere bereits aufgrund Ermöglichens oder einverständlichen Duldens eines Schwangerschaftsabbruchs durch einen Dritten zur Tatbeteiligten wird (vgl. auch Arzt I S. 119). Zu weiteren Beteiligungsproblemen vgl. A 43ff.

A 24 2. Die *Art und Weise,* wie der Fremd- oder Selbstabbruch bewerkstelligt wird, ist gleichgültig. Tatbestandserheblich ist allein, daß durch den Eingriff das **Absterben der Leibesfrucht** bewirkt wird: und zwar gleich, ob durch *unmittelbare* Einwirkung auf die Leibesfrucht (wie etwa durch Absaugen, Ausschaben oder chemische Mittel) oder ob durch Einwirkungen auf die Schwangere, die *mittelbar* zum Absterben des Embryos führen (wie z.B. die einer Schwangeren verabreichten oder von ihr eingenommenen Medikamente oder Drogen, sofern sie auch zur Vernichtung des Embryos geeignet sind); vgl. im einzelnen Hirsch in Eser/Hirsch § 5. Demzufolge ist mittelbarer Schwangerschaftsabbruch auch durch *Tötung der Schwangeren,* ja sogar durch deren Selbstmord(versuch) denkbar, falls daraus der Tod der Leibesfrucht resultiert. Instruktiv dazu der Schwangerentötungs-Fall BGHSt 11, 15 mit Hinweis auf die eigenständige Rechtsgutsträgerschaft des Embryos (A 13).

25 Zu beachten bleiben jedoch zwei **zeitliche Zäsuren,** und zwar für jede Art von Schwangerschaftsabbruch: Der Eingriff muß einerseits ein bereits *eingenistetes* Ei betreffen (a) und andererseits noch *vor Einsetzen der Eröffnungswehen* vorgenommen sein (b). Das macht eine Abgrenzung in zweifacher Hinsicht erforderlich:

26 a) Zum einen bei Eingriffen in der **Frühphase:** Da Handlungen, deren Wirkung vor Nidationsabschluß eintritt, gemäß § 219d nicht als Schwangerschaftsabbruch gelten, der Gesetzgeber jedoch von einer genauen Fristfixierung abgesehen hat, ist der maßgebliche *Nidationszeitpunkt* durch Rückrechnung auf die Empfängniszeit (rund 14 Tage) und dieser seinerseits durch eine weitere Rückrechnung auf die letzte Menstruation (nochmals 14 Tage) zu ermitteln. Das hat zur Folge, daß praktisch alle Eingriffe und Mittel, die innerhalb der ersten vier Wochen seit dem letzten Menstruationsbeginn vor- oder eingenommen werden und die ausschließlich empfängnisverhütende oder nidationshemmende Wirkung haben (Anti-Baby-Pille, morning-after-Pille, Intrauterin-Pessare u.ä.), schon tatbestandlich ausscheiden. Zu weiteren Berechnungsproblemen und Grenzfällen vgl. S/S-Eser § 219d Rn. 3ff.

27 b) Zum anderen bei Eingriffen in der **Endphase** der Schwangerschaft: Hier stellt sich das auch für den vorliegenden Fall bedeutsame *Abgrenzungs*problem gegenüber *Totschlag.* Dabei bedürfen vor allem folgende Fragen einer Klärung: die grundsätzliche Anwendbarkeit von § 218 und/oder §§ 211ff (aa), die Problematik von Vollendung und Versuch (bb) sowie etwaige Konkurrenzverhältnisse (cc).

28 aa) Da der Schutz der Tötungsdelikte i.e.S. mit dem Beginn der Geburt (Eröffnungswehen) einsetzt (Vollziehungsbeamter-Fall Nr. 1 A 2), hängt das **tatbestandliche** Eingreifen von § 218 oder § 212 zunächst einmal davon ab, ob der Angriff noch gegen die ungeborene *„Leibesfrucht"* oder bereits gegen den in der Geburt befindlichen *„Menschen"* gerichtet ist:

29 α) Letzterenfalls kommen von vornherein nur noch die **§§ 211ff** in Betracht. Und zwar selbst dann, wenn die auf Tötung gerichtete Kausalkette bereits vor Geburtsbeginn in Gang gesetzt wird, jedoch *erst am geborenen Menschen zur Wirkung* kommen kann: so etwa, wenn der Mutter vor Geburtsbeginn eine Virusinfektion beigebracht wird, die durch nachgeburtliche Kontakte auf das Kind übertragen wird und zu dessen Tod führt (vgl. S/S-Eser 15 vor § 211). Auch ist dabei ohne Bedeutung, ob das Kind durch eine „Normalgeburt" oder vorzeitig durch künstliche Frühgeburt zur Welt kam: Sobald es als „Mensch" zu betrachten ist – und das ist mit Einsetzen der Eröffnungswehen der Fall –, kann es Tatobjekt eines Totschlags sein. Deshalb wird das mißverständliche Abheben des BGH darauf, daß bei Frühgeburt die Leibesfrucht unabhängig vom Leben der Mutter lebt (E 1), lediglich i.S. eines klaren Beweises dafür zu verstehen sein, daß es sich jedenfalls dann bereits um einen „Menschen" handelt. Zur möglichen Privilegierung der Mutter bei nichtehelicher Geburt vgl. Dorfschande-Fall Nr. 2A 55ff.

30 β) Sofern sich dagegen die Handlung *noch vor Geburtsanfang an der Leibesfrucht auszuwirken beginnt,* kommt **§ 218** zum Zuge. Und zwar selbst dann, wenn der Tod erst nach der Geburt eintritt. Das ist vor allem für den hier infragestehenden Fall einer künstlich herbeigeführten *Frühgeburt* bedeutsam. Das ist unstreitig Schwangerschaftsabbruch insoweit, als infolge der mit Vernichtungsabsicht herbeigeführten Frühgeburt das Kind noch im Mutterleib stirbt. Streitig ist dagegen, ob gleiches auch für den Fall gelten kann, daß das Kind erst stirbt, nachdem es zunächst lebend zur Welt gekommen war: Die h.M. will dies nur dann als Schwangerschaftsabbruch erfassen, wenn die Todesursache in der mangelnden Ausreifung des Kindes liegt (vgl. BGH bei E 2: „weil noch nicht voll ausgetragen"; ebenso BGHSt 10, 5; 13, 21/4, D-Tröndle § 218 Rn. 6 und wohl auch Blei II § 10 III 2). Diese Einschränkung vermag jedoch schon deshalb

A 30 nicht zu überzeugen, weil damit der Tod eines Kindes, der weniger auf mangelnder Normalreife beruht als durch spezielle Mißbildungen mitbedingt ist, nicht erfaßbar wäre. Daher kommt § 218 überall dort in Betracht, wo die deliktisch herbeigeführte Frühgeburt für den Tod des Kindes mitursächlich ist (i.E. ebenso Rudolphi SK § 218 Rn. 5; vgl. auch S/S-Eser § 218 Rn. 7).

31 γ) Diese grundsätzliche Alternativität zwischen dem gegen die „Leibesfrucht" gerichteten § 218 einerseits und dem gegen den „Menschen" gerichteten § 211 ff andererseits schließt indes nicht aus, daß einem *Schwangerschaftsabbruch* auch noch ein *Totschlag nachfolgen* kann: Dies nämlich dann, wenn aufgrund des Schwangerschaftsabbruchs das Kind zur Welt kommt und sodann als bereits lebender „Mensch" durch einen *neuen Angriff* getötet wird (E 3). Das ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn der Tötungsentschluß bereits vor der Geburt gefaßt war (E 4); denn entscheidend ist allein, in welchem Stadium (noch „Leibesfrucht" oder bereits „Mensch") der Angriff sich auszuwirken beginnt (A 28, 30). Deshalb wurde hier das Ersticken des Kindes durch den F zu Recht als Totschlag gewertet (E 1). Zur Tatbeteiligung von A und E vgl. A 52.

32 bb) Allerdings stellt sich in solchen Überschneidungsfällen immer wieder die Frage von **Vollendung** oder bloßem **Versuch.** Dabei sind – was freilich in der BGH-Begründung nicht klar genug hervortritt – vor allem drei Fragen auseinanderzuhalten:

33 α) Zum einen die *für § 218 tatbestandsspezifische* Frage, inwieweit es für Vollendung des Schwangerschaftsabbruchs auf einen bestimmten *engen zeitlichen Zusammenhang* zwischen der deliktisch bewirkten Frühgeburt und dem Tod des Kindes ankommt. Ein solches Erfordernis, wie es sich hier bereits bei E 2 angedeutet findet („bald nach der Geburt stirbt"), wurde vor allem im Eimer-Fall BGHSt 13, 21/4 (A 35) ausdrücklich bekräftigt. Aber: was wäre die Konsequenz? Daß die Entscheidung über Versuch oder Vollendung von dem nicht nur schwer bestimmbaren sondern u.U. auch manipulierbaren Zeitraum abhinge, über den hinweg der Arzt das Leben des Neugeborenen zu verlängern vermag. Deshalb verzichtet die h.L. zu Recht auf ein zeitlich bestimmtes Überleben, um stattdessen grundsätzlich jeden Ursachenzusammenhang zwischen Frühgeburt und Tod des Kindes genügen zu lassen (Lackner Anm. 2a, Lay LK[9] Rn. 25, Rudolphi SK Rn. 5, jew. zu § 218). Im vorliegenden Fall freilich spielte diese Zeitfrage ohnehin keine Rolle, da das Kind unmittelbar nach der Geburt (und damit auch im Sinne der BGH-Forderung in „engem Zeitzusammenhang") getötet wurde. Jedoch erhebt sich damit ein anderes Problem:

34 β) Hinzu kommt nämlich die *allgemeine Kausalitätsfrage,* inwieweit durch Hinzutreten einer weiteren Tötungsursache (Ersticken durch F) der Ursachenzusammenhang zwischen Frühgeburt und Tod unterbrochen sein könnte. Obgleich der BGH im Handeln des F einen „neuen Angriff" sah (E 3), glaubte er eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges verneinen zu können (E 6f), mit der Folge, daß die Frühgeburt, weil letztlich den Tod des Kindes mitverursachend, dem A und der E als *vollendeter* Schwangerschaftsabbruch zurechenbar bleibe (E 8). Doch scheint dabei der BGH verkannt zu haben, daß die (zutreffende) Ablehnung des „Regreßverbots" (E 7: dazu StrafR I Nr. 5 A 8ff) nicht bedeutet, daß damit jedwede Ursprungsursache (Frühgeburt) zwangsläufig objektiv zurechenbar bleibt (E 6). Denn wenn diese rein naturwissenschaftliche Kausalbetrachtung richtig wäre, müßte man eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges praktisch so gut wie immer ausschließen. Deshalb ist nach den Grundsätzen objektiver Erfolgszurechnung ein Mittelweg zu gehen: Die ursprüngliche Kausalkette (Frühgeburt) gilt dann als unterbrochen, wenn durch den neuen Angriff (Ersticken) eine neue Ursachenreihe eröffnet wird (vgl. BGHSt 4, 360/2: StrafR I Nr. 5 E 5, A 11). Ein solcher „Neueröffnungseffekt" wird im Dazwischentreten des F zu erblicken sein; denn ohne das Hineindrücken des Kindes in die Matratze wäre es jedenfalls nicht zu diesem konkreten Zeitpunkt gestorben. Deshalb wäre – vorausgesetzt, daß das Kind nicht ohnehin bereits tot zur Welt kam (dazu A 37) – Vollendung von § 218 zu verneinen und stattdessen nur *Versuch* anzunehmen.

35 Dieser Auffassung dürfte heute wohl auch der BGH zuneigen, wie sich aus dem *Eimer-Fall* **BGHSt 13, 21** ergibt: Die schwangere S hatte bis zum 22. 8. 1957 mehrfache Abtreibungsversuche unternommen. Am 23. 8. gebar sie im 8. Monat ein lebendes Kind. Ob diese vorzeitige Geburt auf die vorausgehenden Abtreibungshandlungen zurückzuführen war, erschien zwar wahrscheinlich, konnte aber nicht festgestellt werden. Jedenfalls fand das Kind dadurch den Tod, daß die S es in einem mit Flüssigkeit gefüllten Eimer, in den es bei der Geburt gefallen war, ersticken ließ. Zu der Frage, ob dies als vollendete Abtreibung zu behandeln sei, führt der BGH in Abgrenzung vom vorliegenden Pieps-Fall aus:

A 35 **[24]** „Zwar war der möglicherweise auf die Abtreibungshandlungen zurückzuführende vorzeitige Eintritt der Geburt auch in diesem Falle insofern ursächlich für den Tod des Kindes, als es ohne die Frühgeburt jedenfalls nicht zu diesem Zeitpunkt umgebracht worden wäre. Dieser Ursachenzusammenhang ist jedoch unter dem Gesichtspunkt des § 218 rechtlich bedeutungslos, weil das Abtreibungsvorhaben mit der Geburt eines lebensfähigen Kindes endgültig mißlungen war, der spätere Tod des Kindes also, rechtlich gesehen, nicht mehr die Folge der Abtreibungshandlungen, sondern die eines neuen, außerhalb des tatbestandlichen Geschehens des § 218 erfolgten Angriffs auf das Leben des Kindes war". Ergebnis: nur *Versuch* von § 218.

36 Was ist daraus für den vorliegenden Fall zu entnehmen? Gewiß hat sich der BGH damit, daß er im Eimer-Fall auf die *Lebensfähigkeit* des Kindes abhob, die Möglichkeit offengehalten, vollendete Abtreibung dort anzunehmen, wo das Neugeborene auch ohne neuen Angriff infolge der Frühgeburt schließlich doch bald gestorben wäre. Da es jedoch für die Todesverursachung nicht nur auf das Sterben überhaupt, sondern auch auf dessen (früheren oder späteren) Zeitpunkt ankommt (vgl. BayObLG NJW 1973, 565), kann selbst eine bereits auf den Tod hinführende Kausalkette dadurch abgebrochen werden, daß sie durch einen schnelleren tödlichen Angriff überholt wird, mit der Folge, daß die überholte Kausalkette (Frühgeburt) nur noch als Versuch von § 218 zurechenbar ist (vgl. StrafR I Nr. 5 A 18ff). Im Ergebnis ebenso Wessels II/1 § 4 V 2.

37 γ) Zudem kann sich auch beim nachfolgenden *Totschlag* die Frage von Versuch oder Vollendung stellen: Letztere setzt an sich lediglich voraus, daß das Neugeborene lebend zur Welt kam und – gleich, ob länger lebensfähig oder nicht – durch den nachgeburtlichen Angriff sein Tod zumindest beschleunigt wurde. Deshalb kommt nur noch Totschlags*versuch* in Betracht, wenn das Kind zwar für lebend gehalten wurde, in Wirklichkeit jedoch bereits tot war. Ist letzteres freilich nicht nachweisbar, so stellt sich die Frage einer Wahlfeststellung zwischen versuchtem oder vollendetem Totschlag, wobei jedoch – um das Ergebnis vorwegzunehmen – „in dubio pro reo" nur die Versuchsstrafe übrig bleibt (vgl. A 42, 53ff).

38 cc) Schließlich stellt sich angesichts des tatbestandlichen Nebeneinanders von § 218 und § 212 die Frage ihres **Konkurrenzverhältnisses.** Dabei mag zunächst überraschen, daß sich der BGH unmittelbar und ausschließlich nur mit der Alternative Tateinheit oder Tatmehrheit beschäftigt (E 8f), ohne zu erwägen, ob sich das Zusammentreffen von Schwangerschaftsabbruch mit nachfolgender Tötung nicht vielleicht durch *Gesetzeseinheit* erledigen ließe (allg. zu den Konkurrenzen Kurpfuscher-Fall StrafR II Nr. 49). Denn könnte man nicht einfach den Angriff gegen die Leibesfrucht durch die anschließende Intensivierung mittels Totschlags als konsumiert ansehen? Da man jedoch offenbar von einem unterschiedlichen Unrechtsgehalt dieser beiden Deliktstypen ausgeht, ist die Verneinung bloßer Gesetzeseinheit konsequent (zu weiteren Konkurrenzproblemen vgl. S/S-Eser § 218 Rn. 58ff). Demzufolge stellt sich hier für den BGH nur noch die Frage von Tateinheit oder Tatmehrheit. Dabei macht er folgende Differenzierung:

39 – Falls das Neugeborene *infolge der Frühgeburt* bereits im Zeitpunkt des neuen Angriffs *tot* war, ist Tatmehrheit zwischen vollendetem Schwangerschaftsabbruch und nachfolgendem Totschlagsversuch anzunehmen (§ 218; §§ 212, 22; § 53), da es an einer einheitlichen, beide Tatbestände verklammernden Handlung fehlt (E 9).

40 – Dagegen komme Tateinheit in Betracht, wenn das/die Frühgeburt überlebende Kind erst durch den *neuen Angriff getötet* wird (§ 218; § 212; § 52); denn damit werde durch die gleiche Handlung sowohl § 218 wie auch § 212 vollendet (E 8). Dabei wird jedoch im Hinblick auf den Eimer-Fall (A 35) noch weiter zu differenzieren sein; denn wie in BGHSt 13, 21/3f zutreffend festgestellt, ist jedenfalls dort, wo das Kind trotz Frühgeburt bereits *lebensfähig* ist und ohne weitere Eingriffe weitergelebt hätte, der Schwangerschaftsabbruch endgültig als gescheitert anzusehen und in dem neuen Angriff eine selbständige Handlung zu erblicken, die mit dem vorangegangenen Abbruchsversuch in Tatmehrheit steht: also §§ 218, 22; § 212; § 53.

41 – Deshalb ist für Tateinheit allenfalls dort Raum, wo das Kind infolge der Frühgeburt, weil noch *nicht lebensfähig*, keinesfalls überlebt hätte und die Vollendung von § 218 lediglich daran scheitert, daß sie durch den nachgeburtlichen Totschlagsangriff überholt wird (vgl. A 34, 36). Zwar könnte auch hier der im Totschlag liegende Neueröffnungseffekt für die bei A 40 erreichte Tatmehrheit sprechen. Doch erscheint im Hinblick darauf, daß bereits der Abbruchsversuch als solcher den Tod hätte bewirken können, Tateinheit mit dem überholenden Totschlag jedenfalls vertretbar: daher §§ 218, 22; § 212; § 52.

A 42 Freilich war im vorliegenden Fall die Sachlage noch dadurch verkompliziert, daß nicht mit hinreichender Sicherheit festzustellen war, ob das Kind die Frühgeburt überhaupt überlebt hatte. Deshalb sah sich der BGH zu einer *wahldeutigen* Verurteilung gezwungen (E 10; allg. zu den Grundsätzen und Voraussetzungen der sog. „Wahlfeststellung" S/S-Eser § 1 Rn. 61ff). Bevor jedoch daraus die Folgerungen für das Gesamtergebnis zu ziehen sind, bleibt zunächst noch die jeweilige *Beteiligungsform* zu klären:

43 **III. Täterschaft und Teilnahme – Persönliche Strafausschließungsgründe.**

1. Der GrundTB in Form eines **Fremdabbruchs** (§ 218 I) ist lediglich durch A verwirklicht, da die E als Schwangere gem. § 218 III privilegiert ist (A 45, 47) und F offenbar erst den nachfolgenden Totschlag bewirkt hat (A 52). Allerdings scheint gegen eine *Täterschaft* des A zu sprechen, daß er den Abbruchsversuch der E lediglich tatenlos geschehen ließ, ohne selbst mit Hand anzulegen. Da jedoch Fremdabbruch auch durch *Unterlassen* begangen werden kann und A als Vater nach h.M. als „Beschützergarant" angesehen wird (vgl. Abtreibungsbegleiter-Fall BGH bei Dallinger MDR 1973, 369, Arzt I S. 119, Rudolphi SK § 218 Rn. 10), ist ihm nach allgemeinen Unterlassungsgrundsätzen die pflichtwidrige Nichthinderung der von E herbeigeführten Frühgeburt als täterschaftlicher Fremdabbruch zurechenbar. Allg. dazu StrafR II Nr. 26 A 4ff, Nr. 27 A 16ff.

44 – Doch selbst wenn A als nichtverwandter Dritter den Abbruch der E lediglich als *Teilnehmer* angestiftet oder unterstützt hätte, bliebe er aus § 218 I (i.V.m. § 27) strafbar, da es sich bei Privilegierung des Selbstabbruchs der Schwangeren (§ 218 III) um einen nur dieser zugutekommenden persönlichen Strafausschließungsgrund handelt. Zu weiteren Teilnahmedetails vgl. Lohnabtreiberin-Fall StrafR II Nr. 45 sowie S/S-Eser § 218 Rn. 37ff.

45 2. Die E als Schwangere ist wegen **Selbstabbruch** nach § 218 III strafbar. Ein solcher ist in vierfacher Weise denkbar:

– als *eigenhändiger*, indem die Schwangere selbst durch mechanische oder chemische Einwirkung auf die Leibesfrucht (wie hier durch Stich in die Fruchtblase) oder durch Einnahme von medikamentösen abortiven Mitteln (z.B. Prostaglandinen) den Schwangerschaftsabbruch herbeiführt;

– in *mittelbarer* Täterschaft durch Einsatz eines gutgläubigen Werkzeugs: so z.B. wenn die E einem Arzt einen mißglückten Spontanabort vorgespielt und ihn zum Ausräumen der Frucht veranlaßt hätte, oder etwa durch Vortäuschen einer medizinischen Indikation;

– durch *mittäterschaftliches* Zusammenwirken mit einem Dritten; oder

– durch bloßes *Zulassen* eines Fremdabbruchs (A 23). Demzufolge wäre die E selbst dann wegen täterschaftlichen Selbstabbruchs strafbar, wenn A den aktiven Part übernommen und E dies einfach hätte geschehen lassen. Denn als „Beschützergarantin" ist auch ihr das Zulassen grundsätzlich als *Täterschaft* zuzurechnen (vgl. A 43, aber auch Arzt I S. 119).

46 Da weder irgendwelche *Rechtfertigungs-* noch *Entschuldigungsgründe* ersichtlich sind (so scheitert insbes. eine Indikation nach § 218a mangels ärztlicher Durchführung: vgl. Notlage-Fall Nr. 5 A 41), fragt sich, inwieweit die E als **Schwangere privilegiert** sein könnte. Dies ist grundsätzlich auf 5-fache Weise denkbar:

47 a) Durch die allgemeine *Herabsetzung des Strafrahmens* nach § 218 III S. 1: Diese Strafmilderung kommt der E schon aufgrund ihrer Schwangerschaft zugute, da an keinerlei Voraussetzungen geknüpft.

48 b) Darüberhinaus könnte die E gem. § 218 IV S. 2, wonach für die Schwangere der *Versuch straflos* bleibt, sogar Straffreiheit erlangen: Dies jedenfalls für ihre anfänglichen erfolglosen Abtreibungsversuche, u.U. aber auch hinsichtlich des Fruchtblasendurchstichs, falls ihr dies nach den bei A 34 entwickelten Grundsätzen lediglich als Versuch zurechenbar ist.

49 c) Falls dagegen der Selbstabbruch als vollendet zu betrachten ist, könnte sie volle Straffreiheit nur noch durch den (zur Tatzeit freilich noch nicht eingeräumten) *persönlichen Strafausschließungsgrund* nach § 218 III S. 2 erlangen. Diese „22-Wochen-Klausel" würde jedoch dreierlei voraussetzen:

– Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs durch einen *Arzt:* Schon daran fehlt es bei einem Laienabort wie dem vorliegenden.

– Vorherige *Beratung* i.S.v. § 218b (dazu Notlagen-Fall Nr. 5 A 58ff), für die zur Tatzeit jegliche Voraussetzungen fehlten, sowie

A 49 – Durchführung des Abbruchs *vor Ablauf der 22. Woche* seit Empfängnis: Diese Frist könnte hier gerade noch eingehalten sein. Zu weiteren Einzelheiten vgl. S/S-Eser § 218 Rn. 49ff.

50 d) Somit könnte E bei vollendetem Selbstabbruch nur noch auf ein *Absehen von Strafe* nach § 218 III S. 3 hoffen. Danach bleibt zwar ein Schuldspruch möglich; jedoch kann bei Handeln in *„besonderer Bedrängnis"* der Strafausspruch entfallen. Neben äußeren Zwängen (wie z. B. Bedrohung durch den Erzeuger) können dafür jedoch nicht schon allgemeine Belastungen, wie sie mit jedem Schwangerschaftsabbruch verbunden sind, genügen, sondern nur solche, die einem der in § 218a umschriebenen Interessenkonflikt nahekommen. Dafür ist hier nichts ersichtlich.

51 e) Im übrigen ist die Schwangere auch noch dadurch privilegiert, daß sie auch in den *subsidiären* Schutz- und VorfeldTBen von der Strafbarkeit ausgenommen ist: vgl. §§ 218b I S. 2, 219 I S. 2, 219a II, 219c II.

52 3. Für den (vollendeten bzw. versuchten) **Totschlag** (A 31, 37) hat sich in erster Linie F als unmittelbar handelnder Täter zu verantworten. Jedoch kommen daneben auch A und E aufgrund ihrer Beschützergarantenpflicht (A 43, 45) als Mittäter durch Unterlassen in Betracht. Irgendwelche Privilegierungen kommen insoweit auch der E als Mutter nicht zugute, da es sich um ein eheliches Kind handelt und damit § 217 ausscheidet.

53 IV. Was bleibt als **Gesamtergebnis** festzuhalten? Unter Berücksichtigung des Umstandes, daß Todesursache und Todeszeitpunkt des Kindes nicht mit hinreichender Sicherheit festzustellen waren, kommt nach allgemeinen *Wahlfeststellungsgrundsätzen* (A 42) folgende Verurteilung in Betracht:

54 – Bei **A:** Geht man mit dem BGH davon aus, daß der Schwangerschaftsabbruch in jedem Falle vollendet war (also auch nicht durch den nachgeburtlichen Angriff des F unterbrochen wurde: E 6f), so führt das zu wahldeutiger Verurteilung des A entweder wegen vollendeten Schwangerschaftsabbruchs in Tatmehrheit mit versuchtem Totschlag durch Unterlassen (§ 218; §§ 212, 13, 22; § 53) vollendetem Schwangerschaftsabbruch in Tateinheit mit vollendetem Totschlag (§ 218; §§ 212, 13; § 52). Folgt man dagegen der hier vertretenen Auffassung, daß bei nachgeburtlicher Tötung des lebend geborenen Kindes der Schwangerschaftsabbruch nur als Versuch gelten kann (A 34), so lautet die Wahlfeststellungsalternative: entweder vollendeter Schwangerschaftsabbruch in Tatmehrheit mit versuchtem Totschlag (§ 218; §§ 212, 13, 22; § 53) oder versuchter Schwangerschaftsabbruch in Tatmehrheit mit vollendetem Totschlag (§§ 218, 22; §§ 212, 13; § 53).

55 – Entsprechendes würde auf der Basis des zur Tatzeit geltenden § 218 auch für die E zu gelten haben. Dagegen bliebe nach gegenwärtigem Recht zu beachten, daß der Versuch des Schwangerschaftsabbruchs für die Schwangere straffrei bleibt (§ 218 IV S. 2; oben A 48). Das hat hinsichtlich § 218 zur Folge, daß insoweit – weil nicht jede der in Betracht kommenden Verhaltensweisen strafbar wäre – die Basis für eine wahldeutige Beurteilung entfiele (vgl. S/S-Eser § 1 Rn. 90). Bei der damit verbleibenden Alternative zwischen versuchtem oder vollendetem Totschlag durch Unterlassen wäre zu beachten, daß Versuch und Vollendung in einem sog. „Stufenverhältnis" zueinander stehen und demzufolge „in dubio pro reo" allein aus dem leichteren Gesetz zu beurteilen ist (vgl. S/S-Eser § 1Rn. 95): also eindeutige Verurteilung der E wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen (§§ 212, 13, 22). Vgl. aber zum Ganzen auch S/S-Eser § 1 Rn. 97a.

56 – Ähnlich kommt auch bei **F**, der nur am Ersticken des Kindes beteiligt war, nur eindeutige Verurteilung wegen versuchten Totschlags (§§ 212, 22) in Betracht; denn selbst wenn das Kind im Zeitpunkt seines Angriffs noch gelebt haben sollte und daher alternativ an vollendeten Totschlag zu denken wäre, kann wegen des Stufenverhältnisses von Versuch und Vollendung (A 55) nur ersterer zum Zuge kommen.

57 **Schrifttum:** Allgemein zum **Schwangerschaftsabbruch:** Arzt I T. 2-E; *Blei* II § 10; *Bokkelmann* II/1 § 8; *Eser/Hirsch,* Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch, 1980, insbes. §§ 5, 7; *Krey* I 1. Abschn. § 2; *M-Schroeder* II 1 §§ 1 III, 5–7; *Otto* II § 13; *Wessels* II/1 §§ 1 II, 4; ferner die Kommentare vor und zu § 218 und § 219d.

Speziell zur **Reform:** *Baumann,* Das Abtreibungsverbot des § 218, 1971; *Eser* in Hofmann, Schwangerschaftsunterbrechung, 1974, S. 117ff; *Fezer,* Zum gegenwärtigen Stand der Reform des § 218, GA 1974, 65; *Lackner,* Die Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs, NJW 1976, 1233. Zum **Fristen-Urteil** BVerfGE 39, 1: *Kriele,* § 218 StGB

nach dem Urteil des BVerfG, ZRP 1975, 73. Zur **Abgrenzung gegenüber Totschlag:** Tepperwien, Praenatale Einwirkung als Tötung oder Körperverletzung?, 1973. Vgl. ferner die Nachw. zu Nr. 5.

Ärztlicher Schwangerschaftsabbruch – Indikationen (§ 218a) – Beratung (§ 218b) – Indikationsfeststellung (§§ 219, 219a)

BGH JZ 1977, 139: Notlagen-Fall

2 StR 541/74 v. 25. 8. 1975

SV 1 **Sachverhalt:** Der als Arzt tätige A wurde im November 1969 von der damals 18-jährigen D aufgesucht, um bei ihr einen Schwangerschaftsabbruch vorzunehmen. Die D erklärte dem A, daß sie mit ihrem Freund, der wie sie noch in der Berufsausbildung stand, zusammenlebe und daß das bescheidene gemeinsame Einkommen gerade zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts ausreiche und die wirtschaftlichen Voraussetzungen zu einer Heirat und zur Gründung einer Familie nicht gegeben seien. Darauf nahm A ohne Um-
2 schweife den Eingriff vor (Fall D). In einem anderen Fall wurde A im Dezember 1971 von drei Gastarbeiterinnen aufgesucht, die erst kurz zuvor zum Geldverdienen in die Bundesrepublik gekommen waren und mit Rücksicht auf ihre schlechten wirtschaftlichen Verhältnisse eine eventuelle Schwangerschaft unter keinen Umständen austragen wollten, da sie sonst zur Aufgabe des Arbeitsplatzes gezwungen gewesen wären. Hier schritt A zum Eingriff, ohne zuvor überhaupt eine körperliche Untersuchung vorgenommen zu haben (Fall G).

P **Zur Problemstellung:** Welches Recht ist hier eigentlich anzuwenden, nachdem die zur Entscheidung stehenden Taten bereits vor der Reform des § 218 begangen wurden: der zur *Tatzeit* geltende § 218 a.F.? oder die im *Entscheidungszeitpunkt* (August 1975) geltenden §§ 218ff des 5. StrRG i.d.F. des BVerfG-Urteils vom 25. 2. 1975?

– Wie sind diese Fälle unter Zugrundelegung des jetzigen § 218a, der im wesentlichen den im Entscheidungszeitpunkt verbindlichen BVerfG-Forderungen entspricht, zu beurteilen? Kommt danach etwa Strafbefreiung aufgrund einer allgemeinen *Notlagenindikation* (§ 218a II Nr. 3) in Betracht?

– Inwieweit könnte dafür von Bedeutung sein, daß der Arzt vor dem Eingriff keine umfassende *Prüfung* der Gesamtumstände vorgenommen hatte?

– Welchen *Rechtscharakter* haben überhaupt die Indikationen des § 218a: sind sie als Rechtfertigungs-, als Entschuldigungs- oder als sonstige Strafausschließungsgründe zu verstehen?

Zu einigen dieser Fragen meint der BGH:

E 1 **Aus den Gründen:** „1. In den Schuldsprüchen – vollendete Abtreibung im November 1969 und drei versuchte Abtreibungen im Dezember 1971 – wird das Urteil des LG von den Feststellungen getragen. Doch ist es jetzt auf § 218 I i.d.F. des 5. StrRG v. 18. 6. 1974 als das im Verhältnis zu § 218 II a.F. mildere Gesetz zu stützen (§ 2 III) ...

2 2. Eine Ausnahme im Sinne von II Nr. 3 der Urteilsformel des *BVerfG* [BVerfGE 39, 1; vgl. § 218a II Nr. 3], wonach bei einem mit Einwilligung der Schwangeren vorgenommenen Abbruch der Schwangerschaft von einer Bestrafung abgesehen werden kann, wenn damit die auf andere der Schwangeren zumutbare Weise nicht zu beseitigende Gefahr einer schwerwiegenden Notlage abgewendet werden sollte, ist nach den Feststellungen
3 zu verneinen. Wenn auch nach dem zur Zeit der Entscheidung des LG geltenden Rechtszustand eine ausdrückliche Regelung im angeführten Sinne nicht gegeben war und aus
4 diesem Grunde entsprechende Feststellungen nicht gefordert waren, so kam es doch schon damals im Rahmen der Strafzumessung wesentlich darauf an, ob eine Notlage der Schwangeren bestand, wie schwer diese Notlage wog und ob der Täter, der die Abtrei-
5 bung vornahm, sich von der Vorstellung leiten ließ, einer nach seiner Überzeugung bestehenden Notlage abzuhelfen. ...

6 In keinem der [hier infragestehenden] Fälle war eine schwerwiegende Notlage im Sinne der Entscheidung des *BVerfG* gegeben. Das *BVerfG* hat mit diesem Begriff notstandsähnliche Lagen im Auge, die in ihrem Gewicht den anderen in seinem Urteil an-
7 erkannten Indikationen für einen Schwangerschaftsabbruch entsprechen. Es kann deshalb nur eine soziale Bedrängnis genügen, die sich auch bei Beanspruchung der vielseitigen Hilfen durch staatliche, kirchliche und andere Einrichtungen der Wohlfahrtspflege nicht
8 beheben oder wesentlich einschränken läßt. Wo solche Hilfen gar nicht gesucht werden, ist die Annahme einer schwerwiegenden Notlage gerade in Fällen erstmaliger Schwangerschaft regelmäßig von vornherein ausgeschlossen. Einem die Abtreibungen vornehmenden Arzt, der wie der A nichts unternimmt, seine Patientin auf die Möglichkeit solcher Hilfen hinzuweisen und sich darüber zu vergewissern, ob und mit welchem Erfolg sie sich

E 8 um solche Hilfen bemüht hat, kann der an den Sachverhalt einer schwerwiegenden Not-
9 lage geknüpfte Rechtsvorteil der Straflosigkeit von vornherein nicht zugute kommen. Nur die eigene gewissenhafte Prüfung aller wesentlichen Umstände, die dem Arzt die Überzeugung von Tatsachen vermittelt, welche die Annahme einer schwerwiegenden Notlage
10 rechtfertigen, darf seine Straflosigkeit begründen. Die Bedenkenlosigkeit des A ging hier im Gegensatz zu solchen Anforderungen sogar so weit, daß er sich bei den drei Jugoslawinnen nicht einmal darüber vergewisserte, ob überhaupt eine Schwangerschaft gegeben war."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Im Unterschied zum vorangegangenen Pieps-Fall Nr. 4, wo es sich um einen typischen Laienabort handelte, geht es hier vor allem um Probleme des *ärztlichen* Schwangerschaftsabbruchs. Nach Abklärung einiger allgemeiner Vorfragen (I) ist schwerpunktmäßig die im Mittelpunkt dieses Falles stehende *materielle Indikationsproblematik* zu erörtern (II) und durch Erläuterung des *Beratungs-* und *Indikationsfeststellungssystems* (III) zu ergänzen. Den Abschluß bildet eine zusammenfassende Übersicht über die unterschiedliche Strafbarkeit der *Schwangeren,* des *Arztes* und sonstiger *Dritter* (IV).

1 **I. Allgemeine Vorfragen.**

1. Rechtsgrundlage: Wie ist die *rückwirkende* Anwendung des im Entscheidungszeitpunkt geltenden Rechts zu erklären? Obgleich dies nach einer Verletzung des verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbots (Art. 103 II GG) aussieht, trügt dieser Anschein; denn verboten sind jeweils nur täter*belastende* Rückwirkungen, nicht aber die durch § 2 III ermöglichte Anwendung des *milderen Gesetzes* in bonam partem (E 1; vgl. im einzelnen StrafR I Nr. 2, insbes. A 38ff, 52). Eine solche Strafmilderung lag nicht nur in der zunächst durch das 5. StrRG vom 18. 6. 1974 vorgesehenen Fristenlösung (vgl. Pieps-Fall Nr. 4 A 2), sondern auch noch in deren Außerkraftsetzung durch BVerfGE 39, 1. Denn mit Ersetzung des ursprünglichen Fristenmodells durch ein Indikationsmodell wurde zumindest der ärztlich durchgeführte Schwangerschaftsabbruch unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erklärt. Unter Zugrundelegung dieses im Entscheidungszeitpunkt verbindlichen BVerfG-Indikationskatalogs hatte hier der BGH zu entscheiden (E 1, 2). Daß diese BVerfG-Anordnung inzwischen ihrerseits durch das nunmehr verbindliche 15. StÄG v. 18. 5. 1976 abgelöst wurde, würde am BGH-Ergebnis nichts ändern, da der jetzige Indikationskatalog des § 218a dem des BVerfG im wesentlichen entspricht (vgl. aber auch unten A 15). Zu weiteren Übergangsproblemen vgl. S/S-Eser 1, 39ff vor § 218.

2 **2. Tatbestandsmäßigkeit:** Ungeachtet der noch zu erörternden Strafbefreiungsmöglichkeiten bei *ärztlichem* Schwangerschaftsabbruch ergeben sich hier auf TB-Ebene keinerlei Besonderheiten. Denn aufgrund des generellen Schwangerschaftsabbruchsverbots ist jeder Eingriff, der auf die Vernichtung einer bereits eingenisteten Leibesfrucht gerichtet ist – und zwar gleichgültig, ob von der Schwangeren, einem Arzt oder einem sonstigen Dritten durchgeführt –, tatbestandsmäßig als Schwangerschaftsabbruch zu begreifen: für die Schwangere als privilegierter Selbstabbruch (§ 218 III), für jeden anderen – und damit auch für den Arzt, der lediglich der Schwangeren zu Hilfe kommen will – als Fremdabbruch i.S. von § 218 I (näher dazu Pieps-Fall Nr. 4 A 20ff.).

3 3. Wie aber ist dann zu erklären, daß hier A nur im Fall D (SV 1) wegen vollendeten Schwangerschaftsabbruch, im Fall G (SV 2) hingegen lediglich wegen *Versuchs* bestraft wurde (E 1)? Dies wohl deshalb, weil bei den Gastarbeiterinnen offenbar nicht einmal der Nachweis einer Schwangerschaft zu führen (E 10) und deshalb „in dubio pro reo" von ihrer Nichtschwangerschaft auszugehen war. Da A aber zumindest bedingt mit Abtreibungsvorsatz handelte, kam Versuch in Betracht (jetzt § 218 IV S. 1). Dagegen würden die Gastarbeiterinnen heute straffrei ausgehen: § 218 IV S. 2 (vgl. Pieps-Fall Nr. A 9, 48).

4 4. Was die vom BGH nicht weiter klargestellte **Konkurrenz** der verschiedenen Taten betrifft, wäre jeweils *Tatmehrheit* (§ 53) anzunehmen. Und zwar selbst dann, wenn A im Fall G völlig gleichförmig vorgegangen sein sollte. Denn angesichts der Höchstpersönlichkeit der betroffenen Rechtsgüter scheidet insbesondere auch Fortsetzungszusammenhang aus (vgl. StrafR II Nr. 49 A 31). Freilich: bevor in einer Fallbearbeitung Konkurrenzfragen aufzuwerfen sind, wäre zunächst nach etwaigen Gründen zu fragen, die trotz Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens seine Strafbarkeit in Wegfall bringen

A 4 könnten. Dafür ist bei ärztlichem Schwangerschaftsabbruch insbesondere an eine Indikation zu denken:

5 **II. Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch.**

Eine solche war in Form einer „schwerwiegenden Notlage" auch hier vom BGH zwar erwogen, schließlich aber verneint worden (E 2). Um die dabei auftretenden Fragen systematisch richtig erfassen zu können, bedarf es eines Einblicks in Ratio und Rechtsnatur der verschiedenen Indikationen (A), ihre speziellen Voraussetzungen (B), etwaige allgemeine Erfordernisse (C) sowie ihre Wirkungen (D).

6 **A. 1. Ratio.** Durch Zulassung des Schwangerschaftsabbruchs in den von § 218a umschriebenen Fällen sucht das Gesetz der Tatsache Rechnung zu tragen, daß sich aus der singulären Schicksalsgemeinschaft der Schwangeren mit dem in ihr wachsenden Leben im Einzelfall Konfliktsituationen ergeben können, die über das normalerweise mit einer Schwangerschaft verbundene Maß an Belastungen wesentlich hinausgehen. Daß in derartigen **notstandsähnlichen** Fällen der Staat auf die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs verzichten kann, wird im *Fristenurteil* **BVerfGE 39, 1** folgendermaßen begründet:

7 **[48]** „Es ergibt sich hier die Frage der Zumutbarkeit, mit anderen Worten die Frage, ob der Staat auch in solchen Fällen mit dem Mittel des Strafrechts die Austragung der Schwangerschaft erzwingen darf. Achtung vor dem ungeborenen Leben und Recht der Frau, nicht über das zumutbare Maß hinaus zur Aufopferung eigener Lebenswerte im Interesse der Respektierung dieses Rechtsguts gezwungen zu werden, treffen aufeinander. In einer solchen Konfliktslage, die im allgemeinen auch keine eindeutige moralische Beurteilung zuläßt und in der die Entscheidung zum Abbruch einer Schwangerschaft den Rang einer achtenswerten Gewissensentscheidung haben kann, ist der Gesetzgeber zur besonderen Zurückhaltung verpflichtet. Wenn er in diesen Fällen das Verhalten der Schwangeren nicht als strafwürdig ansieht und auf das Mittel der Kriminalstrafe verzichtet, so ist das jedenfalls als Ergebnis einer dem Gesetzgeber obliegenden Abwägung auch verfassungsrechtlich hinzunehmen. Für die inhaltliche Ausfüllung des Unzumutbarkeitskriteriums müssen jedoch Umstände ausscheiden, die den Pflichtigen nicht schwerwiegend belasten, da sie die Normalsituation darstellen, mit der jeder fertig werden muß. Vielmehr müssen Umstände erheblichen Gewichts gegeben sein, die dem Betroffenen die Erfüllung seiner Pflicht außergewöhnlich erschweren, so daß sie von ihm billigerweise nicht erwartet werden kann."

9 Diese Zumutbarkeitsgrenze sieht **§ 218a** im Anschluß an das BVerfG in folgenden Fällen erreicht:

10 – Bei Leibes- oder Gesundheitsgefahr für die Schwangere (§ 218a I Nr. 2): sog. *medizinische* Indikation, die jedoch richtigerweise als medizinisch-soziale zu verstehen ist: unten A 21ff.

11 – Bei dringender Annahme einer nicht behebbaren Schädigung des Kindes (§ 218a II Nr. 1): sog. *eugenische* Indikation (auch als kindliche, genetische oder embryopathische Indikation bezeichnet): unten A 26ff.

12 – Bei rechtswidrig aufgezwungener Schwangerschaft (§ 218a II Nr. 2): sog. *kriminologische* Indikation (früher meist als ethische bezeichnet): unten A 30ff.

13 – Bei einer sonstigen schwerwiegenden Notlage (§ 218a II Nr. 3): sog. *allgemeine Notlagen*-Indikation; diese auch als *soziale* bezeichnete Indikation stand vorliegend in Frage: unten A 34ff.

14 **2. Gesetzestechnisch** scheint die medizinische eine Art Oberindikation gegenüber angehängten Unterindikationen darzustellen (vgl. Lackner § 218a Anm. 1). Dies müßte jedoch konsequenterweise zur Folge haben, daß eine Unterindikation nur bei einer der medizinischen Oberindikation vergleichbaren Gefährdung bejaht werden könnte. Da dies jedoch vom Gesetz offensichtlich nicht gewollt ist (vgl. unten A 35), werden die einzelnen Indikationen, einschließlich der medizinischen, lediglich als gesetzliche Konkretisierungen einer **medizinisch-sozialen Gesamtindikation** zu begreifen sein (vgl. S/S-Eser § 218a Rn. 2f).

15 3. Was läßt sich daraus für ihre **Rechtsnatur** entnehmen? Mit der Formulierung, daß im Falle einer Indikation der Abbruch „nicht strafbar" ist (§ 218a I), ist zwar einerseits klargestellt, daß nicht nur der Strafausspruch, sondern bereits der Schuldspruch entfällt. Insofern geht § 218a selbst im Falle der „allgemeinen Notlagenindikation" weiter, als es das vom BVerfG dafür eingeräumte „Absehen von Strafe", von dem auch hier der BGH noch ausging (E 2), ermöglicht hätte. Andererseits jedoch läßt das „nicht straf-

A 15 bar" sowohl eine Deutung als bloßer Strafausschließungsgrund wie auch als Entschuldigungs- oder Rechtfertigungsgrund offen (noch weitergehend Kaufmann JuS 1978, 360/6ff: „unverbotener Schwangerschaftsabbruch als rechtsfreier Raum": vgl. aber dagegen Hirsch Bockelmann-FS S. 89, 96ff). Welche Deutung verdient nun aber angesichts der sowohl verbrechenssystematisch wie praktisch unterschiedlichen Konsequenzen den Vorzug?

16 – Systemwidrig wäre die Annahme eines bloßen *Strafausschließungsgrundes* (so aber Otto II § 13 II 3 bezügl. § 218a II), nachdem solche bereits der Schwangeren durch § 218 III S. 2, IV S. 2 eingeräumt und an geringere Voraussetzungen geknüpft sind (vgl. Pieps-Fall Nr. 4 A 9, 49). Auch bliebe damit das Rechtswidrigkeitsurteil grundsätzlich aufrechterhalten – eine den Ärzten als nicht akzeptabel erscheinende Konsequenz.

17 – Letzteres spricht auch gegen die Annahme eines *Entschuldigungsgrundes:* Zwar ist für einen solchen der auch den Indikationen zugrundeliegende Unzumutbarkeitsgedanke (StrafR I Nr. 19 A 2ff) charakteristisch (vgl. Wessels II/1 § 4 IV). Jedoch könnte die Entschuldigung als typisch personbezogen immer nur der in der Ausnahmesituation befindlichen Schwangeren, nicht aber dem Arzt zugutekommen. Auch das dürfte vom Gesetzgeber nicht gewollt sein.

18 – Um die volle Legalität aller an einem indizierten Schwangerschaftsabbruch Beteiligten zu sichern, werden daher die Indikationen nahezu allgemein als **Rechtfertigungsgrund** begriffen (Blei II § 10 IV, D-Tröndle 9 vor § 218, § 218a Rn. 1, Lackner § 218a Anm. 1, M-Schroeder II/1 § 6 III 2, Wessels II/1 § 4 IV). Das ist zwar nicht unproblematisch, nachdem das ungeborene Leben nicht mehr nur gegen Lebens- und Gesundheitsinteressen der Schwangeren zurückzutreten (nur soweit der epochale *Indikations-Fall* RGSt 61, 242: StrafR I Nr. 12), sondern im Falle der allgemeinen Notlagen-Indikation u.U. sogar rein materiellen Bedürfnissen zu weichen hat (vgl. A 35, ferner Arzt I S. 122). Anderseits läßt sich aber für die Annahme eines rechtfertigenden Notstandes ins Feld führen, daß es dafür nicht nur auf eine abstrakte Güterabwägung, sondern auf eine umfassende Interessenabwägung ankommt (StrafR I Nr. 12 A 23ff) und auf die Waagschale der dem Lebensrecht des Embryos widerstreitenden individuellen Belange der Schwangeren auch das Allgemeininteresse an möglichst wenig gefährlichen und daher ärztlich durchzuführenden Abbrüchen zu legen ist. Dieses Ziel wäre nicht zu erreichen, wenn selbst in indizierten Fällen der Schwangerschaftsabbruch mit dem Makel des Illegalen behaftet bliebe. Deshalb dürften die einzelnen Indikationen als Rechtfertigungsgründe zu betrachten sein, durch die unzumutbaren Konfliktsituationen der Schwangeren aufgrund einer gesetzlichen Vorwegabwägung i.S. von § 34 Rechnung getragen werden soll (vgl. S/S-Eser § 218a Rn. 6; i.gl.S. Rudolphi SK § 218a Rn. 1).

19 – Bedenkenswert ist allerdings auch der neuartige Versuch von *Sax*, die Indikationen als *„negative Strafwürdigkeitsvoraussetzungen"* zu verstehen (JZ 1977, 326ff). Für diese Deutung, die lediglich das spezifisch *straf*rechtliche Unrecht verneint, ließe sich vielleicht sogar das Abheben des BVerfG auf mangelnde Strafwürdigkeit ins Feld führen (oben A 7). Freilich bliebe auch damit der Arzt lediglich vor dem Vorwurf *straf*rechtswidrigen, nicht aber sonstwie rechtswidrigen Verhaltens gefeit.

20 *Zwischenergebnis* für den vorliegenden Fall? Nach jetzigem Recht könnte A auf der Basis der h.M. nicht nur auf ein Absehen von Strafe, sondern auf Rechtfertigung hoffen. Voraussetzung ist freilich, daß einer der Indikationsgründe vorliegt:

21 **B. Die einzelnen Indikationen:** ihre *speziellen* Voraussetzungen.

1. Die **medizinisch-soziale Indikation** (§ 218a I Nr. 2) erfordert ein zweifaches:

22 a) Eine bestimmte *Gefahrenlage:* Der Schwangerschaftsabbruch muß zur Abwendung einer „Gefahr für das Leben" oder der „Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes" der Schwangeren angezeigt sein. Als *Lebensgefahr* kommen neben körperlichen Schäden insbes. auch Selbstmordsymptome in Betracht. Eine *Gesundheitsgefahr* kann in der Hervorrufung wie auch Steigerung sowohl körperlicher als auch seelischer Krankheiten oder Leiden liegen. Da es nicht auf einen bestimmten Gesundheitsschaden, sondern lediglich auf Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes ankommt, bedarf es nicht unbedingt eines spezifischen Krankheitsbildes; entscheidend ist vielmehr eine *ganzheitliche Betrachtung*, in die neben biologisch-medizinischen Bedingungen auch die gesamten sozialen Lebensumstände der Schwangeren miteinzubeziehen sind, und zwar sowohl die gegenwärtigen wie auch die künftigen. Daher ist bereits diese Indikation keine rein medizinische mehr, sondern insofern eine bereits medizinisch-soziale, als auch solche Gesund-

A 22 heitsgefährdungen in Betracht kommen, die sich durch Summierung wirtschaftlicher und familiärer Belastungen als psychische Dauerüberlastung der Schwangeren niederschlagen können: Bild der „verbrauchten Mutter" (Horstkotte). Da die Gefahr jedoch eine *schwerwiegende* sein muß, müssen die Belastungen über das mit jeder Schwangerschaft verbundene normale Maß hinausgehen (vgl. oben A 8).

23 b) Das *ultima ratio*-Erfordernis: Die Lebens- oder Gesundheitsgefahr darf „nicht auf eine andere für die Schwangere zumutbare Weise abwendbar" sein. In diesem Nichtabwendbarkeitskriterium steckt sowohl ein medizinisch-empirischer wie ein normativer Aspekt: Läßt sich etwa eine Depression durch entsprechende Psychopharmaka beheben, so erweist sich der Schwangerschaftsabbruch bereits als *medizinisch* abwendbar. Jedoch selbst wenn dies zu bejahen ist (z. B. durch Verbringung der Schwangeren in eine Nervenklinik: vgl. BGHSt 3, 12), bleibt die *normative* Frage der Zumutbarkeit einer solchen Abwendungsmaßnahme. Dies ist insbes. hinsichtlich einer Adoptionsfreigabe problematisch, wenngleich mit verbesserten Adoptionsbedingungen auch das Austragen eher zumutbar werden könnte (vgl. Eser/Hirsch § 9 II 4c, ferner Rudolphi SK § 218a Rn. 22, 24).

24 c) Dagegen ist eine *zeitliche Begrenzung* – im Unterschied zu den nachfolgenden Indikationen – bei der medizinischen *nicht* vorgesehen (arg. § 218a III). Demgemäß ist bei entsprechender Leibes- oder Lebensgefahr für die Mutter ein Schwangerschaftsabbruch an sich bis zum Beginn der Geburt möglich. Doch wird in der Endphase die Zumutbarkeit eines Eingriffs, durch den das Leben des Kindes geschont werden könnte, besonders sorgfältig zu erwägen sein.

25 *Konsequenz* für den vorliegenden Fall? Selbst wenn man die bereits für diese Indikation beachtlichen Sozialfaktoren berücksichtigt, fehlt es hier an einer hinreichend schwerwiegenden Gesundheitsbeeinträchtigung (vgl. A 22). Daher käme allenfalls noch die allgemeine Notlagenindikation (A 34ff) in Betracht. Zuvor jedoch bedürfen der Systematik des Gesetzes entsprechend noch die beiden anderen Indikationen eines kurzen Hinweises:

26 2. Für eine **eugenische Indikation** (§ 218a **II Nr. 1**) müssen sowohl auf Seiten des Kindes als auch der Schwangeren bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein.

27 a) *Kindbezogene* Voraussetzungen: Es müssen „dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß das Kind infolge einer Erbanlage oder schädlicher Einflüsse vor der Geburt an einer nicht behebbaren Schädigung seines Gesundheitszustandes leiden würde". Die *Art der Schädigung* (körperliche, seelische, geistige) ist gleichgültig, sofern sie nur *unbehebbar* ist. Als Ursache kommen sowohl *Erbanlagen* als auch *pränatale Schädigungen* (wie z. B. durch Viruserkrankungen: Röteln, Strahlenbelastungen oder Medikamentenmißbrauch) in Betracht. Die *Dringlichkeit* der Annahme ist weniger von allgemeinen statistischen Werten (so jedoch D-Tröndle § 218a Rn. 16) als von individuellen Faktoren abhängig zu machen (vgl. S/S-Eser § 218a Rn. 24 m. w. N.).

28 b) In Bezug auf die *Schwangere:* Die zu befürchtende Schädigung des Kindes muß „so schwer wiegen, daß von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann". Auch insoweit geht es also nicht um „Eugenik" in einem bevölkerungspolitischen Sinne, sondern um eine notstandsspezifische Unzumutbarkeit für die Schwangere.

29 c) *Frist*begrenzung: Der Abbruch darf nur bis zum Ende der 22. Woche seit Empfängnis erfolgen. Zur Berechnung vgl. Pieps-Fall Nr. 4 A 26.

30 3. Durch die **kriminologische Indikation** (§ 218a **II Nr. 2**) soll der Schwangeren ein Weg aus rechtswidrig aufgezwungener Schwangerschaft eröffnet werden. Dies setzt dreierlei voraus:

31 a) *Tat*-Erfordernis: An der Schwangeren muß eine rechtswidrige Tat i. S. der §§ 176–179 vorgenommen worden sein. Hauptanwendungsfall ist die Vergewaltigung nach § 177, da es dort bereits tatbestandsmäßig zum Beischlaf gekommen sein muß. Besondere Bedeutung hat diese Indikation ferner bei Schwangeren, die im Empfängniszeitpunkt noch nicht 14 Jahre waren: Diese Schwängerung gibt nach § 176 selbst dann einen Indikationsgrund ab, wenn das Mädchen eingewilligt hatte. Dagegen ist bei „Vergewaltigung" der eigenen Frau, nachdem die §§ 176ff nur den außerehelichen Beischlaf erfassen, allenfalls über eine andere Indikation zu helfen. Im übrigen braucht die Tat nur *rechtswidrig* zu sein. Daher kommt diese Indikation insbes. auch bei Vergewaltigung durch einen Geisteskranken in Betracht.

32 b) *Kausalität*-Erfordernis: Es müssen „dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß die Schwangerschaft auf der Tat beruht". Demzufolge muß zwar ein hoher

A 32 Wahrscheinlichkeitsgrad für die Schwängerung durch einen rechtswidrig handelnden Mann bestehen. Doch braucht dieser weder identifiziert zu werden noch ist die Durchführung eines Strafverfahrens erforderlich. Somit bleibt es letztlich dem Beurteilungsvermögen des Arztes überlassen, inwieweit er dem Vorbringen der Schwangeren glaubt vertrauen zu dürfen (vgl. A 45).

33 c) *Frist*-Erfordernis: Der Abbruch muß innerhalb der ersten 12 Wochen seit der Empfängnis durchgeführt werden (§ 218a III). Warum? Weil ein längeres Zuwarten weder gegenüber dem bereits weit entwickelten Kind gerechtfertigt noch mit Rücksicht auf das steigende Eingriffsrisiko vor allem bei jüngeren Schwangeren zu verantworten wäre.

34 **4.** Die **allgemeine Notlagen-Indikation** (§ 218a **II Nr. 3**) beruht auf der Erwägung, daß über die vorangehenden Belastungen hinaus auch „die allgemeine soziale Lage der Schwangeren und ihrer Familie Konflikte von solcher Schwere erzeugen (kann), daß von der Schwangeren über ein bestimmtes Maß hinaus Opfer zugunsten des ungeborenen Lebens mit den Mitteln des Strafrechts nicht erzwungen werden können" (BVerfGE 39, 1/50). Für die Opfergrenze wird im wesentlichen dreierlei vorausgesetzt:

35 a) *Notlage*-Erfordernis: Der Schwangerschaftsabbruch muß „sonst angezeigt sein, um von der Schwangeren die Gefahr einer Notlage abzuwenden, die so schwer wiegt, daß die Fortsetzung der Schwangerschaft von ihr nicht verlangt werden kann" (Nr. 3a). Die Notlage braucht, da gerade „sonstige" (also nicht bereits durch die anderen Indikationen erfaßte) Gefährdungen abgedeckt werden sollen, keine primär physisch oder psychisch bedingte zu sein, sondern kann sich auch aus rein familiären, wirtschaftlichen oder sonstigen *sozialen* Konflikten und Belastungen ergeben. Jedoch muß sie ihrem *Schweregrad* nach den Belastungen der anderen Indikationsfälle gleichkommen. Dieses *Kongruenzerfordernis* (BVerfGE 39, 1/50) wird insbes. dann erfüllt sein, wenn das Austragen der Schwangerschaft zu einem „sozialen Abstieg" führen müßte oder sonstwie der Lebensplan entscheidend verschlechtert würde (im Grundsatz zust. BayObLG MDR 1978, 951 im Pro Familia-Fall; i.gl.S. Lackner NJW 1976, 1239).

36 b) Das *ultima ratio*-Erfordernis: Die Notlage darf „nicht auf eine andere für die Schwangere zumutbare Weise abwendbar" sein (Nr. 3b). Ähnlich wie bei der medizinisch-sozialen Indikation (A 23) kommt auch dafür eine doppelte Prüfung in Betracht: Zum einen die faktische *Nichtabwendbarkeit*, wie etwa dort, wo ein familiärer Konflikt durch fremde Hilfe ohnehin nicht behebbar wäre oder ausreichende materielle Mittel fehlen. Zum anderen die normative *Unzumutbarkeit* möglicher Abhilfemaßnahmen, wie etwa dort, wo ein bereits vorhandenes Kind aus der Familie herausgerissen und auf unabsehbare Zeit in fremde Pflege gegeben werden müßte, oder wo einer jugendlichen Schwangeren nicht nur ein leicht ersetzbarer Arbeitsplatz verlorenginge, sondern bei Scheitern des Ausbildungsabschlusses der weitere Lebensweg verbaut würde. Dies bedeutet jedoch nicht, daß sich dieser Konflikt auch gesundheitlich auswirken müßte. Denn ebenso wie bei der eugenischen und kriminologischen Indikation wird auch hier schon aufgrund der vorgenannten Voraussetzungen unwiderleglich vermutet, daß eine der medizinischen Indikation vergleichbare Rechtfertigungssituation gegeben ist („gelten auch": § 218a II vor Nr. 1). Vgl. im einzelnen auch Rudolphi SK § 218a Rn. 43, S/S-Eser § 218a Rn. 29, 38, 49ff.

37 c) Das *Frist*-Erfordernis: In gleicher Weise wie bei der kriminologischen Indikation ist auch hier der Schwangerschaftsabbruch auf die ersten 12 Wochen beschränkt (§ 218a III; oben A 33).

38 *Zwischenbilanz:* Inwieweit käme diese Indikation für die vorliegenden Fälle in Betracht? Zwar kann sowohl der Abbruch der Berufsausbildung (Fall D) als auch der Verlust des Arbeitsplatzes insbes. für eine mittellose Ausländerin (Fall G) eine hinreichend schwere Notlage darstellen (A 35). Da es jedoch auf eine umfassende Gesamtabwägung ankommt und dafür die Abhilfemöglichkeiten (A 36) noch einer weiteren Aufklärung bedürften, ist eine abschließende Stellungnahme zu den speziellen Voraussetzungen der allgemeinen Notlagenindikation hier kaum möglich. Deshalb erscheint es auch nicht korrekt, wenn der BGH bereits eine schwerwiegende Notlage glaubt verneinen zu können (E 6ff). Denn wenn er dies damit begründet, daß der A nicht einmal über Abwendungsmöglichkeiten reflektiert habe (E 8), so wird verkannt, daß eine tatsächlich gegebene Notlage diesen Charakter nicht schon dadurch verliert, daß nicht über etwaige Auswege nachgesonnen wird. Wohl aber kann dieser Mangel in subjektiver Hinsicht relevant sein. Doch handelt es sich dabei schon nicht mehr um eine Spezifikum der einzelnen Indikation, sondern um eines der allgemeinen Rechtfertigungserfordernisse, die nunmehr zu betrachten sind:

A 39 C. **Allgemeine Rechtfertigungsvoraussetzungen.** Dabei handelt es sich um Erfordernisse, die über einen bestimmten **Abbruchsgrund** (in Gestalt einer der vorgenannten Indikationen) hinaus gegeben sein müssen, um den Schwangerschaftsabbruch rechtfertigen zu können:

40 1. **Einwilligung der Schwangeren** (§ 218a I Nr. 1). Warum ist diese erforderlich? Nicht weil dadurch die Vernichtung der Leibesfrucht gerechtfertigt werden könnte – denn dafür fehlt es bereits an der Dispositionsfähigkeit der S über das eigene Lebensrecht des Embryos (vgl. Pieps-Fall Nr. 4 A 13), sondern aus Rücksicht auf das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren: Sie selbst soll darüber entscheiden dürfen, ob sie das Risiko der Geburt oder des Eingriffs auf sich nehmen oder etwa aus Gewissensgründen dem Kind den Vorrang lassen will (so bereits RGSt 61, 242/256: StrafR I Nr. 12 E 14, 25, A 12, 31a). Für die Wirksamkeit bzw. den Ersatz der Einwilligung sind die allgemeinen Einwilligungsgrundsätze maßgeblich (dazu StrafR I Nr. 8 A 9ff; zur ärztlichen Aufklärungspflicht vgl. Myom-Fall Nr. 7 A 18; zu Sonderfragen bei minderjährigen Schwangeren vgl. Lenckner in Eser/Hirsch § 10). – Dieses Rechtfertigungserfordernis erscheint hier unproblematisch; denn selbst die D dürfte mit ihren 18 Jahren bereits die für einen Schwangerschaftsabbruch erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit besessen haben.

41 2. Der Schwangerschaftsabbruch muß **durch einen Arzt** vorgenommen werden (§ 218a I). Durch dieses Arzt-Erfordernis soll der Abtreibung durch Kurpfuscher entgegengewirkt und auch im Interesse der Schwangeren gewährleistet werden, daß sowohl die Diagnose richtig gestellt als auch der Eingriff in einer möglichst wenig gefährlichen und schonenden Weise durchgeführt wird. Allerdings läßt das Gesetz dafür schon jedwede ärztliche Approbation genügen; es wird also insbes. auch keine besondere gynäkologische oder chirurgische Erfahrung vorausgesetzt. – Deshalb bedürfte es auch hier keiner Erhebungen darüber, in welcher fachspezifischen Weise der A ärztlich tätig wurde. Aber: Ist dies eine glaubwürdige Lösung, wenn man an das mitgeschützte Gesundheitsinteresse der Schwangeren denkt? Im übrigen hat das Arzterfordernis zur Folge, daß ein Laienabort allenfalls über die engeren Voraussetzungen von § 34 gerechtfertigt sein könnte (vgl. S/S-Eser § 218 Rn. 22 m.w.N.).

42 3. Die Beachtung der **ärztlichen Kunstregeln:** Dieses Erfordernis ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut des § 218a, wohl aber aus den allgemeinen Grundsätzen rechtfertigenden Notstands (vgl. BGHSt 14, 1/2, M-Schroeder II/1 § 6 III 1, Rudolphi SK § 218 Rn. 12) und nicht zuletzt zur Wahrung der mitgeschützten Gesundheitsinteressen der Schwangeren (vgl. Pieps-Fall Nr. 4 A 15; abw. wollen Arzt I S. 124, D-Tröndle § 218a Rn. 4 diesen Interessen lediglich über §§ 223ff Rechnung tragen). Zur lex artis gehört dabei sowohl die Kunstgerechtheit der Diagnose wie auch der Durchführung selbst, wobei insbes. auch die zur Versorgung der Schwangeren nach dem Eingriff notwendig werdenden ärztlichen Maßnahmen ins Auge zu fassen sind.

43 Instruktiv dazu der *Blutungs-Fall* **BGHSt 2, 111,** wo nach einem ambulanten Schwangerschaftsabbruch sich starke Blutungen einstellten, der Arzt jedoch die Frau trotz mehrmaliger Bitten erst am nächsten Tag aufsuchte, nunmehr jedoch den durch den starken Blutverlust verursachten Tod nicht mehr aufhalten konnte. Obgleich der BGH die Voraussetzungen für eine medizinische Indikation (A 21ff) für gegeben ansah, wurde dem Arzt die Rechtfertigung versagt, da Schwangerschaftsunterbrechung nicht nur die Tötung der Leibesfrucht, sondern die gesamte zur Erhaltung des Lebens und der Gesundheit der Schwangeren erforderliche ärztliche Betreuung erfasse. Folge: **[115]** „Auch wenn alle anderen Voraussetzungen des übergesetzlichen Notstandes [d.h. jetzt i.S. der sonstigen Indikationsvoraussetzungen] vorliegen, entfällt der Rechtfertigungsgrund, wenn die Schwangerschaft nicht nach den Regeln der ärztlichen Kunst unterbrochen wird. Diese verlangen grundsätzlich, daß die Frucht und die Nachgeburt durch eine tunlichst kurze operative Behandlung in einer Krankenanstalt beseitigt **[116]** werden. Nur dann besteht die Gewähr, daß der zur Rettung von Leben oder Gesundheit der Mutter unvermeidliche, in jedem Falle aber schwerwiegende Eingriff in ihren Körper so geschieht, daß die auch dann immer noch vorhandene Gefährdung der Mutter auf ein für die ärztliche Kunst erreichbares Mindestmaß beschränkt wird. Nur eine unter solchen Sicherungen durchgeführte Schwangerschaftsunterbrechung kann als eine der Rettung von Leben oder Gesundheit der Mutter dienliche und darum erlaubte Handlung angesehen werden. Stattdessen ließ der A die Schwangere, nachdem er durch Einfügung eines Quellstifts den Muttermund geöffnet und dadurch die Wehentätigkeit angeregt hatte, zu Fuß nach Hause gehen, überließ sie dort ihrem Schicksal und versagte ihr selbst dann den erbetenen Beistand, als die Blutungen so stark wurden, daß ‚sie sich keinen Rat mehr wußte' und

A 43 darum mehrmals nach dem A schickte. Daß diese Art der Behandlung den Erfahrungen der ärztlichen Praxis und den anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaft widerspricht, liegt auf der Hand."

44 Dieser Auffassung ist jedenfalls insoweit zuzustimmen, als es um die Kunstgerechtheit der Diagnose, der Durchführung und der Nachbehandlungsvorsorge geht. Soweit dagegen erst *nach* einem kunstgerechten Schwangerschaftsabbruch dem Arzt ein Kunstfehler unterläuft, wird man dies kaum noch über § 218, sondern allenfalls nach §§ 211, 223 zurechnen können. Deshalb läßt sich im *Blutungs-Fall* (A 43) eine Rechtfertigung zwar damit verneinen, daß der Arzt keine ausreichende Nachbehandlungsvorsorge getroffen hatte, d.h. die Frau einfach nach Hause gehen ließ. Wären dagegen erst nach einem kunstgerecht abgeschlossenen und versorgten Schwangerschaftsabbruch etwaige Komplikationen aufgetreten, so wäre die mangelnde Hilfeleistung nicht mehr über § 218, sondern über §§ 211, 223 ff zu erfassen (vgl. auch S/S-Eser § 218a Rn. 57). Zu der vom BGH angesprochenen Krankenhauspflicht vgl. A 68.

45 4. Die Beurteilung der Indikationsvoraussetzungen **nach ärztlicher Erkenntnis:** Im Unterschied zum vorangegangenen lex artis-Erfordernis, bei der es primär um den Eingriff als solchen geht, steht hier lediglich der *Beurteilungsmaßstab* für die Feststellung einer *Indikation* in Frage (vgl. § 218a I Nr. 2, II Nr. 1): Das Gesetz will klarstellen, daß vom Arzt keine quasi-richterlichen Erhebungen erwartet werden, wohl aber die Einbeziehung aller ärztlich bedeutsamen Faktoren, einschließlich des Entwicklungsstandes der Leibesfrucht. Soweit ein Arzt die erforderliche Sachkunde nicht selbst besitzt (z.B. als Gynäkologe hinsichtlich eines suizidalen Syndroms), wird er einen Facharzt herbeizuziehen haben (vgl. Selbstmorddrohungs-Fall BGHSt 3, 7/11). Dies wirft naturgemäß besondere Probleme bei der allgemeinen Notlagenindikation auf, da deren Voraussetzungen schwerlich ohne Ermittlung und Einschätzung sozialer Faktoren und Konflikte feststellbar sind. Und wie sollte dazu der „Normalarzt" ohne sachkundige Hilfe eines Sozialhelfers befähigt sein? Freilich wird man dabei die Anforderungen nicht überspannen dürfen; denn da es dem Gesetz offenbar nicht auf eine rundum ausgeleuchtete Objektivität, sondern lediglich auf die Einschätzung des Arztes ankommt, soll diesem auch die „einfühlende" Feststellung sozialer Notlagen nicht verwehrt sein. – Was ergibt sich daraus für den vorliegenden Fall? Zwar wäre damit auch dem A die Notlagenfeststellung nicht grundsätzlich abzusprechen. Jedoch erscheint bereits fraglich, ob er dabei alle ihm zugänglichen ärztlichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft hat. Wenn man daher nicht schon aufgrund dieses Feststellungsmangels die Rechtfertigung verneinen will, so steht jedenfalls ein subjektives Rechtfertigungselement in Frage:

46 5. Der Arzt muß den Abbruch **subjektiv in Kenntnis** der objektiven Indikationsvoraussetzungen vornehmen. Auch das ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 218a, wohl aber aus allgemeinen Rechtfertigungsgrundsätzen (vgl. S/S-Lenckner 14 vor § 32, § 34 Rn. 48, Rudolphi SK § 218a Rn. 46). Handelt er in dieser Vorstellung, so ist ihm auch der entsprechende **Rettungswille,** der von manchen zusätzlich gefordert wird (Lackner § 218a Anm. 2c, Samson SK § 34 Rn. 24), regelmäßig zugutezuhalten. Wie aber steht es in Fällen wie dem vorliegenden, wo der Arzt ohne jegliche Untersuchung und damit praktisch auch ohne Rücksicht auf das Vorliegen der Indikationsvoraussetzungen den Eingriff vornimmt? Da es dann an einem Handeln „in Kenntnis" fehlt, ist die Rechtfertigung aus subjektiven Gründen zu versagen. Daher ist hier dem BGH jedenfalls im Ergebnis zuzustimmen, da A die Inanspruchnahme sozialer Hilfe erst gar nicht gesucht (E 8) und die Patientinnen teils nicht einmal körperlich untersucht hat (E 10). Dagegen würde ein Handeln in Kenntnis der Indikationsvoraussetzungen nicht dadurch ausgeschlossen, daß sich der Arzt neben seinem Hilfswillen auch noch von *anderen Motiven* (etwa materieller Art) hat leiten lassen (vgl. Eser JuS 1970, 462).

47 Zudem: Könnte die Rechtfertigung etwa auch damit versagt werden, daß es der A an einer **gewissenhaften Prüfung** aller wesentlichen Umstände hat fehlen lassen? Eine solche gesteigerte Prüfungspflicht wird auch hier im Anschluß an eine st. Rspr. (vgl. bereits RGSt 62, 137/138: StrafR I Nr. 12 A 37) vom BGH gefordert (E 9; zust. Schroeder JZ 1977, 140; vgl. ferner Pro Familia-Fall BayObLG MDR 1978, 851). Dem ist jedoch allenfalls insoweit zuzustimmen, als der Arzt die ihm „nach ärztlicher Erkenntnis" möglichen Quellen auszuschöpfen hat, während sich für eine darüberhinausgehende eigenständige Prüfungspflicht auch im jetzigen § 218a keine Stütze findet (vgl. auch Rudolphi SK § 218a Rn. 47, S/S-Eser § 218a Rn. 61 sowie StrafR I Nr. 12 A 38).

A 48 6. Frage: Könnte darüberhinaus die Rechtfertigung noch an **formalen Erfordernissen** scheitern? Etwa daran, daß dem Abbruch offenbar weder eine formelle Indikationsfeststellung noch eine Beratung vorausgegangen ist? Daß dazu der BGH keinerlei Feststellungen getroffen hat, mag vielleicht zunächst überraschen, ist jedoch sachlich völlig korrekt: Zwar muß dem Abbruch, falls er in jeder Hinsicht straffrei bleiben soll, sowohl eine bestimmte Beratung (§ 218b) als auch eine formelle Indikationsfeststellung (§ 219) vorausgehen. Doch handelt es sich dabei lediglich um *subsidiäre* Pflichten, deren Verletzung wohl selbständig strafbar sein kann (dazu unten III), die Rechtfertigung des Schwangerschaftsabbruchs als solchen hingegen völlig unberührt läßt. Das führt zur Frage nach den Konsequenzen:

49 **D. Folgewirkungen einer Indikation – Irrtum.**

1. Liegt materiell eine der vier Indikationen (A 21–38) vor und sind alle allgemeinen Rechtfertigungsvoraussetzungen (A 39–46) gegeben, so scheidet bereits damit aufgrund Rechtfertigung eine Strafbarkeit nach § 218 I, III aus, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sich die Schwangere der durch § 218b vorgeschriebenen Beratung unterzogen bzw. die Indikation nach § 219 formell hat bestätigen lassen. Denn um diesen weithin mißverstandenen Punkt erneut klarzustellen: bei diesen Beratungs- bzw. Feststellungspflichten handelt es sich nicht um zusätzliche Rechtfertigungsvoraussetzungen, sondern lediglich um subsidiäre Schutz- und Kontrollpflichten (vgl. statt vieler Arzt I S. 129; näher zu den unterschiedlichen materiellen, formellen und prozessualen Aspekten bei Schwangerschaftsabbruch in Eser/Hirsch § 9 I). Deshalb ist ein **materiell** indizierter Schwangerschaftsabbruch als solcher **rechtmäßig,** und zwar sowohl für die Schwangere wie auch für den Arzt. Demzufolge fehlt es auch für eine etwaige Tatbeteiligung Dritter (Operationspersonal, Erzeuger als Anstifter) an einer rechtswidrigen Haupttat. Auch gilt ein materiell indizierter Schwangerschaftsabbruch i. S. des StrREG als nicht rechtswidrig und damit insbes. auch versicherungsrechtlich als gedeckt (näher dazu Henke NJW 1976, 1773f).

50 2. **Fehlt** es dagegen auch nur an einer der vorgenannten **materiellen** Voraussetzungen, so bleibt der Schwangerschaftsabbruch nach § 218 I, III rechtswidrig, und zwar selbst dann, wenn die Schwangere eine formelle Indikationsbestätigung vorlegen könnte. Denn so wenig diese eine positive Rechtfertigungsvoraussetzung darstellt, so wenig vermag sie umgekehrt einen materiellen Rechtfertigungsmangel zu ersetzen.

51 Was ergibt sich daraus für den vorliegenden Fall? Da dem A jedenfalls das subjektive Rechtfertigungselement abzusprechen war (A 46), sind seine Schwangerschaftsabbrüche allesamt als rechtswidrig zu betrachten, und zwar sowohl für den A wie auch für die betroffenen Schwangeren. Da auch **sonstige Rechtfertigungsgründe** bei Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich *ausscheiden,* und zwar insbes. die Einwilligung der Schwangeren für sich allein den Eingriff nicht zu rechtfertigen vermag (vgl. S/S-Eser § 218 Rn. 19ff), ist Straffreiheit allenfalls über einen Schuld- oder sonstigen Strafausschließungsgrund zu erlangen.

52 3. Damit stellt sich zunächst die Frage nach einem etwaigen **Irrtum.** Dabei dürfte ein TBirrtum (§ 16) von vorneherein auszuscheiden sein, da dieser praktisch nur dann in Betracht kommt, wenn der A die Frauen entweder nicht für schwanger oder seine Abbruchsmethode für nicht tauglich gehalten hätte (vgl. Rudolphi SK § 218 Rn. 12). Bei *Rechtfertigungsirrtum* wäre zu differenzieren:

53 – Ein vorsatzausschließender *Erlaubnissachverhaltsirrtum* würde voraussetzen, daß die Zwangslage der Schwangeren für hinreichend schwerwiegend angesehen wurde, um eine Indikation zu begründen. Diesen guten Glauben wird man aber hier wohl allenfalls den Schwangeren zubilligen können, mit der Folge, daß für sie die Strafbarkeit nach § 218 entfiele (vgl. StrafR I Nr. 14 A 25ff), nicht dagegen dem A, da ihm die Notlagefrage offenbar gleichgültig war.

54 – Daher käme für ihn allenfalls ein als Verbotsirrtum zu behandelnder *Erlaubnisgrenzirrtum* in Betracht: so etwa, wenn A sich vorgestellt hätte, daß schon jedwede Konfliktlage, selbst wenn sie u. U. abwendbar wäre, einen Schwangerschaftsabbruch rechtfertigen könne. Da jedoch ein solcher Irrtum kaum als unvermeidbar bezeichnet werden könnte, kommt ein Schuldausschluß nach § 17 nicht in Betracht, so daß allenfalls die Möglichkeit einer Strafmilderung verbleibt (vgl. StrafR I Nr. 13 A 59ff). Zu weiteren Irrtumsproblemen bei Schwangerschaftsabbruch vgl. S/S-Eser § 218 Rn. 27f, § 219 Rn. 19 sowie in Eser/Hirsch § 9 I 4.

A 55 4. Falls auch den *Schwangeren* kein Irrtum zugebilligt werden könnte (vgl. A 53), so wäre zwar heute noch an Strafbefreiung nach § 218 III S. 2 zu denken (vgl. Pieps-Fall Nr. 4 A 9, 49). Jedoch würde dieser *persönliche Strafausschließungsgrund* (den es weder zum Tat- noch zum Entscheidungszeitpunkt gab), schon an der Nichterfüllung des Beratungserfordernisses scheitern.

56 5. **Zwischenergebnis** für den vorliegenden Fall? Gegen die Strafbarkeit des A nach § 218 I im Falle D bzw. wegen Versuchs im Falle G (vgl. A 3) bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Auch die D wäre nach § 218 III strafbar, falls ihr kein Rechtfertigungsirrtum einzuräumen ist (A 53). Dagegen bleiben im Falle G die Gastarbeiterinnen nach jetzigem Recht straffrei, da für sie bloßer Versuch nach § 218 IV S. 2 nicht strafbar ist. – Allerdings ist damit zunächst nur die Strafbarkeit nach § 218 geklärt. Es bleibt die Frage, ob darüberhinaus auch noch etwaige Ergänzungstatbestände erfüllt sein könnten:

57 **III. Subsidiäre Schutz- und Kontrolltatbestände.**
Soll der Schwangerschaftsabbruch nicht nur nach § 218, sondern in jeder Hinsicht straffrei bleiben, so müssen über die vorgenannten Rechtfertigungsvoraussetzungen hinaus auch noch folgende *selbständig vertatbestandlichte* Pflichten erfüllt sein:

58 **1. Beratungspflichten (§ 218b):** Damit soll sowohl voreiligen Abbrüchen vorgebeugt als auch langfristig auf Aborteindämmung hingewirkt werden. Schutzgut ist daher auch hier mittelbar das ungeborene Leben (vgl. Rudolphi SK § 218b Rn. 1).

59 a) Zu diesem Zweck muß sich die Schwangere vor Durchführung des Abbruchs einer *doppelten* Beratung unterzogen haben:

60 – Zum einen einer sog. *Sozialberatung* (§ 218b I Nr. 1), in der sie über öffentliche und private Schwangerschafts- und Mutterhilfen zu beraten ist. Als „Berater" kommen sowohl bestimmte anerkannte Beratungsstellen als auch Ärzte unter den in § 218b II näher umschriebenen Voraussetzungen in Betracht. Doch darf der sozialberatende Arzt mit dem abbrechenden nicht identisch sein. Auch ist zwischen Sozialberatung und Abbruch eine dreitätige Überlegungsfrist einzuhalten. Nähere Einzelheiten zu Ziel und Form der Beratung sowie zur (fragwürdig minimalen) Qualifikation des Beraters in Eser-Hirsch § 8.

61 – Zum anderen ist eine *ärztliche Beratung* (§ 218b I Nr. 2) erforderlich, bei der die Schwangere über alle ärztlich bedeutsamen Gesichtspunkte (einschließlich der Konstitution von Mutter und Frucht sowie etwaige alternative Eingriffsmöglichkeiten oder Kontraindikationen) aufzuklären ist. Dieser Berater kann mit dem abbrechenden Arzt identisch sein. Auch ist insoweit keine Karenzfrist einzuhalten.

62 b) Die **Tathandlung** besteht im *Schwangerschaftsabbruch ohne* vorherige *soziale* und/oder *ärztliche Beratung. Täter* ist daher in erster Linie der abbrechende Arzt, während die Schwangere auch insoweit aufgrund eines persönlichen Strafausschließungsgrundes straffrei bleibt (§ 218b I S. 2).

63 c) Da jedoch § 218b gegenüber § 218 als **subsidiär** zurückzutreten hat, wird die Verletzung der Beratungspflicht letztlich nur dort praktisch, wo der Schwangerschaftsabbruch als solcher gerechtfertigt war. Deshalb würde auch hier für A neben seiner Strafbarkeit nach § 218 die offenbare Mißachtung der Beratungspflicht nicht noch zusätzlich ins Gewicht fallen.

64 **2. Indikationsfeststellungspflicht (§ 219):** Um leichtfertige oder voreingenommene Indikationen zu verhindern, darf der Schwangerschaftsabbruch erst nach Vorlage einer schriftlichen Indikationsfeststellung eines mit dem abbrechenden nicht identischen Arztes erfolgen (vgl. Laufhütte-Wilkitzki JZ 1976, 335). Da die Indikationsfeststellung auf die materielle Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs als solchen jedoch keinerlei Einfluß hat (A 49), und die Letztverantwortung für das materielle Vorliegen einer Indikation beim abbrechenden Arzt verbleibt (vgl. S/S-Eser § 219 Rn. 1, 16), kommt der Indikationsfeststellung lediglich die Funktion einer *Entscheidungshilfe* zu (vgl. Müller-Emmert DRiZ 1976, 168).

65 a) Demzufolge muß sich die Indikationsfeststellung lediglich dazu äußern, „ob" die Voraussetzungen einer Indikation gegeben sind. Anders als nach den früheren Indikationsmodellen, wo jeweils eine positive Begutachtung erforderlich war, kommt es somit nur noch darauf an, daß überhaupt eine **schriftliche Äußerung** zu den Indikationsvoraussetzungen vorliegt, und zwar gleichgültig, ob letztlich mit *positivem* oder *negativem* Ergebnis (vgl. Rudolphi SK § 219 Rn. 4). Demzufolge kann dieser Pflicht schon da-

A 65 durch genügt werden, daß ein mit dem abbrechenden nicht identischer Arzt zu einer schriftlichen Stellungnahme veranlaßt wird.

66 b) Die **Tathandlung** besteht im *Schwangerschaftsabbruch, ohne* daß spätestens bei dessen Beginn dem abbrechenden Arzt die *schriftliche Indikationsfeststellung eines anderen Arztes* vorgelegen hat. *Täter* ist daher auch hier in erster Linie der *abbrechende* Arzt, während sich der Indikationsarzt für eine wider besseres Wissen unrichtige Feststellung nach § 219a strafbar machen kann (vgl. aber auch A 80). Der Schwangeren ist auch hier ein persönlicher Strafausschließungsgrund eingeräumt (§ 219 I S. 2).

67 c) Auch § 219 ist gegenüber § 218 **subsidiär.** Deshalb gilt hier entsprechendes wie zu § 218b (A 63).

68 3. **Krankenhauspflicht** (**Art. 3 I** des 5. StrRG): Danach darf der Schwangerschaftsabbruch nur in einem Krankenhaus oder in einer hierfür zugelassenen Einrichtung vorgenommen werden. Damit soll nicht nur die Schwangere für den Fall von Komplikationen bestmöglich abgesichert sein, sondern auch die Entwicklung von „Abtreibungskliniken" unter Kontrolle gehalten werden (vgl. Laufhütte-Wilkitzki JZ 1976, 338, aber auch S/S-Eser § 218a Rn. 67). Im Unterschied zur Beratungs- und Indikationsfeststellungspflicht wird die Verletzung der Krankenhauspflicht nur als *subsidiäre Ordnungswidrigkeit* sanktioniert. Als *Täter* kommt auch hier praktisch nur der abbrechende Arzt in Betracht, während die Schwangere als notwendige Teilnehmerin auch insoweit ohne Sanktion bleibt.

69 4. Was bleibt somit als **Gesamtergebnis** festzuhalten? Da die Beratungs-, Indikationsfeststellungs- und Krankenhauspflichten als subsidiär nur dann zum Zuge kommen, wenn der Täter nicht bereits nach § 218 strafbar ist, verbleibt es im vorliegenden Fall bei dem bereits bei A 56 festgestellten Ergebnis.

70 **IV. Zusammenfassende Übersichten.**

Angesichts der verschiedenartigen Strafbefreiungsmöglichkeiten, teils durch Rechtfertigung beim ärztlichen Schwangerschaftsabbruch, teils durch persönliche Strafbefreiungsgründe für die Schwangere – und dies oft noch weiter verkompliziert durch unterschiedliche Fristen – ist das gegenwärtige Schwangerschaftsabbruchsrecht nur schwer durchschaubar: Inwieweit bleibt etwa die Schwangere überhaupt strafbar? Welche Befreiungsmöglichkeiten ergeben sich für den Arzt? Welche Schwangerschaftsphasen werden wie erfaßt? Um dieses verwirrende Bild etwas transparenter zu machen, sei abschließend eine nach zeitlichen Schutzphasen (A) und nach potentiellen Tatbeteiligten (B) differenzierte Schematisierung versucht (vgl. auch Eser/Hirsch § 7 VII):

71 **A. Zeitlich zu differenzierende Schutzphasen:**

1. Die *Frühphase* bis zum Abschluß der **Nidation** wird durch §§ 218ff schon *tatbestandlich nicht* erfaßt (Pieps-Fall Nr. 4 A 14, 26). Daher bedürfen Eingriffe in dieser Phase weder einer vorherigen Beratung nach § 218b noch der Mitwirkung eines Arztes, um straflos zu sein. Entsprechendes gilt für die Herstellung und den Vertrieb nidationshemmender Mittel (vgl. S/S-Eser § 219c Rn. 2, 7). Davon unberührt bleiben selbstverständlich etwaige Schutztatbestände zugunsten der Frau (§§ 211ff, 223ff).

72 2. Bis zur **12. Woche** nach Empfängnis reicht die Möglichkeit der Rechtfertigung eines *ärztlich* durchgeführten Schwangerschaftsabbruchs aufgrund *kriminologischer* oder *allgemeiner Notlagenindikation* (A 33, 37).

73 3. Die **22-Wochenfrist** ist in doppelter Hinsicht bedeutsam: zum einen für eine Rechtfertigung aufgrund *eugenischer* Indikation (A 29), zum anderen für den *persönlichen Strafausschließungsgrund* der Schwangeren nach § 218 III S. 2 bei einem zwar nicht indizierten, aber nach Beratung ärztlich durchgeführten Schwangerschaftsabbruch (Pieps-Fall Nr. 4 A 9, 49).

74 4. In der **Endphase** der Schwangerschaft (d.h. bis zum Einsetzen der Eröffnungswehen) ist nur noch Rechtfertigung aufgrund *medizinisch-sozialer* Indikation möglich (A 24). Jedoch verbleibt daneben noch die Möglichkeit des Absehens von Strafe aufgrund der *„Bedrängnisklausel"* § 218 III S. 3 (vgl. Pieps-Fall Nr. 4 A 50).

75 5. Nach **Geburtsbeginn** setzen bereits die allgemeinen *Tötungs*tatbestände ein (zu Abgrenzungsproblemen vgl. Pieps-Fall Nr. 4 A 27ff). Daher bleibt eine (allerdings höchst umstrittene) „Notstandstötung in der Geburt" allenfalls in Form der sog. *Perforation* möglich (vgl. S/S-Eser 34 vor § 218 m.w.N.)

A 76 **B. Personbezogene Differenzierung der Strafbarkeit:**

1. Die **Schwangere** kann sich hinsichtlich eines an ihr selbst durchgeführten oder zugelassenen Abbruchs überhaupt nur nach § 218 I, III strafbar machen, und auch dies nur dann, wenn es sich entweder um eine *Laien*abtreibung handelt bzw. wenn bei *ärztlichem* Abbruch sowohl der Indikationsgrund als auch die vorgängige Beratung fehlen; denn dann kommt weder Rechtfertigung nach § 218a noch ein persönlicher Strafausschließungsgrund nach § 218 III S. 2 in Betracht (A 55). Immerhin kann aber selbst dann noch aufgrund der „Bedrängnisklausel" (§ 218 III S. 3) von Strafe abgesehen werden (vgl. Pieps-Fall Nr. 4 A 50).

77 Darüberhinaus kann sich die Schwangere allenfalls noch nach § 219b strafbar machen, wenn sie das bei ihr verwendete Mittel oder Verfahren auch für andere Schwangerschaftsabbrüche anpreist.

78 2. Der **Arzt** kann in vierfacher Rolle am Schwangerschaftsabbruch beteiligt sein: a) als abbrechender (§ 218a), b) als sozialberatender (§ 218b I Nr. 1), c) als ärztlich beratender (§ 218b I Nr. 2) oder d) als indikationsfeststellender (§ 219, 219a). Dabei ist *Rollenidentität* nur insoweit ausgeschlossen, als der abbrechende Arzt nicht zugleich die Sozialberatung und/oder die Indikationsfeststellung vornehmen darf, während der abbrechende mit dem ärztlich beratenden personengleich sein kann (vgl. S/S-Eser § 218b Rn. 15, 21, § 219 Rn. 12). Das bedeutet, daß an einem straffreien Schwangerschaftsabbruch mindestens zwei Ärzte beteiligt sein müssen, wobei eine Rollenteilung in der Weise möglich ist, daß entweder der eine Arzt sich auf den Abbruch beschränkt, während der andere die Beratungen und die Indikationsfeststellung vornimmt, oder aber daß der abbrechende Arzt auch noch die ärztliche Beratung übernimmt, um lediglich die Indikationsfeststellung (sowie u. U. die Sozialberatung) dem Kollegen zu überlassen. Je nach der im Einzelfall wahrgenommenen Funktion kann sich dabei der Arzt auf unterschiedliche Weise strafbar machen:

79 a) Als *abbrechender* entweder nach § 218 I oder nach den §§ 218b, 219 (vgl. A 62f, 66f).

80 b) Als *Indikationsarzt* durch Beteiligung am Schwangerschaftsabbruch (§ 218) des Abbrechenden, falls er durch falsche Indikationsstellung einer rechtswidrigen Abtreibung vorsätzlich Vorschub leistet, wobei bei Gutgläubigkeit des Abbrechenden u. U. sogar § 218 in mittelbarer Täterschaft in Betracht kommt. Dagegen kommt eine Strafbarkeit des Indikationsarztes nach dem auf ihn zugeschnittenen § 219a (wegen Subsidiarität gegenüber § 218) allenfalls insoweit in Frage, als er bei einem nach § 218a gerechtfertigten Abbruch die Ordnungsmäßigkeit einer mangelhaften Indikationsfeststellung vorspiegelt (mittelbare Täterschaft von § 219) oder den Operateur trotz Mangelhaftigkeit der Indikationsfeststellung zum Abbruch veranlaßt (vgl. S/S-Eser § 219 Rn. 1, 20).

81 c) Als *Berater* i. S. von § 218b I Nr. 1 oder 2 kommt Tatbeteiligung an § 218 I in Betracht, wenn durch die Beratung ein nichtindizierter Abbruch unterstützt wird.

82 d) Soweit der *abbrechende* Arzt *zugleich beratende* und/oder *indikationsfeststellende* Funktionen wahrnimmt, hat seine etwaige Strafbarkeit nach § 218 Vorrang (A 79). Ist der Abbruch als solcher nach § 218a gerechtfertigt, so kommt auch dann, wenn der abbrechende Arzt unter Verletzung des Identitätsverbots zugleich die Rolle des Sozialberaters und/oder des Indikationsarztes übernommen hat (vgl. A 60, 64), nur die subsidiäre Strafbarkeit nach § 218b bzw. § 219 in Betracht, gegebenenfalls in Idealkonkurrenz miteinander.

83 3. **Sonstige Dritte,** die an einem rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch beteiligt sind (z. B. bei mangelnder Einwilligung der Schwangeren, fehlender Indikation oder nichtärztlicher Durchführung), machen sich nach § 218 I (oder gegebenenfalls II) strafbar, und zwar gleichgültig, ob sie als *Laienaborteur,* als nichtärztlicher *Berater* (z. B. durch Adressenvermittlung) oder als Arzt in bloßer Beraterfunktion (oben A 82) mitgewirkt haben. Dabei ist die Strafe selbst dann aus § 218 I zu entnehmen, wenn lediglich eine nach § 218 III S. 3 strafgemilderte Selbstabtreibung der Schwangeren durch bloße Beihilfe unterstützt wurde oder die Schwangere nach § 218 III S. 2, IV S. 2 straffrei bleibt. Zu weiteren Einzelheiten vgl. S/S-Eser 18ff, 24 vor § 218.

84 C. *Zusatzfrage:* Für den Fall, daß nach dem Vorangehenden ein Schwangerschaftsabbruch straflos wäre, besteht dann eine Pflicht zur Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs? Grundsätzlich nicht, da nach der **Weigerungsklausel** von Art. 2 des 5. StrafRG „niemand verpflichtet (ist), an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwir-

A 84 ken", es sei denn, dies ist zur Rettung der Schwangeren aus einer anders nicht abwendbaren Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung notwendig. Näher zu dieser primär öffentlich- und arbeitsrechtlichen Problematik Maier NJW 1974, 1405ff, Grupp NJW 1977, 329ff sowie S/S-Eser § 218a Rn. 68ff m.w.N.

85 **Schrifttum:** Vgl. die Angaben zu Nr. 4, ferner die Kommentare zu §§ 218–219a.

Speziell zu den **Indikationen:** *Eser/Hirsch,* Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch, 1980, § 9; *Arth. Kaufmann,* Strafrechtspraxis und sittliche Normen, JuS 1978, 360; *Lackner,* Die Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs, NJW 1976, 1233; *Laufhütte-Wilkitzki,* Zur Reform der Strafvorschriften über den Schwangerschaftsabbruch, JZ 1976, 329; *Sax,* Der verbrechenssystematische Standort der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch nach § 218a StGB, JZ 1977, 326. Zu **Beratung** und „flankierenden Maßnahmen": *Eser/Hirsch* aaO § 8; *Henke,* Ergänzende Maßnahmen zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs, NJW 1976, 1773. Zur **Weigerungsklausel:** *Grupp,* Die Beschränkung von Schwangerschaftsabbrüchen durch Kreistagsbeschlüsse, NJW 1977, 329; *Maier,* Mitwirkungsverweigerung beim Schwangerschaftsabbruch, NJW 1974, 1404.

Körperverletzung (§ 223) – Gefährliche Körperverletzung ~~(§ 223a)~~ Mißhandlung von Schutzbefohlenen (§ 223b)

BGHSt 25, 277: Pfleger-Fall

3 StR 324/73 v. 23. 1. 1974 = NJW 1974, 958

SV **Sachverhalt:** Dem als Pfleger in einer Heilanstalt beschäftigten A wird vorgeworfen, in vier Fällen Patienten roh mißhandelt zu haben: Dem D habe er mehrmals Tabak in den Mund geworfen, mit der Aufforderung, diesen herunterzuschlucken, und zwar solange, bis der Patient erbrach. Den V habe er veranlaßt, das Erbrochene aufzuessen, ihn mehrfach bis zur völligen Erschöpfung Liegestützen machen lassen sowie ihm mindestens zweimal brennende Streichhölzer auf die Hand gelegt, wobei er dem empfundenen Schmerz durch Herumhüpfen und Verrenkungen Ausdruck gab. Außerdem habe er ihn mindestens dreimal gezwungen, die Blätter von Blumenpflanzen aufzuessen und in einem Zug einen Suppentopf mit Wasser leerzutrinken. Den B habe er grundlos in größte Erregung versetzt und ihn dann auf den Hinterkopf geschlagen. Den F hat er bei mindestens zwei Gelegenheiten derart in Aufregung versetzt, daß er versuchte, sich selbst zu beißen.

P **Zur Problemstellung:** Inwieweit sind diese Vorgänge als *Körperverletzung* (§ 223) erfaßbar: als „körperliche Mißhandlung" oder als „Gesundheitsbeschädigung"? Inwieweit spielt dabei die Schmerzempfindlichkeit des Opfers eine Rolle?

– Könnte § 223 dadurch ausgeschlossen sein, daß sich die Opfer selbst verletzt haben? Oder wäre dies dem A als *mittelbare* Täterschaft zurechenbar?

– Kommt *Strafschärfung* nach § 223a in Betracht: Zwang zum Austrinken eines Suppentopfes mit Wasser und Schlagen auf den Hinterkopf als *„lebensgefährdende Behandlung"*?

– Könnte auch § *223b* gegeben sein? Was setzt *„Quälen"* oder *„rohes Mißhandeln"* voraus: nur eine gefühllose Gesinnung des Täters oder auch gesteigerte Schmerzen beim Opfer?

– In welchem *Verhältnis* stehen die verschiedenen KörperverletzungsTBe zueinander?

Die StrK hat den A nach § 223b in vier Fällen verurteilt. Die Revision des A hiergegen wurde vom BGH mit folgenden Erwägungen zurückgewiesen:

E 1 **Aus den Gründen:** **[277]** „1. Keinen Bedenken begegnet zunächst die Annahme der StrK, das Verhalten des A gegenüber den **[278]** vier Patienten sei eine üble, unangemessene Behandlung, durch die diese mehr als nur unerheblich in ihrem körperlichen Wohlbefinden beeinträchtigt worden sind, so daß der Tatbestand der Körperverletzung vorliegt. Das gilt auch für das Herbeiführen einer schweren Erregung des Patienten F (vgl.
2 Hirsch LK 9. Aufl. Rdn. 8 zu § 223 unter Hinweis auf RGSt 32, 113). Unerheblich ist insoweit, ob die Patienten wegen ihres Geisteszustandes möglicherweise erheblich vermindert schmerzempfindlich gewesen sind. Schmerzerregung ist kein notwendiges Erfordernis der Körperverletzung (RGSt 19, 136/9 und HRR 1931 Nr. 376).

3 2. Die StrK hat auch zu Recht angenommen, daß die Mißhandlungen roh waren und somit nicht nur der Tatbestand des § 223, sondern der des § 223b gegeben ist. Eine Mißhandlung ist roh, wenn der Täter aus gefühlloser, fremde Leiden mißachtender Gesinnung handelt und diese sich in erheblichen Handlungsfolgen für das Wohlbefinden des Opfers offenbart (vgl. Schaefer LK 8. Aufl., Anm. III b zu § 223b StGB und Mezger/Blei BT
4 8. Aufl. § 13 III b). Daß nur solche Folgen beachtlich seien, die ihren Niederschlag in erheblichen Schmerzen finden, trifft nicht zu. Die Frage, ob zur Verwirklichung des Merkmals der Mißhandlung die gefühllose, fremde Leiden mißachtende Gesinnung des Täters in der Zufügung erheblicher Schmerzen hervortreten muß, wird im Schrifttum nicht ein-
5 heitlich beantwortet. Teils wird die Zufügung besonderer Schmerzen überhaupt nicht verlangt oder nicht erwähnt (Lackner/Maassen, StGB 8. Aufl. Anm. 6 zu § 223b; Petters/Preisendanz, StGB 28. Aufl. Anm. 3b zu § 223b; Mezger/Blei aaO); teils wird ohne ausdrückliche Stellungnahme hierzu auf das RG verwiesen (Dreher, StGB 34. Aufl. Anm. 3A
6 zu § 223b und Kohlrausch/Lange, StGB 43. Aufl. Anm. V zu § 223b), und schließlich wird unter Bezugnahme auf diese Rspr. die Erregung erheblicher Schmerzen ausdrücklich für erforderlich gehalten (Olshausen, StGB, 12. Aufl. Anm. 3 zu § 223b; Niethammer BT, 1950, S. 150; Hirsch LK 9. Aufl., Rdn. 14 zu § 223b; ferner Schönke/Schröder, StGB

E 7 17. Aufl. Rdn. 13 zu § 223b und Schaefer, aaO – beide nur für den Regelfall). **[279]** Indes kommt diesem Erfordernis sowohl nach Ansicht von Schönke/Schröder als auch von Hirsch, Schaefer und Maurach (BT 5. Aufl. § 10 II A 2) nur die Funktion einer Objektivierung der gefühllosen Gesinnung zu. Als solche kann sie in der Tat Bedeutung erlangen, hat aber nicht die allein ausschlaggebende Bedeutung, die ihr die Revision beilegen will.

8 Aus der RG–Rspr. [HRR 1935 Nr. 1276, JW 1938, 1879, DR 1940, 26; 1941, 492; 1944, 330], auf die sich die Revision und ein Teil des Schrifttums berufen, ergibt sich nicht, daß eine rohe Mißhandlung stets nur dann anzunehmen wäre, wenn dem Opfer erhebliche Schmerzen zugefügt worden waren. ... Nur in JW 1938, 2808 hat das RG – offensichtlich
9 aus Gründen der Rechtssicherheit – noch eine Objektivierung der gefühllosen Gesinnung verlangt, die es in der Zufügung erheblicher Schmerzen sah. Dieses Kriterium bot sich in jenem Falle an: Wer einem in normaler Geistesverfassung Befindlichen ohne Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund erhebliche Schmerzen beibringt oder Leiden verursacht, handelt **[280]** in der Regel aus gefühlloser Gesinnung. Das RG wollte ersichtlich aber damit nicht aussprechen, daß *nur* die Zufügung erheblicher Schmerzen oder Leiden den Tatbestand des § 223b erfülle. Diese ist zwar die regelmäßige, aber nicht die einzige Form, in der gefühllose Gesinnung in Erscheinung treten kann. Fälle herabgesetzter Schmerzempfindlichkeit oder gar völliger Schmerzunempfindlichkeit lagen den
10 genannten Entscheidungen, soweit erkennbar, nicht zugrunde. In einem solchen Falle hat nämlich RGSt 62, 160/1 selbst auf einen anderen Gesichtspunkt abgehoben und [zur damaligen Fassung] entschieden, der Umstand, daß ein Opfer in seinem Gefühlsleben stark abgestumpft sei, schließe es nicht aus, die Behandlung als eine grausame anzusehen. Sie könne dies auch dann sein, wenn sie zwar nicht von der betroffenen Person selbst wegen deren besonderen körperlichen oder seelischen Beschaffenheit als grausam empfunden wird, wohl aber von anderen Personen, die die Behandlung wahrnehmen und deren Gefühlsleben natürlich und gesund ist.

11 Diese Rechtsansicht trifft auch auf die rohe Mißhandlung zu, die gegenüber der grausamen ein Weniger ist. Entscheidend ist die Schwere des körperlichen Eingriffs, in dem sich die gefühllose Gesinnung widerspiegelt, und der so beschaffen sein muß, daß ein normaler Mensch ihn als erheblich schmerzhaft empfindet. Anderenfalls würden des besonderen Schutzes des § 223b – je nach dem Grade ihrer Empfindlichkeit – gerade die Personen entbehren müssen, die seiner in vermehrtem Maße bedürfen, wie z.B. bestimmte Gruppen von Geisteskranken in vorgerücktem Stadium, die nicht in der Lage sind, ihr Schmerzempfinden mitzuteilen.

12 3. Die gegenüber den Patienten begangenen Handlungen des A waren von erheblichem Gewicht und geeignet, bei Personen mit normalem Empfinden erhebliche Schmerzen oder Leiden hervorzurufen ... **[NJW 1974, 959]** Alle diese Handlungen sind erhebliche Eingriffe in das körperliche Wohlbefinden, die bei einem geistig Gesunden empfindliche Schmerzen oder Leiden verursachen und bei einem solchen Beobachter Abscheu und den Eindruck der Rohheit hervorrufen würden. In ihnen manifestiert sich, wie die StrK zutreffend dargelegt hat, daß das Handeln des A von einer gefühllosen, fremde
13 Leiden mißachtenden Gesinnung getragen war. Er hat seine Patienten zu bloßen Objekten seines Geltungstriebes herabgewürdigt."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Während es in den vorangegangenen Fällen Nr. 1 bis 5 primär um den Schutz des *Lebens* ging, steht in den Fällen Nr. 6 bis 9 die *körperliche Integrität* im Vordergrund: Dazu zunächst ein Überblick über *Struktur* und *Schutzgut* der Körperverletzungstatbestände (I). Dem folgt die Erörterung der *einfachen Körperverletzung* nach § 223 (II) sowie der *Mißhandlung Schutzbefohlener* nach § 223b (III), um mit der *gefährlichen Körperverletzung* nach § 223a abzuschließen (IV).

2 **I. Schutzgut und Struktur der Körperverletzungstatbestände.**

Der BGH scheint hier stillschweigend davon ausgegangen zu sein, daß § 223b auf § 223 aufbaue und lediglich eine Steigerung des im Grunde gleichartigen Unrechts erfasse (E 1, 3). Ist dies eigentlich richtig? Die Antwort darauf hängt vor allem vom maßgeblichen Schutzgut ab (1) und hat sowohl Bedeutung für das Verhältnis dieser Tatbestände zueinander (2) als auch für die Deutung der einzelnen Tatbestandsmerkmale (II).

3 **1. Schutzgut:** Die allgemein übliche Bezeichnung als „Körperverletzung", die sich auch das Gesetz in der Überschrift des 17. Abschnitts zu eigen gemacht hat, könnte die Deutung nahelegen, daß es in den darin zusammengefaßten §§ 223–233 ausschließlich um den Schutz der *körperlichen* (und nicht auch der seelischen) Integrität gehe. Diese in der Tat selbst heute noch vorherrschende Auffassung (vgl. insbes. Hirsch LK[9] 1 vor § 223, M-Schroeder II/1 § 8 I 2) kann sich insbes. auch auf die Tatmodalität des „körperlichen Mißhandelns" (A 15ff) berufen. Jedoch gibt es auch gewichtige Gegenargu-

A 3 mente: Zum einen der positiv-rechtliche Hinweis darauf, daß jedenfalls mit dem (1933 eingeführten) § 223b auch rein *seelische* Beeinträchtigungen erfaßt werden (A 37ff). Zum anderen die anthropologische Erkenntnis, daß es zwischen Leib und Seele mannigfache Wechselwirkungen gibt, so daß schon in der Steigerung oder Erregung von psychischen Störungen eine „Gesundheitsbeschädigung" i. S. von § 223 erblickt werden kann (A 16). Daher ist die **körperliche Integrität** sowohl gegen *physische* als auch gegen *psychische* Einwirkungen geschützt.

4 **2.** Das hat auch für das **Verhältnis der §§ 223ff** zueinander gewisse Konsequenzen:

5 a) Wäre das Schutzgut des § 223 rein körperlich-*somatisch* zu verstehen, so wäre **§ 223b**, weil auch seelische Einwirkungen erfassend, ein *selbständiger* Tatbestand (so konsequent Hirsch LK[9] § 223b Rn. 1, M-Schroeder II/1 § 10 I sowie Lackner § 223b Anm. 1 und Wessels II/1 § 5 VI 1 jedenfalls insoweit, als § 223b über rein somatische Verletzungen hinausgeht).

6 – Versteht man dagegen das gemeinsame Schutzgut der §§ 223ff bereits im umfassenderen Sinne einer Leib-Seele-Einheit, so ist § 223b als bloße *Qualifizierung* des § 223 zu begreifen (so bereits RGSt 70, 359, ferner Arzt I S. 99, D-Tröndle § 223b Rn. 1, Horn SK § 223b Rn. 2, 10, Welzel § 39 III).

7 b) Auch bei den Strafschärfungen nach **§ 223a** (gefährliche Körperverletzung), **§§ 224, 225** (schwere und beabsichtigte schwere Körperverletzung) sowie **§ 226** (Körperverletzung mit Todesfolge) handelt es sich (unstreitig) nur um unselbständige *Qualifizierungen* des § 223 (zum Konkurrenzverhältnis dieser Tatbestände untereinander vgl. Augapfel-Fall Nr. 8 A 3f). Auch **§ 340** (Körperverletzung im Amt) ist eine bloße Qualifizierung von § 223 (vgl. Baukontrolleur-Fall Nr. 18 A 6).

8 c) Dagegen sind die **§§ 227, 229** als *selbständige* Tatbestände zu verstehen: der „Raufhandel" als abstraktes Gefährdungsdelikt (Fall Nr. 9 A 5), die „Vergiftung" als verselbständigter Versuch einer gefährlichen Körperverletzung (vgl. Hirsch LK[9] § 229 Rn. 2 m. w. N., aber auch Arzt I S. 101; zu den TB-Merkmalen des § 229 vgl. Vollziehungsbeamter-Fall Nr. 1 A 58ff).

9 d) Darüber hinaus finden sich auch **außerhalb** dieses StGB-Abschnitts zahlreiche Vorschriften, die dem Schutz der körperlichen Integrität gegenüber bestimmten Gefährdungen dienen: so insbes. die *Verkehrs*delikte (§§ 315ff: dazu Verkehrsrowdy-Fall Nr. 11). Vgl. auch S/S-Eser 11 vor § 211, 2ff vor § 223.

10 **II. Einfache Körperverletzung (§§ 223, 230).**

Der BGH konnte sich dazu mit knappen Feststellungen begnügen (E 1, 2). Was ist jedoch dafür im einzelnen vorausgesetzt?

11 **1. Tatobjekt** muß ein **anderer** sein. Das ist in zweierlei Hinsicht bedeutsam:

12 a) Der „andere" muß ein bereits geborener **Mensch** sein. Demzufolge sind Schädigungen aufgrund pränataler Handlungen (z. B. bei Medikamentenmißbrauch, Virusinfektion u. ä.) nur dann durch § 223 erfaßbar, wenn sich die Handlung nicht mehr an der „Leibesfrucht", sondern erst nach Geburtsanfang auszuwirken beginnt: Insofern gilt Gleiches wie für die Abgrenzung zwischen § 218 und § 212 bei pränatalen Einwirkungen (vgl. Pieps-Fall Nr. 4 A 27ff.). Daher ist die instruktive Contergan-Entscheidung LG Aachen JZ 1971, 507 jedenfalls im Ansatz angreifbar (vgl. S/S-Eser § 223 Rn. 1a m. w. N.). Andererseits bleibt die Schutzfähigkeit als „Mensch" bis zum Eintritt des Hirntodes erhalten (vgl. Vollziehungsbeamter-Fall Nr. 1 A 2); daher wäre hier selbst bei höchstgradigem Schwachsinn der Opfer § 223 nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

13 b) Da die Tat gegen einen anderen gerichtet sein muß, ist die **Selbstverletzung** grundsätzlich straflos (es sei denn, es handelt sich – wie bei der wehrkraftbeeinträchtigenden Selbstverstümmelung nach § 109 – um ein anderes Rechtsgut: vgl. S/S-Eser § 109 Rn. 1, 15). Frage: Wäre dann nicht hier hinsichtlich des V § 223 zu verneinen, da dort das Opfer die Blumenblätter selbst aufgegessen und den Suppentopf mit Wasser selbst leergetrunken hat (SV 3)? Nein; denn ebenso wie durch Veranlassung eines nicht Freiverantwortlichen zu einer Selbsttötung § 212 verwirklicht werden kann, ist auch *mittelbare Täterschaft* von § 223 dadurch möglich, daß ein anderer gegen seinen Willen oder im Zustand mangelnder Freiverantwortlichkeit zu einer Selbstschädigung veranlaßt wird (vgl. Gisela-Fall Nr. 3 A 36f). Von dieser Annahme ist offenbar auch hier der BGH im Fall des V stillschweigend ausgegangen.

14 **2.** Als **Tatmodalitäten** nennt das Gesetz die „körperliche Mißhandlung" (a) und die „Gesundheitsbeschädigung" (b). Der BGH hat hier offenbar jeweils nur eine Mißhandlung angenommen. Ist dies in jedem Falle erschöpfend?

A 15 a) Das **Mißhandeln** setzt nach der üblichen Begriffsbestimmung des BGH (E 1) dreierlei voraus:
- eine üble unangemessene Behandlung,
- durch die das körperliche Wohlbefinden beeinträchtigt wird,
- und zwar mehr als nur unerheblich.

Das ist insbes. der Fall bei *substanzverletzenden* Einwirkungen auf den Körper: Substanzschäden (Beulen, Wunden) oder Substanzverluste (Einbuße von Gliedern, Organen, oder Zähnen). Auch *Verunstaltungen* des Körpers (z.B. durch Abschneiden des Haares oder Beschmieren mit schwer entfernbaren Materialien: Teer) kann ebenso wie das Hervorrufen körperlicher *Funktionsstörungen* (z.B. durch gehörschädigende Lärmbelästigung) hierher gehören (vgl. Wessels II/1 § 5 II 1).

16 Der geforderte *Körperlichkeitsbezug* (A 15) kann vor allem in zweierlei Hinsicht problematisch werden. Einerseits bei Erregung von Ekel oder Angst: Da seelische Beeinträchtigungen als solche für § 223 grundsätzlich nicht genügen sollen (A 3), wird eine körperliche Auswirkung jedenfalls insoweit verlangt, als neben der Erschütterung des seelischen Gleichgewichts „zugleich eine Reizung der die sinnlichen Eindrücke vermittelnden Empfindungsnerven des Zentralnervensystems eintritt" (Hirsch LK[9] § 223 Rn. 8). Dies kann etwa schon bei Anspeien der Fall sein (vgl. RG GA 58, 184; str.). Andererseits setzt der Körperlichkeitsbezug aber nicht unbedingt eine unmittelbare körperliche *Ein*wirkung voraus (wie etwa durch Berührung), sondern lediglich eine (möglicherweise nur *mittelbare*) körperliche *Aus*wirkung, wie z.B. durch Vorenthalten der Nahrung, magenschmerzende Angst oder Ekel (vgl. S/S-Eser § 223 Rn. 4 m.w.N.) oder u.U. durch nächtliche Störanrufe (Brauner/Göhner NJW 1978, 1469/1472).

17 Instruktiv dazu der *Schock-Fall* **OLG Stuttgart NJW 1959, 831,** wo bei einem alkoholbedingten Abstürzen über die Böschung der Beifahrer eine leichte Schürfung im Gesicht erhielt und das LG darin keine Körperverletzung glaubte erblicken zu können. Demgegenüber führt das OLG aus: Die StrK habe bei der Frage, ob die Einwirkung des A eine üble, unangemessene körperliche Behandlung von einer gewissen Erheblichkeit erreicht habe, „nur auf die Art und den Umfang der ‚Verwundung' abgestellt, ohne zu berücksichtigen, daß es auch auf die übrigen körperlichen Wirkungen des Unfalls ankommen muß. Ein Umwerfen in einem Kraftwagen pflegt nicht nur von einer gewaltsamen, meist unerwarteten Lageveränderung des ganzen Körpers, sondern auch von einem fühlbaren Schock begleitet zu sein, und es pflegt, auch über regelrechte Verwundung hinaus, das körperliche Wohlbefinden im Ganzen auf kürzere oder längere Zeit zu beeinträchtigen". – Fazit: Wesentlich ist somit weniger die Art und Weise der *Ein*wirkung des Täters auf das Opfer (Zufügung einer Wunde) als vielmehr die körperliche *Aus*wirkung beim Opfer, die über die Verwundung als solche hinausgehen kann (mittelbare Folgen). Demgemäß war hier etwa auch beim Blätteressen der Körperlichkeitsbezug gewahrt.

18 Ob die Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens *mehr als nur unerheblich* (A 15) ist, kann gerade bei Schmerzzufügungen der vorliegenden Art zweifelhaft sein. Da diese Grenze bei Abheben auf die subjektive Schmerzempfindlichkeit höchst willkürlich verlaufen könnte, ist sie aus der Sicht eines *objektiven* Betrachters zu bestimmen, was selbstverständlich nicht die Berücksichtigung individueller Faktoren ausschließt, sofern diese hinreichend objektivierbar sind (z.B. aufgrund neuropathologischer Überempfindlichkeit). Auch kann sich die Erheblichkeit sowohl aus der *Dauer* (wie hier bei V Liegestützen bis zur Erschöpfung) wie auch in der *Intensität* der Einwirkung (Brandwunde auf die Hand) ergeben kann. Deshalb kann auch in dem möglicherweise nur kurz anhaltenden Schmerz einer Ohrfeige aufgrund ihrer Intensität eine Mißhandlung liegen (vgl. Hirsch LK[9] § 223 Rn. 9 m.w.N.). Dementsprechend kam es auch vorliegend nicht auf das subjektive Schmerzempfinden der betroffenen Opfer an (E 2), sondern allein darauf, daß die ihnen zugemutete Behandlung bei jedem „normal" Empfindenden zu körperlichen Übelsreaktionen geführt hätte. – Frage: Könnte darüber hinaus auch die Tatmodalität der „Gesundheitsbeschädigung" vorliegen?

19 b) Als **Gesundheitsbeschädigung** ist jedes Hervorrufen oder Steigern eines krankhaften Zustandes (und zwar ohne Rücksicht auf dessen Dauer) zu verstehen. Darunter können auch *Schmerz*zustände fallen, was insbes. für pflichtwidriges Unterlassen adäquater Schmerzlinderung bei Moribunden bedeutsam werden kann. Anders als beim körperbezogenen „Mißhandeln" (A 15) läßt hier die h.M. (zu Recht) auch die Erregung einer geistigen oder seelischen Störung genügen (Arzt I S. 89, Blei II § 12 III, Horn SK § 223 Rn. 23, Wessels II/1 § 5 II 2; a.A. Hirsch LK[9] § 223 Rn. 14). Deshalb

A 19 wäre im Falle F, wo das Opfer so erregt wurde, daß es sich selber zu beißen versuchte, eine Gesundheitsbeschädigung ganz sicher dann anzunehmen, wenn dadurch eine seelische Störung nachhaltig vertieft wurde. Auch hier kommt es weniger auf die Art der Schädigung als auf ihre gesundheitsbeeinträchtigende Wirkung an. Instruktiv dazu BGH (Z) NJW 1976, 1143: Gehirnblutung infolge einer durch Beleidigung verursachten Erregung. Weitere Einzelbeispiele bei Hirsch LK[9] § 223 Rn. 11ff.

20 c) Ob im Einzelfall Mißhandlung und/oder Gesundheitsbeschädigung vorliegt, ist für die Tatbestandsverwirklichung gleichgültig. Daher bestehen auch gegen eine *Wahlfeststellung* zwischen beiden Modalitäten keine Bedenken (vgl. S/S-Eser § 1 Rn. 93).

21 3. Die Tat kann sowohl **vorsätzlich** (§ 223) als auch **fahrlässig** (§ 230) verwirklicht werden. Zu ersterem vgl. Gesichtsschlag-Fall StrafR I Nr. 4, zu letzterem Leinenfänger-Fall StrafR II Nr. 24. Vorliegend lag Vorsätzlichkeit auf der Hand, so daß sich der BGH als RevG weitere Feststellungen dazu sparen konnte.

22 4. Inwieweit käme eine **Rechtfertigung,** etwa aufgrund von Einwilligung oder Züchtigung in Betracht? Grundsätzlich steht gegenüber Körperverletzung das gesamte Arsenal allgemeiner Rechtsfertigungsgründe zur Verfügung, und zwar ohne jene Beschränkungen, wie sie bei Tötung zu machen waren (vgl. Gisela-Fall Nr. 4 A 2ff). Neben *Notwehr* (dazu StrafR I Nr. 9), rechtfertigendem *Notstand* (StrafR I Nr. 12), *erlaubtem Risiko* (StrafR II Nr. 21 A 19) kommt daher vor allem *Einwilligung* in Frage, was sich für diesen Deliktsbereich sogar positivrechtlich aus § 226a ergibt. Doch ganz abgesehen von der Sittenwidrigkeit der hier den Opfern zugemuteten Selbstmißhandlungen – vielleicht mit Ausnahme des Blätteressens und Wassertrinkens, das ja selbst unter „sonst Vernünftigen" gelegentlich als Wette oder Mutprobe praktiziert wird – würde hier die Einwilligung spätestens an Freiwilligkeitsmängeln der geistig beschränkten Opfer scheitern (vgl. im einzelnen Fausthieb-Fall StrafR I Nr. 8, insbes. A 9ff, 22ff). Zu erlaubtem Risiko und Einwilligung bei *Sport*verletzungen vgl. Eser JZ 1978, 368ff.

23 – Auch als *Züchtigung* sind diese Mißhandlungen nicht zu rechtfertigen. Denn selbst wenn man das aufgrund Gewohnheitsrecht dem Lehrer zugebilligte Züchtigungsrecht (dazu StrafR I Nr. 14 E 1, A 2ff) auch auf Anstaltspfleger erstrecken wollte, würde es jedenfalls hier sowohl an einem erkennbaren Erziehungszweck als auch an der Angemessenheit der Ausführung fehlen. Zu grundsätzlichen Bedenken gegen das Züchtigungsrecht überhaupt vgl. Horn SK § 223 Rn. 12, S/S-Eser § 223 Rn. 17ff m.w.N. sowie bemerkenswert zurückhaltend auch BGH NJW 1976, 1949 im Kinderheim-Fall. Vgl. aber demgegenüber auch Volksschullehrer-Fall BayObLG NJW 1979, 1371.

24 5. Auch die allgemeinen **Schulderfordernisse** (StrafR I Nr. 13) stehen hier außer Frage.

25 6. Über diese allgemeinen Voraussetzungen hinaus bleiben für die **Strafverfolgung** nach §§ 223, 230 vor allem noch vier Punkte zu beachten:

26 a) Wird die Tat *gegen Verwandte aufsteigender Linie* (gegen Eltern oder Großeltern) begangen, so besteht aufgrund einer Anhebung des Strafrahmens eine Strafschärfungsmöglichkeit (§ 223 II).

27 b) Der **Versuch** der einfachen Körperverletzung ist nicht strafbar. Gleiches gilt für § 223b, während für gefährliche Körperverletzung nunmehr Versuchsstrafbarkeit eingeführt ist (§ 223a II). Zum Versuch der schweren Körperverletzung (§§ 224, 225) vgl. Augapfel-Fall Nr. 8 A 21ff, 27.

28 c) Wurde die Körperverletzung als unmittelbare Erwiderung einer Beleidigung oder Verletzung seitens des Opfers begangen (sog. **Kompensation**), so kann für beide Angeschuldigte die Strafe gemildert oder gänzlich von Strafe abgesehen werden (§ 233).

29 d) Zusätzlich hängt die Strafverfolgung bei §§ 223, 230 von einem **Strafantrag** des Verletzten ab (vgl. § 77 I, III), es sei denn, daß ein besonderes öffentliches Verfolgungsinteresse besteht (§ 232). Andernfalls wird die Verfolgung noch dadurch erschwert, daß sie im Privatklageverfahren durchzuführen ist (§ 374 I Nr. 4 StPO; vgl. auch Myom-Fall Nr. 7 P). Nicht zuletzt wegen dieser Verfolgungserschwernisse (vgl. Arzt I S. 85f) wird hier zu Recht die Frage nach etwaigen strafverschärften Tatbeständen erhoben:

30 **III. Mißhandlung von Schutzbefohlenen (§ 223b).**

Nach ihrem Hauptanwendungsfeld oft (mißverständlich) auch als „Kindesmißhandlung" bezeichnet, bedarf diese *unselbständige Qualifizierung* des § 223 (A 6) sowohl hinsichtlich des potentiellen Opferkreises (1) als auch der möglichen Tatmodalitäten (2) einer differenzierenden Betrachtung:

A 31 1. **Geschützte Personen** sind *Minderjährige* und *Wehrlose*. Die Wehrlosigkeit muß entweder auf *Gebrechlichkeit* (gleich, ob altersbedingt oder durch körperliche oder geistige Störungen verursacht) oder *Krankheit* beruhen. Infolgedessen muß dem Opfer die Fähigkeit oder die Möglichkeit fehlen, sich gegen eine Mißhandlung überhaupt bzw. in adäquater Weise zu wehren. Das wird bei geistig Behinderten in einer Heilanstalt regelmäßig anzunehmen sein. Jedoch müssen Täter und Opfer jeweils in einem bestimmten **Schutzverhältnis** zueinander stehen. Dafür kommen vier Sorgepflichten in Betracht:

32 a) Das Opfer untersteht der *Fürsorge oder Obhut* des Täters: so namentlich aufgrund Gesetzes (z.B. Eltern), freiwilliger Übernahme (z.B. Kindergärtnerin) oder behördlichem Auftrag: so im vorliegenden Fall im Verhältnis von Anstaltspersonal gegenüber Pfleglingen oder Strafgefangenen.

33 b) *Zugehörigkeit zum Hausstand* des Täters: und zwar gleichgültig, ob es sich dabei um Pflegekinder oder Hauspersonal handelt.

34 c) Vom Fürsorgepflichtigen der *Gewalt des Täters überlassen:* Dafür genügt schon ein tatsächlicher Vorgang, der keine Obhutspflicht zu begründen braucht.

35 d) Schließlich werden auch die *durch ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis vom Täter abhängigen* Personen geschützt: Auch hier kommt es weniger auf die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses als auf die tatsächliche Weisungsgebundenheit an.

36 2. Als **Tathandlung** sind dreierlei Modalitäten erfaßt:

37 a) Das **Quälen** durch Zufügen länger andauernder oder sich wiederholender Schmerzen oder Leiden körperlicher oder seelischer Art: so z.B. das Erregen von Angstzuständen bei einem Kind durch Einsperren in einen dämmerigen Keller (OLG Kiel DJ 1934, 582). Weitergehend will der BGH auch schon kurzfristige Todesängste genügen lassen: vgl. Leuchtgas-Fall NJW 1954, 1942.

38 b) Um **rohes Mißhandeln** ging es in den vorliegenden Fällen. Den Begriff des *Mißhandelns* brauchte hier der BGH nicht erneut aufzugreifen, nachdem er zuvor bereits körperliches Mißhandeln i.S. von § 223 bejaht hatte (E 1f; A 15ff). Zudem würden für § 223b auch schon rein *seelische* Mißhandlungen genügen (Lackner § 223b Anm. 5 entgegen der h.M.: vgl. Hirsch LK[9] § 223b Rn. 13 m.w.N.), nachdem hier das Gesetz gerade nicht auf die Körperlichkeit der Mißhandlung abhebt. Die Richtigkeit dieser gesetzgeberischen Entscheidung wird deutlich, wenn man die eingeschränkte Verarbeitungsfähigkeit seelischer Beeinträchtigungen gerade bei diesem Opferkreis bedenkt.

39 Andererseits ergeben sich gewisse Einengungen hier jedoch daraus, daß das Mißhandeln *roh* sein muß. Wie schwierig dieses Kriterium zu bestimmen ist, zeigt der vorliegende Fall: Soll es dafür nur subjektiv auf die gefühllose Gesinnung des Täters (so die bei E 5 Angeführten) oder auch auf objektiv erhebliche Schmerzzufügung (E 6, 8) ankommen? Der BGH sucht einen Mittelweg, indem er die Schmerzerregung lediglich als Objektivierung der gefühllosen Gesinnung versteht (E 7, 11) und dabei zudem weniger auf das individuelle Schmerzerlebnis (E 9) als auf die „Erheblichkeit der Handlungsfolgen für das Wohlbefinden des Opfers" abhebt (E 3), und zwar beurteilt aus der Sicht eines normal empfindenden Menschen (E 10, 12). Dem ist im Ergebnis zuzustimmen (vgl. D-Tröndle § 223b Rn. 9, S/S-Stree § 223b Rn. 13), wobei freilich gegenüber dem „Herabwürdigungsaspekt" (E 13) zu bedenken bleibt, daß es bei § 223b weniger um die Unwürdigkeit der Behandlung als um die Rohheit der Mißhandlung geht (Horn SK § 223b Rn. 13, Jakobs NJW 1974, 1829f). – Nach diesen Kriterien dürfte jedenfalls in den Fällen D und V insgesamt eine rohe Mißhandlung zu bejahen sein, während in den Fällen B und F weitere Aufklärungen über die Art der Erregung bzw. den Grad der Beeinträchtigung wünschenswert erscheinen. Entsprechendes gilt für das Blätteressen und Wassertrinken im Falle V (vgl. oben A 15ff).

40 c) Erfaßt wird ferner die **Gesundheitsschädigung durch böswillige Vernachlässigung** der (bei A 32–35 genannten) Sorgepflichten. Damit soll vor allem das (heute erschreckend umsichgreifende) Verwahrlosenlassen von Kindern erfaßt werden. Die *Böswilligkeit* setzt nicht unbedingt eine feindliche Willensrichtung gegenüber dem Schutzbefohlenen voraus, sondern kann sich schon aus rücksichtslosem Eigennutz ergeben: so etwa, wenn die Mutter ihre Kinder vernachlässigt, um ihrem Vergnügen nachzugehen (RGSt 76, 373). Im übrigen läßt die Rspr. jeden verwerflichen Beweggrund (wie Haß, Geiz, sadistische Neigungen) gelten, sofern er unter Berücksichtigung der Gesamtumstände einen besonderen Schweregrad erreicht (instruktiv Beingeschwür-Fall BGHSt 3, 20). Eine *Gesundheitsbeschädigung* kann auch darin liegen, daß durch Vernachlässigung der Sorgepflicht die gesunde Entwicklung des Kindes beeinträchtigt oder gehemmt wird

A 40 (vgl. Kot-Fall RGSt 76, 373 mit einer heute freilich nicht mehr akzeptablen Begründung).

41 3. Für den **subjektiven** Tatbestand ist **Vorsatz** erforderlich. Anders als die einfache Körperverletzung kann daher § 223b nicht fahrlässig verwirklicht werden.

42 4. Für eine **Rechtfertigung** (vgl. A 22) ist bei § 223b in der Regel kein Raum. Insbes. können Quälereien oder rohe Mißhandlungen auch nicht durch das Züchtigungsrecht gedeckt werden.

43 5. **Täter** kann nur sein, wer in einer besonderen Pflichtenstellung (A 32–35) steht. Für außenstehende *Teilnehmer* kommt Akzessorietätslockerung nach § 28 II in Betracht (D-Tröndle § 223b Rn. 14; folgerichtig anders für § 28 I Hirsch LK[9] § 223b Rn. 22: vgl. A 5).

44 6. Für die **Strafverfolgung** ist bedeutsam, daß in besonders schweren Fällen Strafschärfung vorgesehen ist (§ 223b II), jedoch auch hier der *Versuch* straflos bleibt (vgl. § 23 I, 12, III). Dagegen ist für eine *Kompensation* (A 28) hier kein Raum. Auch bedarf es hier keines *Strafantrags*.

45 7. Was bleibt als *Zwischenergebnis* festzuhalten? Sieht man von dem Aufklärungsvorbehalt (A 39) einmal ab, so wurde A zu Recht nach § 223b in vier Fällen verurteilt, wobei § 223 hinter dem spezielleren § 223b zurücktritt. Fortsetzungszusammenhang zwischen den vier Taten scheidet schon wegen Höchstpersönlichkeit der betroffenen Rechtsgüter grundsätzlich aus (vgl. S/S-Stree 43f vor § 52). – Allerdings bleibt zu fragen, ob nicht noch ein weiterer Qualifizierungstatbestand verwirklicht ist:

46 **IV. Gefährliche Körperverletzung (§ 223a).**
Könnte eine solche etwa darin liegen, daß A den B auf den Hinterkopf schlug und den V zum Leertrinken eines ganzen Suppentopfes Wasser zwang?

47 1. Strafverschärft sind vier **Tatmodalitäten,** bei denen eine Körperverletzung aufgrund ihrer *Begehungsweise besonders gefährlich* erscheint:

48 a) Tatbegehung „mittels einer *Waffe,* insbes. eines *Messers* oder eines anderen **gefährlichen Werkzeugs**". Nach h.M. sind Waffe und Messer lediglich Beispielsfälle des als Oberbegriff zu verstehenden gefährlichen Werkzeugs (S/S-Stree § 223a Rn. 4 m.w.N.; a.A. Hirsch LK[9] § 223a Rn. 6). Als *gefährlich* ist jeder Gegenstand anzusehen, der bei der *konkreten* Art der Benutzung und des Körperteils, auf den er angewendet wird, geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen (vgl. Stree Jura 1980, 285ff). Demzufolge können auch generell ungefährliche Gegenstände bei entsprechender Anwendungsart zu gefährlichen Werkzeugen werden, z.B. der zum Würgen benutzte Damenstrumpf. Ebenso wie Gift kann dementsprechend etwa auch siedendes Wasser, wenn ins Gesicht des Opfers geschüttet, ein gefährliches Werkzeug sein, während der hier infragestehende Zwang zum Trinken einer übermäßigen Wassermenge allenfalls als „lebensgefährliche Behandlung" (A 56) erfaßbar wäre. Ähnlich kommt es auch bei den Schlägen auf den Hinterkopf darauf an, ob sie lediglich mit der Hand oder Faust ausgeführt werden (dann, weil lediglich Einsatz eines Körperteils, kein Werkzeug), oder ob dabei etwa ein Schlagring benutzt wurde. Dementsprechend kann auch der „beschuhte" Fuß bei Tritten in den Unterleib oder ins Gesicht zum gefährlichen Werkzeug werden (vgl. BGH b. Dallinger MDR 1971, 16).

49 *Frage:* Wie aber, wenn A, statt auf den Kopf des B zu schlagen, den Kopf auf den Fußboden aufgeschlagen hätte? Die damit angesprochene Frage der *Beweglichkeit* des Werkzeugs ist umstritten:

50 – Nach der h.M. ist es gleichgültig, ob die *Waffe gegen den Körper* oder umgekehrt der *Körper gegen den Gegenstand* in Bewegung gesetzt wird (Hirsch LK[9] § 223a Rn. 13, M–Schroeder II/1 § 9 II A 2, SS-Stree § 223a Rn. 8): so z.B. durch Stoß gegen eine glühende Herdplatte oder in eine laufende Maschine.

51 – Demgegenüber sind nach BGH unter Werkzeugen nur solche Gegenstände zu verstehen, die *durch menschliche Einwirkung in Bewegung* gesetzt werden können. Demzufolge wurde im *Wand-Fall* **BGHSt 22, 235,** wo der Kopf des Opfers gegen eine Wand gestoßen wurde, § 223a verneint. Denn:

52 **[236]** „Das natürliche Sprachempfinden wehrt sich dagegen, eine feste Wand, den gewachsenen Boden oder einen Fels als ‚Werkzeug' zu bezeichnen. Die Beispiele aus der Entstehungsgeschichte der Gesetze, die RGSt 24, 372 angeführt hat, zeigen, daß auch die Gesetzgeber unter Werkzeugen nur solche Gegenstände verstanden haben, die durch

A 52 menschliche Einwirkung irgendwie gegen einen menschlichen Körper in Bewegung gesetzt werden können. Dabei war von Anfang an nicht zweifelhaft, daß auch schwere, aber bewegliche Gegenstände, etwa schwere Maschinenteile, unter den Werkzeugbegriff fallen, dieser also nicht auf leicht zu handhabende Gegenstände, wie Waffen und Messer beschränkt ist, die das Gesetz nur als besonders typische Beispiele für gefährliche Werkzeuge anführt. Die neuere Rspr. zeigt allerdings die Neigung, den **[237]** sehr eng gefaßten Werkzeugbegriff des RG in anderer Beziehung zu erweitern. So gelten heute chemisch wirkende Mittel (BGHSt 1, 1 [Salzsäure-Fall], 4, 125 [Gaspistole-Fall], MDR 1956, 526) oder ein auf den Menschen gehetzter Hund (BGHSt 14, 152 gegen RGSt 8, 315) unbestritten als gefährliche Werkzeuge i.S. des § 223a. An der durch den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes gebotenen Grundauffassung, daß unbewegbare Gegenstände nicht zu den Werkzeugen in diesem Sinne gehören, ist jedoch bisher nicht gerüttelt worden. Allein der Umstand, daß eine weitere Auslegung dem Zweck der Strafschärfung vielleicht besser entsprechen würde (§ 148 E 1962), rechtfertigt es nicht, von der bisherigen Auffassung abzugehen, zumal da hierfür auch kein zwingendes Bedürfnis besteht. Körperverletzungen durch Stoßen gegen eine Wand, den Fußboden, durch Sturz aus einem Fenster u.dgl. fallen, wenn sie das Leben des Verletzten gefährden, ohnehin unter § 223a [unten A 56]. Für leichtere Fälle reicht der Strafrahmen des § 223 aus".

53 Was ist daraus zu entnehmen? Einerseits ist nicht entscheidend, ob das Werkzeug auf das Opfer oder umgekehrt das Opfer auf das Werkzeug zugeführt wird; deshalb könnte auch der BGH beim Fallenlassen des Opfers auf eine glühende Herdplatte diese Tatmodalität annehmen. Andererseits setzt jedoch der Werkzeugbegriff zumindest eine *gewisse Beweglichkeit* voraus, so daß Mauern oder Wände ausscheiden, während ein Zeltpfosten (entgegen BGH b. Holtz MDR 1979, 987) in Betracht kommen könnte. Dieser Auffassung dürfte zuzustimmen sein (D-Tröndle § 223a Rn. 2, Lackner § 223a Anm. 2, Wessels II/1 § 5 III 1). Vgl. aber zum Ganzen auch die krit. Anm. von R. Schmitt JZ 1969, 304f sowie Stree Jura 1980, 284f.

54 b) Tatbegehung mittels eines **hinterlistigen Überfalls** liegt vor, wenn der Täter seine wahre Absicht planmäßig berechnend verdeckt, um gerade dadurch dem Angegriffenen die Abwehr zu erschweren (vgl. BGH GA 1968, 370). Dazu braucht der Angriff nicht unbedingt von hinten ausgeführt zu sein. Jedoch genügt das bloße Ausnutzen des Überraschungsmoments für sich allein noch nicht (vgl. Würgegriff-Fall BGH GA 1961, 241, Stree Jura 1980, 288f).

55 c) Die **von mehreren gemeinschaftlich** verübte Körperverletzung setzt voraus, daß mindestens zwei Personen unmittelbar am Tatort an dem Angriff gegen den Verletzten beteiligt sind. Ob in Form von Mittäterschaft oder bloßer Teilnahme, ist entgegen der h.M. (vgl. BGH VRS 14, 286, Hirsch LK § 223a Rn. 17ff m.w.N.) als unerheblich anzusehen. Denn der für die Strafschärfung wesentliche, von mehreren Angreifern ausgehende Einschüchterungseffekt braucht aus der Sicht des Opfers um keinen Deut geringer zu sein, wenn einer der Beteiligten lediglich als Gehilfe mitwirkt (vgl. Baumann JuS 1963, 51, S/S-Stree § 223a Rn. 11).

56 d) Strafverschärft ist schließlich auch die Körperverletzung „mittels einer das **Leben gefährdenden Behandlung**". Während die h.L. dafür eine konkrete Lebensgefährdung fordert (Hirsch LK[9] § 223a Rn. 21, S/S-Stree § 223a Rn. 12), läßt die Rspr. (wohl zu Recht) schon jede Verletzungshandlung ausreichen, die *den konkreten Umständen nach geeignet* war, das Leben des Opfers in Gefahr zu bringen (BGHSt 2, 160/3; ebenso M-Schroeder II/1 § 9 II A 3, Wessels II/1 § 5 III 4 und neuerdings Blei II § 13 II 3; vgl. auch Horn SK § 223a Rn. 26). – Demgemäß könnten vorliegend im Fall B die Schläge auf den Hinterkopf jedenfalls dann genügen, wenn infolge ihrer Intensität eine schwere Gehirnerschütterung bewirkt wurde, während im Fall V durch übermäßiges Trinken von Wasser in der Regel nur Gesundheitsbeschädigungen zu befürchten sind.

57 2. **Subjektiv** setzt die Strafschärfung **Vorsatz** voraus. Dieser muß sich jedenfalls auf die strafschärfenden Umstände erstrecken: so auf den Einsatz des Gegenstandes als Werkzeug, das berechnende Überfallen des Opfers, gemeinschaftliche Anwesenheit am Tatort bzw. den Vorgang der sich als lebensgefährlich erweist. Strittig ist jedoch, inwieweit dem Täter die konkrete Gefährlichkeit seines Verhaltens bewußt sein muß: so die Forderung namentlich von Hirsch LK[9] § 223a Rn. 23 und S/S-Stree § 223a Rn. 13. Demgegenüber hält **BGHSt 19, 352** im *Straßenpflaster-Fall*, wo dem infolge Trunkenheit wehrlosen Opfer so heftige Schläge versetzt wurden, daß es wiederholt auf die Straße stürzte, „die Kenntnis derjenigen Umstände (für genügend), die das Verhalten des Täters als lebensgefährdend kennzeichnen". Denn:

A 58 **[353]** „§ 223a bedroht Fallgruppen der vorsätzlichen Körperverletzung (§ 223) mit erhöhter Strafe, weil Fälle der in ihm bestimmten Art wegen ihrer – im Gesetz näher umschriebenen – Begehungsweisen allgemein besonders gefährlich erscheinen. Dabei verlangt das Gesetz keineswegs, daß der besondere Vorsatz des § 223a sich auch auf diese Gefährlichkeit als solche erstreckt. Erforderlich und genügend ist grundsätzlich, daß der Täter diejenigen – im Gesetz näher umschriebenen – Tatumstände kennt, die allgemein eine besondere Gefährlichkeit solcher Taten ergeben. So genügt bei einer gefährlichen Körperverletzung, die „von mehreren gemeinschaftlich" begangen wird, die Kenntnis davon, daß mindestens zwei Täter beteiligt sind. Daß Körperverletzungen dieser Art allgemein besonders gefährlich erscheinen, braucht dem Täter nicht bewußt zu sein.

Entsprechendes muß für die gefährliche Körperverletzung gelten, die „mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung" begangen wird. Die Anwendung des eben mitgeteilten Gesetzeswortlauts auf den Einzelfall setzt jeweils ein Urteil wertender Art voraus. Es muß daher auch hier die Kenntnis derjenigen Tatumstände genügen, die Taten dieser Art allgemein als besonders gefährlich erscheinen lassen; das bedeutet in diesem Fall die Kenntnis derjenigen Umstände, aus denen sich die Lebensgefährdung ergibt. Daß der Täter außerdem jenes Werturteil bewußt mitvollzieht, d.h. die von ihm erkannten Umstände auch als lebensgefährdend wertet, ist nicht notwendig.

Für diese Ansicht spricht ferner, daß sonst der bedenkenlose, unbesonnene Schläger, dem eben wegen seiner Bedenkenlosigkeit und Unbesonnenheit der lebensgefährdende Charakter seines Verhaltens gar nicht zu Bewußtsein kommt, besser dastehen **[354]** würde als derjenige Täter, der weniger bedenkenlos und weniger unbesonnen ist und infolgedessen die Lebensgefährdung erkennt. Das darf nicht Rechtens sein."

59 3. Die **Strafschärfung** wird in vierfacher Hinsicht deutlich: durch die Anhebung des *Strafrahmens*, die Strafbarkeit des *Versuchs* (§ 223a II) sowie das *Entfallen* des Straf*antrags*erfordernisses (vgl. § 232) und der *Kompensation* (vgl. § 233).

60 V. **Gesamtergebnis:** Da für § 223a keine hinreichenden Anhaltspunkte ersichtlich sind, verbleibt es bei der bei A 45 festgestellten Verwirklichung von § 223b tatmehrheitlich in vier Fällen (vgl. StrafR II Nr. 49 A 31). Wäre darüberhinaus auch § 223a verwirklicht, käme im Hinblick auf die unterschiedlichen Strafschärfungsgründe Idealkonkurrenz zwischen diesen beiden Tatbeständen in Betracht (S/S-Stree § 223a Rn. 17); abw. für Gesetzeskonkurrenz mit Vorrang von § 223b Hirsch LK[9] dort Rn. 23 m.w.N.

61 **Schrifttum: Allgemein** zur **Körperverletzung:** *Arzt* I T. 2 D; *Blei* II §§ 11–15; *Bockelmann* II/2 §§ 9, 10, 12; *Krey* I Fall 15–18; *M-Schroeder* II/1 §§ 8–10; *Otto* II §§ 14–16, 18–20; *Welzel* § 39; *Wessels* II/1 § 5, ferner die Kommentare zu §§ 223–223b, 230–233. Zu Einzelfragen vgl. *Stree*, Gefährliche Körperverletzung, Jura 1980, 281.

Speziell zum *Wand-Fall* (A 51ff): *R. Schmitt* JZ 1969, 304; zum *Pfleger-Fall: Jakobs* NJW 1974, 1829.

Heileingriff – Ärztliche Aufklärungspflicht – Sterilisation und Kastration – Transplantation

BGHSt 11, 111: Myom-Fall

4 StR 525/57 v. 28. 11. 1957 = NJW 1958, 267

SV **Sachverhalt:** Der A hatte aufgrund einer ärztlichen Untersuchung bei der 46-jährigen N eine doppelfaustgroße Gebärmuttergeschwulst (Myom) festgestellt. In seinem Aufklärungsgespräch über die nunmehr zu treffenden Maßnahmen riet er ihr zur operativen Entfernung der Geschwulst. Daß es u. U. notwendig werden könnte, die ganze Gebärmutter herauszunehmen, kam dabei nicht zur Sprache. Während der Operation ergab sich, daß die Geschwulst nicht auf der Oberfläche der Gebärmutter saß, sondern mit ihr fest verwachsen war. Deshalb sah der A keinen anderen Weg, als den ganzen Gebärmutterkörper zu entfernen. Im übrigen verlief die Operation ohne Komplikationen. Die N jedoch macht geltend, daß sie zu einem derart weitgehenden Eingriff keine Einwilligung erklärt habe.

P **Zur Problemstellung:** A wurde wegen fahrlässiger Körperverletzung (§§ 223, 230) angeklagt. Aber:

– Läßt sich der Heileingriff des Arztes „gleich einem Messerstecher" tatbestandlich überhaupt als *Körperverletzung* erfassen?

– Um welches Rechtsgut geht es dabei: nur um die *körperliche Integrität?* Oder auch um das *Selbstbestimmungsrecht* des Patienten? Wäre letzteres durch ein Freiheitsdelikt (etwa § 240) besser zu schützen?

– Falls die Tatbestandsmäßigkeit als Körperverletzung zu bejahen ist: Käme Rechtfertigung aufgrund *Einwilligung* in Betracht? Soweit diese nicht ausdrücklich erklärt ist, etwa aufgrund *mutmaßlicher* Einwilligung?

– Inwieweit setzt die Einwilligung eine entsprechende *ärztliche Aufklärung* voraus? Könnte sie entfallen, um dem Patienten Aufregungen zu ersparen?

– Falls die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Körperverletzung zu bejahen ist: Warum wird Vorsatz verneint und nur wegen *Fahrlässigkeit* angeklagt? Worauf wäre der Fahrlässigkeitsvorwurf zu beziehen: auf die Erfolgsherbeiführung als solche? Oder lediglich auf die fahrlässige Annahme einer Einwilligung?

– Wäre über einfache Körperverletzung hinaus nicht sogar eine *Qualifizierung* nach §§ 224, 225 (Verlust der Empfängnisfähigkeit) in Betracht zu ziehen? Wie ist überhaupt ein zur *Sterilisation* führender Eingriff strafrechtlich zu behandeln?

Die StrK hatte zwar die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit als Körperverletzung bejaht, glaubte aber dem A nicht nachweisen zu können, daß er fahrlässigerweise auf die (objektiv mangelnde) Einwilligung der N vertraut habe. Gegen seinen Freispruch hat die N als Nebenklägerin Revision eingelegt (vgl. §§ 395, 374 I Nr. 4, 401 StPO), und zwar mit Erfolg. Denn der BGH meint:

E 1 **Aus den Gründen:** **[112]** „1. Die StrK hat in Übereinstimmung mit der RG-Rspr. durch
2 den ärztlichen Eingriff den äußeren Tatbestand einer Körperverletzung als erfüllt angesehen. Sie hat überdies, auch insoweit im Einklang mit dem RG, die Rechtswidrigkeit dieses Eingriffes bejaht, weil die N nicht damit einverstanden war (vgl. RGSt 25, 375; 38, 64; 61, 256). Diese Grundsätze hat der BGH bereits gebilligt (NJW 1956, 1106). Der erkennende Senat schließt sich dieser Auffassung an, ohne daß er sich veranlaßt sieht, die hiergegen im Schrifttum geltend gemachten Einwände (s. hierzu E. Schmidt, „Der Arzt im Strafrecht" in Lehrbuch der gerichtlichen Medizin von Ponsold, 1957 S. 35) zu erörtern.

3 2. Die Begründung der StrK für den vermeintlichen Mangel des Nachweises dafür, daß der A fahrlässigerweise das Einverständnis der N mit der Ausräumung des Uterus angenommen habe, hält dagegen den Angriffen der Revision nicht stand. Eine Rechtsverletzung liegt in der Annahme des LG, der A habe schon vor der Operation davon ausgehen dürfen, die N werde mit dem Eingriff, **[113]** wie er ihn später ausführte, einverstanden sein. Das LG stützt diesen Schluß auf die Erwägung, der A habe bei der 46jährigen Kranken wegen ihres Alters und weil sie in den vorangegangenen Jahren bereits zwei Fachärzte wegen ihrer Beschwerden zu Rate gezogen habe, „mehr voraussetzen" dürfen, „als bei einem Laien auf medizinischen Gebiet sonst zu erwarten war". Er habe vor der Operation nicht ausdrücklich von einer notfalls erforderlichen Entfernung der ganzen

E 3 Gebärmutter gesprochen, weil er die Patientin nicht über das Notwendigste hinaus habe beunruhigen wollen.

4 Diese Erwägungen lassen die Erörterung der Frage vermissen, ob der A bei der Besprechung mit der N vor der Operation nicht an die naheliegende Möglichkeit hätte denken müssen und können, daß es sich bei der Geschwulst um ein mit der Gebärmutter festverwachsenes Myom handeln und daß dann im Falle seiner Beseitigung eine völlige Entfernung der Gebärmutter unvermeidlich sein könne. Sollte sich ergeben, daß der A sich dieser Möglichkeit hätte bewußt sein müssen, so wäre weiter zu prüfen, ob er dann nicht verpflichtet war, seine Patientin auf diese Möglichkeit hinzuweisen und sich ihres Einverständnisses mit dem vielleicht erforderlich werdenden und für sie folgenschweren **5** Eingriff zu versichern. Dieser Pflicht wäre er nicht deshalb enthoben gewesen, weil er eine doppelfaustgroße Geschwulst festgestellt hatte und die N dies vor der Operation wußte. Diese Tatsache rechtfertigte nicht ohne weiteres den Schluß des A, die N werde schon mit der Entfernung ihrer Gebärmutter einverstanden sein, wenn allein dadurch auch die Geschwulst beseitigt werden konnte. Denn es ist möglich, daß ein Kranker eine selbst gefährliche Geschwulst an einem Organ seines Körpers eher weiterbestehen zu lassen bereit ist, als für die Beseitigung der Geschwulst den Verlust des ganzen Organs in **6** Kauf zu nehmen. Mag diese Entscheidung für ihn selbst lebensbedrohlich und deshalb jedenfalls dann unverständlich sein, wenn er auch ohne das Organ weiterleben könnte, so muß sie doch von jedem, auch einem Arzt in Betracht gezogen und beachtet werden. Das in Art. 2 II S. 1 GG **[114]** gewährleistete Recht auf körperliche Unversehrtheit fordert auch bei einem Menschen Berücksichtigung, der es ablehnt, seine körperliche Unversehrtheit selbst dann preiszugeben, wenn er dadurch von einem lebensgefährlichen Leiden befreit wird. Niemand darf sich zum Richter in der Frage aufwerfen, unter welchen Umständen ein anderer vernünftigerweise bereit sein sollte, seine körperliche Unversehrtheit zu opfern, um dadurch wieder gesund zu werden. Diese Richtlinie ist auch für den Arzt verbindlich. Zwar ist es sein vornehmstes Recht und seine wesentlichste Pflicht, den kranken Menschen nach Möglichkeit von seinem Leiden zu heilen. Dieses Recht und diese Pflicht finden aber in dem grundsätzlichen freien Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper ihre Grenze. Es wäre ein rechtswidriger Eingriff in die Freiheit und Würde der menschlichen Persönlichkeit, wenn ein Arzt – und sei es auch aus medizinisch berechtigten Gründen – eigenmächtig und selbstherrlich eine folgenschwere Operation bei einem Kranken, dessen Meinung rechtzeitig eingeholt werden kann, ohne dessen vorherige Billigung vornähme. Denn ein selbst lebensgefährlich Kranker kann triftige und sowohl menschlich wie sittlich achtenswerte Gründe haben, eine Operation abzulehnen, auch wenn er durch sie und nur durch sie von seinem Leiden befreit werden könnte (so auch E. Schmidt a. a. O. S. 37).

8 3. Dem Urteil des LG ist die Auffassung zu entnehmen, daß der A nicht bei dem Eingriff selbst – unabhängig von seinem vorausgegangenen Verhalten – sich einer fahrlässigen Körperverletzung schuldig gemacht hat. Hiergegen bestehen keine Bedenken. Denn nach dem Beginn der Operation bot sich ihm ein Zustand der Leidenden, bei dem er dann, wenn er ihm unvermittelt gegenübergestellt gewesen wäre, ohne Fahrlässigkeit mit der Einwilligung der Kranken in die Entfernung des ganzen Gebärmutterkörpers hätte rechnen dürfen. Hätte er sich doch dann ihres Einverständnisses mit der Beseitigung des von einer Geschwulst durchwucherten Organs nur dadurch vergewissern können, daß er die bereits eingeleitete Operation unterbrach, um das Erwachen der Kranken **[115]** aus der Betäubung abzuwarten und sie dann nach ihrem Einverständnis mit der Entfernung der Gebärmutter zu fragen. Daß der A ein solches Vorgehen vom ärztlichen Standpunkt aus für bedenklich halten und deshalb ablehnen durfte, ist angesichts der Gefahren, die daraus der Patientin hätten erwachsen können, ohne weiteres einleuchtend.

9 4. Fahrlässig aber konnte er dadurch gehandelt haben, daß er es vor der Operation versäumte, sich der Zustimmung der N zu der möglicherweise erst während des Eingriffs offenbar werdenden Notwendigkeit der Entfernung der Gebärmutter zu vergewissern. Durch dieses Versäumnis war er nach Beginn der Operation in eine Lage geraten, in der er die N vernünftiger- und zumutbarerweise nicht mehr nach ihrem Einverständnis fragen konnte, sondern in diesem Zeitpunkt ohne Fahrlässigkeit glauben durfte, so wie geschehen, handeln zu dürfen. **10** Diese Unterlassung läßt sich nicht ohne weiteres mit der Erwägung des LG entschuldigen, er habe vor der Operation „die Patientin nicht über das Notwendigste hinaus beunruhigen wollen". Die völlige Ausräumung der inneren Fortpflanzungsorgane einer Frau ist eine ihre körperliche Unversehrtheit so tief berührende Maßnahme, daß ein Arzt sie nicht durchführen darf, ohne zuvor, soweit möglich, ihre Einwilligung einzuholen. Dieser Pflicht ist er in der Regel auch dann nicht enthoben, wenn er sie nicht erfüllen könnte, ohne seine Patientin durch die Aufklärung zu beunruhigen, die er ihr geben müßte, um sich ihres Einverständnisses zu versichern. Eine falsch verstandene Rücksicht kann sich nur allzu leicht nachträglich als eine der Leidenden **11** unerwünschte Verheimlichung ihres wahren Zustandes herausstellen. ... Das Unterlassen der Aufklärung ist um so weniger zu rechtfertigen, als es sich bei der N **[116]** um eine im reifen Alter stehende, intelligente und gewandte Frau handelte.

E 12 5. Der Senat hält es nicht für angebracht und für eine zutreffende Entscheidung der StrK auch nicht für erforderlich, ihr aus Anlaß des vorliegenden Falles Richtlinien darüber zu geben, wie weit die Pflicht des Arztes zur Aufklärung eines Kranken reicht. Er weist insoweit auf die nach seiner Auffassung zutreffenden Grundsätze hin, die der VI. Zivilse-
13 nat des BGH in NJW 1956, 1106 dargelegt hat. Selbst wenn es Fälle geben sollte, in denen der Arzt der Pflicht zur Heilung des Kranken gegenüber derjenigen zu seiner Aufklärung den Vorrang einräumen darf, vielleicht sogar muß, weil er ihm durch die Aufklärung einen nicht wiedergutzumachenden gesundheitlichen Schaden zufügen würde, so bietet doch der von der StrK festgestellte und sich vermutlich auch in der neuen Verhandlung ergebende Sachverhalt im vorliegenden Fall keinen Anhalt für die Annahme, es könnte sich bei der N um eine durch rechtzeitige Aufklärung ungewöhnlich gefährdete Kranke gehandelt haben.

14 6. Die Lücke in der rechtlichen Würdigung des LG [Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten: E 6ff] enthält einen sachlichrechtlichen Mangel des Urteils, der zu seiner Aufhebung führen mußte."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Diese Entscheidung traf einen Nerv, auf dem die Ärzteschaft schon seit langem höchst allergisch zu reagieren pflegt: die tatbestandliche Einordnung des *Heileingriffs als Körperverletzung* (I). Nicht weniger strittig sind die mit dem *Einwilligungs*erfordernis zusammenhängenden Fragen der *ärztlichen Aufklärungspflicht* (II). Dagegen handelt es sich bei der *Fahrlässigkeits*frage lediglich um ein allgemeines Zurechnungsproblem (III). Abschließend sind noch einige *Grenzfälle* ärztlicher Eingriffe anzusprechen (IV).

2 **I. Der Heileingriff: tatbestandliche Einordnung.**

Ebenso wie die hier infragestehende Operation, die für die N im Verlust eines Organs resultierte, stellt sich auch bei medikamentösen Behandlungen oder sonstigen somatisch-psychischen Einwirkungen (wie Bestrahlung, Elektroschock oder Psychotherapie) die Frage, inwieweit derartige ärztliche Maßnahmen straftatbestandlich zu erfassen sind. Dazu werden im wesentlichen drei Lösungswege vorgeschlagen:

3 1. Für die **Rspr.** ist jede ärztliche, die Integrität des Körpers berührende Maßnahme *tatbestandlich* **Körperverletzung** (so seit dem Fußamputations-Fall RGSt 25, 375: StrafR I Nr. 8 A 39), und zwar gleichgültig, ob erfolgreich oder mißglückt, kunstgerecht oder fehlerhaft. Nach dieser klaren aber sehr strengen Auffassung, die sich auch der BGH zueigen gemacht hat (E 1), bedarf daher jeder ärztliche Eingriff einer besonderen *Rechtfertigung*, und zwar in der Regel durch *Einwilligung* des Patienten (E 2; ebenso die Zivilrspr: vgl. BGHZ 29, 49, 176, sowie im Grundsatz auch Arzt I S. 102f, Baumann § 15 III 3c, Horn SK § 223 Rn. 35ff). Das hat zur Folge, daß überall dort, wo es an einer wirksamen (tatsächlichen oder mutmaßlichen) Einwilligung fehlt (A 14, 18ff), der Arzt allenfalls noch auf subjektiver Ebene um die Strafbarkeit nach §§ 223ff herumkommt.

4 Was ist von dieser eindeutigen, den Arzt jedoch einem hohen Strafbarkeitsrisiko aussetzenden Auffassung zu halten? Zwar wird damit nicht nur die körperliche Integrität vor fehlerhaften Maßnahmen, sondern auch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten (E 9) vor eigenmächtigen Eingriffen optimal geschützt. Aber: kann eigentlich von einer „Körperverletzung" auch noch dort die Rede sein, wo der Arzt dem widerstrebenden Patienten stillschweigend eine Schmerzlinderungsspritze verabreicht, imgrunde also allein seine Eigenmächtigkeit zu erfassen bleibt? Auch wenn die Angst der Ärzteschaft, sich dadurch als „Körperverletzer" stigmatisiert zu sehen, übertrieben sein mag, bleibt doch einzuräumen, daß mit einer derart scharfkantigen Lösung die ärztliche Tätigkeit, da ja tendenziell auf Heilung und nicht auf Verletzung ausgerichtet und zudem als Gesamttat zu begreifen, nicht adäquat erfaßt ist (vgl. Hirsch LK[9] 1f vor § 223).

5 2. Daher versucht die **h. L.** den Heileingriff schon *tatbestandlich* **aus § 223 auszugliedern,** da die Behandlung des kranken Patienten zur Wiederherstellung seiner Gesundheit keine Körper(interessen)verletzung sei. Allerdings ist im einzelnen strittig, welche Kriterien für den Heileingriff maßgeblich sein sollen. Dazu werden vor allem zwei Abgrenzungsversuche gemacht:

6 – Zum einen wird auf das *Gelingen* des Eingriffs abgestellt (so namentlich Bockelmann aaO S. 67ff, Hardwig GA 1965, 162 M-Schroeder II/1 § 8 II 2b): nur der mißlungene Eingriff, als dessen Folge sich der Patient in einem schlechteren Zustand wiederfindet, als er ihn ohne den Eingriff erleiden müßte, sei tatbestandsmäßig als Körper-

A 6 verletzung zu betrachten; nicht dagegen ein solcher bei dem per Saldo das körperliche Wohl des Patienten erhöht oder jedenfalls bewahrt wird. Konsequenz dieser Differenzierung: Der Arzt steht unter einem erheblichen Erfolgsrisiko, wodurch er in seiner Entschlußkraft gehemmt sein könnte.

7 – Stattdessen will daher eine andere Auffassung auf die *Kunstgerechtheit* der Durchführung abstellen (so namentlich Engisch ZStW 58, 5, Eb. Schmidt JR 1958, 226f; vgl. auch Hirsch LK[9] 2 vor § 223, Welzel § 39 I 3a): Ist der Eingriff von Heilungstendenz getragen und kunstgerecht durchgeführt, so ist er selbst bei Mißlingen tatbestandsmäßig keine Körperverletzung, ohne daß es dafür auf die Einwilligung des Patienten überhaupt noch ankäme.

8 Wie wäre danach der vorliegende Fall zu beurteilen? Da die Uterusentfernung offenbar sowohl medizinisch indiziert wie auch kunstgerecht und erfolgreich durchgeführt wurde, wäre nach beiden vorgenannten Abgrenzungen eine Körperverletzung schon tatbestandlich zu verneinen. Müßte damit auch die *Eigenmächtigkeit* des A sanktionslos bleiben? Im Prinzip ja. Denn solange es den (seit langem geforderten) besonderen Tatbestand der „eigenmächtigen Heilbehandlung" (§ 162 E 1962) nicht gibt, ist die Mißachtung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten allenfalls als Ehrverletzung (§ 185) oder Freiheitsdelikt (§ 239, 240) erfaßbar. Da hier für keinen dieser Tatbestände hinreichende Anhaltspunkte bestehen, würde danach der A straffrei ausgehen.

9 3. Somit kann *keiner dieser Wege voll befriedigen:* Während die Rspr. über das Schutzziel hinausschießt, indem sie die Selbstbestimmung des Patienten selbst dort noch durch § 223 schützt, wo keine Verletzung materialer Körperinteressen mehr ersichtlich ist (A 3f), droht die Lehre mit alleinigem Abheben auf Gelingen (A 6) oder Kunstgerechtheit des Eingriffs (A 7) das Recht des Patienten über seinen eigenen Körper zu verkürzen, indem sie ihn praktisch zum Objekt „ärztlicher Vernunfthoheit" werden läßt. Zwischen diesen gegenläufigen Übersteigerungen die richtige Mitte zu finden, ist auf der Basis des geltenden Rechts gewiß nicht leicht, aber immerhin annähernd erreichbar: und zwar dadurch, daß man durch § 223 grundsätzlich auch das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper mitgeschützt sieht, dies jedoch nur insoweit, als es um Substanzeingriffe oder Gesundheitsbeeinträchtigungen geht, nicht dagegen dort, wo mangels einer derartigen Beeinträchtigung nur das Selbstbestimmungsrecht als solches tangiert würde. Denn dies verabsolutiert zu schützen, kann nicht die Aufgabe eines gegen Mißhandlung und Gesundheitsbeschädigung gerichteten Tatbestandes sein (vgl. auch S/S-Eser § 223 Rn. 31). Demgemäß ist folgende **Differenzierung** geboten:

10 a) Bei der **gelungenen** Heilmaßnahme, die **ohne wesentlichen Substanzverlust** (A 11) zu einer Wiederherstellung, Verbesserung oder gegenüber dem sonst zu befürchtenden Krankheitsverlauf jedenfalls zu keiner Gesundheitsverschlechterung führt, fehlt es bereits am tatbestandlichen Erfolgsunwert, da durch einen solchen Eingriff weder das körperliche Wohlbefinden in unangemessener Weise beeinträchtigt noch die Gesundheit beschädigt wird (vgl. Pfleger-Fall Nr. 6 A 14ff). Deshalb ist bei einer geglückten (und nicht mit Substanzverlust erkauften) Heilbehandlung § 223 schon tatbestandlich ausgeschlossen. Demzufolge ist eine in diesem Sinne gelungene *eigenmächtige* Behandlung, wie etwa das Einflößen eines Schmerzlinderungsmittels, strafrechtlich allenfalls bei Anwendung von Zwang (§§ 239, 240) oder unter ehrverletzenden Umständen (§ 185) erfaßbar (vgl. Schröder NJW 1961, 953). – Fällt auch der *vorliegende* Fall in diese Kategorie? Nein, da der Eingriff des A zu einem Substanzverlust (Gebärmutter) geführt hat. Stattdessen ist die folgende Fallgruppe in Betracht zu ziehen:

11 b) Zwar **gesundheitsverschlechternde** oder **substanzverändernde** Eingriffe, die jedoch **einverständlich** und **kunstgerecht** durchgeführt sind: Hier kann wegen Wahrung des Selbstbestimmungsrechts und sozialadäquaten Vorgehens die Tatbestandsmäßigkeit als Körperverletzung entfallen. Wesentlich dafür ist ein vierfaches:

12 aa) Die Behandlung muß **zu Heilzwecken indiziert** sein. Das kann sowohl bei Maßnahmen zur Lebenserhaltung wie auch zur Beseitigung oder Milderung von Leiden, Mißbildungen oder sonstigen Störzuständen (wie hier aufgrund der Gebärmuttergeschwulst) der Fall sein. Dagegen fehlt es bei Transfusionen jedenfalls auf Spenderseite ebenso an der erforderlichen Heiltendenz wie bei experimentellen Eingriffen. Ähnlich bedarf bei kosmetischen Operationen der etwaige Heilzweck einer kritischen Prüfung. Zu weiteren Grenzfällen vgl. S/S-Eser § 223 Rn. 50 m.w.N.

13 bb) Ferner muß die Behandlung **lege artis,** d.h. unter Beachtung der anerkannten Regeln ärztlicher Kunst, durchgeführt werden. Freilich darf die lex artis weder mit

A 13 einer bestimmten „Schulmedizin" gleichgesetzt (vgl. Homöopathen-Fall RGSt 67, 12/16f: StrafR II Nr. 21 E 13f, A 12ff) noch auf einen einmal erreichten Standard festgeschrieben werden, da dies zu einer Blockierung jeder Fortentwicklung führen müßte. Instruktiv zu einzelnen Kunstfehlern der *Bestrahlungs-Fall* BGH NJW 1972, 336, der *Diagnose-Fall* BGH NJW 1973, 554, der *Intubations-Fall* BGH NJW 1974, 1424, der *Brustverkleinerungs-Fall* LG Bielefeld NJW 1976, 1156, ferner Laufs, Arztrecht Rn. 154ff. – Daß vorliegend der A kunstgerecht vorgegangen war, wurde auch vom BGH nicht in Zweifel gezogen. Problematisch ist dagegen ein anderes Erfordernis:

14 cc) Hinzukommen muß die **Einwilligung** des Patienten in den Eingriff. Dies deshalb, weil bei Gesundheitsverschlechterung bzw. Substanzverletzung der Eingriff nur dann als sozialadäquat betrachtet werden kann, wenn im übrigen die Interessen des Patienten voll gewahrt sind. Und dazu gehört neben der kunstgerechten Durchführung insbes. auch die Achtung seines Selbstbestimmungsrechts über seinen Körper. Insoweit ist den Grundsatzüberlegungen des BGH (E 6f) nichts Wesentliches hinzuzufügen. Auf die Einzelanforderungen an die Einwilligung wird noch zurückzukommen sein (A 18ff).

15 dd) Schließlich muß in *subjektiver* Hinsicht der Eingriff vom **Heilungswillen** des Arztes getragen sein (vgl. Maurach BT[5] § 8 II 1c).

16 c) In einer dritten Gruppe sind jene Fälle gesundheitsverschlechternder bzw. substanzverletzender Behandlungen zusammenzufassen, in denen es entweder an der medizinischen Indikation, an der Kunstgerechtheit der Durchführung, am Einverständnis des Patienten und/oder am subjektiven Heilungswillen des Arztes fehlt: In einem solchen Fall ist der Eingriff grundsätzlich als **tatbestandsmäßige Körperverletzung** und mangels eines Rechtfertigungsgrundes in der Regel auch als rechtswidrig zu betrachten. Deshalb kann dort die Strafbarkeit des Arztes allenfalls noch aus subjektiven Gründen scheitern. Zu weiteren Einzelheiten vgl. S/S-Eser § 223 Rn. 49ff.

17 *Frage:* Was ergibt sich daraus für den vorliegenden Fall? Da weder die medizinische Indiziertheit noch die Kunstgerechtheit des Eingriffs noch der Heilungswille des A geleugnet werden kann, hängt die Einordnung der Gebärmutterentfernung als tatbestandsmäßige Körperverletzung entscheidend vom Einwilligungskriterium (A 14) ab. Da dieses erfahrungsgemäß in den meisten Arztprozessen die Hauptrolle spielt (vgl. Laufs, Arztrecht Rn. 67ff), verdient es eine nähere Betrachtung:

18 **II. Einwilligung aufgrund ärztlicher Aufklärung.**

Genaugenommen wäre nicht von „Einwilligung", sondern besser von „Einverständnis" zu sprechen, da nach der hier vertretenen Auffassung dem Einverständnis des Patienten bereits tatbestandsausschließende Bedeutung zukommt (vgl. A 11, 14 sowie StrafR I Nr. 8 A 1ff). Da jedoch die nachfolgenden Anforderungen in gleicher Weise für die von der Rspr. als Rechtfertigung geforderte „Einwilligung" (A 3) gelten und die Wirksamkeitsvoraussetzungen im wesentlichen die gleichen sind, können hier Einwilligung und Einverständnis als gleichbedeutend behandelt werden.

19 1. Von den **Einwilligungsvoraussetzungen** (allg. dazu StrafR I Nr. 8 A 9ff) seien hier lediglich die für Heilbehandlung besonders bedeutsamen Punkte hervorgehoben:

20 a) Die Einwilligungs**berechtigung** liegt grundsätzlich beim *Patienten* selbst. Daher kann sie ihm auch vom Arzt nicht ohne weiteres abgenommen werden. Da es dabei um die Disposition über ein höchstpersönliches Rechtsgut geht, ist die Einwilligungsbefugnis nicht von der zivilrechtlichen Geschäftsfähigkeit, sondern allein von der **natürlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit** abhängig. Das ist vor allem für *Minderjährige* bedeutsam, denen jedenfalls bei „alltäglichen Eingriffen", wie z.B. Blutentnahmen oder Behandlung von Erkältungskrankheiten, die erforderliche Einsicht in die Bedeutung und Tragweite des vorzunehmenden Eingriffs in der Regel zuzutrauen ist. Fehlt dagegen dem Patienten die eigene Entscheidungsfähigkeit (mangelnde Reife, geistige Nichtansprechbarkeit), so ist das Einverständnis des gesetzlichen *Vertreters* einzuholen. Dies hält der BGH vor allem auch dann für geboten, wenn der an einer Minderjährigen vorzunehmende Eingriff von keiner besonderen Dringlichkeit ist.

21 Instruktiv dazu der *Warzen-Fall* **BGH NJW 1972, 335,** wo bei der 16jährigen K infolge der Strahlenbehandlung von Warzen eine starke Geschwürbildung mit leicht entzündlichen Narben auftrat. Gegen die Auffassung des BerG, das für diese Behandlung eine Einwilligung der Eltern der K für entbehrlich hielt, führt der BGH aus **[337]:** „In BGHZ 29, 33 [Schilddrüsen-Fall] ist zwar ausgesprochen, daß die Bestimmung über die eigene körperliche Unversehrtheit nicht in den Bereich rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen fällt und daher, entsprechende geistige Entwicklung und sittliche Reife vorausgesetzt, auch von einem noch nicht voll Geschäftsfähigen getroffen werden kann mit der Wir-

A 21 kung, daß ein von ihm gebilligter kunstgerechter Heileingriff nicht rechtswidrig ist. Die Entscheidung hebt aber hervor, daß dort der Minderjährige kurz vor Vollendung des 21. Lebensjahres stand ... Zwischen Minderjährigen im 21. und solchen im 17. Lebensjahr bestehen aber in Bezug auf geistige Entwicklung und allgemeine Reife regelmäßig erhebliche Unterschiede" ... Daß letztere einer gesetzlichen Vertretung bedürftig bzw. für ihr Verhalten rechtlich nur bedingt verantwortlich seien, „ergibt sich auch aus dem Institut der Personensorge, deren Minderjährige jedenfalls unter 18 Jahren auch heute allgemein zu ihrem persönlichen Schutz für bedürftig erachtet werden. Es ist daher davon auszugehen, daß ein Minderjähriger im damaligen Alter der K auch außerhalb des rechtsgeschäftlichen Bereichs bei wichtigen Entscheidungen der Unterstützung durch die vom Gesetz als überlegen vorgestellte Einsichts- und Urteilsfähigkeit der Eltern oder gesetzlichen Vertreter bedarf und diese daher auch beanspruchen kann. Die Einwilligung des Jugendlichen aufgrund einer nur an ihn gerichteten Aufklärung ... kann deshalb bei einerseits aufschiebbaren, andererseits nicht unwichtigen Entscheidungen über eine ärztliche Behandlung nicht genügen (vgl. auch BGH NJW 1959, 825) ... Das BerG hätte vor allem beachten müssen, daß in diesem Lebensalter die Zurückhaltung vor einer schmerzlosen und als folgenlos vorgestellten Behandlung nicht durch hinreichend kritische Bedenken gestützt wird, und daß gerade ein junges *Mädchen* dieses Alters erfahrungsgemäß einer kosmetische Verbesserungen versprechenden Maßnahme eher unbedenklich zuzustimmen neigt (vgl. BGH NJW 1970, 511)". – Ob freilich hinter diesem wohlmeinenden Schutz der Jugend nicht doch zuviel an Bevormundungsdenken steckt? Jedenfalls tendiert nach Herabsetzung der Volljährigkeit auch hier die kritische Altersgrenze eher nach unten. Zu Bevormundungsdenken in der Rspr instruktiv auch der umstrittene *Zahnextraktions-Fall* BGH NJW 1978, 1206 m. Anm. Horn JuS 1979, 29, Hruschka JR 1978, 519, Rogall NJW 1978, 2344, Rüping Jura 1979, 90.

22 Frage: Inwieweit kann die ausdrückliche durch eine *mutmaßliche* Einwilligung ersetzt werden? Grundsätzlich nur dann, wenn der Patient (bzw. sein gesetzlicher Vertreter) selbst nicht befragt werden kann: so bei Bewußtlosigkeit, Abwesenheit, Unzumutbarkeit der Aufklärung (A 30), und wenn zudem nicht zu erwarten ist, daß er bei Kenntnis der Sachlage seine Zustimmung verweigern würde. Deshalb ist für eine mutmaßliche Einwilligung vor allem dort kein Raum, wo (wie hier) die N zu der etwaigen Operationsausweitung hätte befragt werden können oder die Einwilligung bereits definitiv verweigert wurde (instruktiv dazu Fußamputations-Fall RGSt 25, 375/382: StrafR I Nr. 8 A 39).

23 b) Die Einwilligung muß **frei von Willensmängeln** sein. Daher ist sie unwirksam, wenn sie durch Zwang, Täuschung oder Drohung erlangt wurde (vgl. MTA-Fall BGH NJW 1974, 604). Zur Unbeachtlichkeit bloßer Motivirrtümer vgl. Famulus-Fall BGHSt 16, 309 (StrafR I Nr. 8 A 14f).

24 c) Um eine fehlerfreie Einwilligung zu gewährleisten, setzt sie eine entsprechende **ärztliche Aufklärung** voraus. An sich kann die Aufklärung eine doppelte Funktion haben:

25 – Bereits als *„therapeutische Aufklärung"* kann sie geboten sein, um den Patienten erforderlichenfalls kooperationsbereit zu machen oder vor Selbstgefährdung bei Unkenntnis der Wirkungen eines Medikaments zu bewahren (instruktiv dazu Arsen-Fall BGH NJW 1970, 511; vgl. auch den Selbstinjektion-Fall BGH b. Holtz MDR 1978, 987): Insoweit ergibt sich eine Aufklärungspflicht bereits aus dem lex artis-Erfordernis (A 13).

26 – Bei der sog. *„Selbstbestimmungsaufklärung"* hingegen, wie sie als Einwilligungsvoraussetzung geboten ist, geht es darum, dem Patienten eine eigenverantwortliche Entscheidung über den Eingriff und seinen Umfang zu ermöglichen (E 5f). Gegenüber diesem Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper muß selbst die möglicherweise überlegene „ärztliche Vernunft" zurücktreten (E 7). Was ist für eine solche Aufklärung im einzelnen erforderlich? Zwar ist der BGH bislang mit guten Gründen vor einem starren Richtlinienkatalog zurückgeschreckt (vgl. E 12). Immerhin lassen sich jedoch aus der reichhaltigen Aufklärungsjudikatur folgende Grundsätze entnehmen (Einzelnachw. bei S/S-Eser § 223 Rn. 40ff; vgl. auch den Übersichtsaufsatz von Tempel NJW 1980, 609ff):

27 α) *Ziel der Aufklärung* muß sein, dem Patienten Art, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs jedenfalls in seinen Grundzügen erkennbar zu machen, um ihm eine Abschätzung des Für und Wider eines Eingriffs zu ermöglichen (vgl. insbes. BGHZ 29, 51, 180).

28 β) *Umfang* und *Intensität* der Aufklärung lassen sich nicht abstrakt festlegen, sondern sind an der konkreten Sachlage auszurichten, wobei der Genauigkeitsgrad der Aufklärung in dem Maße zunimmt, in dem der Dringlichkeitsgrad des Eingriffs

A 28 abnimmt: Je leichter aufschiebbar und je weniger geboten die Heilmaßnahme aus der Sicht eines verständigen Patienten erscheint, desto weitgehender ist die Aufklärungspflicht. Umgekehrt kann sich der Arzt umso eher mit einer mehr pauschalen Aufklärung begnügen, wenn es um eine unaufschiebbare oder gar lebensrettende Maßnahme geht. Aufklärungsbedürftige Punkte sind inbes. die Vornahme eines *Eingriffes überhaupt*, die *Art der Behandlung* (etwa Injektion oder Amputation), die *Folgen* des Eingriffs, wobei über den post-operativen Zustand hinaus insbes. auch über mögliche *Risiken* aufzuklären ist. Außerdem soll nach h.M. der Arzt auch zu einer *Diagnose*aufklärung verpflichtet sein (BGHZ 29, 184, Hirsch LK[9] § 226a Rn. 16); dem kann jedoch nur insoweit zugestimmt werden, als die Diagnose für die Abwägung des Für und Wider eines Eingriffs für den Patienten aufgrund ausdrücklicher Nachfrage oder sonst erkennbar von entscheidungserheblicher Bedeutung ist (vgl. Grünwald ZStW 73, 18ff).

29 Die größten Schwierigkeiten hat die Praxis mit der sog. **Risikoaufklärung.** Während die Rspr. zunächst eine Aufklärung über alle „typischen", d.h. statistisch häufige bzw. behandlungsspezifische Risiken verlangte (vgl. den bei E 12 zitierten Elektroschock-Fall), hebt die heutige Rspr. aufgrund einer elastischeren Betrachtung darauf ab, ob und inwieweit das Eingriffsrisiko nach seiner Art und Kalkulierbarkeit für einen verständigen Menschen ernsthaft ins Gewicht fallen kann. Instruktiv dazu der *Gesichtslähmungs-Fall* **BGH NJW 1977, 337,** wo dem K bei einer Tympanotomie im Mittelohr der Gesichtsnerv durchtrennt wurde und dadurch eine halbseitige Gesichtslähmung eintrat. Zu der Frage, ob der Arzt A über ein solches Risiko jedenfalls dann hätte aufklären müssen, als ihm während der Operation der ungewöhnliche Verlauf des Gesichtsnervs erkennbar wurde, führt der BGH aus: Nach den allgemeinen BGH-Anforderungen „muß der Arzt seinen Patienten, wenn auch nur ‚im Großen und Ganzen', auch über die möglichen Operationsrisiken aufklären; dabei steht nicht das Zahlenverhältnis zwischen Komplikationsdichte und der ärztlichen Hinweispflicht im Vordergrund, sondern das Gewicht, das mögliche, nicht ganz außerhalb der Wahrscheinlichkeit liegende Risiken für den Entschluß des Patienten haben können, seine Einwilligung in die Operation zu erteilen. Auch bei geringer Wahrscheinlichkeit schädlicher Folgen des Eingriffs (‚entfernt selten') kommt eine Aufklärung über diese Folgen umso eher in Betracht, je weniger der mit dem Eingriff bezweckte Erfolg einem verständigen Patienten dringlich und geboten erscheinen muß (vgl. für den Fall einer bloß kosmetischen Operation NJW 1972, 335 [Warzen-Fall oben A 21])" ... **[338]** Hier sei der A „ein ihm unbekanntes und nicht kalkulierbares Risiko eingegangen ... Zu Recht hat deshalb das BerG eine Abwägung des im Verwirklichungsfalle in seinen Folgen schwerwiegenden Risikos einer Verletzung des nervus facialis mit der vitalen medizinischen Indikation des Eingriffs für erforderlich gehalten ... Der A hatte die Beibehaltung einer für ihn lästigen, ihn aber nicht entscheidend beeinträchtigenden Schwerhörigkeit auf dem rechten Ohr der – gewiß nicht hoch zu veranschlagenden – Gefahr einer einseitigen Gesichtslähmung mit all ihren einschneidenden physischen und psychischen Folgen gegenüberzustellen. Die Entscheidung darüber aber mußte der A dem K überlassen; es kann nicht gesagt werden, daß dieser völlig unverständig gehandelt hätte, wenn er nunmehr vor dem ihm klargemachten Risiko zurückgeschreckt wäre (vgl. BGH NJW 1963, 393 [Neomycin-Fall])".

30 γ) Ihre *Grenze* findet die Aufklärung dort, wo sie für den Patienten riskanter sein könnte als der Eingriff. Deshalb kann nach dem *„Fürsorgeprinzip"* dort von einer Aufklärung abgesehen werden, wo eine dadurch zu befürchtende Gefährdung des Patienten gravierender sein könnte als die Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts. Dies ist vor allem in zweifacher Hinsicht bedeutsam: Zum einen dort, wo der Patient aufgrund seiner psychischen Labilität eine Konfrontierung mit der Wahrheit nicht durchstehen und daher eine ernste und nicht nur vorübergehende seelische Beeinträchtigung erleiden könnte (zu diesem sog. „therapeutischen Privileg" vgl. Deutsch NJW 1980, 1305 sowie Hirsch LK[9] § 226a Anm. 17, 18, 20 m.w.N. zu den teils unterschiedlichen Maßstäben). In diesem Falle ist ersatzweise auf die mutmaßliche Einwilligung zurückzugreifen (vgl. A 22). Entsprechendes gilt zum anderen für Fälle wie dem vorliegenden, in denen sich die Notwendigkeit einer *Operationserweiterung* erst während des Eingriffs herausstellt bzw. ein besonderes Komplikationsrisiko erst nach Operationsbeginn erkennbar wird. Ob in solchen Fällen zwecks Nachholung bzw. Ergänzung der Aufklärung und Einwilligung die Operation abzubrechen ist, hängt wiederum von einer Abwägung zwischen Selbstbestimmungsinteresse und gesundheitlicher Gefährdung des Patienten ab. Im *Myom-Fall* hat der BGH einen Operationsabbruch wohl zu Recht als nachteiliger empfunden (E 8), während er im *Gesichtslähmungs-Fall* (A 29) den Operationsabbruch für geboten ansah; denn:

31 **[338]** „Das BerG hat durchaus bedacht, welche Belastungen u.U. fur den Patienten durch eine Unterbrechung oder einen Abbruch der Operation entstehen können, die aus

A 31 der Sicht des Arztes sinnvollerweise fortgesetzt werden könnte. Es hat darin Recht, daß der Arzt, der während der Operation auf ein erhöhtes Operationsrisiko stößt, den Eingriff abbrechen muß, wenn er für seine Fortsetzung nunmehr mangels Aufklärung darüber keine wirksame Einwilligung des Patienten hat und die Operation ohne dessen Gefährdung unterbrochen oder abgebrochen werden kann, um die Einwilligung einzuholen. Allerdings mag es Fälle geben, in denen der Arzt die Einwilligung des Patienten voraussetzen kann, weil von ihm im Einzelfall vernünftigerweise unter Berücksichtigung der Belastungen, die ein wiederholter Eingriff für ihn bringen könnte, selbst bei Kenntnis des erhöhten Risikos keine andere Entscheidung erwartet werden kann, als die, daß er die Fortsetzung der Operation wünschen werde. Ein Abbruch der Operation wird deshalb dann nicht in Betracht kommen, wenn dies den Patienten mindestens ebenso gefährden würde, wie das Risiko, das in der Fortsetzung des Eingriffs liegt, wenn also der Abbruch der Operation medizinisch kontraindiziert ist (vgl. BGHSt 11, 111/4: oben E 8). Im vorliegenden [Gesichtslähmungs-]Fall kann indessen ein solcher Ausnahmefall nicht angenommen werden. Vielmehr hätte die Operation ohne schwerwiegende Folgen für den K abgebrochen werden können. Es bestand kein Grund, seiner Entscheidung vorzugreifen, ob er das, wenn auch nur geringfügig erhöhte, Operationsrisiko eingehen wollte".

32 δ) Eine (weitere) Aufklärung ist ferner insoweit entbehrlich, als der Patient bereits *anderweitig hinreichend vorausinformiert* erscheint: so etwa aufgrund vorangegangener Konsultierung anderer Ärzte (instruktiv dazu Labyrinth-Fall BGH NJW 1976, 363; vgl. ferner Blinddarm-Fall BGH NJW 1980, 633/4 zu allgemein bekannten Risiken), ebenso dort, wo der Patient erkennbar auf eine Aufklärung *verzichten* will, wobei jedoch an einen solchen Aufklärungsverzicht strenge Anforderungen zu stellen sind (vgl. Splitter-Fall BGH NJW 1973, 556).

33 2. Die **Form der Einwilligung** ist gleichgültig. Entscheidend ist allein, daß die innere Zustimmung des Patienten auch nach außen manifestiert ist. Dies kann sowohl durch mündliche als auch (beweismäßig sicherer) durch schriftliche Einwilligungserklärung geschehen, wobei diese freilich nicht zu global gehalten sein darf (vgl. Kontrastmittel-Fall OLG Frankfurt NJW 1973, 1415). Entsprechendes gilt für die Form der Aufklärung, die in einer auch für medizinische Laien verständlichen Weise zu geben ist (vgl. Gehirnschrift-Fall BGH NJW 1971, 1887). Ebenso formlos wie die Einwilligungserklärung ist auch ihr **Widerruf** jederzeit möglich (vgl. Hirsch LK[9] § 226a Rn. 25 m.w.N.).

34 3. Damit stellt sich nunmehr die Frage, inwieweit hier die Gebärmutterentfernung von einer Einwilligung der N gedeckt war. Grundsätzlich erstreckt sich die **Reichweite der Einwilligung** *personell* sowohl auf den Operateur als auch auf *funktionsentsprechende* Maßnahmen des zugezogenen Hilfspersonals. Demzufolge sind auch Vorbereitungs- oder Begleitmaßnahmen (wie insbes. Anästhesie oder Nachbehandlung) mit abgedeckt, nicht dagegen solche Eingriffe, die über das ursprüngliche Operationsziel (lediglich Entfernung des Myoms) hinausgehen. Deshalb hätte die Ausräumung des gesamten Gebärmutterkörpers der Einwilligung der N bedurft (E 2). Die dafür erforderliche vorherige Aufklärung durch den A wäre hier nur dann entbehrlich gewesen,

35 – wenn entweder die N erkennbar auf die Aufklärung über eine etwaige notwendig werdende Operationserweiterung verzichtet gehabt hätte (A 32): dafür bestanden keine Anhaltspunkte;

36 – oder wenn der A nach dem „Fürsorgeprinzip" zur Vermeidung psychischer Schäden von einer solchen Aufklärung hätte absehen können (A 30): auch dazu sah der BGH (wohl zu Recht) keinen Anlaß (E 3, 10f, 13);

37 – oder wenn die Notwendigkeit einer Operationserweiterung erst nach Operationsbeginn erkennbar geworden und ein Operationsabbruch gravierender gewesen wäre als die Mißachtung des Selbstbestimmungsrechts (A 30): doch auch dies ist hier deshalb nicht der Fall, weil sich A schon vor der Operation der naheliegenden Möglichkeit einer Erweiterung hätte bewußt sein müssen und können (E 4).

38 *Konsequenz*? Da somit eine vorherige Aufklärung möglich und geboten gewesen wäre, blieb auch kein Raum für eine mutmaßliche Einwilligung (vgl. E 3). Mangels wirksamer Einwilligung war daher die Gebärmutterentfernung sowohl nach der BGH-Konzeption (A 3) als auch nach der hier vertretenen Auffassung (da eigenmächtige Substanzverletzung: A 11, 14, 16), zumindest *objektiv* eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige Körperverletzung. Damit stellt sich die Frage nach der *subjektiven* Zurechenbarkeit:

39 **III. Subjektive Zurechenbarkeit:** Vorsatz – Fahrlässigkeit.

1. Warum war hier **vorsätzliche** Körperverletzung (§ 223) zu verneinen, obgleich doch A den Uterus bewußt und gewollt ausgeräumt hat? Zwar hat er mit *Erfolgs*vor-

A 39 satz gehandelt. Da er jedoch eine Einwilligung der N in die Operationserweiterung annahm, fehlte ihm die Vorstellung eigenmächtigen Handelns: Nach der hier vertretenen Auffassung (Einverständnis des Patienten als TBausschließungselement: A 18) führt dies zu einem vorsatzausschließenden *TBirrtum* (§ 16). Zum gleichen Ergebnis kommt man auf der BGH-Basis bei Zubilligung eines (auf irriger Annahme tatsächlicher Voraussetzungen beruhenden) Rechtfertigungsirrtums, (vgl. StrafR I Nr. 13 A 53c, Nr. 14 A 13ff).

40 2. Anstelle von § 223 hat daher der BGH **fahrlässige** Körperverletzung (§ 230) in Betracht gezogen und dabei zwischen zwei denkbaren Pflichtverletzungen differenziert:

41 – Zum einen wegen *Fortsetzung* der Operation, obgleich A das Fehlen einer die Operationserweiterung abdeckenden Einwilligung hätte erkennen können: Insoweit wurde jedoch letztlich zu Recht eine Pflichtverletzung verneint, da zu diesem Zeitpunkt ein Operationsabbruch für die N von größerem Nachteil gewesen wäre (E 8; A 37).

42 – Andererseits war aber dadurch nicht ausgeschlossen, bereits im *Vorfeld* der Operation eine Pflichtversäumnis des A darin zu erblicken, daß er angesichts der naheliegenden Notwendigkeit einer Operationserweiterung nicht schon vor dem Eingriff für eine umfassende Einwilligung der N gesorgt hatte (E 4, 9). Weil diese mögliche Pflichtverletzung von der StrK nicht erkannt und daher nicht hinreichend aufgeklärt war, wurde der Freispruch aufgehoben (E 3, 14). Freilich blieb auch damit noch eine wesentliche Frage offen: Soll für die Fahrlässigkeitshaftung des Arztes schon das pflichtwidrige Nichterkennen eines bei Operationserweiterung notwendig werdenden Einwilligungsbedürfnisses genügen? Oder muß er darüber hinaus auch erkannt haben können, daß der Patient bei entsprechend erweiterter Aufklärung die Einwilligung verweigern werde? Obgleich die vorliegende Begründung die erstgenannte strengere Auffassung nahelegte, hat sich der BGH im 2. Myom-Urteil (4 StR 375/60 v. 28. 10. 1960) zu Recht im zweiten Sinne korrigiert, da eine umfassende Aufklärung nicht denknotwendig zur Versagung der Einwilligung führen müsse (vgl. Hoden-Fall BGH JZ 1964, 231/2 m. Anm. Eb. Schmidt).

43 **Ergebnis?** Demzufolge wäre hier A nur dann wegen fahrlässiger Körperverletzung strafbar, wenn er sowohl die notwendig werdende Einwilligung*serweiterung* als auch deren *Verweigerung* durch die N hätte voraussehen können und müssen. Jedenfalls letzteres war nicht mehr nachweisbar, da A noch vor endgültigem Abschluß dieses langwierigen Prozesses verstarb.

44 IV. Exkurs: **Grenzfälle des Heileingriffs.**

Gesetzt den Fall, A hätte die Gebärmutter der N entfernt, um sie auf diese Weise empfängnisunfähig zu machen: Wäre dies nach den vorangehenden Grundsätzen als strafloser Heileingriff oder als Körperverletzung, möglicherweise sogar qualifiziert nach §§ 224, 225, zu behandeln?

45 1. Gefragt ist damit nach der Strafbarkeit der **Sterilisation.** Bei dieser sind drei Fallgruppen auseinanderzuhalten:

46 a) Soweit die Empfängnisunfähigkeit lediglich als *Begleitfolge* eines auf Heilung gerichteten Eingriffs eintritt (so wie im Ausgangsfall als Folge der primär auf Myombeseitigung gerichteten Gebärmutterentfernung), bleibt damit der Gesamtcharakter als *Heileingriff* unberührt. Deshalb sind darauf die vorangehenden Grundsätze anzuwenden. Falls ein solcher Eingriff freilich vorsätzlich *eigenmächtig* vorgenommen wird und demzufolge als tatbestandsmäßige Körperverletzung (§ 223) zu betrachten ist (A 16), kommt aufgrund der Erfolgsqualifizierung (Verlust der Empfängnisfähigkeit) Strafschärfung nach § 224 in Betracht (vgl. Augapfel-Fall Nr. 8 A 8).

47 b) Ist dagegen die Herbeiführung der Zeugungs- oder Empfängnisunfähigkeit der *Hauptzweck* des Eingriffs, so ist schon mangels medizinischer Indiziertheit der Heilcharakter regelmäßig abzusprechen. Geschieht dies zudem *ohne wirksame Einwilligung* des Betroffenen, so ist dies aufgrund der Erfolgsqualifizierung nach § 224 und des darauf gerichteten Vorsatzes als „beabsichtigte schwere Körperverletzung" nach § 225 zu behandeln (auch dazu Augapfel-Fall Nr. Nr. 8 A 20).

48 c) Handelt es sich dagegen um eine zwar *absichtliche*, aber *freiwillige Sterilisation*, so ist die tatbestandliche Einordnung höchst umstritten:

49 – Nach *Dohrn-Fall* **BGHSt 20, 81** „gibt es keine deutsche Strafvorschrift mehr, die freiwillige Sterilisierungen mit Strafe bedroht. Diese *Gesetzeslücke* kann nur durch den

A 49 Gesetzgeber geschlossen werden". Dies wird im wesentlichen damit begründet, daß die freiwillige Sterilisation durch ihre Sonderregelung in § 226b i.d.F. vom 18. 4. 1943 aus § 223 tatbestandlich ausgegliedert und nach Abschaffung dieser Sondervorschrift durch KontrollratsG Nr. 11 vom 30. 11. 1946 tatbestandslos wurde. Demzufolge bedürfte eine Sterilisation, sofern sie durch eine wirksame Einwilligung gedeckt ist, auch keinerlei besonderer Indikation.

50 – Da diese Konstruktion des BGH jedoch normtheoretisch kaum haltbar ist (vgl. u.a. Hanack JZ 1965, 221ff), ist mit der **h.L.** auch die freiwillige Sterilisation grundsätzlich nach den §§ 223ff zu behandeln. Das bedeutet, daß wie bei jeder anderen Körperverletzung die Einwilligung an der *Sittenwidrigkeitsklausel* des § 226a zu messen ist (allg. dazu StrafR I Nr. 8 A 22ff). Als Sittenwidrigkeitsmaßstab wird dabei – ähnlich wie für die Rechtfertigung eines Schwangerschaftsabbruchs (§ 218a) – auf das Vorliegen einer bestimmten *Indikation* abgehoben: Unstreitig anerkannt ist dabei die rein *medizinische* wie auch die *medizinisch-soziale* Indikation sowie überwiegend auch die *eugenische,* während die rein *soziale* und noch mehr die sog. *Gefälligkeits*sterilisation in Zweifel stehen; doch selbst letztere – so wenig erfreulich dies auch sein mag – dürfte heute kaum noch strafbar sein, da angesichts der Meinungsvielfalt gegenwärtig kein so eindeutiges Sittenwidrigkeitsverdikt zu finden ist, wie dies für die Unbeachtlichkeit der Einwilligung nach § 226a erforderlich wäre (vgl. im einzelnen S/S-Eser § 223 Rn. 60f, Hirsch LK[9] § 226a Rn. 31 sowie BGH NJW 1976, 1790f). Angesichts dieser Rechtsunsicherheit erscheint eine grundlegende Reform des Sterilisationsrechts dringend geboten. Erste Entwürfe dazu finden sich in §§ 226b – 226d BT-Drs. VI/3434, BT-Drs. 7/1981. Vgl. zum ganzen auch Eser/Hirsch § 4.

51 2. Auch die **Kastration,** die nicht unbedingt zur Zeugungs- oder Empfängnisunfähigkeit führen muß, sondern lediglich die Triebunterdrückung bezweckt, wäre an sich ähnlich wie die Sterilisation je nach medizinischer Indizierung als Heileingriff oder nach §§ 223ff zu behandeln. Jedoch gilt dies heute nur noch für solche Eingriffe, die nicht durch die *Sonderregelung* des KastrationsG v. 15. 8. 1969 erfaßt werden. Danach werden die eigentliche „Entmannung" (insbes. durch Entfernung der Keimdrüsen) sowie „andere Behandlungsmethoden", die gegen die Auswirkungen eines abnormen Geschlechtstriebs gerichtet sind (z.B. durch Antiandrogenbehandlung), vor allem bezüglich des Freiwilligkeitsnachweises verschärften Anforderungen unterworfen. Vgl. im einzelnen S/S-Eser § 223 Rn. 55ff.

52 3. Die **Transplantation,** der heute wachsende Bedeutung zukommt, kann allenfalls auf *Empfänger*seite als Heileingriff behandelt werden, während es auf *Spender*seite regelmäßig an einer medizinischen Indikation fehlt und daher die §§ 223ff zur Anwendung kommen. Wichtigster Rechtfertigungsgrund ist auch dafür die Einwilligung. Bei Transplantatentnahme von einem *toten* Spender kommt § 168 in Betracht. Zu weiteren Einzelheiten vgl. v. Bubnoff GA 1968, 65, sowie zu einer dringend erforderlichen Gesamtreform Carstens ZRP 1979, 282ff, Kunert Jura 1979, 350ff.

53 **Schrifttum:** Allg. zum **Heileingriff:** *Arzt* I T. 2 D III; *Blei* II § 14 IV; *Krey* I Fall 19; *M-Schroeder* II/1 § 8 II; *Otto* II § 15 II 2; *Welzel* § 39 I 3a; *Wessels* II/1 § 6; ferner *D-Tröndle* § 223 Rn. 9; *Horn* SK § 223 Rn. 31–48, § 226a Rn. 17–20; *Hirsch* LK[9] Rn. 1, 2 vor § 223, § 226a Rn. 10–34; *S/S-Eser* § 223 Rn. 27–64, sowie *Bockelmann,* Strafrecht des Arztes, 1968, S. 50ff; *Laufs,* Arztrecht, 2. Aufl. 1978, Rn. 67ff, 143ff.

Speziell zu **Einwilligung** und **Aufklärung:** *Deutsch,* Das therapeutische Privileg: Nichtaufklärung zugunsten des Patienten, NJW 1980, 1305; *Geilen,* Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, 1963; *Grünwald;* Die Aufklärungspflicht des Arztes, ZStW 73, 5; *Laufs,* Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1974, 2025. *Tempel,* Inhalt, Grenzen und Durchführung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, NJW 1980, 609.

Zu **Sterilisation** und **Kastration:** *Eser/Hirsch,* Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch, 1980, insbes. § 4; *Hanack,* Künstliche Eingriffe in die Fruchtbarkeit, in Göppinger, Arzt und Recht, 1966, 11; *Hoerster,* Grundsätzliches zur Strafwürdigkeit der Gefälligkeitssterilisation, JZ 1971, 123; *Reinhardt,* Einverständliche Sterilisation bei sozialer Indikation, JuS 1967, 399; *Schwalm,* Kastration und Sterilisation in strafrechtlicher Sicht, in Mergen. Die juristische Problematik in der Medizin III, 1971, S. 200.

Zur **Transplantation:** *v. Bubnoff,* Organtransplantation aus der Sicht des Strafrechts, GA 1968, 65; *Carstens,* Organtransplantation, ZRP 1979, 282; *Kunert,* Die Organtransplantation als legislatorisches Problem, Jura 1979, 350; *Samson,* Legislatorische Erwägungen zur Rechtfertigung der Explantation von Leichenteilen, NJW 1974, 2030.

Schwere Körperverletzung (§ 224) – Beabsichtigte schwere Körperverletzung (§ 225) – Versuch des erfolgsqualifizierten Delikts

OLG Hamm GA 1976, 304: Augapfel-Fall

5 Ss 26/76 v. 30. 3. 1976

SV **Sachverhalt:** Der A hatte sich am frühen Morgen gegen den Willen des Personals Einlaß in eine Bar verschafft. Die wiederholte Aufforderung, die Bar zu verlassen, beantwortete er mit dem herausfordernden Verlangen nach alkoholischen Getränken, was ihm jedoch wegen seiner bereits ersichtlichen Alkoholisierung verweigert wurde. Als der Barbesucher O versuchte, den wütend gewordenen A aus der Bar „zu schieben", kam es zu einer tätlichen Auseinandersetzung, in deren Verlauf der A mit einem feststehenden, etwa 30 cm langen Messer auf O einstach. Er traf diesen in das linke Auge, wobei Unter- und Oberlid durchtrennt und der Augapfel durchbohrt wurde. Infolgedessen kann O nur noch hell und dunkel unterscheiden. Selbst beim (unsicheren) Erfolg weiterer ärztlicher Maßnahmen kann das betroffene Auge allenfalls noch eine Sehschärfe von maximal 5–10% der normalen Sehkraft erreichen. Zudem besteht als Spätfolge der Verletzung die Gefahr einer Netzhautablösung und einer Erhöhung des Augeninnendrucks.

P **Zur Problemstellung:** Daß sich A dadurch einer vorsätzlichen Körperverletzung nach § 223 schuldig gemacht hat, stand außer Frage. Insbes. hatte seine Alkoholisierung noch keinen schuldausschließenden Grad (§ 20) erreicht. Auch die Strafschärfung nach § 223a (Messer) ist unproblematisch (vgl. Pfleger-Fall Nr. 6 A 48). Aber:

- Kam darüber hinaus auch *Strafschärfung* nach § 224 oder gar nach § 225 in Betracht? Oder stand dem die mögliche Behebbarkeit der schweren Folge entgegen?
- Inwieweit ist bei solchen *„erfolgsqualifizierten"* Delikten (§ 18) auch *Versuch* denkbar?
- Käme zudem auch § 227 in Betracht?

Die StrK hat den A nach § 224 verurteilt. Dies hat das OLG mit folgender Begründung bestätigt:

E 1 **Aus den Gründen: [305]** „Die Tatbestandserfüllung hängt zunächst davon ab, ob zum gegenwärtigen Zeitpunkt eine solche hohe Beeinträchtigung des Sehvermögens festzustellen ist, daß dies einem Verlust der Fähigkeit, einer Organuntauglichkeit nahezu gleichkommt. Das ist festgestellt. Die Wahrnehmungsfähigkeit des verletzten Auges ist derzeit auf die nicht mehr als Restsehvermögen anzusprechende Hell- und Dunkelunterscheidung herabgesetzt (vgl. RGSt 27, 80; 63, 423 LK (Hirsch) 9. Aufl. § 224 Rz. 14; Dreher, StGB, 36. Aufl. § 224 Rz. 5).

2 Wie das Tatbestandsmerkmal der *dauernden* Entstellung, setzt auch der Verlust der in § 224 aufgezählten Fähigkeiten ferner einen chronischen, jedenfalls unbestimmt langwierigen somatischen Zustand voraus (vgl. RGSt 72, 321; BGHSt 24, 315/7; LK § 224 Rz. 13; Schönke-Schröder, StGB, 18. Aufl. § 224 Rz. 3).

3 Bereits der einfachen wörtlichen Auslegung der Bestimmung läßt sich aber entnehmen, daß bei voraussehbarer Heilung, auch bei einer voraussehbaren nur teilweisen Wiederherstellung des Sehvermögens bis zur Wahrnehmungsfähigkeit von Gegenständen auf lediglich kurze Entfernung (vgl. RGSt 58, 173), die Tatbestandsmäßigkeit entfällt (vgl. u.a. RGSt 72, 321). Über die Frage, auf welchem Wege der Heilerfolg zu erreichen sein müsse, haben Lehre und Rechtsprechung unterschiedliche Ansichten vertreten.

4 Überwiegend wurde nur ein Heilungsprozeß auf natürlichem und auch auf medikamentösem Wege anerkannt, jede operative Beseitigung der Verletzungsfolgen zu berücksichtigen, **[306]** aber abgelehnt, vor allem der Ersatz von Organteilen durch Surrogate (vgl. RGSt 27, 80; 72, 321; so auch noch BGHSt 17, 161/4 – zur dauernden Entstellung; Frank, 18. Aufl., § 224 Anm. 1; Olshausen, 12. Aufl., § 224 Anm. 4). Dem lag der Gedanke zugrunde, die straferhöhende Bedeutung der Bestimmung des § 224 ginge verloren, wenn dem Täter zugute komme, daß der Fortschritt in der medizinischen Wissenschaft und in der Entwicklung ihrer Hilfsmittel den einmal eingetretenen schädlichen Erfolg künftig wettzumachen imstande sei (vgl. RGSt 72, 321; BGHSt aaO). Dieser Auffassung folgt ersichtlich auch das angefochtene Urteil, wenn es den möglichen späteren Heilerfolg durch entsprechende Maßnahmen, wie sie in der wörtlichen Übernahme des Urteilswortlauts näher beschrieben sind, unbeachtet lassen will.

E 5 Diese Meinung ist, was das Tatbestandsmerkmal der „dauernden Entstellung" angeht, durch neuere Rspr. des BGH als überholt anzusehen (vgl. BGHSt 24, 315), die sich ersichtlich der Kritik an der älteren Auffassung angeschlossen hat (vgl. u. a. LK aaO Rz. 13 u. Rz. 20 – im Gegensatz zur Vorauflage –; Wegner, NJW 66, 1849), und die nunmehr sogar die Verwendung von Surrogaten zur Behebung der Verletzungsfolgen in diesem Zusammenhang anerkennt. Was aber für dieses Tatbestandsmerkmal gilt, muß auch zumindest für den Teil der in § 224 angesprochenen Fähigkeiten Anwendung finden, die
6 nach dem derzeitigen Stande der Medizin einer solchen Heilung zugänglich sind (vgl. dazu van Els, NJW 74, 1074). Hierzu aber gehört die Sehfähigkeit. Auch für diese Umstände können nicht allein vom Täter geschaffene Anfangserfolge Gradmesser der besonderen Strafwürdigkeit sein, spätere Milderungen aber unberücksichtigt bleiben, nur weil sie von dem Ausmaß der ärztlichen Kunst und/oder der Verwendung von medizinisch-technischen Hilfsmitteln abhängen. Daß sich damit der Täterkreis – sogar fortschreitend – verkleinern könnte, ist im Hinblick auf § 226, für den ähnliche Erwägungen zutreffen, hinzunehmen (vgl. Wegner aaO LK aaO Rz. 13), ebenso, daß dem Täter ein nachträgliches Verhalten des Verletzten zustatten kommt, wenn jener sich dem erforderlichen operativen Eingriff unterzieht und sich des Ersatzes von Organteilen durch künstli-
7 che Surrogate bedient. Ob es hierbei auch auf den Willen des Verletzten und auf seine finanziellen Möglichkeiten ankommt (vgl. LK aaO; a. A. Wegner aaO), braucht der Senat im vorliegenden Falle nicht zu entscheiden, weil sich der Verletzte einer Operation des
8 verletzten Auges unterziehen will. Jedenfalls muß es darauf ankommen, ob die zumindest teilweise Wiederherstellung nach dem derzeitigen Stande der Augenheilkunde im vorliegenden Falle konkret zu erreichen ist.

Dafür besteht hier jedoch allenfalls eine vage Hoffnung, aber nicht eine solch hohe Erfolgsaussicht, daß der Verlust der Sehfähigkeit zugunsten des A bereits verneint werden könnte. Es ist festgestellt, daß die in Aussicht genommene Augenoperation ohnehin nur zu etwa 30% Erfolgschancen hat, und nur für den Fall, daß tatsächlich alle Maßnahmen anschlagen, könnten 5% bis 10% der normalen Sehkraft erreicht werden unter Verwendung entsprechender technischer Hilfsmittel. Bei solcher Lage ... ist die zu stellende Heilungsprognose vom jetzigen Standpunkt aus nahezu negativ; die geringeren Erfolgsaussichten kommen derzeit und auf längere Dauer – denn eine Operation kann erst in mehreren Jahren gewagt werden – faktisch einem Verlust gleich".

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Die im Mittelpunkt der Entscheidung stehende Frage nach dem „Verlust des Sehvermögens" scheint nur ein Einzelproblem des § 224 zu betreffen, ist jedoch von allgemeiner Bedeutung für die Behebbarkeit solcher Folgen (II 2). Überdies geht es auch hier weniger um das Auflisten von Kasuistik als vielmehr um das Herausarbeiten struktureller Probleme derartiger *erfolgsqualifizierter* Delikte. Deshalb ist nach einer allgemeinen systematischen Einordnung der §§ 225, 224 (I) und der Erörterung ihrer wichtigsten Einzelkriterien (II) auf bestimmte Eigentümlichkeiten im subjektiven Bereich (III) sowie beim Versuch (IV) einzugehen.

2 **I. Systematische Einordnung der §§ 224, 225:** Verhältnis zu den übrigen Körperverletzungstatbeständen (1) – Strukturelle Eigentümlichkeiten (2).

1. Gesetzt den Fall, im vorangehenden *Myom-Fall* Nr. 7 wäre A einer fahrlässigen Körperverletzung (§ 230) schuldig: käme dann möglicherweise sogar Strafschärfung nach §§ 224, 225 in Betracht, nachdem die Ausräumung der Gebärmutter absichtlich geschah? Nein; denn alle strafverschärften Körperverletzungen (§§ 223 a–226) setzen als **Grunddelikt** eine *vorsätzliche* Körperverletzung voraus, knüpfen also ausnahmslos an § 223 an. Im übrigen jedoch ist das **Verhältnis der §§ 223 ff untereinander** strittig:
3 – Die h. M. sieht sie in einer Art *Stufenverhältnis* hintereinandergeschaltet: Auf die „einfache" Körperverletzung (§ 223) folge als mittelschwere Modalität die „gefährliche" Körperverletzung (§ 223 a), der sich als weitere Verschärfungen die „schwere" (§ 224) sowie die „beabsichtigte schwere Körperverletzung" (§ 225) und schließlich die „Körperverletzung mit Todesfolge" (§ 226) anschließen. Demzufolge läßt man bei tatbestandlicher Verwirklichung mehrerer Erschwerungen die jeweils niedrigere in der höheren Modalität aufgehen: Für das Verhältnis des § 223 zu seinen (selbständigen oder unselbständigen) Qualifizierungen ergibt sich dies (unstreitig) bereits aus Spezialitätsgrundsätzen (vgl. Pfleger-Fall Nr. 6 A 4 ff). Dagegen liegen der Verdrängung des § 223 a durch die §§ 224, 225 (vgl. Narben-Fall BGH NJW 1967, 297/8) bzw. der §§ 223 a, 224, 225 durch § 226 (vgl. OGHSt 1, 113, Hirsch LK[9] § 226 Rn. 8 m. w. N.) Konsumtionserwägungen zugrunde (vgl. StrafR II Nr. 49 A 54 ff). Aus dieser Gesetzeskonkurrenz dürfte sich auch im vorliegenden Fall erklären, warum dem A neben § 224 nicht

A 3 auch noch § 223a (Messer als Tatwaffe) angelastet wurde. Lediglich dort, wo die schwere Körperverletzung im Versuch steckenbleibt, soll Idealkonkurrenz mit vollendeter gefährlicher Körperverletzung möglich sein (vgl. Vagina-Fall BGHSt 21, 194ff m. Anm. Schröder JZ 1967, 370: unten A 29f).

4 – Doch genau besehen heben sich die §§ 223a ff nicht bloß durch gleichartig fortschreitende Stufung, sondern auch durch *verschiedenartigen Handlungs-* und *Erfolgsunwert* voneinander ab: Während § 223a durch die besondere Gefährlichkeit der *Begehungsweise* gekennzeichnet ist, werden die §§ 224, 225 bzw. § 226 durch die Schwere des *Taterfolgs* charakterisiert, und zwar ohne daß sich das eine notwendig aus dem anderen ergeben müßte; denn so wenig die dauernde Entstellung gerade auf das mitbenutzte Messer rückführbar sein muß (sondern etwa schon aus einem schweren Faustschlag resultieren könnte), so wenig braucht etwa der Verlust des Augenlichts die Zwischenursache des letztendlichen Todeserfolgs zu sein. Dieser Verschiedenartigkeit des Unwertgehalts wird man am besten gerecht, wenn man zwischen den verschiedenen Qualifikationen des § 223 jedenfalls insoweit *Idealkonkurrenz* zuläßt, als ihnen im Einzelfall eigene Bedeutung zukommt (so namentlich bereits Schröder JZ 1965, 729; vgl. auch S/S-Stree 111 vor § 52). Über das Verhältnis der §§ 223ff zu Tötungsdelikten vgl. Raufhandel-Fall Nr. 9 A 61ff sowie StrafR II Nr. 49 A 50ff.

5 **2.** Seiner *Struktur* nach handelt es sich jedenfalls bei § 224 um ein sog. **erfolgsqualifiziertes Delikt.** Als solches ist es dadurch charakterisiert, daß mit einem bestimmten unrechts*begründenden* Tatbestandserfolg (hier Körperverletzung irgendwelcher Art i.S. von § 223) eine weitere straf*erschwerende* Folge (hier etwa Verlust des Sehvermögens) verknüpft ist. Allg. zu dieser Deliktsfigur sowie zu ihrer Abgrenzung von ähnlich erscheinenden Phänomenen Raufhandel-Fall Nr. 9 A 42ff. Während hier für das Grunddelikt (§ 223) Vorsätzlichkeit erforderlich ist, genügt für die „erfolgsqualifizierende" Folge (Verlust der Sehfähigkeit) grundsätzlich Fahrlässigkeit (§ 18). Doch bevor auf diese subjektiven Konsequenzen und die dabei erforderliche Abgrenzung zwischen § 224 und § 225 einzugehen ist (III), seien zunächst die infragekommenden Erfolgsqualifizierungen näher beleuchtet.

6 **II. Erfolgsqualifizierungen des § 224: „Schwere Körperverletzung".**
Das Gesetz mißt drei Arten von schweren Folgen strafschärfende Bedeutung bei:

7 **1. Verlust eines wichtigen Gliedes oder einer (bestimmten) Funktion:**
a) Für das geschützte *„Glied"* wird jedenfalls als Minimum für erforderlich gehalten, daß es sich um einen *Körperteil* handelt, der eine in sich *geschlossene Existenz mit besonderer Funktion im Gesamtorganismus* darstellt. Da aber danach auch innere Organe (wie z.B. Nieren) miterfaßt würden (so folgerichtig OLG Neustadt NJW 1961, 2076, Wessels II/1 § 5 IV 1c) und damit kaum noch eine Abgrenzung gegenüber den abschließend aufgezählten Funktionen (A 8) möglich wäre, versteht die h.M. unter Glied zu Recht nur *äußerlich* in Erscheinung tretende Körperteile (S/S-Stree § 224 Rn. 2, so jetzt auch Nieren-Fall BGHSt 28, 100 m. zust. Anm. Hirsch JZ 1979, 109, Ebert JA 1979, 278), die aber zudem auch noch durch Gelenke mit einem anderen Körperteil verbunden sein müssen (Blei II § 13 IV 1a, Horn SK § 224 Rn. 5, Lackner Anm. 2). Damit sind neben Armen und Beinen etwa auch die Finger erfaßt, während Verletzungen an Nase oder Ohrmuschel nur gegen dauernde Entstellung verschärft geschützt sind (vgl. BGH b. Dallinger MDR 1957, 267; weitergehend D-Tröndle § 224 Rn. 4). Ob es sich um ein *„wichtiges"* Glied handelt, ist nicht ausschließlich nach einem generellen Durchschnittsmaßstab (so jedoch die Rspr.: vgl. etwa Ringfinger-Fall RGSt 62, 161), sondern unter Berücksichtigung der *individuellen* Bedürfnisse des Betroffenen zu beurteilen (h.L.: vgl. S/S-Stree § 224 Rn. 2 m.w.N.). Deshalb kann beim Berufsgeiger selbst das letzte Glied des kleinen Fingers von Wichtigkeit sein.

8 – Im Unterschied zu den Gliedern sind die geschützten *„Funktionen"* abschließend aufgezählt: das *Sehvermögen* auf einem oder beiden Augen (daher kommt hier schon das Durchstechen des einen Augapfels in Frage), das *Gehör* (das aber im Unterschied zum Sehen beidseits verloren gehen muß), die *Sprache* (mit der die Fähigkeit zu artikuliertem Reden miterfaßt ist) sowie die *Zeugungs*fähigkeit (wozu unstreitig auch die Empfängnisfähigkeit zählt: vgl. Gebärmutter-Fall BGHSt 10, 312/5). Daher kommt bei einer vorsätzlichen Sterilisation ohne wirksame Einwilligung Strafschärfung nach §§ 224, 225 in Betracht (Myom-Fall Nr. 7 A 47).

9 b) Wann aber kann von einem *„Verlust"* dieser Körperteile bzw. Fähigkeiten gesprochen werden? Während die Rspr. jedenfalls bei Gliedern die völlige Lostrennung vom

A 9 Körper verlangt (vgl. RGSt 3, 34, ebenso D-Tröndle § 224 Rn. 3), läßt die h.M. durchgängig zu Recht schon *dauernde Funktionsunfähigkeit* genügen (Hirsch LK[9] § 224 Rn. 12, S/S-Stree § 224 Rn. 2 m.w.N.). Deshalb kann für den Geiger der kleine Finger schon durch Steifwerden verloren sein, ebenso wie hier das OLG einen Verlust des Sehvermögens schon bei erheblicher Beeinträchtigung der Wahrnehmungs- und Identifizierungsfähigkeit annehmen konnte (E 9). Welche Bedeutung aber ist der möglichen *künstlichen Behebbarkeit* einer Schädigung beizumessen? Diese Frage, die im vorliegenden Fall im Mittelpunkt stand, hat vor allem bei der zweiten Kategorie von Erfolgsqualifizierungen (A 10) besondere Bedeutung und wurde deshalb zu Recht von dorther entwickelt:

10 **2. Dauernde erhebliche Entstellung:** Eine solche Wirkung ist dort anzunehmen, wo der Verletzte in seinem äußeren Erscheinungsbild körperlich derart verändert ist, daß er im Verkehr mit seiner Umwelt auf Dauer psychisch beeinträchtigt sein kann (so etwa bei abgeschlagener Nasenspitze, Narbenbildungen am Hals oder ausgeschlagenen Zähnen). Als *„dauernd"* sind solche Entstellungen dann anzusehen, wenn sich ihr Ende im voraus nicht bestimmen läßt (D-Tröndle § 224 Rn. 8). Diese Faustregel ist freilich überall dort problematisch geworden, wo eine Verunstaltung durch ärztliche Maßnahmen (z.B. Schönheitsoperation) behoben oder durch künstliche Hilfsmittel (Zahnprothesen, Glasauge) verdeckt werden könnte. Kann damit die Entstellung überhaupt oder jedenfalls ihre Dauerhaftigkeit verneint werden?

11 – Die frühere Rspr. hat bloßen *künstlichen* Ersatz nicht genügen lassen, sondern lediglich bei Behebung der Entstellung durch den *natürlichen Heilungsprozeß*, vielleicht noch unterstützt durch medikamentöse Behandlung, § 224 verneint (vgl. die Nachw. bei E 4). In diesem Sinne wurde selbst im *Schneidezähne-Fall* **BGHSt 17, 161** die Ersetzbarkeit durch künstliche Zahnprothesen noch für unbeachtlich erklärt, und zwar nicht zuletzt deshalb, weil

[165] „der künstliche Ersatz eines Organs, auch von Zähnen, mit Recht nicht als vollgültige Wiederherstellung der früheren körperlichen Unversehrtheit eines Menschen gewertet" werden könne. Ebenso BGH NJW 1967, 297/8 im *Narben-Fall* bezüglich der Behebbarkeit durch eine kosmetische Operation.

12 – Demgegenüber wird von der h.L. die Dauerhaftigkeit einer Entstellung jedenfalls dort verneint, wenn sie *medizinisch-technisch* in absehbarer Zeit *möglich* und dem Verletzten *zumutbar* ist (vgl. Hirsch LK[9] § 224 Rn. 20, Horn SK § 224 Rn. 4 m.w.N.). Dieser Auffassung hat sich inzwischen auch der BGH in dem bei E 5 angeführten *Prothese-Fall* **BGHSt 24, 315** angeschlossen, wobei ihm die Entscheidung dadurch erleichtert wurde, daß der Verletzte anstelle seiner auseinanderstehenden Zähne eine „gut sitzende und gut aussehende Prothese" erhielt. Denn:

[317] „Für das Merkmal der dauernden schweren Entstellung ist nämlich allein das äußere Erscheinungsbild von Belang. Zwar mag im allgemeinen eine Zahnprothese, von der Funktion her **[318]** gesehen, weniger gute Dienste leisten als natürliche Zähne. Das ist aber aus Rechtsgründen nicht entscheidend. Denn das Gesetz hebt nur auf die Frage der ‚Entstellung' ab, also nur auf das Aussehen und nicht auf die Funktion" ... Daher könne „ein künstlicher Zahnersatz die durch den Verlust von vier Schneidezähnen möglicherweise eingetretene schwere Entstellung beseitigen". – Freilich bleiben auch damit noch manche Fragen offen: Wie lang darf die medizinische Behebungsphase dauern? Was ist dem Verletzten an Operationsrisiko oder finanziellen Belastungen zumutbar (vgl. E 7)? Zu derartigen Einzelproblemen vgl. insbes. Hanack JR 1972, 473f, Ulsenheimer JZ 1973, 64ff sowie Schröder JR 1967, 146f zum Narben-Fall (A 11).

13 Doch ungeachtet solcher individueller Bewertungsprobleme: Erkennt man i.S. dieser neueren Auffassung auch künstliche Korrekturmöglichkeiten im Prinzip als beachtlich an – und das erscheint schon deshalb unausweichlich, weil die Grenze zwischen konservativer Heilung und operativer Medizin immer fließender wird –, so steht nichts im Wege, diesen Gedanken auch für die Frage nach dem endgültigen „Verlust" von *Gliedern* und *Funktionen* der 1. Schadenskategorie (A 7ff) nutzbar zu machen. Diesen Schritt hat hier das OLG getan, indem es in einer Art (täterbegünstigender) Analogie die Behebbarkeit der Funktionsbeeinträchtigung jedenfalls bei solchen Fähigkeiten für relevant erklärt hat, die nach dem derzeitigen Stand der Medizin einer Heilung zugänglich sind (E 6). Und dazu gehört regelmäßig auch die Sehkraft (vgl. van Els NJW 1974, 1074). Dementsprechend ist auch bei einem zunächst abgetrennten Glied, das operativ wieder angefügt und gebrauchsfähig gemacht werden kann, die Endgültigkeit des Verlusts zu verneinen (Hirsch LK[9] § 224 Rn. 12).

A 14 Freilich: Warum blieb hier dieser Weg dem A letztlich dann doch verschlossen? Weil die Verbesserungsaussichten für O faktisch minimal waren (E 9) und ein derart hoher Unsicherheitsfaktor nicht zu Lasten des Opfers gehen darf (vgl. Horn SK § 224 Rn. 4, S/S-Stree § 224 Rn. 4a gegen van Els NJW 1974, 1076). – Damit stellt sich die Frage nach etwaigen weiteren Strafschärfungsvoraussetzungen. Zuvor jedoch ist noch eine dritte Gruppe von Erfolgsqualifizierungen zu nennen:

15 3. **Verfallen in Siechtum, Lähmung oder Geisteskrankheit:** Mit *Siechtum* ist ein chronischer, den Gesamtorganismus des Verletzten ergreifender Krankheitszustand gemeint, der mit dem Schwinden der körperlichen und/oder geistigen Kräfte verbunden ist und allgemeine Hinfälligkeit zur Folge hat (vgl. Hirnsubstanzschädigungs-Fall BGH b. Dallinger MDR 1968, 17). *Lähmung* setzt zumindest Bewegungsunfähigkeit eines Körperteils voraus (vgl. Hüftgelenk-Fall RG HRR 2, 260). Die *Geisteskrankheit* erfaßt alle krankhaften seelischen Störungen. In einen dieser Zustände *verfallen* zu sein, setzt zwar nicht Unheilbarkeit wohl aber eine chronische und für den Gesamtorganismus erhebliche Beeinträchtigung voraus. Vgl. im einzelnen Hirsch LK[9] § 224 Rn. 22ff.

16 **III. Zurechenbarkeit der Erfolgsqualifizierung (§§ 224, 18; 225).**

1. Soweit das Gesetz für eine Erfolgsqualifizierung keine schärferen Anforderungen stellt (vgl. Raufhandel-Fall Nr. 9 A 45), ist für die Herbeiführung der schweren Folge grundsätzlich **Fahrlässigkeit** genügend (§ 18): so bei dem hier infragestehenden § 224. Strittig ist jedoch, welche Einzelanforderungen an die Fahrlässigkeitshaftung zu stellen sind: Soll etwa jede Art von Pflichtverletzung (u.U. auch eine nachträgliche) genügen? Oder muß die erfolgsqualifizierende Ursache bereits pflichtwidrig durch das Grunddelikt geschaffen worden sein? Zu diesen Fragen, die sich noch verschärft bei § 226 stellen und daher dort auf allgemeinerer Basis behandelt werden sollen (Nr. 9 A 42ff), hier zunächst nur folgende Feststellung:

17 – Nach der überkommenen Auffassung reicht für die Zurechnung der schweren Folge, daß sie nach allgemeinen Kausalitätsgrundsätzen auf die vorsätzliche Körperverletzung *rückführbar* ist (Äquivalenztheorie: StrafR I Nr. 4 A 5ff, 18ff) und dieser Kausalverlauf auch nach allgemeinen Fahrlässigkeitsgrundsätzen (StrafR II Nr. 21 A 22ff) *voraussehbar* war (vgl. S/S-Cramer § 18 Rn. 4f und S/S-Stree § 224 Rn. 8). Dementsprechend ist u.U. auch noch eine Folge zurechenbar, die erst auf dem Transport des Opfers ins Krankenhaus eintritt (z.B. weil der Täter den Verletzten unsachgemäß gelagert hat).

18 – Demgegenüber wird von einer vordringenden Auffassung eine *„tatbestandsspezifische Gefahr"* verlangt (Hirsch LK[9] § 224 Rn. 6, Rudolphi SK § 18 Rn. 3, Wessels II/1 § 5 V 1). Das bedeutet, daß sich in der schweren Folge gerade die der vorsätzlichen Körperverletzung innewohnende spezifische Gefährlichkeit niedergeschlagen hat. Demzufolge wäre § 224 etwa dort zu verneinen, wo die Sehkraft nicht bereits durch den Stich, sondern etwa dadurch verloren geht, daß bei Behandlung einer vorsätzlichen Kopfverletzung dem Arzt ein Instrument ausrutscht und in das Auge des Patienten fällt.

19 Im vorliegenden Fall spielt dieser Meinungsstreit jedoch letztlich keine Rolle, da das Herumfuchteln mit einem Messer in der Tat „leicht ins Auge gehen" und daher selbst nach der (wohl vorzuziehenden) strengeren Auffassung (A 18) Fahrlässigkeitshaftung nach § 224 bejaht werden kann.

20 2. Dagegen scheidet Strafschärfung nach **§ 225** aus, weil dafür die **absichtliche** Herbeiführung der Erfolgsqualifizierung vorausgesetzt wird. Dafür hätte es A zumindest i.S. *direkten Vorsatzes* (wenn auch nicht notwendig mit Absicht i.e.S.) auf die Beeinträchtigung der Sehkraft des O absehen müssen (vgl. StrafR I Nr. 3 A 39ff, S/S-Stree § 225 Rn. 2). § 224 und § 225 unterscheiden sich somit praktisch nur auf *subjektiver* Ebene:

- Während § 224 die *fahrlässig* oder *bedingt vorsätzlich* herbeigeführte Erfolgsqualifizierung erfaßt,
- greift Strafschärfung nach § 225 bei *direkt vorsätzlich* bewirkten Folgen ein.

21 **IV. Exkurs: Versuch des erfolgsqualifizierten Delikts.**

Gesetzt den Fall, O hätte nicht durch den Messerstich, sondern dadurch sein Sehvermögen eingebüßt, daß er dem Angriff des A auszuweichen versuchte, dadurch stürzte und dabei mit seinem Auge in eine am Boden liegende Glasscherbe geriet (Fall 1): Käme dann etwa Versuch von § 224 in Betracht? Und hätte Gleiches für den Fall zu gelten,

A 21 daß A die Sehkraft des O mit seinem Stich absichtlich zerstören wollte, die Verletzung sich jedoch als heilbar erwies (Fall 2)? Damit ist ein allgemeines Problem aufgeworfen: die Möglichkeit des Versuchs von erfolgsqualifizierten Delikten. Dabei sind im wesentlichen zwei Fallkonstellationen auseinanderzuhalten:

22 1. Für die erste Fallgruppe ist charakteristisch, daß das *Grunddelikt* im *Versuch* steckenbleibt, während die **Erfolgsqualifizierung** bereits aufgrund der Versuchshandlung tatsächlich **eintritt.**

23 a) Nach einer Mindermeinung soll hier grundsätzlich **Versuch möglich** sein (so S/S-Cramer § 18 Rn. 9, Ulsenheimer GA 1966, 257 und wohl auch Wessels I § 14 II 4c). Danach wäre in Fall 1 (A 21) der A wegen versuchter schwerer Körperverletzung (§§ 224, 22) strafbar (vgl. S/S-Stree § 224 Rn. 10, § 226 Rn. 6).

24 In diesem Sinne wurde auch im *Benzin-Fall* **BGHSt 20, 230** der Versuch einer besonders schweren Brandstiftung (§ 307 Nr. 1) jedenfalls dann für möglich erklärt, **[231]** „wenn beim Inbrandsetzen ein Mensch vom brennenden Zündstoff tödlich verletzt wird, ohne daß es zu einem Brand der Räumlichkeiten kommt". Anders sei die Sachlage aber dann zu beurteilen, „wenn der Versuch der Brandstiftung fehlschlägt und der Tod eines Menschen anschließend durch andere, mit dem Brande weder unmittelbar noch mittelbar zusammenhängende Umstände herbeigeführt wird". Diese Einschränkung dürfte daraus zu erklären sein, daß es dann an der „tatbestandsspezifischen Gefährlichkeit" der Brandstiftungshandlung fehlt. Vgl. oben A 18, sowie Raufhandel-Fall Nr. 9 A 8f.

25 b) Demgegenüber will eine vordringende Auffassung die Möglichkeit eines Versuchs wohl zu Recht von der jeweiligen *tatbestandlichen Struktur* abhängig machen (so namentlich Hirsch LK[9] § 224 Rn. 30, Jescheck § 49 VII 2a, Rudolphi SK § 18 Rn. 7) und dabei folgendermaßen **differenzieren:**

26 – Genügt für den fraglichen Tatbestand, daß die schwere Folge bereits durch eine tatbestandsmäßige *Handlung* verursacht werden kann, so ist Versuch möglich: so insbes. im Falle von §§ 178, 251, wo das Opfer bereits durch die Gewaltanwendung den Tod findet, ohne daß dem Täter der Beischlaf bzw. die Wegnahme gelungen wäre: vgl. RGSt 62, 422 zu § 251 a.F. sowie RGSt 69, 332 zu § 178 a.F.

27 – Dagegen ist Versuch ausgeschlossen, wo sich die qualifizierende Folge gerade aus dem vorsätzlich herbeigeführten *Erfolg* des Grunddelikts ergeben muß. Und das ist sowohl bei § 224 wie auch bei § 226 der Fall. Demzufolge ist in Fall 1 (A 21) Versuch von § 224 zu verneinen, da O nicht durch den beabsichtigten Stich des A, sondern durch den Sturz sein Auge verletzte; stattdessen käme allenfalls § 230 in Betracht. Vgl. dazu auch die Unmittelbarkeitsproblematik des Pistolenschlag-Falles bei Nr. 9 A 6.

28 2. Für die zweite Fallgruppe ist charakteristisch, daß zwar das *Grunddelikt vollendet* wird, jedoch die beabsichtigte **schwere Folge ausbleibt.** Für diesen Fall 2 (A 21) wird nahezu einmütig Versuch bejaht, da § 18 die vorsätzliche Begehung eines erfolgsqualifizierten Delikts nicht ausschließe und der Täter ja mit Qualifikationsvorsatz gehandelt habe (vgl. Hirsch LK[9] § 224 Rn. 28, Jescheck § 49 VII 2b, Rudolphi SK § 18 Rn. 8, S/S-Cramer § 18 Rn. 10 m.w.N.)

29 In diesem Sinne wurde auch im *Vagina-Fall* **BGHSt 21, 194** Versuch von § 224 bejaht. Denn: „Die schweren Folgen des § 224 können durch eine vorsätzliche Körperverletzung sowohl fahrlässig als auch vorsätzlich herbeigeführt werden (vgl. § 56 [a.F.; jetzt § 18]). Im letzteren Falle tritt allerdings, wenn die Folgen ‚beabsichtigt' sind, d.h. mit direktem Vorsatz herbeigeführt werden, § 225 ein. Das LG hat aber bei A nur bedingten Vorsatz festgestellt. Der A hat bei seinem Schuß auf den Geschlechtsteil der Verletzten damit gerechnet und es billigend in Kauf genommen, daß sie die ‚Zeugungsfähigkeit', d.h. hier die Empfängnisfähigkeit verlieren werde. Er hat mit unbedingtem Verletzungsvorsatz und mit bedingtem Vorsatz hinsichtlich **[195]** der schweren Folge gehandelt. Es ist daher § 224 anwendbar. Da die schwere Körperverletzung des § 224 ein Verbrechen ist, ist auch der Versuch strafbar (§§ 1, 43 [a.F.; jetzt §§ 12 I, 23]). Das ist im neueren Schrifttum zumindest für den Fall überwiegend anerkannt, daß das Grunddelikt, nämlich die Körperverletzung nach § 223 oder § 223a, vollendet ist".

30 Demgegenüber hat jedoch *Schröder* zu Recht darauf hingewiesen, daß die schweren Folgen ihres Charakters als Erfolgsqualifizierungen beraubt und unzulässigerweise zu echten TBmerkmalen umfunktioniert werden, wenn sie dem Täter auch als nur erstrebt (und nicht tatsächlich eingetreten) angelastet werden könnten (vgl. JZ 1967, 368 sowie Schönke-Schröder[17] § 56 Rn. 9). Danach wäre in Fall 2 (A 21) Versuch von § 224 zu *verneinen* und lediglich nach § 223 (bzw. § 223a) zu verurteilen.

A 31 **Schrifttum:** Vgl. die Angaben zu Nr. 6, ferner die Kommentare zu §§ 224, 225. Speziell zu **schweren Folgen:** *van Els,* Verlust des Sehvermögens und anderer in § 224 StGB genannter Fähigkeiten, NJW 1974, 1074. Speziell zum *Prothese-Fall* (A 12): Blei JA 1972, 513; Hanack, JR 1972, 473f; *Ulsenheimer* JZ 1973, 64ff; zum *Narben-Fall* (A 11): *Schröder* JR 1967, 146f.

Speziell zum **erfolgsqualifizierten Delikt:** vgl. die Angaben zu Nr. 9, zu dessen **Versuch:** *Baumann* § 33 I 5; *Blei* I § 65 III 2; *D-Tröndle* § 18 Rn. 5; *Jescheck* § 49 VII 2; *M-Zipf* I/1 § 34 V A; *Otto* I § 19 IV 6; *Rudolphi* SK § 18 Rn. 7f; *S/S-Cramer* § 18 Rn. 8ff; *Wessels* I § 14 II 4b sowie *Ulsenheimer,* Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1966, 257; ferner zum *Vagina-Fall* (A 29): Schröder JZ 1967, 368.

Körperverletzung mit Todesfolge (§ 226) – Beteiligung an einer Schlägerei (§ 227) – Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination – Objektive Strafbarkeitsbedingung – Konkurrenz mit Tötungsdelikten

BGHSt 15, 369: Raufhandel-Fall
1 StR 624/60 v. 21. 2. 1961 = NJW 1961, 839

SV **Sachverhalt:** Zwischen AS und K kam es zu einem Streit. Als schließlich AS von K tätlich angegriffen wurde, trat JS, der Vater des AS, dazwischen, um den Streit zu schlichten oder seinem Sohn zu Hilfe zu kommen. Darauf mischte sich auch der hier angeklagte A ein, indem er den JS angriff, um dessen Eingreifen zu verhindern. Dabei erhielt JS einen so schweren Faustschlag, daß er den Tod fand.

P **Zur Problemstellung:** Ist A wegen *Körperverletzung mit Todesfolge* (§ 226) schuldig? Genügt dafür schon Fahrlässigkeit?

– Kommt darüber hinaus *Beteiligung an einer Schlägerei* (§ 227) in Betracht? Könnte dem entgegenstehen, daß sich AS in einer Notwehrlage befand und JS lediglich als Streitschlichter dazwischentreten wollte?

– Ist für § 227 nachzuweisen, *von wem* der tödliche Schlag ausging?

– In welchem *Konkurrenzverhältnis* stehen die infragekommenden Tatbestände zueinander?

Die Verurteilung des A nach § 226 hielt der BGH keiner näheren Begründung für bedürftig. Zu § 227 wird ausgeführt:

E 1 **Aus den Gründen: [369]** „Die Verurteilung wegen Raufhandels ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Der A war schuldhaft an einer Schlägerei beteiligt, durch die der Tod eines Menschen verursacht wurde. Schlägerei ist Streit mit gegenseitigen Körperverletzungen zwischen mindestens drei Personen ...

2 **[370]** a) Das Tatbestandsmerkmal der Schlägerei ist immer schon dann zu bejahen, wenn an einer mit gegenseitigen Körperverletzungen verbundenen Auseinandersetzung mehr als zwei Personen mitwirken; ob sie durch eigenes Verschulden in den Streit ver-

3 wickelt wurden, ist dabei ohne Bedeutung. Das folgt aus dem Grundgedanken des § 227 ebenso wie aus dem Wortlaut dieser Bestimmung. Bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen mehr als zwei Personen läßt sich in der Regel nur schwer ermitteln, wer einen bestimmten Verletzungserfolg verursacht und ob er dabei rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat. Der Gefahr, daß deshalb schwerwiegendes Unrecht ungesühnt bleiben müßte, begegnet die Vorschrift des § 227 StGB, indem sie schon die Beteiligung an einer tätlichen Auseinandersetzung als solche mit Strafe bedroht, wenn mehr als zwei Perso-

4 nen in den Streit verwickelt sind. Dem Grundgedanken dieser Bestimmung zuwiderlaufen würde es daher, wenn man für die Frage, ob es sich bei einer tätlichen Auseinandersetzung um eine Schlägerei i. S. des § 227 handelt, darauf abheben wollte, ob mindestens drei der mitwirkenden Personen *schuldhaft* in sie hineingezogen wurden.

5 Das *RG* hat in *RGSt.* 9, 370/380 die Wendung gebraucht, Beteiligung an einer Schlägerei umfasse jeden, nicht ohne sein Verschulden in eine Schlägerei Mitverwickelten. Das ist mißverständlich. Die Erläuterung des *RG* trifft nicht auf die Beteiligung als solche, sondern auf die nach § 227 *strafbare* Beteiligung an einer Schlägerei zu. Daß das Verschulden der einzelnen in den Streit verwickelten Personen nur für ihre strafrechtliche Haftung, nicht aber für die Auslegung des Begriffs der Beteiligung an einer Schlägerei erheblich sein kann, folgt klar aus dem Wortlaut des Gesetzes. Danach ist nämlich jeder zu bestrafen, der sich an einer Schlägerei beteiligt hat, falls er nicht ohne sein Verschul-

6 den hineingezogen wurde. Das Gesetz unterscheidet also zwischen der schuldlosen und der schuldhaften Beteiligung; **[371]** es läßt den schuldlos Beteiligten zwar straffrei, doch kann wegen seiner Beteiligung eine tätliche Auseinandersetzung eine Schlägerei i. S. des § 227 sein.

7 Es ist demnach ohne rechtliche Bedeutung, daß AS weder rechtswidrig noch schuldhaft handelte. Im Schrifttum ist verschiedentlich darauf hingewiesen worden, daß sich an einer Schlägerei nicht beteilige, wer nur Gegenstand eines Angriffs sei (u. a. Olshausen, 12. Aufl. § 227 Anm. 7; Schönke-Schröder, 9. Aufl. § 227 Anm. III 1; LK, 8. Aufl. § 227 Anm. II 2a). Damit ist jedoch nicht gemeint, daß jeder, der angegriffen wird und sich in einer Notwehrlage befindet, deshalb nicht als Beteiligter i. S. des § 227 anzusehen sei. Vielmehr gilt dies nur – wie Frank (18. Aufl. § 227 Anm. I) zutreffend ausführt – für den

E 7 Angegriffenen, der sich auf bloße *Schutz*wehr beschränkt. Wer z.B. nur die Arme oder einen Gegenstand vor sich hält, um Angriffe abzuwehren, ist an der Schlägerei nicht
8 beteiligt. Dagegen ist Beteiligter, wer – wie hier AS – zur Abwehr eines Angriffes gegen
9 den Angreifer vorgeht und diesem Körperverletzungen zufügt. Zwar hat der *BGH* in GA 60, 213 bei der Aufzählung der an einer Schlägerei Beteiligten den Angegriffenen nicht miterwähnt. Doch steht die Entscheidung der hier vertretenen Rechtsauffassung nicht entgegen; denn aus ihr geht nicht hervor, daß der Angegriffene über eine bloße Schutzwehr hinausgegangen war. Überdies war es dort ohne Bedeutung, ob der Angegriffene als Beteiligter angesehen wurde, da drei andere Personen an der Schlägerei beteiligt waren.

10 b) Dritter Beteiligter an der Auseinandersetzung – die damit zur Schlägerei i.S. des § 227 wurde – war der A. Er hat sich zwar nicht gegen einen der beiden bereits Streitenden selbst gewandt, sondern gegen JS, der den Streit schlichten oder seinem Sohne zu Hilfe kommen wollte. Da es aber sein Ziel war, das berechtigte Eingreifen JS's zu verhindern, stand sein Angriff gegen diesen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Streit zwischen AS und K; **[372]** er sollte zumindest den Fortgang dieses Streites fördern. Damit hat sich der A an der Auseinandersetzung zwischen K und AS beteiligt (vgl. *RG* JW 1932, 948/9).

11 **[NJW 1961, 840]** c) Die Ausführungen des SchwG zur Schuld des A bei der Beteiligung
12 am Raufhandel sind frei von Rechtsfehlern. Zutreffend ist schließlich auch die Annahme, daß der Raufhandel in Tateinheit mit der vorsätzlichen Körperverletzung mit Todesfolge steht."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Die vom BGH als selbstverständlich angenommene *Körperverletzung mit Todesfolge* (E 12) gibt Gelegenheit, die bereits im vorangehenden Fall angesprochene Problematik der *erfolgsqualifizierten Delikte* im Hinblick auf § 226 weiter zu vertiefen (I). Sodann rückt mit dem früher als *„Raufhandel"* (E 1) bezeichneten § 227 ein GefährdungsTB in den Mittelpunkt (II). Die dabei auftretende Problematik der sog. *objektiven Strafbarkeitsbedingungen* gibt Veranlassung zu einer strukturvergleichenden Abgrenzung von scheinbar ähnlichen *Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen* (III). Abschließend ist die *Konkurrenz von Körperverletzungs- mit Tötungsdelikten* zu erörtern (IV).

1 **I. Körperverletzung mit Todesfolge (§ 226).**

Als RevG brauchte der BGH darauf nicht mehr einzugehen, da dieser Tatbestand vom SchwG offenbar bereits fehlerfrei begründet war. Doch welche Voraussetzungen mußten dafür gegeben sein? Bei § 226 handelt es sich unstreitig um ein sog. *erfolgsqualifiziertes Delikt* i.S. von § 18 (vgl. dazu bereits Augapfel-Fall Nr. 8 A 5, 16ff sowie unten A 12, 43ff). Dafür sind bei § 226 vier Elemente wesentlich:

2 1. Als **GrundTB** eine **vorsätzliche Körperverletzung** (= KV). Worin diese hier bestand, ist im Urteil nicht näher festgestellt. Jedenfalls genügt aber dafür jede Verletzung i.S. von § 223 oder § 223b (Lackner § 226 Anm. 2, S/S-Stree § 226 Rn. 1; and. zu § 223b Hirsch LK[9] § 226 Rn. 1, Horn SK § 226 Rn. 3).

3 2. Als **Erfolgsqualifizierung** der **Tod** des Verletzten: hier des JS.

4 3. **Kausalzusammenhang** zwischen der vorsätzlichen KV und dem *Tod*. Dafür gelten zunächst einmal die allgemeinen Kausalitätsgrundsätze (StrafR I Nr. 4). Das bedeutet auf dem Boden der vorherrschenden Äquivalenztheorie, daß einerseits die vorsätzliche KV zumindest *condicio sine qua non* für den Tod gewesen sein muß, aber dadurch andererseits auch *ungewöhnliche* Kausalverläufe erfaßbar bleiben (vgl. Gesichtsschlag-Fall BGHSt 1, 332/3: StrafR I Nr. 4 E 6, A 18). Allerdings müßte damit der Zurechnungsbereich fast uferlos weit geraten. Deshalb versucht man die Zurechenbarkeit der Todesfolge bei § 226 vor allem auf zweifache Weise *einzuschränken:*

5 a) Zum einen durch das Erfordernis einer sog. **„Durchgangskausalität"**. Danach ist der Tod nur dann zurechenbar, wenn er aus dem vorsätzlich verwirklichten KV-*Erfolg* als solchem (und nicht nur aus dem darauf gerichteten *Handeln*) resultiert. An diesem *speziellen Zusammenhang zwischen vorsätzlichem KV-***Erfolg** *und Tod* würde es etwa dort fehlen, wo der Täter das Opfer mit seiner Pistole schlagen will, sich dabei jedoch ein Schuß löst, der zum Tod des Opfers führt. Zwar geht auch dabei – wie im Grunde bei jeder tödlichen Verletzung – dem Todeseintritt zumindest für eine „logische Sekunde" eine KV voraus. Da dieser konkrete KV-Erfolg durch Schuß jedoch nicht beabsichtigt war, fehle es an der Rückführbarkeit des Todes auf den beabsichtigten KV-Erfolg. Deshalb wurde von RGSt 44, 137 in einem solchen Fall § 226 verneint (ebenso

A 5 Hirsch LK[9] § 226 Rn. 3, Lackner § 226 Anm. 1, Maurach BT[5] § 9 II D 1, Welzel § 39 VI).

6 – Demgegenüber wurde im gleichgelagerten *Pistolenschlag-Fall* **BGHSt 14, 110,** wo der A den am Boden liegenden S mit seiner Dienstpistole mehrmals an den Hinterkopf stieß, wobei sich versehentlich ein für S tödlicher Schuß löste, weniger auf den vorsätzlichen KV-*Erfolg* (Verletzung durch Schlag auf den Kopf) als vielmehr darauf abgestellt, daß der *Tod auf eine von Verletzungsvorsatz getragene* **Handlung** (Schlagen mit Pistole) rückführbar ist. Denn:

7 **[111]** „Die Auffassung des RG [und der h.L. oben A 5] wäre nur dann unabweisbar, wenn der Gesetzgeber in § 226 unter Körperverletzung nur die dem Opfer vorsätzlich zugefügte Körperbeschädigung als solche verstanden hätte. In diesem Falle könnte dann in der Tat eine Todesfolge nur dann tatbestandsmäßig i.S. des § 226 sein, wenn gerade die von dem Täter **[112]** mit Wissen und Willen herbeigeführte Körperbeschädigung des Opfers den Tod verursacht hätte ... So ist aber der Begriff der Körperverletzung in § 226 nicht zu verstehen. Er umfaßt vielmehr ... nicht bloß den Erfolg, den der Täter durch seine Tat unmittelbar herbeiführt und herbeiführen will, sondern bezieht sich in erster Linie auf die den Erfolg herbeiführende Tätigkeit, mag diese nun im Führen eines Schlages oder Stoßes oder in einer sonstigen Einwirkung auf den Körper des Opfers bestehen. Geht man hiervon aus, so bestand die Körperverletzung darin, daß der A mit der Pistole auf den Kopf des am Boden liegenden S einschlug oder einstieß. Sie umfaßte also den ganzen Vorgang vom Ausholen mit der vom A willentlich als Schlagwaffe benutzten Pistole bis zu ihrem Aufschlag auf dem Kopf des Opfers und der dadurch entstandenen Verletzung. Für die Anwendung des § 226 kommt es deshalb darauf an, ob die Körperverletzungs*handlung* zum Tode des Angegriffenen geführt hat, also m.a.W. der von dem Willen, das Opfer zu verletzen, getragene und diese Verletzung im Ergebnis auch bewirkende Tätigkeitsakt zugleich auch den Tod des Opfers herbeiführte." – Trotz seiner Kritik an dieser Entscheidung kommt auch *Schröder* JR 1971, 207f zu weitgehend gleichen Ergebnissen, wenn er jeden zum Tode führenden Körperverletzungserfolg, sofern er nur im Rahmen *unwesentlicher Abweichungen* vom vorgestellten Kausalverlauf als vorsätzlich zurechenbar ist, ausreichen läßt (i.gl.S. M-Schroeder II/1 § 9 II D 1). Vgl. auch die Kritik von Deubner NJW 1960, 1068, Hirsch LK[9] § 226 Rn. 3.

8 – Indes kann keiner dieser Ansätze, die einerseits zu eng am Wortlaut des § 226 haften (A 5), andererseits dem Einschränkungsbedürfnis nicht hinreichend Rechnung tragen (A 6f), voll überzeugen. Entscheidend muß vielmehr der dem § 226 zugrundeliegende Gefährlichkeitsgedanke sein: Zurechenbar sind danach nur solche tödlichen Folgen, in denen sich eine der vorsätzlichen KV innewohnende **„tatbestandsspezifische Gefahr"** niedergeschlagen hat, wobei im übrigen jedoch gleichgültig ist, ob sich diese aus der spezifischen Gefährlichkeit des KV-*Erfolgs* oder der ihn bewirkenden oder begleitenden KV-*Handlung* ergibt (Wessels II/1 § 5 V 1; vgl. auch Geilen Welzel-FS 674ff, Rudolphi SK § 18 Rn. 3). In diese Richtung scheint sich auch die neuere **BGH**-Rspr. zu entwickeln. Nach ersten Andeutungen dazu im Absturz-Fall (A 11) wurde darauf vor allem im *Leberverfettungs-Fall* **MDR 1976, 16** (bei Dallinger) abgehoben:

9 Dort hatte A den Kopf des B mehrmals so fest auf eine Bank aufgeschlagen, daß eine Hirnschlagader riß. Obgleich der Tod möglicherweise nur deshalb eintrat, weil eine Leberverfettung, die die Blutgerinnungsfähigkeit beeinträchtigte, vom Operateur nicht rechtzeitig bemerkt worden war, wurde die für § 226 erforderliche Kausalität bejaht. Denn: „Der Eintritt des Todes war *Ausdruck der dem Grundtatbestand (§ 223) innewohnenden Gefahr* [Hervorhebung von mir]. Wuchtiges Aufschlagen des Kopfes kann Gehirnblutungen und den Tod zur Folge haben. Daran ändert nichts, daß beim Opfer die Blutgerinnungsfähigkeit infolge eines Leberleidens schlechter als bei Gesunden war und daß die Hirnblutung von den behandelnden Ärzten nicht rechtzeitig erkannt worden war. Der A hat die Bedingung für den Eintritt des Todes durch seine Verletzungshandlung gesetzt. Der dadurch geschaffenen eigentümlichen Gefahr ist der Getötete auch dann erlegen, wenn die weiteren Faktoren dabei mitgewirkt haben". – Danach wäre auch im *Pistolenschlag-Fall* (A 6f) § 226 im Ergebnis zu Recht zu bejahen, da bei Schlagen auf den Kopf mit einer entsicherten Pistole und dem Finger am Abzugsbügel die Gefahr, daß sich ein Schuß löst, mehr als naheliegt (Wessels II/1 § 5 V 1). Gleiches gilt für den Fall, daß das Opfer in ein vorbeifahrendes Auto oder eine laufende Maschine gestoßen wird (vgl. Teigmaschinen-Fall OGHSt 1, 357).

10 b) Daraus ergibt sich im Grunde auch schon das **Unmittelbarkeitserfordernis:** Danach muß die Todesfolge aus der KV als solcher hervorgehen, so daß mittelbare Einwirkungen (wie etwa durch rechtswidriges Eingreifen Dritter oder Selbstschädigungen des Opfers bei der Flucht) jedenfalls nicht nach § 226 zurechenbar sind (vgl. Hirsch LK[9]

A 10 § 226 Rn. 4 m.w.N.; teils abw. Stree GA 1960, 289). Daher kann man die Frage, ob JS den Tod durch einen Schlag des A oder sonstwie im Gerangel fand, bei § 226 nicht auf sich beruhen lassen; denn anders als bei § 227, wo es lediglich auf den Kausalzusammenhang zwischen der Schlägerei und dem Tod des JS ankommen wird (vgl. unten A 31), muß bei § 226 der Tod auf eine dem A individuell zurechenbare KV gegenüber JS rückführbar sein. Das wird man – mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im SV – hier unterstellen dürfen.

11 Instruktiv dazu der *Absturz-Fall* **BGH NJW 1971, 152,** wo die von A tödlich angegriffene Hausgehilfin H der weiteren Bedrohung zu entgehen hoffte, indem sie durch ihr Zimmerfenster auf einen Balkon zu flüchten versuchte, dabei jedoch tödlich abstürzte. Gegen die Annahme von § 226 führt der BGH aus: **[153]** „Aus dem Sinn und Zweck des § 226 ergibt sich, daß hier eine engere Beziehung zwischen der Körperverletzungshandlung und dem tödlichen Erfolg gefordert ist, als sie ein Ursachenzusammenhang nach der Bedingungstheorie voraussetzt. Entgegengewirkt werden sollte mit der Schaffung der Vorschrift der der Körperverletzung anhaftenden spezifischen Gefahr des Eintritts des qualifizierenden Erfolges (vgl. Oehler ZStW 69, 503/513). In einem tödlichen Ausgang, der unmittelbar erst durch das Eingreifen eines Dritten oder das Verhalten des Opfers selbst herbeigeführt wurde, hat sich aber nicht mehr die dem Grundtatbestand (§ 223) eigentümliche Gefahr niedergeschlagen (vgl. Ulsenheimer GA 1966, 257/268), die der Gesetzgeber im Auge hatte. Auch die hohe Mindeststrafe des § 226 spricht für eine einschränkende Auslegung".

12 4. Weitere Zurechnungsbeschränkungen ergeben sich schließlich daraus, daß der erfolgsqualifizierende Tod **fahrlässig** herbeigeführt sein muß (§ 18; im Falle von Vorsatz vgl. A 61). Dies setzt nach allgemeinen Fahrlässigkeitsgrundsätzen (StrafR II Nr. 21 A 10ff) vor allem zweierlei voraus:

– objektiv und subjektiv sorgfaltswidriges Verhalten sowie
– Voraussehbarkeit des tödlichen Erfolgs.

13 Das ist in der Sache unbestritten. Da jedoch der Täter aufgrund schuldhafter Verwirklichung des Grunddelikts stets objektiv und subjektiv pflichtwidrig handele, soll nach der h.M. bei erfolgsqualifizierten Delikten jeweils nur noch die Voraussehbarkeit des Erfolgs einer besonderen Prüfung bedürfen (Jescheck § 54 III 2, Wessels II/1 § 5 V 2).

14 So auch *Gehirnerschütterungs-Fall* **BGHSt 24, 213,** wo A seinem Mitzecher E derart schwere Schläge gegen den Kopf versetzte, daß dieser eine Gehirnerschütterung erlitt, die zur Bewußtlosigkeit führte, wobei E in diesem Zustand seinen Mageninhalt erbrach und daran erstickte. Zu der Frage, ob dem A diese Folge im Hinblick auf seine eigene alkoholbedingte Herabminderung der Schuldfähigkeit als fahrlässig vorwerfbar war, führt der BGH aus: **[215]** „Bei den sog. erfolgsqualifizierten Delikten führt der Täter den schweren Erfolg dann schon fahrlässig herbei, wenn er ihn voraussehen kann und muß. Da der Täter das Grunddelikt schuldhaft verwirklicht, handelt er stets objektiv und subjektiv pflichtwidrig. Seine Handlung stellt bereits aus diesem Grunde eine vorwerfbare Sorgfaltsverletzung auch hinsichtlich des schweren Erfolgs dar. Den Vorwurf mangelnder Sorgfalt nach Grunddelikt einerseits und der Herbeiführung des schweren Erfolges andererseits aufzuspalten, ist nicht möglich [Nachw.]. Da somit die Verletzung der Sorgfaltspflicht bei den erfolgsqualifizierten Delikten immer schon wegen der schuldhaften Begehung des Grunddelikts bejaht werden muß, ist hier die Voraussehbarkeit des Erfolges allein das Kriterium der Fahrlässigkeit. Danach kommt es in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob der A in seiner Steuerungsfähigkeit beschränkt war. Entscheidend ist vielmehr allein, ob durch eine alkoholbedingte Bewußtseinstrübung seine Erkenntnisfähigkeit so vermindert war, daß ihm die mangelnde Voraussicht des Erfolgs nicht vorgeworfen werden kann. Den Täter, der die Einsicht in das Unerlaubte der Tat hat und nur in seiner Steuerungsfähigkeit beeinträchtigt ist, wird in der Regel der Vorwurf treffen, er hätte auch den schweren Erfolg voraussehen können und müssen".

15 Dieser Verkürzung der Fahrlässigkeitsprüfung auf die Voraussehbarkeit der tödlichen Folge ist jedoch nur insoweit zuzustimmen, als durch Verwirklichung des GrundTB zugleich die für die Erfolgsqualifizierung erforderliche „tatbestandsspezifische Gefahr" (A 8) in objektiv und subjektiv zurechenbarer Weise geschaffen wurde (vgl. Rudolphi SK § 18 Rn. 3, S/S-Stree § 226 Rn. 7). Demzufolge könnte nicht genügen, daß erst eine nach der vorsätzlichen KV unterlaufende Sorgfaltswidrigkeit des Täters (z.B. bei unsachgemäßem Transport des Opfers ins Krankenhaus) zum Tod führen würde (Hirsch LK[9] § 226 Rn. 5). Dagegen ist dem BGH im Gehirnerschütterungs-Fall (A 14) jedenfalls im Ergebnis zuzustimmen; denn da die (objektiv und subjektiv) pflichtwidrigen Schläge auf den Kopf eines bereits Angetrunkenen die tatbe-

A 15 standsspezifische Gefahr des Erbrechens und damit des tödlichen Erstickens in sich bergen, kam es in der Tat nur noch auf die Voraussehbarkeit einer solchen Folge an. Vgl. im übrigen auch Augapfel-Fall Nr. 8 A 17.

16 *Zwischenergebnis* für den vorliegenden Fall? Unterstellt man angesichts der lückenhaften Feststellungen im SV, daß A den JS in tatbestandsspezifisch gefährlicher Weise verletzt hat und die Lebensgefährlichkeit dieses Vorgehens voraussehbar war, so besteht die Verurteilung nach § 226 zu Recht. Doch fragt es sich, ob A daneben auch wegen „Raufhandels" (§ 227) strafbar ist:

17 **II. Beteiligung an einer Schlägerei (§ 227).**

Um diesen nur schwer durchschaubaren TB in den Griff zu bekommen, sind von vornherein zwei Konstruktionsteile auseinanderzuhalten:

- der eigentliche *Unrechts*TB: die Beteiligung an einer Schlägerei oder einem Angriff mehrerer, sofern der Beteiligte nicht schuldlos hineingezogen wurde (1), sowie
- die daraus resultierende schwere *Folge* (2).

18 **1.** Der eigentliche **UnrechtsTB** setzt a) eine bestimmte *Gefährdungsquelle* sowie b) die *Beteiligung* daran voraus, wobei diese c) *vorsätzlich* sein muß und d) der Beteiligte *nicht schuldlos* hineingezogen worden sein darf.

19 a) Die **Gefährdungsquelle** kann entweder in einer *Schlägerei* oder einem *Angriff mehrerer* bestehen. Der Unterschied zwischen diesen beiden Gefährdungsarten, die gleichwertig und daher notfalls wahlfeststellungsfähig sind, besteht in folgendem:

20 α) Die **Schlägerei** setzt die *tätliche Auseinandersetzung* zwischen mindestens *drei Personen* voraus, wobei die Tätlichkeiten in *wechselseitigen Körperverletzungen* bestehen müssen (E 1). Das bedeutet nicht, daß unbedingt jeder Beteiligte solche Verletzungen tatsächlich zufügen oder erleiden müßte. Erforderlich ist vielmehr nur, daß sie von mindestens drei Beteiligten wenigstens beabsichtigt sind. Daher werden Tätlichkeiten zwischen zwei Streitenden schon dadurch zur Schlägerei, daß sich ein Dritter tätlich einmischt (vgl. dazu den bei E 9 angeführten Zigeuner-Fall), ebenso wie umgekehrt eine Schlägerei dadurch ihren Charakter verlieren kann, daß sich von drei Beteiligten einer entfernt (instruktiv dazu Rausschmeißer-Fall OLG Köln NJW 1962, 1688: A 33). Ob die Auseinandersetzung für den einen oder anderen gerechtfertigt oder entschuldigt war, absichtlich vom Zaun gebrochen wurde oder „aus heiterem Himmel" losbrach, ist grundsätzlich unerheblich (E 2). Denn mit Rücksicht auf die *abstrakte Gefährlichkeit* tätlicher Auseinandersetzungen und die damit regelmäßig verbundene Schwierigkeit des Nachweises, wer wen aus welchem Grund verletzt hat (E 3), will § 227 solche Gefahrenquellen ohne Rücksicht auf Berechtigung oder Schuld vermieden sehen (E 4). Anders als für die *Strafbarkeit der Beteiligung*, für die das „nicht ohne Schuld hineingezogen sein" eine Rolle spielt (A 26), kommt es daher für das Vorliegen einer *Schlägerei* auf die Schuld oder Unschuld der Beteiligten überhaupt nicht an (E 5). Allenfalls insoweit, als sich die Verwicklung einer Person in einer rein passiven „Opferrolle" erschöpft oder auf reine Schutzwehr beschränkt (E 7), kann es mangels eigener Verletzungsabsicht am erforderlichen aktiven Beteiligtsein fehlen. Deshalb wäre Schlägerei zu verneinen, wenn von 3 Personen 2 zuschlagen und die 3. sich auf das Einstecken der Schläge beschränken würde.

21 β) Statt dessen käme in einem solchen Fall ein **Angriff mehrerer** in Betracht; denn daran müssen lediglich *zwei Personen* aktiv beteiligt sein, vorausgesetzt, daß es sich um eine einheitliche, von gemeinsamem Willen getragene und auf Verletzung oder körperliche Mißhandlung eines anderen gerichtete Einwirkung handelt (vgl. Häftling-Fall BGHSt 2, 160/2f).

22 *Konsequenz* für den vorliegenden Fall? Ein *Angriff mehrerer* (A 21) wurde zu Recht schon gar nicht in Erwägung gezogen, da für ein gemeinschaftliches „Dreinschlagen" von zwei Beteiligten auf einen Dritten keine Anhaltspunkte bestehen. Insbesondere kann der offenbaren Solidarisierung des A mit K nicht die Absicht eines gemeinsamen tätlichen Angriffs gegen AS oder JS erblickt werden. Stattdessen glaubte der BGH eine *Schlägerei* (A 20) darin sehen zu können, daß sich A dem tätlichen Streit zwischen AS und K in der Weise anschloß, daß er den Streitschlichter JS am Eingreifen zu hindern und dadurch den Fortgang der Tätlichkeiten zu fördern versuchte (E 10). Dieser Konstruktion ist zwar insoweit zuzustimmen, als zu den bereits gegeneinander tätlichen K und AS, da letzterer über bloße Schutzwehr hinausging (E 8), nur noch ein „dritter Mann" hinzukommen mußte. Doch hätte auch dieser zumindest potentiell Verletzungsabsicht haben müssen (vgl. A 20), was bei A jedenfalls dann zu bezweifeln ist, wenn es ihm allein darum ging, den JS herauszuhalten; denn selbst wenn dies den

A 22 Fortgang des Streits fördern oder gar dem K zugute kommen sollte, so würde A damit doch keineswegs schon zum erforderlichen „dritten Mann". Deshalb ist dieser Lösungsversuch des BGH zu Recht auf Ablehnung gestoßen (je zu § 227 Hirsch LK[9] Rn. 4, Horn SK Rn. 5, S/S-Stree Rn. 3). Aber: ließe sich eine Schlägerei vielleicht auf anderem Wege begründen? Dafür kämen zwei Ansatzpunkte in Betracht:

22a – Zum einen die Feststellung im SV, daß A zwar nicht den AS, wohl aber den JS „angriff". Falls dies mit Verletzungsvorsatz geschah, könnte darin eine tätliche Beteiligung erblickt werden.

22b – Zum anderen könnte bereits durch das Dazwischentreten des JS eine Schlägerei begründet worden sein. Falls nämlich JS sich nicht auf bloße Schutzwehr beschränkte, sondern zugunsten von AS zu tätlicher Trutzwehr überging (vgl. E 9, 10), könnte er seinerseits bereits zum „dritten Mann" der Schlägerei geworden sein. Dann aber wäre für eine Beteiligung des A der Weg offen, da – sobald eine „Schlägerei" im Gange ist – an die Beteiligungshandlung weiterer Hinzukommender geringere Anforderungen gestellt werden. Damit ist bereits die erforderliche *Beteiligungsmodalität* angesprochen, denn:

23 b) Als **beteiligt** an der Schlägerei bzw. dem Angriff mehrerer gilt jeder, der am Tatort anwesend ist und durch physische oder psychische Mitwirkung an den Tätlichkeiten gegen einen anderen teilnimmt (vgl. Hirsch LK[9] § 227 Rn. 6 m.w.N.). Die Beteiligung ist daher hier nicht im technischen Sinne der Teilnahme (§§ 25ff), sondern örtlich-zeitlich zu verstehen (D-Tröndle § 227 Rn. 9). Auch genügt dafür – im Unterschied zu der für die Begründung einer Schlägerei erforderlichen tätlichen Aktivitäten (A 20, 22b) – schon die Anfeuerung durch Zurufe oder das Abhalten von Nothelfern, vorausgesetzt freilich, daß dabei im Streit Partei bezogen wird (S/S-Stree § 227 Rn. 6). Als nichtbeteiligt können daher nur solche Personen gelten, die ausschließlich Opfer der Tätlichkeiten sind oder sich lediglich als unparteiische Streitschlichter oder Helfer von Verletzten betätigen. Gleiches gilt für solche, die nur aus Neugierde am Tatort anwesend sind, ohne durch Dabeisein die eine oder andere Partei zum Fortgang des Streits zu ermuntern.

24 Was *ergibt* sich daraus für den *vorliegenden* Fall? Falls A durch eigenes tätliches Eingreifen zum „dritten Mann" der Schlägerei geworden war (A 22a), ist schon damit seine Beteiligung an der Schlägerei gegeben (E 10). Wäre dagegen bereits JS als „dritter Mann" zu betrachten (A 22b), so würde für die Beteiligung des A genügen, daß er den JS abzuhalten versuchte, um damit zugunsten von K den Fortgang des Streits zu fördern. Freilich sind darüber hinaus auch noch gewisse subjektive Momente zu beachten:

25 c) Der Beteiligte muß **vorsätzlich** handeln. Dieses Vorsatzerfordernis braucht sich hier jedoch lediglich auf die zuvor erörterten Unrechtsmerkmale (Beteiligung an einer Schlägerei bzw. einem Angriff mehrerer) zu beziehen, nicht dagegen auf die daraus resultierende schwere Folge; denn bei letzterer handelt es sich lediglich um eine vorsatzunabhängige objektive Strafbarkeitsbedingung (A 40). Deshalb genügt für A das Wissen darum, daß er an einer tätlichen Auseinandersetzung zwischen (mindestens) drei Personen teilnimmt.

26 d) Ferner darf der Beteiligte **nicht ohne sein Verschulden** in den Raufhandel hineingeraten sein. Bei diesem negativ verklausulierten Verschuldenskriterium handelt es sich jedoch weniger um ein Schuldelement im technischen Sinne, sondern bereits um die Einschränkung der Strafbarkeit auf die Fälle, in denen sich der Beteiligte auf vorwerfbare Weise in die Schlägerei hat hineinziehen lassen (vgl. S/S-Stree § 227 Rn. 7). Auf diese Weise sollen dem möglicherweise großen Kreis von Schlägereibeteiligten, wie ihn der weitgefaßte Schlägereibegriff zur Folge haben kann (vgl. A 21), jene Personen ausgeklammert bleiben, die ohne eigenes Zutun in die Auseinandersetzung gerieten oder zum Widerstand berechtigt waren bzw. sich dafür hielten (vgl. E 5). Falls man daher dieser Klausel nicht bereits *tatbestandsausschließende* Bedeutung beilegen will (so mit guten Gründen M-Schroeder II/1 § 11 I 2), liegt darin zumindest der Hinweis auf etwaige Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsmöglichkeiten (vgl. Hirsch LK[9] § 227 Rn. 9, 16):

27 – Als **Rechtfertigungsgrund** kommt insbes. *Notwehr* (§ 32) in Betracht. Eine solche ist nicht nur gegen einzelne während des Raufhandels begangene Verletzungen zulässig, sondern auch zur Rechtfertigung der Schlägereibeteiligung als solcher, sofern dabei die allgemeine Notwehrgrenzen (vor allem Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit) eingehalten werden (allg. dazu StrafR I Nr. 9 A 12ff; zu weiteren Einzelheiten vgl. S/S-Stree § 227 Rn. 10). Dagegen ist für *Einwilligung* grundsätzlich kein Raum, und zwar

A 27 nicht einmal bei Einverständnis aller Beteiligten. Warum? Weil es bei § 227 nicht nur um den Individualschutz der unmittelbar Beteiligten, sondern um Allgemeinheitsschutz vor der abstrakten Gefährlichkeit von Schlägereien geht (vgl. Hirsch LK[9] § 227 Rn. 18).

28 – Als **Entschuldigungsgründe** ist insbes. an Notwehrexzeß (§ 33) oder Putativnotwehr (§§ 32, 16) zu denken.

29 **Zwischenergebnis** für den vorliegenden Fall? Da A keinen berechtigten Anlaß hatte, sich durch Zurückhalten des JS in die Schlägerei einzumischen, wurde er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen. Gleiches dürfte für K gelten. Dagegen wären AS und JS, falls angeklagt, spätestens an dieser Stelle für straffrei zu erklären, da AS laut SV in Notwehr handelte (E 8) und JS ihm berechtigterweise zu Hilfe kommen wollte (E 10). Somit stellt sich nur noch für A und K die Frage nach weiteren Strafbarkeitsvoraussetzungen:

30 2. Als **Folge** der Schlägerei bzw. des Angriffs mehrerer muß der **Tod** eines Menschen oder eine **schwere Körperverletzung** i. S. von § 224 verursacht worden sein. Zu den nach § 224 erfaßbaren Folgen vgl. Augapfel-Fall Nr. 8 A 6ff.

31 a) Wesentlich ist dafür nur ein *objektives* Erfordernis: die schwere Folge muß durch die Schlägerei oder den Angriff **verursacht** worden sein. Ob die Folge einen Schlägereibeteiligten, einen herbeieilenden Polizeibeamten oder einen sonstigen Außenstehenden (Zuschauer, Passant) trifft, ist unerheblich; ebenso wie § 227 nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß sich die tödliche Verletzung auf den Tatbeitrag eines bestimmten Tatbeteiligten zurückführen läßt; denn entscheidend ist allein der *Ursachenzusammenhang zwischen der schweren Folge und dem Gesamtvorgang der Schlägerei* (vgl. Totschläger-Fall BGHSt 16, 130/2: A 37). Deshalb bedurfte es auch hier für § 227 keiner näheren Feststellung darüber, wer den tödlichen Schlag gegen JS geführt hat (anders bei § 226: vgl. A 4, 10). Ebensowenig wäre § 227 dadurch ausgeschlossen, daß etwa AS im Zuge rechtfertigender Notwehr den K getötet hätte; denn die schwere Folge braucht nicht rechtswidrig zu sein (Wessels II/1 § 7 I 5a). Deshalb bereitet in Fällen wie dem vorliegenden, wo die schwere Folge unmittelbar aus der Schlägerei zwischen allen Beteiligten hervorgeht, der Kausalitätsnachweis keine besonderen Schwierigkeiten. Wie aber ist zu entscheiden, wenn die tödliche Handlung *nicht während* der eigentlichen Schlägereiphase, sondern bereits *vor* oder erst *nachher* erfolgt, oder wo einer Schlägerei beigetreten wird, nachdem der tödliche Schlag bereits gefallen ist? Bei solchen Fragen des **zeitlichen Zusammenhangs** ist zur Vermeidung häufiger Mißverständnisse zweierlei auseinanderzuhalten:

32 aa) Zum einen der **allgemeine Kausalzusammenhang** *zwischen Schlägerei und schwerer Folge:* Daran fehlt es jedenfalls dann, wenn der tödliche Schlag zu einem Zeitpunkt fällt, in dem die „Schlägerei" i. S. des § 227 (A 20) noch gar nicht begonnen oder bereits beendet war.

33 Instruktiv dazu der *Rausschmeißer-Fall* **OLG Köln NJW 1962, 1688:** Nachdem S die Zahlung einer Bierrunde verweigert hatte, wurde er zunächst von seinem Kumpanen L geprügelt und dann von A mit einigen kräftigen Schlägen ins Gesicht gegen eine Bretterwand getrieben. Darauf ließ A von ihm ab und begab sich zu seinem Lokal zurück. Danach schlug L erneut auf S ein. Als Folge der erlittenen Schläge trat bei S auf einem Auge eine Netzhautablösung mit völliger Erblindung ein (§ 224). Ob dafür die Schläge des A oder die des L, nachdem sich A bereits entfernt hatte, ursächlich waren, konnte nicht festgestellt werden. *Gegen* die Verurteilung des A aus § 227 führt das OLG aus: **[1689]** Zwar genüge es nach BGHSt 14, 132 [unten A 36], daß die Folge durch den Raufhandel eingetreten sei, an dem sich der Täter zu irgendeinem Zeitpunkt beteiligt habe. „Voraussetzung ist jedoch, daß die schwere Körperverletzung Folge eines Raufhandels ist, also zu einem Zeitpunkt verursacht worden ist, in dem mindestens drei Personen an dem Streit beteiligt waren. Für den Fall, daß sich von drei an einer Schlägerei Beteiligten einer entfernt, ehe die schwere Körperverletzung eines der beiden anderen erfolgt, hat das RG (JW 1938, 3157) ausgesprochen, daß § 227 nicht anwendbar sei ... Nun unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem des RG allerdings insofern, als dort feststand, daß die schwere Körperverletzung eines von ursprünglich drei Beteiligten verursacht worden war, nachdem sich der Angekl. entfernt hatte, während hier diese Frage offenbleibt. Nach dem Grundsatz, daß im Zweifel das dem Angeklagten Günstigere der Beurteilung zugrundezulegen ist, sind aber beide Fälle gleich zu behandeln. Hiergegen läßt sich nicht anführen, daß § 227 gerade den Beweisschwierigkeiten seine Entstehung verdanke, die im Falle eines Raufhandels mit schweren Folgen in der Regel gegeben sind (BGHSt 16, 130/2 unten A 37). Denn diese Beweisschwierigkeiten sind zwar die Rechtfertigung für die Ausgestaltung des Tatbestandes als Gefährdungsdelikt; und weil es sich um ein Gefähr-

A 33 dungsdelikt handelt, ist nicht der Nachweis zu verlangen, daß der Beitrag eines der am Raufhandel Beteiligten mitursächlich für die schwere Folge ist; aber die Voraussetzungen, unter denen das gilt, bedürfen des vollen Nachweises und vertragen nicht ihrerseits noch eine Beweiserleichterung". Kurz: § 227 setzt den Nachweis voraus, daß zu dem Zeitpunkt, in dem die schwere Folge verursacht wurde, bereits oder noch eine damit im Zusammenhang stehende Schlägerei im Gange war.

34 bb) Von diesem allgemeinen Kausalitätserfordernis ist die **personbezogene** Frage zu unterscheiden, inwieweit einem Schlägereibeteiligten auch solche Folgen zurechenbar sind, die bereits *vor seinem Hinzutreten* oder erst *nach seinem Abtreten* verursacht wurden. Dazu werden im wesentlichen drei Auffassungen vertreten:

35 α) Nach der h.M. ist der *Zeitpunkt gleichgültig*, zu dem der Schlägerei beigetreten wurde: Entscheidend ist allein, daß sich der Täter an einer die schwere Folge verursachenden Schlägerei beteiligt hat (RGSt 72, 73/5, BGHSt 14, 132; 16, 130; ebenso D-Tröndle § 227 Rn. 9, M-Schroeder II/1 § 11 I 3, Wessels II/1 § 7 I 6; vgl. auch Lackner § 227 Anm. 3).

36 Im *Kirmes-Fall* **BGHSt 14, 132,** wo G und K den Kampfplatz bereits verlassen hatten, als P den tödlichen Messerstich erhielt, wird dies für den Fall des vorzeitigen Abtretens folgendermaßen begründet: **[134]** Bereits in RGSt 72, 73 sei überzeugend ausgeführt, „das Gesetz stelle nicht als Tatbestandsmerkmal auf, daß gerade die Beteiligung des Täters ursächlich für den Tod des Opfers des Raufhandels gewesen ist. Es hat daraus gefolgert, nach dem Wortlaut des Gesetzes könne maßgebend nur sein, daß die schwere Folge, die nach ihm die Bestrafung des Raufhandels herbeiführt, durch den Raufhandel eingetreten ist, an dem sich der Täter zu irgendeiner Zeit beteiligt hat. Dazu kommen folgende Erwägungen: § 227 I ist als reines Gefährdungsdelikt geschaffen worden [Nachw.]. Der Grund der Strafdrohung liegt darin, daß Schlägereien zwischen mehreren Personen erfahrungsgemäß **[135]** oft schwerwiegende Folgen haben und daß wegen dieser Gefährlichkeit schon der Beteiligung an einer solchen Schlägerei entgegengetreten werden soll, ohne daß es auf den – oft nicht möglichen – Nachweis der Ursächlichkeit gerade dieser Beteiligung für die schweren Folgen der Schlägerei ankomme. Haben sich mehrere Personen zusammengetan und eine Schlägerei einmal eröffnet, so liegt es überdies häufig nicht mehr in der Macht des einzelnen Beteiligten, den Eintritt der schwerwiegenden Folgen dadurch zu verhindern, daß er für seine Person seine Beteiligung aufgibt. Seine bisherige Mitwirkung hat erfahrungsgemäß meist die Streitfreudigkeit der Beteiligten gesteigert. Die dadurch erhöhte Gefährlichkeit der Schlägerei wirkt regelmäßig auch über die Dauer der Beteiligung einzelner hinaus fort. Es entspricht daher dem Zweck des § 227, daß derjenige, der sich an einer Schlägerei einmal beteiligt hat, dann bestraft wird, wenn die schwerwiegende *Folge* von den Mitbeteiligten erst *verursacht* wird, *nachdem* er selbst seine *Beteiligung aufgegeben* hat" [Hervorhebungen von mir].

37 Ob Gleiches auch für den Fall gelten kann, daß sich der Täter einer Schlägerei erst anschließt, *nachdem* die *schwere Folge* bereits von anderen Beteiligten *herbeigeführt* war, wurde zwar im Kirmes-Fall (A 36), da nicht entscheidungserheblich, noch ausdrücklich offengelassen (BGHSt 14, 134), aber schon bald darauf im *Totschläger-Fall* **BGHSt 16, 130** ausdrücklich bejaht:

Dort hatte J sich mit seinem Totschläger erst zu einem Zeitpunkt in eine Schlägerei eingemischt, nachdem H dem W bereits mit einem Messer eine tödliche Verletzung beigebracht hatte. Dazu der BGH: **[132]:** Mit Rücksicht auf den Gefährdungscharakter jeder Schlägerei (BGH bei A 36) „muß der Umstand, daß durch die Schlägerei der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung verursacht worden ist, zu der Beteiligung am Raufhandel nur als objektive Strafbarkeitsbedingung hinzutreten. Ohne Bedeutung ist dagegen, ob das Tun des schuldhaft Beteiligten ursächlich für die eingetretenen schweren Folgen geworden ist. Sogar dann, wenn feststeht, daß ein anderer die schweren Folgen unmittelbar herbeigeführt hat, bleibt dies rechtlich ohne Bedeutung (vgl. RG Recht 1906, 946). Genügt es danach, daß eine der in § 227 gekennzeichneten Folgen in ursächlichem Zusammenhang mit dem Gesamtvorgang der Schlägerei steht, während der ursächliche Zusammenhang zwischen der Beteiligung des einzelnen an der Schlägerei und ihrer objektiven Gesamtwirkung für die Strafbarkeit der Beteiligung als solcher dagegen rechtlich unerheblich ist (vgl. schon RGSt 8, 369/370), so ist der Tatbestand des § 227 verwirklicht, *gleichviel wann der einzelne in die Schlägerei schuldhaft verstrickt* worden ist, ob zu einem Zeitpunkt, indem die schweren Folgen der tätlichen Auseinandersetzung bereits eingetreten waren oder nicht. Es wäre mit dem kriminalpolitischen Zweck der Strafbestimmung nicht zu vereinbaren, **[133]** wenn die Beteiligung am Raufhandel erst nach der Tötung oder schweren Körperverletzung oder das endgültige Ausscheiden des Beteiligten vor deren Eintritt die Straflosigkeit begründete". [Hervorhebung von mir].

A 38 β) Demgegenüber soll nach einer Mindermeinung nur derjenige aus § 227 strafbar sein, der zum Zeitpunkt des Eintritts der schweren Folge *noch oder bereits am Raufhandel beteiligt* ist (Hirsch LK[9] § 227 Rn. 8, Welzel § 40 II 2); denn da das Gesetz die Strafbarkeit an den Eintritt der schweren Folge knüpfe, stelle es auf das Risiko ab, das sich im Erfolg manifestiert hat. Aber: Dies könnte nur dann überzeugen, wenn man die durch § 227 aufzufangenden Beweisprobleme (A 33, 36, 37) außer acht lassen könnte. Doch damit wäre dieser Tatbestand eines seiner wesentlichen Zwecke beraubt.

39 γ) Statt dessen versucht eine *differenzierende* Auffassung § 227 zwar dort zuzulassen, wo die schwere Folge *erst nach* einer anfänglichen Beteiligung eintritt, da nicht auszuschließen ist, daß der Tatbeitrag noch fortgewirkt hat (Kirmes-Fall: A 36). Dagegen sei § 227 ausgeschlossen, wenn die schwere Folge im Zeitpunkt des Beitritts zur Schlägerei *bereits eingetreten* war (Totschläger-Fall: A 37), da damit kein potentieller Beitrag zur Gefährlichkeit der Schlägerei mehr geleistet werde (Horn SK § 227 Rn. 8, S/S-Stree § 227 Rn. 15). Diese Lösung wäre sicher eher akzeptabel. Freilich bleibt auch dabei die Beweisfrage, zu wessen Lasten etwaige Zweifel darüber, ob der später Hinzugekommene vor oder nach der maßgeblichen Verletzungshandlung beteiligt war, gehen sollen. Wäre bei einem derartigen „non liquet" zugunsten des Täters zu entscheiden (so Horn und Stree je aaO), wäre der Beweisentlastungszweck des § 227 praktisch aufgehoben. Daher ist dieser Lösungsweg mit § 227 nur dann vereinbar, wenn man mit Schröder die Straflosigkeit eines später Hinzutretenden auf den Fall beschränkt, daß seine Beteiligung nachweislich zur schweren Folge nicht mehr beigetragen hat (Schönke-Schröder[17] § 227 Rn. 1, 15).

40 b) **Nicht** erforderlich ist dagegen, daß die schwere Folge für den Schlägereibeteiligten **subjektiv voraussehbar** oder gar von seinem **Vorsatz** umfaßt war (h.M.). Dies deshalb, weil die unrechtsbegründende Gefährdung bereits in der Schlägerei als solcher zu erblicken ist und die schwere Folge lediglich eine *objektive Strafbarkeitsbedingung* darstellt (BGHSt 16, 130/2: A 37, S/S-Stree § 227 Rn. 16). Demgegenüber will Hirsch den § 227 als Vorsatz-Fahrlässigkeitskombination verstehen, wonach die Möglichkeit einer schweren Folge zumindest voraussehbar gewesen sein müsse (LK[9] § 227 Rn. 1, 15).

41 Diese Kontroverse gibt Anlaß, die unterschiedliche Struktur zwischen erfolgsqualifizierten Delikten (wie oben § 226), objektiven Strafbarkeitsbedingungen (wie hier bei § 227) und scheinbar ähnlichen Vorsatz-Fahrlässigkeitskombinationen (wie etwa bei § 315c I, III) einmal grundsätzlich zu vergleichen und voneinander abzugrenzen:

42 **III. Strukturvergleich: Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen/objektive Strafbarkeitsbedingungen.**

Im Unterschied zu den Tötungsdelikten, bei denen jeweils alle gesetzlich umschriebenen Merkmale vom Vorsatz umfaßt sein müssen, sind mit den Körperverletzungsdelikten andersartige Strukturen sichtbar geworden: so bei den §§ 224, 226 die sog. *Erfolgsqualifizierung*, die lediglich fahrlässig herbeigeführt zu sein braucht (vgl. Augapfel-Fall Nr. 8 A 5, 16ff sowie oben A 12ff) sowie vorliegend die sog. *objektive Strafbarkeitsbedingung*, die völlig vorsatz- und fahrlässigkeitsunabhängig sein soll (oben A 40).

43 Darüber hinaus finden sich in sonstigen Tatbeständen noch weitere (straf*begründende* oder straf*schärfende*) *Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen*, die wiederum – wie noch zu zeigen – eine andere Struktur aufweisen. Zudem finden sich auch noch *Fahrlässigkeits-Fahrlässigkeits-Kombinationen*, und zwar sowohl straf*begründender* (z.B. § 315c III Nr. 2) als auch straf*schärfender* Art (§ 309); doch können diese hier vernachlässigt werden, da sie keine besonderen Probleme aufwerfen (vgl. Verkehrsrowdy-Fall Nr. 11 A 25c bzw. Scheunenbrand-Fall Nr. 19 A 46f). Worin liegen die wesentlichen Unterschiede? Worin haben sie ihren Grund? Welche Folgen ergeben sich jeweils daraus?

44 1. Um mit der bereits bekannten Figur des **erfolgsqualifizierten Delikts** (§§ 224, 226: Augapfel-Fall Nr. 8 A 5) zu beginnen: Sie ist dadurch gekennzeichnet, daß durch den (meist vorsätzlichen) *GrundTB* bereits eigenständig strafbares Unrecht (§ 223) verwirklicht ist, jedoch bei einer daraus resultierenden besonders schweren *Folge* (§ 224) Strafschärfung veranlaßt erscheint. Kurz: der GrundTB (§ 223) hat als solcher bereits volle straf*begründende* Wirkung, während der über das „normale" tatbestandliche Unrecht (irgendeine KV) hinausgehenden schweren Folge (z.B. Verlust der Sehfähigkeit) lediglich straf*schärfende* Funktion zukommt. Solche Erfolgsqualifizierungen finden sich nicht nur im Bereich der KVdelikte (§§ 224, 226), sondern über das ganze StGB verstreut, und zwar bezeichnenderweise überall dort, wo die Tathandlung des Grunddelikts typischerweise die Gefahr besonders schwerer Folgen in sich birgt: so namentlich bei Vergewaltigung (§ 177 III), Aussetzung (§ 221 III), Freiheitsberaubung

A 44 (§ 239 II, III), Raub (§ 251), Brandstiftung (§§ 307 Nr. 1, 309), Überschwemmung (§§ 312, 314), oder Vergiftung (§§ 229 II, 324, 326). Zur näheren Differenzierung zwischen „echten" und „unechten" erfolgsqualifizierten Delikten vgl. S/S-Cramer § 18 Rn. 2.

45 Woraus aber ist zu erklären, daß für die Herbeiführung derartiger *Folgen* nach § 18 grundsätzlich **Fahrlässigkeit** genügt? Teils historisch, teils aus Schulderwägungen: Ursprünglich hatte sich nämlich das StGB schon mit dem objektiven Eintritt einer solchen Folge begnügt, ohne überhaupt nach ihrer subjektiven Zurechenbarkeit zu fragen (vgl. StrafR I Nr. 4 E 1, A 18f). Da jedoch solche Relikte reiner „Erfolgshaftung" mit dem Schuldprinzip nicht zu vereinbaren sind, muß seit 1953 die Erfolgsqualifizierung zumindest fahrlässig herbeigeführt sein (§ 56 a.F.; jetzt § 18; vgl. Jescheck § 26 II 1a). Daraus ergibt sich die *Kombination* eines (meist) *vorsätzlichen* straf*begründenden* Grunddelikts mit einer (zumindest) *fahrlässigen* erfolgsqualifizierten Straf*schärfung*. An dieser Grundstruktur ändert sich auch dann nichts, wenn neuerdings bei zahlreichen Erfolgsqualifikationen anstelle einfacher Fahrlässigkeit **leichtfertige** Erfolgsherbeiführung verlangt wird (wie insbes. bei §§ 177 III, 218 II Nr. 2, 251). Denn dadurch ist lediglich die Mindestschuldform angehoben, ohne damit den Charakter einer Erfolgsqualifizierung aufzuheben. Zur Anwendbarkeit dieser Tatbestände in Fällen, in denen über Leichtfertigkeit hinaus die schwere Folge sogar vorsätzlich herbeigeführt wurde, vgl. einerseits (verneinend) BGHSt 26, 175, andererseits (bejahend) S/S-Eser § 251 Rn. 9 m.w.N. Da es sich bei den Erfolgsqualifizierungen lediglich um eine Kombination von (meist vorsätzlichen) Grunddelikten und (mindestens fahrlässigen) Erfolgsqualifizierung handelt, spricht man auch von *„unechter" Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination.*

46 2. Demgegenüber ist für die sog. **„echte" Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination** charakteristisch, daß die vorsätzliche TB-*Handlung* für sich allein noch nicht strafbar ist, sondern erst dann, wenn dadurch ein bestimmter TB-*Erfolg* herbeigeführt wird: so z.B. wenn im Falle von § 315c das Fahren in fahruntüchtigem Zustand (TB-Handlung) zu einer konkreten Individualgefahr (TB-Erfolg) führt. Wird in einem solchen Fall sowohl die TB-Handlung als auch ihr TB-Erfolg *vorsätzlich* bewirkt, handelt es sich um ein reines Vorsatzdelikt (vgl. Verkehrsrowdy-Fall Nr. 11 A 25a). Sieht das Gesetz jedoch auch dann Strafe veranlaßt, wenn nur die TB-*Handlung vorsätzlich*, die daraus resultierende Gefährdung (TB-*Erfolg*) hingegen lediglich *fahrlässig* verursacht wird, so handelt es sich um eine **strafbegründende** Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination: und zwar straf*begründend* deshalb, weil ohne die fahrlässige Gefährdung die TB-Handlung als solche noch nicht strafbar wäre. Solche tatbestandlichen Kombinierungen von vorsätzlicher TB-Handlung mit fahrlässigem TB-Erfolg finden sich vor allem im Staatsschutzrecht (§§ 97 I, 109e V, 109g IV) sowie bei Explosions- und Verkehrsdelikten (§§ 311 IV, 315 IV, 315a III Nr. 1, 315b IV, 315c III Nr. 1; vgl. Verkehrsrowdy-Fall Nr. 11 A 25b). Für die Behandlung dieser Kombinationen ist bedeutsam, daß sie durch § 11 II einem *Vorsatzdelikt gleichgestellt* werden; dadurch wird sowohl die Strafbarkeit der Teilnahme als auch des Versuchs ermöglicht (vgl. im einzelnen S/S-Eser § 11 Rn. 85ff).

47 Über diese bereits gesetzlich als solche gekennzeichneten Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen hinaus findet sich freilich auch noch in anderen Tatbeständen eine gewisse Verbindung von Vorsatz-Fahrlässigkeit-Elementen: so etwa bei § 113, wo zwar die Widerstandshandlung vorsätzlich begangen sein muß, bei Irrtum über die Rechtmäßigkeit des Vollstreckungsaktes hingegen Sorgfaltswidrigkeit genügt (näher dazu Widerstands-Fall Nr. 13 A 57ff, auch zu abw. Auffassungen).

48 3. Wiederum anders die sog. **objektive Strafbarkeitsbedingung,** wie sie vorliegend bei § 227 in der aus der Schlägerei resultierenden „schweren Folge" entgegentritt (A 40). Von den vorgenannten Figuren unterscheidet sie sich insofern, als sie lediglich *objektiv* vorzuliegen braucht und damit *von Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Täters völlig unabhängig* ist. Das gilt beispielsweise auch für die infolge eines Vollrausches begangene *Rauschtat* (§ 323a; vgl. Verkehrsrowdy-Fall Nr. 11 A 47), für die *Konkurseröffnung* bei Bankrottdelikten (§ 283 VI) oder für die Verbürgung der *Gegenseitigkeit* bei Straftaten gegen ausländische Staaten (§ 104a). Daß diese Strafbarkeitsvoraussetzungen nur objektiv gegeben zu sein brauchen, hat seinen Grund vor allem darin, daß bereits die Handlung als solche (Schlägerei, Sichberauschen, betrügerischer Bankrott, Beleidigung eines ausländischen Staatsoberhauptes), falls schuldhaft begangen, ein zurechenbares Unrecht darstellt, jedoch ein Strafbedürfnis erst dann besteht, wenn dieses Unrecht in

A 48 einer bestimmten Folge resultiert (Tod aufgrund Schlägerei, Rauschtat) oder sonstige wirtschaftliche oder politische Gründe (Konkurseröffnung, Verbürgung der Gegenseitigkeit) die Strafverfolgung angezeigt erscheinen lassen. So jedenfalls nach der Vorstellung des Gesetzgebers. Ob diese Gründe freilich jeweils durchschlagen, ist zu Recht umstritten (vgl. im einzelnen Stree JuS 1965, 465ff sowie Bemmann, der diese Figur sogar von Grund auf ablehnt). Jedoch ändern solche Bedenken strukturell nichts daran, daß es sich bei den objektiven Strafbarkeitsbedingungen zwar um straf**begründende**, jedoch *außerhalb* des engeren *UnrechtsTB* stehende Strafbarkeitsvoraussetzungen handelt (vgl. näher S/S-Lenckner 124a vor § 13, aber auch Sax JZ 1976, 14ff).

49 **4.** Schließlich wäre noch auf **strafschärfende Vorsatz-Vorsatz-Kombinationen** hinzuweisen: Bei ihnen wird der Strafrahmen des GrundTB erhöht, falls durch die Tat ein anderer in Todes- oder schwere Körperverletzungsgefahr gerät: so bei Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 113 II Nr. 2) oder Raub (§ 250 I Nr. 3). Obgleich auch diese Folgen den Eindruck bloßer Erfolgsqualifizierungen i. S. von § 18 erwecken, werden sie von der h.M. zu Recht als vorsatzbedürftig und damit durchgängig als *Vorsatzdelikt* angesehen (näher dazu Verkehrsrowdy-Fall Nr. 11 A 55ff).

5. Grob schematisch ergibt dies folgendes Bild:

<table>
<tr>
<td>50 „echte“ (strafbegründende)
Vorsatz-Fahrl.-Komb. (§ 11 II)
(z.B. § 315c I, III Nr. 1)

TB-Handlung → TB-Erfolg
(Trunkenh.-Fahrt) (konkr. Indiv.Gefahr)

vorsätzlich fahrlässig
strafbegründend</td>
<td>51 strafbegründende
Objektive Strafbarkeitsbedingung
(z.B. § 227)

TB-Handlung → TB-Erfolg
(Schlägereibeteilg.) (Tod eines Dritten)

vorsätzlich unabhängig v. Vors. u. Fahrl.
strafbegründend</td>
</tr>
<tr>
<td>52 „unechte“ (strafschärfende)
Vorsatz-Fahrl.-Komb.
sog. Erfolgsqualifizierung
(z.B. § 224)

GrundTB qualif. Folge
= TB-Handlung
+ TB-Erfolg
(KV i.S. von § 223) (dauernde Entstellg.)

vorsätzlich (mind.) fahrl.
strafbegründend strafschärfend</td>
<td>53 strafschärfende
Vorsatz-Vorsatz-Komb.

(z.B. § 250 I Nr. 3)

GrundTB schwere Folge
= TB-Handlung
+ TB-Erfolg
(Raub: § 249) (Lebensgefahr)

vorsätzlich vorsätzlich
strafbegründend strafschärfend</td>
</tr>
</table>

54 **6.** Die charakteristischen **Gemeinsamkeiten** und **Unterschiede** dieser Rechtsfiguren lassen sich kurz folgendermaßen zusammenfassen:

55 – Die Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen, und zwar sowohl die „echten“ (A 50) wie die („unechten“) Erfolgsqualifizierungen (A 52) unterscheiden sich von den objektiven Strafbarkeitsbedingungen (A 51) dadurch, daß bei letzteren – wie schon der Name sagt – die besondere Folge lediglich *objektiv* gegeben zu sein braucht, während sie bei ersteren auch *subjektiv* (mindestens fahrlässig bzw. leichtfertig) zurechenbar sein muß.

56 – Demgegenüber ist den „echten“ Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen (A 50) und den objektiven Strafbarkeitsbedingungen (A 51) gemeinsam, daß der besonderen Folge straf*begründende* Funktion zukommt. Demgegenüber treten die Erfolgsqualifi-

A 56 zierungen (A 52) zu einem strafbegründenden Grunddelikt lediglich straf*schärfend* hinzu.

57 – Hinsichtlich dieser Verschärfungsfunktion sind sich andererseits die Erfolgsqualifizierungen (A 52) und die strafschärfenden Vorsatz-Vorsatz-Kombinationen (A 53) gleich. Doch während für erstere (in der Regel) nur *Fahrlässigkeit* erforderlich ist (§ 18), müssen letztere in jedem Fall *vorsätzlich* bewirkt sein, sind also reine Vorsatzdelikte.

58 **IV. Gesamtergebnis – Konkurrenzen.**

Was ergibt sich aus dieser Strukturanalyse für den vorliegenden Fall? Da bei § 227 der Gesetzgeber bereits in der Schlägereibeteiligung als solcher („schon wegen dieser Beteiligung") ein hinreichendes Gefährdungsunrecht sieht, ist in der daraus resultierenden schweren Folge eine zwar strafbegründende, aber nur objektive (und damit vorsatz- und fahrlässigkeitsunabhängige) Strafbarkeitsbedingung zu erblicken. Daher ist für die von einer Mindermeinung geforderte Voraussehbarkeit der schweren Folge (A 40) de lege lata kein Raum, so bedenkenswert dies rechtspolitisch auch sein mag. Vorausgesetzt also, daß spätestens durch das eigene Hinzutreten des A eine Schlägerei begründet wurde (A 22a), hat A durch seine vorsätzliche und nicht schuldlose Beteiligung daran (A 26, 29) sowie aufgrund des dadurch verursachten Todes des JS (A 31) **§ 227** verwirklicht, ohne daß ihm diese Folge auch subjektiv zurechenbar sein müßte (A 40). Entsprechendes würde für K zu gelten haben, während AS und JS, weil ohne Schuld hineingezogen, straffrei bleiben würden (A 29). Da A zudem die Erfolgsqualifizierung des **§ 226** verwirklicht hat (A 16), stellt sich die Frage nach etwaigen *Konkurrenzen* (allg. dazu StrafR II Nr. 49).

59 1. Zwischen *§ 226* und *§ 227* wurde zu Recht Tateinheit (§ 52) angenommen (E 12), da durch § 226 nur die Verletzung bestimmter Individualrechtsgüter erfaßt wird, während § 227 als abstraktes Gefährdungsdelikt auch dem Schutz der Allgemeinheit dient (vgl. S/S-Stree 129 vor § 52).

60 – Als Kombination von vorsätzlicher Körperverletzung und fahrlässiger Tötung sind mit *§ 226* an sich gleichzeitig auch die *§§ 222, 223* gegeben; jedoch treten diese gegenüber § 226 als subsidiär zurück (BGHSt 8, 54). Dagegen wäre zwischen *§ 227* und *§§ 222, 223* aus den bei A 59 genannten Gründen durchaus Tateinheit denkbar.

61 2. *Zusatzfrage:* Wie aber, wenn die Todesfolge nicht nur fahrlässig, sondern mit Eventual*vorsatz* herbeigeführt oder wenn die Verletzung mit gefährlichen Werkzeugen i. S. von § 223a bewirkt worden wäre? Damit stellt sich die höchst umstrittene Frage nach dem Verhältnis von **Tötung** und **Körperverletzung:**

62 – *§ 226* wäre bei vorsätzlicher Todesherbeiführung gegenüber *§§ 221ff* jedenfalls subsidiär (vgl. BGHSt 20, 269/271), wenn nicht bereits tatbestandlich verdrängt, da § 226 lediglich den durch §§ 222, 223 nicht voll abdeckbaren Fall einer durch vorsätzliche Körperverletzung bewirkten fahrlässigen Tötung erfassen will (vgl. Hirsch LK[9] § 226 Rn. 1, S/S-Cramer § 18 Rn. 2, 6).

63 – Im übrigen ist für das Verhältnis von Tötung und Körperverletzung im Sinne der „Einheitstheorie" davon auszugehen, daß jede vollendete (aber nicht jede versuchte) Tötung objektiv eine Körperverletzung als notwendiges Durchgangsstadium voraussetzt, weshalb auch subjektiv bei Tötungsvorsatz stets der einer Körperverletzung eingeschlossen ist. Daher konkurriert mit Tötung grundsätzlich immer eine *Körperverletzung,* wobei letztere jedoch als *subsidiär* zurücktritt, weil und soweit ihr Unwertgehalt in dem der Tötung bereits mitenthalten ist. Das ist grundsätzlich bei *vollendeter Tötung* zu bejahen, nicht dagegen dort, wo die Tötung im *Versuch* steckenbleibt, aber immerhin bereits zu einer vollendeten Körperverletzung geführt hat: In diesem Falle ist (entgegen der h. M.: vgl. insbes. BGHSt 16, 122; 21, 265) Idealkonkurrenz zwischen versuchter Tötung und vollendeter Körperverletzung anzunehmen. Entsprechendes gilt für *qualifizierte* Körperverletzungen (§§ 223a, 224), da auch deren besonderer Unwertgehalt selbst durch eine vollendete Tötung nicht voll erfaßt ist (auch insoweit and. BGHSt 22, 248). Vgl. zum Ganzen S/S-Eser § 212 Rn. 17ff sowie StrafR II Nr. 49 A 51f.

64 Demzufolge wäre für den Fall, daß JS durch einen Messerstich des A den Tod gefunden hat, Tateinheit (§ 52) zwischen §§ 226, 227, 223a anzunehmen. Hätte er dabei mit Eventualtötungsvorsatz gehandelt, würde anstelle von § 226 Verurteilung aus § 212 in Betracht kommen.

A 65 **Schrifttum:** Zur **Körperverletzung mit Todesfolge:** *Arzt* I T. 2 D II 3c; *Blei* II § 13; *Krey* I Fälle 23–24; *M-Schroeder* II/1 § 9 II D; *Otto* II § 18; *Welzel* § 39 VI; *Wessels* II/1 § 5 V, ferner die Kommentare zu § 226.

Zur **Beteiligung an einer Schlägerei:** *Arzt* I T. 2 D II 5; *Blei* II § 16 II; *Bockelmann* II/2 § 14; *Krey* I Fall 25; *M-Schroeder* § 11 I; *Otto* II § 23; *Welzel* § 40 II; *Wessels* II/1 § 7 I, ferner die Kommentare zu § 227.

Zu den **Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen** und Erfolgsqualifizierungen vgl. die Kommentare zu §§ 11 II, 18 sowie *Baumann* § 16 III 1b; *Jescheck* § 54 III; *M-Zipf* I § 20 II, III; *Otto* I § 11; *Schmidhäuser* 8/91, 10/111ff; *Stratenwerth* Rn. 1109f, 1141f; *Wessels* I § 5 IV; ferner *Geilen,* Unmittelbarkeit und Erfolgsqualifizierung, Welzel-FS, S. 655; *Hirsch,* Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts, GA 1972, 65; *Hruschka,* Konkurrenzfragen bei erfolgsqualifizierten Delikten, GA 1967, 42; *Krey-Schneider,* Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination nach geltendem und künftigem Recht, NJW 1970, 640; *Küper,* Gefährdung als Erfolgsqualifikation? NJW 1976, 543; *Maiwald,* Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1974, 257.

Zur **objektiven Strafbarkeitsbedingung:** *Baumann* § 31; *Blei* I § 32 IX 2, § 36 I 2b; *Hirsch* LK[9] 187ff vor § 51; *Jescheck* § 53; *M-Zipf* I/1 § 21 III; *Rudolphi* SK 12f vor § 19; *S/S-Lenckner* 124ff vor § 13; *Schmidhäuser* 12/6; *Wessels* I § 5 IV 1, ferner *Bemmann,* Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, 1957; *Stree,* Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, JuS 1965, 465.

Zur **Konkurrenz** von **Tötung** mit **Körperverletzung:** *Jakobs,* Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten, 1967; *Hruschka,* Konkurrenzfragen bei erfolgsqualifizierten Delikten, GA 1967, 42.

Aussetzung (§ 221) – Obhutspflicht aufgrund Ingerenz – Unterlassene Hilfeleistung (323c) – Unfallflucht (§ 142)

BGHSt 25, 218: Unfallopfer-Fall
4 StR 284/73 v. 19. 7. 1973 = NJW 1973, 1706

SV **Sachverhalt:** A fuhr nach Alkoholgenuß mit seinem Pkw bei nebligem Wetter mit einer Geschwindigkeit von etwa 50 km/St den in gleicher Richtung gehenden, sein Fahrrad rechts neben sich herschiebenden, erheblich angetrunkenen D von hinten an und verletzte ihn schwer. Daß A irgendwie schuldhaft zu diesem Unfall beigetragen hätte, ist nicht erwiesen, und zwar auch nicht, daß er fahruntüchtig gewesen oder sich sonst vorschriftswidrig verhalten hätte. Das SchwG sah nicht für ausgeschlossen an, daß D „so kurz vor dem A in dessen Fahrbahn hineinlief oder hineinschwankte, daß der Unfall für den A bei den gegebenen Umständen unvermeidbar war". A hielt an, lief etwa 25–30 m auf der Straße zurück, und als er niemand sah, rief er laut „Hallo". Nachdem er darauf keine Antwort erhielt, setzte er einige Minuten später seine Fahrt fort, obwohl er auch weiterhin damit rechnete, einen Menschen angefahren und so schwer verletzt zu haben, daß dieser möglicherweise hilflos auf der Fahrbahn lag und deshalb auf der stark befahrenen Straße durch andere Kraftfahrzeuge in erhebliche Gefahr geriet; doch rechnete er nicht damit, daß dieser dabei auch den Tod finden könnte. Einige Zeit danach wurde D, der zunächst bewußtlos quer auf der rechten Fahrbahn lag und sich infolge seiner Verletzungen auch später nicht allein aus seiner hilflosen Lage befreien konnte, von einem Lkw überfahren und tödlich verletzt.

P **Zur Problemstellung:** Wonach könnte sich A strafbar gemacht haben? Zunächst wegen *Trunkenheit im Verkehr* nach § 316?

– Nach dem Unfall wegen *Unerlaubten Entfernens vom Unfallort* nach § 142? Oder könnte dem entgegenstehen, daß er an dem Unfall keine Schuld trug?

– Durch Liegenlassen des Opfers wegen *Aussetzung* nach § 221 I, *erfolgsqualifiziert* durch den *Tod* des Opfers nach § 221 III? Worin könnte seine Obhutspflicht bestehen?

– Käme ferner *Unterlassene Hilfeleistung* nach § 323c in Betracht?

Das SchwG hatte A einer Aussetzung mit Todesfolge (§ 221 I, III) in Tateinheit mit Unfallflucht (§ 142 I) für schuldig befunden. Demgegenüber meint jedoch der BGH:

E 1 **Aus den Gründen: [219]** „Mit Recht rügt die Revision die Verurteilung wegen Aussetzung. Der A hat D zwar in hilfloser Lage vorsätzlich verlassen (§ 221 I 2. Alt.). Dieser konnte sich aus eigener Kraft nicht von der Fahrbahn fortbewegen und war schutzlos den **[220]** ihm auf der stark befahrenen Bundesstraße drohenden Lebens- und Leibesgefahren preisgegeben, falls ihm nicht ein rettender Zufall zu Hilfe kam (vgl. BGHSt 21, 44/5).

2 Der A hatte jedoch nicht, wie § 221 I 2. Alt. außerdem voraussetzt, „für die Fortschaffung (Ds) zu sorgen", d.h. er hatte nicht die nach allgemeiner Rechtsauffassung für eine Bestrafung nach dieser Vorschrift erforderliche Garantenstellung. Er war lediglich zur allgemeinen Hilfeleistung nach § 330c [a.B.; jetzt § 323c] verpflichtet.

3 Das RG (vgl. RGSt 24, 339; 74, 283/5) und ihm folgend der BGH (vgl. BGHSt 2, 279/283; 11, 353/5; 19, 152/4; 23, 327; VRS 13, 120/3) sind allerdings stets von dem Grundsatz ausgegangen, daß derjenige, der, ob schuldhaft oder schuldlos, durch sein Verhalten die Gefahr eines Schadens geschaffen oder mitgeschaffen hat, rechtlich verpflichtet sei, den Eintritt des Schadens nach seinen Kräften abzuwenden. Das darf indessen nicht dahin verstanden werden, daß ausnahmslos jeder Beitrag zur Entstehung einer Gefahr eine Garantenpflicht hervorrufen müsse. Dies würde zu einer uferlosen Ausweitung dieser Pflicht und damit auch der strafrechtlichen Vorschriften führen (vgl. BGH NJW 1954, 1047).

4 Die Frage, unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall vorangegangenes Tun eine Garantenstellung begründen kann, wird im Schrifttum nicht einheitlich beurteilt. Die Rechtslehre verlangt überwiegend ein pflichtwidriges, wenn auch nicht unbedingt schuldhaftes Vorverhalten (vgl. u.a. Schönke/Schröder, StGB 16. Aufl. Rdn. 119ff vor § 1; Welzel, Das Deutsche Strafrecht 11. Aufl. S. 216; Jescheck, AT 2. Aufl. S. 473ff; Mezger/Blei, AT 14. Aufl. S. 89ff; Rudolphi, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, S. 177ff). Es wird aber auch die Auffassung vertreten, daß es auf die Pflichtwidrigkeit nicht ankomme und selbst der in Notwehr Handelnde Garant sei (vgl. u.a. Maurach AT 4. Aufl. S. 608; Baumann AT 5. Aufl.

E 5 S. 237; Herzberg JuS 1971, 74; vgl. auch Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage
6 einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 205ff). **[221]** Der BGH hat die Frage bisher nicht eindeutig beantwortet. In BGHSt 3, 203/5 heißt es zwar zunächst, daß auch ein rechtmäßiges Tun, durch das eine Gefahrenlage geschaffen werde, zu weiteren Eingriffen verpflichten könne; dann wird jedoch dargelegt, daß der rechtmäßig Handelnde für Schäden, die durch rechtswidriges Verhalten Dritter herbeigeführt würden, nicht einzustehen brauche. In BGHSt 23, 327 wird eine Garantenstellung des in Notwehr Handelnden verneint, aber die Frage, ob auch sonst pflichtwidriges Vorverhalten zur Begründung einer Garantenpflicht erforderlich sei, offen gelassen. Der Senat ist auf diese Frage in BGHSt 19, 152/4 zwar nicht ausdrücklich eingegangen. Indem er jedoch die Entscheidung, daß ein Gastwirt im allgemeinen für die Folgen, zu denen übermäßiger Alkoholgenuß seiner Gäste führen kann, nicht einzustehen habe, mit der Erwägung rechtfertigt, daß ein sozial übliches und von der Allgemeinheit gebilligtes Verhalten wie das Ausschenken und der Genuß alkoholischer Getränke in einer Gastwirtschaft eine Garantenstellung regelmäßig nicht begründen könne, geht er tatsächlich von einem pflichtgemäßen Vorverhalten aus.

7 Die Rechtsauffassung, daß ein sozial übliches und von der Allgemeinheit gebilligtes Vorverhalten regelmäßig nicht zu einer Garantenstellung führen kann, ist auch schon in anderen Entscheidungen, die das Verhältnis von Zechgenossen zueinander betreffen, zum Ausdruck gekommen (vgl. BGH NJW 1954, 1047; BayObLG NJW 1953, 556; OLG Oldenburg NJW 1961, 1938; OLG Düsseldorf NJW 1966, 1175). Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb sie nicht auch auf das Verhalten im Straßenverkehr Anwendung finden sollte. Zu den allgemein als sozial üblich gebilligten Verhaltensweisen gehört die Benutzung des öffentlichen Verkehrsraums mit einem Kraftfahrzeug jedenfalls so lange, wie Fahrzeug und Fahrzeugführer nicht mit Mängeln behaftet sind, die andere Verkehrsteilnehmer über die ohnehin von einem in Bewegung befindlichen Kraftfahrzeug ausgehenden Gefahren hinaus gefährden, und solange das Fahrzeug in jeder Hinsicht verkehrsgerecht gehandhabt wird. Ein **[222]** sich auf solche Weise rechtmäßig verhaltender Kraftfahrer kann billigerweise nicht zum Hüter eines Verkehrsteilnehmers bestellt werden, der, wie hier das Opfer, durch sein verkehrswidriges Verhalten allein schuldhaft die Ursache für den Verkehrsunfall und damit für die eigentliche Gefahr im Sinne des § 221 gesetzt
8 hat. Er müßte andernfalls bei entsprechender Vorstellung sogar wegen Mordes bestraft
9 werden (vgl. auch BGH VRS 13, 120; BGHSt 11, 353/5). Der andere Verkehrsteilnehmer ist damit keineswegs schutzlos gestellt. Der durch § 330c [a. B.; jetzt § 323c] strafbewehrte allgemeine Anspruch auf Hilfeleistung verbleibt ihm (so wie hier oder jedenfalls im Ergebnis auch OLG Celle VRS 41, 98; Schönke/Schröder aaO Rdn. 120b; Welzel aaO und in JZ 1958, 494; LK 9. Aufl. § 222 Rdn. 6; Mezger/Blei aaO; Rudolphi aaO). ...

10 Der A hat sich, davon muß nach den Urteilsfeststellungen zu seinen Gunsten ausgegangen werden, sozial üblich verhalten. Er ist ordnungsmäßig gefahren. Er hat auch nicht gegen sonstige, dem Schutz anderer Verkehrsteilnehmer dienende Regeln verstoßen. Er hat in keiner irgendwie gearteten Weise schuldhaft zum Unfall beigetragen. Nichts in seinem Gesamtverhalten bis zum Unfall könnte also von der Allgemeinheit
11 mißbilligt werden. Jedenfalls unter diesen Umständen hat er sich (tateinheitlich mit Unfallflucht) nicht der Aussetzung, sondern (nur) der unterlassenen Hilfeleistung nach § 330c [a. B.; jetzt § 323c] schuldig gemacht."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Auch dieser Fall bewegt sich noch im Bereich von Leibes- und Lebensschutz, hebt sich jedoch von den vorangehenden Fällen vor allem in zweifacher Hinsicht ab:

– Zum einen dadurch, daß es nicht mehr so sehr um gleichsam „klassische" Verletzungen infolge zwischenmenschlicher Auseinandersetzungen geht, sondern um Konsequenzen des modernen *Straßenverkehrs*. Zu dessen ständig steigender deliktischer Bedeutung, nicht zuletzt im Bereich fahrlässiger Tötung und Körperverletzung, vgl. Kaiser, Kriminologie, 4. Aufl. 1979, S. 290ff.

– Zum anderen dadurch, daß auf diese neuen Verletzungsmodalitäten auch mit *neuartigen Straftatbeständen* zu reagieren war: so insbes. durch § 142 und §§ 315ff. Doch hat darüber hinaus nicht nur die Unterlassene Hilfeleistung (§ 323c) wachsende Bedeutung erlangt, sondern auch § 221, der ursprünglich am Bild der „Kindesaussetzung" ausgerichtet war, jedoch als *Gefährdungs*-Auffangtatbestand im Gefolge von Straßenverkehrsunfällen vor allem dort zum Zuge kommen kann, wo ein Unfallverletzter unversorgt liegengelassen wird, die Haftung aus §§ 211ff aber daran scheitert, daß dem Garanten kein Tötungsvorsatz nachweisbar ist.

Angesichts der verbindenden Stellung, die damit dem § 221 zwischen den allgemeinen Lebens- und Leibesschutztatbeständen und den besonderen verkehrsorientierten Tatbeständen zukommt, seien daher zunächst die verschiedenen Formen und Voraus-

A 1 setzungen der *Aussetzung* betrachtet (I). Nach Hervorhebung der wichtigsten Elemente des bereits in StrafR II Nr. 30 erläuterten *§ 323c* (II) ist der praktisch hochbedeutsame *§ 142* wenigstens in seinen Grundzügen darzustellen (III). Den Abschluß bilden einige Konkurrenzhinweise (IV).

2 **I. Aussetzung (§ 221).**

Die Gesamtbezeichnung dieses Tatbestandes als „Aussetzung" ist historisch zu erklären (vgl. M-Schroeder II/1 § 4 II a), jedoch insofern irreführend, als damit die heute kaum weniger wichtige und so auch hier einschlägige Tatmodalität des „Verlassens in hilfloser Lage" unterschlagen wird. Der BGH konnte sich als RevG auf diese zweite Modalität und damit auf die neuralgische Frage einer „Sorgepflicht" beschränken. Wie aber sind diese Einzelfragen tatbestandsgerecht einzuordnen? Prüfungsbedürftig sind jeweils folgende Punkte: der geschützte Personenkreis (1), die Tatmodalitäten (2) sowie als Folge davon die Schaffung einer hilflosen Lage (3).

3 **1.** Der **geschützte Personenkreis** ist beschränkt auf *bestimmte hilflose Personen.* Anders als bei den allgemeinen Tötungs- und Körperverletzungsdelikten, wo jeder Mensch schon als solcher *Tatobjekt* sein kann (vgl. Pieps-Fall Nr. 4 A 1, Pfleger-Fall Nr. 6 A 3, 12), muß hier der Betroffene aus bestimmten Gründen hilflos sein.

4 a) **Hilflos** ist eine Person, wenn sie sich nicht selbst zu schützen oder zu helfen vermag. Aber: gegen welche Art von Gefahren? Nur gegen Lebens- oder auch gegen Leibesgefahren? Dies hängt davon ab, worin der Schutzzweck des § 221 zu erblicken ist:

5 – Nach h.M. sowohl in einer *Lebens-* als auch in einer *Leibesgefährdung* (BGHSt 4, 113/5; D-Tröndle Rn. 1, Horn SK Rn. 3, Lackner Anm. 1, jew. zu § 211, Welzel § 40 I 2). Dementsprechend konnte auch hier der BGH die Hilflosigkeit des D damit begründen, daß dieser mangels Fortbewegungsfähigkeit schutzlos den vom Straßenverkehr drohenden „Lebens- und Leibesgefahren" preisgegeben war (E 1). Im gleichen Sinne hatte es bereits OLG Hamm VRS 19, 431 für genügend gehalten, daß der von seinem Zechkumpanen auf freier Strecke zurückgelassene M infolge seiner Trunkenheit eine Böschung hinabstürzen konnte.

6 – Demgegenüber verlangt eine starke Mindermeinung eine *konkrete Lebensgefährdung* (Lange LK[9] § 221 Rn. 1, M-Schroeder II/1 § 4 II A, Wessels II/1 § 3 I). Und dies wohl zu Recht, wie sich nicht zuletzt aus der systematischen Stellung des § 221 im Rahmen der Straftaten gegen das Leben ergibt (vgl. S/S-Eser § 221 Rn. 1, 8). Demzufolge wäre im *Böschung-Fall* des OLG Hamm (A 5) schon mangels Hilflosigkeit des M § 221 zu verneinen gewesen. Vorliegend freilich spielt diese Streitfrage letztlich keine Rolle, da der auf der Fahrbahn liegende D auch in seinem Leben gefährdet war.

7 b) Jedoch genügt nicht schon jede Art von Hilflosigkeit; vielmehr muß sie auf einem **bestimmten Grund** beruhen, nämlich entweder auf

– *jugendlichem Alter:* dies ist insbes. für Neugeborene und nicht selbst versorgungsfähige Kinder bedeutsam (vgl. Weihnachts-Fall unten A 20);

– *Gebrechlichkeit:* dafür genügt jede die Bewegungsfreiheit behindernde Störung der körperlichen Gesundheit, oder

– *Krankheit:* darunter ist jeder pathologische Zustand zu verstehen. Ein solcher kann auch auf schwerer Trunkenheit oder sonstigen Rauschmitteln beruhen (vgl. Gastgeber-Fall BGHSt 26, 35).

Unerheblich ist dagegen, ob die Hilflosigkeit verschuldet oder unverschuldet ist bzw. einen Dauer- oder nur vorübergehenden Zustand darstellt.

8 *Konsequenz* für den vorliegenden Fall? Infolge seiner unfallbedingten Bewußtlosigkeit bzw. mangelnden Fortbewegungsfähigkeit war D aufgrund von Gebrechlichkeit schutzlos dem lebensgefährdenden Straßenverkehr ausgesetzt und damit hilflos. Daß er sich nicht zuletzt durch seine eigene Angetrunkenheit in diesen Zustand brachte, ist dabei unerheblich. Ja, diese Angetrunkenheit hätte u.U. sogar als solche seine Hilflosigkeit begründen können, wenn sie so stark gewesen wäre, daß er richtungslos auf der Straße herumtorkelte (vgl. Böschungs-Fall A 5).

9 **2.** Die **Tathandlung** kann im *Aussetzen* oder *Verlassen* bestehen: Worin liegt der wesentliche Unterschied zwischen diesen beiden TBalternativen?

10 a) Durch das **Aussetzen** (1. Alt.) muß der Schutzbedürftige (A 3 ff) aus bisher sicherer in eine hilflose Lage versetzt werden, und zwar durch *Veränderung seines Aufenthaltortes.* Dies kann durch jedermann geschehen, nicht nur durch einen Garanten. Deshalb handelt es sich bei dieser Tatmodalität um ein *Jedermann*delikt, das von jedem Ausset-

A 10 zenden *täter*schaftlich begangen werden kann. Hätte daher vorliegend der A den D nicht nur einfach liegengelassen, sondern etwa vom Fahrbahnrand in die Fahrbahnmitte gerollt, damit D überfahren und dadurch seine Vorverletzung durch A verdeckt werde, so wäre es auf die vom BGH erörterte Garantenfrage nicht mehr angekommen.

11 b) Demgegenüber ist für das **Verlassen in hilfloser Lage** (2. Alt.) zweierlei charakteristisch:

12 aa) In faktischer, daß zwar der Aufenthaltsort des Opfers unverändert bleibt, statt dessen sich jedoch der Täter entfernt. Daß dies durch *räumliche Trennung* geschieht (so die h.M.: vgl. RGSt 38, 377, D-Tröndle § 221 Rn. 6, Horn SK § 221 Rn. 7, Lange LK[9] § 221 Rn. 6), ist zwar die Regel, aber nicht unbedingt Voraussetzung; denn „verlassen" ist der Hilflose auch schon dann, wenn er vom Täter **imstichgelassen** wird (vgl. Blei II § 16 I 2, M-Schroeder II/1 § 4 II B 2, Welzel § 40 I 1 b β, Wessels II/1 § 3 II 2). Das ist vor allem für Verlassen durch Nichtversorgen bedeutsam: dazu A 17.

13 bb) Jedoch ist in normativer Hinsicht diese Tatmodalität dadurch eingeschränkt, daß sie nicht (wie das Aussetzen: A 10) von jedermann, sondern täterschaftlich nur von einem **Obhutspflichtigen** verwirklicht werden kann, andere Tatbeteiligte daher allenfalls wegen Teilnahme strafbar sind. Um diese Obhutspflicht ging es im vorliegenden Fall: Welche allgemeinen Grundsätze lassen sich dazu dem Urteil entnehmen?

14 – Mit dem BGH ist (unstreitig) davon auszugehen, daß es sich bei den im Gesetz genannten Pflichten der Obhut, der Unterbringung, der Fortschaffung und der Aufnahme des Opfers lediglich um Beispielsfälle der *allgemeinen Garantenpflichten* handelt (E 3). Obhutspflichtig ist daher jeder, der nach allgemeinen Unterlassungsgrundsätzen zur Erfolgsabwendung verpflichtet wäre (StrafR II Nr. 25 A 47ff).

15 – Demzufolge kann auch durch *Ingerenz* eine Garantenpflicht begründet werden (E 3). Dafür genügt jedoch nicht schon jedes gefährdende Verhalten (E 5), sondern – im Anschluß an die vorherrschende Lehre (E 4) – nur ein *pflichtwidriges* Vorverhalten (E 6). Daran aber fehlt es bei sozialüblichem und verkehrsgerechtem Verhalten (E 7). Durch diese Klarstellung gegenüber einer bislang unsicheren Rspr. (E 6) hat diese Entscheidung zugleich auch grundsätzliche Bedeutung für die allgemeine Ingerenzhaftung (StrafR II Nr. 27 A 5ff).

16 *Konsequenz* für den vorliegenden Fall? Da dem A kein verkehrswidriges Verhalten nachweisbar ist (E 10) – woraus übrigens auch konkludent zu entnehmen ist, daß seinem eigenen Alkoholgenuß keine unfallbeeinflussende Wirkung beigelegt werden konnte –, wurde eine Obhutspflicht des A zu Recht verneint. Deshalb konnte sich der BGH weitere Erörterungen zu § 221 ersparen, um statt dessen nach anderen Tatbeständen zu fragen (E 9). Vor dem Eingehen darauf (A 27ff) sind aber zunächst noch die weiteren allgemeinen Voraussetzungen des § 221 zu betrachten. Dabei stellt sich zu den Tatmodalitäten vor allem noch folgende Frage:

17 c) Inwieweit kann § 221 auch durch **Unterlassen** verwirklicht werden? Gesetzt den Fall, die Alkoholisierung des A hätte den Unfall mitbeeinflußt, so daß er wegen pflichtwidrigen Vorverhaltens zum Garanten geworden wäre (A 14ff): könnte sich dann A etwa dadurch nach § 221 strafbar machen, daß er zwar am Tatort bliebe, jedoch den D eine lebensgefährliche Böschung hinunterrollen ließe?

18 – In diesem Fall käme *Aussetzen* (1. Alt.) durch Unterlassen in Betracht; denn sofern der Aufenthaltsort des Opfers zu dessen Nachteil geändert wird (A 10), kann es im übrigen nicht mehr entscheidend darauf ankommen, ob dies durch positives Tun oder dadurch geschieht, daß der Garant pflichtwidrig (§ 13) das „Sich-selbst-Aussetzen" des Opfers geschehen läßt (ebenso D-Tröndle § 221 Rn. 5, Horn SK § 221 Rn. 6, M-Schroeder II/1 § 4 II B 1; vgl. auch RGSt 8, 345). Dementsprechend kann ein Kindermädchen § 221 sowohl dadurch verwirklichen, daß es den Babywagen aktiv in einen Abgrund stößt, wie auch dadurch, daß es ihn die abschüssige Böschung hinunterrollen läßt.

19 – Wie aber, wenn A den D einfach auf der Fahrbahn liegengelassen hätte, um – ohne sich zu entfernen – zu sehen, wie sich die Dinge weiterentwickeln? In diesem Fall würde zwar Aussetzen (A 18) zu verneinen sein, da der Aufenthaltsort des D unverändert bleibt, stattdessen aber *Verlassen* (2. Alt.) in Betracht kommen. Voraussetzung ist freilich, daß man für Verlassen nicht unbedingt eine (weitere) räumliche Trennung zwischen Täter und Opfer voraussetzt, sondern bereits ein Imstichlassen genügen läßt. Tut man dies mit einer vordringenden Auffassung (A 12), so kommt § 221 durch Unterlassen insbes. auch dort in Betracht, wo bei Eintritt der Hilflosigkeit des Opfers der Garant sich bereits räumlich getrennt aufhält und lediglich *pflichtwidrig nicht zurückkehrt.*

A 20 Instruktiv dazu der *Weihnachts-Fall* **BGHSt 21, 44,** wo die A ihre drei Kinder am Weihnachtsabend allein in der verschlossenen Wohnung zurückließ, um ungestört mit einem Freund feiern zu können. Obgleich sie lediglich für 1 Nacht Vorsorge getroffen hatte, beschloß sie am nächsten Morgen, die Kinder weiter sich selbst zu überlassen. Als sie schließlich 3 Tage später in ihre Wohnung zurückkehrte, fand sie in dem völlig verwahrlosten bis zum Nullpunkt abgekühlten Raum den 10 Monate alten Säugling tot und die beiden älteren Söhne mit Anzeichen von Unterkühlung vor. Da hier die Kinder im Zeitpunkt des Verlassens noch nicht hilflos waren, sondern dies erst zu einem Zeitpunkt wurden, als die räumliche Trennung bereits bestand, hing § 221 davon ab, ob für „Verlassen" auch das pflichtwidrige Nichtzurückkehren genügt. Dies hat der BGH im Grundsatz bejaht. Denn:

[48] „Das Anliegen des Gesetzes ist es, junge, kranke oder gebrechliche Menschen, die sich nicht selbst zu helfen vermögen, vor Gefährdung an Leib oder Leben durch andere zu bewahren. Von diesem Grundgedanken ... muß auch die Auslegung ... des Verlassens in hilfloser Lage bestimmt sein. Aus dieser Schau bedeutet es aber für dieses Tatbestandsmerkmal keinen sachlichen Unterschied, ob der Obhutspflichtige seinen Schützling schon durch die Trennung von ihm in einen Zustand der Hilflosigkeit versetzt oder ob diese erst nach der Trennung zu einem womöglich vorausberechneten oder jedenfalls – wie hier – später erkannten Zeitpunkt dadurch geschieht, daß der Obhutspflichtige zu seinem Schützling nicht zurückkehrt. Denn in dem einen wie in dem anderen Falle überläßt er ihn der Ohnmacht gegen Gefahren für Leib oder Leben, bewirkt er den gesetzwidrigen Erfolg – etwa ebenso wie jemand, der eines anderen ansichtig wird, aber ihn in hilflosem Zustand liegenläßt, statt ihn – einer ihm obliegenden Rechtspflicht zufolge – fortzuschaffen, unterzubringen oder aufzunehmen. Freilich ‚verläßt' den Hilflosen nicht schon, wer sich nicht um ihn bekümmert" ... Dies sei vielmehr nur dann anzunehmen,

[49] „wenn der Täter sich selbst zu unmittelbar helfendem Eingreifen außerstande gesetzt hatte – derart, daß er nicht nur sich selbst in seinem Willen, sondern außerdem ein äußeres Hindernis überwinden müßte, wenn er den in seiner Obhut anheimgegebenen Hilflosen (wieder) in seine Fürsorge nehmen wollte (RGSt 8, 343; 38, 377/9)". Kurz: Das pflichtwidrige Nichtzurückkehren genügt für Verlassen, vorausgesetzt, daß dabei eine bereits bestehende räumliche Trennung aufrechterhalten bleibt (zust. Blei II § 16 I 2, van Els NJW 1967, 966, Wessels II/1 § 3 II 1; and. Dreher JZ 1966, 581, Horn SK § 221 Rn. 9f).

21 Dieser räumliche Trennungsaspekt des BGH kann jedoch hier noch weniger überzeugen als beim aktiven Verlassen (A 12); denn ob die Mutter gänzlich wegbleibt oder zwar in die Wohnung zurückkehrt, dort jedoch die Kinder im Nebenzimmer oder gar im gleichen Raum weiterhin ihrem Elend überläßt, kann vom Schutzzweck her keinen Unterschied machen. Daher muß für das Verlassen genügen, daß der Täter in einer Situation der Hilflosigkeit des Schützlings nichts unternimmt (S/S-Eser § 221; Rn. 9a; so bereits Schönke-Schröder[17] § 221 Rn. 7a). Demzufolge könnte sich A bereits dadurch nach § 221 strafbar machen, daß er den auf der Fahrbahn liegenden D einfach seinem lebensbedrohlichen Schicksal überläßt.

22 3. Als **Folge** des Aussetzens oder Verlassens muß das Opfer in eine **hilflose Lage** geraten bzw. die bereits bestehende Hilflosigkeit (A 4) zur Gefahr werden. Dieses (tatbestandseinschränkende) *Gefährdungs*erfordernis ergibt sich zwar nicht ausdrücklich aus dem Wortlaut, wohl aber aus dem Charakter des § 221 als konkretem Gefährdungsdelikt (A 1). Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine *Lebens*gefahr erforderlich (A 6), während die h.M. auch die Gefahr von Gesundheitsschäden ausreichen läßt (A 5). Im übrigen setzt der Begriff der Gefahr voraus, daß noch die Möglichkeit zu einer günstigen Beeinflussung besteht: Hat z.B. das Opfer durch den Verkehrsunfall bereits den Tod gefunden bzw. so schwere Verletzungen erlitten, daß keine Hilfsmöglichkeit – auch nicht in Form von Schmerzlinderung – mehr besteht, so ist auch für § 221 kein Raum mehr. Dies schließt selbstverständlich nicht aus, daß der Täter bei entsprechender Vorstellung wegen Versuchs nach § 221 III strafbar sein kann. Zur besonderen Problematik des Versuchs von erfolgsqualifizierten Delikten vgl. Augapfel-Fall Nr. 8 A 21ff.

23 4. In **subjektiver** Hinsicht ist **Vorsatz** erforderlich. Als Gefährdungsvorsatz muß er neben dem Bewußtsein von der Hilflosigkeit des Opfers auch die potentielle Lebensgefährdung (bzw. Gesundheitsgefahr: A 5) umfassen (allg. zum Gefährdungsvorsatz vgl. Blockierungs-Fall Nr. 11 A 37f). Außerdem muß der Täter im Falle des Verlassens (2. Alt.) die seine Obhutspflicht begründenden Umstände gekannt haben; entsprechendes gilt bei Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen (A 17ff).

24 Was *ergibt* sich daraus für den *vorliegenden* Fall? Da dem A nicht nachgewiesen werden konnte, eine mögliche Lebensgefahr für D bedacht zu haben, wäre nach der

A 24 hier vertretenen Auffassung (A 6, 22) § 221 spätestens aus subjektiven Gründen zu verneinen. Hätte dagegen A diese Möglichkeit bedacht und sich lediglich deshalb für nicht hilfspflichtig gehalten, weil er fälschlich bloße Ingerenten nicht zu den Obhutspflichtigen rechnete, so läge darin bloßer Verbotsirrtum (§ 17; vgl. BGHSt 16, 155: StrafR II Nr. 29).

25 5. Für den Fall, daß A nach § 221 strafbar wäre, käme wegen der tödlichen Folge für D **erfolgsqualifizierende Strafschärfung** (§ 221 III) in Betracht. Zu der dafür erforderlichen Kausalität und Fahrlässigkeit vgl. näher Nr. 8 A 16f, Nr. 9 A 4ff.

26 6. Was bleibt als **Zwischenergebnis** festzuhalten? Da A den D nicht „ausgesetzt" hat (A 10) und für ein „Verlassen" die dafür erforderliche Garantenpflicht fehlt (A 16), wurde § 221 zu Recht verneint (E 1, 10). Auch für ein Tötungsdelikt (§§ 211ff) fehlt es bereits an einer entsprechenden Garantenpflicht und zudem am Tötungsvorsatz (vgl. E 8). Stattdessen war ein anderer allgemeiner Tatbestand in Betracht zu ziehen:

27 **II. Unterlassene Hilfeleistung § 323c** (§ 330c a.B.).

Warum kam ein solcher hier in Betracht? Da es dafür gerade keiner Garantenpflicht bedarf, sondern jedermann, dem dies möglich und zumutbar ist, zur erforderlichen Hilfe verpflichtet ist (§ 9). *Schutzzweck* ist die **Schadensabwehr** *in akuten Notfällen aufgrund der mitmenschlichen Solidarität* (Blei II § 49 I, Wessels II/1 § 23 II 1). Zur Abgrenzung dieses **„echten" Unterlassungsdelikts** von den „unechten" vgl. StrafR II Nr. 30 A 8ff. § 323c setzt im wesentlichen folgendes voraus:

28 1. Auslösendes Moment der Hilfspflicht kann ein **Unglücksfall,** eine **gemeine Gefahr** oder **Not** (wie Brand, Überschwemmung, Naturkatastrophe u. dgl.) sein. Am praktisch bedeutsamsten ist der „Unglücksfall", d.h. jedes plötzlich eintretende Ereignis, das einen erheblichen Personen- oder Sachschaden anrichtet oder zu verursachen droht (RGSt 75, 70, Maurach BT[5] § 51 II A 1; enger Blei II § 49 II 1a, S/S-Cramer § 330c Rn. 5, wonach nur Gefahren für Leib oder Leben genügen sollen). Typisch dafür sind Verkehrsunfälle (vgl. BGHSt 11, 135/6). Jedoch kommen auch Krankheiten bei plötzlicher Verschlimmerung von Schmerzen in Betracht (vgl. Bauchhöhlen-Fall OLG Hamm NJW 1975, 604/5). Daß die Notsituation fahrlässig oder vorsätzlich herbeigeführt wurde, schließt einen Unglücksfall nicht aus (vgl. Notzucht-Fall BGHSt 3, 65/6). Deshalb wäre selbst bei vorsätzlichem Anfahren des D durch A § 323c denkbar.

29 **2. Art und Umfang der Hilfspflicht** bestimmen sich nach dem (faktisch) erforderlichen und dem (normativ) Zumutbaren.

30 a) **Erforderlich** ist die Hilfeleistung insoweit, als ohne sie die Gefahr einer nicht unerheblichen Verschlimmerung der Notsituation besteht. Das ist etwa dort zu verneinen, wo sich der Betroffene in jeder Hinsicht selbst zu helfen vermag, wo bereits von anderer Seite ausreichende Hilfe geleistet wird oder wo der Geschehensablauf ohnehin nicht mehr zu beeinflussen ist (wie insbes. dort, wo das Opfer bereits tot ist: vgl. aber auch Lieferwagen-Fall BGHSt 1, 266/9). Da jedoch § 323c als Gefährdungsdelikt schon der Abwehr *möglicher* Verschlimmerungen dient, läßt sich die Hilfspflicht nicht damit verneinen, daß der befürchtete Schaden nicht eintritt bzw. nicht aufzuhalten war; denn entscheidend ist, welche Hilfsmaßnahmen bei Eintritt der Notsituation erforderlich erscheinen.

31 Instruktiv dazu der dem vorliegenden vergleichbare *Kapitän-Fall* **BGHSt 14, 213,** wo A einen Fußgänger angefahren hatte, zunächst davonfuhr, um angeblich telefonisch Hilfe herbeizuholen, dann jedoch außer Sichtweite des Unfallortes lediglich die Kollisionsspuren an seinem Pkw entfernte und wieder zur Unfallstelle zurückfuhr und sich jetzt erst zusammen mit anderen Personen, die inzwischen eingetroffen waren, um den Verletzten bemühte. Nach BGH hat damit A seiner Hilfspflicht nicht genügt. Denn: **[216]** „Will der Verpflichtete dem Gebot des § 330c [a.B.; jetzt § 323c] genügen, muß er die zur Abwendung jener Schäden [Vermehrung und Verlängerung von Schmerzen] wirksamste, also möglichst sofortige Hilfe leisten. Abgesehen davon richten sich auch Art und Zeitpunkt der Hilfeleistungspflicht nach dem Sittengesetz, ohne Rücksicht auf die Anschauung des Verpflichteten (RGSt 74, 69/71; 74, 201). Als Maßstab gilt die Beurteilung durch einen verständigen Beobachter in dem Augenblick, in dem sich die Notwendigkeit, zu helfen, herausstellt. Hiernach muß ein Bewußtloser, dessen Verletzungen nicht ohne weiteres zu erkennen sind, *sofort* ärztlicher Hilfe zugeführt werden. Wenn der Verpflichtete ihn nicht allein oder mit Hilfe Dritter, sogleich anwesender Personen fortschaffen kann, muß er *ohne Zögern* einen Arzt herbeirufen oder bei der Unfallmeldestelle einen Krankenwagen anfordern. Unterläßt er dies, so überläßt er den Verunglückten einem ungewissen Schick-

A 31 sal und macht sich schon dadurch eines vollendeten Vergehens nach § 330c [§ 323c] schuldig. Bei einer solchen Sachlage kommt es auch nicht darauf an, ob sich etwa später bei der ärztlichen Untersuchung des Verunglückten herausstellt, daß dieser auch dann nicht mehr zu retten gewesen wäre, wenn er sofort ärztlich behandelt worden wäre (vgl. RGSt 71, 200/2, Welzel NJW 1953, 329). Regelmäßig setzt nur der sofortige Tod des Opfers der Hilfeleistungspflicht Grenzen (BGHSt 1, 266/9, JR 1956, 347)".

32 b) Zur **Zumutbarkeit** der Hilfeleistung vgl. Taschenmesser-Fall BGHSt 11, 353 (StrafR II Nr. 30 E 2, A 11ff). Danach entfällt die Hilfspflicht insbes. nicht schon deshalb, weil sich dadurch der Täter der Entdeckung und damit einer Strafverfolgung aussetzen könnte (aaO E 4).

33 3. In **subjektiver** Hinsicht ist **Vorsatz** erforderlich: Der Täter muß um das Vorliegen der Notsituation sowie um die Umstände wissen, aus denen sich die Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der Hilfeleistung ergeben. Vgl. im einzelnen S/S-Cramer § 330c Rn. 28.

34 4. Wie ist danach der vorliegende Fall zu beurteilen? Da sich A bewußt war, einen Menschen angefahren zu haben und somit von dessen Hilfsbedürftigkeit ausgehen mußte (bedingter Vorsatz), hat er § 323c schon dadurch verwirklicht, daß er jegliche Hilfe unterließ. Dem steht insbes. nicht entgegen, daß er nicht mit dem Tod des D rechnete; denn für § 323c reicht bereits das Wissen um mögliche Verschlimmerungen bei nicht sofortiger Hilfe. – Darüber hinaus stellt sich jedoch die Frage, ob nicht auch noch ein spezieller VerkehrsTB verwirklicht ist:

35 **III. Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort (§ 142).**

Schutzzweck dieses meist als „Unfallflucht" bezeichneten Tatbestandes, der durch das 13. StÄG vom 13. 6. 1975 seine jetzige Fassung erhielt, ist nicht so sehr das öffentliche Strafverfolgungsinteresse, sondern die Sicherung (bzw. Abwehr) **zivilrechtlicher Ersatzansprüche** (vgl. Bringewat JA 1977, 231f m.w.N.). Der nicht leicht zu durchschauende Tatbestand setzt im wesentlichen folgendes voraus:

36 1. Es muß sich ein **Unfall im Straßenverkehr** ereignet haben: d.h. ein plötzliches Ereignis im öffentlichen Verkehr, das mit dessen Gefahren in ursächlichem Zusammenhang steht und einen Person- oder Sachschaden zur Folge hat, der nicht ganz unerheblich ist (BGHSt 12, 253/5). Daß das Schadensereignis von einem Beteiligten *vorsätzlich* herbeigeführt wurde, schließt den Unfallcharakter nicht aus, solange nur „einem anderen ein von ihm ungewollter Schaden entstanden ist" (BGHSt 24, 382/3). Deshalb läge hier selbst dann ein Verkehrsunfall vor, wenn A den D mit bedingtem Vorsatz angefahren hätte. Dagegen fehlt es am erforderlichen Zusammenhang mit typischen Straßenverkehrsgefahren dort, wo das Fahrzeug nicht (zumindest auch) als Fortbewegungsmittel, sondern lediglich als Werkzeug zu einem außerhalb des Straßenverkehrs liegenden Erfolg benutzt wird, wie etwa zur Tötung eines Nebenbuhlers (vgl. Rudolphi SK § 142 Rn. 15; daher problematisch der Rache-Fall OLG Koblenz VRS 56, 342). Zu weiteren Einzelheiten vgl. S/S-Cramer § 142 Rn. 4ff.

37 2. Durch den Unfall werden für **Unfallbeteiligte** bestimmte Warte- bzw. Feststellungspflichten ausgelöst. Nach der Legaldefinition von § 142 IV ist Unfallbeteiligter jeder, dessen Verhalten nach den Umständen zur Verursachung des Unfalls beigetragen haben kann. Dabei ist vor allem zweierlei bedeutsam:

38 a) Erheblich ist lediglich die (Mit-)*Verursachung* des Unfalls. Deshalb kommt es für die Wartepflicht auf die Verschuldensfrage überhaupt nicht an. Daher kann auch ein Beifahrer, der etwa versehentlich gegen das Lenkrad gefallen ist oder den Fahrer durch sein Gespräch abgelenkt hat, Unfallbeteiligter sein (vgl. Rekord-Fall BGHSt 15, 1/5: unten A 39, aber auch S/S-Cramer § 142 Rn. 61).

39 b) Zudem genügt bereits die *Möglichkeit* der (Mit-)Verursachung. Deshalb darf sich ein am Unfallort Anwesender nur dann entfernen, wenn diese Möglichkeit zweifelsfrei ausgeschlossen werden kann.

Instruktiv dazu der *Rekord-Fall* **BGHSt 15, 1,** wo die F in einer regnerischen Nacht einen auf der Straße kauernden Menschen angefahren hatte und nach kurzem Suchen mit ihrem beifahrenden Ehemann A die Unfallstelle verließ. Zu einer eigenen Warte- und Duldungspflicht des A gibt der BGH dem LG folgenden Hinweis: **[4]** „Diese Pflicht entsteht nach dem Gesetz für jeden, bei dem ‚nach den Umständen *in Frage kommt*, daß sein Verhalten zur Verursachung des Unfalls beigetragen hat'. Erforderlich ist danach nicht, daß jemand den Unfall *tatsächlich* mitverursacht (oder gar mitverschuldet) hat; das wird

A 39 sich bisweilen erst bei den späteren Ermittlungen herausstellen. Es genügt vielmehr, daß er dem äußeren Anschein nach den Unfall mitverursacht haben *kann*. Nur dann, wenn das Verhalten eines (zur Unfallzeit) am Unfallort Anwesenden *zweifelsfrei* nicht zur Verursachung des Unfalls beigetragen hat, wenn sich also der Unfall mit Sicherheit auch ohne ihn ereignet hätte, entfällt die Warte- und Duldungspflicht nach § 142. Deshalb kommt als Täter nach dieser Vorschrift jeder in Betracht, der, sei es auch zu Unrecht, in den – nicht ganz unbegründeten – Verdacht gerät, den Unfall verursacht oder mitverursacht zu haben (Nachw.) ... **[5]** Bei dieser durch den Wortsinn und den Gesetzeszweck gebotenen Auslegung des § 142 kann nicht zweifelhaft sein, daß der A als Mitverursacher des seiner Ehefrau zur Last liegenden Unfalls in Frage kam. Allein der Umstand, daß er der Halter des Unfallwagens und der Ehemann der Mitinsassin war, konnte ihn dem Verdacht aussetzen, selbst den Wagen gesteuert und das Unfallopfer angefahren zu haben ... Hinzu kommt, daß A als Beifahrer seiner Ehefrau deren Fahrweise beeinflußt haben könnte, etwa dadurch, daß er seine Frau durch Gespräche von der aufmerksamen Beobachtung der Fahrbahn abhielt". Vgl. aber auch den Beifahrer-Fall OLG Frankfurt NJW 1977, 1833/4 (A 42), wonach der Beifahrer in der Regel nicht Unfallbeteiligter ist.

40 3. Als **Tathandlung** kommen zwei Modalitäten in Betracht:

a) **Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort** (§ 142 I), *ohne* daß die in Nr. 1 bezeichneten *Feststellungen ermöglicht* wurden (aa) bzw. der durch Nr. 2 gebotenen *Wartepflicht genügt* wurde (bb).

41 aa) Die **Ermöglichung von Feststellungen** (Nr. 1) ist vor allem für den Fall bedeutsam, daß sich andere Unfallbeteiligte bzw. feststellungsbereite Personen an der Unfallstelle befinden. Eine *aktive* Mitwirkung an den Feststellungen ist dabei jedoch nur insoweit erforderlich, als der Wartepflichtige das „daß" seiner Unfallbeteiligung angeben muß (sog. *Vorstellungspflicht*), nicht jedoch deren Art und Rolle. Deshalb erschöpft sich die Wartepflicht praktisch in einer passiven Feststellungspflicht durch Verbleiben am Unfallort (sog. *Anwesenheitspflicht*).

42 Zum *Umfang der Vorstellungspflicht* instruktiv der *Beifahrer-Fall* **OLG Frankfurt NJW 1977, 1833,** wo sich der das Unfallfahrzeug steuernde A lediglich als Beifahrer seiner Ehefrau ausgegeben hatte, um einer Blutprobe bei sich vorzubeugen. Gegen die Meinung des A, selbst mit dieser *täuschenden* Angabe bereits seiner Vorstellungspflicht genügt zu haben, führt das OLG aus:

„Bei der Auslegung des § 142 I Nr. 1 ist zu berücksichtigen, daß das Merkmal „Angabe, daß er an dem Unfall beteiligt ist" im Rahmen der Gesamtformulierung des § 142 nach zwei Richtungen hin präzisiert ist.

Die erste Präzisierung ergibt sich daraus, daß die Angabe nach der insoweit eindeutigen Fassung einen bestimmten Zweck erfüllen muß. Die Angabe, daß man an dem Unfall beteiligt ist, muß dazu geeignet sein, Feststellungen zur Person des Unfallbeteiligten, zu seinem Fahrzeug und zu der Art der Beteiligung zu ermöglichen. Es kommt im Rahmen einer Präzisierung des § 142 I Nr. 1 **[1834]** entscheidend darauf an, jene Formen der Vorstellung, die die in § 142 I Nr. 1 genannten Feststellungen möglich machen, ohne daß der Unfallbeteiligte hieran weiter mitwirken muß, von jenen Formen der Vorstellung zu trennen, die diese Feststellungen gerade unmöglich machen. ... Diese Frage entsteht [aber] erst, wenn überhaupt irgendein im Rahmen des § 142 I Nr. 1 rechtlich als Vorstellung zu wertendes Verhalten erkennbar ist. ...

Der Text des § 142 I Nr. 1 präzisiert die Art, in der die Vorstellungspflicht zu erfüllen ist, auf einem zweiten Weg. Die Fälle, in denen der Täter zwar seine Unfallbeteiligung allgemein einräumt, diese Art der Vorstellung und die sich anschließenden Feststellungen aber durch Täuschung oder Verschleierung wertlos macht bzw. verhindert, sind deutlich unterschieden von den Fällen, in denen zwar irgendwelche Mitteilungen im Zusammenhang mit einem geschehenen Unfall gemacht werden, diese Mitteilungen jedoch von vornherein nicht den von § 142 I Nr. 1 verlangten Inhalt haben. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Unfallbeteiligter sich zwar als Person zu erkennen gibt, die den Unfall miterlebt hat, diese Mitteilung aber lediglich den Inhalt hat, der Mitteilende sei an dem Unfall überhaupt nicht beteiligt. Diese Art der Vorstellung genügt nicht einmal ihrem Wortlaut nach der Vorstellungspflicht des § 142 I Nr. 1. Die Vorschrift verlangt zweifellos die Angabe, an dem Unfall „beteiligt" zu sein. Der Ausdruck „beteiligt" ist in sinnvoller Weise durch § 142 IV StGB positiv bestimmt. Unfallbeteiligter ist danach jeder, dessen Verhalten nach den Umständen zur Verursachung des Unfalles beigetragen haben kann. Folglich muß die Angabe, an dem Unfall beteiligt gewesen zu sein, die Angabe enthalten, daß das Verhalten nach den Umständen zur Verursachung des Unfalles beigetragen haben kann. Die Angabe, den Unfall miterlebt, aber an dem Unfall gerade nicht ursächlich i. S. des § 142 IV beteiligt gewesen zu sein, erfüllt daher die Vorstellungspflicht nicht." So auch hier nicht; denn: „Die Mitteilungen des A zum Unfallgeschehen hatten objektiv den Sinn und sollten subjektiv den Sinn haben, zu erklären, daß er als Verursacher oder auch nur als entfernter Mitverursacher des Unfalles nicht in Frage kommt."

A 43 bb) Durch die **Wartepflicht** (Nr. 2) sollen vor allem die Fälle erfaßt werden, in denen zum Unfallzeitpunkt keine feststellungsbereiten Personen an der Unfallstelle anwesend sind. Hier soll durch ein angemessenes Warten zumindest die Chance, daß noch feststellungsbereite Personen eintreffen könnten, gewahrt bleiben. Dauer und Umfang der Wartepflicht richten sich unter Berücksichtigung der *Erforderlichkeit* und *Zumutbarkeit* nach der Schwere des Unfalls und den sonstigen Umständen. Unzumutbar wird das Warten keinesfalls schon deshalb, weil sich der Unfallbeteiligte damit der Gefahr einer Strafverfolgung wegen dieses Unfalls aussetzen könnte (vgl. S/S-Cramer § 142 Rn. 31f).

44 cc) Das **Entfernen** vor Ablauf der Vorstellungs- (A 41f) bzw. Wartepflicht (A 43) setzt eine Ortsveränderung voraus, die über den Bereich der Unfallstelle hinausgeht (instruktiv dazu Laderampe-Fall OLG Stuttgart DAR 1980, 248). Deshalb hat sich der Unfallbeteiligte noch nicht entfernt, wenn er sich lediglich unter die Menge mischt. Solange er jedoch seiner Pflicht zur Angabe seiner Unfallbeteiligung (A 41f) nicht nachkommt, kann er sich durch Wegbegeben strafbar machen. Instruktiv zum Verbleiben an der Unfallstelle durch Wegschieben des Unfallwagens OLG Bremen VRS 52, 423ff.

45 b) Als zweite Tatmodalität kommt die (neu eingeführte) **Verletzung der Nachholpflicht** (§ 142 II) in Betracht. Sie betrifft die Fälle, in denen sich der Unfallbeteiligte *nach Wegfall der Wartepflicht* (Nr. 1: A 43) bzw. aus einem sonstigen Grund *berechtigt* oder *entschuldigt entfernen* durfte (Nr. 2), z.B. zwecks dringender Behandlung von Verletzungen, Herbeiholung von Hilfe oder auch aus Angst vor ernstlicher Bedrohung durch aufgebrachte Passanten (vgl. Berz Jura 1979, 125ff). Diesen Entfernungsgründen wird neuerdings auch das praktisch besonders bedeutsame *vorsatzlose* Sich-Entfernen gleichgestellt, wie etwa dort, wo der Unfallbeteiligte weitergefahren ist, weil er die Kollision nicht bemerkt hat (bzw. nicht bemerkt haben will und ihm dies nicht zu widerlegen ist): vgl. Baustellen-Fall BGHSt 28, 129, Franke JuS 1978, 456 (vgl. aber demgegenüber auch Beulke NJW 1979, 400ff). Liegt einer dieser Fälle vor, so verstärkt sich die ursprünglich nur passive Feststellungspflicht (A 41) insoweit zu einer *aktiven*, als der Unfallbeteiligte unverzüglich die erforderlichen Feststellungen *nachträglich ermöglichen* muß. Dies kann mit den in § 142 III vorgeschriebenen Angaben entweder durch Mitteilung an den Berechtigten oder eine nahegelegene Polizeidienststelle geschehen.

46 Instruktiv zur *Warte-* und *Nachholpflicht* der *Klinkersteg-Fall* **OLG Hamm NJW 1977, 207:** Nach Alkoholgenuß kam A an einem Samstagnachmittag von der Fahrbahn ab, knickte eine Richtungstafel, ein Vorfahrtsschild und fuhr schließlich gegen einen aus Klinkern gemauerten Steg des R. Aus diesem Steg wurden ca. 10 Steine herausgebrochen. Der Beifahrer S erlitt einen Fußgelenkbruch. A selbst hatte Brustprellungen davongetragen und einen Zahn verloren. Nachdem A zunächst von einem nahestehenden Hause einen Krankenwagen herbeizutelefonieren versuchte, dies jedoch durch die Bewohner bereits veranlaßt war, begab er sich zur Unfallstelle zurück. Dort wurde bald darauf S mit einem Krankenwagen abtransportiert. Dem R erklärte A, er werde für den Schaden am Steg aufkommen, und er müsse auch das Straßenverkehrsamt benachrichtigen. Inzwischen war auch ein von Anwohnern herbeigerufener Abschleppwagen eingetroffen. Als kurz darauf A von einem vorbeikommenden Arbeitskollegen gefragt wurde, ob er ihn nach Hause oder in ein Krankenhaus bringen solle, fuhr A davon, ohne irgendeine der an der Unfallstelle anwesenden Personen zu informieren. Insgesamt hatte er sich dort eine knappe Stunde aufgehalten. Weil er seine Ehefrau zuhause nicht antraf, begab er sich zur Wohnung seiner Schwiegermutter, wo er erfuhr, daß er von der Polizei gesucht werde. Darauf begab er sich zunächst zur Polizeistation, wo ihm eine Blutprobe entnommen wurde. Am nächsten Tag suchte er nochmal den R auf, und benachrichtigte einen Straßenwärter von den Schäden an den Verkehrszeichen und lieferte seinen Führerschein bei der Polizei ab. *Gegen* die Verurteilung des A aus § 142 führt das OLG aus:

47 „2. Der durch § 142 I pönalisierte Verhaltensbereich verlangt vom Täter lediglich seine Anwesenheit (Nr. 1) bzw. sein Verweilen (Nr. 2) an der Unfallstelle, also allein ein bezüglich der Unfallaufklärung passives Verhalten, ein bloßes Dulden der Aufklärungstätigkeit anderer Personen, nicht eine eigene aktive Aufklärungstätigkeit (Nachw. bei Schönke-Schröder, StGB, 18. Aufl. [1976], § 142 Rdnr. 23 und bei Dreher, StGB, 36. Aufl. [1976], § 142 Rdnr. 27). Die vom *LG* andeutungsweise aufgeworfene Frage, ob eine polizeiliche Unfallaufnahme hätte erfolgen und diese eventuell der A hätte veranlassen müssen, stellt sich daher hier nicht. Da der A etwa 45 bis 60 Minuten an der Unfallstelle verblieben ist, währenddessen weder zugunsten des *S* noch des örtlich zuständigen Straßenverkehrsamtes Feststellungen getroffen wurden, und der ebenfalls geschädigte *R* nach der Erklä-

A 47 rung des A, er werde für den *R* entstandenen Schaden aufkommen, ersichtlich auf weitere Feststellungen keinen Wert legte, entfällt ein Verstoß gegen § 142 I Nr. 1.

48 3. Auch ein Verstoß gegen die in § 142 I Nr. 2 statuierte Wartepflicht liegt schon tatbestandsmäßig nicht vor. „... Zwar [ist der] A" grundsätzlich wartepflichtig, aber nur für eine den Umständen nach angemessene Zeit. Die näheren Umstände ergeben sich aus der Schwere des Unfalls, dem Ausmaß seiner Folgen, der Unfallzeit und -örtlichkeit. ... Der Unfall ereignete sich am Samstagnachmittag nach 16.00 Uhr in einem Vorort. Zu dieser Zeit war das Straßenverkehrsamt geschlossen ... Der Zeuge *R* hatte auf weitere Feststellungen verzichtet, der Zeuge *S* konnte selbst keine Feststellungen treffen, da er in ein Krankenhaus transportiert worden war. Die Frage, ob der A nach Ablauf einer Stunde noch mit dem Erscheinen von dritten Personen rechnen mußte, die Feststellungen zugunsten des Geschädigten *S* zu treffen bereit waren, muß hier verneint werden. Denn den A selbst traf aus strafrechtlicher Sicht keine Pflicht, sich selbst um das Erscheinen solcher Personen zu bemühen, den Unfall anzuzeigen oder ähnliches (vgl. oben 2). Als feststellungsbereite dritte Personen kommen in erster Linie Polizeibeamte in Betracht, mit deren Erscheinen an der Unfallstelle in aller Regel jedenfalls in Vororten mittlerer Städte alsbald nach dem Unfall gerechnet werden kann. Wenn der A an einer solchen Stelle zu dieser Zeit eine Stunde wartet, so genügt er seiner Wartepflicht i.S. des § 142 I Nr. 2 jedenfalls dann, wenn – wie hier – der Geschädigte Namen und Anschrift des Fahrers des Unfallfahrzeuges als dessen Mitinsasse kennt, sowie über die Lage der Unfallstelle orientiert ist, denn er war nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil nach dem Unfall nicht bewußtlos. Die mit noch längerer Wartezeit immer theoretischer werdende Möglichkeit, es könne vielleicht noch später eine Polizeistreife zufällig vorbeikommen, kann letztlich nirgendwo zu keinem Zeitpunkt ausgeschlossen werden und würde daher zu einer zeitlich unbegrenzbaren Wartepflicht, also de facto zu einer aktiven Benachrichtigungspflicht durch den Angeklagten und damit zu einer Umkehrung des im § 142 I postulierten Pflichtenverhältnisses führen.

49 4. Auch ein Verstoß gegen § 142 II Nr. 1 scheidet aus, weil der Angekl. die i.S. des § 142 I Nr. 1 relevanten Feststellungen (Schönke-Schröder, § 142 Rdnr. 48) nachträglich ermöglicht hat. Er hat hierzu den in § 142 III StGB geschilderten Weg gewählt, denn er hat die Polizeistation M. aufgesucht und dort alle erforderlichen Angaben gemacht. Die der Unfallstelle nächstgelegene Unfallstation brauchte er nicht aufzusuchen (Schönke-Schröder, § 142 Rdnr. 51; Dreher, § 142 Rdnr. 48).

50 **[208]** 5. Die allein zweifelhafte Frage, ob der A dieser Pflicht unverzüglich nachgekommen ist, ist hier zu bejahen. a) ... d) Zweck des § 142 ist letztlich die Aufklärung von Unfallursachen zwecks Klarstellung der privatrechtlichen Verantwortlichkeit der Beteiligten (Schönke-Schröder, § 142 Rn. 1 m.w.N.). Diesem Gesetzestext muß auch das Merkmal der Unverzüglichkeit zugeordnet werden, welches damit über eine rein zeitliche Betrachtung hinaus funktionsgerecht zu verstehen, also am Zweck der Pflicht zur nachträglichen Ermöglichung von Feststellungen auszulegen ist. Wird die Pflicht zur nachträglichen Ermöglichung von Feststellungen so rechtzeitig erfüllt, daß die zur Klärung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit erforderlichen Feststellungen vollständig und ohne zusätzlichen Ermittlungsaufwand getroffen werden können, dann geschieht es auch – insoweit unabhängig von dem reinen Zeitablauf – unverzüglich. Geschieht das dagegen so spät, daß objektiv einzelne oder alle für die Beurteilung der Schadensersatzpflicht der Beteiligten zueinander wesentlichen Faktoren nicht mehr oder nur unzureichend aufklärbar sind, so wird die oben angegebene Verpflichtung nicht unverzüglich erfüllt, also gegen § 142 II verstoßen. Jedoch löst ein Verstoß gegen die funktionale Bedeutung der unverzüglichen Erfüllung der Rechtspflicht des § 142 II strafrechtliche Sanktionen nur dann aus, wenn zugleich ein Verstoß gegen das Zeitmoment vorliegt. Die Berücksichtigung der funktionalen Bedeutung führt also nicht zur Einführung eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals in den § 142 II, sondern enthält lediglich ein Auslegungsmerkmal für die vorrangig zeitliche Bewertung und Begrenzung des Merkmals der Unverzüglichkeit.

e) Vorliegend war um 19.40 Uhr die Ermittlung der Blutalkoholkonzentration des A ... nach Entnahme von zwei Blutproben noch möglich. ... Da somit alle erforderlichen Feststellungen um 19.40 Uhr bzw. von diesem Zeitpunkt ab getroffen werden konnten und getroffen worden sind, scheidet auch ein Verstoß gegen § 142 II Nr. 1 tatbestandsmäßig aus."

51 Diese *funktionsbezogene* Deutung der Unverzüglichkeit ist auch für das umstrittene **Wahlrecht** *zwischen Meldung beim Geschädigten und der Polizei* (**§ 142 III**) bedeutsam: Danach braucht der Unfallbeteiligte zwar einerseits nicht unbedingt den zeitlich „schnellsten" Benachrichtigungswert zu wählen (was in der Regel zur Selbstanzeige bei der Polizei zwingen würde), doch geht andererseits sein Wahlrecht auch nicht soweit, daß er einfach den ihm bequemsten Weg wählt und danach die Unverzüglichkeit bestimmt (was u.U. dazu führen könnte, daß bei der Wahl der Benachrichtigung des Geschädigten die „Unverzüglichkeit" so lange gewahrt bliebe, bis der Geschädigte

A 51 persönlich erreichbar ist); vielmehr ist der Unfallbeteiligte jedenfalls so lange (aber auch nicht länger) in seinem Wahlrecht frei und dementsprechend die Unverzüglichkeit gewahrt, als mit Rücksicht auf Art und Höhe des Schadens und der dafür möglicherweise verantwortlichen Beteiligten die zur Aufklärung und Beweissicherung erforderlichen Feststellungen weder ernstlich gefährdet noch ungebührlich verzögert werden: instruktiv dazu Apfelbaum-Fall OLG Stuttgart NJW 1978, 1445/6.

In diesem Sinne wird auch im *Nachtunfall-Fall* **BGHSt 29, 138/141** das Wahlrecht dahingehend gedeutet, „daß der Unfallbeteiligte, der sich nach Ablauf der Wartefrist von der Unfallstelle entfernt, frei entscheiden kann, auf welchem Weg er die nachträglichen Feststellungen ermöglichen will; der eingeschlagene Weg muß aber dem nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilenden Unverzüglichkeitsgebot des § 142 II gerecht werden ... **[142]** Das kann, je nach den Umständen des Einzelfalles, dazu führen, daß dem Unfallbeteiligten, der die Einschaltung der Polizei oder einer anderen Person vermeiden will und sich deshalb unmittelbar an den Geschädigten wenden möchte, dieser Weg verschlossen ist, weil er den Geschädigten nicht innerhalb einer Frist, die diesem Gebot gerecht wird, erreichen kann. Umgekehrt kann das Unverzüglichkeitsgebot aber auch erfordern, daß er sich, wenn die Polizei oder sonstige feststellungsbereite Personen nicht innerhalb dieser Frist erreichbar sind, unmittelbar an den Geschädigten wenden muß, auch wenn er dies vermeiden möchte". Vgl. zum Ganzen auch Bringewat JA 1977, 236f.

52 **4.** In **subjektiver** Hinsicht ist **Vorsatz** erforderlich; bedingter genügt. Der Täter muß insbes. wissen oder damit rechnen, daß ein Unfall vorliegt, er als Mitverursacher in Betracht kommt und daß bei einem Dritten ein Feststellungsinteresse vorhanden ist, das bei seiner Entfernung vom Unfallort beeinträchtigt würde (vgl. Jaguar-Fall OLG Karlsruhe NJW 1973, 378/380). Wird die Wartepflicht verkannt (etwa weil nur Mitinsassen verletzt sind), kommt Verbotsirrtum in Betracht (vgl. Baum-Fall OLG Koblenz VRS 52, 273/5).

53 **5.** Als **Rechtfertigungsgrund** kommt – abgesehen vom Fall des berechtigten Entfernens, das jedoch die Nachholpflicht auslöst (A 45) – praktisch nur die (tatsächliche oder mutmaßliche) Einwilligung bei *Verzicht auf Feststellungen* in Frage. Doch ist dafür das Einverständnis aller Feststellungsberechtigten erforderlich. Vgl. S/S-Cramer § 142 Rn. 63ff m.w.N.

54 **6. Täterschaftlich** strafbar kann nur der als *Unfallbeteiligter* persönlich Wartepflichtige sein. *Teilnahme* ist nach allgemeinen Grundsätzen möglich. Dagegen scheidet „Urheberschaft" auch hier aus (vgl. dazu StrafR II Nr. 41 A 29ff).

55 **7.** Was *ergibt* sich daraus für den *vorliegenden* Fall? Nach dem zur Tatzeit geltenden Recht war unzweifelhaft, daß sich A den Feststellungen „durch Flucht entzogen" hatte (§ 142 a.F.). Bei Zugrundelegung des geltenden Rechts könnte zwar zweifelhaft sein, ob A die passive Feststellungspflicht nach § 142 I Nr. 1 (A 41) verletzt hatte, da dem D als einzigem Anwesenden infolge Bewußtlosigkeit die Fähigkeit zu Feststellungen fehlte. Dagegen kommt eine Verletzung der Wartepflicht nach § 142 I Nr. 2 (A 43) in Betracht, da A weiterfuhr, ohne das Hinzukommen anderer feststellungsbereiter Verkehrsteilnehmer überhaupt abzuwarten. Selbst wenn er damit wegen der Nachtzeit nicht glaubte rechnen zu können (TB-Irrtum: § 16), hat er sich zumindest nach § 142 II wegen Verletzung der Nachholpflicht (A 45) strafbar gemacht.

56 **IV. Konkurrenzen:** § 142 steht mit dem gleichzeitig verwirklichten § 323c (A 27ff) in Tateinheit (E 11; vgl. aber auch S/S-Stree § 52 Rn. 19, wonach zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten grundsätzlich nur Tatmehrheit in Betracht kommt). Dagegen würde § 323c durch § 221 (falls verwirklicht) als dem spezielleren Delikt verdrängt (vgl. S/S-Eser § 221 Rn. 15). Ebenso tritt § 323c grundsätzlich gegenüber Verletzungsdelikten zurück (vgl. StrafR II Nr. 49 A 50).

57 **Schrifttum:** Allgemein zur **Aussetzung:** *Blei* II § 16 I; *Bockelmann* II/2 § 13; *Krey* I Fälle 13, 13a; *M.-Schroeder* II/1 § 4; *Otto* II § 10; *Welzel* § 40 I; *Wessels* II/1 § 3; ferner die Kommentare zu § 221. Speziell: *van Els,* Zur Auslegung des § 221 StGB, NJW 1967, 966. Zum *Unfallopfer-Fall: Rudolphi* JR 1974, 160; zum *Weihnachts-Fall* (A 20): *Dreher* JZ 1966, 579; *Geilen* JZ 1973, 324.

Zur unterlassenen Hilfeleistung: vgl. die Nachw. zu StrafR II Nr. 30.

Zur **Unfallflucht:** *Blei* II § 91; *M-Schroeder* II/1 § 41; *Otto* II § 80; *Wessels* II/1 § 22 III; ferner die StGB-Kommentare zu § 142 sowie *Cramer,* StraßenverkehrsR, 2. Aufl. 1977, § 142. Speziell: *Berz,* Zur Auslegung des § 142 StGB, DAR 1975, 309; *ders.* „Berechtigtes und entschuldigtes" Verlassen der Unfallstelle, Jura 1979, 125; *Beulke,* Strafbarkeit gem.

A 57 § 142 StGB bei vorsatzlosem Sich-Entfernen vom Unfallort, NJW 1979, 400; *Bringewat,* Verdunkelungsverbot, Vorstellungs- und Meldepflicht bei Verkehrsunfällen, JA 1977, 231; *Bürgel,* Die Neuregelung über das Verhalten nach Verkehrsunfällen, MDR 1976, 353; *Franke,* Feststellungspflicht nach vorsatzlosem Sich-Entfernen vom Unfallort, JuS 1978, 456; *Jagusch,* Der neue § 142 StGB gegen Unfallflucht, NJW 1975, 1631; *Maier,* Vorstellungspflicht gemäß § 142 StGB, NJW 1976, 1190.

Straßenverkehrsdelikte (§§ 315b, 315c) – Trunkenheit im Verkehr (§ 316) – Vorsatz bei strafschärfenden Gefährdungen (§ 113 II Nr. 2)

BGHSt 26, 176: Verkehrsrowdy-Fall

4 StR 165/75 vom 24. 7. 1975 = NJW 1975, 1934

SV **Sachverhalt:** Als A um zwei Uhr nachts mit pfeifenden Reifen und aufheulendem Motor um eine Kurve bog, fiel er einer Polizeistreife auf. Deshalb wurde er von den beiden Beamten mit Handzeichen zum Halten aufgefordert, wobei der eine etwa 2,40 m vom Bordstein entfernt, der andere etwa 15 m dahinter rund 1,5 m vom gegenüberliegenden Bordsteinrand stand. Auf das Haltzeichen bremste A zunächst stark ab, beschleunigte aber dann etwa 15 m vor dem ersten Beamten wiederum und lenkte das Fahrzeug auf diesen zu, um ihn zum Ausweichen zu zwingen. Als dieser dann zwischen geparkte Fahrzeuge sprang, lenkte A scharf nach der anderen Seite auf den zweiten Beamten zu, um auch diesen zum Ausweichen zu nötigen. Der Beamte wich auf den Gehsteig aus. Sodann fuhr A mit hoher Geschwindigkeit davon. Zugunsten des A ist das LG davon ausgegangen, daß er nur mit einer Geschwindigkeit von 30 km/h auf die Beamten zufuhr und nicht vorhatte, die Polizeibeamten anzufahren oder zu überfahren, sondern sie lediglich durch direktes Zufahren zum Beiseitespringen zwingen wollte. Ob der A dabei infolge Alkoholgenusses fahruntüchtig war, konnte nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden.

P **Zur Problemstellung:** Hat sich A dadurch einer *Gefährdung des Straßenverkehrs* (§ 315c) und/oder eines *Gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr* (§ 315b) schuldig gemacht? Worin liegen Gemeinsamkeiten und Unterschiede?

– Kommt auch *Widerstand gegen die Staatsgewalt* (§ 113) in Betracht? Strafverschärft nach § 113 II?

– Wie ist *Trunkenheit im Straßenverkehr* erfaßbar?

Das LG hat den A nach §§ 315b I Nr. 3 in Tateinheit mit § 113 I, II Nr. 1 für schuldig befunden und ihm neben einer 1½-jährigen Freiheitsstrafe die Fahrerlaubnis mit einer Sperrfrist von 1 Jahr entzogen. Die Revision des A blieb im Ergebnis ohne Erfolg. Denn:

E 1 **Aus den Gründen: [177]** „Rechtlich zutreffend würdigt das LG die festgestellte Handlungsweise des A als einen nach § 315b I Nr. 3 strafbaren gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr. Absichtliches Zufahren auf einen Halt gebietenden Polizeibeamten, um diesen zur Freigabe der Fahrbahn zu nötigen, erfüllt nach der st. Rspr. des Senats diesen
2 Tatbestand (BGHSt 22, 6; 22, 67/72; VRS 36, 267). Eine solche Handlungsweise ist allgemein und unabhängig vom Einzelfall („abstrakt") ebenso gefährlich wie die in § 315b I
3 Nr. 1 und 2 bezeichneten verkehrsfremden Eingriffe von außen. Sie ist diesen auch ähnlich; denn das Kraftfahrzeug wird dabei nicht seiner Zweckbestimmung entsprechend als Fortbewegungsmittel, **[178]** sondern zweckfremd und verkehrsfeindlich als Mittel zur Bedrohung eines Menschen benutzt. ... Der Bedrohte kann sich beim Wegspringen mehr oder weniger schwer verletzen; er kann einen Schock erleiden. Diese Möglichkeiten genügen bereits, um das gezielte Zufahren auf einen anderen Verkehrsteilnehmer als
4 gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr erscheinen zu lassen, unabhängig davon, ob der Täter dem Bedrohten im letzten Augenblick ausweichen will oder nicht. Letzterenfalls wird denn auch stets zusätzlich die Frage nach dem Vorliegen eines Verletzungs- oder
5 gar Tötungsvorsatzes zu stellen sein. Ohne Bedeutung für die Frage der allgemeinen Gefährlichkeit des Eingriffs ist es auch, daß der A möglicherweise nicht schneller als mit 30 km/h auf die Beamten zugefahren ist. Zwar setzt der Tatbestand des gefährlichen Eingriffs eine grobe Einwirkung von einigem Gewicht voraus (BGHSt 22, 365/6). Verstöße geringeren Gewichts scheiden aus. Daher ist es kein gefährlicher Eingriff, wenn ein Kraftfahrer ganz langsam auf einen Fußgänger zufährt, der ohne Schwierigkeit und ohne Gefahr ausweichen kann (BGH VRS 40, 104/5; 44, 437/8). Eine Geschwindigkeit von 30 km/h ist jedoch unter dem maßgebenden Gesichtspunkt der Gefährlichkeit nicht gering und keine ganz belanglose Einwirkung, wenn ein Kraftfahrer gezielt auf einen Menschen zufährt.

6 Keine rechtlichen Bedenken bestehen ferner gegen die Auffassung des LG, daß der A die „körperliche Integrität" der Polizeibeamten konkret gefährdet habe. Der Hinweis auf mögliche falsche Reaktionen der Polizeibeamten **[179]** oder auf mögliche Fahrfehler des

E 6 A bei seinem gefährlichen Manöver trägt diese Ansicht. Den rechtlichen Gefahrbegriff hat das LG dabei nicht verkannt (vgl. BGHSt 18, 271; VRS 44, 422/3). Es genügt das auf festgestellte tatsächliche Umstände gegründete, dem Tatrichter obliegende Wahrscheinlichkeitsurteil, daß der Eintritt eines Schadens unter den festgestellten Umständen nach der Erfahrung nahelag. ...

7 Die Ausführungen zur inneren Tatseite sind ebenfalls frei von Rechtsfehlern. Rechtlich einwandfrei ist insbesondere dargelegt, daß der A die Polizeibeamten vorsätzlich gefährdet hat. Er kannte die Umstände, welche die Gefährlichkeit seines Tuns begründeten, er war sich nach den Feststellungen insbesondere der Möglichkeit von Fehlreaktionen der Beamten oder eigener Fehler bewußt (vgl. BGHSt 22, 67/74). Die Verurteilung des A wegen vorsätzlichen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr besteht demnach zu Recht.

8 Dasselbe gilt für die Verurteilung wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte. Daß die Diensthandlungen der Polizeibeamten rechtmäßig waren, kann nicht zweifelhaft
9 sein. Die Tatbestandsmerkmale des § 113 I sind rechtsfehlerfrei festgestellt. Das LG nimmt Widerstand in einem besonders schweren Fall nach § 113 II Nr. 1 und 2 an. Das ist
10 rechtlich unbedenklich, soweit der Regelfall der Nr. 1 in Betracht kommt. Daß ein Kraft-
11 fahrzeug als nichttechnische Waffe benutzt werden kann, entspricht der Rspr. des BGH (VRS 44, 422). Es genügt, daß sich der Täter erst im Augenblick der Widerstandsleistung **[180]** entschließt, den Gegenstand, hier das Fahrzeug, als Waffe zu benutzen (LK, 9. Aufl.
12 § 113 StGB Rdn. 45; Dreher, StGB 34. Aufl. § 113 Anm. 6 A). Der Täter verwendet die Waffe schon dann „bei der Tat", d.h. bei dem Widerstand, wenn er sie zur Drohung mit Gewalt einsetzt. Es genügt, daß das Fahrzeug geeignet ist, eine schwere Körperverletzung herbeizuführen und daß der Täter es bewußt zur Bedrohung des Amtsträgers mit körperlicher Gewalt, somit als „Waffe" (im untechnischen Sinn) einsetzt.

13 Nicht zugestimmt werden kann jedoch der Ansicht des LG, daß auch die Voraussetzungen eines besonders schweren Falles des Widerstands nach § 113 II Nr. 2 StGB erfüllt seien. Das LG geht davon aus, daß der A jedenfalls den Beamten, auf den er zuerst
14 zugefahren ist, in die Gefahr des Todes gebracht habe. ... Daß sich der A der Gefahr, in die er den Beamten brachte, auch voll bewußt gewesen sei, die Gefahr des Todes oder
15 der schweren Körperverletzung also vorsätzlich herbeigeführt habe, hält das LG indessen nicht für erwiesen. Es meint aber, daß es hierauf nicht ankomme, weil dem A insoweit jedenfalls Fahrlässigkeit vorzuwerfen sei und ein besonders schwerer Fall nach § 113 II Nr. 2 StGB schon dann anzunehmen sei, wenn der Täter die Todesgefahr für den Amtsträger nur fahrlässig verursacht habe. Das LG beruft sich dafür auf Heimann-Trosien (LK 9. Aufl. § 113 StGB Rdn. 51) und Schönke/Schröder (StGB 17. Aufl. § 113 Rdn. 56 und
16 § 125a Rdn. 23). Gegen diese Rechtsmeinung wenden sich aber mit überzeugender Begründung, insbes. unter Berücksichtigung der Stellung der Vorschrift im System des Strafrechts und ihrer Entstehungsgeschichte Hübner (LK 9. Aufl. § 125a StGB Rdn. 9) und Dreher (StGB 35. Aufl. § 113 Anm. 6 B). Die Rechtsansicht, daß der Täter im Falle des § 113 II Nr. 2 StGB die Gefahr vorsätzlich herbeigeführt haben müsse, hat auch der Senat in 4 StR 136/74 vom 25. 6. 1974 geäußert. An ihr ist festzuhalten.

17 **[181]** Die Vertreter der Gegenmeinung wollen auf § 113 II Nr. 2 die Regeln über erfolgsqualifizierte Delikte [§ 56 a.F.; jetzt § 18] entsprechend anwenden, in denen von besonde-
18 ren Folgen einer Tat die Rede ist, an welche das Gesetz eine schwerere Strafe knüpft. Sie berücksichtigen dabei aber nicht den grundlegenden Unterschied zwischen der Verletzung eines Rechtsgutes und seiner bloßen Gefährdung. Als besondere Folge einer Tat sieht das Gesetz in den einschlägigen Bestimmungen, z.B. in den §§ 224 und 226, nur Rechtsgutsverletzungen an, nie die bloße Gefährdung von Rechtsgütern. Es ist schon sprachlich nicht möglich, die Herbeiführung einer (Leibes- oder Lebens-) Gefahr als „Folge" einer Tat zu bezeichnen. Tatfolgen sind durch tatbestandsmäßige Handlungen verursachte, sinnlich wahrnehmbare und durch Personen, die sie wahrgenommen haben, feststellbare Veränderungen in der Außenwelt. Eine Gefahr für ein Rechtsgut ist dagegen nicht sinnlich wahrnehmbar. Die Aussage, eine Handlung habe ein Rechtsgut in Gefahr gebracht, enthält nicht die Feststellung einer durch die Tat herbeigeführten Veränderung in der Außenwelt; sie ist vielmehr ein auf die gesamten äußeren und inneren Tatumstände gegründetes, nachträgliches Wahrscheinlichkeitsurteil über die naheliegende Möglichkeit des Eintritts eines schädlichen Erfolges, der aber in der Wirklichkeit nicht eingetreten ist. Gefahr ist die Vorstufe einer Folge. ... **[182]** In der Begründung zu § 296 I Nr. 3 E 1962, auf welchen die mit § 113 II Nr. 2 StGB gleichlautende Bestimmung in § 125a Nr. 3 StGB (besonders schwerer Fall des Landfriedensbruchs) zurückgeht, ist ausdrücklich gesagt, daß die Gefahr vorsätzlich herbeigeführt sein muß (aaO S. 468). ...

19 Es ist daher daran festzuhalten, daß der Erschwerungsgrund des § 113 II Nr. 2 nach der Regel des § 15 nur dann angenommen werden kann, wenn der Täter die Gefahr für den Amtsträger vorsätzlich herbeigeführt hat. Daß die Vorschrift bedeutungslos werde, wenn man dies fordert, weil dann regelmäßig wegen eines versuchten Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts zu bestrafen wäre (Heimann-Trosien aaO), trifft nicht zu; denn vorsätzli-

E 19 che Herbeiführung einer Leibes- oder Lebensgefahr ist nicht gleichbedeutend mit bedingtem Körperverletzungs- oder Tötungsvorsatz (BGHSt 22, 67/73).

20 Dadurch, daß das LG hiernach einen besonders schweren Fall des Widerstands zu Unrecht auch nach dem Regelbeispiel des § 113 II Nr. 2 angenommen hat, wird der Strafausspruch im Ergebnis nicht berührt. Wie ausgeführt, konnte das LG die Strafe nach § 113 II StGB bestimmen, da das Regelbeispiel der Nr. 1 gegeben ist. In diesem Rahmen konnte es auch erschwerend berücksichtigen, daß der A den einen der beiden Polizeibeamten aus Fahrlässigkeit, also schuldhaft, in die Gefahr des Todes oder der schweren Körperverletzung gebracht hat. Daß es die Strafe allein deshalb verschärft hätte, weil nach seiner Ansicht auch § 113 II Nr. 2 anzuwenden war, ist ausgeschlossen."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Bereits der *Unfallopfer-Fall* Nr. 10 hatte Straftaten zum Gegenstand, die im Zusammenhang mit dem Straßenverkehr begangen wurden. Während dabei aber – mit Ausnahme von § 142 – Tatbestände im Vordergrund standen, die nicht ausschließlich für diesen Bereich spezifisch sind (§§ 221, 323c), geht es im folgenden primär um echte *Verkehrsdelikte* (§§ 315ff) sowie um den Schutz der Organe, die (u.a.) zur Aufrechterhaltung der Ordnung im Straßenverkehr berufen sind (§ 113). Dazu kommt es weniger auf die Vermittlung zahlreicher Einzelheiten und der kaum noch überschaubaren Kasuistik an, sondern vor allem auf das Freilegen der wesentlichen Strukturen dieses Deliktsbereichs. Dem soll zunächst ein allgemeiner Überblick über die wichtigsten Verkehrs-TBe dienen (I). Sodann sind die Grundlinien des praktisch besonders bedeutsamen *§ 315c* (II) und des *§ 315b* (III) herauszustellen. Nach einem Exkurs über *Trunkenheit im Verkehr* (IV) sind anhand von § 113 II noch *strafschärfende Gefährdungen* zu betrachten (V).

2 **I. Schutzgut und Struktur der Verkehrsdelikte.**

1. Auch die VerkehrsTBe dienen letztlich dem Schutz von **Individualrechtsgütern,** wie Leben, Gesundheit und Sachwerten. Erreicht wird dieser Schutz aber gleichsam mittelbar über die Aufrechterhaltung der **allgemeinen Verkehrssicherheit,** aus deren Verletzung unübersehbare Gefahren resultieren können. Deshalb kann man sagen, daß diese TBe über den *Individualschutz* hinaus zugleich auch der *Allgemeinheit* dienen (vgl. Maurach BT[5] § 57 V B 1; noch stärker den Allgemeinschutz betonend BGHSt 23, 261/4 [unten A 26] und 27, 40/2 [bei Scheunenbrand-Fall Nr. 19 A 4]). Daher kommt der Einwilligung eines individuell Betroffenen nicht ohne weiteres rechtfertigende Wirkung zu (A 26f).

3 **2.** Die Verkehrsdelikte sind durchwegs als **GefährdungsTBe** ausgestaltet; und zwar teils als *konkrete* (so z.B. §§ 315b, 315c), teils als *abstrakte* (so § 316). Nur auf diese Weise ist eine Absicherung bereits des Vorfeldes potentieller Verletzungen möglich.

4 **3. Gesetzestechnisch** sind die VerkehrsTBe nicht in einer geschlossenen Gesetzeseinheit erfaßt, sondern finden sich in verschiedenen Gesetzen verstreut. Dabei sind je nach der *speziellen* Zielsetzung vor allem folgende *Regelungsbereiche* zu unterscheiden:

5 – Eine Art *„verkehrsrechtliches Grundgesetz"* verkörpert das StraßenverkehrsG (**StVG**), in dem sich neben verwaltungsrechtlichen Zulassungs- und zivilrechtlichen Haftungsvorschriften insbes. auch strafrechtliche Bestimmungen finden: und zwar sowohl besondere Einzeltatbestände (wie Fahren ohne Führerschein: § 21, Kennzeichenmißbrauch: § 22, und alkoholisiertes Fahren: § 24a) als auch die allgemeine Bußgeldgrundlage für die in ergänzenden Verordnungen konkretisierten Verkehrsordnungswidrigkeiten (§ 24). Allgemein zu Funktion und Charakter solcher „Blankettstrafgesetze" S/S-Eser 3 vor und 11 zu § 1.

6 – Für die Regelung des *Verkehrsablaufs* als solchen finden sich die Blankettausführungsnormen in der Straßenverkehrsordnung (**StVO**), mit einem Ordnungswidrigkeitskatalog in § 49.

7 – Die für die *Zulassung* zum Verkehr maßgeblichen Konkretisierungen enthält die Straßenverkehrszulassungsordnung (**StVZO**), mit einem Ordnungswidrigkeitskatalog in § 69a.

8 – Der *haftungs*rechtlichen Absicherung dient das Pflichtversicherungsgesetz (**PflVG**), mit Ordnungswidrigkeitstatbeständen in § 11. Zu sonstigen Tatbeständen mit primär zivil- oder verwaltungsrechtlicher Zielsetzung vgl. die Nachw. bei Cramer, StraßVerkR, Einf. Rn. 5.

9 Dem **StGB** hingegen sind solche Verkehrsgefährdungen vorbehalten, die in besonders gravierender Weise die Verkehrssicherheit zu beeinträchtigen geeignet sind. Diese sind in recht unterschiedlich strukturierten TB-Katalogen zusammengefaßt:

A 10 – Durch **§ 315b** werden „gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr" erfaßt, soweit es sich um Einwirkungen von außen handelt: sog. *verkehrsfremde* Eingriffe (A 29ff).

11 – Demgegenüber ist **§ 315c** gegen „Gefährdungen des Straßenverkehrs" im Zuge des (fließenden oder ruhenden) Verkehrs gerichtet: „*verkehrsimmanente*" Gefährdungen (A 18ff).

12 – Die gleiche Differenzierung findet sich für den *Bahn-, Schiffs-* und *Luft*verkehr: Während **§ 315** gefährliche Eingriffe von *außen* erfaßt, werden durch **§ 315a** *verkehrsimmanente* Gefährdungen unter Strafe gestellt. Deshalb sind die zu § 315b (A 29ff) und § 315c (A 18ff) entwickelten Grundsätze auch auf § 315 bzw. § 315a entsprechend anwendbar.

13 – Während die vorgenannten Straftatbestände jeweils eine konkrete Individualgefahr voraussetzen, wird durch **§ 316** die *abstrakte* Gefährlichkeit alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit erfaßt (A 43).

14 – Dagegen handelt es sich beim „räuberischen Angriff auf Kraftfahrer" (**§ 316a**) im Grunde weniger um ein Verkehrsdelikt als um einen qualifizierten Raub (dazu StrafR IV Nr. 9 A 23ff).

15 **4.** Den spezifischen Gefahren verkehrswidrigen Verhaltens korrespondieren **besondere Sanktionen.** Denn in Ergänzung zu den allgemeinen Strafen (Freiheits- und Geldstrafe) und Maßregeln (wie insbes. bei Alkoholdelikten die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt: § 64), kommen bei straßenverkehrsbezogenen Straftaten insbes. zwei Sanktionen in Betracht:

16 – Als *Nebenstrafe* das **Fahrverbot** für die Dauer von 1 bis zu 3 Monaten (§ 44). Ein solches ist vor allem dort veranlaßt, wo der Verkehrsverstoß zwar noch nicht die mangelnde Eignung des Täters ergeben hat, dieser jedoch durch eine spezialpräventive „Denkzettelstrafe" (BVerfGE 27, 36/42) an seine Pflichten im Straßenverkehr erinnert werden soll. Mit gleicher Zielsetzung kann auch bei (Verkehrs-) Ordnungswidrigkeiten neben der Geldbuße ein Fahrverbot verhängt werden (§ 25 StVG).

17 – Als *Maßregel,* die noch schärfer sein kann als das Fahrverbot, kommt die **Entziehung der Fahrerlaubnis** (§§ 69–69b) in Betracht, und zwar bei Taten, aus denen sich die Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen ergibt. Diese Maßregel kommt sowohl *neben* als auch *anstelle* einer Strafe in Frage: Letzteres dann, wenn der Täter mangels Schuldfähigkeit nicht zu einer Strafe verurteilt werden kann. Zu einer solchen ergänzenden Maßregel glaubte hier das LG greifen zu dürfen (P). Dies setzt voraus, daß dem A ein Verkehrsdelikt vorgeworfen werden kann. Welcher TB kommt dafür in Frage?

18 **II. Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c).**

Dieser TB kam im vorliegenden Fall zwar letztlich nicht zur Anwendung. Doch ist § 315c bei Verstößen in fließendem oder ruhendem Verkehr zweckmäßigerweise jeweils zuerst zu prüfen. Warum?

18a – Gegenüber *§ 315b* deshalb, weil „verkehrsimmanente" Gefährdungen in erster Linie durch § 315c erfaßt werden (A 11) und daher § 315b erst dann zum Zuge kommt, wenn sich der Verkehrsvorgang in Wirklichkeit als „verkehrsfremder" Eingriff herausstellt (A 10 sowie unten A 29ff, 34).

18b – Gegenüber *§ 316* hat § 315c schon deshalb Vorrang, weil bei alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit, die nach § 315c zu einer konkreten Individualgefahr führt, § 316 als abstraktes Gefährdungsdelikt aufgrund ausdrücklicher Subsidiarität zurücktritt (A 45).

Für das Verständnis der **Struktur des § 315c** sind drei Punkte wesentlich:

19 **1.** Als **Tatmodalitäten** werden *zwei Kategorien* von besonders gefährlichen Verhaltensweisen im Straßenverkehr erfaßt:

20 a) Zum einen das **Fahren in fahruntüchtigem Zustand** (§ 315c I Nr. 1). Als Ursache der Fahruntüchtigkeit kommt zweierlei in Betracht:

– Genuß *alkoholischer* Getränke oder anderer *berauschender* Mittel (Nr. 1a): näher zu dieser „Trunkenheit am Steuer" unten A 40ff.

– *Geistige* oder *körperliche Mängel:* (Nr. 1b): dazu zählen neben geistigen Störungen (wie Epilepsie oder neurotische Übererregbarkeit) auch Kurzsichtigkeit, Schwerhörigkeit oder mangelnde Einsatzfähigkeit von Beinen oder Armen, und zwar auch aufgrund bloßer Übermüdung.

21 – Ob die Fahruntauglichkeit allein auf Trunkenheit oder ausschließlich auf geistigen Mängeln beruht oder ob er sich erst aus dem *Zusammenwirken mehrerer Ursachen* ergibt, ist unerheblich; ebenso, ob sie als „absolute" oder nur als „relative" Fahrun-

A 21 tüchtigkeit begründet ist (dazu A 43f). Deshalb kann diese Tatmodalität bereits bei wenig Alkohol in Verbindung mit starker Übermüdung in Betracht kommen. Vgl. aber auch Grippe-Fall BayObLG NJW 1968, 1200.

22 b) Den anderen Gefährdungskatalog bilden die **„sieben Todsünden"** im Straßenverkehr (Nr. **2a–g**). Diese richten sich gegen elementare Rücksichtspflichten, die zwar auch schon durch die StVO bußgeldbewehrt sind, jedoch wegen ihrer besonderen Unfallträchtigkeit für den Fall einer konkreten Individualgefährdung durch § 315c zum Vergehen hochgestuft sind. Zu Einzelheiten vgl. S/S-Cramer § 315c Rn. 15ff. Generell ist dabei jedoch zu beachten, daß diese Verkehrsverstöße nicht schon als solche, sondern nur bei **grob verkehrswidrigem und rücksichtslosem** Verhalten nach § 315c I Nr. 2 tatbestandsmäßig sind. Zur „groben Verkehrswidrigkeit": objektiv ein besonders schwerer Verstoß gegen die Verkehrsregeln, und zur „Rücksichtslosigkeit": Hinwegsetzen über die Pflichten gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern aus eigensüchtigen Motiven oder bedenkenloser Gleichgültigkeit, vgl. etwa Linksabbieger-Fall BGHSt 5, 392.

23 2. Als **Folge** der vorgenannten Tatmodalitäten muß eine **konkrete Individualgefahr** bewirkt worden sein: nämlich eine Gefährdung von „Leib oder Leben eines anderen" oder „fremder Sachen von bedeutendem Wert". Als *anderer* kommt auch ein Mitinsasse in Betracht (vgl. Aufprall-Fall OLG Stuttgart NJW 1976, 1904). Dagegen kommt es auf die Herbeiführung einer Gemeingefahr heute nicht mehr an (vgl. aber auch Fremdfahrzeug-Fall BGHSt 27, 40, wonach allein die Beeinträchtigung des vom Täter benutzten fremden Fahrzeugs nicht genügt: bei Scheunenbrand-Fall Nr. 19 A 4). Auch bedarf es hier – im Unterschied zu § 315b – nicht einer ausdrücklich festzustellenden Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit (vgl. unten A 30). Vielmehr ist lediglich erforderlich, daß der *Eintritt der Individualgefahr* sowie ihre Rückführbarkeit auf den Verkehrsverstoß nachgewiesen ist. Für den dafür erforderlichen *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* zwischen Verkehrsverstoß und Gefahr gelten die zur objektiven Erfolgszurechnung entwickelten Grundsätze entsprechend (StrafR I Nrn. 6, 7).

24 Selbstverständlich wird § 315c nicht dadurch ausgeschlossen, daß sich die konkrete Gefahr sogar zu einer *Verletzung* verdichtet. In diesem Fall kommt mit dem Verletzungsdelikt (z.B. §§ 222, 230, 303) Idealkonkurrenz in Betracht; damit soll klargestellt werden, daß die Verletzung gerade aus straßengefährdendem Verhalten resultiert (vgl. BGH VRS 9, 350 sowie StrafR II Nr. 49 A 52).

25 3. Auf **subjektiver** Ebene kommen drei Abstufungen in Betracht:

25a – § 315c **I** ist **reines Vorsatzdelikt.** Das bedeutet, daß sowohl der Verkehrsverstoß vorsätzlich begangen als auch die daraus resultierende Gefahr vorsätzlich bewirkt sein muß. Speziell zum Gefährdungsvorsatz vgl. Blockierungs-Fall unten A 37f.

25b – Bei § 315c **III Nr. 1** handelt es sich um eine **Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination** in dem im Raufhandel-Fall Nr. 9 A 46 beschriebenen Sinne: zwar vorsätzlicher Verkehrsverstoß, jedoch nur Fahrlässigkeit hinsichtlich der dadurch bewirkten Gefahr. Für die Anforderung an die Fahrlässigkeit gelten dabei im wesentlichen die gleichen Grundsätze wie für fahrlässige Erfolgsqualifizierungen (vgl. Augapfel-Fall Nr. 8 A 16, 18 sowie Nr. 9 A 12ff). Desungeachtet sind die Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen durch § 11 II einem *Vorsatzdelikt gleichgestellt* und dadurch insbes. einer *Teilnahme* fähig (vgl. aber dazu auch S/S-Cramer § 315c Rn. 36b). Zur Tatbeteiligung durch einen Mitinsassen vgl. Aufprall-Fall OLG Stuttgart NJW 1976, 1904. Dagegen ist *Versuch* durch § 315c II auf die reine Vorsatzverwirklichung (A 25a) beschränkt.

25c – Schließlich wird durch § 315c **III Nr. 2** auch die **rein fahrlässige** Verwirklichung erfaßt: fahrlässiger Verkehrsverstoß resultierend in fahrlässiger Gefährdung. Zur TB-Alternative fahrlässiger Fahruntüchtigkeit vgl. Übermüdungs-Fall BGHSt 23, 156, zur (strittigen) fahrlässigen Begehbarkeit „rücksichtsloser" Verkehrsverstöße (A 22) vgl. Ampel-Fall OLG Stuttgart NJW 1967, 1766.

26 4. Strittig ist, inwieweit § 315c durch **Einwilligung** des Gefährdeten gerechtfertigt sein kann. Dies ist vor allem im Hinblick auf Mitinsassen bedeutsam, die sich dem Fahrer in voller Kenntnis seiner Fahruntüchtigkeit und in bewußter Inkaufnahme des damit verbundenen Risikos anvertrauen. Die *Rspr* hält eine darin liegende Einwilligung grundsätzlich für *unbeachtlich*. Denn wie im *Schlangenlinien-Fall* **BGHSt 23, 261** ausgeführt wird:

[264] „Daß die Tatbestände der Straßenverkehrsgefährdung Handlungen zum Gegenstand haben, die ihrem Wesen nach gegen die Allgemeinheit gerichtet sind und die das

A 26 Funktionieren des Verkehrs und damit die Sicherheit aller Verkehrsteilnehmer beeinträchtigen (Geerds, Blutalkohol 1965, 124/133), bedarf keiner weiteren Erörterung. Sie sind „durch und durch Tatbestände zum Schutze der Allgemeinheit" (Lackner, Das konkrete Gefährdungsdelikt im Straßenverkehr, 1967). Der erwähnte, in ihnen mitverwirklichte Schutz des einzelnen ist nur eine Nebenwirkung untergeordneter Bedeutung, so daß es auch nicht möglich ist, die gesetzgeberische Entscheidung über die Einbeziehung des Mitfahrers in den Tatbestand durch die Zulassung der Einwilligung zu entschärfen (Lackner aaO S. 13). Damit ergibt sich die Wirkungslosigkeit einer Einwilligung des Gefährdeten: er kann über das Rechtsgut der Verkehrssicherheit nicht verfügen. Seine Einwilligung hat grundsätzlich nur dort rechtliche Bedeutung, wo er alleiniger Träger des geschützten Rechtsgutes ist und dieses seiner Disposition unterliegt. Wo zugleich oder gar vorrangig die Gefährdung öffentlicher Interessen mit Strafe bedroht wird, schließt seine Einwilligung die Rechtswidrigkeit nicht aus (BGHSt 6, 232/4)." Ebenso im Aufprall-Fall OLG Stuttgart NJW 1976, 1904 bei Verletzung der mitfahrenden Ehefrau.

27 – Demgegenüber wird von der *h. L.* der Einwilligung *rechtfertigende* Wirkung jedenfalls dann beigelegt, wenn sich die Gefährdung in der des Einwilligenden erschöpft (vgl. Cramer, StraßVerkR § 315c Rn. 86, D-Tröndle § 315c Rn. 17, Langrock MDR 1970, 982). Und dies wohl zu Recht. Denn dem BGH wäre nur dann beizupflichten, wenn es sich beim Individualschutz in der Tat nur um einen Reflex des Schutzes der Allgemeinheit handeln würde. Stattdessen aber ist die allgemeine Verkehrssicherheit nichts weiter als eine Mediatisierung des Individualschutzes (vgl. A 2), auf den der konkret Betroffene nach allgemeinen Grundsätzen verzichten kann. Davon unberührt bleibt selbstverständlich die Strafbarkeit wegen einer abstrakten Gefährdung, wie etwa nach § 316.

28 5. *Zwischenergebnis* für den vorliegenden Fall? Da die Tatmodalität der Fahruntüchtigkeit (Nr. 1) dem A nicht nachweisbar war und das absichtliche Zufahren auf andere durch den „Todsünden"-Katalog (Nr. 2) nicht erfaßt ist, war § 315c bereits tatbestandlich zu verneinen. Stattdessen war in Betracht zu ziehen:

29 **III. Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (§ 315b).**

Im Unterschied zu § 315c, der primär Fehlverhalten bei Verkehrs*teilnahme* erfassen will (A 11), ist § 315b in erster Linie gegen *Eingriffe von außen* gerichtet (A 10). Auch zeigen sich gewisse **strukturelle** Unterschiede:

– Während § 315c (ähnlich dem § 315a) gleichsam „zweitaktig" konstruiert ist: Tathandlung plus daraus resultierende Individualgefahr (A 19, 23),

– ist § 315b (gleich dem § 315) durch eine Art „Dreitakt" geprägt: Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit (1) – durch eine bestimmte Tathandlung (2) – resultierend in einer konkreten Individualgefahr (3). Dementsprechend ist folgendes erforderlich:

30 1. Die Tat muß zu einer **Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit** führen. Dies ist dann der Fall, wenn durch die Einwirkung eine gefahrlose Teilnahme am Verkehr nicht mehr möglich ist (S/S-Cramer § 315b Rn. 4). Eine solche generelle Gefährlichkeit ist zwar vom Richter jeweils ausdrücklich festzustellen (Cramer, StraßVerkR § 315b Rn. 8, Lackner § 315b Anm. 2), in der Regel aber schon dann gegeben, wenn durch eine der nach § 315b I Nr. 1–3 verwirklichten Tatmodalitäten (2) eine konkrete Individualgefahr (3) verursacht wurde.

31 2. Als **Tatmodalitäten** kommen durch Kombination *konkretisierter Beispielsfälle* (Nrn. 1, 2) mit ergänzender *Generalklausel* (Nr. 3) vielfältige Eingriffe in Betracht:

32 a) Nach Nr. 1 das **Zerstören,** *Beschädigen* oder *Beseitigen* **von Anlagen** oder **Fahrzeugen:** Dies ist dann der Fall, wenn die verkehrsdienende Funktion einer Einrichtung (wie Verkehrszeichen, Ampeln, Absperrungen, aber auch der Straße selbst) oder von Fahrzeugen nicht unwesentlich beeinträchtigt ist.

33 b) Nach Nr. 2 das **Hindernisbereiten:** Darunter ist jede Einwirkung auf den Straßenkörper zu verstehen, die geeignet ist, den reibungslosen Verkehrsablauf zu hemmen oder zu gefährden. Dafür kommen unstreitig Eingriffe in den Verkehr von außen (wie z.B. durch Spannen von Drähten oder das Werfen von Steinen auf die Autobahn) in Betracht. Dagegen ist das Hindernisbereiten im Zuge des fließenden oder ruhenden Verkehrs (z.B. durch gefährliches Schneiden oder verbotswidriges Halten) grundsätzlich nur nach § 315c erfaßbar, es sei denn, daß das Fahrzeug durch *bewußte Zweckentfremdung* als Verkehrshindernis eingesetzt wird (vgl. Blockierungs-Fall BGHSt 22, 67/72: unten A 37).

34 c) Ferner kommt nach Nr. 3 als Tatmodalität jeder **ähnliche, ebenso gefährliche Eingriff** in Betracht. Vergleichsmaßstab für diese generalklauselartige Erfassung sonsti-

A 34 ger Straßenverkehrsgefährdungen muß das Zerstören von Anlagen bzw. Hindernisbereiten sein. Demgemäß kommen auch hier grundsätzlich nur *„verkehrsfremde"* Eingriffe in Frage, so daß gefährliche Verkehrsteilnahme als solche ausscheidet: es sei denn – und damit findet die bereits beim „Hindernisbereiten" gemachte Ausnahme (A 33) auch hier Eingang –, daß das Verkehrsmittel *bewußt zweckentfremdend* eingesetzt wird. Dementsprechend kam hier der BGH durch einen zweifachen Argumentationsschritt zur Annahme eines „verkehrsfremden" Eingriffs i.S. von Nr. 3:

– Zunächst durch einen *Ähnlichkeits-* und *Gefährlichkeitsvergleich* des Zufahrens auf Polizeibeamte mit den Eingriffen i.S. von Nr. 1 und 2 (E 2);

– sodann durch Heranziehung des *Zweckentfremdungsgedankens* (E 3). Ebenso verfährt im Grundsatz die ganz h.M. (vgl. S/S-Cramer § 315b Rn. 11, 12 m.w.N.). Instruktiv dazu auch der Autobahn-Fall OLG Stuttgart JR 1977, 253 m. Anm. Rüth. Vgl. allerdings auch Polizeistopp-Fall BGHSt 28, 87, wonach der Versuch des gefährlichen *Vorbei*fahrens an einem Beamten noch nicht ausreicht.

35 3. Als **Folge** des verkehrsfremden Eingriffes muß eine **konkrete Individualgefahr** herbeigeführt werden. Insofern gilt Gleiches wie bei § 315c (A 23). Eine solche Gefährdung sah hier der BGH zu Recht hinreichend begründet (E 6).

36 4. Auf **subjektiver** Ebene kennt § 315b die gleichen **Vorsatz-Fahrlässigkeitsabstufungen** wie § 315c (A 25ff), allerdings mit der (begrüßenswerten) Abweichung, daß zwischen der Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination (Abs. 4) und dem reinen Fahrlässigkeitsdelikt (Abs. 5) auch im Strafrahmen differenziert wird.

37 Welche subjektive Stufung kam hier in Betracht? Der BGH hat ein reines Vorsatzdelikt (A 25a) angenommen, da A sowohl den gefährlichen Eingriff wie auch die Gefährdung vorsätzlich bewirkt hat (E 7). In dem dort zitierten *Blockierungs-Fall* **BGHSt 22, 67,** wo der A in ähnlicher Weise wie hier durch Schlangenfahren die Polizei an seiner Verfolgung zu hindern versuchte, wird zum **Gefährdungsvorsatz** ausgeführt:

38 **[73]** „Die Besonderheit der Gefährdungsstraftaten besteht darin, daß nicht erst der Eintritt eines Schadens, **[74]** sondern bereits der einer Gefahr für ihre Vollendung genügt. Demgemäß braucht sich der Gefährdungsvorsatz i.S. von § 315b I nicht auf den Eintritt eines Schadens zu erstrecken, sondern lediglich die Gefährdung, den Eintritt einer Gefahr für die dort bezeichneten Rechtsgüter zu umfassen. Er verlangt, daß der A die Umstände kannte, die zu der bestimmten Gefährdung geführt haben, die also die Schädigung eines der in § 315b I genannten Rechtsgüter als eine naheliegende Möglichkeit erscheinen ließen. Hierzu genügte es, daß die gefährdenden Umstände – ohne den Eintritt einer plötzlichen Wendung, etwa durch eine Schutzmaßnahme des Bedrohten – auf einen unmittelbar bevorstehenden Unfall hindeuteten (zum Begriff der Gefahr vgl. BGHSt 18, 271ff). Außerdem setzt der Gefährdungsvorsatz voraus, daß der A den Eintritt der Gefahrenlage zumindest billigend in Kauf genommen hat".

39 *Ergebnis* für den vorliegenden Fall? Da A bei seinem objektiv gefährlichen Eingriff sowohl um dessen Gefährlichkeit wußte als auch die daraus resultierende körperliche Gefährdung der Beamten zumindest in Kauf nahm, wurde er zu Recht wegen eines vorsätzlichen Vergehens nach § 315b I Nr. 3 verurteilt. Dagegen würde es für eine Verurteilung wegen Totschlagsversuchs (vgl. E 4) am Nachweis eines auch den Tod inkaufnehmenden Vorsatzes fehlen.

40 **IV. Exkurs: Trunkenheit im Verkehr.**

Gesetzt den Fall, eine Alkoholisierung des A wäre tatsächlich nachweisbar: wie könnte er dann strafbar sein? Dies hängt entscheidend vom Grad der Alkoholisierung und ihren Auswirkungen ab. Dabei sind im wesentlichen 7 verschiedene Fallkonstellationen auseinanderzuhalten:

41 1. Völlig **sanktionslos** bleibt eine Alkoholisierung solange, als sich die Blutalkoholkonzentration (BAK) *unterhalb von 0,8‰* hält und zudem die *Fahrtüchtigkeit nicht beeinträchtigt* ist.

42 2. Übersteigt der BAK-Wert die 0,8‰-Grenze (bis zu 1,3‰), *ohne* daß aber dadurch die *Fahrtüchtigkeit beeinträchtigt* wäre, so kann der Fahrer nach **§ 24a StVG** wegen einer Verkehrsordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße belegt werden, und zwar sowohl bei vorsätzlicher wie bei fahrlässiger Herbeiführung dieses Alkoholisierungsgrades.

43 3. Liegt der BAK-Wert zwar noch unter der 0,8‰-Grenze, ist jedoch der Fahrer aus anderen Gründen, wie etwa wegen Übermüdung oder geringer Alkoholverträglichkeit,

A 43 trotzdem bereits *fahruntüchtig*, so ist er nach § 316 strafbar. Denn da dieser Tatbestand lediglich auf die Alkoholbedingtheit der Fahruntüchtigkeit abhebt, kommt es nicht unbedingt auf das Überschreiten eines bestimmten BAK-Wertes, sondern allein darauf an, daß der Fahrer aufgrund sonstwie nachweislicher Ausfallerscheinungen infolge des Genusses von Alkohol oder sonstiger berauschender Mittel nicht mehr in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen. Eine solche **„relative" Fahruntüchtigkeit** soll sogar schon bei 0,3‰ möglich sein (vgl. Taxifahrer-Fall OLG Hamm NJW 1967, 1332). Zu weiteren Einzelheiten vgl. D-Tröndle § 316 Rn. 7.

44 4. Übersteigt der BAK-Wert **1,3‰ („absolute" Fahruntüchtigkeit)**, so greift § 316 Platz, ohne daß es dafür noch zusätzlicher Beweisanzeichen bedürfte: grundlegend dazu BGHSt 21, 157 (m. Anm. Haffke, JuS 1972, 448), wo die frühere 1,5‰-Marke auf 1,3‰ herabgesetzt wurde. Zur *rückwirkenden* Anwendung solcher „Beweisregeln" vgl. StrafR I Nr. 2 A 46ff. Die gleichzeitig verwirklichte Verkehrsordnungswidrigkeit nach § 24a StVG (A 42) tritt dann nach § 21 OWiG als subsidiär zurück.

45 5. Führt die relative (A 43) oder absolute (A 44) Fahruntüchtigkeit zu einer **konkreten Individualgefahr**, so kommt **§ 315c I Nr. 1a** zum Zuge, hinter dem dann § 316 als subsidiär zurücktritt.

46 6. Ist der Alkoholisierungsgrad darüberhinaus sogar so hoch, daß dadurch nicht nur die Fahruntüchtigkeit beeinträchtigt, sondern sogar die *Schuldfähigkeit ausgeschlossen* ist (§ 20), so kann der Fahrer trotzdem nach § 316 (A 44) bzw. (bei konkret gefährdendem Verhalten) nach § 315c I Nr. 1a (A 45) strafbar bleiben, falls ihm die in schuldunfähigem Zustand begangene Trunkenheitsfahrt nach den Grundsätzen der sog. **actio libera in causa** zugerechnet werden kann (näher zu dieser Zurechnungsfigur StrafR I Nr. 17). Ein solcher Ausschluß der Schuldfähigkeit kommt in der Regel bei einem BAK-Wert von über 3‰, u.U. aber auch schon ab 2‰ in Betracht: vgl. Alkoholvergiftung-Fall OLG Düsseldorf NJW 1966, 1175.

47 7. Scheidet dagegen selbst actio libera in causa aus, weil für den Berauschten nicht voraussehbar war, daß er in diesem Zustand eine solche Trunkenheitsfahrt unternehmen würde, so bleibt noch die Strafbarkeit wegen **Vollrausches** nach § 323a (identisch mit § 330a a. B.). Denn ähnlich dem Raufhandel handelt es sich auch bei **§ 323a** um die Kombination eines UnrechtsTB *(Vollrausch)* mit objektiver Strafbarkeitsbedingung (die im Vollrausch begangene *Rauschtat;* vgl. Raufhandel-Fall Nr. 9 A 48). Danach genügt, daß das Sichversetzen in einen schuldausschließenden Vollrausch (UnrechtsTB) vorsätzlich oder fahrlässig bewirkt wird, während die in diesem Zustand begangene Rauschtat (Trunkenheitsfahrt) als objektive Strafbarkeitsbedingung nicht vom Vorsatz umfaßt zu sein braucht (vgl. auch StrafR I Nr. 17 A 21ff). Zu einer interessanten Kombination von § 315c I Nr. 1 durch actio libera in causa mit nachfolgendem § 323a (Unfallflucht im Vollrausch) vgl. Säufer-Fall BGH VRS 23, 212.

48 *Zwischenergebnis:* Zwar war dem A keines der vorgenannten Trunkenheitsdelikte nachweisbar. Doch war im Erzwingen der Durchfahrt gegenüber dem ihn zum Anhalten auffordernden Polizeibeamten ein anderes Delikt zu erblicken:

49 **V. Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113).**

1. Den **GrundTB** (§ 113 I) sah der BGH zu Recht als gegeben an (E 8). Denn wie im *Widerstands-Fall* Nr. 13 näher dargetan, ist in einer auf konkreten Verdacht begründeten, gezielten Ermittlungsmaßnahme eine Vollstreckungshandlung i.S. von § 113 zu erblicken, gegen die A durch Einsatz aktiver Gewalt (Zufahren auf die Beamten) Widerstand geleistet hat (vgl. Nr. 13 A 53).

50 2. Zweifelhaft war dagegen, ob auch **Qualifizierungen** nach § 113 II verwirklicht waren (E 9). Dabei ist zu unterscheiden:

51 a) Der **Widerstand mit Waffen** (Nr. 1) ist – anders als bei § 244, 250 – nicht auf Schußwaffen beschränkt, sondern erfaßt alle *gefährlichen Werkzeuge* i.S. von § 223a (E 10; vgl. Pfleger-Fall Nr. 6 A 48).

52 – Für das *Beisichführen* genügt ebenso wie bei entsprechenden Waffenqualifizierungen das Ergreifen während der Tatbegehung (vgl. StrafR IV Nr. 7 A 48ff zu § 244 I Nr. 1, 2); deshalb kann der Entschluß zum Einsatz des Pkws als Waffe mit der Widerstandshandlung zusammenfallen (E 11).

53 – Als *Verwendung bei der Tat* genügt auch der Einsatz zu bloßer Drohung mit Gewalt (E 12; vgl. StrafR IV Nr. 7 A 56).

A 54 Diese Voraussetzungen waren hier alle gegeben. Problematisch war dagegen der andere Qualifizierungsgrund:

55 b) Ein **lebens-** oder **schwer körpergefährdender** Widerstand (Nr. 2) lag zwar objektiv vor (E 13). Fraglich war jedoch die subjektive Zurechnung, da dem A ein entsprechender Gefährdungsvorsatz nicht nachweisbar war (E 14) und ein solcher insbes. auch nicht ohne weiteres daraus gefolgert werden kann, daß bei § 315b der erforderliche Vorsatz bejaht worden war (E 7, A 36ff); denn während dort schon einfacher Körperverletzungsvorsatz genügt, setzt § 113 II Nr. 2 eine qualifizierte Gefährdung voraus. Da einen solchen Vorsatz das LG dem A nicht nachweisen konnte, stellte sich die Frage, ob stattdessen auch bloße Fahrlässigkeit genüge. Diese vom LG bejahte Frage (E 15), die sich auch bei anderen vergleichbaren Qualifizierungsgründen stellt (vgl. insbes. § 125a Nr. 3, § 250 I Nr. 3; and. dagegen § 218 II Nr. 2, wo Leichtfertigkeit genügt), ist nach wie vor umstritten. Die Lösung hängt entscheidend vom Charakter des Gefährdungskriteriums ab:

56 – Wäre darin lediglich eine vorsatzunabhängige *Erfolgsqualifizierung* zu erblicken (allg. zu dieser Rechtsfigur Raufhandel-Fall Nr. 9 A 44), so würde nach § 18 bereits *fahrlässige* Gefährdung genügen (so namentlich Heimann-Trosien und Schröder: E 15, 17). Eine solche wäre hier mit dem schnellen Zufahren auf einen anderen zweifellos gegeben.

57 – Ist die Gefährdung dagegen als strafmodifizierendes *TB-Element* zu werten (vergleichbar etwa den Mordmerkmalen), so muß sie auch vom *Vorsatz* des Täters umfaßt sein (E 19; vgl. auch Raufhandel-Fall Nr. 9 A 49). Der eingehenden Begründung des BGH für diese heute vorherrschende Auffassung (E 16, 18) ist nichts Wesentliches hinzuzufügen (zu weiteren Nachw. vgl. S/S-Eser § 113 Rn. 67, § 250 Rn. 24). Da ein solcher lebens- bzw. schwer körpergefährdender Vorsatz dem A nicht nachweisbar war (E 14), konnte ihm diese Qualifizierung nicht angelastet werden.

58 **VI.** Welches **Gesamtergebnis** folgt daraus? A wurde jedenfalls zu Recht wegen § 315b I Nr. 3 (A 39) in Tateinheit (§ 52) mit § 113 I, II Nr. 1 (A 51, 54) verurteilt. Der Wegfall der Qualifizierung von § 113 II Nr. 2 (A 57) hätte allenfalls für die Strafzumessung bedeutsam sein können, was jedoch der BGH unter den gegebenen Umständen für ausgeschlossen ansah (E 20). Das mag von der Sache her richtig sein. Dennoch erscheint verwunderlich, daß der BGH offenbar nicht einmal von der Möglichkeit einer formellen Schuldspruchberichtigung (dazu Kleinknecht, StPO[34], § 354 Rn. 4) Gebrauch gemacht hat.

59 **Schrifttum:** Allgemein zu den **Verkehrsdelikten:** *Blei* II § 90, *Krey* I Fälle 88–90; *Maurach* BT[5] § 57 V; *Otto* II § 80 II; *Welzel* § 67 V; *Wessels* II/1 § 22 I, II, IV; ferner die StGB-Kommentare zu §§ 315–316, *Cramer,* Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl. 1977, §§ 315–316. **Speziell:** *Haffke,* Zur Problematik der 1,3 Promille-Grenze, JuS 1972, 448; *Lackner,* Das 2. Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs, JZ 1965, 92, 120; *Langrock,* Zur Einwilligung in die Verkehrsgefährdung, MDR 1970, 982.

Zu **§ 113** vgl. die Nachw. zum Widerstands-Fall Nr. 13.

Zum *Verkehrsrowdy-Fall: Blei* JA 1975, 804 u. 1976, 391; ferner *Küper,* Gefährdung als Erfolgsqualifikation?, NJW 1976, 543; *Meyer-Gerhards,* Subjektive Gefahrmomente, „Schuldform" der Regelbeispiele und Begriff der „besonderen Folge" (§ 18 StGB), JuS 1976, 228.

Systematik der Freiheitsdelikte – Nötigung (§ 240) – Verwerflichkeitsklausel – Rechtfertigungsirrtum

BGHSt 23, 46: Sitzstreik-Fall

2 StR 171/69 v. 8. 8. 1969 = NJW 1969, 1770

SV **Sachverhalt:** Um gegen eine Preiserhöhung der Kölner Verkehrsbetriebe (KVB) zu protestieren, veranstaltete der „Arbeitskreis Kölner Hochschulen" (AKH), eine Vereinigung von Studenten und Schülern, am Tag des Inkrafttretens der Preiserhöhung um 13.30 Uhr einen „Sitzstreik", durch den der Straßenbahnverkehr an zwei wichtigen Kreuzungspunkten innerhalb Kölns blockiert wurde. Dies geschah in der Weise, daß sich die Demonstranten auf den Gleiskörper der Straßenbahn setzten oder stellten und damit die Straßenbahnführer dazu veranlaßten, ihre Fahrzeuge anzuhalten. Während die eine dieser Demonstrationen um 14.30 Uhr beendet war, dauerte die andere planwidrig an, bis es schließlich zum Einsatz von Wasserwerfern und berittener Polizei kam. An der Vorbereitung und Durchführung der beiden Demonstrationen im vorgesehenen Rahmen waren der Vorsitzende des AKH (L) und der Pressereferent des ASTA (Lu) beteiligt.

Zur Problemstellung: Haben sich die beiden Organisatoren, wie die StA ihnen vorwirft, einer gemeinschaftlichen *Nötigung* (§§ 240, 25) schuldig gemacht? Worin könnte die *Gewaltanwendung* liegen?

P – Wie steht es mit der nach § 240 II erforderlichen *„Rechtswidrigkeit"* der Nötigung?
– Wie ist diese Klausel überhaupt systematisch einzuordnen?
– Können sich die beiden auf *Verbotsirrtum* berufen?
– Käme über Nötigung hinaus auch *Widerstand gegen die Staatsgewalt* (§ 113) oder gar *Landfriedensbruch* (§ 125) in Betracht?

Das LG Köln hat beide freigesprochen (JZ 1969, 80). Zur Revision der StA hiergegen führt der BGH u. a. aus:

E 1 **Aus den Gründen: [48]** „I. Daß das LG die Tatbestände des Aufruhrs [§ 115 a. F.] und des Landfriedensbruchs [§ 125 a. F.] nicht als erfüllt angesehen hat, ist im Ergebnis nicht zu beanstanden ...

2 **[50]** Den Tatbestand des § 115 [a. F.] i. V. mit § 113 [a. F.] hat das LG nicht erörtert. Doch liegt darin kein Mangel, der der Revision zum Erfolg verhelfen könnte. Denn die Feststellungen liefern keinen Anhalt dafür, daß die Angekl. ein Verhalten im Auge hatten und wollten, das als *gewaltsamer* Widerstand gegenüber den *Polizeibeamten* angesehen werden könnte. In dem vom AKH herausgegebenen Rundschreiben war ausdrücklich korrektes Verhalten verlangt und „freundlich träger Widerstand" als zweckmäßig bezeichnet. Provokationen, Beleidigungen und Angriffe auf die Polizei sollten unbedingt vermieden werden. Danach **[51]** kann unentschieden bleiben, ob schon darin Widerstand mit Gewalt i. S. des § 113 [a. F.] zu sehen wäre, daß sich Studenten passiv durch bloßen Einsatz des Körpergewichts widersetzten, indem sie sich durch Polizeibeamte von den Schienen wegtragen ließen ...

3 **[53]** II. Dagegen muß die Rev. der StA gegen den Freispruch beider Angekl. vom Vorwurf eines Vergehens der Nötigung (§ 240) und des L vom Vorwurf eines Vergehens nach § 26 I Nr. 2 VersammlungsG durchdringen.

4 1. Das LG hat den Freispruch der Angekl. hinsichtlich des Vorwurfs aus § 240 darauf gestützt, daß beide Angekl. sich in einem entschuldbaren Verbotsirrtum befunden hätten. Die rechtliche Prüfung dieser Begründung würde sich erübrigen, wenn die Anwendbarkeit des § 240 **[54]** schon wegen Mangels am äußeren Tatbestand, insbesondere zum
5 Merkmal der Gewalt, entfiele. Das ist jedoch nicht der Fall. Das LG hat gewaltsames Handeln der demonstrierenden Studenten i. S. des Nötigungstatbestandes zutreffend bejaht. Die Studenten, die sich auf den Gleiskörper der Straßenbahn setzten oder stellten, um damit den Straßenbahnverkehr zu blockieren, nötigten die Führer der Straßenbahn mit Gewalt, ihre Fahrzeuge anzuhalten. Dieser Bewertung steht nicht entgegen, daß die Studenten die Straßenbahn nicht durch unmittelbaren Einsatz körperlicher Kräfte aufhielten, sondern nur mit geringem körperlichen Kraftaufwand einen *psychisch* determinierten Prozeß in Lauf setzten. Entscheidend ist hierbei, welches *Gewicht* der von ihnen ausgeübten psychischen Einwirkung zukam. Ob das Anbinden eines Hundes auf den Geleisen, um ein Beispiel der Verteidigung aufzugreifen, ausreichen würde, weil hier einem Weiterfahren nur psychische Hemmungen weit geringeren Gewichts entgegenwirken, kann dahinstehen. Stellt sich ein *Mensch* der Bahn auf den Schienen entgegen, so liegt darin die Ausübung eines Zwanges, der für den Fahrer sogar unwiderstehlich ist,

E 5 denn er *muß* halten, weil er sonst einen Totschlag beginge. Durch den gleichzeitigen massierten Einsatz vieler Personen auf dem Gleiskörper wird die Zwangswirkung noch gesteigert. Es ist nicht einzusehen, daß die weitere Begehungsform des § 240, nämlich Nötigung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel, dieser Betrachtung im Wege stünde, weil sie ausschließlich auf psychische Einwirkungen abstellt; das könnte höchstens dazu führen, das geschilderte Verhalten auch unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt als strafbar zu beurteilen.

6 2. Die Rechtswidrigkeit der Nötigung hat das LG unter Anwendung der für dieses Merkmal maßgebenden Formel des § 240 II bejaht. Das ist grundsätzlich richtig. Die Formel gilt allgemein für alle tatbestandsmäßigen Fälle; sie ist auch anzuwenden, wenn die **7** Nötigung mit Gewalt begangen wird. Da aber die tatbestandliche Erweiterung, die zur jetzigen Fassung des § 240 geführt hat, nur die Alternative der **[55]** Drohung betraf und nur diese Erweiterung die Rechtswidrigkeitsklausel notwendig macht, ist die Gewaltan- **8** wendung praktisch indiziell für die Verwerflichkeit der Nötigung. Nur ausnahmsweise können besondere Umstände das Verwerflichkeitsurteil ausschließen. In diesem Zusammenhang enthält das angefochtene Urteil Ausführungen, deren Richtigkeit nicht anerkannt werden kann.

9 a) Die StrK geht davon aus, daß der Rat der Stadt Köln von Rechts wegen gehalten gewesen sei, die Interessenvertreter der Studenten nicht nur vorher zu unterrichten, sondern sie auch in angemessener Weise zu hören, ehe er seine Zustimmung zu neuen, die Studenten erheblich mehr belastenden Tarifen erteile. Schon dieser Ausgangspunkt ist verfehlt. Eine Rechtspflicht zum Gehör besteht von Verfassungs wegen nur im gerichtlichen Verfahren (Art. 103 I GG; BayVerfGHE 18, 140/152) und im übrigen nur, soweit sie gesetzlich vorgeschrieben ist. Ein verfassungsmäßiges Recht des Bürgers oder irgendeiner Organisation, von sämtlichen öffentlichen Stellen und Behörden vor jeglicher Maßnahme gehört zu werden, die den Einzelnen oder die seine Interessen wahrnehmende Organisation in diesen Interessen berührt, existiert nicht und kann auch gar nicht wünschbar sein, weil dadurch die Tätigkeit der Organe von Gesetzgebung und Verwaltung schon allein im Hinblick auf die Schwierigkeit einer Ermittlung des oder der berufenen Adressaten in ganz unerträglicher Weise erschwert und, was entscheidend ist, zum Nachteil des Ganzen behindert würde. Eine Anhörung solcher Art kann vielmehr immer nur eine Frage des politischen Taktes oder der politischen Klugheit sein. Sie wird oft im Sinne jenes freien Austausches von Meinung und Gegenmeinung liegen, der der Willensbildung im demokratischen Staat sein besonderes Gepräge gibt und in aller Regel auch dem Ausgleich von Gegensätzen und der Vermeidung von Härten, damit aber dem öffentlichen Frieden dienlich ist. Sie wird mitunter aber auch im öffentlichen Interesse um des Ansehens der von der Mehrheitsentscheidung des Volkes getragenen Organe willen zu meiden sein, wenn das Verlangen nach ihr sich in ungehörigen Formen kundtut, insbesondere mit der **[56]** Ankündigung von Druckmitteln einhergeht. Ob so oder so verfahren wird und welche Folgen es hat, liegt jedenfalls ausschließlich im politischen Bereich und ist kein Gegenstand öffentlich-rechtlicher Verpflichtung.

10 b) Die StrK hat außerdem den Studenten nicht nur ein Demonstrationsrecht i. S. gemeinsamer Kundgabe ihres Protestes gegen die Erhöhung der Straßenbahntarife in öffentlichen Umzügen oder Versammlungen zugebilligt, sondern es für erlaubt gehalten, daß sie auf sich und ihre Interessen in massiver Form aufmerksam machten und dabei auch zur Blockierung des Straßenbahnverkehrs schritten. Die StrK meint hierzu jedoch, es habe dabei fürs erste eine Unterbrechung des Straßenbahnverkehrs für die Dauer von einer Viertelstunde ausgereicht, um die gebotene Resonanz zu gewinnen. Erst wenn eine solche Demonstration i. S. eines „Warnstreiks" keine Früchte getragen hätte, hätten die Studenten erlaubterweise zu einer länger dauernden Behinderung des Straßenverkehrs übergehen dürfen. Die StrK hat demgemäß die Rechtswidrigkeit der Nötigung in Anwendung des § 240 II allein in der Überschreitung der ihr angemessen erscheinenden Zeitdauer der Verkehrsbehinderung erblickt.

11 Die Anerkennung eines *solchen* Demonstrationsrechts mit der vom LG offenbar nicht beachteten widersinnigen Folge, daß die Polizeibeamten beim Wegtragen der die Schienen besetzt haltenden Demonstranten bis zu einem mehr oder minder willkürlich zu bestimmenden Zeitpunkt rechtswidrig tätig geworden wären, ist abwegig. Niemand ist berechtigt, tätlich in die Rechte anderer einzugreifen, insbesondere Gewalt zu üben, um auf diese Weise die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit zu erregen und eigenen Interessen oder Auffassungen Geltung zu verschaffen. Der von der Verfassung gewährte weitere Spielraum für die Auseinandersetzung mit Worten (Art. 5 GG und § 193 StGB; vgl. BVerfGE 7, 198; BGHSt 12, 287) duldet keine Erweiterung auf tätliches Verhalten. Andererseits kann sich daraus, daß mehrere oder viele einzelne zu gemeinsamer Aktion zusammentreten, kein qualitativer Umschlag im Sinne **[57]** weitergehender Berechtigungen ergeben. Der Demonstrant besitzt im Vergleich zum einzelnen, der für seine Meinung eintritt oder protestiert, keine Vorrechte, sondern hat wie jeder andere dabei die allgemeinen Gesetze zu achten. Auch der Hinweis darauf, daß das vom GG in Art. 8 allen Deutschen gewährleistete Grundrecht, sich friedlich und ohne Waffen auch unter freiem

E 11 Himmel zu versammeln, notwendigerweise das Eintreten von Verkehrsbehinderungen einschließe, eröffnet keine andere Betrachtungsweise.

12 Aus dem Recht zu *friedlicher* Versammlung kann kein Recht zu *unfriedlicher* Demonstration hergeleitet werden. In welchem Maße Verkehrsbehinderungen hinzunehmen sind, die sich als Nebenfolge einer friedlichen Demonstration ergeben, hat der Senat nicht zu entscheiden. Hier ist die Verkehrsbehinderung gerade zum Ziel und Zweck einer öffentlichen Aktion gemacht worden, die damit einen unfriedlichen Charakter gewonnen hat und nicht mehr der Garantie des Art. 8 I GG teilhaftig sein kann. ...

13 Endlich muß die Auffassung der StrK schon an ihrer Unverträglichkeit mit dem demokratischen Prinzip im allgemeinen und seiner Ausgestaltung i. S. der repräsentativen Demokratie durch das GG im besonderen scheitern. Personenverbänden so wenig wie einzelnen kann die Mitsprache in öffentlichen Angelegenheiten mit anderen Mitteln als denen der Werbung, Überzeugung und Überredung gestattet sein. Entscheidungen in solchen Angelegenheiten müssen frei von gewaltsamer Einwirkung in den Händen der Organe liegen, die durch Verfassung und Gesetz dazu legitimiert und durch die Mehrheitsentscheidungen des Volkes auf der Grundlage von geordneten, gegen Mißbrauch und Verfälschung abgesicherten Wahlen und Abstimmungen berufen sind. Die Anerkennung eines Demonstrationsrechts in dem von der StrK angenommenen Ausmaß liefe auf die Legalisierung eines von militanten Minderheiten geübten Terrors hinaus, welcher mit der auf dem Mehrheitsprinzip fußenden demokratischen Verfassung, letztlich aber auch als Verstoß gegen das Prinzip **[58]** der Gleichheit aller vor dem Gesetz mit den Grundsätzen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung schlechthin unverträglich ist.

14 3. Hiernach braucht auf das Vorbringen der Revision, das sich gegen die Feststellungen zum Verbotsirrtum der Angekl. richtet, nicht eingegangen zu werden. Denn das Rechtsmittel muß zum Freispruch vom Vorwurf der Nötigung auf jeden Fall deshalb durchgreifen, weil das LG bei der Beurteilung der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums von rechtsirrigen Erwägungen ausgegangen ist, indem es annahm, daß beide Angekl. die erlaubten Grenzen nur um ein Geringes verfehlten."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Die geradezu emotionale Heftigkeit, mit der hier der BGH jeden Versuch einer Rechtfertigung dieses Sitzstreiks zurückweist, hat seinerzeit den nicht weniger heftigen Widerspruch all derer erfahren, die darin eine obrigkeitsstaatliche Unterdrückung demokratischer Demonstrationsrechte glaubten erblikken zu müssen (vgl. etwa Ridder ZRP 1969, 217ff, aber auch Tröndle GA 1973, 325). Inzwischen haben wir mit erschreckender Deutlichkeit erfahren müssen, wie schnell demonstrative Provokation zu terroristischer Aktion eskalieren kann. Deshalb ist eine Grenzziehung zwischen *rechtmäßiger Demonstration* und *rechtswidriger Nötigung* in der Tat unerläßlich. Dennoch bleibt zu fragen, ob dafür der BGH den richtigen Weg gefunden hat. Dies wird Einzelerörterungen zur *Nötigung* erforderlich machen (II). Zuvor jedoch empfiehlt sich ein Überblick über Schutzgut und Systemzusammenhang der *Freiheitsdelikte* (I).

2 **I. Schutzgut und Struktur der Freiheitsdelikte.**

1. Genau besehen geht es bei allen Delikten, die sich gegen disponible Rechtsgüter richten (wie Körperverletzung, Diebstahl, Betrug oder Beleidigung), zugleich auch um Freiheitsschutz. Denn soweit ein Gut der individuellen Verfügungsfreiheit untersteht, wird mit dem eigenmächtigen Eingriff in die körperliche Integrität des anderen oder mit der Entziehung fremden Eigentums zugleich auch in die Dispositionsfreiheit des Rechtsgutsinhabers eingegriffen (vgl. S/S-Eser § 223 Anm. 31). Von diesen inhärenten Freiheitsbeeinträchtigungen der meisten Individualdelikte unterscheiden sich die hier in Frage stehenden Freiheitsdelikte jedoch insofern, als in ihnen die *Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung* das **primäre Schutzgut** bildet, die Freiheit also nicht nur einen Schutzreflex des anderen Rechtsguts (wie körperliche Integrität, Ehre oder Vermögen) darstellt.

3 2. Auch bei der Freiheit handelt es sich um ein fundamentales, grundrechtlich garantiertes Gut (Art. 2 II GG). Doch anders als bei den „transsozialen" Rechtsgütern von Leib oder Leben, die für ihre Existenz und Aktualisierung die Gesellschaft nicht unbedingt voraussetzen, handelt es sich bei der Freiheit – ähnlich wie bei der Ehre – um *„intrasoziale" Güter* in dem Sinne, daß sie überhaupt erst innerhalb einer menschlichen Gemeinschaft sinnvoll denkbar und aktualisierbar sind. Aufgrund dieser sozialen Bedingtheit und Verflochtenheit kann der Freiheitsschutz kein absoluter, sondern mit Rücksicht auf kollidierende Freiheitsinteressen anderer von Grund auf nur ein **relativer** sein (zu dieser Differenzierung zwischen „transsozialen" und „intrasozialen" Rechts-

A 3 gütern, die dadurch zugleich einen „transindividualen" Charakter haben, näher Eser, Wahrnehmung berechtigter Interessen S. 45ff). Schon deshalb läßt sich der Freiheitsschutz kaum in einem einzigen, scharf umrissenen Tatbestand erfassen.

4 3. Diesem *Relativierungs-* und *Differenzierungsbedürfnis* versucht das StGB vor allem auf zweifache Weise Rechnung zu tragen:

5 – Zum einen dadurch, daß die allgemeine *Willensentschließungs-* und *Willensbetätigungsfreiheit* zwar durch den **„Generaltatbestand"** der **Nötigung** (§ 240) gegen jede Gewalt und Drohung mit einem empfindlichen Übel geschützt wird, daß aber zugleich der darin liegenden Ausuferungsgefahr durch ein relativierendes „Rechtswidrigkeitskorrektiv" begegnet wird: So können mittels der „Verwerflichkeitsklausel" von § 240 II alle jene Willensbeeinträchtigungen bereits im Unrechtsbereich wieder ausgesiebt werden, die im Hinblick auf den angestrebten Zweck nicht als verwerflich erscheinen. Zu teils abw. Auffassungen zum Rechtsgut der Nötigung vgl. S/S-Eser § 240 Rn. 1f m.w.N.

6 – Zum anderen versucht das StGB die Vielfalt möglicher Freiheitsbeeinträchtigungen differenzierend zu erfassen, indem es durch **speziellere** Tatbestände die Freiheit gegenüber besonders markanten Bedrohungen oder in Verbindung mit anderen Rechtsgütern schützt:

7 a) Für das *Vorfeld* der Nötigung geschieht dies in der **Bedrohung** (**§ 241**) mittelbar dadurch, daß bereits der *individuelle Rechtsfriede* gegen die Androhung eines Verbrechens geschützt wird. Eine Parallele zum Schutz des *öffentlichen Friedens* findet sich in § 126. Anders als bei Nötigung kommt es daher für § 241 nicht darauf an, daß das Opfer tatsächlich zu einem bestimmten Verhalten veranlaßt wird (entsprechendes gilt für § 126); vielmehr soll der Drohungsadressat bereits dagegen geschützt sein, daß er angesichts der Schwere des angedrohten Übels („Verbrechen" i.S. von § 12 I) in seinem Vertrauen in die von der Rechtsordnung gewährleistete Sicherheit erschüttert und damit in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt werden könnte (vgl. S/S-Eser § 241 Rn. 2). Solche *Freiheitsgefährdungen* können auf zweierlei Weise verwirklicht werden:

8 α) Einmal dadurch, daß dem Drohungsadressaten (oder einer ihm nahestehenden Person: Verbrechensadressat) ein hinreichend bestimmtes Verbrechen („ich werde dich kalt machen") in ernstlich erscheinender Weise (z.B. durch Abgabe von Schreckschüssen) angedroht wird: sog. eigentlicher *BedrohungsTB* (§ 241 I). Instruktiv dazu Feldwebel-Fall BGHSt 17, 307, wo freilich mangels Bestimmtheit der angedrohten Tat („nach meiner Entlassung werden Sie keine ruhige Stunde mehr haben"!) § 241 letztlich zu Recht verneint wurde.

9 β) Zudem dadurch, daß dem Drohungsadressaten die Begehung eines tatsächlich nicht geplanten Verbrechens wider besseres Wissen vorgetäuscht wird: sog. *VortäuschungsTB* (§ 241 II). Im Unterschied zum Bedrohungstatbestand (A 8), wo der Täter auf das Verbrechen Einfluß zu haben vorgibt, wird hier dem Opfer dadurch Angst eingejagt, daß das Verbrechen als angeblich nicht mehr beeinflußbar („die Bombenuhr tickt bereits") oder als von einem Dritten drohend („X wird Dich als Geisel entführen") dargestellt wird. Näher zu diesem neu eingeführten Tatbestand Stree NJW 1976, 1180/2. Zu weiteren Einzelheiten vgl. S/S-Eser § 241 Rn. 3ff.

10 b) Für andere Tatbestände ist der Schutz bestimmter Freiheits*sphären* charakteristisch: so bei **Freiheitsberaubung** (**§ 239**) der Schutz der *räumlichen Bewegungsfreiheit.* Näher dazu Zeitschriftenwerber-Fall Nr. 14 A 57ff.

11 c) Wird der räumliche Freiheitsschutz mit *anderen Rechtsgütern* kombiniert, so ergeben sich daraus verschiedenartige **EntführungsTBe.**

12 – Bei den „klassischen" EntführungsTBen der §§ 235–237 geht es einerseits primär um den Schutz der *elterlichen Gewalt:* so bei der (früher als „Muntbruch" bezeichneten) „Kindesentziehung" (**§ 235**: dazu Lieselotte-Fall BGHSt 16, 58) und der „Entführung mit Willen der Entführten" (§ 236: dazu Schlachthaus-Fall BGH NJW 1966, 1523), andererseits steht der Schutz der *sexuellen Selbstbestimmung* im Vordergrund: so bei „Entführung gegen den Willen der Entführten" (**§ 237**). Zu der strittigen Frage, inwieweit der Täter bereits bei der Entführung mit sexueller Absicht handeln muß, instruktiv der (verneinende) Türkin-Fall BGHSt 24, 90 sowie BGH NJW 1980, 1474; zur Gegenauffassung vgl. S/S-Eser § 237 Rn. 6 m.w.N.

13 – Auch der „Menschenraub" (**§ 234**) oder die „Verschleppung" (**§ 234a**) sind dadurch gekennzeichnet, daß durch die entführungsähnliche Freiheitsberaubung weitere Rechtsgüter mitbetroffen sind: Bei § 234 sind dies neben der Gefährdung von *Leib und Leben* die Erniedrigung zu *sklavenähnlicher Abhängigkeit;* bei § 234a kommt die Ge-

A 13 fahr *politischer Verfolgung* und empfindlicher *wirtschaftlicher Schädigung* hinzu. In gleicher Richtung versucht **§ 241a** gegen *politische Verdächtigung* zu schützen. Instruktiv zu dieser Deliktsgruppe der NKWD-Fall BGHSt 1, 391.

14 – Auch für den „erpresserischen Menschenraub" (**§ 239a**) und die „Geiselnahme" (**§ 239b**) sind Entführungselemente charakteristisch, wobei in beiden Fällen die Sorge um das *Wohl eines Dritten* als Nötigungsmittel ausgenützt wird und bei § 239a speziell noch eine erpresserische *Bereicherungsabsicht* hinzukommt. Instruktiv zu dieser Deliktsgruppe, die gegenwärtig beängstigende Aktualität erlangt, aus neuerer Zeit der Kundenbedrohungs-Fall BGHSt 25, 386 (insbes. zur Abgrenzung zwischen § 239a und § 239b), der Kindbedrohungs-Fall BGHSt 26, 70 (insbes. zum „Sichbemächtigen") sowie der Scheindrohungs-Fall BGHSt 26, 309 mit problemvertiefender Rezension von Backmann JuS 1977, 444ff.

15 Was das **Tatmittel** betrifft, so ist für die meisten vorgenannten EntführungsTBe typisch, daß die Tat nicht nur durch *Gewalt* oder *Drohung* (so § 240), sondern auch mit *List* (§§ 234, 234a, 235, 237) oder sonstige Formen der *Freiheitsberaubung* (§ 239) oder des *Sichbemächtigens* (§§ 239a, 239b) ausgeführt werden kann. Vgl. dazu A 24ff sowie StrafR IV Nr. 8 A 5ff.

16 d) Speziell dem Schutz der **sexuellen Selbstbestimmung** dienen heute die meisten der früher als Sittlichkeitsdelikte verstandenen §§ 174–182. Von besonderer Bedeutung sind dabei die „Vergewaltigung" (**§ 177**) und die „sexuelle Nötigung" (**§ 178**). Zu dieser Deliktsgruppe vgl. insbes. die Übersichtsaufsätze von Dreher JR 1974, 45ff, Hanack NJW 1974, 1ff und Sturm/Laufhütte/Horstkotte JZ 1974, 1ff, 46ff, 84ff.

17 e) Schließlich ist eine Gruppe von Freiheitstatbeständen dadurch charakterisiert, daß sie den Schutz **bestimmter Personen** oder **Einrichtungen** vor nötigender Einflußnahme bezwecken. Dazu zählt neben der *Nötigung des Bundespräsidenten* bzw. *sonstiger Verfassungsorgane* und ihrer Mitglieder (**§§ 105, 106**) sowie der *Wahlbehinderung* (**§ 107**) und der *Wählernötigung* (**§ 108**) insbesondere auch der *Widerstand gegen die Staatsgewalt,* wie er sich namentlich im „Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte" (**§ 113**) und diesen gleichgestellten Personen (**§ 114**) sowie in der „Gefangenenmeuterei" (**§ 121**) äußert. Neben dem individuellen Schutz des betroffenen Organs geht es dabei zugleich, wenn nicht sogar primär, um den Schutz der *staatlichen Gewalt.* Insofern gehört in diesen Zusammenhang auch der *„Landfriedensbruch"* (**§ 125**), bei dem durch Gewalttätigkeiten oder Bedrohung von Menschen die öffentliche Sicherheit gefährdet wird. Angesichts der großen praktischen Bedeutung und besonderen Kompliziertheit des § 113 ist dieser TB in einem eigenen Fall (Nr. 13) zu erörtern.

18 **4.** Damit zurück zum vorliegenden Fall: Welche Tatbestände waren hier in Betracht zu ziehen?

19 a) Der **Aufruhr,** der durch das 3. StrRG im jetzigen Landfriedensbruch (§ 125) aufging, war im Entscheidungszeitpunkt zwar noch nach §§ 115 i.V.m. §§ 113, 114 (a.F.) strafbar; jedoch hielt der BGH den dafür erforderlichen gewaltsamen Widerstand für nicht gegeben (E 2).

20 b) Aus ähnlichen Gründen wurde **Landfriedensbruch** mangels einer „Gewalttätigkeit" i.S. von § 125 a.F. verneint. Vgl. aber dazu auch Eilsberger JuS 1970, 165f sowie zur n.F. des § 125 S/S-Lenckner Rn. 6f. Allg. zur Reform dieser „Demonstrationsdelikte" Baumann-Frosch JZ 1970, 11, Tiedemann JZ 1969, 717ff, S/S-Eser 1ff vor § 110.

21 c) Dagegen hat der BGH eine Verurteilung des AKH-Vorsitzenden L wegen **Nichtanmeldung von Versammlungen** (§ 26 I Nr. 2 VersammlungsG) für möglich erklärt (E 3), ohne sich allerdings dabei mit gewichtigen Einwänden gegen die Verfassungsmäßigkeit dieses „Ungehorsamstatbestandes" auseinanderzusetzen (BGHSt 23, 58–60; hier nicht abgedruckt); krit. dazu Eilsberger JuS 1970, 169. Jedoch kann dieser nebenstrafrechtliche Tatbestand hier dahingestellt bleiben.

22 d) Um so größere Bedeutung kommt dem Vorwurf der *Nötigung* zu (E 3):

23 **II. Nötigung (§ 240) im einzelnen.**

Eine Nötigung kann nach BGH hier darin liegen, daß der Straßenbahnführer F durch das den angeklagten Organisatoren zurechenbare Sitzen der Studenten auf den Gleisen zum Anhalten gezwungen wurde. Welche Voraussetzungen müssen dadurch im einzelnen erfüllt sein? In **objektiver** Hinsicht ist dreierlei erfoderlich: ein bestimmtes Nötigungs*mittel* (A), ein bestimmter Nötigungs*erfolg* (B) sowie die *Verwerflichkeit* der Zweck-Mittel-Relation (C).

24 **A.** Als **Tatmittel** kommen *alternativ* entweder *Gewalt* oder *Drohung mit einem empfindlichen Übel* in Betracht.

A 25 1. Unter **Gewalt** wird üblicherweise „die zur Überwindung eines Widerstandes entfaltete physische Kraft" verstanden (vgl. RGSt 56, 87/8; 64, 113/5). Wäre dies richtig, so müßte hier Gewalt schon deshalb verneint werden, weil im Niedersitzen schwerlich eine körperliche Kraftentfaltung erblickt werden könnte. Tatsächlich wurde jedoch dieser körperlich orientierte Gewaltbegriff immer stärker psychologisiert, wobei der vorliegende Sitzstreik-Fall lediglich den Schlußakt markiert: denn wie im Armbanduhr-Fall (StrafR IV Nr. 8 A 6–16) näher entwickelt, kommt es nach heute vorherrschender Auffassung weniger auf das Zwangsmittel als primär auf den *Zwangseffekt* an. Danach genügt für Gewalt jedes Mittel, mit dem zwecks Überwindung oder Ausschaltung eines tatsächlichen oder mutmaßlichen Widerstandes eine physische oder psychische Zwangswirkung auf das Opfer ausgeübt wird (vgl. S/S-Eser 6ff vor § 234 m.w.N., auch zu einschränkenden Auffassungen). Eine solche Zwangswirkung wird hier unter Berücksichtigung der Art und Intensität des Angriffs vom BGH folgerichtig bejaht (E 5).

26 b) Wie aber läßt sich von diesem Gewaltbegriff die **Drohung** unterscheiden? Versteht man unter Drohung das Inaussichtstellen eines Übels, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluß zu haben vorgibt (h.M.; vgl. M-Schroeder II/1 § 14 II A 1b), so wird auch damit zweifellos ein Zwangseffekt ausgeübt. Während aber dieser bei *Gewalt* bereits durch ein *gegenwärtiges* Übel bewirkt wird, stellt die *Drohung* ein *zukünftiges* Übel in Aussicht (näher StrafR IV Nr. 8 A 20ff). Demgemäß wäre hier statt Gewalt nur Drohung anzunehmen, wenn der Sitzstreik nicht unmittelbar ausgeführt, sondern für einen späteren Zeitpunkt angedroht worden wäre. Im übrigen bleibt die Drohung noch in zweifacher Hinsicht einzugrenzen:

27 a) Zum einen durch Abgrenzung von der bloßen *Warnung:* Weist jemand lediglich auf ein drohendes Übel hin, ohne jedoch dabei Einfluß auf dessen Eintritt vorzugeben, so handelt es sich nur um eine Warnung, wie sie für § 240 nicht genügt. So etwa der Hinweis, das Jodeln zu unterlassen, weil es eine Lawine auslösen könne: dies ist nur Warnung *vor,* nicht aber Drohung *mit* der Lawine (Arzt I S. 187). Doch kann dies schon dadurch zur Drohung werden, daß der Jodelgegner die Lawine selbst (oder durch beeinflußbares Veranlassen eines Dritten) auszulösen vorgibt. Denn dafür genügt bereits, daß das Wahrmachen dieser Gefährdung dem Bedrohten „ernstlich" erscheint (vgl. StrafR IV Nr. 8 A 30f). Instruktiv dazu auch Volker-Fall BGHSt 23, 294.

28 b) Zum anderen genügt für § 240 (anders als etwa bei § 235) nicht schon jedwede Drohung, sondern nur die **mit einem empfindlichen Übel.** Dafür ist erforderlich, daß der zu befürchtende Verlust erheblich genug ist, um einen besonnenen Menschen zu dem mit der Drohung erstrebten Verhalten zu stimmen: so etwa das Drohen mit Kündigung oder öffentlicher Bloßstellung (vgl. Pressemitteilungs-Fall OLG Hamm NJW 1957, 1081) oder in einem Fall wie hier die Androhung zeitweiliger Lahmlegung des Straßenbahnbetriebes. Dagegen dürfte das bloße Ankündigen einer Dienstaufsichtsbeschwerde oder sonstiger Schwierigkeiten für sich allein nicht genügen (vgl. Pseudopolizist-Fall BGH NJW 1976, 760).

29 – Auch in der Androhung von *Unterlassen* (Hungerstreik, Nichteinstellen als Sekretärin, falls nicht zur Hingabe an den Arbeitgeber bereit) kann ein empfindliches Übel liegen. Jedoch soll dies nach h.M. nur dann rechtswidrig sein, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht: vgl. Anzeigerücknahme-Fall OLG Hamburg MDR 1980, 686 sowie (differenzierter) Arzt I S. 193, Roxin JuS 1964, 373, aber auch S/S-Eser § 240 Rn. 9, 20 sowie unten A 56.

30 3. *Frage:* Inwieweit käme auch **List** als Tatmittel in Betracht? Anders als die meisten Entführungstatbestände, die neben Gewalt und Drohung regelmäßig auch List (i.S. eines geflissentlichen und geschickten Verbergens der wahren Absichten des Täters) genügen lassen (A 15), kann Nötigung damit **nicht** begründet werden. Daher fehlt es beispielsweise am Gewaltmoment, wenn dem Opfer ein Betäubungsmittel nicht gegen seinen Willen – wenngleich unter Täuschung – beigebracht wird (vgl. Wacholder-Fall BGHSt 14, 81/2, S/S-Eser 21 vor § 234, Wessels II/1 § 8 III 2c).

31 *Zwischenergebnis* für den vorliegenden Fall? Da mit dem Besetzen der Straßenbahngleise eine psychische Zwangswirkung von einigem Gewicht auf die Fahrer ausgeübt wurde (E 5), war Gewaltanwendung zu bejahen (A 26). Damit stellt sich die Frage nach der Nötigungs*folge:*

32 **B. Nötigungserfolg:** Die Gewalt oder Drohung muß zu einer „Handlung, Duldung oder Unterlassung" des Opfers führen.

A 33 1. Worin das **abgenötigte Verhalten** des Opfers besteht, ist gleichgültig. Deshalb bedarf es auch keiner scharfen Abgrenzung zwischen *Handeln* als aktivem Tun (z.B. Herausgabe von Geld, Freilassung von Strafgefangenen), *Unterlassen* (Fahndungsstop; Verzicht auf Scheidungsklage) oder *Duldung*, die als Unterart des Unterlassens in Verzicht auf Gegenwehr besteht (z.B. in tatenlosem Geschehenlassen eines Bankraubs). Insbesondere braucht das abgenötigte Verhalten *nicht willentlich* zu sein; denn sonst wäre gerade die besonders brutale Form der vis absoluta so gut wie nicht erfaßbar. Dem Schutzgut des § 240 entsprechend (A 2) muß daher jede mit Nötigungsmitteln bewerkstelligte Einwirkung auf die Willensentschließung oder Willensbetätigung des Opfers genügen.

34 2. Selbstverständlich muß dabei zwischen dem Nötigungs*mittel* und dem Nötigungs*erfolg* **Kausalität** bestehen. Daran würde es etwa fehlen, wenn das Opfer nur zum Schein das geforderte Lösegeld hinterlegen würde, um den Täter überführen zu können (BGH b. Dallinger MDR 1953, 722), oder wenn in einem Fall wie hier der Straßenbahnführer in Solidarisierung mit den Demonstranten die Weiterfahrt freiwillig eingestellt hätte. Freilich wäre dann u.U. noch an mittelbare Nötigung der Verkehrsbetriebsleitung zu denken (vgl. aber dazu BGHSt 23, 46/49f). In jedem Fall kommt aber bei mangelnder Kausalität *versuchte* Nötigung in Betracht (§ 240 III).

35 *Konsequenz* für den vorliegenden Fall? Da der F durch den Sitzstreik zum Anhalten gezwungen wurde, ist auch der Nötigungserfolg gegeben. Damit kommen wir zum schwierigsten Punkt der gesamten Nötigungsproblematik:

36 **C. Rechtswidrigkeit: Verwerflichkeitsklausel (§ 240 II).**

Wie in sehr vielen Nötigungsfällen stand dieses Erfordernis auch hier im Mittelpunkt des Falles (E 6ff). Warum ist dies typisch für die Nötigung? Nach welchen Kriterien ist das Verwerflichkeitserfordernis zu bestimmen? Um diese stark umstrittene Problematik in den Griff zu bekommen, sind Systemfragen (1) und Bedeutungsprobleme (2) auseinanderzuhalten.

37 1. a) Hinsichtlich der **systematischen** Bedeutung des § 240 II besteht jedenfalls Einigkeit darüber, daß bei Nötigung die Rechtswidrigkeit der Tat jeweils der *ausdrücklichen Feststellung* bedarf (Schäfer LK[9] § 240 Rn. 57). Auch vom BGH wird dies hier nicht in Abrede gestellt; denn selbst wenn er aus Gewaltanwendung „praktisch indiziell" die Verwerflichkeit der Tat glaubt entnehmen zu können (E 7; vgl. aber auch unten A 52), so bleibt davon das Erfordernis positiver Rechtswidrigkeitsfeststellung im Grundsatz völlig unberührt (vgl. E 6). Und dies zu Recht; denn würde man auf dieses Verwerflichkeitskorrektiv verzichten, um statt dessen schon jedwedem durch Gewalt oder Drohung bewirkten Nötigungserfolg unrechtsbegründende Bedeutung beizumessen, müßte – nicht zuletzt durch den sich ständig erweiternden Gewaltbegriff (A 25) – die Strafbarkeit wegen Nötigung ins Uferlose geraten (vgl. Schäfer LK[9] § 240 Rn. 53ff). Dem versucht man mit § 240 II entgegenzusteuern, indem aus der Vielfalt von Zwangswirkungen, wie sie der zwischenmenschliche Verkehr auf Schritt und Tritt mit sich bringt (vgl. Roxin JuS 1964, 374f), nur die als „verwerflich" zu betrachtenden für strafbar erklärt werden.

38 Instruktiv im Sinne dieser *Reduzierung der Nötigung auf ein „Exzeßverbot"* gegen sozialinadäquate Zwänge (Arzt I S. 191, Lenckner JuS 1968, 254) der *Belehrungs-Fall* **BGHSt 18, 389,** wo der Täter einen Omnibusfahrer, von dem er sich behindert fühlte, durch absichtliches Langsamfahren und mehrfachen Spurwechsel glaubte belehren zu dürfen. Gegen die Annahme, daß diese Gewaltanwendung schon aufgrund ihrer Verkehrswidrigkeit als rechtswidrig i.S. von § 240 II zu betrachten sei, führt der BGH aus: **[392]** „Nicht jede bloße beabsichtigte Behinderung eines anderen Verkehrsteilnehmers, die schon nach § 1 StVO als Übertretung angemessen geahndet werden kann, ist jedenfalls ohne Ausnahme auch immer schon sittlich so mißbilligenswert, sozial so unerträglich, daß sie verwerflich ... sein müßte". Dies schließe freilich nicht aus, daß sich die Verwerflichkeit aus einer Gesamtbewertung der Tat ergeben könne; denn: **[393]** „Wer auf breiter, übersichtlicher, von Gegenverkehr freier Straße, für die keine Geschwindigkeitsbegrenzung besteht, langsam fährt und jedesmal, wenn ein anderer Verkehrsteilnehmer zum Überholen ansetzt, ohne vernünftigen Anlaß nach links ausbiegt und so auf mehrere Kilometer sowohl Überholen wie rasches Weiterfahren verhindert, dessen Verhalten wird von jedem Verständigen sittlich mißbilligt und als sozial unerträglich, als Unrecht empfunden." Vgl. zudem auch unten A 63.

39 b) Was ergibt sich daraus für den **Standort** des Verwerflichkeitserfordernisses? Dies ist umstritten:

A 40 – Die Rpr. will die Verwerflichkeit als *„allgemeines Verbrechensmerkmal"* verstehen, das erst auf der Rechtswidrigkeitsebene anzusiedeln sei (so etwa BGHSt 2, 194/5 [StrafR I Nr. 13 E 1, A 69], OLG Braunschweig NJW 1976, 60/2; ebenso Lackner § 240 Anm. 6b, Schäfer LK[9] § 240 Rn. 57, Welzel § 22 III 1a und wohl auch Arzt I S. 192). Demzufolge wäre der mit Gewalt oder Drohung herbeigeführte Nötigungserfolg jedenfalls als tatbestandsmäßig zu betrachten, so daß bei Annahme eines Rechtsfertigungsgrundes lediglich die Rechtswidrigkeit entfällt (vgl. A 43).

41 – Nimmt man demgegenüber die korrektive Funktion von § 240 II (A 37) wirklich ernst, so ist im Verwerflichkeitskriterium bereits ein *tatbestandseinschränkendes* Merkmal zu erblicken (M-Schroeder II/1 § 14 II A 2, Schröder ZStW 65, 201/2; vgl. auch Wessels II/1 § 8 III 6). Das hat zur Folge, daß Handlungen, die außerhalb des von § 240 II umgrenzten Verwerflichkeitsrahmens bleiben, schon tatbestandlich keine Nötigung darstellen. Zu den Konsequenzen dieses Standortstreits bei Irrtum über die Verwerflichkeit vgl. A 70ff.

42 c) Eine weitere Systemfrage ist die nach dem Verhältnis der Verwerflichkeitsklausel zu etwaigen **Rechtfertigungsgründen:**

43 – Nach h.L. sollen diese *Vorrang* vor der Verwerflichkeitsprüfung haben, mit der Folge, daß etwa bei Nötigung aus Notwehr § 240 II schon gar nicht mehr zum Zuge kommt (so Arzt I S. 193, D-Tröndle § 240 Rn. 7f, Krey JuS 1970, 293, M-Schroeder II/1 § 14 II C 1, Schäfer LK[9] § 240 Rn. 60, Wessels II/1 § 8 III 6). Diese Auffassung ist freilich nur dann haltbar, wenn man in der Verwerflichkeit der Tat lediglich ein allgemeines Rechtswidrigkeitsmerkmal erblickt (A 40), dem die Rechtfertigungsgründe als Sonderregelungen vorgehen (so im Anschluß an Schönke-Schröder[17] § 240 Rn. 25 Roxin/Haffke/Schünemann S. 38).

44 – Ist das Verwerflichkeitserfordernis dagegen bereits als tatbestandseinschränkendes Merkmal zu verstehen (A 41), so können Rechtfertigungsgründe als *Ausnahme*regeln erst dann zum Zuge kommen, wenn die Nötigung an sich als verwerflich i.S. von § 240 II anzusehen ist (vgl. Sax JZ 1976, 83). In praxi freilich wird man diesen Systemstreit nicht überbewerten dürfen; denn da etwaige Rechtfertigungsfaktoren (wie etwa vorliegend die Berufung auf das Demonstrationsrecht) sich regelmäßig bereits auf die verwerflichkeitsrelevante Zweck-Mittel-Relation auswirken, läuft die Verwerflichkeitsprüfung meist auf eine *umfassende Würdigung* aller wesentlichen Wertungsaspekte hinaus. Deshalb werden die Rechtfertigungsgründe jedenfalls praktisch in der Verwerflichkeitsprüfung aufgehen (ähnlich noch Maurach BT[5] § 14 II A 2, C 1). Vgl. zum Ganzen auch Fernlicht-Fall StrafR I Nr. 10 A 1ff. In diesem Sinne sind nunmehr die eigentlich gewichtigen Sachfragen anzugehen:

45 2. Was ist dem **Bedeutungsgehalt** nach unter „Verwerflichkeit" i.S. von § 240 II zu verstehen? Dem Gesetz läßt sich dazu zweierlei entnehmen:

46 a) Die für die Wertung wesentlichen *Faktoren* sind das *Nötigungsmittel* (Gewalt oder Drohung) im *Verhältnis* zum angestrebten Nötigungs*zweck* (Tatziel): sog. **Zweck-Mittel-Relation.**

47 Dementsprechend ist nach der vielzitierten Formel im *Dirnen-Fall* **BGHSt 17, 328/331** „das rechtlich Verwerfliche nicht einseitig in dem angewandten Mittel oder in dem angestrebten Zweck, sondern in der Beziehung beider zueinander zu suchen. Die Verquikkung des Mittels der Gewalt oder der Drohung mit dem durch die Nötigung angestrebten Zweck muß nach allgemeinem Urteil sittlich zu mißbilligen sein". – In diesem Sinne bereits Verbotsirrtum-Fall BGHSt 2, 194/6 (StrafR I Nr. 13).

48 b) Was den dabei anzulegenden *Maßstab* betrifft, so wird mit Abheben auf die sozialethische Kategorie der Verwerflichkeit auf *außerrechtliche* Wertungen verwiesen. So spricht der BGH auch im *Dirnen-Fall* (unmittelbar vor dem bei A 47 wiedergegebenen Zitat) von „Anstößigkeit" im Hinblick auf das „Rechtsempfinden des Volkes" bzw. im *Belehrungs-Fall* (A 38) von „sozialer Unerträglichkeit" und „sittlicher Mißbilligung". Vgl. auch Schröder JZ 1964, 31, wonach die formale Regel des § 240 II jeweils erst durch einen Wertungsakt Inhalt erlangt, sowie Schäfer LK[9] § 240 Rn. 53ff m.w.N.

49 Ein solcher Verweis auf Wertungen, die das positive Recht transzendieren, bringt – wie auch schon in anderem Zusammenhang („niedrige Beweggründe" bei § 211, „gute Sitten" bei § 226a) deutlich wurde – äußerst schwierige und ungeklärte *Legitimationsprobleme* mit sich. Dies um so mehr, als das Vertrauen in eine (angeblich) vorgegebene und allgemeingültige Wertordnung längst geschwunden ist. Auf wessen Wertungen soll es also ankommen? Gibt es einen Maßstab für die Richtigkeit solcher Wertungen? Wenn der BGH von „Rechtsempfinden des Volkes" (A 48) bzw. von den von der

A 49 Rechtsgemeinschaft als sittlich verbindlich anerkannten Anschauungen (OGHSt 2, 345) spricht, soll damit der *Entscheid der Mehrheit* zum Richtigkeitskriterium erhoben werden? Dagegen wäre einzuwenden, daß sich die Richtigkeit einer Wertung ebensowenig statistisch beglaubigen läßt wie die Wahrheit eines Urteils im Bereich von Logik und Realwissenschaften. Mit einem undifferenzierten Abstellen auf das Rechtsempfinden der Mehrheit wäre nicht nur der Unterschied zwischen subjektiven Meinungen und begründeten Behauptungen verwischt, die Rechtsfrage würde darüber hinaus zur Machtfrage. Hinzu kommt, daß die Funktion des Rechts auch und gerade darin besteht, den Mehrheitswillen einzuschränken. Schon eher plausibel erscheint es deshalb, auf das Urteil eines „unverbildeten Betrachters" (BGH NJW 1967, 1141) bzw. auf das der „billig und gerecht Denkenden" (BGHSt 4, 24/32, 88/91: StrafR I Nr. 8 E 4, A 23) abzustellen. Allerdings ist auch damit ein Richtigkeitskriterium erst dann gewonnen, wenn die Klasse der „Unverbildeten" bzw. der „billig und gerecht Denkenden" näher bestimmt wird. Man wird insoweit zumindest eine emotionsfreie, nüchterne, vorurteilslose und unparteiische Einstellung verlangen müssen. Notwendig ist ferner, daß der Betreffende fähig und bereit ist, sich in diejenigen menschlichen Interessen einzufühlen, die dadurch, daß sie im Einzelfall in Konflikt geraten, eine Entscheidung notwendig machen. Näher zu den Anforderungen an einen solchen *„kompetenten Beurteiler"* J. Rawls aaO S. 125 f.

50 c) *Leitziel* des Verwerflichkeitsurteils ist die dem § 240 II zugewiesene Aufgabe, angesichts der Vielgestaltigkeit zwischenmenschlicher Zwänge den Kreis sozialadäquater Pressionen von sozial unerträglichen Zwangsanwendungen abzugrenzen (A 37 f). Obgleich das kaum anders als durch eine elastische Verwerflichkeitformel zu erreichen ist (vgl. Lenckner JuS 1968, 251/4), ist diese jedoch wenigstens näherungsweise durch eine an „sozialen Ordnungsprinzipien" (Roxin JuS 1964, 376) orientierte Kasuistik zu konkretisieren. Dabei sind vor allem folgende **Leitgesichtspunkte** zu beachten:

51 aa) **Verwerflichkeit des Zwecks:** Obgleich es grundsätzlich auf die Zweck-Mittel-Relation ankommt (A 46 f), kann sich die Verwerflichkeit der Nötigung bereits aus der des Zwecks als solchem ergeben. So jedenfalls dort, wo das dem Opfer abgenötigte Verhalten strafbar wäre, wie z. B. bei Nötigung zu einem Mord: sog. *„Rechtswidrigkeitsprinzip"* (Roxin JuS 1964, 376). Dementsprechend ist umgekehrt der Zwang zur Unterlassung einer verbotenen oder grob sittenwidrigen Handlung grundsätzlich nicht verwerflich: so z. B. die gewaltsame Verhinderung einer verkehrsgefährdenden Trunkenheitsfahrt (vgl. BGH VRS 40, 104/7, Schäfer LK[9] § 240 Rn. 93 m. w. N.). Denn da hier der beeinträchtigte Wille als solcher sozialwidrig ist, wird durch das Zwangsmittel der rechtmäßige Zustand gerade aufrechterhalten. Nach diesem *„Rechtswahrungsprinzip"* (von Roxin aaO wenig aussagekräftig als „Güterabwägungsprinzip" bezeichnet) wird beispielsweise der Verhinderung eines Suizids regelmäßig die Verwerflichkeit abzusprechen sein (vgl. auch S/S-Eser 39 vor § 211 m. w. N.).

52 bb) **Verwerflichkeit des Mittels:** Auch dieses kann als solches bereits einen derart hohen Unrechtsgrad aufweisen, daß damit die Nötigung als verwerflich zu bezeichnen ist. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die nötigende Handlung *per se strafbar* ist (vgl. Bockelmann NJW 1966, 747): so etwa bei körperverletzender Gewaltanwendung oder Brandstiftung, um damit die Ernsthaftigkeit der Drohung zu unterstreichen. Dagegen würde es zu weit gehen, schon in jeder *Gewaltanwendung als solcher* ein zwingendes Verwerflichkeitsindiz zu erblicken, wie dies hier der BGH tut (E 7). Denn nicht nur, daß seine knappe Berufung auf die Gesetzgebungsgeschichte schwerlich einer genaueren Analyse standhält (dazu Eilsberger JuS 1970, 167); auch wurde dabei offenbar nicht hinreichend mitbedacht, daß sich zwischenzeitlich der Gewaltbegriff von seiner ursprünglichen Beschränkung auf physische Kraftentfaltung so weit entfernt hat (vgl. oben A 25), daß der Nötigungsbereich unvertretbar ausufern müßte, wenn praktisch jede Gewaltanwendung per se als verwerflich anzusehen wäre (vgl. Schäfer LK[9] § 240 Rn. 59). Daß dem nicht so sein darf, hat der BGH jedenfalls im Bereich der „Verkehrsnötigung" (Verdrängen des Vorausfahrenden, Verhinderung des Überholens durch Spurwechsel) bereits selbst mehrfach anerkannt, indem er die Verwerflichkeit nicht schon aus der Verkehrswidrigkeit des Verhaltens, sondern erst aus der Zweck-Mittel-Relation hergeleitet sehen will (vgl. Belehrungs-Fall oben A 38 sowie unten A 63). Zudem hat auch hier der BGH diesen Weg nicht ganz verschlossen, da zumindest „ausnahmsweise besondere Umstände das [sonst aus der Gewaltanwendung gefolgerte] Verwerflichkeitsurteil ausschließen" könnten (E 8).

53 cc) **Verwerflichkeit aufgrund mangelnder Zweck-Mittel-Relation:** Damit sind jene praktisch besonders bedeutsamen Fälle zu erfassen, in denen zwar weder das Nöti-

A 53 gungs*mittel* noch der angestrebte Nötigungs*zweck* je für sich betrachtet als verwerflich erscheinen, wohl aber in *Verknüpfung* miteinander (A 46). Um diese Konstellation ging es genau besehen auch im vorliegenden Fall, da weder das Nötigungsziel (Stop der Straßenbahn zwecks Erregung öffentlicher Aufmerksamkeit) noch das Nötigungsmittel (Besetzen der Geleise) per se als verwerflich anzusehen war – und zwar nicht einmal für den scheinbar gegenteiligen Ansatz des BGH; denn da er trotz Annahme eines generellen Verwerflichkeitsindizes bei Gewaltanwendung (E 7) zumindest die Möglichkeit von Ausnahmen eingeräumt hat (E 8), blieben ihm zumindest dahingehende Erörterungen (E 9ff) nicht erspart (vgl. A 52). Doch bevor dazu Stellung genommen sei (A 64ff), sind zunächst die drei wichtigsten **Fallgruppen** einer verwerflichen Zweck-Mittel-Relation vorzustellen:

54 α) **Mangelnde Konnexität** zwischen Zweck und Mittel: Diese Frage stellt sich vor allem bei Durchsetzung von Ansprüchen durch Drohung mit Zwangsvollstreckung oder Strafanzeige. Das gilt jedenfalls dann als verwerflich, wenn das angedrohte Zwangsmittel mit dem durchzusetzenden Anspruch in keinerlei innerem Zusammenhang steht (so z. B. bei Drohung mit Anzeige wegen Blutschande zwecks Durchsetzung eines Schadensersatzanspruches aus Verkehrsunfall); nicht dagegen dort, wo sich die angedrohte Strafanzeige oder Zivilklage gerade auf die Durchsetzung des in Frage stehenden Anspruchs bezieht.

55 Zu diesem *„Prinzip des mangelnden Sachzusammenhanges"* (Roxin JuS 1964, 377), das zwar allgemein anerkannt (vgl. S/S-Eser § 240 Rn. 23 m.w.N.), aber in praxi nicht immer leicht zu handhaben ist, instruktiv der *Mieterstreit-Fall* **BGHSt 5, 254:** Nachdem M sich in einem Vergleich mit V endlich zum Wohnungsauszug bereiterklärt hatte, aber sich mangels Ersatzwohnung noch im Hause befand, entdeckte plötzlich der Sohn des V Zigarettenstummeln und abgebrannte Streichhölzer unter dem Scheunendach, das unter dem Küchenfenster des M verläuft. In der naheliegenden Annahme, daß M ihm schikanöserweise noch einen Brandschaden zufügen wollte, bat V seinen Anwalt A, nun endlich den Auszug des M durchzusetzen. Darauf teilte A dem M brieflich mit, daß sich dieser nach § 310a strafbar gemacht habe und sein Mandant sich eine Strafanzeige vorbehalte; dann fügte er hinzu: „Ich hoffe, daß Sie noch so viel Einsicht besitzen, nunmehr aber schleunigst sich um eine Wohnung zu bemühen und innerhalb einer Woche das Haus räumen". Das LG hielt zwar weder das Nötigungsmittel (Drohung mit Strafanzeige wegen begründeten Brandstiftungsverdachts) noch den Zweck (Durchsetzung eines berechtigten Mietaufhebungsanspruchs) für rechtswidrig, wohl aber die Verknüpfung beider: denn mit einer begründeten Strafanzeige dürfe nur gedroht werden, wenn dadurch die Beseitigung des durch die Straftat angerichteten Schadens erreicht werden solle. Doch demgegenüber führt der BGH aus:

[258] „Für die Frage, ob die Drohung mit einer erlaubten Strafanzeige benutzt werden darf, um einen begründeten Anspruch durchzusetzen, ist der Inhalt des verfolgten Anspruchs meist ohne Bedeutung. Die *Abgrenzung der strafwürdigen Nötigung* von einer nicht zu mißbilligenden Willensbeeinflussung wird regelmäßig nach folgenden Gesichtspunkten vorzunehmen sein: In erster Linie kommt es darauf an, ob der Sachverhalt, aus dem sich das Recht zur Strafanzeige herleitet, mit dem durch die Drohung verfolgten Zweck in *innerer Beziehung* steht. Die willkürliche Verknüpfung eines Vorganges, aus dem die Berechtigung zu einer Strafanzeige erwächst, mit einem Anspruch, der auf einem ganz anderen Lebensvorgang beruht, ist regelmäßig als verwerflich anzusehen. Wer mit der Anzeige eines Sittlichkeitsverbrechens droht, um von dem Beschuldigten die Rückzahlung eines Darlehens zu erreichen, dessen Gewährung unabhängig von dem strafbaren Verhalten erfolgt ist, handelt regelmäßig rechtswidrig. Anders ist es gewöhnlich, wenn die Drohung mit der Anzeige eines solchen Verbrechens etwa den Zweck verfolgt, den Schadenersatzanspruch durchzusetzen, der auf Grund des Verbrechens nach den §§ 174, 176, 177, 179 StGB begründet ist. Wer durch das strafbare Handeln eines anderen in seinen Rechten verletzt ist, darf die Strafverfolgungsbehörden auf Tat und Täter aufmerksam machen. Es ist ihm auch erlaubt, dem Täter eine solche Anzeige anzukündigen. Es setzt ihn dadurch **[259]** nur der Gefahr aus, daß sein Verhalten in einem rechtlich geordneten Verfahren geprüft wird, das die Verfolgung Unschuldiger weitgehend ausschließt. Auch wenn es dem Verletzten nicht darum geht, dem Täter den Strafanspruch des Staates vor Augen zu halten, es vielmehr sein Ziel ist, den aus dem Sachverhalt erwachsenen Schadensersatzanspruch durchzusetzen, ist die Drohung nicht zu mißbilligen. Der Geschädigte kann in einem solchen Falle zwar regelmäßig eine Zivilklage erheben, um zu seinem Ziel zu gelangen. Es ist auch nicht zu verkennen, daß die Abwehr eines bürgerlich-rechtlichen Anspruchs, der im Zivilprozeß geltend gemacht wird, vielfach weniger Unannehmlichkeiten einträgt als die Verteidigung gegen den Vorwurf strafbaren Handelns im Strafprozeß. Daraus folgt aber regelmäßig nicht, daß in solchen Fällen der Gläubiger eines Anspruchs das weniger einschneidende Mittel des Zivilprozesses wählen muß, um dem Vorwurf einer rechtswidrigen Nötigung zu entgehen."

A 56 – Auch das umstrittene *Drohen mit Unterlassen* in Fällen, in denen an sich keine Rechtspflicht zum Handeln besteht (Nichteinstellung, falls nicht zu geschlechtlicher Hingabe bereit: vgl. A 29), dürfte nach dem Gedanken mangelnden Konnexes als verwerflich anzusehen sein. Gewiß ist nach dem „*Autonomieprinzip*" (Roxin JuS 1964, 377, Arzt I S. 193) grundsätzlich jedermann frei, ob und wen er einstellen will. Diese Autonomie wird jedoch in verwerflicher Weise mißbraucht, wenn sie zur Durchsetzung eines Ansinnens eingesetzt wird, auf dessen Erfüllung der Drohende seinerseits keinen Anspruch hat. Insofern handelt es sich – selbst wenn es an einer Rechtspflicht zur Vermeidung des angestrebten Übels (Nichteinstellung) fehlt – sogar um eine gewisse Verschärfung des Mangels an Konnexität: denn während in den bei A 54 f erörterten Fällen immerhin ein begründeter Anspruch auf das erstrebte Ziel besteht, mangelt es hier sogar daran (i. Erg. ebenso Schäfer LK[9] § 240 Rn. 72; vgl. auch M-Schroeder II/1 § 14 II A 2).

57 – Um so mehr ist Verwerflichkeit dort anzunehmen, wo ein *nichtbegründeter Anspruch* durch Drohung mit *aktiven* Maßnahmen (Strafanzeige, öffentliche Bloßstellung) durchgesetzt werden soll. Denn selbst wenn es nach dem „Autonomieprinzip" jedermann unbenommen bleibt, das zu verlangen, „was der Markt hergibt", so darf diese Chance doch keinesfalls mit „nichtmarktkonformen" Mitteln durchgesetzt werden. Deshalb ist bei Ladendiebstahl das Abverlangen einer „Fangprämie" insoweit problematisch, als darauf kein zivilrechtlicher Anspruch besteht und die Unwissenheit und Zwangssituation des Ertappten durch Drohung mit einer (insoweit materiell unbegründeten) Strafanzeige ausgenützt wird: zu dieser höchst kontroversen Problematik vgl. u. a. BGH NJW 1980, 119, OLG Koblenz JR 1976, 69 m. Anm. Roxin sowie S/S-Eser § 253 Rn. 19 m. w. N.

58 β) **Unverhältnismäßigkeit** von Zweck und Mittel: Selbst dort, wo an sich ein sachlicher Zusammenhang zwischen Anspruch und angedrohter Maßnahme besteht, kann sich die Verwerflichkeit der Nötigung jedoch daraus ergeben, daß das zu Erreichende zu dem dazu eingesetzten Mittel und den damit verbundenen Nachteilen außer Verhältnis steht (vgl. Rechtsbehelfsverzicht-Fall BGH NJW 1957, 596/8, Wessels II/1 § 8 III 6).

59 Dementsprechend hat im *Mieterstreit-Fall* (A 55) der BGH nicht nur auf den Sachzusammenhang abgehoben, sondern schließlich zu Recht auch noch die Frage nach der Verhältnismäßigkeit gestellt; denn: **[260]** „Die Rechtmäßigkeit einer solchen [konnexen] Drohung ist jedoch ausgeschlossen, wenn vom Standpunkt eines vernünftigen Beurteilers der mit der Drohung verfolgte Zweck seiner Bedeutung nach im *Mißverhältnis* zum Gewicht der Drohung steht. Je belangloser das Ziel ist, desto anstößiger wird ein empfindlicher Druck auf die Freiheit der Entschließung sein. Die Drohung mit der Strafanzeige ist zB verwerflich, wenn der Schadenersatzanspruch, der aus der Straftat erwachsen ist, bis auf einen für den Gläubiger bedeutungslosen Restbetrag erfüllt ist. In diesem Zusammenhang sei noch bemerkt, daß die Drohung mit einer Strafanzeige nicht mehr zulässiges Mittel einer Willensbeeinflussung ist, wenn sich ergibt, daß der Drohende **[261]** das Strafverfahren nicht nur benutzen will, um die Erfüllung seiner berechtigten Ansprüche herbeiführen, sondern *außerdem* eine – *vermeidbare* – *Schädigung* oder Vernichtung des Beschuldigten erreichen will. Ebenso ergibt die nach § 240 II erforderliche Wertung von Mittel und Zweck, daß es rechtswidrig ist, wenn der Geschädigte zur Verfolgung seiner Ansprüche statt der Drohung mit einer Strafanzeige die Ankündigung eines Übels wählt, dem der Bedrohte zunächst ausgesetzt ist, *ohne* durch gesetzliche Verfahrensvorschriften, die den Vollzug der angedrohten Maßnahme in rechtsstaatlicher Weise regeln, geschützt zu sein. Dies gilt zB für Drohungen, durch die jemand ankündigt, das strafbare Verhalten durch *öffentliche Mitteilungen* bloßzustellen." – Ein solches Mißverhältnis wurde jedoch i. Erg. zu Recht verneint.

60 Zur Verwerflichkeit durch *Bloßstellung* instruktiv der Schuldenbus-Fall ÖstOGH ÖJZ 1964, 479 (vgl. Arzt I S. 183, 192) sowie der Pressemitteilungs-Fall OLG Hamm NJW 1957, 1081. Zur unverhältnismäßigen Inanspruchnahme eines *Selbsthilferechts* instruktiv Privatweg-Fall BayObLG NJW 1965, 163. Auch in den Fällen der „*Verkehrsnötigung*" (Verdrängen des Vorausfahrenden durch dichtes Auffahren unter Einsatz von Lichthupe und Horn) wird sie die Verwerflichkeit regelmäßig aus der Unverhältnismäßigkeit des Zeitgewinns zu der damit verbundenen Gefährdung (z. B. durch Fehlreaktion des Vorausfahrenden) ergeben. Daher wird im *Verdrängungs-Fall* **BGHSt 19, 263** zu Recht festgestellt:

[269] „Wer angesichts solcher Gefahren, zu deren Abwendung er überhaupt nichts beitragen könnte, von so gefährlicher Fahrweise nicht Abstand nimmt, handelt in aller

A 60 Regel in hohem Maße rücksichtslos. Er spielt um eines nichtigen Zeitgewinns willen in gefährlicher Weise mit Leben und Gesundheit seiner Mitmenschen und verdient den Vorwurf verwerflichen Handelns, vor allem wenn er nicht nur einmal dicht auffährt, sondern diese Fahrweise über mehrere Kilometer beibehält."

61 Umgekehrt kann der Verhältnismäßigkeitsgedanke dort zur Verneinung der Verwerflichkeit führen, wo es sich um relativ unbedeutende Zwangswirkungen handelt. Nach diesem *„Geringfügigkeitsprinzip"* (Roxin JuS 1964, 376) ist vor allem bei Einwirkungen von geringer Dauer oder ohne nennenswerte Gefährdung § 240 II zu verneinen: z.B. bei kurzem Zuhalten der Tür aus Schabernack (Schröder JZ 1964, 31) oder bei nur einmaliger Verkehrsbedrängung aus berechtigter Verärgerung (vgl. OLG Stuttgart DAR 1964, 275). Zum strittigen „Kampf um die Parklücke" vgl. OLG Köln NJW 1979, 2056, Schäfer LK[9] § 240 Rn. 77ff, Schmid DAR 1980, 81/2.

62 γ) **Vorrang der staatlichen Rechtspflege:** Danach handelt verwerflich, wer sich zur Durchsetzung eines (an sich legitimen) Zwecks staatliche Zwangsbefugnisse anmaßt, statt zunächst die zuständigen staatlichen Organe anzurufen (Roxin JuS 1964, 377, Arzt Welzel-FS S. 834ff; vgl. aber demgegenüber auch Fezer GA 1975, 355ff).

63 Dementsprechend sah im *Belehrungs-Fall* (A 38) der BGH die Verwerflichkeit der Verhinderung des Überholens nicht dadurch ausgeschlossen, daß der A glaubte, den Omnibusfahrer zu verkehrsgerechter Fahrweise „erziehen" zu dürfen. Denn: **[393]** „Gegenseitige Verkehrserziehung beruht, soweit überhaupt angebracht, ausschließlich auf vorbildlicher Fahrweise, nicht auf ‚Selbsthilfe'. Nötigenfalls muß die Polizei in Anspruch genommen werden". Im *Dirnen-Fall* **BGHSt 17, 328** hingegen war der BGH insoweit wesentlich großzügiger: Daß dort der Freier, nachdem die Dirne kurz vor dem Coitus noch einen weiteren 10 DM-Schein verlangte, durch gewaltsame Rücknahme des zuvor gegebenen Lohnes nicht verwerflich gehandelt habe, wird u.a. damit begründet, daß der Täter **[332]** „einen Rechtsanspruch auf den hingegebenen Geldbetrag zu haben glaubte und diesen auf der Stelle verwirklichen wollte, weil er Grund zu der Befürchtung hatte, ihn später infolge von Beweisschwierigkeiten nicht durchsetzen zu können". Vgl. aber dazu auch Arzt I S. 194.

64 d) Wie ist nun nach diesem Kriterienkatalog die Verwerflichkeitsfrage im vorliegenden Sitzstreik-Fall zu beurteilen? Inwieweit könnte dabei von Bedeutung sein, daß es sich um eine **Demonstration** gehandelt hat? Dazu ist in der hier gebotenen Kürze folgendes zu bedenken:

65 – Aus dem Nötigungs*mittel* als solchem läßt sich die Verwerflichkeit nicht herleiten; denn die hier eingesetzte Form psychischen Zwanges ist weder per se strafbar (A 52) noch sonst von gleichgewichtigem Unwertgehalt. Dies selbst dann nicht, wenn man mit dem BGH berücksichtigt, daß die Grenzen friedlichen Versammelns überschritten waren (E 12); denn mit dem dadurch möglicherweise verwirklichten Versammlungsverstoß war lediglich der öffentliche Friede, nicht aber die individuelle Willensfreiheit der betroffenen Straßenbahnfahrer tangiert. Daher könnte die vom BGH der Gewaltanwendung zugeschriebene Indizwirkung (E 7) allenfalls dann durchgreifen, wenn der Sitzstreik auch zugleich eine Freiheitsberaubung (§ 239) bewirkt hätte, was hier jedoch zu verneinen ist.

66 – Auch der Nötigungs*zweck* ist als solcher nicht verwerflich (A 51): und zwar weder bei Blickbeschränkung auf den unmittelbar beabsichtigten Nötigungs*erfolg* (Stop der Straßenbahn: i.S. einer solchen „engen" Zweck-Mittel-Relation namentlich Arzt I S. 191/4) noch bei Mitberücksichtigung des damit verfolgten *Ziels* (Erregung öffentlicher Aufmerksamkeit: für ein solches „weites" Zweckverständnis zu Recht auch Lackner § 240 Anm. 6a, Wessels II/1 § 8 III 6). Denn selbst wenn der BGH eine öffentlich-rechtliche Anhörungspflicht der letztlich angesprochenen politischen Organe glaubt verneinen zu müssen (E 9), so ist damit doch keineswegs das aus den Art. 5, 8 GG herleitbare Recht zu demonstrativer Meinungsäußerung ausgeschlossen (vgl. Ott NJW 1969, 2024).

67 – Somit läßt sich die Verwerflichkeit allenfalls über die *Zweck-Mittel-Relation* begründen (A 53ff). Dazu freilich schlichtweg auf die Verwerflichkeit „tätlicher" Meinungswerbung (E 11) bzw. „unfriedlichen" Versammelns (E 12) zu verweisen, würde wiederum auf die bereits abgelehnte petitio principii hinauslaufen, daß Gewaltanwendung per se verwerflich sei (A 52; vgl. auch Eilsberger JuS 1970, 168, Ott NJW 1969, 2024). Auch die sachliche Konnexität (A 54) wird man schwerlich verneinen können; denn anders als dort, wo sich die Gewalt gegen Personen richtet, die mit dem Demonstrationsobjekt in keinerlei Sachbeziehung stehen (wie z.B. bei Bedrohung von Schulkindern oder Flugpassagieren zwecks Freipressung von Gesinnungsgenossen oder TV-

A 67 weiter Proklamierung eines politischen Programms), war hier die Gewalt gegen eine mit dem Demonstrationszweck (Aufmerksammachen auf Fahrpreiserhöhung) zusammenhängende Einrichtung (Straßenbahn) gerichtet. Jedoch stellt sich dabei die Frage der Verhältnismäßigkeit: Danach mag ein kurzer Warnstreik hinzunehmen sein, nicht aber das völlige Lahmlegen des örtlichen Verkehrs für einen nicht unerheblichen Zeitraum, wobei zudem das dadurch erzwungene Eingreifen der Polizei und die damit verbundene Gefahr des Eskalierens (vgl. E 13) zu berücksichtigen ist. Daher ist i. S. von Verwerflichkeit dem BGH zwar nicht in der Begründung, wohl aber im Ergebnis beizutreten. Vgl. zum Ganzen auch Schäfer LK[9] § 240 Rn. 89ff, S/S-Eser § 240 Rn. 24aff, Tröndle GA 1973, 325 sowie (insbes. auch rechtspolitisch) Arzt I S. 194ff. Speziell zum demonstrativen *Fluglotsenstreik* vgl. Krey JuS 1974, 423ff, zum *Hungerstreik* vgl. Arndt-Olshausen JuS 1975, 143ff, Kühne NJW 1975, 675f m.w.N., zu *Vorlesungsstörungen* KG JR 1978, 162, Merting GA 1980, 41/59f.

68 D. Etwaige **spezielle Rechtfertigungsgründe,** die zum Ausschluß der Rechtswidrigkeit führen könnten, sind nicht ersichtlich. Auch für eine besondere Prüfung der *Wahrnehmung berechtigter Interessen* (hier des Demonstrationsrechts) besteht kein Anlaß, nachdem die dafür wesentlichen Kriterien bereits in der Zweck-Mittel-Relation mitberücksichtigt sind (vgl. A 44). Allg. zu Funktion und Standort dieses unrechtsausschließenden Regulativs Eser, Wahrnehmung berechtigter Interessen, insbes. S. 17ff, 51ff, sowie Arzt I S. 146. Zur Rechtfertigung einer Nötigung durch *Notwehr* vgl. Fernlicht-Fall StrafR I Nr. 10.

69 E. 1. In **subjektiver** Hinsicht ist **Vorsatz** erforderlich. Dafür soll nach h.M. generell auch dolus eventualis genügen (BGHSt 5, 245/6 [Sünderin-Fall StrafR I Nr. 10 A 16ff], Schäfer LK[9] § 240 Rn. 95). Dies kann allerdings insoweit nicht überzeugen, als es um den angestrebten Erfolg geht, der als Zweck naturgemäß Absicht i. S. zielgerichteten Handelns (StrafR I Nr. 3 A 42) voraussetzt (vgl. Parkplatz-Fall BayObLG NJW 1963, 1261/2, Wessels II/1 § 8 III 5).

70 2. Wie aber ist ein **Irrtum über die Verwerflichkeit** der Nötigung zu beurteilen? Dies war eigentlich hier die einzige entscheidungserhebliche Frage; denn da bereits die Vorinstanz objektiv die Verwerflichkeit bejaht hatte (LG Köln JZ 1969, 80/3), ging es nur noch darum, ob das LG den Angeklagten einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zubilligen durfte. Der BGH freilich glaubte sich nicht auf diese subjektive Irrtumsfrage beschränken zu dürfen, weil er dem LG bereits ein fehlerhaftes Verständnis des Demonstrationsrechts meinte nachweisen zu können (vgl. E 4, 8, 10) und dadurch auch dem Verbotsirrtum – weil auf fehlerhafte Rechtserwägungen gestützt – die Grundlage entzogen sah (E 14). Ob dies richtig ist, erscheint zumindest zweifelhaft (vgl. A 74). Immerhin dürfte sich aber daraus erklären, daß sich zum Verwerflichkeitsirrtum als solchem dem BGH-Urteil nichts Wesentliches entnehmen läßt. Daher bleibt die Frage, wie ein solcher Irrtum nach allgemeinen Grundsätzen zu behandeln wäre. Der dabei einzuschlagende Weg hat vom systematischen Standort des Verwerflichkeitskriteriums auszugehen:

71 – Ist darin ein den Rechtfertigungsgründen vergleichbares *„allgemeines Verbrechensmerkmal"* zu erblicken (A 40), so kommt Verbotsirrtum (§ 17) in Betracht, soweit es um die für Zweck-Mittel-Relation erforderliche *Wertung* geht. Dagegen wäre ein Irrtum über die zugrundeliegenden *tatsächlichen* Faktoren nach der eingeschränkten Schuldtheorie wie ein Erlaubnis*sachverhalts*irrtum analog nach § 16 zu behandeln (vgl. StrafR I Nr. 13 A 69, Nr. 14 A 15, 25ff).

72 – Versteht man das Verwerflichkeitskriterium dagegen (richtigerweise) bereits als *TB-einschränkendes* Merkmal (A 41), so ist ein diesbezüglicher Irrtum zwar grundsätzlich als TBIrrtum (§ 16) zu behandeln. Soweit die irrige Verneinung der Verwerflichkeit jedoch lediglich auf fehlerhaft wertender *Subsumtion* beruht, kann dies zu einem Verbotsirrtum führen (vgl. StrafR I Nr. 13 A 70f, Nr. 15 A 25ff).

73 **Fazit:** Somit ist trotz des unterschiedlichen Begründungsweges das Ergebnis im wesentlichen das gleiche (Arzt I S. 192): Da die Angeklagten, nachdem ihnen die tatsächlichen Umstände und Folgen ihres Verhaltens voll bewußt waren, lediglich über dessen Rechtswidrigkeit irrten, kam letztlich nur *Verbotsirrtum* (§ 17) in Betracht.

74 – Damit kommt es für die Frage vollen Schuldausschlusses oder bloßer Strafmilderung entscheidend auf den Grad der *Unvermeidbarkeit* an (vgl. StrafR I Nr. 13 A 59ff): Gewiß könnte dabei bedeutsam sein, inwieweit der Sitzstreik nicht nur unverhältnismäßig (so das LG), sondern von Grund auf rechtswidrig war (so der BGH: E 10,

A 74 14). Doch wird man einem Demonstranten schwerlich Vermeidbarkeit des Irrtums vorwerfen können, wenn der gleichen Mißdeutung des Demonstrationsrechts selbst eine so sorgfältig abwägende Strafkammer verfiel (vgl. auch Eilsberger JuS 1970, 169). Deshalb dürfte unter den damaligen Voraussetzungen nicht zuletzt unter dem Eindruck eines allgemein verunsicherten Rechtsbewußtseins der Verbotsirrtum unvermeidlich gewesen sein – was selbstverständlich keinen Freibrief für die Zukunft bedeutet.

75 **Schrifttum:** Allg. zu den **Freiheitsdelikten** und insbes. zur **Nötigung:** die Kommentare zu den §§ 234–241 a sowie *Arzt* I T. 2 H, J; *Blei* II §§ 17–22; *Bockelmann* II/2 §§ 17–26; *Krey* I Fälle 26–36 a; *M-Schoeder* II/1 §§ 12–16; *Otto* II §§ 26–30; *Welzel* § 43; *Wessels* II/1 §§ 8, 9; ferner *Hansen,* Die tatbestandliche Erfassung von Nötigungsunrecht, 1972.

Speziell zum **Rechtsgut:** *Arzt,* Zum Zweck und Mittel der Nötigung, Welzel-FS, S. 823; *Fezer,* Zur jüngsten Auseinandersetzung um das Rechtsgut des § 240 StGB, GA 1975, 353; *Jakobs,* Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt, Peters-FS, S. 69. – Zur **Verwerflichkeit:** *Berz,* Die Grenzen der Nötigung, JuS 1969, 367; *Blei,* Demonstrationsfreiheit und Strafrecht, JA 1970, 273; *Eser,* Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, 1969; *Haffke,* Gewaltbegriff und Verwerflichkeitsklausel, ZStW 84, 37; *Janknecht,* Verfassungs- und strafrechtliche Fragen zu „Sitzstreiks", GA 1969, 33; *Lenckner,* Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz „nullum crimen sine lege", JuS 1968, 249, 304; *Rawls,* Ein Entscheidungsverfahren für die normative Ethik, in: Dirnbacher-Hoerster, Texte zur Ethik, 1976, S. 124; *Roxin,* Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, 373. – Zur **Gewaltproblematik** vgl. die Angaben zu StrafR IV Nr. 8 sowie *Krey,* Probleme der Nötigung mit Gewalt, JuS 1974, 418.

Zu **Landfriedensbruch** und verwandten Tatbeständen: *Baumann-Frosch,* Der Entwurf des 3. StrRG, JZ 1970, 114; *Dreher,* Das 3. StrRG und seine Probleme, NJW 1970, 1123; *Sturm,* Zum 14. StÄG, JZ 1976, 347; *Tiedemann,* Beteiligung an Aufruhr und Landfriedensbruch, JZ 1968, 761. – Zu **Geiselnahme** und verwandten Tatbeständen: *Backmann,* Geiselnahme bei nicht ernstgemeinter Drohung, JuS 1977, 444; *Blei,* Erpresserischer Menschenraub und Geiselnahme, JA 1975, 91, 163; *Müller-Emmert/Maier,* Erpresserischer Menschenraub und Geiselnahme, MDR 1972, 97.

Speziell zum *Sitzstreik-Fall: Eilsberger,* JuS 1970, 164; *Ott* NJW 1969, 2023. Vgl. auch *Tiedemann,* Bemerkungen zur Rechtsprechung in den sog. Demonstrationsprozessen, JZ 1969, 717.

Staatsschutzdelikte i.w.S. – Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113) – Verhältnis zur Nötigung (§ 240) – Landfriedensbruch (§ 125)

OLG Karlsruhe NJW 1974, 2142: Widerstands-Fall
3 Ss 35/74 v. 8. 8. 1974

SV **Sachverhalt:** Zur Hauptverhandlung gegen drei Studenten hatten sich derart viele Zuhörer eingefunden, daß wegen Überfüllung nur noch Prozeßbeteiligte in das Gerichtsgebäude eingelassen werden konnten. Dadurch bildeten sich auf dem Vorplatz dicht beieinanderstehende Gruppen von rund 150 zurückgewiesenen Personen, die immer wieder Einlaß zur Schöffengerichtsverhandlung forderten. Aus dem Kreis der sich spontan Versammelnden wurden Schmährufe und schließlich Sprechchöre laut, in denen sie die Justiz und den „skandalösen Prozeß" abfällig kritisierten. Darauf erklärte die Polizei die Versammlung durch Lautsprecheransage für aufgelöst und forderte die angesammelten Personen auf, sich zu entfernen. Diese Erklärung war zumindest einem Teil der Demonstranten, darunter auch dem A, einem Theologiestudenten im 9. Semester, vernehmlich. A ignorierte jedoch diese Aufforderung und setzte sich untergehakt mit anderen Demonstranten auf das Pflaster. Nachdem die Menge der dreimaligen Aufforderung der Polizei, sich zu entfernen, nicht nachgekommen war, erhielt eine Polizeibereitschaft den Auftrag, den Vorplatz zu räumen. Dazu mußten die untergehakt auf dem Boden Sitzenden voneinander gelöst und weggetragen werden. Aufgrund des Einsatzbefehls begab sich der Polizeibeamte M zu dem in unmittelbarer Nähe des Haupteingangs sitzenden A und forderte ihn auf, den Platz zu verlassen. Da der A dem nicht nachkam, ergriff ihn M an seinem rechten Arm und versuchte, die Umklammerung mit dem Nachbarn zu lösen. Um sich von diesem Griff zu befreien, schlug A mehrfach mit beiden Armen um sich, ohne jedoch M zu treffen. Schließlich gelang es dem M, den A etwas hochzuheben. Als er jedoch wieder von A ablassen mußte, setzte sich dieser erneut hin und trat nunmehr dem M mehrfach gezielt gegen das rechte Schienbein, wodurch M schmerzhafte Prellungen erlitt. Mit Hilfe eines hinzugeeilten Kollegen gelang es schließlich dem M, den A aufzuheben und zum Dienstfahrzeug zu bringen.

P **Zur Problemstellung:** Daß A den Tatbestand einer vorsätzlichen *Körperverletzung* (§ 223) erfüllte, stand außer Frage.

– Aber könnte er sich darüber hinaus auch des *Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte* (§ 113) schuldig gemacht haben? Kann dazu bereits im Umsichschlagen „eine gewaltsame Widerstandsleistung" oder in den Fußtritten ein „tätlicher Angriff" i.S. von § 113 erblickt werden?

– Inwieweit setzt § 113 eine *rechtmäßige Amtshandlung* des Amtsträgers voraus? Sind dafür verwaltungsrechtliche oder strafrechtliche Kriterien maßgeblich?

– Wie ist der Widerstandsleistende zu behandeln, wenn er die Amtshandlung *irrig* für rechtswidrig hält?

– Käme anstelle oder neben § 113 auch *Nötigung* (§ 240) in Betracht?

Das LG hat den A nach § 113 in Tateinheit mit § 223 verurteilt. Zur Bestätigung des Schuldspruches führt das OLG aus:

E 1 **Aus den Gründen:** [2142] „1. a) Nach den Feststellungen der StrK ist Polizeimeister M gegen den A in Befolgung eines „Einsatzbefehls" seiner Vorgesetzten vorgegangen. Der ihm ... erteilte Befehl lautete, den Platz vor dem Gericht von den dort anwesenden Personen zu räumen, nachdem diese drei zuvor an sie ergangenen Aufforderungen der Polizei zum Verlassen des Platzes nicht nachgekommen waren, sondern sich untergehakt auf
2 dem Boden niedergelassen hatten. Diese Feststellungen tragen die Annahme des LG, daß a) eine vollstreckbare Verfügung (polizeiliche Einzelanordnung) zum Verlassen des Plat-
3 zes wirksam ergangen war, daß b) Polizeimeister M zu deren Vollstreckung berufen war
4 (§ 1 BadWürtt. PolG), und daß daher c) sein Vorgehen gegen den A in Vornahme einer Amtshandlung i.S. von § 113 StGB erfolgte (vgl. §§ 6, 37 BW-PolG [a.F.; jetzt § 33 I]).

5 Weiterhin hat die StrK festgestellt, daß sich der A der Anwendung unmittelbaren Zwanges (§ 37 I BW-PolG [a.F.; jetzt § 33 I]) durch Polizeimeister M widersetzte: Um sich dem Griff des Beamten zu entziehen, schlug er mehrfach mit beiden Armen um sich, ohne den Beamten zu treffen, und nachdem dieser vorübergehend von ihm abgelassen und der A sich (wieder) gesetzt hatte, trat er mehrfach und gezielt gegen das rechte Schienbein des

E 5 M, wodurch dieser schmerzhafte Prellungen erlitt. Damit hat der A sowohl körperliche Kraft gegen den Beamten eingesetzt, um diesen zum Unterlassen der Vollstreckungshandlung zu nötigen, **[2143]** zumindest um diese zu erschweren, und damit Widerstand
6 mit Gewalt i. S. von § 113 StGB geleistet (LK 9. Aufl., Rn. 13–15; Dreher, StGB, 34. Aufl., Anm. 4 A, beide zu § 113) als auch den Vollstreckungsbeamten i. S. von § 113 StGB tätlich angegriffen.

7 b) Die StrK hat auch rechtsfehlerfrei festgestellt, daß der A vorsätzlich handelte *(wird ausgeführt)*.

8 c) Polizeimeister M handelte auch rechtmäßig. Dabei ist nach allgemeiner Ansicht der strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff, nicht der verwaltungsrechtliche, maßgebend (OLG Celle NJW 1971, 154; KG NJW 1972, 781/2; OLG Zweibrücken VRS 40, 192/3; Günther NJW 1973, 309/310; Dreher NJW 1970, 1153/8, ders. StGB § 113 Anm. 3 B; LK § 113 Rn. 21, Schönke-Schröder, 17. Aufl. § 113 Rn. 25, Lackner-Maaßen, 8. Aufl. § 113
9 Anm. 6; a. A. Meyer NJW 1972, 1845 u. 1973, 1074). Entgegen der Ansicht der Revision ist es daher nicht rechtserheblich, ob das Einschreiten des Polizeibeamten den Regeln des Verwaltungsrechts entsprach (Schönke-Schröder aaO), sondern ob es formal rechtmäßig war (BGHSt. 4, 161/4; 21, 334/365, LK aaO). Das ist dann der Fall, wenn ein Polizeivollzugsbeamter einen von dem sachlich und örtlich zuständigen Vorgesetzten erteilten
10 dienstlichen, nicht offensichtlich rechtswidrigen Befehl im Vertrauen auf dessen Rechtmäßigkeit in gesetzlicher Form vollzieht (KG NJW 72, 781), und zwar auch dann, wenn die nachträgliche Prüfung ergäbe, daß der Vorgesetzte die Rechtslage verkannt hatte (so schon die st. Rspr. des RG und BGHSt. 4, 162/5; KG NJW 72, 781 f; LK aaO Rn. 27; Pfeiffer-Maul-Schulte, StGB, Rn. 2 und 6; Lackner-Maassen aaO Anm. 7 c, bb und ee; Dreher aaO Anm. 3 B d; wohl auch Petters-Preisendanz, StGB, 28. Aufl., Anm. 1 e; a. A. wohl Schönke-Schröder, aaO Rn. 30, alle zu § 113 StGB).

11 Daß diese formalen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen hier erfüllt waren, ist nach den vom LG getroffenen Feststellungen nicht zweifelhaft und wird auch von der Revision nicht bezweifelt. ...

12 Der Polizeimeister M handelte hier schon deshalb – im strafrechtlichen Sinne – rechtmäßig, weil ihm die Räumung des Platzes vor dem Gerichtsgebäude von seinem Vorgesetzten befohlen war, ohne daß es auf die sachliche Rechtmäßigkeit des Befehls ankam, zu dessen Prüfung er unter den hier gegebenen Umständen weder berechtigt noch verpflichtet war (BGHSt, 4, 161/2/4).

13 Ein Festhalten an diesen in der Rechtsprechung schon seit langem entwickelten Grundsätzen erscheint dem Senat geboten, weil sie allein der Entstehungsgeschichte und dem Zweck des § 113 gerecht werden. Durch diese Vorschrift sollen der Staatswille und die zu seiner Ausübung berufenen Organe geschützt werden (RGSt. 41, 85). Polizeiliche Vollzugsbeamte handeln im Dienste der staatlichen Ordnung, ohne deren wirksamen Schutz das Recht überhaupt gefährdet wäre. Vor allem bei plötzlich auftretenden Störungen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit müssen sie sich zumeist auf die Ermittlung des äußeren Sachverhalts und des Störers beschränken und dann ihre Entscheidungen rasch, oft auch unter schwierigen äußeren Umständen, treffen und alsbald tatkräftig durchführen, ohne sich dabei auf verwickelte rechtliche Erörterungen einlassen zu können. Hinzu kommt, daß der Vollzug und die Durchsetzung polizeilicher Anordnungen und Maßnahmen in der Regel untergeordneten Beamten übertragen werden muß, denen regelmäßig schon mangels der erforderlichen Sachkunde eine Möglichkeit der Prüfung der Rechtmäßigkeit der erhaltenen Befehle nicht möglich ist. Diese Voraussetzungen und Gegebenheiten wirksamer polizeilicher Vollzugstätigkeit sind offensichtlich, und jeder einsichtige Bürger, der die Bewahrung der rechtsstaatlichen Ordnung wünscht, wird sich
14 den daraus ergebenden Notwendigkeiten zunächst beugen (*BGHSt.* 4, 161/4; 21, 334/366), zumal ihm gegen formal rechtmäßiges, aber sachlich ungerechtfertigtes Einschreiten der staatlichen Vollzugsorgane in gleichem Maße, wie auch in den anderen Fällen unrechtmäßigen Verwaltungshandelns, der Gebrauch der zulässigen Rechtsmittel offensteht (Dienstaufsichtsbeschwerde, Widerspruch und Anfechtungsklage, vgl. Reiff-Wöhrle, Komm. zum BadWürtt. PolG, § 19 Rn. 6–13).

15 Die Umstände des vorl. Falles zeigen deutlich die Notwendigkeit, am strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff festzuhalten. Wollte man nämlich auf die sachliche Rechtmäßigkeit der Vollziehungshandlung abstellen, dem Vollzugsbeamten gar die Prüfung der sachlich-rechtlichen Voraussetzungen seines Einschreitens aufbürden, bevor er den ihm erteilten Befehl befolgen dürfte, so würde das bedeuten [daß er eine ganze Reihe formeller wie materieller Eingriffsvoraussetzungen sowohl versammlungsrechtlicher als auch allgemeinpolizeirechtlicher Natur klären müßte: wird im einzelnen ausgeführt] ...

16 **[2144]** Daß eine derartige Vielzahl von Erwägungen und Entscheidungen nicht von jedem einzelnen Vollzugsbeamten angestellt und getroffen werden kann, von einer Mehrzahl von Beamten außerdem kaum gleichzeitig und übereinstimmend, liegt auf der Hand. Die Funktionsfähigkeit der Vollzugspolizei und ihre Einsatzfähigkeit gebieten es daher, daß bei Gruppeneinsätzen die nach der Sach- und Rechtslage gebotenen Entscheidungen von dem Einsatzleiter getroffen werden und die von ihm gegebenen Befehle von den

E 17 Befehlsadressaten mit befreiender Wirkung als rechtmäßig befolgt werden dürfen, es sei denn, die Befehle wären offensichtlich rechtswidrig und/oder als solche erkannt. ...

18 e) Die Gesamtheit der Urteilsgründe läßt erkennen, daß das LG geprüft hat, ob sich der A vermeidbar oder unvermeidbar über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung irrte (§ 113 IV), und einen unvermeidbaren Irrtum ausschloß. Das kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Denn schon ausgehend von den Wertvorstellungen des Kulturkreises, dem der A angehört (BGHSt. 4, 1/5), mußte er bei gehöriger Anspannung seiner Einsichtsfähigkeit zumindest Zweifel an seiner Befugnis zum Widerstand haben und rechtskundigen Rat einholen oder sein vermeintliches Recht auf dem Rechtsweg
19 verfolgen (BGHSt. 4, 161/4). Hinzu kommt, daß bei der Beurteilung der Verstandes- und Einsichtsfähigkeiten des A berücksichtigt werden kann, daß er als Theologiestudent in höherem Semester sehr wohl gewußt haben muß, daß Meinungsverschiedenheiten über Rechtsfragen (hier: über die rechtswirksame Auflösung einer Demonstration und über die Rechtmäßigkeit des Einschreitens der Vollzugsbeamten) in einem zivilisierten
20 Rechtsstaat nicht auf der Straße durch Fäuste oder Tritte ausgetragen und entschieden werden. Unter diesen Umständen könnte sogar die Annahme naheliegen, der A sei sich des Unerlaubten seines Tuns (vor allem des tatsächlichen Angriffs auf den Polizisten) durchaus bewußt gewesen, habe sich darum aber nicht gekümmert, weil er – aus welchen Gründen auch immer – die Rechtsordnung, die ihn umgibt, ablehnt. Wer sich so verhält, kann sich auf keinen Irrtum entschuldigend berufen (LK § 113 Rn. 38). Unter diesen Umständen ist das Nichtabsehen von einer Bestrafung gemäß § 113 IV S. 1 nicht zu beanstanden.

21 2. Ebenfalls tragen die tatsächlichen Feststellungen des LG den Schuldspruch wegen vorsätzlicher Körperverletzung. Dazu bedarf es keiner weiteren Ausführung."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Auf den ersten Blick scheint dieser Fall mit dem zuvor erörterten *Sitzstreik-Fall* Nr. 12 nahezu identisch zu sein. Indes zeigt sich bei näherem Zusehen ein ganz wesentlicher Unterschied: Während in den vorangehenden Fällen der Schutz von Individualrechtsgütern im Vordergrund stand, geht es bei dem hier im Mittelpunkt stehenden § 113 (auch) um den Schutz *überindividueller Gemeinschaftswerte*. Daher empfiehlt sich zunächst ein Blick auf den Standort des § 113 innerhalb der *gemeinschaftsbezogenen Delikte* (I). Den Mittelpunkt bildet die Einzelbetrachtung des *§ 113* (II) und sein Verhältnis zu *§ 240* (III). An sonstigen Tatbeständen bleibt noch kurz auf *Landfriedensbruch* und *Körperverletzung* einzugehen (IV).

2 **I. Überblick über den Schutz von Gemeinschaftswerten.**

Ohne damit die existentielle Bedeutung des Schutzes der Gemeinschaft als Vorbedingung jeden Individualschutzes geringschätzen zu wollen, kann diesen Delikten in einem exemplarisch ausgerichteten Studienkurs doch nur verhältnismäßig geringer Raum gegeben werden. Unerläßlich ist aber zumindest ein grober Überblick über die Vielfalt gemeinschaftsbezogener Tatbestände. Dabei sind im wesentlichen folgende Deliktsgruppen zu unterscheiden:

3 1. Um die Sicherung des **friedlichen Zusammenlebens** der Menschheit überhaupt geht es sowohl bei den *Straftaten gegen den äußeren Frieden* (§§ 80, 80a) wie auch bei der *Volksverhetzung* (§ 130). Auch die Straftaten gegen die *Menschlichkeit* sind in gewisser Hinsicht hierher zu rechnen (§§ 220a, 234a, 241a).

4 2. Der **Staat** als verfaßte Grundeinheit eines bestimmten Volkes und Gebietes wird vom StGB in vier Richtungen geschützt:

5 a) Um den **Bestand** des Staates geht es bei den sog. **Staatsschutzdelikten i.e.S.:**

6 – Gegen seinen **Außenschutz** sind der *Landesverrat* und die Gefährdung der *äußeren Sicherheit* gerichtet (§§ 93–101). Durch diesen Außenbezug gehören dazu auch die Straftaten gegen die *Landesverteidigung* (§§ 109–109k) sowie (wegen der damit verbundenen Störung der Auslandsbeziehungen) auch die Straftaten gegen *ausländische Staaten* (§§ 102–104).

7 – Primär um **Innenschutz** geht es bei *Hochverrat* (§§ 81–83a) und bei Gefährdung des *demokratischen Rechtsstaates* (§§ 84–92b), darüber hinaus aber auch bei den Straftaten gegen *Verfassungsorgane* und die Integrität des *Wahlsystems* (§§ 105–108d).

8 b) Ebenfalls um Innenschutz geht es bei den speziell gegen die **Staatsgewalt** gerichteten *Widerstandshandlungen* bzw. *friedensstörenden Aktionen*. Dazu gehören insbesondere:

9 – „Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte" (§§ 113–114), wie er im Mittelpunkt dieses Falles steht und angesichts seiner besonderen praktischen Bedeutung nachfolgend im einzelnen zu betrachten ist. Speziell gegen die staatliche *Verwahrungsgewalt* sind die „Gefangenenbefreiung" (§ 120) und die „Gefangenenmeuterei" (§ 121) gerich-

A 9 tet; auch heute noch instruktiv dazu der (zum Vorläufer des jetzigen § 121 ergangene) Ausbruch-Fall BGHSt 20, 305. Speziell die staatliche *Organisationsgewalt* ist Schutzgut bei „Amtsanmaßung" (§ 132); aufschlußreich zu deren Zweck und Grenzen der Justizeinkäufer-Fall BGHSt 12, 30; zum Eigenhändigkeitserfordernis vgl. OGHSt 1, 303 (StrafR II Nr. 39 A 8f).

10 – Um Bedrohung der Staatsgewalt durch *Friedensstörung* geht es bei den verschiedenen Tatbeständen der „öffentlichen Aufforderung, Androhung, Anleitung, Belohnung oder Billigung von Straftaten" (§§ 111, 126, 130a, 140), durch *Mißbrauch von Präventiveinrichtungen* (§ 145), durch *Landfriedensbruch* (§§ 125, 125a; vgl. auch § 124) und *Gewaltverherrlichung* (§ 131) sowie nicht zuletzt durch *Bandenbildung* (§§ 127, 129, 129a).

11 – Auch durch Verletzungen staatlicher *Gewahrsams-*, *Verfügungs-* und *Manifestationsrechte* (§§ 132a–136) wird die Staatsgewalt gefährdet.

12 c) Speziell der **rechtsprechenden** Staatsgewalt dienen die Rechtspflegedelikte, zu denen neben den *Aussage*delikten (§§ 153–163) und den *Vortäuschungs*tatbeständen (§§ 145d, 164) auch *Begünstigung* und *Strafvereitelung* (§§ 257–258) sowie die Verstöße gegen *gerichtliche Weisungen* (§§ 145a, 145c) gehören. Näher zu diesem Deliktskomplex Polizeitäuschungs-Fall Nr. 16 und Eidesnotstand-Fall Nr. 17.

13 d) Nicht zuletzt geht es auch bei den gegen die **Integrität der Amtsführung** gerichteten Delikten um Staatsschutz i.w.S. Näher zu diesen sog. *Amtsdelikten* Baukontrolleur-Fall Nr. 18.

14 3. Im übrigen beschränkt sich der **Gemeinschaftsschutz** keineswegs auf spezifisch staatliche Rechtsgüter, sondern ist im Grunde für alle Tatbestände mitbestimmend, in denen es zwar letztlich um Individualschutz geht, ohne daß jedoch jeweils ein bestimmter einzelner gefährdet sein müßte:

15 – So bei Straftaten gegen die Sicherheit des *Rechtsverkehrs:* Geld- und Wertzeichenfälschung (§§ 146–152) sowie Urkundenfälschung (§§ 267–282);

16 – Ferner bei den sog. *gemeingefährlichen* Verbrechen: Brandstiftung (§§ 306–310a), Überschwemmung (§§ 312–314) und sabotageähnliche Delikte (§§ 316b, 317, 321, 324, 326). Näher dazu Scheunenbrand-Fall Nr. 19.

17 Damit nun zurück zum vorliegenden Fall: Aus der Vielfalt dieser gemeinschaftsschützenden Tatbestände hat hier die StrK lediglich in Betracht gezogen:

18 **II. Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113).**

Obgleich es bei diesem Tatbestand primär um den Schutz der *Staatsgewalt bei staatlichen Vollstreckungshandlungen* geht, ist doch zugleich auch der davon betroffene *Amtsträger individuell* mitgeschützt (vgl. S/S-Eser § 113 Rn. 2, aber auch Schmid JZ 1980, 56f). Damit ergeben sich gewisse Überschneidungen mit der individualbezogenen Nötigung (§ 240). Deshalb bedarf das Verhältnis dieser beiden Tatbestände zueinander noch der besonderen Betrachtung (III). Zunächst jedoch sind die Voraussetzungen des § 113 im einzelnen vorzustellen. Dieser recht kompliziert erscheinende Tatbestand wird leichter durchschaubar, wenn man drei Fragenkreise auseinanderhält: den Schutzbereich (A), die Tathandlung (B) und die subjektiven Zurechnungsvoraussetzungen (C).

19 **A.** Beim **Schutzbereich** geht es um die Frage, gegen wen bzw. gegen was der Widerstand des Täters gerichtet sein muß: gegen einen Vollstreckungsbeamten (1) bei Vollzug einer rechtmäßigen (3) Diensthandlung (2).

20 1. a) Der **Vollstreckungsbeamte** muß grundsätzlich **Amtsträger** sein. Dafür kommen nach der Legaldefinition von § 11 I Nr. 2 nicht nur Beamte im *staatsrechtlichen* Sinne (Nr. 2a) in Betracht, sondern an sich alle Personen, die in einem sonstigen *öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis* stehen (Nr. 2b: Notare, Parlamentsbeauftragte), oder die sonst dazu bestellt sind, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen (Nr. 2c: sog. Beamte im *strafrechtlichen* Sinne); vgl. im einzelnen S/S-Eser § 11 Rn. 22ff.

21 Über diesen ohnehin schon weitgezogenen Personenkreis hinaus werden den Amtsträgern noch folgende Gruppen **gleichgestellt:**

21a – *Soldaten* der Bundeswehr (§ 113),

21b – *Nichtamtsträger,* sofern sie die Rechte und Pflichten eines Polizeibeamten haben (§ 114 I 1. Alt.: so namentlich Jagdaufseher nach § 25 II BJagdG) oder Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft sind (§ 114 I 2. Alt.; vgl. § 152 GVG),

A 21c – sowie die zur Unterstützung bei der fraglichen Diensthandlung *zugezogenen Personen* (§ 114 II): so z.B. Durchsuchungszeugen i.S. von § 105 II StPO. Zu weiteren Einzelheiten vgl. S/S-Eser § 113 Rn. 6ff, § 114 Rn. 1ff.

22 b) Dieser weitgezogene Personenkreis erfährt jedoch eine beträchtliche Einengung durch die erforderliche **Vollstreckungsfunktion:** Denn geschützt sind die Amtsträger bzw. die ihnen gleichgestellten Personen nicht als solche, sondern nur insoweit, als sie zur Vollstreckung von *Gesetzen* oder *Rechtsverordnungen, Urteilen, Gerichtsbeschlüssen* oder *Verfügungen* berufen (A 20–21b) bzw. unterstützungshalber hinzugezogen (A 21c) sind. Charakteristisch dafür sind insbesondere Vollstreckungsfunktionen von Polizeiorganen oder Gerichtsvollziehern, u.U. aber auch die Vollzugsaufgaben von Wohnungsämtern oder die Ordnungsaufsicht von Schulbeamten.

23 Was ergibt sich daraus für den vorliegenden Fall? Da es sich bei Polizeimeister M bereits um einen Beamten im staatsrechtlichen Sinne (§ 11 I Nr. 2a: oben A 20) handelt, zu dessen Aufgabenbereich die Vollstreckung von polizeirechtlichen Verfügungen gehört (E 4, A 22), ist er als Vollstreckungsbeamter i.S. von § 113 anzusehen. Über diese personale Qualität hinaus muß jedoch jeweils konkret noch folgendes hinzukommen:

24 2. Das Erfordernis einer **konkreten Vollstreckungshandlung:** Danach ist der Vollstreckungsbeamte nicht schlechthin, sondern nur insoweit geschützt, als er sich „bei der Vornahme einer solchen (d.h. auf Vollstreckung gerichteten) Diensthandlung" befunden hat. Die Störung sonstiger Diensttätigkeit ist daher allenfalls nach § 240 erfaßbar (vgl. A 69).

25 a) Das bedeutet in *gegenständlicher* Hinsicht, daß der Beamte nicht bloß in Erfüllung allgemeiner Dienstpflichten (wie etwa routinemäßiger Streifenfahrt ohne konkretes Einsatzziel), sondern zur Durchsetzung des bereits konkretisierten Staatswillens in einem bestimmten Fall gegenüber einer bestimmten Person oder Sache tätig ist. Die damit gebotene *Abgrenzung* zwischen *allgemeiner Gesetzesanwendung* (allenfalls Schutz durch § 240) und *konkreter Vollstreckungshandlung* (§ 113) ist freilich nicht immer leicht, wie etwa der umstrittene *Verkehrskontrolle-Fall* **BGHSt 25, 313** zeigt:

26 Als der fahruntüchtige A vom Polizeibeamten P, der mit zwei Kollegen eine allgemeine Verkehrskontrolle durchführte, zum Anhalten aufgefordert wurde, fuhr er, um sich der Kontrolle zu entziehen, direkt auf den in seiner Fahrspur stehenden P zu, so daß dieser zum Wegspringen gezwungen wurde. Zu der Frage, ob dadurch Widerstand gegen eine Vollstreckungshandlung i.S. von § 113 geleistet wurde, führt der BGH aus: **[314]** Eine bereits begonnene oder unmittelbare bevorstehende *bestimmte* (konkrete) Vollstrekkungshandlung i.S. von § 113 ist „jede Handlung einer dazu berufenen Person, welche die Verwirklichung des (die Regelung eines bestimmten Falles anstrebenden) nach Umfang und Inhalt durch das Gesetz oder die in § 113 bezeichneten Staatsorgane bestimmten und begrenzten, notfalls zwangsweise durchsetzbaren Staatswillens bezweckt (RGSt 41, 82/8). ... Mit Recht sind daher Streifenfahrten (OLG Hamm JMBlNRW 1965, 44), Beschuldigtenvernehmungen (BayObLG JR 1963, 67), Befragungen von Straßenpassanten (OLG Zweibrücken NJW 1966, 1086) und andere bloße Ermittlungstätigkeiten von Polizeibeamten **[315]** nicht als Vollstreckungshandlungen i.S. des § 113 angesehen worden. Wenn jedoch ein Polizeibeamter bei einer allgemeinen Verkehrskontrolle einen Verkehrsteilnehmer zum Anhalten auffordert, um ihn oder sein Fahrzeug zu kontrollieren, so ist das bereits der Beginn einer bestimmten Vollstreckungshandlung."

27 *Frage:* Worin ist – bei Generalisierung dieser BGH-Auffassung – das wesentliche Vollstreckungskriterium zu erblicken? Offenbar bereits darin, daß die polizeiliche Tätigkeit auf eine bestimmte Person oder Sache konkretisiert wird. Aber: Was würde damit – abgesehen von allgemeinen Beobachtungen oder Überprüfungen ohne Haltegebot – von „bloßer Ermittlungstätigkeit" noch übrigbleiben? Wäre für eine Vollstrekkungshandlung nicht zumindest zu verlangen, daß das Vollzugsorgan aufgrund eines konkreten Anhalts gegen die betroffene Person oder Sache vorgeht? Danach wäre im Verkehrskontrolle-Fall eine Vollstreckungshandlung nur dann anzunehmen, wenn P den A nicht nur im Zuge einer routinemäßigen Überprüfung, sondern – wie etwa im Verkehrsrowdy-Fall Nr. 11 – wegen Verdachts der Fahruntüchtigkeit zum Anhalten aufgefordert hätte (so zu Recht Ehlen-Meurer NJW 1974, 1776/7); vgl. auch den Identifizierungs-Fall OLG Köln MDR 1976, 67.

28 b) Eine weitere Einschränkung ergibt sich daraus, daß sich der angegriffene Amtsträger **bei der Vornahme** einer Vollstreckungshandlung befinden muß, diese also bereits begonnen haben oder doch unmittelbar bevorstehen muß und noch nicht beendet sein darf (vgl. BGH bei A 26). Dafür läßt die h.M. auch schon *„vorweggenommenen" Widerstand* ausreichen, falls er in Erwartung einer nahe bevorstehenden Vollstreckung

A 28 vorgenommen wird und bis zu deren Durchführung fortwirkt: so etwa durch Verbarrikadieren eines Hauses, um dem Gerichtsvollzieher den Zugang zu verwehren (vgl. Gittertür-Fall BGHSt 18, 133).

29 *Folgerung* für den vorliegenden Fall? Da M im Vollzug einer polizeilichen Einzelanordnung aufgrund eines konkreten Tatverdachts gegen A tätig wurde (E 2f), befand er sich während des gegen ihn geleisteten Widerstandes in Ausübung einer Vollstrekkungshandlung (E 4). Allerdings muß diese noch eine besondere Qualität aufweisen:

30 3. Die Vollstreckungshandlung muß **rechtmäßig** sein. Gesetzestechnisch ergibt sich dieses Erfordernis zwar nicht aus der positiven Tatbestandsbeschreibung von § 113 I, wohl aber negativ daraus, daß bei nichtrechtmäßiger Diensthandlung nach § 113 III die Strafbarkeit entfällt. So ungewöhnlich wie diese Konstruktion, so groß ist der Streit um Standort und Inhalt dieses Rechtmäßigkeitserfordernisses. Wenn es hier systematisch als *TB-Element* (und nicht erst als besondere Art von Rechtfertigungsgrund oder gar nur als objektive Strafbarkeitsbedingung) verstanden wird, so darf die nähere Begründung dafür bis zu dem Punkt zurückgestellt werden, wo die Standortfrage von besonderer praktischer Bedeutung ist: beim subjektiven Tatbestand (A 57ff). Wie aber steht es mit der inhaltlichen Deutung des Rechtmäßigkeitserfordernisses? Zu dieser *Sachgehaltsfrage*, wie sie auch im Mittelpunkt des vorliegenden Falles stand (E 8ff), bedürfen vor allem drei Punkte einer näheren Betrachtung: der Maßstab der Rechtmäßigkeit (a), ihre danach zu bestimmenden Einzelvoraussetzungen (b) sowie der hier vorliegende Spezialfall eines Weisungsvollzugs (c).

31 a) **Maßstab** für die Beurteilung der Vollstreckungshandlung ist nach h.M. der sog. **strafrechtliche Rechtmäßigkeitsbegriff** (vgl. Razzia-Fall KG NJW 1975, 887/8 m.w.N.). Nach dieser auch hier vom OLG vertretenen Auffassung (E 8) ist die Rechtmäßigkeit nach spezifisch strafrechtlichen Kriterien, also insbesondere unabhängig von den Regeln des Verwaltungsrechts zu bestimmen. Demzufolge soll es weniger auf die ‚materielle Richtigkeit' als vielmehr nur auf die ‚formale Rechtmäßigkeit' der Diensthandlung ankommen (E 9, D-Tröndle § 113 Rn. 11 m.w.N.). Solche Formulierungen sind freilich nicht unbedenklich, da sie den mißverständlichen Eindruck erwecken, als ob es auf die Beachtung der materiellen Eingriffs- bzw. Vollstreckungsvoraussetzungen überhaupt nicht ankäme. Denn entbehrlich ist die Prüfung der materiellen Rechtslage für den Vollstreckungsbeamten nur insofern, als er grundsätzlich auf die Wirksamkeit der zu vollstreckenden Entscheidung oder Verfügung vertrauen darf und seine Vollstreckungshandlung nicht schon deshalb rechtswidrig wird, weil sich bei nachträglicher Überprüfung das Fehlen einzelner Eingriffsvoraussetzungen herausstellt. Die Gründe dafür hat das OLG im wesentlichen überzeugend dargetan (E 12ff; beachte aber auch unten A 35ff). Demzufolge ist eine Diensthandlung so lange als rechtmäßig anzusehen, als sich der Amtsträger bei Beurteilung der Eingriffsvoraussetzungen im Rahmen des in der Vollstreckungssituation Vertretbaren gehalten hat, mag auch ein Gericht aufgrund nachträglicher Prüfung zu einer anderen Auffassung gelangen (vgl. S/S-Eser § 113 Rn. 21f m.w.N., auch zu abw. Ansichten).

32 b) Welche **Einzelerfordernisse** sind aus diesem strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff abzuleiten? Im wesentlichen ein dreifaches:

33 α) Die *sachliche* und *örtliche* **Zuständigkeit** des Amtsträgers: instruktiv dazu der Amtsbezirk-Fall BGHSt 4, 110.

34 β) Die Einhaltung der dem Schutz des Betroffenen dienenden **wesentlichen Förmlichkeiten:** so z.B. bei Zwangsvollstreckung das Vorliegen eines vollstreckbaren Titels nebst Vollstreckungsklausel sowie die etwa notwendige Hinzuziehung von Zeugen (vgl. §§ 702, 724, 750 I, 759 ZPO): instruktiv zu solchen Mängeln der Nachtzeit-Fall KG GA 1975, 213, ferner BayObLG MDR 1980, 423 m.Anm. Küper JZ 1980, 633.

35 γ) Die **pflichtgemäße Prüfung** *der materiellen Eingriffsvoraussetzungen.* Dieses oft verkannte (und auch hier vom OLG nicht voll erfaßte) Erfordernis bedeutet im wesentlichen zweierlei:

36 – Auf der einen Seite darf der Vollstreckungsbeamte nicht einfach „blindlings" ohne Rücksicht auf Eingriffsgründe oder Vollstreckungsvorbehalte vorgehen, sondern muß im Rahmen der gegebenen Möglichkeiten die *Eingriffsvoraussetzungen prüfen.*

37 In diesem Sinne ist im *Weigand-Fall* **BGHSt 21, 334,** wo die Polizei wegen der Gefahr einer verkehrsbehindernden Menschenansammlung gegen den flugblattverteilenden „Sozialanwalt" W vorging, zum Prüfungserfordernis ausgeführt: **[363]** „Wenn die Vornahme einer Amtshandlung von dem Vorhandensein bestimmter sachlicher Voraussetzungen abhängt, weist das Gesetz dem Beamten auch die Prüfung zu, ob diese Voraus-

A 37 setzungen im Einzelfall gegeben sind, und stellt damit die Vornahme der Amtshandlung letztlich in sein Ermessen."

38 – Auf der anderen Seite jedoch – und allein dies ist mit dem mißdeutbaren Ermessenshinweis des BGH gemeint – kommt es letztlich nicht auf das objektive Gegebensein der materiellen Voraussetzungen an, sondern allein darauf, ob der Amtsträger *in der gegebenen Situation* aufgrund pflichtgemäßer Würdigung der ihm bekannten oder erkennbaren Umstände zur Annahme der Vollstreckungsvoraussetzungen gelangen durfte.

39 In diesem Sinne meint auch der BGH im Anschluß an das bei A 37 angeführte Zitat: **[363]** „Rechtmäßig ist die Amtsausübung dann, wenn der Beamte das ihm eingeräumte Ermessen pflichtgemäß ausübt und sein amtliches Handeln nach dem Ergebnis dieser Prüfung einrichtet. Ob dieses Ergebnis richtig oder falsch ist, ist für die Frage der Rechtmäßigkeit ohne Bedeutung, wenn der Beamte aufgrund sorgfältiger Prüfung in der Annahme gehandelt hat, zu der Amtshandlung berechtigt und verpflichtet zu sein. Die Frage nach deren Erforderlichkeit ist nicht aufgrund der nachträglich ermittelten Sachlage zu beurteilen. Es kommt vielmehr nur darauf an, ob der Beamte im Bewußtsein seiner Verantwortung und unter bestmöglicher pflichtgemäßer Abwägung aller ihm erkennbaren Umstände die Handlung für nötig und sachlich gerechtfertigt halten durfte. Nur ein schuldhafter Irrtum über die Erforderlichkeit der Amtsausübung, Willkür oder Amtsmißbrauch machen die Handlung rechtswidrig."

40 – Das hat jedenfalls bei *Tatsachenirrtümern* zur Folge, daß die Amtshandlung nicht deshalb rechtswidrig wird, weil der Beamte fälschlich eine zum Eingriff berechtigende Tatsache angenommen hat: so z. B. bei Festnahme eines Unschuldigen, der einem steckbrieflich Gesuchten verwechselnd ähnlich sieht, oder bei Pfändung von Sachen in einer Wohnung, die der Gerichtsvollzieher irrig für die des Schuldners hält (vgl. RGSt 61, 297).

41 – Strittig ist dagegen, ob in gleicher Weise auch *Rechtsirrtümer* des Beamten unbeachtlich sind: Während dies ein Teil der Lehre bejaht (v. Bubnoff LK § 113 Rn. 34 m. w. N.), bleibt nach st. Rspr. die Amtshandlung unrechtmäßig, wenn der Beamte aus Rechtsunkenntnis oder infolge falscher Deutung der für ihn maßgeblichen Vorschriften eine objektiv mangelnde Eingriffsbefugnis annimmt (vgl. Zwangsräumungs-Fall OLG Hamm NJW 1951, 771/2, Nachtzeit-Fall KG GA 1975, 213/4; ebenso D-Tröndle § 113 Rn. 14, Lackner § 113 Anm. 6c dd, Wessels II/1 § 14 III 5). Demgemäß hat BayObLG NJW 1965, 1088/9 die Durchführung einer Blutentnahme für rechtmäßig erklärt, wenn der Polizeibeamte glaubte, in dem Medizinalassistenten einen Arzt vor sich zu haben (tatsächlicher Irrtum), dagegen für rechtswidrig, wenn er wußte, daß ein Nichtarzt den Eingriff vornimmt, aber rechtsirrtümlich meinte, daß auch dies noch von § 81 a StPO gedeckt sei. Dieser Differenzierung wird analog der Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum zuzustimmen sein, da Rechtsirrtümer staatlicher Organe grundsätzlich nicht zu Lasten des Betroffenen gehen dürfen (vgl. S/S-Eser § 113 Rn. 29 m. w. N.). Zu den teils recht komplizierten Rechtmäßigkeitsproblemen, die sich bei Notwehr der Polizei gegen Photographiertwerden ergeben können, vgl. Paeffgen JZ 1978, 738 ff sowie OLG Celle NJW 1978, 57 m. Anm. Teubner JR 1979, 422.

42 c) Sonderfrage: Inwieweit ist mit dieser Prüfungspflicht vereinbar, daß hier das OLG den M zu einer sachlichen Prüfung des Einsatzbefehls seines Vorgesetzten „weder für berechtigt noch für verpflichtet" erklärt hat (E 12)? Die Antwort darauf bedarf noch einer gesonderten Betrachtung des auch sonst nicht seltenen Falles, daß der Vollstrekkungsbeamte **nicht aufgrund eigenen Entschlusses** sondern auf Weisung tätig wird. Dabei sind zwei Fallgruppen auseinanderzuhalten:

43 α) Bei bloßem **Weisungsvollzug** wie hier, wo der Amtsträger im Auftrag eines Vorgesetzten oder einer weisungsbefugten Behörde tätig wird (vgl. § 152 GVG, § 758 III ZPO), ist die Amtshandlung jedenfalls dann rechtmäßig, wenn auch der *Auftrag* nach den A 30 ff erörterten Kriterien *rechtmäßig* war.

44 Strittig ist dagegen, inwieweit sich die *Rechtswidrigkeit der Anweisung* auf die Vollstreckungshandlung auswirkt:

45 – Nach h. M. soll es für die Rechtmäßigkeit des Vollstreckungsaktes genügen, daß der Beauftragte den Auftrag im *Vertrauen* auf seine Rechtmäßigkeit in gesetzlich vorgesehener Weise vollzieht (vgl. Durchsuchungs-Fall KG NJW 1972, 781/2, ferner v. Bubnoff LK § 113 Rn. 35 m. w. N.). Dies führt das OLG Köln im *Zwangsvollstrekkungs-Fall* NJW 1975, 889 zu dem kaum tragbaren Ergebnis, daß sich die Schuldnerin zwar gegenüber dem Gerichtsvollzieher, nicht aber gegen den nach § 758 III ZPO zur

A 45 Unterstützung herbeigezogenen Polizeibeamten wehren dürfe. Immerhin soll aber auch nach dieser h. M. der Vollstreckungsakt dann rechtswidrig sein, wenn der Ausführende die Rechtswidrigkeit des Auftrags erkannt hat (E 17), ohne daß er allerdings zu einer darauf gerichteten Prüfung verpflichtet sei (vgl. Fackelzug-Fall BGHSt 4, 161/2, KG aaO sowie oben E 12).

46 – Demgegenüber wird von einer Mindermeinung auch dem auf Weisung handelnden Vollstreckungsbeamten (zu Recht) eine *pflichtgemäße Prüfung* abverlangt (Rostek NJW 1972, 1335 u. 1975, 862; vgl. auch Blei JA 1973, 678, D-Tröndle § 113 Rn. 15), wobei diese freilich nicht weiterzugehen braucht, als ihm unter den gegebenen Umständen und mit Rücksicht auf den Zwang zu raschem Handeln an Beurteilungsspielraum bleibt. Denn selbst wenn man das vom OLG herausgestellte Entlastungsbedürfnis des Untergebenen (E 13) wie auch die Einheitlichkeit staatlichen Vollzugs (E 16) berücksichtigt, so ist doch kein zwingender Grund ersichtlich, die staatliche Gewalt auch dort zu schützen, wo die Ausführung eines objektiv rechtswidrigen Befehls durch eine den Umständen nach mögliche und zumutbare Prüfung durch den Vollstreckungsbeamten verhindert werden könnte.

47 β) Vom bloßen Weisungsvollzug (A 43) zu unterscheiden ist die Vollstreckung von **Entscheidungen,** die **mit Außenwirkung** ergangen und *selbständig anfechtbar* sind: wie Urteile, Beschlüsse, Verwaltungsakte und wohl auch Haftbefehle. Da und soweit in solchen Fällen der Vollstreckungsakt bereits durch die sog. Tatbestandswirkung der zu vollstreckenden Entscheidung gedeckt wird (vgl. Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 20 V b), besteht weder Raum noch Bedürfnis für eine Eigenbeurteilung durch den Vollstreckungsbeamten, es sei denn, daß die Entscheidung – weil offensichtlich rechtswidrig – nichtig ist (vgl. OLG Kiel SJZ 1947, 323 m. krit. Anm. Arndt S. 329, v. Bubnoff LK § 113 Rn. 31 sowie Thiele JR 1975, 356).

48 *Zwischenergebnis* für den vorliegenden Fall? Sieht man von der mißverständlichen Berufung des OLG auf „formale Rechtmäßigkeit" (E 9, 11, A 31) wie auch von der anfechtbaren Verneinung einer eigenen Prüfungspflicht des M (E 12, A 45) einmal ab, so wird jedenfalls im Ergebnis die Rechtmäßigkeit des Vollstreckungsaktes (zwangsweise Durchsetzung der Versammlungsauflösung durch Wegtragen) zu Recht bejaht. Denn da der Vollstreckungsauftrag (Einsatzbefehl des V) unstreitig rechtmäßig war (E 11), war damit auch der Vollstreckungsakt gedeckt (A 43). Dem steht auch nicht entgegen, daß M seiner etwaigen eigenen Prüfungspflicht (A 46) nicht nachkam. Denn anders als materiell rechtswidrige Amtshandlungen, die zu ihrer „Heilung" als rechtmäßig i. S. von § 113 eine pflichtgemäße Prüfung voraussetzen (A 36 ff), wird ein an sich rechtmäßiger (bzw. durch einen rechtmäßigen Auftrag gedeckter) Vollstreckungsakt nicht schon dadurch rechtswidrig, daß der Vollstreckungsbeamte seine etwaige Prüfungspflicht versäumt (vgl. Schützen-Fall OLG Stuttgart NJW 1971, 629). Weiteres Rspr.-Material zur Rechtmäßigkeit von Amtshandlungen bei v. Bubnoff LK § 113 Rn. 36, S/S-Eser § 113 Rn. 33 ff. – Nachdem somit – vorbehaltlich der noch erörterungsbedürftigen Abgrenzung gegenüber § 240 (A 65 ff) – der Schutzbereich von § 113 hinreichend umschrieben ist, bleibt nun die Tathandlung näher ins Auge zu fassen:

49 **B.** Als **Tathandlung** erfaßt § 113 alternativ sowohl das eigentliche *Widerstandleisten* (1) wie auch den *tätlichen Angriff* gegen einen Vollstreckungsbeamten (2).

50 **1.** Die TB-Alternative des **Widerstandsleistens** hat das OLG darin erblickt, daß sich A dem Polizeigriff des M durch Umsichschlagen und Schienbeintritte zu entziehen versuchte (E 5). Dem ist zuzustimmen; denn:

51 a) Unter **Widerstand** ist jede *aktive* Tätigkeit gegenüber dem Vollstreckungsbeamten zu verstehen, mit der die Durchführung einer Vollstreckungsmaßnahme verhindert oder erschwert werden soll. Demgemäß stellt Widerstand an sich eine Nötigung zur Unterlassung der Diensthandlung dar. Doch anders als in § 240 wird hier kein effektiver Nötigungserfolg vorausgesetzt, da § 113 seinem Charakter als „unechtem Unternehmensdelikt" entsprechend sowohl erfolgreiche wie auch erfolglose, ja sogar untaugliche Widerstandshandlungen erfaßt (vgl. S/S-Eser § 113 Rn. 2, 40). Deshalb war hier Vollendung von § 113 nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil sich M vom Widerstand des A nicht hatte beeindrucken lassen. Dagegen vermag rein *passives* Verhalten für Widerstand nicht zu genügen: so etwa statt Verbarrikadieren (vgl. A 28) bloßes Nichtöffnen der Tür. Deshalb wurde im Sitzstreik-Fall Nr. 12 zu Recht kein Widerstandleisten angenommen (dort E 2).

52 b) Das *Widerstandsmittel* muß in **Gewalt** oder in **Drohung mit Gewalt** bestehen. Dazu gilt zunächst das zu den Nötigungsmitteln bei § 240 Ausgeführte entsprechend

A 52 (Sitzstreik-Fall Nr. 12 A 24ff). Doch strenger als bei § 240 ist hier eine gegen die *Person* des Vollstreckenden gerichtete Gewalt erforderlich bzw. bloße Drohung mit einem empfindlichen Übel, sofern dieses nicht in personbezogener Gewalt münden soll, nicht ausreichend. Andererseits braucht jedoch der gewaltsame Widerstand nicht die Intensität einer „Gewalttätigkeit" i.S. von § 125 zu erreichen. Zu weiteren Einzelheiten vgl. S/S-Eser § 113 Rn. 42ff.

53 2. Auch die TB-Alternative des **tätlichen Angriffs** auf einen Vollstreckungsbeamten bei seiner Vollstreckungstätigkeit wurde hier zu Recht bejaht (E 6). Denn dafür genügt jede unmittelbar auf den Körper des Beamten abzielende feindselige Aktion ohne Rücksicht auf ihren Erfolg (D-Tröndle § 113 Rn. 21).

54 3. Weitere TB-Elemente als die des Widerstandes (A 49–53) gegen die rechtmäßige Diensthandlung eines Vollstreckungsbeamten (A 19–48) setzt § 113 nicht voraus. So ist insbesondere auch **kein** ausdrücklicher **Verwerflichkeitsnachweis** i.S. von § 240 II erforderlich, da derartige Widerstandshandlungen grundsätzlich als rechtswidrig anzusehen sind (vgl. Reifenkontrolle-Fall OLG Frankfurt NJW 1973, 1806/7, S/S-Eser § 113 Rn. 4, 48). – Damit stellt sich die Frage nach der inneren Tatseite:

55 C. Für den **subjektiven** Tatbestand ist grundsätzlich **Vorsatz** erforderlich, wobei jedoch zwischen dem Widerstand gegen die *Vollstreckungstätigkeit* (1) und deren *Rechtmäßigkeit* (2) zu unterscheiden ist:

56 1. Soweit es um die **Vollstreckungstätigkeit** des *Amtsträgers* und den dagegen geleisteten *Widerstand* geht, handelt es sich unstreitig um TB-Elemente, die vom Vorsatz des Täters umfaßt sein müssen. Daher entfällt § 113 nach allgemeinen Irrtumsgrundsätzen (§ 16), wenn der Täter den Charakter der Amtshandlung verkennt oder nicht weiß, daß er einem Vollstreckungsbeamten gegenübersteht. Ob statt dessen dann § 240 zum Zuge kommen kann, ist unten bei A 69 noch zu betrachten.

57 2. Dagegen braucht die **Rechtmäßigkeit** der Vollstreckungshandlung nicht unbedingt vom Vorsatz des Täters umfaßt zu sein. Denn wie sich aus der besonderen Irrtumsregel des § 113 IV ergibt, bleibt der Täter auch dann strafbar (wenngleich mit Milderungsmöglichkeit), wenn er die Vollstreckungshandlung irrigerweise für rechtswidrig hält; allenfalls bei Unvermeidbarkeit dieses Irrtums soll die Strafbarkeit nach § 113 gänzlich entfallen. Wie ist diese eigenartige Regelung für den **Irrtum** *über die Rechtmäßigkeit* zu erklären? Dazu gibt es im wesentlichen drei Deutungsversuche (eingehend zur Dogmengeschichte Naucke Dreher-FS S. 459ff; vgl. auch Dreher Schröder-GS S. 359ff, Thiele JR 1979, 397ff):

58 – Die traditionelle Auffassung sieht in der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung lediglich eine *objektive Strafbarkeitsbedingung*, auf die sich – da außerhalb von Unrecht und Schuld angesiedelt – der Tätervorsatz nicht zu erstrecken braucht (BGHSt 4, 161/3; 21, 334/365; ebenso zur Neufassung des § 113 KG NJW 1972, 781/2, Wessels II/1 § 14 III 5; allg. zu dieser Rechtsfigur Raufhandel-Fall Nr. 9 A 40, 48). Auf diese Weise soll, um nicht die Entschlußkraft des Beamten zu lähmen, dem Täter die naheliegende Berufung auf einen Rechtmäßigkeitsirrtum abgeschnitten sein (vgl. Weigand-Fall BGHSt 21, 334/365). Aber: Ganz abgesehen davon, daß mit dieser Konstruktion das Rechtmäßigkeitserfordernis außerhalb von Unrecht und Schuld gestellt und demzufolge selbst der Widerstand gegen rechtswidrige Vollzugsakte für Unrecht erklärt wird, ist sie schwerlich mit der neuen Irrtumsregelung des § 113 IV vereinbar: denn wird damit dem potentiellen Wissen um die Rechtmäßigkeit nicht doch Unrechts- und Schuldrelevanz beigemessen?

59 – Dieser Einsicht sucht eine auf RW-Ebene operierende Auffassung dadurch Rechnung zu tragen, daß sie dem Widerstandleistenden bei Rechtswidrigkeit der Amtshandlung einen *Rechtfertigungsgrund besonderer Art* einräumt (Dreher NJW 1970, 1158; vgl. auch v. Bubnoff LK § 113 Rn. 23). Dies hat bei irriger Verneinung der Rechtmäßigkeit zur Folge, daß die Widerstandshandlung rechtswidrig bleibt, dem Täter jedoch die (gegenüber § 17 speziellere) Irrtumsregelung des § 113 IV zugute komme (D-Tröndle § 113 Rn. 23). Aber neben manch anderen Bedenken: wie soll ein solcher auf § 113 beschränkter Rechtfertigungsgrund, der zudem keinerlei subjektives Rechtfertigungselement voraussetzen würde, mit dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung (vgl. S/S-Lenckner 27 vor § 32) vereinbar sein?

60 – Als Lösung mit den geringsten Friktionen bleibt daher nur die, in der Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlung ein unrechtskonstitutives *TB-Element* zu erblicken:

A 60 Um jedoch gegenüber der Berufung auf Irrtum nicht den Schutzzweck des § 113 leerlaufen zu lassen (vgl. A 58), ist dieses TB-Element dem Vorsatzerfordernis entzogen, um statt dessen schon *potentielle Kenntnis der Rechtmäßigkeit* genügen zu lassen (i. gl. S. Rudolphi SK § 136 Rn. 30; vgl. auch Sax JZ 1976, 15f). Demgemäß handelt es sich bei § 113 um eine **Vorsatz-Sorgfaltswidrigkeits-Kombination,** bei der lediglich das Widerstandleisten gegen eine Vollstreckungshandlung vorsätzlich geschehen muß, während für das Rechtmäßigkeitserfordernis ausreicht, daß es der Täter in zumutbarer Weise hätte erkennen können (näher zum Ganzen S/S-Eser § 113 Rn. 1, 18ff). Zu ähnlichen Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen vgl. Raufhandel-Fall Nr. 9 A 46f.

61 3. Was ergibt sich daraus für den vorliegenden Fall und dementsprechend für die **praktische Handhabung** gleichgelagerter Fälle?

– Da A bewußt und gewollt gegen die Vollstreckungshandlung eines Amtsträgers Widerstand geleistet hat (E 7), ist dem *Vorsatz*erfordernis genügt (A 56f).

62 – Daß A möglicherweise die Rechtmäßigkeit dieser Amtshandlung verkannt hat, schließt seine subjektive Verantwortlichkeit nicht aus, sofern ihm dieser Irrtum als *vermeidbar* vorzuwerfen ist (§ 113 IV S. 1). Dies hat das OLG mit einleuchtenden Gründen bejaht (E 18).

63 – Allenfalls bei *Unvermeidbarkeit* des Irrtums und *Unzumutbarkeit* anderweitiger Rechtsbehelfe gegen die rechtswidrig erscheinende Diensthandlung bliebe der Widerstand nach § 113 straffrei (§ 113 IV S. 2; instruktiv dazu Vollstreckungs-Fall OLG Köln NJW 1975, 889/890). Doch auch dies war hier im Ergebnis zu verneinen (vgl. E 14). Zu weiteren Einzelheiten über sonstige Irrtumskonstellationen vgl. S/S-Eser § 113 Rn. 51ff.

64 D. Ist der GrundTB erfüllt, so bleibt an sich noch an eine **Qualifizierung (§ 113 II)** zu denken. Doch anders als im *Verkehrsrowdy-Fall* Nr. 11 A 49ff, wo Rechtsnatur und Voraussetzungen dieser *(vorsatzabhängigen)* Strafschärfungsgründe näher erörtert sind und wo wegen Zufahrens auf einen Polizeibeamten eine lebensgefährdende Gewalttätigkeit i. S. von § 113 II Nr. 2 anzunehmen war, bestehen bei den hier offenbar nicht übermäßig kräftigen Fußtritten gegen das Schienbein (bloße Prellungen) keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine solche Qualifizierung.

65 **III. Verhältnis von § 113 zu § 240.**

Bei der Frage nach sonstigen Tatbeständen, die A erfüllt haben könnte, scheint vor allem **Nötigung** (§ 240) nahezuliegen. Denn steckt nicht in jedem gewaltsamen und zumindest teilweise erfolgreichen Widerstand gegen einen Vollstreckungsbeamten zugleich auch dessen Nötigung zu einem bestimmten Verhalten (hier Ablassen vom Wegtragen durch Umsichschlagen und Fußtritte)? Das ist tatbestandlich in der Tat die Regel und damit auch die Quelle von rechtlichen Problemen. Denn da die Strafdrohung des § 240 die des § 113 übersteigt, würde letzterer weitgehend leerlaufen, wenn daneben (wenn nicht sogar statt dessen) jeweils § 240 zum Zuge kommen müßte. Wie ist dieses eigenartige Verhältnis von § 113 zu § 240 zu deuten? Zu beachten sind vor allem zwei Aspekte:

66 1. Zum einen der **Privilegierungs**grund des § 113: Entgegen der landläufigen Meinung, daß Vollstreckungsbeamte eines gesteigerten Schutzes bedürfen und daher die gewaltsame Behinderung ihrer Tätigkeit schlimmer sei als eine „schlichte" Nötigung, hat der Gesetzgeber mit Rücksicht darauf, daß der von einer Vollstreckungshandlung Betroffene leicht im Affekt zum Widerstand verleitet werden kann, diesem subjektiven Schuldminderungsaspekt Vorrang eingeräumt (vgl. Blei JA 1973, 815; abw. Schmid JZ 1980, 56f). Dies hat namentlich folgende Konsequenzen:

67 a) *Soweit § 113 gegeben* ist, ist § 240 (unstreitig) nach Spezialitätsgrundsätzen ausgeschlossen. Aus diesem Grunde war im vorliegenden Fall über den gegebenen § 113 hinaus für § 240 kein Raum mehr.

68 b) Strittig ist dagegen, ob im Umkehrschluß § 240 überall dort zur Anwendung kommen kann, wo ein *TB-Merkmal des § 113 fehlt.* Das hängt entscheidend von der Art des Mangels ab:

69 – *Fehlt* der attackierten Tätigkeit der *Vollstreckungscharakter,* so ist § 240 anwendbar: so z. B. bei Widerstand gegen die vorläufige Festnahme durch einen Privatmann, der nicht als zugezogene Person i. S. von § 114 II (A 21c) sondern aufgrund eigenen Entschlusses nach § 127 III StPO tätig wird; oder dort, wo einem Polizeibeamten bei nichtvollstreckender Ermittlungstätigkeit Widerstand geleistet wird (A 25f). Daraus erklärt sich auch, warum im Sitzstreik-Fall Nr. 12 nicht § 113, sondern § 240 zur An-

A 70 wendung kam: Die genötigten Straßenbahnfahrer waren keine Vollstreckungsbeamten. Im übrigen ist § 240 auch dann anzuwenden, wenn der Widerstandleistende den Festnehmenden irrtümlich für einen Amtsträger (etwa einen Kriminalbeamten in Zivil) hält. Da hier der Täter jedoch subjektiv in der Vorstellung einer Vollstreckungssituation handelt, ist dieser Privilegierungsmotivation (A 66) zumindest dadurch Rechnung zu tragen, daß die Strafdrohung des § 240 nach den Höchstsätzen des § 113 limitiert wird (vgl. S/S-Eser § 113 Rn. 3, 52).

70 – Sind dagegen alle Merkmale einer Vollstreckungshandlung gegeben und scheitert § 113 lediglich daran, daß der *Widerstand nicht* die dort vorausgesetzte *Form* oder *Intensität erreicht* (so z.B. bei rein passivem Nichtöffnen der Tür: A 51), so ist (erst recht) auch für den (strengeren) § 240 kein Raum, da andernfalls der Privilegierungszweck des § 113 unterlaufen würde (vgl. Horn SK § 113 Rn. 23, S/S-Eser § 113 Rn. 43, 68). Hätte also vorliegend A dem M lediglich mit einem nicht gewaltsamen Übel (z.B. öffentliche Bloßstellung) gedroht, so würde § 113 mangels Tatbestandsmäßigkeit entfallen und § 240 durch die Sperrwirkung des privilegierenden Tatbestandes verdrängt. Diese Lücke eines verunglückten Tatbestandes mag bedauerlich sein (vgl. S/S-Eser § 113 Rn. 3). Wer sie jedoch dadurch zu schließen versucht, daß er statt dessen § 240 zur Anwendung bringt (so namentlich v. Bubnoff LK § 113 Rn. 65, D-Tröndle § 113 Rn. 1, § 240 Rn. 16, Wessels II/1 § 14 III 4), muß der Vollstreckungssituation zumindest dadurch Rechnung tragen, daß er dem Widerstandleistenden sowohl den milderen Strafrahmen (§ 113 I) als auch die Erleichterungen von § 113 III, IV zugute kommen läßt.

A 71 **2.** Zum anderen ist jedoch § 113 insofern **schärfer,** als er – anders als § 240 – *keine* besondere *Verwerflichkeitsfeststellung* voraussetzt (A 54) und daher selbst dort durchgreift, wo § 240 etwa im Hinblick auf eine menschlich verständliche Selbstbegünstigungsmotivation zu verneinen wäre (vgl. Sitzstreik-Fall Nr. 12 A 52 ff). Insofern erfährt die Vollstreckungstätigkeit sogar einen „schneidigeren" Schutz.

72 Instruktiv dazu der *Reifenkontrolle-Fall* OLG Frankfurt NJW 1973, 1806/7, wo mangels Vollstreckungscharakters § 113 verneint wurde und der statt dessen herangezogene § 240 an der Verwerflichkeitshürde hätte scheitern können, wenn der Täter den Reifenkontrolleur nicht durch plötzliches Zufahren an Leib und Leben gefährdet hätte.

73 **IV. 1.** Von sonstigen Tatbeständen lag zwar **Landfriedensbruch** (**§ 125**) nahe, wurde jedoch trotz der bedrohlichen Situation auf dem Vorplatz des Gerichts letztlich nicht in Betracht gezogen, denn:

a) Zwar hatte A durch die Fußtritte gegen das Schienbein des M qualifizierte *Gewalttätigkeiten gegen Menschen* i.S. von § 125 I Nr. 1 begangen.

b) Auch geschah dies *aus einer Menschenmenge,* nämlich aus einer räumlich vereinigten, der Zahl nach nicht sofort überschaubaren Personenvielheit.

c) Doch hätte das *mit vereinten Kräften* geschehen müssen, was zwar kein aktives Mitwirken aller Beteiligten, zumindest aber eine psychologische Unterstützung von der Menge vorausgesetzt hätte. Dafür ist hier nichts dargetan.

d) Zudem fehlt es bei gezielten Fußtritten gegen einen einzelnen Beamten an der *Gefährdung* speziell der *öffentlichen Sicherheit.* Zu weiteren Einzelheiten vgl. S/S-Lenckner § 125 Rn. 4 ff.

74 **2.** Dagegen wurde **Körperverletzung** (**§ 223**) zu Recht in den Fußtritten des A gegen das Schienbein des M erblickt (E 19; vgl. Pfleger-Fall Nr. 6 A 15 sowie A 48 zum „Schuh" als gefährlichem Werkzeug i.S. von § 223a). Auch wird § 223 keinesfalls durch § 113 verdrängt; denn obgleich bei § 113 auch die körperliche Integrität des Vollzugsorgans gegen tätliche Angriffe mitgeschützt ist (A 18), wird durch die *idealkonkurrierende* Anwendbarkeit von § 223 die Gleichheit des allgemeinen Personenschutzes zum Ausdruck gebracht (vgl. S/S-Eser § 113 Rn. 2, 4, 68).

75 Auch die **Rechtswidrigkeit** der Körperverletzung stand hier außer Frage. Insbesondere stand dem A gegen den „Angriff" des M kein Notwehrrecht zu, da dieser durch die Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlung gedeckt war (A 48). Wie aber, wenn M ohne rechtmäßigen Befehl vorgegangen wäre oder ein Übermaß an Gewalt angewendet hätte? In diesem Fall kommt Rechtfertigung durch **Notwehr** (§ 32) in Betracht. Doch ist dabei folgendes zu unterscheiden:

76 – Soweit die an sich rechtmäßige Vollstreckungshandlung mit *widerrechtlichen Begleiterscheinungen* verbunden ist (unnötige Schläge auf den Kopf des Demonstranten), so bleibt zwar der Widerstand (§ 113) rechtswidrig, wohl aber eine mit Abwehr der

A 76 Schläge verbundene Verletzung des Beamten (§ 223) als Notwehr gerechtfertigt (Lackner § 113 Anm. 5).

77 – Soweit zudem bereits die *Vollstreckungshandlung als solche rechtswidrig* ist, so wird der Widerstand dagegen schon tatbestandlich nicht erfaßt (§ 113 III), während etwaige mit der Abwehr verbundene Verletzungen des Beamten (§ 223) durch § 32 gerechtfertigt sind (vgl. v. Bubnoff LK § 113 Rn. 41, S/S-Eser § 113 Rn. 36f m.w.N.). Dies ist vor allem auch dort bedeutsam, wo der Widerstandleistende die Rechtswidrigkeit der Vollstreckungshandlung gar nicht erkennt. In diesem Fall kommt nach den zum *Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente* entwickelten Grundsätzen lediglich Versuch in Betracht (StrafR I Nr. 11 A 8–14), der jedoch bei einfacher Körperverletzung nicht strafbar ist. Instruktiv dazu der Nachtzeit-Fall KG GA 1975, 213/5.

78 V. Da hier für solche Ausschreitungen des M keinerlei Anhaltspunkte bestehen, wurde A im **Gesamtergebnis** zu Recht nach § 113 in Tateinheit (§ 52) mit § 223 verurteilt.

79 **Schrifttum:** Allg. zu den **Staatsschutzdelikten:** *Blei* II §§ 73–78, 96–101; *Krey* I Fall 49; *Maurach* BT[5] §§ 43–45, 59–73; *Otto* II §§ 63, 67, 89–92; *Welzel* §§ 69–75.

Zum **Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte:** *Blei* II § 102; *Krey* I Fälle 46–48; *Maurach* BT[5] § 67; *Otto* II § 91; *Welzel* § 83 III; *Wessels* II/1 § 14; sowie die Kommentare zu § 113; ferner *Naucke,* Straftatsystem und Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, Dreher-FS S. 459; *Schmid,* Schutzzweck und Stellung des § 113 StGB im System der Straftatbestände, JZ 1980, 56. **Speziell:** Zum **Rechtmäßigkeits**begriff und zur **Irrtums**problematik: *Dreher,* Das 3. StrRG und seine Probleme, NJW 1970, 1153; *ders.,* Die Sphinx des § 113 Abs. 3, 4 StGB, Schröder-GS S. 359; *Meyer,* Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung, NJW 1972, 1844 und 1973, 1074; *Rostek,* Der unkritische Befehlsempfänger, NJW 1975, 862; *Sax,* „Tatbestand" und Rechtsgutverletzung, JZ 1976, 9, 80, 426; *Thiele,* Zum Rechtmäßigkeitsbegriff bei § 113 III StGB, JR 1975, 353; *ders.,* Verbotensein und Strafbarkeit gegen Vollstreckungsbeamte, JR 1979, 397; *Wagner,* Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung, JuS 1975, 224.

Zum *Verkehrskontrolle-Fall* (A 26): *Ehlen-Meurer* NJW 1974, 1776; zum *Durchsuchungs-Fall* (A 45): *Rostek* NJW 1972, 1335.

Schutz der Privatsphäre – Hausfriedensbruch (§ 123) – Tonaufnahme- und Abhörverbot (§ 201) – Briefgeheimnis (§ 202) – Privatgeheimnisse (§ 203) – Freiheitsberaubung (§ 239)

BGHSt 21, 224: Zeitschriftenwerber-Fall

2 StR 346/66 v. 14. 12. 1966 = NJW 1967, 941

SV **Sachverhalt:** Als Zeitschriftenwerber gelangte A in eine unverschlossene Wohnung, in der er die 14½-jährige, krank im Bett liegende Schülerin Gabriele antraf. Ihre Mutter M, die Mieterin der Wohnung, war abwesend. A begann eine Unterhaltung mit der G, in deren Verlauf er sie in zeitlichen Abständen mehrmals unzüchtig berührte. Auch schloß er einmal für etwa eine Minute die Tür von innen ab, ohne jedoch den Schlüssel abzuziehen. Erst nachdem er von der G wiederholt vergeblich zum Verlassen der Wohnung aufgefordert worden war, entfernte er sich schließlich.

P **Zur Problemstellung:** Könnte A *Hausfriedensbruch* (§ 123) begangen haben? Bereits durch widerrechtliches *Eindringen?* Oder erst wegen aufforderungswidrigem *Verweilen?*

Welche Bedeutung kommt dabei dem Willen der minderjährigen G zu? Als *Bevollmächtigte der Hausrechtsinhaberin* M?

– Könnte im Abschließen der Tür eine *Freiheitsberaubung* (§ 239) liegen?

– Inwieweit ist das unsittliche Berühren der G als *Sexualdelikt* (§§ 176, 178) und/oder *Beleidigung* (§ 185) erfaßbar?

Die StrK hat § 239 mangels Vorsatzes sowie § 178 mangels Gewaltanwendung verneint, Beleidigung hingegen bejaht, jedoch das Fehlen eines ordnungsgemäßen Strafantrags festgestellt. Gegen seine Verurteilung wegen Hausfriedensbruchs hat der A Revision eingelegt. Diese hat der BGH verworfen. Denn:

E 1 **Aus den Gründen: [225]** „Die StrK hat den A nach der 2. Alt. des § 123 I wegen Hausfriedensbruchs verurteilt, weil er sich auf Aufforderung des Mädchens Gabriele nicht aus der Wohnung entfernt hat. Die Voraussetzungen der 1. Alt. hat die StrK nicht geprüft. Das hätte an sich geschehen sollen, weil die 2. Alt. ein subsidiärer Tatbestand ist, dem selb-
2 ständige Bedeutung nur zukommt, wenn die 1. Alt. nicht vorliegt. Die Rev. begehrt Freisprechung, weil sich der A „nicht ohne Befugnis" in der Wohnung aufgehalten habe und weil G als 14jähriges Mädchen auch in Abwesenheit des Hausrechtsinhabers nicht befugt
3 gewesen sei, rechtlich wirksam zum Verlassen der Wohnung aufzufordern. Da aber das Fehlen der Befugnis, das Hausrecht zu wahren, zur Folge hätte, daß das Mädchen dem A
4 auch das Betreten der Wohnung nicht wirksam gestatten konnte, das Eindringen also widerrechtlich blieb, müssen die Ausführungen der Rev. dahin verstanden werden, daß der A jedenfalls nicht schuldhaft widerrechtlich eingedrungen sei. Offensichtlich ist der A
5 der Ansicht, daß infolgedessen die Anwendung der 1. Alt. schlechthin ausscheide. Damit wird aber das Verhältnis der beiden Tatbestände zueinander verkannt. Auch die bisherige Rspr. läßt eine deutliche Abgrenzung vermissen. Sicher betrifft die 2. Alt. (echtes Unterlassungsdelikt) vornehmlich die Fälle, in denen dem unbefugten Verweilen ein befugtes vorausgegangen, der Täter also nicht widerrechtlich in den geschützten Raum einge-
6 drungen ist. Daß sie stets auch anzuwenden sei, wenn der Täter beim widerrechtlichen Eindringen nicht schuldhaft gehandelt hat (vgl. dazu Maurach BT 4. Aufl., S. 174), trifft
7 nach Ansicht des Senats nicht zu; denn der erste Tatbestand kann auch durch Unterlassung erfüllt werden (unechtes Unterlassungsdelikt), wenn sich der Täter z. B. erst nachträglich des widerrechtlichen Eindringens **[226]** bewußt wird. Das ist vor allem bedeutsam, wenn niemand oder kein zur Wahrung des Hausrechts Berechtigter anwesend ist;
8 insbesondere kann die Erkenntnis, widerrechtlich eingedrungen zu sein, auch durch den Hinweis eines Nichtberechtigten vermittelt werden. Deshalb könnte auch die Auffassung der Rev. über die Unwirksamkeit der Aufforderung nicht ohne weiteres zum Freispruch führen. ...

9 G war berechtigt, das Hausrecht zu wahren. Die Rev. kann sich für ihre gegenteilige
10 Ansicht auf einen Teil des Schrifttums berufen. Es wird die Meinung vertreten, daß die Aufforderung an sich vom Inhaber des Hausrechts ausgehen müsse; dazu trete allerdings eine rein tatsächliche Vertretung in dessen Abwesenheit und nach seinem mutmaßlichen Willen durch den Ehegatten, die *erwachsenen* Familienangehörigen und die Hausange-

E 11 stellten. Darin kommen „Einschränkungen" der Befugnis zur Wahrung des Hausrechts zum Ausdruck, die nach Ansicht des Senats nicht geboten sind und zu nicht überzeugenden Ergebnissen führen. Wenn der Inhaber des Hausrechts seine minderjährigen Kinder mit der Wahrung des Hausrechts beauftragen, sie „bevollmächtigen" kann, dann ist nicht einzusehen, warum „rein tatsächlich" nur erwachsene Familienangehörige dazu befugt sein sollen. Das Gesetz zwingt zu solchen Einschränkungen nicht. Es hat die Berechtigung i. S. des § 123 I nicht näher umschrieben. Berechtigter ist nicht nur der Inhaber des Hausrechts selbst, sondern nach den Gepflogenheiten des menschlichen Zusammenlebens sind es auch seine Familienangehörigen, minderjährige Kinder nicht ausgenom-
12 men. Sie sind zur Wahrung des Hausrechts nicht erst „als tatsächliche Vertreter" befugt,
13 sondern kraft ihrer Zugehörigkeit zur Familiengemeinschaft. Voraussetzung ihrer Berechtigung ist nur, daß sie dem Willen des Inhabers nicht zuwiderhandeln, und bei min-
14 derjährigen Kindern, **[227]** daß sie schon fähig sind, den Sinn des Hausrechts zu begreifen und die Sachlage vernünftig zu beurteilen. Daß G dazu imstande war, ist nach dem
15 festgestellten Sachverhalt nicht zweifelhaft. Da der A ihren mehrfachen unmißverständlichen Aufforderungen nicht Folge leistete, ist er zu Recht des Hausfriedensbruches für schuldig befunden worden. ..."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Die Entscheidung betrifft schwerpunktmäßig den *Hausfriedensbruch* (II). Dieser bildet einen zentralen SchutzTB der *Privat-* und *Geheimsphäre* (I). Wie diese noch auf sonstige Weise geschützt ist, ist in einem kurzen Exkurs darzutun (III). Abschließend wird auf die im Urteil nur beiläufig angesprochene *Freiheitsberaubung* einzugehen sein (IV).

1 **I. Schutz der Privat- und Geheimsphäre.**

Trotz (systemwidriger) Einordnung in die „Straftaten gegen die öffentliche Ordnung" gehört Hausfriedensbruch (§ 123) zu jenen Tatbeständen, die i. w. S. den Schutz der Privat- und Geheimsphäre bezwecken. Über die bislang behandelten Rechtsgüter des Lebens, der körperlichen Integrität, der Freiheit und Ehre hinaus kommt der Respektierung eines bestimmten, dem unbefugten Zutritt Dritter verwehrten *Privatbereichs* für die personale und zwischenmenschliche Entfaltung steigende Bedeutung zu: Je enger die Lebensverhältnisse und je stärker die Tendenz zur Vermassung werden, desto lebenswichtiger ist die Wahrung privater Freiräume, in denen die Individualität zur Entfaltung kommen kann. Je vielfältiger und raffinierter die technischen Möglichkeiten, um durch Abhörgerät und Teleobjektiv in die Intimsphäre anderer einzudringen, desto größer wird das Schutzbedürfnis. Statt diese vielfältigen Eingriffsmöglichkeiten, denen damit die Privat- und Geheimsphäre ausgesetzt ist, in einem globalen Tatbestand zu erfassen, versucht der Gesetzgeber diesen Bedrohungen zu Recht durch verschiedenartige Straftatbestände entgegenzutreten: durch Konkretisierung des Schutzes auf *spezielle Rechtsgüter* gegen bestimmte besonders *gefährliche Verletzungsweisen* (näher zu diesem kriminalpolitischen Hintergrund Arzt I S. 151 ff). Das ist in vierfacher Richtung geschehen:

2 1. Bei § 123 durch den Schutz der **räumlichen** Hausfriedenssphäre gegen widerrechtliches *Eindringen* bzw. aufforderungswidriges *Verweilen*. Doch geht es dabei weniger um Hausfrieden i. S. von Ruhe und Ordnung, sondern um Wahrung des **Hausrechts:** die Freiheit zu entscheiden, wer die gewünschten Räume betreten und/oder sich dort aufhalten darf (vgl. Schäfer LK § 123 Rn. 1, Wessels II/1 § 13 I 1 sowie Welzel § 44, der plastisch von einem „Stück lokalisierter Freiheitssphäre" spricht). Zu einer weiteren – und zwar durchaus bedenkenswerten – Rechtsgutsdifferenzierung je nach Art des geschützten Raumes vgl. Rudolphi SK § 123 Rn. 3, Schall S. 131 ff, aber dagegen auch S/S-Lenckner § 123 Rn. 2 m. w. N.

3 2. Geschützt ist ferner die **Vertraulichkeit des gesprochenen Wortes** gegen unbefugte Tonaufnahme und Abhören (**§ 201**): unten A 43 ff.

4 3. Um die **Vertraulichkeit des geschriebenen Wortes** geht es bei Verletzung des Briefgeheimnisses (**§ 202**): unten A 48 ff.

5 4. Schließlich werden bestimmte **Privatgeheimnisse,** sofern sie einer besonderen *berufsspezifischen Verschwiegenheitspflicht* unterliegen, gegen Indiskretion und Verwertung geschützt (**§§ 203, 204**): unten A 52 ff.

6 **II. Hausfriedensbruch (§§ 123, 124).**

Wie der vorliegende Fall zeigt, kann § 123 auf zweifache Weise verwirklicht werden (B): als widerrechtliches Eindringen (1. TB-Alt.) oder als aufforderungswidriges Verweilen (2. TB-Alt.). Beide Tatmodalitäten betreffen den gleichen Schutzbereich (A), der sowohl in räumlicher (1) wie auch in personeller Hinsicht (2) näher zu umschreiben ist.

A 7 **A. 1.** Als **räumlich geschützte Bereiche** nennt das Gesetz vier Arten von Räumlichkeiten:

8 – Die *Wohnung:* als Inbegriff der Räumlichkeit(en), die einer einzelnen oder mehreren Personen (z.B. Familie oder Wohngemeinschaft) zur Unterkunft dienen oder zur Benutzung freistehen, einschließlich dazugehöriger *Nebenräume* (wie Treppen, Keller oder u.U. auch Hofraum und Hausgarten). Danach kann auch das Zimmer des Untermieters ebenso wie das von einem Gast gemietete Hotelzimmer für sich gesehen eine Wohnung sein (h.M.; vgl. S/S-Lenckner § 123 Rn. 4). Auch *bewegliche* Sachen, wie Wohnwagen oder Campingzelte, fallen hierunter, nicht dagegen reine Beförderungsmittel, wie z.B. ein Pkw (Wessels II/1 § 13 I 2).

9 – *Geschäftsräume:* dazu gehören Räumlichkeiten, die hauptsächlich und für eine gewisse Dauer für gewerbliche oder berufliche, wissenschaftliche oder künstlerische Zwecke verwendet werden (wie insbes. Fabrikhallen, Ladenlokale oder Büroräume). Der Raum muß zwar umgrenzt, aber nicht notwendig verschlossen sein (vgl. S/S-Lenckner § 123 Rn. 5).

10 – *Befriedetes Besitztum:* dadurch wird der Schutz auf Grundstücke erstreckt, die in äußerlich erkennbarer Weise durch zusammenhängende Schutzwehren (Mauer, Zaun, Hecke u. dgl.) gegen das willkürliche Betreten durch andere gesichert sind. Bloße Warn- oder Verbotstafeln genügen zur Befriedung nicht (S/S-Lenckner § 123 Rn. 6).

11 – Abgeschlossene *öffentliche Dienst-* oder *Verkehrsräume:* wie Behördenräume, Schulen, Eisenbahnabteile, Telefonzellen. Auch hier muß der Raum lediglich *abgeschlossen,* d.h. in einer dem befriedeten Besitztum entsprechenden Weise durch physische Hindernisse gegen beliebiges Betreten geschützt, nicht dagegen *ver*schlossen sein (S/S-Lenckner § 123 Rn. 3, 8f).

12 Im vorliegenden Fall war das Zimmer, in dem sich die G befand, unzweifelhaft eine Wohnung i.S. von § 123. Da es jedoch nicht um Raumschutz als solchen, sondern um den „Hausfrieden" in diesem Bereich geht, muß noch ein personales Moment dazukommen:

13 **2.** Das **Hausrecht** über den betroffenen Raum: Dieses wird bei beiden TB-Alternativen bedeutsam, da sowohl das Eindringen (A 21ff) wie auch das Verweilen (A 31ff) gegen den Willen des Berechtigten erfolgen muß. Hausrechts*inhaber* ist, wem die (privatrechtlich oder öffentlichrechtlich begründete) Befugnis, über den Zugang oder Aufenthalt in den geschützten Räumen zu bestimmen, zusteht. Da dieses Recht nicht unbedingt das Eigentum an dem Raum voraussetzt, kommen als Hausrechtsinhaber namentlich auch Mieter (so hier die M: vgl. E 2), Untermieter oder Pächter in Betracht. Zu dem u.U. schwer zu bestimmenden Hausrechtsinhaber bei öffentlichen Dienst- oder Verkehrsräumen (Hörsaal, Bahnhof) vgl. Schulversammlung-Fall OLG Hamburg NJW 1977, 1831 sowie Schulhof-Fall LG Lüneburg NJW 1977, 1832. Besondere Probleme stellen sich bei drei Fallgruppen:

14 a) Im Verhältnis zwischen *Vermieter* und *Mieter* besteht zwar Einigkeit darüber, daß ersterer den vermieteten Raum ohne Erlaubnis des Mieters weder selbst betreten noch anderen den Zutritt gestatten darf (Schäfer LK § 123 Rn. 52), und zwar selbst nach Beendigung des Mietverhältnisses solange nicht, als der Mieter unmittelbaren Besitz der Räume behält (vgl. Dienstwohnung-Fall RGSt 36, 322/3). Demgemäß wäre vorliegend § 123 selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn A als Vermieter trotz Aufforderung die Wohnung der M nicht verlassen hätte. Strittig ist jedoch, ob das Hausrecht des Mieters auch in positivem Sinne so weit geht, jedermann den Zutritt (und zwar auch gegen den Willen des Vermieters) zu erlauben. Während dies die h.L. bejaht und den Vermieter bei Störung durch Gäste des Mieters auf den Zivilrechtsweg verweist (vgl. M-Schroeder II/1 § 30 II 3a, Rudolphi SK § 123 Rn. 15, S/S-Lenckner § 123 Rn. 17), soll nach der Rspr. der Vermieter störende Gäste des Mieters auch gegen dessen Willen aus der Wohnung verweisen dürfen (vgl. Randalierer-Fall OLG Braunschweig NJW 1966, 263 m. Anm. Schröder). Das erscheint jedoch allenfalls bei Hotelzimmern oder Untermietverhältnissen aufgrund stillschweigenden Vorbehalts des Vermieters berechtigt (vgl. Schäfer LK § 123 Rn. 53f).

15 b) Steht das Hausrecht *mehreren Mitinhabern* (wie etwa Ehegatten) zu, so soll nach h.M. jeder befugt sein, Dritten den Aufenthalt zu gestatten, es sei denn, daß dessen Anwesenheit dem Mitberechtigten nicht zumutbar ist (vgl. Schwiegersohn-Fall OLG Hamm NJW 1965, 2067, Rudolphi SK § 123 Rn. 16). Von diesem Fall eines gleichberechtigten Hausrechts ist jedoch die vorliegend relevante Konstellation zu unterscheiden:

A 16 c) Die *Delegierung des Hausrechts* an einen anderen: Das ist grundsätzlich möglich und insoweit unproblematisch, als der Dritte mit der Ausübung des Hausrechts kraft gesetzlicher Stellvertretung (z.B. für den Behördenleiter) oder sonstwie ausdrücklich beauftragt ist (so etwa, wenn hier die M für die Zeit ihrer Abwesenheit eine Nachbarin um die Betreuung ihrer Wohnung gebeten hätte). Wie aber, wenn es an einer solchen ausdrücklichen Delegation fehlt? Auch für diesen Fall wird die stellvertretende Wahrnehmung des Hausrechts durch Dritte grundsätzlich zugelassen. Fraglich sind jedoch Umfang und Begründung:

17 – Eine frühere (bei E 10 angesprochene) Auffassung wollte eine *„rein tatsächliche Vertretung"* (im Unterschied zur ausdrücklichen) neben dem Ehegatten nur den *erwachsenen* Familienangehörigen und Hausangestellten einräumen. Darüber hinausgehend hat vorliegend der BGH ausdrücklich auch *minderjährige* Kinder für vertretungsfähig erklärt (E 11). Und zwar nicht erst aufgrund einer (dogmatisch ohnehin zweifelhaften) „tatsächlichen Vertretung", sondern *kraft Zugehörigkeit zur Familiengemeinschaft* (E 12). Wichtigste Voraussetzung: der Minderjährige muß bereits fähig sein, den Sinn des Hausrechts zu begreifen und die Sachlage vernünftig zu beurteilen. Wichtigste Grenze: der mutmaßliche Wille des Hausrechtsinhabers (E 13). Da hier beides gewahrt, war die G zur Ausübung des Hausrechts befugt (E 9, 14). Insoweit hat der BGH allgemeine Zustimmung gefunden (vgl. insbes. Schröder JR 1967, 304).

18 – Das gleiche Recht wird aufgrund *stillschweigender Bevollmächtigung* auch sonstigen *Dritten* eingeräumt, die zur Tatzeit zur Hausgemeinschaft gehören, wie z.B. die Hausgehilfin oder der zum Besuch weilende Freund (Rudolphi SK § 123 Rn. 21, Schäfer LK § 123 Rn. 61).

19 Eine ganz andere Frage ist, inwieweit es im Einzelfall überhaupt auf eine stellvertretende Wahrnehmung des Hausrechts durch einen Dritten ankommt. Dies könnte von der jeweiligen Tatmodalität abhängen:

20 **B.** Als **TB-Alternativen** nennt § 123 I das *Eindringen* (1. Alt.) und das *aufforderungswidrige Verweilen* (2. Alt.). Vorliegend hatte die StrK nur die 2. Alt. erwogen. Demgegenüber hat jedoch der BGH den *subsidiären* Charakter der 2. Alt. hervorgehoben und deshalb zunächst die Prüfung der 1. Alt. verlangt (E 1).

21 **1. Eindringen (1. Alt.)** bedeutet nach h.M. das *Betreten gegen den* (ausdrücklichen oder mußmaßlichen) *Willen des Berechtigten*. Wenn demgegenüber manche schon ein Betreten *ohne* Einwilligung genügen lassen wollen (Rudolphi SK § 123 Rn. 13), so führt das sachlich doch zu wesentlich gleichen Ergebnissen (vgl. S/S-Lenckner § 123 Rn. 11). Eindringen setzt somit ein zweifaches voraus:

22 a) Das *Betreten* des geschützten Raumes, wofür zumindest ein Teil des Körpers in den Raum hineingelangen muß. Dafür kann bereits das Hineinstellen des Fußes in die Tür oder das Hineingreifen zwecks Entfernen der Sicherungskette genügen (RGSt 39, 440), nicht dagegen das bloße Hineinlangen in einen Türbriefkasten. Ebensowenig genügen sonstige Störungen des Hausfriedens, wie z.B. durch Hineinwerfen von Gegenständen oder Belästigung durch Telefonanrufe.

23 b) *Gegen den Willen des Berechtigten* erfolgt das Betreten grundsätzlich schon dann, wenn der Täter den Raum ohne (ausdrückliches oder konkludentes) Einverständnis des Hausrechtsinhabers betritt (vgl. A 20). Somit setzt das Eindringen in den Privatbereich kein spezielles Betretensverbot gegenüber dem Täter voraus. Gleiches gilt überall dort, wo durch eine äußerlich erkennbare Begrenzung das beliebige Betreten durch Dritte offensichtlich untersagt sein soll. Demzufolge wäre hier der A bereits i.S. der 1. Alt. eingedrungen, wenn er, ohne anzuklopfen oder das „Herein" der G abzuwarten, die Wohnung betreten hätte. Da er jedoch offenbar durch die G eingelassen wurde, könnte das stillschweigende Betretensverbot durch Erlaubnis der G aufgehoben sein. Durch ein solches *Einverständnis* käme nicht erst die Rechtswidrigkeit, sondern bereits die Tatbestandsmäßigkeit des Eindringens in Wegfall (vgl. StrafR-I Nr. 8 A 3f). Dabei können vor allem drei Punkte problematisch werden:

24 α) Die *Befugnis* zum Erteilen der Erlaubnis: Diese steht grundsätzlich dem Hausrechtsinhaber (A 13ff) bzw. seinem Bevollmächtigten (A 19ff) zu. Insofern scheint die vom BGH gestellte Frage nach der Befugnis der G, stellvertretend für die M dem A das Betreten zu gestatten (E 3), in der Tat bereits für die 1. Alt. von Bedeutung. Genau besehen trifft das aber nur für den Fall einer uneingeschränkten (d.h. mit eigener Entscheidungsvollmacht ausgestatteten) Stellvertretung zu (A 16). Soweit sich dagegen der „Vertreter" ohnehin im Rahmen des mutmaßlichen Willens des Hausrechtsinhabers halten muß (A 17f), erfolgt das Betreten schon dann „ohne den Willen des Berech-

A 24 tigten", wenn dies gegen den mutmaßlichen Willen des Hausrechtsinhabers geschieht, ohne daß es also dabei auf den Willen oder die Erklärung des zwischengeschalteten „Vertreters" überhaupt entscheidend ankäme (vgl. Schröder JR 1967, 305). Demzufolge würde es hier an einem Eindringen des A jedenfalls dann fehlen, wenn die G – wie lange auf dem Lande üblich – den Vertreter nicht einfach vor der Türe abzufertigen brauchte, sondern ihn zunächst einmal hereinlassen durfte; denn das wäre dann auch noch vom mutmaßlichen Willen der M gedeckt.

25 β) Fraglich ist ferner, inwieweit eine mit *Willensmängeln* behaftete Erlaubnis beachtlich ist: Soweit der Zutritt *erzwungen* wird (z.B. mit der Drohung, andernfalls die Tür einzutreten), liegt unstreitig Eindringen vor. Gleiches soll nach der h.M. auch für das durch Täuschung *erschlichene* Betreten gelten (vgl. Rauschgifthandel-Fall OLG München NJW 1972, 2275, Amelung-Schall JuS 1975, 567, Rudolphi SK § 123 Rn. 18). Demgegenüber hält eine Mindermeinung das erschlichene Einverständnis für wirksam und demzufolge für TB-ausschließend (Lackner § 123 Anm. 3, S/S-Lenckner § 123 Rn. 22, Wessels II/1 § 13 I 3; vgl. auch Otto NJW 1973, 667); und dies wohl zu Recht, nachdem auch bei Betrug die Vermögensverfügung nicht schon deshalb zu einer unfreiwilligen wird, weil sie durch Täuschung erschlichen ist (vgl. Strafrecht IV Nr. 12 A 2 ff).

26 γ) Dementsprechend wird auch das Betreten *generell zugänglicher*, d.h. dem allgemeinen Publikumsverkehr eröffneter Räume (wie Bahnhöfe oder Warenhäuser) nicht schon dadurch zum Eindringen, daß der Betretende unlautere Zwecke verfolgt, und zwar selbst dann nicht, wenn etwa Diebe oder Penner durch entsprechende Hinweisschilder für unerwünscht erklärt werden. Denn nicht zuletzt aus Gründen der Rechtsklarheit kann eine solche generelle Erlaubnis nur insoweit als zurückgenommen gelten, als dem Betroffenen gegenüber ein spezielles Hausverbot ausgesprochen wird (instruktiv dazu Studienrat-Fall OLG Hamburg JZ 1980, 110) oder das Betreten schon nach seinem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich von der generellen Zugangserlaubnis abweicht, wie etwa bei Betreten einer Bank mit gezogener Waffe (vgl. S/S-Lenckner § 123 Rn. 23 ff, Seier JA 1978, 623 m.w.N. zum Streitstand). Demzufolge macht sich auch ein *Testkäufer* erst dann eines Eindringens schuldig, wenn er mit einem individuellen Hausverbot belegt ist (vgl. LG Frankfurt NJW 1963, 1022 m. Anm. Hanack JuS 1964, 352).

27 c) Nach alledem war hier aktives Eindringen jedenfalls zweifelhaft (A 24). Aber: käme stattdessen **Eindringen durch Unterlassen,** nämlich wegen pflichtwidrigen Nichtentfernens in Frage? Das hängt davon ab, inwieweit die 1. Alt. überhaupt durch Unterlassen verwirklicht werden kann:

28 – Eine Mindermeinung hält dies nur insoweit für möglich, als ein *Garant* eine von ihm *zu überwachende Person* nicht an einem (aktiven) Eindringen hindert (Rudolphi SK § 123 Rn. 19): so etwa der Torkontrolleur, der eine mit Hausverbot belegte Person vorsätzlich einläßt. Nach dieser Auffassung kann bloßes pflichtwidriges Verweilen schon von vornherein nicht unter die 1. Alt. fallen.

29 – Demgegenüber hält die h.M. Eindringen durch Unterlassen sowohl dort für möglich, wo ein *unvorsätzlich Eingedrungener* auch nach Bemerken seines Irrtums in der Wohnung verbleibt (so BGH E 7), wie auch da, wo eine zeitlich begrenzte *Erlaubnis* durch längeres Verweilen *überschritten* wird (Schäfer LK § 123 Rn. 29, S/S-Lenckner § 123 Rn. 15): so etwa, wenn sich ein Museumsbesucher nach Ende der Öffnungszeit einschließen läßt (Schröder JR 1967, 305). Demzufolge käme hier die 1. Alt. jedenfalls von da an in Betracht, wo der A feststellen mußte, daß eine für seine Zeitschriftenwerbung zuständige Person nicht anwesend war. Aber: welche Fälle würden dann eigentlich noch für die 2. Alt. übrigbleiben? Müßte dann nicht konsequenterweise die 1. Alt. auch dort eingreifen, wo durch Aufforderung zum Verlassen die Aufenthaltserlaubnis ihr Ende findet? Vgl. auch Seier JA 1978, 624 f.

30 – Richtigerweise wird daher folgendermaßen zu *differenzieren* sein: Soweit bereits beim Betreten (wenngleich ohne Wissen des Täters) die Erlaubnis gefehlt hat oder der Täter von vornherein über den erlaubten Zeitraum hinaus zum Bleiben entschlossen ist, kommt die 1. Alt. in Betracht. Sobald er dagegen erlaubterweise Zugang fand bzw. sich erst nachträglich zum Verbleiben über den zugelassenen Zeitraum hinaus entschließt, bleibt nur noch Raum für die 2. Alt.: So hier, wenn man davon ausgeht, daß A die Wohnung zunächst erlaubterweise betreten hatte (A 24). Offenbar aufgrund dieser Annahme hat der BGH die 1. Alt. stillschweigend verneint (vgl. E 15). Stattdessen kam in Betracht:

A 31 **2. Aufforderungswidriges Verweilen** (2. Alt.). Diese TB-Alternative enthält ein *echtes* Unterlassungsdelikt (vgl. StrafR II Nr. 30 A 7ff). Sie setzt ein zweifaches voraus:

32 a) Zunächst von Seiten des *Berechtigten* die *Aufforderung* an den Täter, sich zu entfernen. Berechtigt ist in erster Linie der Hausrechtsinhaber (A 13ff) bzw. der an seiner Stelle (ausdrücklich, konkludent oder kraft Familienzugehörigkeit) Bevollmächtigte (A 16ff). Die Aufforderung muß nicht unbedingt ausdrücklich, zumindest aber durch schlüssiges Verhalten manifestiert sein. Anders als beim Eindringen, das letztlich am mutmaßlichen Willen des Hausrechtsinhabers auszurichten ist (A 2), bedarf es bei dessen Abwesenheit für die 2. Alt. einer Aufforderung durch den Bevollmächtigten. Daher war für diese TB-Alternative die Befugnis der G, durch Aufforderung an A, das Hausrecht wahrzunehmen, unverzichtbar (vgl. Schröder JR 1967, 306). Die Befugnis der G dazu hat der BGH zutreffend bejaht (E 9ff).

33 b) Von Seiten des *Täters* muß hinzukommen, daß er trotz Aufforderung zur Entfernung *verweilt*. Dafür genügt, daß er sich nicht unverzüglich entfernt, wobei für die Schnelligkeit des Entfernens die allgemeinen Unterlassungskriterien der Möglichkeit und Zumutbarkeit zu berücksichtigen sind (vgl. StrafR II Nr. 26 A 13ff, Nr. 30 A 11ff). Daher braucht weder der zum Verlassen der Straßenbahn aufgeforderte Fahrgast aus dem fahrenden Wagen zu springen (vgl. RGSt 75, 355/7) noch der ertappte Ehebrecher die Wohnung unbekleidet zu verlassen.

34 *Fazit* für den vorliegenden Fall? Da A trotz unmißverständlicher Aufforderung durch die zur Ausübung des Hausrechts befugte G die Wohnung nicht verließ, hat er die 2. TB-Alternative erfüllt (E 15). – Klärungsbedürftig könnten freilich noch zwei bei § 123 angeführte Merkmale sein:

35 C. Die **„Widerrechtlichkeit"** *des Eindringens* (1. TB-Alt.) bzw. das *Verweilen* **„ohne Befugnis"** (2. TB-Alt.): welche Bedeutung kommt diesen Kriterien zu? Mit der h.M. sind sie nicht als zusätzliche TB-Merkmale, sondern lediglich als Hinweis auf das *allgemeine* Deliktsmerkmal der *Rechtswidrigkeit* zu verstehen (vgl. Schulversammlung-Fall OLG Hamburg NJW 1977, 1831 [unten A 40], S/S-Lenckner § 123 Rn. 31). Daher bedarf die Widerrechtlichkeit bzw. Unbefugtheit keiner positiven Feststellung, sondern ergibt sich aus dem Fehlen von **Rechtfertigungsgründen.** Als solche kommen bei § 123 insbesondere in Betracht:

36 – *Öffentlich-rechtliche Befugnisse* zum Betreten von Wohnungen: z.B. zwecks Pfändung durch den Gerichtsvollzieher oder zu polizeilichen Ermittlungsmaßnahmen.

37 – *Private Befugnisse:* z.B. der Eltern aufgrund ihres Erziehungsrechts gegenüber minderjährigen Kindern. Dagegen hat der Vermieter kein Recht, gegen den Willen des Mieters zu Kontrollzwecken die Wohnung zu betreten. Zu weiteren Einzelheiten vgl. S/S-Lenckner § 123 Rn. 33.

38 – *Zu rechtfertigendem Notstand* (§ 34) zwecks Aufklärung von Straftaten instruktiv (aber umstritten) OLG München NJW 1972, 2275; dazu Amelung-Schall JuS 1975, 568ff.

39 – Sofern allerdings bereits das *Einverständnis* des Hausrechtsinhabers mit dem Betreten vorliegt, entfällt damit nicht erst die Rechtswidrigkeit, sondern schon die Tatbestandsmäßigkeit des Eindringens (vgl. A 21 sowie unten A 47).

40 D. In **subjektiver** Hinsicht genügt bedingter **Vorsatz.** Bei der 1. TB-Alt. muß der Täter insbes. wissen, daß er ohne Erlaubnis des Hausrechtsinhabers eintritt. Glaubt er bei der 2. TB-Alt. trotz der Aufforderung, den Raum zu verlassen, zum Bleiben berechtigt zu sein, so kommen die Regeln über Rechtfertigungsirrtum zum Zuge, da die „Unbefugtheit" bloßes Rechtswidrigkeitsmerkmal ist (A 35; allg. dazu StrafR I Nr. 14). Danach kommt etwa (vorsatzausschließender) Erlaubnis*sachverhalts*irrtum in Betracht, wenn der Gerichtsvollzieher fälschlich glaubt, beim wirklichen Schuldner zu sein und deshalb vollstrecken zu dürfen. Dagegen führt die irrtümliche Anmaßung eines rechtlich nicht bestehenden Aufenthaltsrechts nur zum Verbotsirrtum. Instruktiv dazu OLG Hamburg NJW 1977, 1831 (m. Anm. Gössel JR 1978, 292), wo ein früherer Schulsprecher auch nach seinem Ausscheiden sich noch für berechtigt hielt, trotz Hinausweisung durch den Schulleiter an einer Schulversammlung teilnehmen zu dürfen. Vgl. auch Studienrat-Fall OLG Hamburg JR 1980, 110/1.

41 E. **Ergebnis:** Da vorliegend A weder einen Rechtfertigungsgrund für sich in Anspruch nehmen kann noch seine Vorsätzlichkeit zweifelhaft ist, wurde er zu Recht eines Hausfriedensbruchs nach der 2. TB-Alt. für schuldig befunden (E 15). Für die Strafverfolgung bleibt jedoch das **Strafantrags**erfordernis zu beachten (§ 123 II).

A 42 **F. Strafschärfung** ist bei **schwerem Hausfriedensbruch** (§ 124) vorgesehen. Neben dem Hausrecht ist hier als weiteres Rechtsgut die *öffentliche Sicherheit* mitgeschützt. Insofern rückt § 124 in die Nähe des Landfriedensbruchs (§ 125) und damit in den Kreis der Staatsschutzdelikte i.w.S. (Widerstands-Fall Nr. 13 A 10, 73). Zu weiteren Einzelheiten vgl. S/S-Lenckner § 124 Rn. 1ff.

43 **III. Exkurs: Sonstige Straftaten gegen die Privat- und Geheimsphäre.**
Angesichts der großen Bedeutung, die heute der Privat- und Geheimsphäre zukommt (A 1), ist diese vor allem noch in dreifacher Hinsicht geschützt:

44 **A.** In **§ 201** geht es um den Schutz der **Vertraulichkeit des Wortes.**

1. Schutz*objekt* ist das **nichtöffentlich gesprochene Wort** i.S. einer Gedankenäußerung, die weder an die Allgemeinheit gerichtet noch für Außenstehende ohne weiteres wahrnehmbar ist. Dazu zählen grundsätzlich auch dienstliche Gespräche (vgl. Vernehmungs-Fall OLG Frankfurt JR 1978, 168 m. Anm. Arzt) und Telefonate (vgl. Amtszusage-Fall OLG Karlsruhe NJW 1979, 1513 m. krit. Anm. Ostendorf JR 1979, 466). Zu einer „faktisch" öffentlichen Äußerung instruktiv OLG Celle JR 1977, 338 m. Anm. Arzt.

45 2. Die Schutz*richtung* ist eine doppelte:
a) Zum einen gegen unbefugte **Tonaufnahme** (§ 201 I). Dadurch soll die Unbefangenheit mündlicher Äußerungen im Privatbereich und das „Vertrauen auf die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes" gegen technische Konservierung geschützt werden (Arzt I S. 158, S/S-Lenckner § 201 Rn. 2). Tatbestandsmäßig ist sowohl die *Aufnahme* als solche (Nr. 1) wie auch der *Gebrauch* einer derart hergestellten Aufnahme bzw. das *Zugänglichmachen* an einen Dritten (Nr. 2). Strittig ist dabei, ob für die „so hergestellte" Aufnahme lediglich auf den technischen Vorgang (so etwa Mösl LK[9] § 298 Rn. 6, Welzel § 45 III) oder mit der h.M. auch auf die Unbefugtheit der Herstellung abzuheben ist (in letzterem Sinne wohl zutreffend S/S-Lenckner § 201 Rn. 16f m.w.N.).

46 b) Zum anderen soll durch das **Abhörverbot** (§ 201 II) das nichtöffentlich gesprochene Wort gegen „elektronisches Belauschen" geschützt werden. Dies richtet sich sowohl gegen Mini-Spione als auch gegen das Anzapfen einer Telefonleitung oder den Einbau von Übertragungsgeräten in ein Telefon. Schutzzweck ist auch hier primär die Wahrung der Unbefangenheit beim nichtöffentlichen Gespräch (A 45), wohl aber auch die Verhinderung von Indiskretionen (vgl. M-Schroeder II/1 § 29 I 2).

47 3. Im Erfordernis der **Unbefugtheit** liegt auch hier lediglich ein Hinweis auf die allgemeine Rechtswidrigkeit (vgl. A 35), mit Ausnahme der bereits TB-ausschließenden *Einwilligung,* die vor allem für einverständliche Tonbandaufzeichnungen bedeutsam ist (vgl. S/S-Lenckner § 201 Rn. 13, 29). Soweit man als Rechtfertigungsgrund nicht bereits die *Wahrnehmung berechtigter Interessen* in analoger Anwendung von § 193 genügen lassen will (dazu Eser, Wahrnehmung S. 12ff, 67, Mösl LK[9] § 298 Rn. 16, aber auch Vernehmungs-Fall OLG Frankfurt JR 1978, 168, Samson SK § 201 Rn. 27), kommt u.U. § 34 in Betracht. Doch werden dabei an die Rechtfertigung des Abhörens, weil in die Privatsphäre eingreifend, strengere Anforderungen zu stellen sein (vgl. Telefonabhör-Fall OLG Stuttgart MDR 1977, 683). Zu Abhörbefugnissen zwecks *Strafverfolgung* vgl. §§ 100a, b StPO, zu *Verteidigungs*zwecken vgl. OLG Frankfurt NJW 1979, 1172, zum *präventiven* Abhören (wie etwa im „Fall Traube") vgl. Amelung NJW 1977, 833, aber auch S/S-Lenckner § 34 Rn. 7, § 201 Rn. 35.

48 **B.** Bei **Verletzung des Briefgeheimnisses** (**§ 202**) tritt an die Stelle des gesprochenen die „Vertraulichkeit des *geschriebenen* Wortes", soweit es in Form eines Briefes oder einer gleichzuachtenden Verschließung der unbefugten Kenntnis anderer entzogen sein soll.

49 1. Als *Tathandlung* kommt sowohl das **Öffnen** (Beseitigen oder Unwirksammachen des Verschlusses, ohne daß es unbedingt zur Kenntnisnahme des Inhalts kommen müßte) wie auch die **Inhaltserlangung** *mit Hilfe technischer Mittel* (wie insbes. mit Durchleuchtungsapparaten) in Betracht.

50 2. Die **Unbefugtheit** kann insbes. durch Einwilligung, aufgrund von Erziehungsrechten oder öffentlichen Eröffnungsbefugnisses entfallen (vgl. etwa §§ 99, 100 StPO).

51 3. **Strafschärfung** ist vorgesehen für *Postbeamte,* denen zudem auch die Verletzung des Telegraphen-, Fernsprech- und Fernschreibgeheimnisses bei Strafe verboten ist (§ 354).

A 52 C. Bei **Verletzung von Privatgeheimnissen (§§ 203, 204)** geht es um Vertraulichkeitsschutz im Hinblick auf besondere **berufsspezifische** Verschwiegenheitspflichten. Neben dem individuellen *Indiskretionsschutz* steht daher hier auch (wenn nicht sogar vorrangig) die im Allgemeininteresse liegende *Vertrauenswürdigkeit der betroffenen Berufe* auf dem Spiel (vgl. S/S-Lenckner § 203 Rn. 3 m.w.N. zum Streitstand).

53 1. Schutz*objekt* sind **fremde Geheimnisse:** d.s. einen anderen betreffende Tatsachen, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sind und an deren Geheimhaltung derjenige, den sie betreffen (sog. Geheimnisträger), ein von seinem Standpunkt aus sachlich begründetes Interesse hat oder bei eigener Kenntnis der Tatsachen haben würde (S/S-Lenckner § 203 Rn. 5). Das Geheimnis muß dem Täter entweder **anvertraut** (d.h. im Zusammenhang mit seinem Beruf bewußt mitgeteilt worden) oder im Zusammenhang mit seinem Beruf **sonst bekanntgeworden** sein.

54 2. *Tathandlung* ist bei § 203 das **Offenbaren,** wofür bereits die Mitteilung an eine andere Person als die des Geheimnisträgers selbst genügt, ferner nach § 204 das materielle **Verwerten** eines fremden Geheimnisses. Beide Tatbestände sind insbes. auch für den *Datenschutz* bedeutsam (§ 203 II S. 2).

55 3. Die **Unbefugtheit** kann auch hier durch Zustimmung des Verfügungsberechtigten, ferner aufgrund von öffentlichen Offenbarungspflichten (vgl. etwa §§ 12, 13 GeschlKG, §§ 4, 6 IV BSeuchenG) oder bei rechtfertigenden Notstand (§ 34) entfallen. Zu letzterem instruktiv Schizophrenie-Fall BGH NJW 1968, 2288 m. Anm. Händel NJW 1969, 555. Zu weiteren Einzelheiten vgl. S/S-Lenckner § 203 Rn. 21ff.

56 4. Da es sich um ein *Sonderdelikt* handelt, kann **Täter** jeweils nur ein Angehöriger der in § 203 genannten Berufe sein. Auf *Teilnehmer,* die selbst nicht der Schweigepflicht unterliegen, ist nach h.M. § 28 I anwendbar (vgl. Samson SK § 203 Rn. 51, aber auch S/S-Lenckner § 203 Rn. 73).

57 **IV. Freiheitsberaubung (§ 239).**

Auch einer solchen Tat war der A wegen des einminütigen Abschließens der Tür angeklagt, aber schließlich freigesprochen worden. Da dies jedoch nur mangels Vorsatzes geschah (P), hielt die StrK den objektiven TB des § 239 offenbar für gegeben. Was ist dafür vorausgesetzt?

58 1. Die **Tathandlung** besteht darin, daß ein anderer *des Gebrauchs seiner persönlichen Freiheit beraubt* wird.

59 a) Als wichtigstes *Tatmittel* hebt das Gesetz das **Einsperren** hervor: das Verhindern am Verlassen eines Raumes durch äußere Vorrichtungen. Ob dies (wie hier) durch mechanisches Verschließen der Ausgänge oder dadurch geschieht, daß ein offengelassener Ausgang wegen Gefährlichkeit (hochgelegenes Fenster) oder kompromittierender Anstößigkeit (Bordellausgang) für das Opfer unzumutbar wäre, ist dabei gleichgültig (vgl. RGSt 8, 210, Schäfer LK[9] § 239 Rn. 15f m.w.N.). Auch kann sich der Täter selbst mit einsperren; deshalb wäre hier § 239 nicht deshalb zu verneinen, weil A mit im Zimmer der G verblieb. Zudem kann die Tat auf jede **andere Weise,** durch die der Betroffene am Verlassen seines Aufenthaltsortes gehindert wird, begangen werden: so z.B. durch Gewalt (Anbinden, Fesseln, Betäuben), List (wie etwa durch Vorspiegelung, daß die Tür verschlossen sei), schnelles Weiterfahren (vgl. RGSt 25, 147); ja selbst das Errichten psychischer Schranken mittels Wegnahme der Kleider von Nacktbadenden soll genügen (vgl. D-Tröndle § 239 Rn. 4, M-Schroeder II/1 § 15 II A 3, aber auch einschr. RGSt 6, 231f). Im übrigen kann die Tat sowohl **mittelbar** wie auch durch **Unterlassen** verwirklicht werden: Ersteres etwa dadurch, daß mittels falschverdächtigender Denunziation die Verhaftung veranlaßt wird (vgl. BGHSt 3, 4, 110: StrafR II Nr. 38, insbes. A 20ff; vgl. auch DDR-Fall OLG Düsseldorf NJW 1979, 59/60). Unterlassen kommt etwa in Betracht, wenn jemand einen anderen versehentlich eingesperrt hat und auch nach Erkennen des Versehens nicht herausläßt (vgl. RGSt 24, 339), oder bei Aufrechterhaltung einer Haft über die angeordnete Haftdauer hinaus bzw. nach Wegfall eines Haftgrundes. Zu weiteren Einzelheiten vgl. Schäfer LK[9] § 239 Rn. 17ff, S/S-Eser § 239 Rn. 5ff.

60 b) Die *Wirkung* der Handlung muß gerade darin bestehen, daß dem Betroffenen die **(potentielle) persönliche Fortbewegungsfreiheit** genommen ist. Das ist in zweifacher Hinsicht bedeutsam:

61 α) Zum einen für das *Schutzgut:* Tatobjekt kann *jedermann* sein, der die natürliche Fähigkeit zum Verlassen seines derzeitigen Aufenthaltsortes hat, und sei es auch nur

A 61 mit technischen Hilfsmitteln (Krücken, Rollstuhl) oder fremder Hilfe (Pfleger). Auch kommt es dabei weniger darauf an, ob sich der Betroffene im Tatzeitpunkt gerade fortbewegen wollte (so jedoch Arzt I S. 177), sondern nur darauf, ob er sich fortbewegen könnte, wenn er wollte: Geschützt ist somit nicht nur der aktualisierte Fortbewegungsentschluß, sondern bereits die *potentielle* Bewegungsfreiheit (heute h.M.: vgl. Blei II § 19, 1, M-Schroeder II/1 § 15 II 2, Wessels II/1 § 8 II).

62 Instruktiv dazu der *Amanda-Fall* **BGHSt 14, 314,** wo der A nach einer lebhaften Auseinandersetzung seine noch im Bett liegende Freundin Amanda von außen einschloß, um eine Abtreiberin zu holen, und sie auch nach seiner Rückkehr noch im Bett vorfand. Gegen den Einwand, daß Amanda das Versperren möglicherweise gar nicht bemerkt und ohnehin nicht die Absicht gehabt habe, das Zimmer zu verlassen, führt der BGH aus: **[316]** „Der § 239 schützt die potentielle persönliche Bewegungsfreiheit. In diese wird auch dann eingegriffen, wenn der Betroffene von ihr zur Zeit der Tat und während der Dauer der Einschließung an sich keinen Gebrauch machen will. Entscheidend ist, daß er sich ohne die Beeinträchtigung seiner Bewegungsmöglichkeit fortbegeben könnte, wenn er es wollte; andernfalls wäre z.B. der Kranke oder Ruhebedürftige, der zwar aufstehen könnte, aber wegen seines Zustandes lieber liegenbleiben möchte, durch die Strafdrohung des § 239 nicht geschützt. Das kann nicht rechtens sein".

63 Streitig ist freilich, welche Konsequenzen daraus für das Einsperren oder Anbinden von *Kleinstkindern, Bewußtlosen* oder *Schlafenden* zu ziehen sind: Da zumindest die Fähigkeit zu einem auf Aufenthaltsänderung gerichteten Willensentschluß vorhanden sein muß, sind Kleinstkinder, denen diese Fähigkeit noch abgeht, allenfalls mittelbar über ihre Sorgeberechtigten geschützt (vgl. BayObLG JZ 1952, 237). Dagegen sollen Schlafende und Bewußtlose nach einer Mindermeinung auch während dieses Zustandes unter Abheben auf ihren mutmaßlichen Willen geschützt sein (Schäfer LK[9] § 239 Rn. 12). Dem kann jedoch nur insoweit zugestimmt werden, als der Ausschluß der Bewegungsfreiheit auch noch nach Wiedererlangung des Bewußtseins bzw. gerade für diesen Fall aufrechterhalten bleiben soll (mit gleicher Tendenz Krey I Fall 27, M-Schroeder II/1 § 15 II A 2, Wessels II/1 § 8 II 1; vgl. zum Ganzen auch Meyer-Gerhards JuS 1974, 566ff).

64 β) Zum anderen bedarf die Schutz*richtung* noch einer Präzisierung: § 239 will nur das Verlassenkönnen des derzeitigen Aufenthaltsortes sicherstellen, nicht aber das Erreichen eines bestimmten anderen Ortes ermöglichen. Nach diesem Kriterium der *Raum- oder Platzbindung* ist somit nur der Wille des „weg von X", nicht aber der Wunsch des „hin zu Y" geschützt (heute h.M.; vgl. Schäfer LK[9] § 239 Rn. 2 m.w.N.).

65 *Konsequenz* für den vorliegenden Fall? Daß das Abschließen der Tür ein geeignetes Tatmittel war (A 59), steht außer Frage. Da es zudem allein auf die potentielle Fortbewegungsfreiheit ankommt (A 60f), stünde dem § 239 auch nicht entgegen, daß die G sich während des Abschließens ohnehin nicht aus dem Zimmer entfernen wollte oder sie das Abschließen gar nicht bemerkt hatte. Deshalb könnte hier der objektive TB des § 239 allenfalls noch am *Bagatell*kriterium scheitern, wonach unerhebliche Beeinträchtigungen auszuscheiden sind (z.B. aus Schabernack kurzes Zuhalten der Tür; vgl. S/S-Eser § 239 Rn. 4 m.w.N.). Dazu sah hier die StrK offenbar keinen Anlaß; und dies angesichts des einminütigen Abschließens unter durchaus bedrohlichen Annäherungsversuchen des A wohl zu Recht. – Im übrigen bleibt noch zu beachten:

66 2. Die Tat muß **widerrechtlich** sein (§ 239 I). Doch anders als bei der jeweils eigens feststellungsbedürftigen und TB-ergänzenden „Verwerflichkeit" bei Nötigung (§ 240 II: Sitzstreik-Fall Nr. 12 A 37ff), handelt es sich hier lediglich um einen (überflüssigen) Hinweis auf das allgemeine Rechtswidrigkeitserfordernis (vgl. Zwangsverschickung-Fall BGHSt 3, 357/364, D-Tröndle § 239 Rn. 6 sowie zum ähnlich strukturierten § 123 oben A 35). Deshalb wirkt bereits die Freiheitsberaubung als solche unrechtsbegründend.

67 – Als **Rechtfertigungsgründe** kommen bei § 239 vor allem solche in Betracht, die sonstwo keine allzu große Rolle spielen, wie *Amtsbefugnisse* zur Verhaftung oder vorläufigen Festnahme (§§ 112ff, 127 StPO), zur Unterbringung nach den Verwahrungsgesetzen sowie familienrechtliche Erziehungsrechte. Zu einem Fall „familiärer Selbsthilfe" gegenüber einer geistesgestörten Mutter vgl. BGHSt 13, 197 m. krit. Anm. Sax JZ 1959, 776.

68 – Soweit aber der Betroffene mit seiner Freiheitsbeeinträchtigung **einverstanden** ist, wird damit nicht erst die Rechtswidrigkeit, sondern bereits die Tatbestandsmäßigkeit beseitigt (h.M.; vgl. Eser I Nr. 8 A 1ff). Doch auch davon kann hier keine Rede sein.

A 69 3. Somit konnte hier § 239 allenfalls noch **subjektiv** am Erfordernis des (mindestens bedingten) **Vorsatzes** scheitern. Doch wie sollte dieser hier fehlen, nachdem doch A die Tür offenbar absichtlich abgeschlossen hatte? Die Erklärung für den (im Urteil nicht näher begründeten) Vorsatzmangel könnte darin liegen, daß es dem A nicht um das *Ein*schließen der G, sondern lediglich um das vorsorgliche *Aus*schließen Hinzukommender ging, um bei seinen Annäherungsversuchen an die G nicht hinterrücks ertappt zu werden. Doch auch damit läßt sich sein Freiheitsberaubungsvorsatz nur dann verneinen, wenn er keinesfalls die G am Verlassen des (ohnehin nur von innen abgeschlossenen) Zimmers hindern wollte (insofern anders Amanda-Fall A 62). Ein solches Vorbringen konnte ihm offenbar nicht widerlegt werden, so daß er vom Vorwurf des § 239 konsequenterweise freizusprechen war.

70 4. Sofern jedoch der GrundTB des § 239 I vorsätzlich verwirklicht ist, bleiben noch drei **Strafschärfungsgründe** zu beachten:

71 – Freiheitsentziehung *über 1 Woche* hinaus (§ 239 II 1. Alt.): dazu Kupferschmied-Fall BGHSt 10, 306.

72 – Verursachung einer *schweren Körperverletzung* (§ 224) durch die Freiheitsentziehung oder die während derselben widerfahrenden Behandlung (2. Alt.).

73 – *Tod* des der Freiheit Beraubten *infolge* der Freiheitsentziehung oder die ihm *während* derselben widerfahrenen Behandlung (§ 239 III; instruktiv zur letzten Alternative Scheune-Fall BGHSt 28, 18). Weitergehend als bei § 226 (vgl. Raufhandel-Fall Nr. 9 A 10) braucht hier der Tod nicht unmittelbar auf die freiheitsberaubende Handlung zurückzuführen sein, sondern gilt auch dann als „durch die Freiheitsentziehung verursacht", wenn das Opfer unmittelbar bei dem Versuch, ihr zu entrinnen, tödliche Verletzungen erleidet (Selbstbefreiungs-Fall BGHSt 19, 382/7). Vgl. Schäfer LK[9] § 239 Rn. 39f m.w.N.

74 Da es sich in all diesen Fällen um bloße **Erfolgsqualifizierungen** handelt (h.M.), genügt gemäß § 18 jeweils bereits die *fahrlässige* Herbeiführung der qualifizierenden Folge (näher Augapfel-Fall Nr. 8 A 16ff).

75 **V. Sonstige Tatbestände – Konkurrenzen.**

1. Wegen der unsittlichen Berührungen der 14-jährigen G käme (wegen Überschreitung des Schutzalters) nicht mehr *sexueller Mißbrauch von Kindern* (§ 176), sondern allenfalls *sexuelle Nötigung* (§ 178) in Betracht; doch fehlt es dazu am Nachweis von Gewaltanwendung (vgl. oben P). Allerdings könnte dafür schon das Abschließen genügen, vorausgesetzt freilich, daß dies gerade das Mittel zur sexuellen Handlung sein soll (zur Parallele bei Raub vgl. StrafR IV Nr. 8 A 5ff, 32ff).

76 2. Dagegen kann in der unsittlichen Berührung der G eine **Beleidigung** (§ 185) liegen, und zwar u.U. auch gegenüber der M als Mutter (vgl. BGH NJW 1967, 941/7 sowie Serviererin-Fall Nr. 15 A 13, 18).

77 3. Welche *Konkurrenzen* können sich daraus ergeben? Zwischen dem hier verwirklichten § 123 (A 41) und (gegebenenfalls) den §§ 176, 185 soll nach h.M. Tatmehrheit anzunehmen sein (vgl. BGH aaO A 76 sowie Vergewaltigungs-Fall BGHSt 18, 29/32, Rudolphi SK § 123 Rn. 44); demgegenüber sind nach einer (wohl zutreffenden) Mindermeinung die zur Begründung oder Aufrechterhaltung des Hausfriedensbruchs begangenen bzw. dadurch ermöglichten Taten aufgrund des Dauerdeliktscharakters des § 123 in der Regel zur Tateinheit zusammenzufassen (vgl. StrafR II Nr. 49 A 22, ferner S/S-Lenckner § 123 Rn. 38). Sofern § 239 gegeben wäre, würde der regelmäßig gleichzeitig mitverwirklichte § 240 nach Spezialitätsgrundsätzen zurücktreten, es sei denn, daß sich der Nötigungszweck nicht darin erschöpft, das Opfer zur Duldung der Freiheitsberaubung zu zwingen, sondern dies gleichzeitig zu anderen Zwecken ausgenutzt werden soll; in einem solchen Fall – für den hier allerdings keine Anhaltspunkte gegeben sind – kommt Idealkonkurrenz zwischen §§ 239, 240 in Betracht (vgl. S/S-Eser § 240 Rn. 34). Entsprechendes gilt grundsätzlich auch für das Verhältnis von § 240 zu sonstigen spezielleren Freiheitsdelikten.

78 **Schrifttum:** Allg. zum **Schutz** der **Privat-** und **Geheimsphäre:** *Arzt* I T. 2 G; *Blei* II §§ 29, 31–33; *Bockelmann* II/2 §§ 32–34; *Krey* I Fall 45a; *M-Schroeder* II/1 § 29; *Otto* II § 34; *Welzel* § 45; *Wessels* II/1 § 12, sowie die Kommentare zu den §§ 201–203; ferner *Arzt,* Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre, 1970; *Gallas,* Der Schutz der Persönlichkeit, ZStW 75, 16; *Schünemann,* Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, ZStW 90,

11. **Rechtspolitisch:** *Schilling,* Verschärfter Schutz gegen Abhör- und Aufnahmegeräte?, JZ 1980, 7.

Zum **Hausfriedensbruch:** die Kommentare zu §§ 123, 124 sowie *Arzt* I T. 2 G II; *Blei* II § 30; *Krey* I Fall 42–45; *M-Schroeder* II/1 § 30; *Otto* II § 35; *Welzel* § 44; *Wessels* II/1 § 13. **Speziell:** *Amelung-Schall,* Hausfriedensbruch und Notstandsrechtfertigung, JuS 1975, 565, *Hanack,* Hausfriedensbruch durch Testkäufer, JuS 1964, 352; *Schall,* Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen den Hausfriedensbruch, 1974; *Seier,* Problemfälle des § 123 StGB, JA 1978, 622; *Stückemann,* Der getäuschte Hausrechtsinhaber, JR 1973, 414.

Zur **Freiheitsberaubung:** die Kommentare zu § 239 sowie *Arzt* I T. 2 H II, III; *Blei* II § 19; *Bockelmann* II/2 § 18; *Krey* I Fall 27–28a; *M-Schroeder* § 15; *Otto* II § 28; *Welzel* § 43 II; *Wessels* II/1 § 8 II. **Speziell:** *Meyer-Gerhards,* Sexueller Mißbrauch, Entführung und Freiheitsberaubung bei Bewußtlosigkeit des Opfers, JuS 1974, 566.

Schutzgut und Struktur der Ehrdelikte – Verleumdung (§ 187) – Üble Nachrede (§ 186) – Beleidigung (§ 185) – Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193)

OLG Köln NJW 1964, 2121: Serviererin-Fall

1 Vs 7/64 v. 28. 7. 1964

SV 1 **Sachverhalt:** In einer Fritürenstube des A war die P als Serviererin beschäftigt. Nachdem ihr Tagesumsatz gelegentlich niedriger ausfiel als bei ihrer Vorgängerin und dem A auffiel, daß bei der Abrechnung Bons fehlten, die die P an der Theke gegen die Auslieferung von Speisen abzugeben hatte, sprach er mit seinem Abrechnungsgehilfen N darüber und fragte ihn, ob ihm nichts aufgefallen sei. Dabei hegte er den Verdacht, daß die P
2 im Zusammenspiel mit der an der Theke beschäftigten L Waren ohne Bon abholte und die Bezahlung nicht abführte. Als er nach einem 3-wöchigen Urlaub abends von der Straße aus durchs Fenster beobachtete, daß die P Waren ohne gleichzeitige Abgabe eines Bons entgegennahm, stellte er sie am folgenden Abend mit den Worten zur Rede: „Können Sie
3 mir klarmachen, wie Sie an den geringen Umsatz kommen? Sie verdienen ja weniger als eine Putzfrau!" Als die P entgegnete, dafür könne er sie doch nicht verantwortlich machen, entgegnete A: „Doch, ich mache Sie dafür verantwortlich. Sie haben Waren ohne Bon entnommen. Sie stecken mit Frau L unter einer Decke!" Das Gespräch wurde, ohne
4 daß A dies wußte und wollte, von N zum Teil mitangehört. Über diesen Vorfall verständigte P von sich aus die L sowie ihren Bekannten B. Die Vermutung des A, daß der Umsatzrückgang auf strafbare Machenschaften der P zurückzuführen sei, konnte weder bewiesen noch widerlegt werden.

P **Zur Problemstellung:** Könnte sich dadurch A eines *Ehrdelikts* schuldig gemacht haben?

– Käme dafür nur *Beleidigung* (§ 185) oder auch *üble Nachrede* (§ 186) in Betracht? Aufgrund welcher Äußerung?

– Welche Bedeutung könnte dem Umstand zukommen, daß weder die *Wahrheit* noch die *Unwahrheit* von A's Behauptungen von A *nachgewiesen* werden könnte?

– Könnte sich A auf *Wahrnehmung berechtigter Interessen* (§ 193) berufen? Rechtscharakter?

Das AG fand den A einer üblen Nachrede (§ 186) für schuldig, weil seine Behauptung auf bloßer Vermutung beruhe und ehrenrührig, aber nicht erweislich wahr sei. Auf seine Berufung hat ihn das LG nur wegen Beleidigung (§ 185) verurteilt, da er um das Mitanhören seiner Äußerung gegenüber P durch N nicht gewußt habe; auf § 193 könne er sich nicht berufen. Auf seine Revision hin wurde er vom OLG freigesprochen (wobei freilich die Begründung an methodischer Geradlinigkeit zu wünschen übrig läßt):

E 1 **Aus den Gründen: [2122]** „Ob der A die ehrenrührige Äußerung gegenüber der P in Wahrnehmung berechtigter Interessen getan hat, ob also seine Bezichtigung als Vorhalt und Kündigungsgrund im Rahmen seiner Arbeitgeberinteressen und -pflichten gerecht-
2 fertigt erscheint, kann dahinstehen. Nach den tatsächlichen Feststellungen fehlt es nämlich schon am Tatbestand der Beleidigung, den die Anwendung des § 193 – zumindest systematisch – voraussetzt (Schwarz-Dreher, § 193 A 2).
3 Zu Recht hat die StrK eine üble Nachrede i. S. des § 186 nicht für gegeben erachtet, weil der A seine ehrenrührige Behauptung, die P habe sich der Unredlichkeit im Zusammenwirken mit Frau L schuldig gemacht, nicht gegenüber Dritten hat aufstellen wollen, sondern bewußt nach Dienstschluß der P persönlich vorgehalten und zum Anlaß der fristgerechten Kündigung genommen hat. Unter den Tatbestand der üblen Nachrede fällt nur die ehrverletzende Tatsachenbehauptung gegenüber Dritten, nicht auch diejenige
4 gegenüber dem Betroffenen selbst (RGSt 29, 40; 41, 61; Schönke-Schröder, 11. Aufl., § 186. Anm. II 3b; BayObLG NJW 1959, 57). Der StrK ist auch darin beizupflichten, daß der nicht der Wahrheit entsprechende, gegenüber dem Betroffenen selbst erhobene Vorwurf
5 einer strafbaren Handlung in der Regel eine Beleidigung enthält. Die StrK hat aber verkannt, daß sich die beiden Tatbestände nicht nur in bezug auf den Kundgebungsadressaten unterscheiden, sondern auch in der Beweislast. In Abweichung von dem das Strafrecht beherrschenden Grundsatz, daß die Unmöglichkeit einer vollen Sachverhaltsaufklärung dem Angeklagten zugute kommt, fordert § 186 von demjenigen, der eine ehrenrührige Behauptung gegenüber Dritten aufstellt, den Nachweis der Wahrheit als Strafausschließungsgrund; die Unwahrheit oder Unerweislichkeit der behaupteten Tatsache

E 5 ist nicht Tatbestandsmerkmal, sondern bloße Bedingung der Strafbarkeit (RGSt 62, 83; 65, 425; 69, 81; BGHSt 11, 274; BayObLG NJW 1959, 57; Schönke-Schröder, 11. Aufl. § 186, Anm. III; Kohlrausch-Lange, § 186 Anm. VII u. VIII; Schwarz-Dreher, § 186 Anm. 2
6 D d). Diese Ausnahmeregelung gilt nicht für den Tatbestand der Beleidigung, welche sich bei der Beschuldigung des Betroffenen nur aus deren Unbegründetheit ergeben kann; der wahrheitsgemäße Vorwurf einer strafbaren Handlung enthält für sich allein noch keine Beleidigung, falls nicht die Voraussetzungen des § 192 vorliegen (RG JW 1916, 1026; BayObLG aaO; Kohlrausch-Lange, Vorbem. IV 2 vor § 185). Der Wahrheitsbeweis nimmt daher im Rahmen des § 185 der Bezichtigung nicht nur die Strafbarkeit, sondern
7 die Tatbestandsmäßigkeit. Ist die Wahrheit der Behauptung nicht auszuschließen, dann ist der gesetzliche Tatbestand nicht erfüllt. Zum subjektiven Tatbestand gehört das Wissen des Täters von der Unrichtigkeit seiner Beschuldigung (Kohlrausch-Lange aaO). Derjenige, der den Betroffenen persönlich einer strafbaren Handlung beschuldigt, kann daher nur dann wegen Beleidigung bestraft werden, wenn ihm nachgewiesen wird, daß die von ihm behauptete Tatsache erweislich falsch ist und er dies auch gewußt oder
8 zumindest bewußt in Kauf genommen hat, oder wenn die Voraussetzungen der Formalbeleidigung gemäß § 192 vorliegen. (BayObLG NJW 1959, 57; Schönke-Schröder,
9 11. Aufl., § 185 Rn. 3, 21, Kohlrausch-Lange, aaO). Wie das BayObLG überzeugend ausgeführt hat, ergibt sich die innere Berechtigung der unterschiedlichen Beweisregelung in den §§ 185, 186 daraus, daß durch die Behauptung einer ehrverletzenden Tatsache gegenüber Dritten die Ehre des Betroffenen wesentlich stärker und nachhaltiger angegriffen wird als in einem persönlichen Gespräch, dessen Bekanntwerden in der Hand des
10 Betroffenen liegt. Weder die abl. Anm. von Hartung NJW 1959, 640 noch die von Welzel 7. Aufl., § 41 II 1 a, III 1 geäußerten Bedenken vermögen den Senat von der Berechtigung zu überzeugen, ohne gesetzliche Normierung den Grundsatz, daß Zweifel dem Angeklagten zugute kommen, zu durchbrechen ...

11 Indem die StrK festgestellt hat, der A habe den Wahrheitsbeweis für seine ehrenrührige Behauptung nicht erbringen können, und auf diese Feststellung den Schuldspruch gestützt hat, hat sie gegen den Grundsatz „Im Zweifel für den Angeklagten" verstoßen. Im übrigen lassen die Feststellungen der StrK erkennen, daß dem A eine vorsätzliche falsche Bezichtigung der P nicht nachzuweisen ist. Vielmehr ist dem A nur vorgeworfen worden, sein Verdacht stütze sich nicht auf hinreichende Gründe und sei daher leichtfertig geäußert worden. Daraus ergibt sich, da der A gewisse Verdachtsgründe gehabt hat – mögen sie auch weder zwingend sein noch gar zu der Feststellung ausreichen, die P sei tatsächlich unredlich gewesen, – und daß er auch an die Berechtigung seiner Behauptung
12 geglaubt haben mag. Damit fehlt es sowohl am objektiven als auch am subjektiven Tatbestand der Beleidigung, falls diese nicht aus der Form der Behauptung oder aus den
13 Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht (§ 192). Eine solche „Formalbeleidigung" kann aber aus den beiden Sätzen: „Sie haben Waren ohne Bon entnommen. Sie
14 stecken mit Frau L unter einer Decke!" nicht entnommen werden. Der Vorwurf, mit jemandem unter einer Decke zu stecken, drückt auf volkstümliche Weise nur das Zusam-
15 menwirken zweier Täter aus, enthält aber keine zusätzliche Abfälligkeit. Auch die StrK hat eine Formalbeleidigung nicht für gegeben erachtet, sondern dem A nur zum Vorwurf gemacht, er habe mangels gewissenhafter Prüfung der Verdachtsgründe die Behauptung leichtfertig aufgestellt und sei sich auch bewußt gewesen, daß sie für die P eine schwere Ehrenkränkung bedeute. Dieses Bewußtsein reicht aber für den Tatbestand der Beleidigung durch Tatsachenbehauptung gegenüber der Betroffenen persönlich nicht aus.
16 Nimmt der Täter irrig – wenn auch leichtfertig – an, seine Behauptung sei richtig, so gilt
17 § 59 [a. F.; jetzt § 16], selbst wenn sich die Behauptung in der Hauptverhandlung als falsch erweist (Kohlrausch-Lange, IV 2 vor § 185). Im vorliegenden Falle ist nicht einmal die Unwahrheit seiner Behauptung gegenüber der P erwiesen, sondern die Wahrheit hat sich nicht feststellen lassen. Da sich die Gerichte in zwei tatrichterlichen Instanzen um die möglichst genaue Aufklärung der Vorgänge bemüht haben, ist davon auszugehen, daß sich weitere Feststellungen zu Lasten des A in objektiver und subjektiver Hinsicht nicht treffen lassen werden. Der Senat ist daher in der Lage, gemäß den §§ 353, 354 I StPO unter Aufhebung des angefochtenen Urteils in der Sache selbst zu entscheiden und den A mangels Beweises freizusprechen."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Die Entscheidung hat die sog. *Ehrdelikte* zum Gegenstand. Sie beschäftigt sich primär mit den unterschiedlichen Voraussetzungen der *Beleidigung* (IV) und *üblen Nachrede* (III), wobei dem *Wahrheitsbeweis* (§§ 190, 192) besonderes Gewicht zukommt. Um die Unterschiede dieser Tatbestände zu verdeutlichen, ist zuvor die schwerste Form der Ehrdelikte: die *Verleumdung* (§ 187) zu betrachten (II). Dies alles setzt jedoch voraus, daß man sich zunächst über *Schutzgut* und *Struktur* der Ehrdelikte Klarheit verschafft (I). Abschließend wird insbesondere auf die *Wahrnehmung berechtigter Interessen* (V) sowie besondere *Verfolgungsvoraussetzungen* (VI) einzugehen sein.

A 2 **I. Schutzgut und Struktur der Ehrdelikte.**

1. Daß es bei den §§ 185–200 um den Schutz der **Ehre** geht, ist im Grundsatz unstreitig. Dies besagt jedoch letztlich wenig, da im übrigen völlig kontrovers ist, was unter „Ehre" eigentlich zu verstehen sei:

3 – *Subjektives Ehrgefühl:* mit der Folge, daß die Strafbarkeit von der Selbsteinschätzung des „Beleidigten" abhinge?

4 – *Faktisches Sozialprestige,* das – ob verdient oder nicht – zu respektieren wäre: mit der Folge, daß selbst der nur scheinbar „gute Leumund" zum unantastbaren Schutzwall würde?

5 – Nur der *innere Personenwert:* mit der Folge, daß selbst das verdiente soziale Ansehen ungeschützt bliebe?

6 – Nur der verdiente *„äußere" Geltungsanspruch:* mit der Folge, daß Herabwürdigungen im Intimbereich unerfaßbar blieben?

7 Derartigen *„monistischen"*, weil jeweils einen Einzelaspekt verabsolutierenden Lösungsansätzen (Einzelnachw. bei Herdegen LK[9] 2 vor § 185, Tenckhoff S. 26, 35ff, 74ff) hat der GrSSt im *Sexwerbung-Fall* **BGHSt 11, 67** einen **„dualistischen" Ehrbegriff** entgegengesetzt:

8 Auf die Frage, ob in der unverlangten Zusendung von sexueller Reizliteratur unter dem Titel „Stimmt es in unserer Ehe"? eine Ehrverletzung des Empfängers liegen kann, führt der GrSSt aus: **[70]** „Angriffsobjekt der Beleidigung ist die dem Menschen als Träger geistiger und sittlicher Werte zukommende innere Ehre, **[71]** außerdem seine darauf beruhende Geltung, sein guter Ruf innerhalb der mitmenschlichen Gesellschaft. Wesentliche Grundlage der inneren Ehre und damit Kern der Ehrenhaftigkeit des Menschen ist die ihm unverlierbar von Geburt an zuteilgewordene Personenwürde ... Aus der inneren Ehre fließt der durch § 185 strafbewehrte Rechtsanspruch eines jeden, daß weder seine innere Ehre noch sein guter äußerer Ruf geringschätzig beurteilt oder gar völlig mißachtet, daß er vielmehr entsprechend seiner inneren Ehre behandelt werde." – Diesen inneren Bereich habe der Versender der Sexschriften dadurch verletzt, daß er sich unaufgefordert zum Berater darüber aufgeworfen habe, in welchen Formen jemand die Begegnung und das geschlechtliche Erlebnis mit seinem Partner gestalten soll.

9 Ungeachtet der Frage, ob dieser Schutzwall nach der zwischenzeitlichen Sexwelle auch heute noch ebenso gesetzt werden könnte, verdient der BGH insofern Zustimmung, als er unter Ehre sowohl den in der Menschenwürde begründeten „inneren Personenwert" (A 5) als auch die „soziale Geltung" i. S. eines verdienten Achtungsanspruches (A 6) versteht. Auf einen derart personal-sozial kombinierten, sittlich und rechtlich fundierten und damit letztlich *„normativen" Ehrbegriff* laufen – trotz unterschiedlicher Terminologie und Nuancen – im Grunde nahezu alle gegenwärtigen Definitionsversuche hinaus (vgl. Lackner 1, S/S-Lenckner 1f, je vor § 185 m. w. N.; aufschlußreich zum kriminalpolitischen Hintergrund der Schutzwürdigkeit und -bedürftigkeit Arzt I S. 135ff). Erste Konsequenzen daraus ergeben sich sowohl für die Frage der Beleidigungsfähigkeit (2) wie auch für die Struktur der Ehrdelikte (3).

10 2. a) **Beleidigungsfähig** gegenüber Ehrverletzungen ist unstreitig jede **natürliche Person.** Da es dabei nicht auf das subjektive Ehrempfinden ankommt, können auch Kinder und Geisteskranke beleidigt werden, sofern dadurch ihre menschliche Personwürde verletzt wird (vgl. Heidrun-Fall BGHSt 7, 129/132: Ansinnen eines Quacksalbers gegenüber 10-jähriger, seine sexuellen Praktiken an ihr gegenüber den Eltern zu leugnen).

11 b) Darüber hinaus können auch **Personengesamtheiten** (sog. „Kollektivpersonen") bezüglich ihres sozialen Geltungsanspruches beleidigt werden. Für Behörden und politische Körperschaften ergibt sich dies mittelbar aus § 194 III, IV (vgl. den – im übrigen anfechtbar begründeten – Abgeordnetenhaus-Fall KG JR 1980, 290 m. krit. Anm. Volk). Doch werden darüber hinaus zu Recht auch sonstige Personengemeinschaften geschützt, soweit sie eine rechtlich anerkannte soziale Funktion erfüllen und einen einheitlichen Willen bilden können (S/S-Lenckner 4 vor § 185 m. w. N.; abl. Herdegen LK[9] 15 vor § 185, Hirsch S. 91ff, Wagner JuS 1978, 675f).

12 Grundlegend dazu *Zeitungsverlag-Fall* **BGHSt 6, 186,** wo der A als politischer Überzeugungstäter gegenüber einem als GmbH betriebenen Zeitungsverlag ehrenrührige Tatsachenbehauptungen aufgestellt hatte. Gegen die Behauptung, daß die GmbH nicht beleidigungsfähig sei, wendet der BGH ein: **[189]** „Die Ansicht, Ehre stehe nur der Einzelperson zu, ist zu individualistisch; sie hat einige Zeit überwogen, aber weder gesellschaftlich (in sozialer Beziehung) noch rechtlich trifft sie zu ... **[190]** ‚Jeder brauchbare Verband hält auf seine Ehre' (v. Hippel, Lehrbuch, 1932, S. 218). Dieser *sozial* vorgegebenen Tat-

A 12 sache muß die Rspr. in angemessener Weise und im notwendigen Umfang folgen ... Der Schutz der persönlichen Ehre im geschriebenen Strafgesetz besagt nicht, daß Personengesamtheiten, deren Ehrfähigkeit im Leben allgemein jedermann annimmt, kein Ehrenschutz zukomme (Mezger JZ 1951, 522, Welzel MDR 1951, 503). Mensch und Gemeinschaft stehen in unmittelbarer Beziehung. Die Beleidigungsfähigkeit gewisser Personengesamtheiten ist deshalb anzuerkennen ... **[191]** Es genügt, daß die Personengesamtheiten eine *rechtlich anerkannte gesellschaftliche (auch wirtschaftliche) Aufgabe* („soziale Funktion") *erfüllt* und einen einheitlichen Willen bilden kann. Die Aufgabe braucht keine öffentliche zu sein; sie muß nur im täglichen Leben mit rechtlicher Billigung üblicherweise erfüllt werden. Auf die *Rechtsform* der Personengesamtheit kommt es nicht an; sie stimmt mit deren sozialer Aufgabe oft nicht überein und richtet sich nach anderen Gesichtspunkten. Deshalb genießen auch Kapitalgesellschaften Ehrenschutz". – Dementsprechend werden etwa auch die Gewerkschaft oder das Rote Kreuz selbständig geschützt, nicht dagegen rein gesellige Zufallsvereinigungen, wie z.B. ein Skatclub oder Stammtisch.

13 – Strittig ist, ob dementsprechend auch die **Familie** als solche beleidigungsfähig ist. Die Lehre hat dies bislang überwiegend bejaht (Arth. Kaufmann ZStW 72, 441, M-Schroeder II/1 § 24 II B 2), mit der Folge, daß etwa in Ehebruch oder in unsittlicher Annäherung an die Tochter eine Mißachtung der Familienehre zu erblicken sei. Verneinend dagegen der BGH, wobei freilich die Begründung, daß nur der Einzelperson Menschenwürde und damit Ehre zukomme (Hausgehilfin-Fall NJW 1951, 531/2), schwerlich mit BGHSt 6, 186 (A 12) vereinbar ist. Auch am Gemeinschaftscharakter fehlt es nicht, wohl aber an der korporativen Fähigkeit, nach außen hin als einheitlich handelndes Willensubjekt aufzutreten (so die vordringende Auffassung: vgl. Herdegen LK[9] 20 vor § 185, Hirsch S. 98, S/S-Lenckner 9 vor § 185, Wessels II/1 § 10 I 3). Das schließt jedoch nicht aus, daß durch die Beleidigung eines Familienmitglieds auch die übrigen Angehörigen in ihrer Ehre verletzt sein können, und zwar durch:

14 c) Beleidigung *mehrerer Personen* unter **Kollektivbezeichnung:** Im Unterschied zur zuvor erörterten Beleidigung einer Kollektivperson (A 11), wo die betroffene Personengesamtheit als solche in ihrem sozialen Achtungsanspruch tangiert wird („Die X-Stiftung verfolgt verfassungsfeindliche Ziele"), geht es hier um die Beleidigung bestimmter Einzelpersonen durch eine Gesamtbezeichnung. Dies kann auf zweifache Weise geschehen:

15 – Einmal dadurch, daß der Täter den *Personenkreis bezeichnet,* auf den sich seine ehrkränkende Äußerung bezieht: „Der Stiftungsrat (also im Klartext seine einzelnen Mitglieder) mißbraucht Stiftungsgelder". Auf jeden Fall ist jedoch erforderlich, daß der betroffene Personenkreis klar umgrenzt ist und deutlich aus der Allgemeinheit hervortritt. Dies ist etwa zu verneinen, wenn pauschal „die Akademiker" oder „die Polizei" beschimpft werden, nicht dagegen dort, wo sich aus dem Gesamtzusammenhang entnehmen läßt, daß die in einen bestimmten Vorfall verwickelten Polizeibeamten gemeint sind (auf diesem Wege zutreffend Polizeiterror-Fall OLG Frankfurt NJW 1977, 1353; insoweit zust. Wagner JuS 1978, 677). Eine solche Umgrenzbarkeit der betroffenen Einzelpersonen wurde sowohl im Richterbeschimpfungs-Fall KG JR 1978, 422 wie auch im Stern-Fall LG Hamburg NJW 1980, 56 („Die Frauen" als Sexualobjekt) zu Recht verneint. Zweifelhaft daher auch die Judenbeschimpfungs-Fälle BGHSt 11, 207, BGH NJW 1980, 45.

16 – Zum anderen kann eine Kollektivbeleidigung darin liegen, daß an sich nur ein einzelnes Mitglied des Personenkreises getroffen werden soll, jedoch *offenbleibt, wer gemeint ist,* so daß jeder einzelne betroffen sein kann.

17 Instruktiv dazu der *Fraktionsverdächtigungs-Fall* **BGHSt 14, 48,** wo ein Journalist zwei Mitglieder der X-Fraktion verfassungsfeindlicher Umtriebe beschuldigte, ohne die Namen zu nennen. Darin hat der BGH eine üble Nachrede gegenüber allen Fraktionsmitgliedern erblickt. Denn: **[49]** „Gerade weil A diese [von ihm Gemeinten] nicht mit Namen nannte, wurde auf jedes Mitglied der Verdacht der Förderung staatsgefährdender Umtriebe geworfen. Für die Annahme einer Ehrenkränkung ist es nicht erforderlich, daß die betroffenen **[50]** einzelnen Personen direkt bezichtigt werden, unehrenhaft gehandelt zu haben. Es genügt die Kennzeichnung der Personen dergestalt, daß auf sie der Verdacht unehrenhaften Handelns fällt ... Voraussetzung ist, daß der Täter sich vorstellt, daß der Verdacht auf alle Mitglieder der Personengesamtheit bezogen wird, und daß er ihn gleichwohl in dieser Form äußert. Die ehrenkränkende Behauptung enthält dann eine Beleidigung aller zu der Personengesamtheit gehörenden einzelnen unter einer Kollektivbezeichnung". – Vgl. auch Lamprecht ZRP 1973, 215.

A 18 d) Nicht zu verwechseln mit dem Vorangehenden ist die **mittelbare Beleidigung,** bei der über den unmittelbar Betroffenen hinaus auch noch Dritte in ihrer Ehre verletzt werden: so etwa durch Beschimpfung eines Jungen als „Hurensohn", womit gleichzeitig die Mutter als Hure hingestellt wird. Freilich geht dabei die Rspr. teils zu weit, wenn sie in einem sexuellen Angriff auf ein Kind zugleich eine Beleidigung seiner Eltern (vgl. BGHSt 7, 129/130: oben A 10) oder im Ehebruch einen Angriff auf die Ehre des betrogenen Ehemannes erblicken will (BGH NJW 1952, 476). Dem ist nur dort zu folgen, wo sich die Kränkung des betrogenen Ehegatten nicht aus dem Ehebruch an sich, sondern aus etwaigen kompromittierenden Begleitumständen ergibt (vgl. Herdegen LK[9] 21ff vor § 185).

19 3. Auch im **System der Ehrdelikte** kommt die „dualistische" Schutzrichtung des Ehrbegriffs zum Ausdruck:

20 a) So bei den **Tatmodalitäten** darin, daß

– einerseits *Beleidigung* (§ 185), wenn auch nicht ausschließlich so doch primär, den *„inneren" Personwert* betrifft: Deshalb werden hier auch Kränkungen allein zwischen Täter und Opfer – also ohne Rücksicht auf ihre soziale Auswirkung – erfaßt (vgl. A 61);

21 – und daß andererseits durch *üble Nachrede* (§§ 186, 187a I) und *Verleumdung* (§§ 187, 187a II) primär der *soziale Geltungsanspruch* angetastet wird: Deshalb setzt hier die Tatbegehung eine Herabwürdigung gegenüber Dritten voraus.

22 b) Daß dabei grundsätzlich nur der **verdiente Geltungsanspruch** (A 6, 7) geschützt sein soll, zeigt sich in zweierlei:

– in der Zulassung des Wahrheitsbeweises (§ 192),

– in der Zulässigkeit berechtigten Tadels (§ 193),

wobei freilich jeweils vorausgesetzt ist, daß nicht schon in der Form der Mißachtung eine Beleidigung liegt (sog. *Formalbeleidigung*). Vgl. Arzt I S. 146ff.

23 c) Daraus folgt für das **Verhältnis der §§ 185–189** zueinander, daß § 185 weder als Grundtatbestand noch als Generalnenner aller Ehrdelikte zu verstehen ist (vgl. Wessels II/1 § 11 I gegen Herdegen LK[9] 29 vor § 185), sondern jeder Tatbestand seinen *spezifischen Schutzzweck* hat, und zwar:

23a – **§ 187** gegenüber bewußt wahrheitswidrigen rufschädigenden Tatsachenbehauptungen: daher *Verletzungs*delikt.

23b – **§ 186** gegenüber nicht erweislich wahren rufschädigenden Tatsachenbehauptungen: daher zwar (weil möglicherweise wahre Behauptung) kein Verletzungsdelikt, wohl aber (weil möglicherweise unwahr) ein *Gefährdungs*delikt.

23c – **§ 185** gegenüber sonstigen die personale oder soziale Achtung tangierenden Tatsachenbehauptungen oder Werturteilen: insofern bildet § 185 immerhin eine Art *AuffangTB.*

23d – **§ 189** gegenüber der Verunglimpfung des Verstorbenen im Hinblick auf seine den Tod überdauernde menschliche und soziale Leistung (zu abw. Deutungen vgl. S/S-Lenckner § 189 Rn. 1). Instruktiv Leichenverschandlungs-Fall BayObLG JZ 1951, 786.

23e – Soweit *sonstige* Tatbestände gegen Ehrverletzungen gerichtet sind (§§ 90, 90a, 90b, 103), geht es um die gesteigerte Achtung der staatspolitischen oder völkerrechtlichen Stellung des Betroffenen.

24 d) Strukturell ist schließlich noch bedeutsam, daß die für Ehrdelikte charakteristische **Kundgabe der Mißachtung** sowohl in *Tatsachenbehauptungen* als auch in reinen *Werturteilen* bestehen kann, wobei aber letztere – weil mangels tatsächlicher Belege meist weniger rufgefährdend (E 9, Hirsch S. 210) – nur durch § 185 erfaßt werden. Damit sind Unterscheidungen angesprochen, die sich am besten anhand der einzelnen EhrschutzTBe verdeutlichen lassen. Dabei soll – entgegen der gesetzlichen Reihenfolge – vom schwersten Ehrdelikt: der Verleumdung (§ 187), ausgegangen werden (II), um über § 186 (III) schließlich auf § 185 als dem AuffangTB (A 23c) zurückzukommen (IV).

25 **II. Verleumdung (§§ 187, 187a II).**

Frage: Was hätte im vorliegenden Fall A tun müssen, um wegen einer verleumderischen Ehrverletzung (A 23a) strafbar zu sein?

26 1. Als **Tathandlung** setzt § 187 (ebenso wie § 186) eine *Tatsachenbehauptung in bezug auf einen anderen* (Opfer = O) *gegenüber einem Dritten* (D) voraus. Das erfordert ein dreifaches:

27 a) *Gegenstand* der Behauptung muß eine **Tatsache** sein: d. h. konkrete Vorgänge oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, gleich ob solche der Außenwelt

A 27 (hier: Entgegennahme von Waren ohne Bon) oder des Innenlebens (betrügerische Absicht). Die damit gebotene **Abgrenzung von bloßen Werturteilen** („P ist kriminell") läßt sich freilich nicht einfach auf eine Gegenüberstellung von Faktum und Wertung verkürzen; denn ebenso wie in einer Tatsachenbehauptung („P hat bei der Abrechnung manipuliert") implizite eine Wertung liegen kann („also ist P kriminell"), kann umgekehrt eine scheinbar bloße Wertung („P ist Betrüger") zugleich eine erkennbar auf einen bestimmten Vorgang bezogene Tatsachenbehauptung („P hat bei der Abrechnung betrogen") beinhalten. Statt vordergründig zwischen Fakten und Wertungen ist daher abzugrenzen zwischen *Tatsachenäußerungen* oder (durch bestimmte Tatsachen) *substantiierten Bewertungen* einerseits: dann primär §§ 186, 187, und *reinen* (d.h. nicht durch erkennbare Tatsachen substantiierten) *Werturteilen und Meinungsäußerungen* andererseits: dann allenfalls § 185. Vgl. Hirsch S. 210ff. Als *Faustregel* kann dabei helfen: Was einem Wahrheitsbeweis (teil)zugänglich ist, ist Tatsache; wo die Richtigkeit Sache persönlicher Überzeugung bleibt, liegt ein Werturteil vor (Arzt I S. 144).

28 Instruktiv zu dieser oft recht schwierigen Abgrenzung der *Wohleb-Fall* **BGHSt 12, 287:** Nachdem der zunächst erbittert gegen die Bildung des Südweststaats kämpfende Wohleb überraschend in die neue Regierung von Baden-Württemberg eingetreten war, nannte ihn A in einem Leserbrief einen „zwiespältigen Charakter", der seiner südbadischen Heimat um rein persönlicher Interessen willen untreu geworden sei und von der Bühne des politischen und gesellschaftlichen Lebens für immer verschwinden müsse. Gegen die Auffassung des LG, daß in der Behauptung eigennütziger Motive keine Tatsache i.S. von §§ 186, 187, sondern lediglich eine Wertung liege, führt der BGH aus:

[291] „Bei der Beurteilung einer Äußerung als Behauptung einer inneren Tatsache [eigennützige Motive von Wohleb] oder eines bloßen Werturteils kommt es, sofern es sich wie hier um eine konkrete, den Beweisen zugängliche Tatsache handelt, grundsätzlich nicht darauf an, wie der Äußernde zu seiner Meinung oder Überzeugung gelangt ist, sondern darauf, ob seine Äußerung die innere Tatsache so deutlich umschreibt, daß auch ein nicht unterrichteter Dritter die Schlußfolgerung mitvollziehen und die einer etwaigen Wertung zugrundeliegenden Tatsache erkennen kann, oder ob die Äußerung die Mitteilung solcher tatsächlicher Anhaltspunkte vermissen läßt und nicht erkennbar macht, auf welcher Tatsachengrundlage ein ausgesprochenes Werturteil beruht". Hinreichende Anhaltspunkte dafür sieht der BGH in der Beschreibung der konkreten Umstände des Frontwechsels von W. „Was sich daran an Wertung anschließt, baut auf dieser Tatsachenbehauptung". Auch sei es unrichtig, „ein die Tatsachenbehauptung überwiegendes Werturteil" anzunehmen: „Davon kann, wenn es sich um eine in der beleidigenden Äußerung so bestimmt nach Art, Zeit und Begleitumständen bezeichnete ehrenrührige innere Tatsache handelt, nicht die Rede sein. Der Tatbestand des § 186 [um dementsprechend der des § 187] trifft nicht nur dann zu, wenn der Täter sich darauf beschränkt, die ehrenrührige Tatsache völlig kommentarlos zu behaupten, sondern selbstverständlich auch dann, wenn er sich **[292]** zusätzlich ausdrücklich auch dazu ausläßt, in welcher Weise der Verletzte dadurch in der öffentlichen Meinung herabgewürdigt wird, wenn er also in seine Äußerung auch die aus der ehrenrührigen Tatsache abgeleiteten Werturteile aufnimmt. Es kann nicht in der Hand des Täters liegen, die Anwendung des Tatbestandes der üblen Nachrede oder gar der Verleumdung einfach dadurch auszuschließen, daß er aus der ehrenrührigen Tatsachenbehauptung entspringende Werturteile anfügt und damit aufs Ganze gesehen etwas noch Verwerflicheres tut. Nicht anders kann es sich verhalten, wenn im äußeren Zusammenhang mit der ehrenrührigen Tatsachenbehauptung ehrverletzende Werturteile ausgesprochen werden, die nicht oder nicht ausschließlich aus dieser Tatsachenbehauptung ableitbar sind. Hier wird dann Tateinheit zwischen § 186 und § 185 vorliegen (BGHSt 6, 159/161)." – Zu dem vom BGH angesprochenen „Überwiegen des Werturteils gegenüber der Tatsachenbehauptung" vgl. Adenauer-Fall BGHSt 6, 357. Vgl. auch unten A 78.

29 *Frage:* Wie sind danach hier die Äußerungen des A einzuordnen? Hätte er sich darauf beschränkt, Zweifel an der Redlichkeit der P zu äußern, ohne dies mit bestimmten Beobachtungen zu begründen, hätte es sich um ein bloßes Werturteil gehandelt. Da er seinen Verdacht jedoch damit zu belegen versuchte, daß P Waren ohne Bon genommen habe, hat seine Äußerung auch Tatsachen zum Gegenstand.

30 b) **Form der Kundgabe:** die Tatsache muß *behauptet* oder *verbreitet* werden.

31 – **Behaupten** heißt, etwas als nach *eigener Überzeugung* gewiß oder richtig hinstellen, wobei gleichgültig ist, ob dies als Produkt eigener Wahrnehmung oder lediglich als Identifizierung mit fremden Wahrnehmungen oder Mitteilungen erscheint. Dies kann auch in verklausulierter Form, wie etwa durch Vermutungen, Verdachtsäußerungen oder schlicht als Frage, geschehen: so z.B. dadurch, daß einem Richter sachfremde Erwägungen unterstellt werden („zumindest rein theoretisch sei eine Bestechlichkeit

A 31 des Richters nicht völlig auszuschließen": OLG Hamm NJW 1971, 853). Dementsprechend könnte auch hier eine Tatsachenbehauptung bereits in der Frage an N liegen, ob nicht auch ihm bei der Abrechnung von Bons etwas Verdächtiges aufgefallen sei (SV 1). Nicht genügend wäre dagegen das bloße *Schaffen einer nachteiligen Beweislage,* wie etwa durch Unterschieben von verdächtigem Material oder Vernichten von Beweismitteln. Denn obwohl der ehrverletzende Erfolg der gleiche wie bei einer ausdrücklichen Behauptung sein kann, setzt letzterer zumindest eine Äußerung voraus, hinter der jemand als (angeblicher oder wirklicher) Urheber der Erklärung steht (S/S-Lenckner § 186 Rn. 6a).

32 – **Verbreiten** bedeutet die Weitergabe von Tatsachenmitteilungen eines anderen, ohne daß sich der Verbreitende damit identifizieren müßte. Dafür kann auch schon die Weitergabe eines Gerüchts als „bloßes Gerücht" genügen (vgl. Callgirlring-Fall BGHSt 18, 182/3), es sei denn, daß das Gerücht gleichzeitig mit distanzierenden Gegentatsachen entkräftet wird (vgl. Hansen JR 1974, 406ff).

33 c) **Drittbezug:** Die Tatsache muß sich *auf einen anderen beziehen* (O) und *gegenüber einem Dritten* (D) kundgegeben (bzw. für D vernehmbar geäußert) werden (A 26). Das bedeutet, daß Verleumdung oder üble Nachrede zumindest 3 Personen voraussetzen: den Täter als Kundgeber, den O als das durch die Tatsachenbehauptung betroffene Opfer, den D als Adressat (bzw. Mithörer) der Kundgabe. An dieser *Dreieckskonstellation* fehlt es sowohl dort, wo die fragliche Tatsache den Adressaten selbst betrifft und an keine sonstige Person gelangt (Identität von O und D: dann allenfalls § 185, unten A 64), wie auch da, wo die Tatsache zwar einem D gegenüber kundgetan wird, der davon betroffene O jedoch nicht, und zwar nicht einmal aufgrund einer Kollektivbeziehung (A 14), identifizierbar ist. Im übrigen jedoch ist gleichgültig, ob O von der Kundgabe gegenüber D erfährt oder ob er vielleicht sogar selbst mit anwesend ist, geschweige daß die §§ 186, 187 dadurch ausgeschlossen würden, daß über D hinaus auch noch andere Personen Kenntnis erlangen. Denn entscheidend ist allein, daß über den betroffenen O hinaus zumindest noch ein D unmittelbar oder mittelbar von der Behauptung Kenntnis erlangt (vgl. S/S-Lenckner § 186 Rn. 8 m.w.N.).

34 *Frage:* Wie sind danach Äußerungen **im engsten Familienkreis** zu beurteilen, so wenn etwa A seinen Verdacht nicht gegenüber dem Angestellten N, sondern lediglich gegenüber seiner Frau F geäußert hätte? Das RG wollte auch dies genügen lassen, da selbst bei vertraulichen Mitteilungen gegen Zusicherung der Verschwiegenheit nun einmal eine gewollte Kundgebung an einen anderen vorliege (vgl. Mutterbrief-Fall RGSt 71, 159/161). Demgegenüber sieht die heutige h.M. jedenfalls im Familienkreis (und teils auch noch in besonders engen Freundschaftsverhältnissen) eine „beleidigungsfreie Intimsphäre", sofern dabei Vertraulichkeit gewährleistet erscheint (vgl. Herdegen LK[9] § 185 Rn. 7, S/S-Lenckner § 185 Rn. 8, § 186 Rn. 9, § 187 Rn. 2 sowie mit Vorbehalt bei § 187 Wessels II/1 § 10 II 2). Dem ist im Grundsatz zuzustimmen; denn ähnlich wie ehrenrührige Behauptungen im Selbstgespräch oder in Tagebuchnotizen tatbestandlich nicht erfaßt werden, wird auch bei Äußerungen im familiären „forum internum" das soziale Ansehen des Betroffenen nicht erschüttert. Ob dies freilich auch für sonstige Vertrauensverhältnisse gelten kann, bleibt schon deshalb zweifelhaft, weil damit die natürliche zahlenmäßige Begrenzung leicht durch kettenartige Vertraulichkeitszirkel übersprungen wird. Vgl. auch BayObLG MDR 1976, 1036 sowie speziell zum Verhältnis von Anwalt-Mandant Praml NJW 1976, 1967.

35 *Fazit* für die hier in Frage stehenden Äußerungen des A? Sowohl ihr Tatsachengehalt (A 26) wie auch ihr Drittbezug (A 33) ist zu bejahen: Bei den Äußerungen gegenüber N (SV 1) liegt dies auf der Hand. Doch gilt Gleiches auch für das Gespräch des A mit P (SV 2, 3); denn da auch hier der N mithörte, geriet er in die Rolle des D; daß dies ohne Wissen des A geschah, vermag allenfalls seinen Vorsatz auszuschließen (A 41a). Entsprechendes gilt auch für das Weitererzählen der P an L (SV 4), da diese damit mittelbar zur D wird. – Unrechtsrelevant werden diese Tatsachenbehauptungen freilich erst dann, wenn sie ein weiteres Merkmal aufweisen:

36 2. Die **Ehrenrührigkeit** der Tatsachenbehauptung: Dafür muß sie *geeignet* sein, entweder

36a – den anderen *verächtlich zu machen:* d.h. als eine Person hinzustellen, die ihren (im weitesten Sinne) sittlichen Pflichten nicht gerecht wird bzw. nicht geworden ist, wie etwa durch strafrechtliche oder disziplinarische Verfehlungen, unmoralischen Lebenswandel oder Rücksichtslosigkeit gegenüber anderen (Blei II § 26 I 1b),

36b – oder den anderen *in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen,* indem er einer

A 36b breiteren Öffentlichkeit als jemand hingestellt wird, der seinen Aufgaben nicht gewachsen ist, z.B. als Berufsversager oder „Verräter" seiner Sache,

36c – oder seinen *Kredit zu gefährden:* so etwa durch Bezeichnung als „Bankrotteur".

37 Da es lediglich auf die *Geeignetheit* zu solchen Wirkungen ankommt, setzt die Tatvollendung nicht unbedingt den Nachweis einer tatsächlichen Ehreinbuße voraus.

38 *Vorliegend* dürfte jedenfalls in der Behauptung des A gegenüber P, daß sie in Komplizenschaft mit L Waren ohne Bon entgegennehme, ein Verächtlichmachen liegen, weil darin der Vorwurf einer strafbaren Handlung (Nichtabführen des Erlöses) durch Unterschlagung oder Betrug steckt (SV 3, 4). Dagegen ist in der Gleichstellung mit einer Putzfrau (SV 2) ein Herabwürdigen der P allenfalls dann zu erblicken, wenn damit nicht nur das Ausmaß des Umsatzrückganges verdeutlicht, sondern die P sozial deklassiert werden sollte – beim heutigen Image der „Raumpflegerin" wahrscheinlich ein untauglicher Herabwürdigungsversuch. Auch in der Frage an N, ob ihm bei der Abrechnung etwas aufgefallen sei (SV 1), wird man so lange keine Ehrenrührigkeit erblikken können, als A nicht zugleich auch die kompromittierenden Verdachtsmomente äußert. – Worin die hier beteiligten Gerichtsinstanzen die Ehrenrührigkeit erblickt haben, läßt sich der OLG-Entscheidung nicht mit Sicherheit entnehmen. Keinesfalls darf aus der Verneinung von § 185 bei E 1 geschlossen werden, daß es bereits an der Ehrenrührigkeit gefehlt habe; denn wie noch zu zeigen sein wird, scheitern die §§ 185, 186 erst aus anderen Gründen (A 56, 70). – Bei § 187 muß ohnehin noch ein weiteres Merkmal hinzukommen:

39 3. Die **Unwahrheit** der Tatsachenbehauptung: Dabei handelt es sich hier – anders als bei § 186 (A 48ff) – um ein echtes *TB-Merkmal;* denn der ehrverletzende Charakter der Verleumdung liegt gerade darin, daß das verdiente soziale Ansehen des Betroffenen durch objektiv ungerechtfertigte Angriffe erschüttert wird. *Unwahr* ist die ehrenrührige Tatsachenbehauptung dann, wenn sie in ihrem wesentlichen Kern nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt; geringfügige Übertreibungen oder nebensächliche Unrichtigkeit bleiben außer Betracht. Da dem Täter die Unwahrheit seiner Tatsachenbehauptung nachgewiesen werden muß, scheidet § 187 schon tatbestandlich aus, wenn die Unwahrheit zweifelhaft bleibt.

40 Solche Zweifel kamen hier dem A zugute, da die Unwahrheit seiner Behauptung nicht nachweisbar war (E 16) und demzufolge § 187 schon aus objektiven TB-Mängeln ausschied. Statt dessen haben AG und LG zu Recht § 186 in Erwägung gezogen, da dieser ja gerade bei Nichterweislichkeit der Wahrheit eingreift (A 23b). Doch zunächst bleiben noch sonstige Merkmale des § 187 zu betrachten:

41 4. Für den **subjektiven** Tatbestand ist **Vorsatz** erforderlich, wobei zweierlei auseinanderzuhalten ist:

41a – Hinsichtlich *Drittbezug* (A 33) und *Ehrenrührigkeit* (A 36) der Tatsachenbehauptung genügt *bedingter* Vorsatz. Bereits dies hat dem A insoweit gefehlt, als er vom Mithören seiner Vorwürfe gegen P (O) durch N (D) nicht wußte (SV 2, 3). Immerhin lag aber ein drittbezogener Vorsatz darin, daß durch den Vorwurf der Komplizenschaft mit L auch diese ihrerseits in ihrer Ehre verletzt wurde (O) und sich dabei die P in der Rolle des D befand.

41b – Dagegen muß bezüglich der *Unwahrheit* der Täter *wider besseres Wissen* handeln, d.h. positive Kenntnis von der Unwahrheit haben. Ein solcher Vorsatz wäre dem A nicht nachzuweisen, so daß § 187 jedenfalls aus subjektiven Gründen scheitern muß.

42 5. Für eine etwaige **Rechtfertigung** nach § 193 ist – anders als bei §§ 185, 186 – bei Verleumdung grundsätzlich kein Raum, da die Verfolgung eines berechtigten Zweckes mit bewußter Lüge unvereinbar ist (vgl. S/S-Lenckner § 193 Rn. 4). Dagegen wird § 34 auch gegenüber Verleumdung nicht ausgeschlossen sein, wenn dies das einzige Mittel ist, um ein höherwertiges Rechtsgut zu retten.

43 6. **Strafschärfungen** sind in zweifacher Hinsicht vorgesehen:
– Zum einen bei *öffentlicher* oder sonstiger Verleumdung mit Breitenwirkung (§ 187 Alt. 2),
– zum anderen bei Verleumdung gegen Personen des *politischen* Lebens (§ 187a II).

44 *Zwischenergebnis:* Da vorliegend eine verleumderische Ehrverletzung sowohl wegen objektiver Nichterweislichkeit der Unwahrheit (A 40) wie auch mangels Unwahrheitsvorsatzes (A 41b) zu verneinen war, stellt sich die Frage nach dem nächstschweren Delikt:

A 45 **III. Üble Nachrede (§§ 186, 187a I).**

Eine solche war hier vom AG bejaht, vom LG hingegen verneint worden: Worauf kommt es dabei an?

46 1. Hinsichtlich der *Tathandlung* gilt Gleiches wie für § 187: Es muß sich um eine **Tatsachenbehauptung mit Drittbezug** handeln (A 26–34). – Das ist hier objektiv der Fall (A 35).

47 2. Auch die **Ehrenrührigkeit** der Tatsachenbehauptung richtet sich nach gleichen Grundsätzen wie bei § 187, mit der Einschränkung freilich, daß lediglich das *Verächtlichmachen* (A 26a) und *Herabwürdigen* (A 26b) tatbestandsmäßig ist, nicht dagegen die Kreditgefährdung (A 26c). – Daran fehlt es jedenfalls bei der Äußerung gegenüber N (SV 1; vgl. A 38).

48 3. Die **Nichterweislichkeit der Tatsache.** Erst bei diesem Wahrheitskriterium gehen § 187 und § 186 getrennte Wege: Während § 187 als Verletzungsdelikt die Unwahrheit der Tatsachenbehauptung voraussetzt (A 39), besteht der Gefährdungscharakter des § 186 (A 23b) gerade darin, daß durch eine möglicherweise unwahre Behauptung das soziale Ansehen des Betroffenen beeinträchtigt wird. Dem glaubte der Gesetzgeber durch eine Art von Beweisregel entgegenwirken zu müssen, deren Zweck freilich nur dann verständlich wird, wenn man sich den dahinterstehenden Interessenkonflikt verdeutlicht: Angesichts des Widerstreits zwischen

– legitimer Entlarvung unverdienten Sozialprestiges und damit dem grundsätzlichen Recht zu wahren, wenngleich ehrenrührigen Behauptungen einerseits (A 22)

– und dem Schutzinteresse des Betroffenen gegenüber Rufgefährdung infolge möglicherweise unwahrer Behauptungen andererseits,

soll bei Zweifelhaftigkeit der Wahrheit das Schutzinteresse des Betroffenen Vorrang haben. Und dies wohl zu Recht: denn die diffamierende Wirkung von unbewiesenen Gerüchten, gegen die sich der Betroffene meist nicht wirksam wehren kann, ist kaum geringer als die von wahren Behauptungen. Was sind die wesentlichen Konsequenzen?

49 a) Das **Beweisrisiko** der Wahrheitserforschung, das sonst „in dubio pro reo" die Anklage zu tragen hat, wird hier dem *Täter* auferlegt. Das bedeutet freilich *nicht*, daß ihn damit auch die *Beweisführungslast* treffen würde; vielmehr bleibt diese beim Gericht, das – wie sonst auch – von Amts wegen die Wahrheit zu erforschen hat (daher ungenau E 5, wenn von Unterschieden in der „Beweislast" gesprochen wird). Soweit dabei die Ehrenrührigkeit in der Bezichtigung strafbaren Verhaltens liegt, sind die Beweisregeln von § 190 zu beachten. Die gravierende Beweisverlagerung zu Lasten des Täters wird daher erst bei einem non-liquet der Beweis*ermittlung* akut, dann also, wenn sich weder die Wahrheit noch die Unwahrheit der behaupteten Tatsache erweisen läßt: Diese Unsicherheit muß der Täter tragen. – So hier, da die von A der P und L unterstellte Straftat zwar objektiv nicht zu widerlegen, aber andererseits auch nicht zu beweisen war (E 16).

50 b) Um zudem dem Täter den naheliegenden Einwand, die behauptete Tatsache subjektiv für wahr gehalten zu haben, abzuschneiden, wird die Nichterweislichkeit der Tatsache nicht als TB-Merkmal, sondern als eine außerhalb von Unrecht und Schuld stehende **objektive Strafbarkeitsbedingung** verstanden (so die h.M.: vgl. Hauswirt-Fall BGHSt 11, 273/4, Lackner § 186 Anm. 6, M-Schroeder II/1 § 25 III 3, Wessels II/1 § 11 III 2; i.Erg. ebenso jene, die in der Erweislichkeit der Tatsache einen Strafausschließungsgrund erblicken: A 52b). Die Konsequenzen zeigen sich insbesondere auf subjektiver Ebene:

51 4. Für den **subjektiven** Tatbestand ist **Vorsatz** erforderlich. Das gilt unstreitig sowohl für die *Tatsachenbehauptung mit Drittbezug* (A 46) wie auch für ihre *Ehrenrührigkeit* (A 47).

52 Dagegen braucht die *Nichterweislichkeit der Tatsache* (A 48) *nicht* vom Vorsatz umfaßt zu sein. Auch dies ist im Ergebnis unstrittig, wobei freilich die Konstruktionen voneinander abweichen:

52a – Versteht man die Nichterweislichkeit als *objektive Strafbarkeitsbedingung* (A 50), so ergibt sich die Vorsatzunabhängigkeit schon aus Zweck und Standort dieser Rechtsfigur (vgl. Raufhandel-Fall Nr. 9 A 40, 48).

52b – Gleiches gilt bei Deutung der Erweislichkeit der Tatsache als *Strafausschließungsgrund* (so Herdegen LK⁹ § 186 Rn. 2ff, S/S-Lenckner § 186 Rn. 10): auch hier wird die Wahrheitsfrage ebenfalls erst außerhalb des Unrechts(vorsatzes) und der Schuld relevant.

A 52c – Im Ergebnis ebenso, wenngleich in der Konstruktion wiederum anders Sax, der in der Erweislichkeit der Tatsache einen vorsatzunabhängigen *TB-Ausschlußgrund* erblickt (JZ 1976, 434ff; vgl. unten A 54).

52d – Dagegen auch in der Sache abweichend Hirsch S. 168ff und Welzel § 42 II 2a, wonach der Täter hinsichtlich der Unwahrheit zwar nicht vorsätzlich, zumindest aber *sorgfaltswidrig* handeln müsse. Das ist zwar rechtspolitisch bedenkenswert, jedoch auf dem Boden des geltenden Rechts kaum begründbar.

53 Was ergibt sich daraus für den *vorliegenden* Fall? Zwar würde § 186 nicht daran scheitern, daß A seine ehrenrührigen Behauptungen für wahr hielt; denn da der Wahrheitsbeweis nicht zu erbringen war (E 16), muß er sich die Nichterweislichkeit, weil vorsatzunabhängig, zurechnen lassen. Dagegen wurde hinsichtlich des Drittbezugs der Tatsachenbehauptung (A 51) Vorsatz jedenfalls insoweit zu Recht verneint (E 3), als der N ohne Wissen des A zuhörte (SV 3) bzw. die P die Behauptung ohne sein Wissen an die L weitergab (SV 4). Soweit es dagegen um die Mitbeschuldigung der L geht, wo die P als Kundgebungsadressat (D) in Betracht kommt (A 35), ist der drittbezogene Vorsatz und damit die Tatbestandsmäßigkeit von § 186 nicht zu verneinen. Hätte daher auch die L Strafantrag gestellt (vgl. unten A 84), so hätte sich das OLG die bei E 2 dahingestellte Prüfung von § 193 nicht ersparen können. Denn:

54 5. Für eine **Rechtfertigung** kommt bei § 186 (anders als bei § 187: A 42) insbesondere *Wahrnehmung berechtigter Interessen* nach § 193 in Betracht (zu ihren Einzelvoraussetzungen zusammenfassend A 75ff). *Prüfungstechnisch* ist dabei zu beachten, daß ein Freispruch erst dann mit § 193 begründet werden darf, wenn ein in Frage kommender Wahrheitsbeweis gescheitert ist. Daher darf dessen Erhebung nicht einfach deshalb unterbleiben, weil der Täter auf jeden Fall nach § 193 gerechtfertigt wäre (Lackner § 186 Anm. 6a, Wessels II/1 § 11 III 2). Dies gilt selbst dann, wenn man in der Nichterweislichkeit der Tatsache eine – außerhalb von Unrecht und Schuld stehende und damit an sich auch der Rechtfertigung nachgeordnete – objektive Strafbarkeitsbedingung erblickt (A 50); denn gegenüber solcher „Systemreinheit" muß das Interesse des Verletzten an der Wiederherstellung seines guten Rufes Vorrang haben (grundlegend dazu Hauswirt-Fall BGHSt 11, 273/5ff; insofern in sich systemgerechter Sax A 52c).

55 6. **Strafschärfung** ist unter gleichen Voraussetzungen möglich wie bei § 187 (§§ 186 Alt. 2, 187a I: oben A 43ff).

56 Was bleibt als *Zwischenergebnis* festzuhalten? Gegenüber der P scheitert § 186 in jedem Falle, wenn auch aus verschiedenen Gründen: Beim Gespräch mit N (SV 1) fehlt es an der Ehrenrührigkeit (A 38), beim „Putzfrauenvergleich" (SV 2) fehlt bereits objektiv der Drittbezug (A 35); im übrigen (SV 3, 4) war der Vorsatz hinsichtlich des Drittbezugs zu verneinen (A 53). Dagegen wäre gegenüber der L § 186 zwar tatbestandlich gegeben (SV 3); doch würde ihr gegenüber – ebenso wie noch gegenüber P zu zeigen – § 193 als Rechtfertigungsgrund durchgreifen (A 54, 82); zudem war diese Äußerung des A nicht Gegenstand der Klage (vgl. A 84). Hinsichtlich der P bleibt somit allenfalls noch Strafbarkeit des A nach dem AuffangTB des § 185:

57 **IV. Beleidigung i.e.S. (§ 185).**

Was ist unter diesem Tatbestand, den das Gesetz – ein wohl nur historisch erklärbares Unikum – nicht näher definieren zu müssen glaubte, zu verstehen? Zwei sich gegenseitig ergänzende Eingrenzungen bieten sich an:

57a – Zum einen vom Rechtsgut her: Angriff auf die personale oder soziale Geltung eines anderen durch *Kundgabe der Nichtachtung oder Mißachtung* (so die übliche Begriffsbestimmung: vgl. Nacktbilder-Fall BGHSt 1, 288/9, S/S-Lenckner § 185 Rn. 1 m.w.N.).

57b – Zum anderen aus dem *Auffangcharakter* des § 185 (A 23c): danach Beschränkung auf Ehrenangriffe, die nicht bereits durch § 186 oder § 187 erfaßt sind (Wessels II/1 § 11 I).

58 1. Danach bleiben für § 185 folgende Beleidigungs**modalitäten:**

a) Negative **Werturteile:** Solche können in jeglicher Meinungsäußerung liegen, die – im Unterschied zu Tatsachenbehauptungen i.S. von §§ 186, 187 – nicht durch bestimmte Tatsachen substantiiert ist (zur Abgrenzung vgl. A 27f). Das kann insbesondere geschehen durch:

– ausdrückliche Abfälligkeiten: „Du Lump", „Dieser Betrüger";

– symbolische Handlungen: Tippen an die Stirn (vgl. Vogel-Fall OLG Düsseldorf NJW 1960, 1072), herabwürdigende Begrüßung;

A 58 – Zumutung strafbarer oder unsittlicher Handlungen (vgl. Aktbilder-Fall BGHSt 9, 17); weiteres Beispielsmaterial zu beleidigenden Zumutungen im Sexualbereich bei S/S-Lenckner § 185 Rn. 11a. Vgl. aber dazu auch Ritze JZ 1980, 91f.

59 b) *Tätliche* Beleidigung: Ehrverletzungen, die sich unmittelbar gegen den Körper des Angegriffenen richten: wie Ohrfeigen oder Anspucken. In diesem Fall ist nach § 185 2. Alt. Strafschärfung möglich.

60 c) *Formal*beleidigung, bei der sich die Ehrverletzung weniger aus dem Inhalt als aus der exzessiven Form der Mißachtung ergibt: wie etwa durch begleitende Schimpfworte, herabsetzende Lautstärke oder Angriffe in der Öffentlichkeit (vgl. Herdegen LK[9] § 192 Rn. 1ff).

61 Zu a)–c). Diesen Beleidigungsmodalitäten ist gemeinsam, daß sie sowohl dem *Betroffenen* (O) als auch *Dritten* (D) gegenüber zum Ausdruck gebracht werden können. Anders als bei §§ 186, 187 (A 33, 46) ist daher bei § 185 die Kundgabe an einen Dritten (E 3) einerseits weder erforderlich noch andererseits schädlich.

62 Zudem ergibt sich der beleidigende Charakter einer Äußerung nicht schon immer und allein aus dem reinen *Wortlaut;* mitzuberücksichtigen ist vielmehr auch die *sprachliche* und *gesellschaftliche* Ebene, auf der die Äußerung fällt. So etwa kann die für einen Bayern höchst despektierliche Apostrophierung als „Hirsch" in einem anderen Landstrich völlig harmlos sein.

63 Instruktiv dazu auch der *Ausplünderer-Fall* **OLG Celle NdsRpfl 1977, 88,** wo in einem studentischen Flugblatt einem RCDS-Mitglied unterstellt wurde, daß er als Besitzer eines Mietshauses „schon als Student von der Ausplünderung anderer lebe". Der darin liegende Vergleich des Einziehens von Wohnungsmiete mit Plündern erscheint nach Auffassung des OLG Celle für die Mehrheit der Bürger als so abwegig, daß er nicht ernst genommen werden könne. Ferner komme hinzu, „daß der inkriminierte Artikel sich des Sprachgebrauchs einer politischen Gruppe bedient, deren politische Polemik von jeher durch formelhafte Schärfen gekennzeichnet ist. ‚Ausplünderung' steht neben dem marxistischen Begriff der ‚Ausbeutung' und soll dieses offenbar längst abgegriffene Wort an Schärfen übertreffen. Statt dessen erzeugt seine Jargonhaftigkeit eher Überdruß als Kränkung. Das gilt zumal, wenn man die ‚Zielgruppe' des Artikels, die Studentenschaft, und den Bereich der Auseinandersetzung zwischen rivalisierenden politischen Studentengruppen in Betracht zieht. Wer die in diesem Bereich gemachten politischen Äußerungen wahrnimmt, begegnet dem hier gebrauchten Jargon oft, wenn er auch von einer besonders kleinen Gruppe herrührt, die sich unverhältnismäßig lautstark und heftig zu äußern pflegt. Er faßt solche Äußerung als politische Agitation auf und sieht in ihnen regelmäßig keine persönlichen Auseinandersetzungen. Das gilt auch für einen Angehörigen einer der rivalisierenden Gruppen, wenn der politische Angriff sich gegen ihn selbst richtet. Die Schwelle, hinter der die Ehre der Person getroffen wird und der politische Angriff sich als Mittel einer persönlichen Kränkung erweist, wird hier durch den vom A zum Vergleich herangezogenen formelhaften Begriff der Ausplünderung nicht überschritten". Vgl. aber demgegenüber auch Jungfaschist-Fall OLG Karlsruhe MDR 1978, 421.

64 d) Schließlich kann auch in *ehrenrührigen* **Tatsachenbehauptungen** eine Beleidigung liegen, vorausgesetzt freilich, daß sie unmittelbar dem Betroffenen (O) gegenüber aufgestellt wird. Denn sobald Kundgabeadressat ein Dritter (D) ist, greifen anstelle von § 185 die §§ 186, 187 ein (vgl. E 3, A 33). Wird die ehrenrührige Tatsache sowohl im Beisein des Betroffenen (O) wie auch eines Dritten (D) behauptet, so wird teils Idealkonkurrenz zwischen § 185 und § 186 (bzw. § 187) angenommen (Blei II § 23 II, S/S-Lenckner § 186 Rn. 21), teils § 185 nach Spezialitätsgrundsätzen verdrängt (Herdegen LK[9] 29 vor § 185), während die Rspr. (wohl zu Recht) Idealkonkurrenz jedenfalls dann zuläßt, wenn eine einheitliche Kundgebung neben der Behauptung ehrenrühriger Tatsachen zugleich eine davon verschiedene Formalbeleidigung enthält (vgl. BGHSt 12, 287/292: oben A 28).

64a Demgemäß läßt sich der **Anwendungsbereich der §§ 185–187** folgendermaßen schematisieren:

	Werturteil	Tatsachenbehauptung
gegenüber dem Opfer (O)	§ 185	§ 185
gegenüber Dritten (D)	§ 185	§§ 186, 187

A 65 Worin könnte danach hier eine Beleidigung liegen? Jedenfalls nicht in der Frage des A an den N, ob ihm etwas am Verhalten der P aufgefallen sei (SV 1); denn ganz abgesehen davon, ob darin bereits ein ehrenrühriger Vorwurf zu erblicken wäre (A 38), wäre diese Tatsachenbehauptung gegenüber N nicht über § 185 erfaßbar (A 64). Dagegen sind die Äußerungen gegenüber der P als unmittelbar Betroffener relevant (SV 2, 3): die Gleichstellung mit einer Putzfrau jedenfalls dann, wenn man darin eine Herabwürdigung erblicken will (sehr zweifelhaft: vgl. A 38), sowie der Vorwurf der Entnahme von Waren ohne Bon als ehrverletzende Unterstellung eines strafbaren Verhaltens (E 4, A 64). Allerdings bleibt bei beleidigenden Tatsachenbehauptungen noch ein weiteres zu beachten:

66 **2. Der Wahrheitsbeweis:** Ähnlich wie bei § 186 stellt sich auch bei § 185 die Frage, welche Bedeutung der Wahrheit bzw. Unwahrheit einer ehrenrührigen *Tatsachen*behauptung zukommt und wem das Beweisrisiko anzulasten ist. Dazu stehen sich zwei Auffassungen gegenüber:

67 – Nach wohl h. L. liegt das *Beweisrisiko* – ebenso wie bei § 186 (A 49) – beim *Täter:* Läßt sich die Wahrheit seiner Behauptung nicht erweisen, so ist er nach § 185 strafbar, und zwar ohne Rücksicht darauf, daß er seine Behauptung für wahr gehalten hat (so neben den bei E 10 Genannten auch Herdegen LK[9] § 185 Rn. 22, Hirsch S. 204ff, Lackner § 185 Anm. 6, Sax JZ 1976, 435). Dementsprechend kam hier das LG zu § 185, da A die der P unterstellte Straftat nicht nachweisen konnte (E 11).

68 – Demgegenüber erblickt eine vordringende Meinung bei § 185 in der *Unwahrheit* der Tatsachenbehauptung ein nachweisbedürftiges *TB-Merkmal,* mit der Folge, daß bei Nichterweislichkeit der Unwahrheit § 185 schon tatbestandlich entfällt (so im Anschluß an BayObLG hier das OLG E 6; ebenso S/S-Lenckner § 185 Rn. 3, Wessels II/1 § 11 IV 2). Und dies wohl zu Recht; denn nicht nur, daß bei § 185 eine der Beweislastumkehr in § 186 entsprechende Klausel fehlt (E 10); auch kann es bei § 185 nur um den Schutz verdienter Ehre gehen (A 9), die bei internen Äußerungen zwischen Täter und Opfer allenfalls durch unwahre Unterstellungen tangiert wird (vgl. E 9). Demzufolge lag jedenfalls nicht schon in der Unterstellung einer Straftat gegenüber P, weil nicht erweislich unwahr, eine Beleidigung (E 11).

69 **3.** Für den **subjektiven Tatbestand** ist auch hier (mindestens bedingter) **Vorsatz** erforderlich. Dieser muß sich unstreitig auf die *Ehrenrührigkeit* der Kundgabe erstrekken. Entsprechendes gilt für die *Unwahrheit* einer Tatsachenbehauptung, sofern man darin ein TB-Merkmal erblickt (E 7, A 68). Deshalb kann bloße Leichtfertigkeit beim Umgang mit der Wahrheit nicht genügen (E 11, 15). Da hier A den Vorwurf einer Straftat gegenüber der P für begründet und somit nicht für unwahr hielt, war demzufolge § 185 insoweit aus subjektiven Gründen zu verneinen (E 7, 12, 16). – Allerdings hatte das OLG noch eine weitere Beleidigungsvariante zu bedenken:

70 **4.** Die subsidiäre **Formalbeleidigung (§ 192):** Selbst soweit sich eine ehrenrührige Tatsache als wahr (bzw. als nicht erweislich unwahr: A 68) herausstellt, kann sich nach § 192 eine Beleidigung noch aus der Form der Behauptung ergeben (zu rechtspolitischen Bedenken gegenüber dieser „Exzeßhaftung" Arzt I S. 149f). Dies hat auch das OLG mehrfach betont (E 6, 8, 12) und dementsprechend geprüft, ob in der von A gebrauchten Wortwahl eine Formalbeleidigung stecken könne (E 13). Dies wird jedoch schließlich zu Recht verneint (E 14), da neben der Wortwahl hier auch die gesellschaftlichen Umstände mitzuberücksichtigen sind (A 62f). Damit kam das OLG hier konsequent zu einem Freispruch (E 17). – Ansonsten aber noch ein wichtiger Hinweis zu *Fallbearbeitungen:* Selbst wenn letztlich eine Formalbeleidigung übrig bleiben sollte und dies von vorneherein auf der Hand liegt, darf man nicht etwa den Wahrheitsbeweis bei § 186 dahingestellt sein lassen, um sogleich auf § 192 zuzusteuern. Denn da der Unwertgehalt einer Ehrverletzung entscheidend vom Inhalt der Tatsachenbehauptung abhängen kann, muß zunächst der Wahrheitsbeweis erbracht (und damit die §§ 185, 186 ausgeschlossen) sein, bevor allein wegen der *Form* der Ehrverletzung nach § 192 bestraft werden darf: vgl. Polizeibeschimpfungs-Fall BGHSt 27, 290, S/S-Lenckner § 192 Rn. 3.

71 **V. Rechtfertigung:** Gesetzt den Fall jedoch, daß nach der zum Beweisrisiko vertretenen Gegenauffassung die Nichterweislichkeit der Wahrheit zu Lasten des Täters ginge und demzufolge § 185 tatbestandlich erfüllt wäre (A 67), inwieweit könnte sich dann A auf einen Rechtfertigungsgrund berufen? Die gleiche Frage stellt sich zu dem gegenüber der L verwirklichten § 186 (A 56):

A 72 1. Grundsätzlich sind auch bei den Ehrdelikten zunächst die *allgemeinen* Rechtfertigungsgründe in Betracht zu ziehen, wobei freilich nur zwei praktisch werden:

73 – **Einwilligung,** wie sie insbesondere bei Preisgabe der Geschlechtsehre vorliegen kann (vgl. Sprechstundenhilfe-Fall BGHSt 5, 362). – Davon kann hier keine Rede sein.

74 – Sog. **Ehrennotwehr,** die allerdings den (recht seltenen) Fall voraussetzt, daß die Ehrenkränkung noch nicht beendet oder ihre Fortsetzung zu befürchten ist (vgl. RGSt 29, 240).

75 2. Um so bedeutsamer ist bei Ehrdelikten die **Wahrnehmung berechtigter Interessen** (**§ 193**). Daß es sich dabei nicht nur um einen Entschuldigungs- sondern um einen *Rechtfertigungsgrund* handelt, der auf Güterabwägungsgedanken beruht und in der Meinungsfreiheit (Art. 5 GG) grundsätzlich verankert ist, ist im Grundsatz heute weithin anerkannt (vgl. Wohleb-Fall BGHSt 12, 287/293, S/S-Lenckner § 193 Rn. 1 m.w.N. zum Streitstand). Auch daß darin – trotz seines speziellen Standorts im Ehrenschutzrecht – ein *verallgemeinerungsfähiger* Rechtfertigungsgedanke liegt (Eser, Wahrnehmung S. 15, 40ff), findet steigende Zustimmung (vgl. Arzt I S. 146, Lackner § 193 Anm. 1, Tiedemann JZ 1969, 717/721, ferner oben Nr. 12 A 51, 53ff und Nr. 14 A 47; zur Gegenauffassung vgl. S/S-Lenckner 80 vor § 32). Die Ratio des § 193 beruht wesentlich darauf, daß Ehrenschutz weder zur Unterdrückung berechtigter Kritik noch zur Blockierung neuer Wertvorstellungen führen darf. Über die „konservative" Funktion klassischer Notwehr- und Notstandsrechte hinaus, die sich im wesentlichen auf die Absicherung eines bestimmten status quo beschränken, kommt der Wahrnehmung berechtigter Interessen auch eine „evolutive" Funktion zu: die Durchsetzung neuer Bedürfnisse und Interessen (näher Eser, Wahrnehmung S. 51ff). *Gesetzestechnisch* besteht § 193 aus einer Kombination typischer Fälle erlaubter Kritik (Rezensions- und Rügerecht) mit einer allgemeinen Wahrnehmungsklausel. Danach setzt die Rechtfertigung im wesentlichen folgendes voraus:

76 a) Als *Ziel* die Verfolgung eines *berechtigten Interesses:* Dafür kommt neben gesetzlichen Rechten oder Pflichten (Wahrheitspflicht vor Gericht, Rügerecht des Vorgesetzten, dienstliche Beurteilungen) jedes öffentliche oder private, ideelle oder vermögensrechtliche Interesse in Betracht, soweit es von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkannt ist. Allerdings muß es sich dabei um Interessen handeln, die sowohl objektiv eine gewisse Beziehung zum betroffenen Rechtsgut Ehre als auch subjektiv den Täter in irgendeiner Weise angehen. Das ist nicht nur bei unmittelbaren, sondern auch bei mittelbaren Eigeninteressen des Täters anzuerkennen: so etwa bei Handeln kraft Stellung oder Auftrags (z.B. als Gemeinderatsmitglied, Abgeordneter, Vorgesetzter, Anwalt: vgl. OLG Köln NJW 1979, 1723) oder sonstiger interessenmäßiger Verbindung (z.B. als naher Angehöriger, Freund, Arbeitskollege). Für Interessen der Allgemeinheit darf sich grundsätzlich jeder Bürger verantwortlich fühlen; deshalb hat OLG Stuttgart NJW 1967, 792 (m.Anm. Roxin) die freiwillige Zeugenaussage vor der Polizei durch § 193 als gedeckt angesehen. Die lange umstrittene Frage, inwieweit auch die *Presse* jeweils ein unmittelbares oder mittelbares Eigeninteresse nachweisen muß, hat sich durch Anerkennung ihrer öffentlichen Funktion (Art. 5 GG) im Grundsatz erledigt: Danach gehört es zu ihrer legitimen Aufgabe, in Angelegenheiten von öffentlichem Interesse Nachrichten zu beschaffen und zu verbreiten, Stellung zu nehmen, Kritik zu üben oder auf andere Weise an der Meinungsbildung mitzuwirken (grundlegend Burschenschaft-Fall BGHZ 31, 308/312; vgl. auch Fuhrmann JuS 1970, 70 m.w.N.).

77 b) Die Einhaltung des *Übermaßverbotes:* Danach muß die Ehrverletzung im Hinblick auf das verfolgte Interesse *erforderlich, geeignet* und *verhältnismäßig* sein (vgl. Burschenschaft-Fall BGHZ 31, 308/313). Das schließt jedoch insbesondere bei öffentlichen Meinungskämpfen nicht aus, auf eine vorausgegangene Kritik mit entsprechend „starken Formulierungen" zu reagieren (vgl. Höllenfeuer-Fall BGHZ 45, 296/307ff).

78 Instruktiv dazu *Jugendmagazin-Fall* **OLG Köln NJW 1977, 398,** wo Redakteur A den Vorwurf der „Unternehmerhetze" mit einem Kommentar unter dem Titel „Minister M, lügen Sie"? beantwortete. Gegen die Auffassung, daß diese ehrverletzende Unterstellung nicht mehr durch § 193 gedeckt gewesen sei, wendet das OLG Köln ein: „Zwar finden die Grundrechte des A [Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit] ihre Schranke in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze und in dem Recht der persönlichen Ehre (Art. 5 II GG). Als Teil des allgemeinen Rechts ist jedoch § 193 im Licht der Bedeutung dieser Grundrechte für den freiheitlich-demokratischen Staat auszulegen (BVerfGE 7, 198; 19, 73). Art. 5 I GG strahlt in den Bereich des strafrechtlichen Ehrenschutzes aus (BVerfGE 12, 281/7)." „Da in Auseinandersetzungen über gemeinschaftswichtige Themen auch für die *Art* der Meinungsäußerung große Freiheit besteht", ist es „als *Gegenschlag* einem Be-

A 78 troffenen nicht verwehrt, auf einen vorausgegangenen Angriff starke Worte zu benutzen, die auch dem Gegner ‚unangenehm ins Ohr klingen können' (RGZ 140, 398, BGHSt 12, 287/294, m.w.N.). Die notwendige Möglichkeit zu freier Kritik ist nur gewährleistet, wenn die Grenze des Erlaubten jedenfalls die Fälle einschließt, in denen die betroffene Persönlichkeit durch provozierendes Verhalten begründeten Anlaß zur Erhebung der Vorwürfe gegeben hat (BGHSt 12, 287/294). Hierbei ist die Verknüpfung von Anlaß und Reaktion nach neuer Rspr. nicht auf gegenseitige Beleidigungen beschränkt (BVerfGE 24, 278/286). Herabsetzende Äußerungen sind danach im Rahmen einer öffentlichen, der allgemeinen Meinungsbildung dienenden Auseinandersetzung rechtmäßig, wenn sie gemessen an den von der Gegenseite aufgestellten Behauptungen nicht unverhältnismäßig erscheinen und noch als adäquate Reaktion auf den vorangegangenen Vorgang verstanden werden können (BVerfGE 24, 278/283; 12, 113/125)". – Danach wurde schon im Wohleb-Fall (A 28) der A nach § 193 für gerechtfertigt erklärt. Strenger hingegen OLG Koblenz NJW 1978, 1816 im Strauß-Vetter-Fall sowie OLG Karlsruhe MDR 1978, 421 im Jungfaschist-Fall.

79 c) In *subjektiver* Hinsicht muß die *Interessenwahrnehmung* (zumindest auch) Zweck des Handelns sein. Daß daneben noch andere Motive (wie Neid oder Schadenfreude) mitbestimmend sind, ist unschädlich. Zu einer solchen „Motivbündelung" instruktiv Anwalt-Fall OLG Hamburg NJW 1952, 903. Vgl. aber auch Callgirlring-Fall BGHSt 18, 182/6 zur Abgrenzung von reiner Sensationsgier.

80 d) Zudem obliegt dem Täter eine vorherige *Erkundigungs-* und *Prüfungspflicht.* Danach ist die Aufstellung oder Weiterverbreitung ehrenrühriger Tatsachen erst zulässig, wenn sie im Rahmen der gegebenen Möglichkeiten und in den Grenzen der Zumutbarkeit auf ihren Wahrheitsgehalt hin überprüft wurden. Das gilt angesichts ihrer Breitenwirkung insbesondere für Presseveröffentlichungen. Allerdings ist dafür keine „quasi-richterliche" Wahrheitsermittlung, sondern lediglich „pressemäßige Sorgfalt" erforderlich. Instruktiv dazu Richterbeleidigungs-Fall OLG Köln NJW 1963, 1634.

81 e) Doch selbst wenn alle vorgenannten Voraussetzungen erfüllt sind, ist die Rechtfertigung zu versagen, wenn die Ehrverletzung nach Form oder Umständen eine sog. *Formalbeleidigung* (§ 192) darstellt. Insofern gilt das zum Wahrheitsbeweis Gesagte (A 70) auch hier.

82 **Gesamtergebnis:** Wie wäre danach eine etwaige Ehrverletzung des A gegenüber P zu beurteilen? Sofern man die Gegenvorstellungen des A nicht bereits durch sein Rügerecht als Arbeitgeber gedeckt sehen will, kann ihm sein berechtigtes Interesse an Aufklärung der ihn betreffenden Straftaten nicht abgesprochen werden (A 76). Auch hat er seiner Prüfungspflicht dadurch hinreichend Rechnung getragen, daß er nicht schon aufgrund seines ersten Verdachtes, sondern erst nach den Beobachtungen durchs Fenster die P zur Rede stellte (A 78). Da sein Vorgehen auch der Form nach nicht exzessiv war (A 70), wäre somit A jedenfalls nach § 193 gerechtfertigt gewesen. Und gleiches würde letztlich gegenüber der L zu gelten haben (A 56, 84).

83 **VI.** Im übrigen sind bei Ehrdelikten drei *besondere* **Strafverfolgungsvoraussetzungen** und **Nebenfolgen** zu beachten:

84 1. Das *Strafantrags*erfordernis (§ 194) sowie die grundsätzliche Verfolgung im *Privatklage*verfahren (§ 374 I Nr. 2 StPO). Daß diese formale Hürde hier von der L offenbar nicht genommen wurde, dürfte der Grund dafür gewesen sein, daß Ehrverletzungen ihr gegenüber (A 56) im Urteil überhaupt nicht zur Sprache kamen.

85 2. Die Straffreierklärung bei wechselseitiger Beleidigung (§ 199): sog. *Kompensation.* Instruktiv dazu OLG Hamburg NJW 1966, 1977.

86 3. Die *Bekanntmachungsbefugnis* (§ 200).

87 **Schrifttum:** Allgemein zu den **Ehrdelikten:** *Arzt* I T. 2 F; *Blei* II §§ 23–28; *Bockelmann* II/2 § 35; *Krey* I Fall 37–41; *M-Schroeder* II/1 §§ 24–27; *Otto* II §§ 31, 32; *Welzel* § 42; *Wessels* II/1 §§ 10, 11; ferner die Kommentare zu §§ 185–200.

Speziell zum **Rechtsgut:** *Hirsch,* Ehre und Beleidigung, 1967, S. 1ff; *Krug,* Ehre und Beleidigungsfähigkeit von Verbänden, 1965; *Otto,* Persönlichkeitsschutz durch strafrechtlichen Schutz der Ehre, Schwinge-FS 1973, S. 71; *Tenckhoff,* Die Bedeutung des Ehrbegriffs für die Systematik der Beleidigungstatbestände, 1974, S. 35ff, 74ff; zu den **Verletzungsformen:** *Engisch,* Beleidigende Äußerungen über Dritte im engsten Kreise, GA 1957, 326; *Helle,* Die Unwahrheit und Nichterweislichkeit der ehrenrührigen Behauptung, NJW 1964, 841; *Arthur Kaufmann,* Zur Frage der Beleidigung von Kollektivpersönlichkeiten, ZStW 72, 418; *Ritze,* Die „Sexualbeleidigung" nach § 185 StGB und das Ver-

A 87 fassungsgebot „nulla poena sine lege", JZ 1980, 91; *Wenzel,* Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen, NJW 1968, 2353; zur **Rechtfertigung:** *Eser,* Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, 1969; *Fuhrmann,* Wahrnehmung berechtigter Interessen durch die Presse, JuS 1970, 70.

Rechtspflegedelikte – Vortäuschen einer Straftat (§ 145 d) – Falsche Verdächtigung (§ 164) – Strafvereitelung (§ 258)

BGHSt 19, 305: Polizeitäuschungs-Fall

2 StR 514/63 v. 6. 5. 1964 = NJW 1964, 1425

SV **Sachverhalt:** Obwohl dem A die Fahrerlaubnis entzogen war, unternahm er nach reichlichem Alkoholgenuß eine Fahrt mit seinem Pkw. Als ein anderer Kraftfahrer von links in seine Fahrbahn einbog, ohne seine Vorfahrt zu beachten, wurde A zu derart heftigem Bremsen gezwungen, daß sein Wagen auf dem nassen Pflaster ins Schleudern geriet, gegen einen Bordstein prallte und umkippte. Aus Angst, strafrechtlich verfolgt zu werden, redete A vor Erscheinen des Unfallkommandos seinem Mitfahrer M ein, er solle den Polizeibeamten angeben, nicht der A, sondern er (der M) sei der Fahrer des Wagens gewesen. Dabei ging A irrig davon aus, daß M im Besitz einer Fahrerlaubnis sei. Ohne diesen Irrtum des A aufzuklären, ging M auf dessen Vorschlag ein und gab sich beim Erscheinen der Polizei als Fahrer aus.

P **Zur Problemstellung:** Außer Frage stand, daß die Fahrt des A jedenfalls nach § 21 I StVG *(Fahren ohne Fahrerlaubnis)* sowie bei Nachweis von (absoluter oder zumindest relativer) *Fahruntüchtigkeit* auch nach § 316 StGB strafbar ist (vgl. Verkehrsrowdy-Fall Nr. 11 A 40ff).

Fraglich ist jedoch die strafrechtliche Erfassung des Täuschungsmanövers gegenüber der Polizei: Inwieweit könnte im Hinlenken des Tatverdachts auf M das *Vortäuschen einer Straftat* (§ 145d) liegen? Nach welcher TB-Alternative? Oder könnte dem § 145 d entgegenstehen, daß das dem M unterstellte Verhalten, weil dieser vermeintlich im Besitz einer Fahrerlaubnis, gar keine Straftat darstellen würde?

– Käme stattdessen *Falsche Verdächtigung* (§ 164) in Betracht? Oder stünde dem entgegen, daß der M mit seiner Hineinziehung in das Verfahren einverstanden war? Könnte diese Frage vom Schutzgut des § 164 abhängen?

– Inwieweit kommt *Strafvereitelung* (§ 258) in Frage? Täterschaftlich durch M? Anstiftung dazu durch A? Oder könnte sich A auf die Straffreiheit wegen *Selbstbegünstigung* berufen?

Aus diesem Bündel von Fragen hatte sich hier der BGH nur mit der ihm vom OLG Frankfurt gemäß § 121 II GVG vorgelegten Frage zu befassen, ob § 145 d durch Täuschen über die Person eines Tatbeteiligten auch dann erfüllt ist, wenn der vom Täter behauptete Sachverhalt keine Straftat darstellt. Dies war von OLG Koblenz NJW 1956, 561 bejaht worden. Demgegenüber meint der BGH:

E 1 **Aus den Gründen: [306]** „Nach § 145 d wird bestraft, wer eine Dienststelle des Staates
wider besseres Wissen über die Person eines an einer Straftat Beteiligten zu täuschen
2 sucht (2. Begehungsform [jetzt § 145 d II]). Hierzu gehören nicht nur die Fälle, in denen
3 ein Unbeteiligter den Verdacht vom Täter weg auf einen Dritten lenken will, sondern nach
st. Rspr. auch diejenigen, in denen der Täter selbst den Verdacht von sich abzulenken
4 **[307]** versucht, indem er sein eigenes Verhalten einem Dritten zuschiebt. Diese Art der
5 Selbstbegünstigung ist also nicht straffrei. Jedoch ist die Vorschrift nur anwendbar,
wenn das dem anderen zugeschobene Tun auch in dessen Person mindestens den äußeren Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, wonach für beide Begehungsformen der wesentliche Anknüpfungspunkt
6 die Behauptung des Täters ist, daß eine Straftat begangen sei. Bei der 1. Alt. [§ 145 d I]
7 spiegelt er die Begehung der Straftat selbst vor; bei der 2. Alt. [§ 145 d II] sucht er über die Beteiligung an der Straftat zu täuschen, stellt also ihre Begehung nicht etwa in Abrede (so schon beiläufig *BGHSt.* 18, 56/8; vgl. ferner OLG Oldenburg NJW 1952, 1225/6; OLG
8 Hamm NJW 1963, 2138; 1964, 734). Hier hat der A Umstände behauptet, die eine Straftat tatsächlich ausschließen; denn er ging davon aus, daß sein Mitfahrer die Fahrerlaubnis hatte, nicht unter Alkoholeinfluß stand und deshalb das Fahrzeug lenken durfte. Ein solcher Sachverhalt läßt sich dem Wortlaut der 2. Alt. des § 145 d nicht unterordnen, weil
9 hier mit der täuschenden Behauptung ein strafbares Tun gerade geleugnet wird. Täuschungen dieser Art in Fällen, in denen eine Verhaltensweise nicht schlechthin strafbar ist, sondern nur unter bestimmten, in der Person des Täters liegenden Voraussetzungen, wie z. B. bei Sittlichkeitsdelikten und bei vielen Vergehen ... des Nebenstrafrechts, sind daher straffrei, sofern nicht ein anderer Tatbestand gegeben ist.

E 10 Ob nicht schon aus dem dargelegten Grunde der Auffassung des OLG Koblenz das Verbot analoger Erweiterung des Tatbestandes entgegensteht, mag auf sich beruhen; denn sie läßt sich auch mit dem Grundgedanken des Gesetzes nicht in Einklang bringen. § 145 d enthält keine allgemeine Strafdrohung gegen den, der die Ermittlung der Strafverfolgungsbehörden in irgendeiner Weise erschwert; insbesondere ist die Straffreiheit der Selbstbegünstigung und der Begünstigung Angehöriger nur in einem engen Bereich
11 aufgehoben worden. Die Vorschrift will verhindern, daß die **[308]** Strafverfolgungsbehörden ungerechtfertigt in Anspruch genommen werden. Welche Ergebnisse im einzelnen sich hieraus für die Auslegung des Gesetzes herleiten lassen, kann unerörtert bleiben.
12 Jedenfalls kann es nach diesem Grundgedanken zur Verwirklichung des Tatbestandes nicht genügen, daß die Strafverfolgungsbehörden *nur* veranlaßt werden sollen, keine Nachforschungen gegen den wirklichen Täter anzustellen. Auf eine solche Handlungsweise hat sich der A zum Zweck der Selbstbegünstigung beschränkt. Nicht zur Verfolgung einer falschen Spur hat er die Polizeibeamten bewegen wollen, indem er behauptete, der Mitfahrer habe das Kraftfahrzeug geführt; denn dessen Verfolgung schied nach seiner Vorstellung von vornherein aus. Vielmehr sollten die Polizeibeamten die Überzeugung gewinnen, daß weitere Ermittlungen nicht mehr erforderlich seien, und dadurch zur *Einstellung* ihrer Tätigkeit veranlaßt werden. Bei dieser Sachlage kann nicht gesagt werden, der A habe die Strafverfolgungsbehörden ‚unnütz in Anspruch genommen'.
13 Der erkennende Senat hält die engere Auslegung des Gesetzes um so mehr für geboten, als die Gegenmeinung zu einer kaum noch überschaubaren und auch nicht wünschenswerten Ausweitung des Bereichs strafbarer Selbstbegünstigung führen müßte."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Um die im Mittelpunkt dieser BGH-Entscheidung stehende Einzelfrage voll erfassen zu können, bedürfen auch die übrigen Elemente des *§ 145 d* einer näheren Betrachtung (II). Darüber hinaus bleiben auch noch die (dem BGH nicht vorgelegten) Fragen zur *Falschen Verdächtigung* (III) und *Strafvereitelung* (IV) zu beantworten. Zuvor jedoch empfiehlt sich ein Überblick über die verschiedenen Schutzzwecke der hier infragestehenden *Rechtspflegedelikte* (I).

1 **I. Straftaten gegen die Rechtspflege.**
Während in den vorangehenden Fällen der Schutz der Einzelperson im Mittelpunkt stand, rückt mit diesem und den nachfolgenden Fällen der bereits im *Widerstands-Fall* Nr. 13 angesprochene Schutz von **Allgemeininteressen** in den Vordergrund. Auch diese lassen sich je nach Schutzrichtung und -intensität weiter untergliedern (vgl. die Übersicht bei Nr. 13 A 2 ff), wobei es im vorliegenden Fall speziell um den Schutz der **Rechtspflege** und ihr *gleichgestellter staatlicher Organe* geht. Zu dieser Deliktsgruppe gehören insbesondere folgende Tatbestände:

2 1. Durch **§ 145 d** soll der Strafverfolgungsapparat vor *ungerechtfertigter Inanspruchnahme* geschützt werden (E 11). Ähnlich richtet sich **§ 145** gegen den Mißbrauch *öffentlicher Nothilfeeinrichtungen* (näher Händel DAR 1975, 57 ff).

3 2. Auch **§ 164** will die Rechtspflege gegen Irreführung und unbegründete Inanspruchnahme schützen, dient aber daneben auch dem Individualschutz des fälschlich Angeschuldigten gegen ungerechtfertigte staatliche Maßnahmen (h. M.: vgl. S/S-Lenckner § 164 Rn. 1 gegen die „Rechtspflegetheorie" von Langer S. 64, Rudolphi SK § 164 Rn. 1 einerseits und die „Individualgutstheorie" von Hirsch S. 312 ff anderseits). Dieser *alternative Doppelschutz* (Schröder NJW 1965, 1888) hat folgende Konsequenzen:
4 – Einerseits kommt § 164 auch bei Falschverdächtigung gegenüber einer (als solcher nicht geschützten) ausländischen Behörde in Betracht, da dann der *Individualschutz* durchgreift: vgl. Besatzungsbehörde-Fall BGH NJW 1952, 1385.
5 – Andererseits ist § 164 nicht durch die Einwilligung des Falschverdächtigten ausgeschlossen, weil daneben noch das *Rechtspflegeinteresse* zu schützen bleibt: vgl. Selbstbeschuldigungs-Fall OLG Düsseldorf NJW 1962, 1263.

6 3. Auch für die **§§ 257, 258, 258 a** ist die Störung staatlicher Verfolgungstätigkeit wesentlich. Doch während sich diese Beeinträchtigung bei den §§ 164, 145 d darin erschöpft, die Behörden „an der Nase herumzuführen", werden durch *Begünstigung* (§ 257) die Strafverfolgungsorgane in der Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes bzw. durch *Strafvereitelung* (§ 258) in der Durchsetzung des staatlichen Sanktionsanspruches zugunsten eines bestimmten Vortäters behindert. Mit ähnlicher Zielsetzung versuchen die **§§ 145 a, 145 c** die Durchsetzung bestimmter gerichtlicher Anordnungen *(Führungsaufsicht, Berufsverbot)* sicherzustellen.

A 7 4. Demgegenüber geht es bei §§ 138, 139 *(Nichtanzeige geplanter Straftaten)* um *Präventiv*schutz, und zwar primär zugunsten der durch die anzeigepflichtigen Verbrechen bedrohten Rechtsgüter, während die Rechtspflege als Organ der Verbrechensverhütung nur mittelbar mitgeschützt ist. Dazu wie auch zu sonstigen Einzelelementen dieses echten Unterlassungsdelikts vgl. S/S-Cramer § 138 Rn. 1ff, ferner StrafR II Nr. 26 E 9ff, A 19f, Nr. 30 A 11ff.

8 5. In wiederum anderer Richtung wird die Rechtspflege in den Aussagetatbeständen (§§ 153–163) tangiert: durch Verfälschung der richtigen Entscheidungsgrundlage. Näher zu diesen „klassischen" und praktisch höchst bedeutsamen Rechtspflegedelikten der Eidesnotstand-Fall Nr. 17.

9 6. Schließlich geht es auch bei den *Rechtspflegedelikten im Amt* (§§ 336, 343–345) um die unverfälschte Rechtsanwendung. Aufgrund der Sondereigenschaft des Täters (Amtsträger bzw. Richter) gehören diese Delikte jedoch zugleich zu den sog. Amtsdelikten. Dazu Baukontrolleur-Fall Nr. 18.

10 Nach diesem Überblick nunmehr zurück zum vorliegenden Fall: Von diesen verschiedenartigen Rechtspflegedelikten kamen hier lediglich die §§ 145d, 164 und 258 in Betracht. Obgleich nun § 145d aufgrund ausdrücklicher *Subsidiarität* nur bei Verneinung von § 164 bzw. § 258 praktisch werden kann und daher bei Fallbearbeitungen in der Regel erst nach Erörterung jener Tatbestände zu prüfen ist, soll hier mit § 145d begonnen werden, da dieser Tatbestand im Mittelpunkt der vorliegenden Entscheidung steht.

11 **II. Vortäuschen einer Straftat (§ 145d).**
Dafür sind drei Elemente wesentlich:

12 1. Die Täuschung muß gegenüber einer **Behörde** oder einer *zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Stelle* erfolgen. Dazu zählen neben Gerichten (§ 11 I Nr. 7), Staatsanwaltschaft und Polizeibehörden etwa auch parlamentarische Untersuchungsausschüsse, militärische Dienststellen oder sonstige Disziplinarinstanzen. Dabei genügt bereits, daß – wie hier – ein einzelner Angehöriger einer solchen Stelle, sofern er in amtlicher Eigenschaft tätig ist, getäuscht wird (S/S-Stree § 145d Rn. 4).

13 2. Bei der **Tathandlung** sind drei Täuschungsmodalitäten zu unterscheiden:

14 a) **Vortäuschen** *einer (angeblich) begangenen rechtswidrigen Tat* (§ 145d **I Nr. 1**): für diese TB-Alternative, die dem Delikt seinen (verkürzten) Namen gab, ist charakteristisch, daß die angebliche Tat in Wirklichkeit nicht begangen (E 6), die Täuschung jedoch geeignet ist, unnützerweise amtliches Einschreiten auszulösen. Ob dies durch ausdrückliche Behauptungen (Hilferufe bei der Polizei) oder durch Legen scheinbarer Verbrechensspuren (Selbstbeibringung von Verletzungen) geschieht, ist gleichgültig. Auch eine Selbstbezichtigung kommt in Frage. Ebensowenig kommt es darauf an, ob die getäuschte Stelle durch die Fingierung von einer tatsächlich begangenen Tat abgelenkt oder schlicht „beschäftigt" werden soll (z.B. durch massenhafte Selbstbezichtigungen zwecks Lahmlegung des Ermittlungsapparats). Entscheidend ist jedoch, daß der fingierte Vorfall eine *Straftat* darstellen würde, da andernfalls die Behörde ohnehin nicht tätig zu werden bräuchte (vgl. OLG Hamm NJW 1964, 734 sowie unten A 19).

15 Was bedeutet das für den vorliegenden Fall? Da A tatsächlich eine Straftat (§ 21 I Nr. 1 StVG, § 316) begangen hat, käme diese TB-Alternative allenfalls dann in Betracht, wenn er etwa das herannahende Polizeifahrzeug schon vor der Unfallstelle abgefangen und durch Hinweis auf einen angeblich anderenorts beobachteten Unfall abgelenkt hätte. – Stattdessen schien hier die 2. TB-Alternative in Betracht zu kommen:

16 b) **Täuschung über die Beteiligung** *an einer (tatsächlich begangenen) rechtswidrigen Tat* (§ 145d **II Nr. 1**): Charakteristisch dafür ist, daß die Tat als solche nicht in Abrede gestellt, wohl aber über die Identität der Tatbeteiligten getäuscht und dadurch die Ermittlungsorgane auf eine falsche Fährte geführt werden (E 7). Diese TB-Alternative setzt im wesentlichen dreierlei voraus:

17 aa) Die infragestehende Tat muß *tatsächlich* begangen sein (vgl. Ampelbeschädigung-Fall OLG Frankfurt NJW 1975, 1895/6, D-Tröndle § 145d Rn. 7). Jedoch will die h.M. dafür auch schon eine entsprechende Vorstellung des Täuschenden aufgrund hinreichender Verdachtsgründe genügen lassen (vgl. Schützenfest-Fall OLG Hamm NJW 1963, 2138 sowie Rudolphi SK § 145d Rn. 12 zum Streitstand). Danach wäre diese TB-Alternative hier nicht schon dann ausgeschlossen, wenn A tatsächlich eine Fahrerlaubnis besessen und sich nur vermeintlich für fahruntüchtig gehalten hätte.

A 18 bb) Für die Täuschungshandlung ist erforderlich, daß der Tatverdacht *auf einen Nichttatbeteiligten gelenkt* wird. Ob dies ein Tatbeteiligter (E 3) oder ein Dritter (E 2) tut, hat der BGH zu Recht für unbeachtlich erklärt (E 4). Entscheidend ist jedoch, daß der Verdacht nicht nur vom Tatbeteiligten *ab*gelenkt (E 12), sondern auf einen anderen *hingelenkt* wird; denn sonst handelt es sich allenfalls um Strafvereitelung (§ 258), die für den Täter der zu vertuschenden Tat als bloße Selbstbegünstigung straffrei bliebe (vgl. auch A 50, 54ff). Für ein solches Hinlenken auf einen Dritten soll allerdings schon eine Anzeige gegen Unbekannt genügen (vgl. BGHSt 6, 252/5). – Hier ist dieses Element schon deshalb unproblematisch, weil der M sogar ausdrücklich als Fahrer bezeichnet wurde. Zweifelhaft ist jedoch ein anderes:

19 cc) Das dem angeblichen Tatbeteiligten zugeschobene Tun muß in dessen Person eine *rechtswidrige Tat* darstellen (E 5). Die Ratio dieses hier im Mittelpunkt stehenden Erfordernisses hat der BGH zu Recht darin erblickt, daß dort, wo der angebliche „Täter" unter den gegebenen Umständen gerade nicht strafbar wäre, auch keine unnützen Ermittlungen ausgelöst werden, sondern allenfalls solche gänzlich unterbleiben (E 12), was aber weder vom Wortlaut noch vom Zweck des § 145d erfaßt wird (E 10, 11). Diese Auffassung hat inzwischen allgemeine Zustimmung gefunden (vgl. S/S-Stree § 145d Rn. 14). Demzufolge war hier § 145d II Nr. 1 schon tatbestandlich auszuschließen, da unter den von A angenommenen und konkludent behaupteten Umständen (Fahrerlaubnis und Fahrtüchtigkeit des M) der angebliche Fahrer M das Fahrzeug lenken durfte (E 8) und das Umkippen auch sonstwie strafrechtlich nicht relevant ist. Anders wäre es freilich dann, wenn auch die Fahrberechtigung des M zweifelhaft erschienen wäre: Weil dann auch M als strafrechtlich verantwortlich in Betracht gekommen wäre (vgl. A 17), wäre diese Täuschungsalternative zumindest objektiv erfüllt und der A allenfalls aus subjektiven Gründen (mangels „wider besseren Wissens") straffrei (dazu A 25). Freilich, selbst wenn A um die mangelnde Fahrerlaubnis des M gewußt hätte, bliebe noch ein allgemeines Problem:

20 dd) Die *mittäterschaftliche* Zurechnung: Warum wurde hier A überhaupt als Täuschungstäter in Betracht gezogen, nachdem doch nicht er, sondern allein M die Falschaussage gegenüber der Polizei gemacht hat? Diese Zurechnungsfrage wird noch verkompliziert dadurch, daß Schweigen an sich das „gute Recht" eines Beschuldigten und bloße Selbstbegünstigung grundsätzlich straffrei ist (vgl. E 4, 13). Wie aber, wenn mehrere einverständlich zusammenwirken? Die damit aufgeworfene Grenzfrage zwischen *straffreier* **Selbstbegünstigung** einerseits und *strafbarer* **Identitätstäuschung** andererseits sind vor allem auch bei Platzwechsel zwischen Fahrer und Beifahrer bedeutsam (instruktiv dazu *Platztausch-Fall* **OLG Celle NJW 1964, 733**). Dabei ist im wesentlichen folgendermaßen zu verfahren:

21 – Soweit sich der Tatbeteiligte schlicht *ausschweigt* oder seine Beteiligung *lediglich abstreitet,* ist für § 145d kein Raum, und zwar selbst dann nicht, wenn dadurch der Verdacht zwangsläufig auf einen anderen fällt; denn andernfalls würde ihm in Widerspruch zu § 136 StPO eine Selbstanzeigepflicht auferlegt (vgl. Rudolphi SK § 145d Rn. 15, § 164 Rn. 9). Dementsprechend kann ihm auch weder das Verlassen des Fahrersitzes noch das Einnehmen eines anderen Platzes verwehrt sein (OLG Celle aaO S. 734 bei b).

22 – Darüber hinaus ist der Schutzzweck des § 145d (A 2) auch dann noch nicht gefährdet, wenn sich mehrere Tatverdächtige (sogar ausdrücklich) *wechselseitig der Tat bezichtigen;* denn dadurch allein wird über die ohnehin gegebene Beweislage hinaus der Tatverdacht noch nicht in eine bestimmte irreführende Richtung verstärkt (vgl. S/S-Stree § 145d Rn. 14, Wessels II/1 § 16 II 2).

23 – Tatbestandsmäßig wird die Identitätstäuschung jedoch dann, wenn der Tatverdacht gleichsam „einspurig" *auf einen bestimmten Tatunbeteiligten hingelenkt* wird und damit die Ermittlungen in seine Richtung konzentriert werden. Geschieht dies aufgrund ausdrücklicher Bezichtigung des Unbeteiligten durch den wahren Täter, so verwirklicht dieser damit § 145d II Nr. 1 bereits alleintäterschaftlich. Erfolgt dagegen die Identitätstäuschung (wie hier) durch Selbstbezichtigung des Tatunbeteiligten M, so muß sich dies der A aufgrund einverständlichen Zusammenwirkens nach allgemeinen Mittäterschaftsregeln zurechnen lassen (StrafR II Nr. 39). Entsprechendes hat für einverständlichen Platztausch zu gelten, wenn dadurch zwangsläufig die Ermittlungen in Richtung des scheinbaren „Fahrers" gelenkt werden (OLG Celle aaO bei d).

24 c) Als weitere TB-Alternativen nennt das Gesetz das **Vortäuschen** *einer (angeblich) bevorstehenden Gewalttat* (§ 145d **I Nr. 2**) bzw. die **Täuschung über die Tatbeteiligten** *an einer (tatsächlich) bevorstehenden Gewalttat* (§ 145d **II Nr. 2**). Mit dieser Neuerung durch das 14. StÄG von 1976 sollen vor allem die Präventivorgane vor der Blockierung

A 24 durch (falschen) Bombenterror bzw. vor der Ablenkung von Beteiligten bevorstehender Gewalttaten geschützt werden (Sturm JZ 1976, 347/351). Zu weiteren Einzelheiten vgl. S/S-Stree § 145d Rn. 16ff.

25 3. In **subjektiver** Hinsicht ist für alle Modalitäten ein Täuschen **wider besseres Wissen** erforderlich. Daher muß der Täter beim Vortäuschen wissen, daß die behauptete rechtswidrige Tat nicht begangen worden ist (A 14) bzw. die Angaben über die Person eines Tatbeteiligten nicht der Wahrheit entsprechen (A 18). Demzufolge wäre hier der A selbst bei objektiver Verwirklichung der 2. TB-Alternative (A 23) nur dann strafbar, wenn er positiv gewußt hätte, daß auch M keinen Führerschein besaß. Instruktiv dazu Ampelbeschädigungs-Fall OLG Frankfurt NJW 1975, 1895/6.

26 4. **Rechtfertigung:** Gesetzt den Fall, daß hier die (objektive und subjektive) Tatbestandsmäßigkeit zu bejahen gewesen wäre, könnte dann A aufgrund der in der Selbstbezichtigung liegenden *Einwilligung* des M gerechtfertigt sein? Nein, da § 145d den Schutz der Rechtspflege bezweckt (A 2), die der Disposition des Einzelnen entzogen ist (vgl. StrafR I Nr. 8 A 18).

27 5. **Vollendet** ist § 145d bereits dann, wenn die Behörde (bzw. wie hier der einzelne Polizeibeamte) Kenntnis von der Täuschung erlangt. Ob er sich davon auch tatsächlich irreleiten läßt, ist unerheblich (S/S-Stree § 145d Rn. 11, 23). Wird jedoch die Falschangabe vor Tätigwerden der Behörde berichtigt, so ist *§ 158 analog* heranzuziehen (Willms LK § 145d Rn. 20; abl. Rudolphi SK § 145d Rn. 18). Dagegen ist für eine analoge Heranziehung von § 258 V, VI wegen Selbst- oder Angehörigenbegünstigung hier kein Raum (BayObLG NJW 1978, 2563 m. Anm. Rudolphi JuS 1979, 862, Stree JR 1979, 253, OLG Celle NJW 1980, 2205).

28 6. Als *Zwischenergebnis* bleibt für den vorliegenden Fall festzuhalten, daß § 145d schon aus tatbestandlichen Gründen (da M vermeintlich fahrberechtigt, keine Unterstellung einer Straftat) zu verneinen war (E 8, A 19). Hätte A dagegen um die mangelnde Fahrerlaubnis des M gewußt, so wäre § 145d II Nr. 1 zwar tatbestandlich gegeben, dann aber seine Subsidiarität gegenüber §§ 164, 258 zu beachten (A 10). Deshalb bleiben bei Verdächtigung anderer zwecks Irreführung von Verfolgungsorganen jeweils noch folgende Tatbestände zu prüfen:

29 **III. Falsche Verdächtigung (§§ 164, 165).**

Dieser Tatbestand wurde hier offenbar nicht einmal in Erwägung gezogen. Woran könnte es fehlen? Zu beachten ist im wesentlichen folgendes:

30 1. Als **Tathandlung** kommt eine *Verdächtigung i. e. S.* (a) oder eine *sonstige Behauptung tatsächlicher Art* (b) in Betracht, wobei erstere als lex specialis vorgeht.

31 a) Die **Verdächtigung i. e. S.** (§ 164 I) muß eine rechtswidrige Tat oder Dienstpflichtverletzung zum Inhalt haben.

32 aa) Als *Verdächtigung* genügt sowohl jede Mitteilung tatsächlicher Art, die einen Verdacht auf eine andere Person lenkt oder einen bereits bestehenden Verdacht bestärkt, wie auch jede darauf gerichtete Schaffung einer verdächtigenden Beweislage, indem z.B. ein „Geständnis" unter falschem Namen abgegeben (vgl. Identitätstäuschungs-Fall BGHSt 18, 204) oder der Polizei falsches Beweismaterial in die Hände gespielt wird (instruktiv Fangbrief-Fall BGHSt 9, 240).

33 bb) Dadurch muß der Betroffene in Verdacht geraten, eine *rechtswidrige Tat* nach § 11 I Nr. 5 (also nicht nur eine Ordnungswidrigkeit) oder eine *Dienstpflichtverletzung* begangen zu haben. Ergibt sich daher aus den vorgetäuschten Umständen, daß der Betroffene gerade keine Straftat begangen haben kann, so entfällt schon damit § 164 I. Insofern gilt entsprechendes wie bei § 145d (A 14, 19). Daher wäre hier der M allenfalls dann einer Straftat verdächtig, wenn der Eindruck der Fahruntüchtigkeit oder des Fahrens ohne Führerschein erweckt worden wäre. Hier war jedoch das Gegenteil der Fall.

34 b) Für das Aufstellen einer **sonstigen Behauptung tatsächlicher Art** (§ 164 **II**) ist zwar nicht die Unterstellung einer Straftat oder Dienstpflichtverletzung erforderlich, wohl aber muß die behauptete Tatsache *geeignet* sein, gegen den Betroffenen *behördliche Maßnahmen herbeizuführen* oder *fortdauern zu lassen:* wie z.B. ein Sicherungs- oder Bußgeldverfahren oder auch vormundschaftsrichterliche Maßnahmen (vgl. Sorgerechtentziehungs-Fall BayObLG NJW 1958, 1103). Dafür könnte hier an sich der sich aus dem Unfall ergebende Verdacht genügen, daß sich der Fahrer einer Verkehrsordnungswidrigkeit (überhöhte Geschwindigkeit) schuldig gemacht hat. Aber:

A 35 2. Bei beiden TB-Modalitäten muß die Verdächtigung **einen bestimmten anderen** betreffen. Deshalb kann hier – anders als bei § 145d (A 14) – eine Selbstbezichtigung des M nicht genügen. Da A sich seinerseits der Polizei gegenüber völlig ausgeschwiegen hat, fehlt es somit an einer dem A zurechenbaren *Fremdbezichtigung.* Im übrigen kann sich auch bei § 164 das Problem der *Abgrenzung* zwischen *straffreier Selbstbegünstigung* und *strafbarer Fremdverdächtigung* stellen. Dabei ist im Grundsatz ähnlich zu verfahren wie bei § 145d (A 20ff), freilich mit folgendem Vorbehalt: Da der Verdacht auf einen bestimmten anderen gelenkt werden muß, genügt weder die selbstentlastende „Anzeige gegen Unbekannt" noch die Verdächtigung einer bereits toten oder fingierten Person (vgl. BGHSt 13, 219); und zwar selbst dann nicht, wenn dadurch die Behörde zu nutzlosen Ermittlungen veranlaßt wird (vgl. S/S-Lenckner § 164 Rn. 22).

36 3. *Adressat* der Verdächtigung bzw. Behauptung können wie bei § 145d **Behörden** und sonstige zur Entgegennahme von Anzeigen zuständige Amtsträger sein (A 12). Doch wird darüber hinaus auch die **öffentliche,** d.h. die von einem größeren, individuell nicht begrenzten und nicht näher verbundenen Personenkreis wahrnehmbare Verdächtigung erfaßt.

37 4. Die Verdächtigung muß **objektiv unwahr** sein, also zumindest in einem wesentlichen Punkt der Wirklichkeit widersprechen. Maßgebend dafür ist der die Verdachtsgrundlage bildende Tatsachenkern. Sofern dieser der Wahrheit entspricht und daraus lediglich rechtsirrige Beschuldigungen gefolgert werden, fehlt es an einer falschverdächtigenden Tatsachenbehauptung (vgl. Beschwerde-Fall KG JR 1963, 351).

38 5. In **subjektiver** Hinsicht ist dreierlei auseinanderzuhalten:

a) Hinsichtlich der Unwahrheit der Beschuldigung ist Handeln **wider besseres Wissen** erforderlich. Das bedeutet, daß der Täter im Zeitpunkt der Verdächtigung positiv wissen muß, daß seine Angaben oder die von ihm geschaffene Beweislage den Tatsachen widerspricht.

39 b) Des weiteren muß er in der **Absicht** handeln, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen den Verdächtigten herbeizuführen oder fortdauern zu lassen (A 34). Dadurch ist die nur bedingte Inkaufnahme von Ermittlungen ausgeschlossen (S/S-Lenckner § 164 Rn. 32; vgl. auch Identitätstäuschungs-Fall BGHSt 18, 204). Auch daran würde es hier fehlen, da sich A offensichtlich nur selbst entlasten, nicht aber den M einem Verfahren aussetzen wollte.

40 c) Hinsichtlich aller *übrigen Merkmale* genügt jede Form von **Vorsatz,** also auch bedingter (vgl. Zolltäuschungs-Fall OLG Köln NJW 1953, 1843). Würde daher der Täter in Kauf nehmen, daß der Verdacht auf eine andere als die eigentlich beabsichtigte Person fällt, so würde das für § 164 ausreichen (S/S-Lenckner § 164 Rn. 31 m.w.N.).

41 6. Die **Einwilligung** des Betroffenen hätte auch hier wegen des mitgeschützten Rechtspflegeinteresses keine rechtfertigende Kraft (A 5, 26). Daher wäre das Hinlenken des Tatverdachts durch A auf M jedenfalls nicht deshalb gerechtfertigt, weil letzterer damit einverstanden war.

42 7. Für die **Vollendung** kommt es auch hier nicht darauf an, daß sich die Behörde irreleiten läßt oder die erstrebten Maßnahmen tatsächlich eingeleitet werden (A 27). Doch ist bei rechtzeitiger Berichtigung *§ 158 analog* heranzuziehen (S/S-Lenckner § 164 Rn. 35).

43 8. *Fazit* für den vorliegenden Fall? § 164 kam aus mehrfachen Gründen nicht in Betracht: Nicht nur, daß es an einer Fremdbezichtigung durch A fehlte (A 35); auch wurde der M nicht des Verdachts einer Straftat i.S. von § 164 I, sondern allenfalls einer nach § 164 II erfaßbaren Ordnungswidrigkeit ausgesetzt (A 33). Zudem fehlt es an der subjektiven Verfolgungsabsicht (A 39). – Damit bleibt die Frage, ob sich die Behinderung der Ermittlungen noch auf andere Weise erfassen läßt:

44 **IV. Begünstigung (§ 257) – Strafvereitelung (§ 258, § 258a).**

Beide Tatbestände waren bis zum EGStGB von 1974 als „sachliche" bzw. „persönliche" Begünstigung in einem einzigen Tatbestand (§ 257 a.F.) zusammengefaßt. Die jetzige Aufteilung in die („sachliche") *Begünstigung* (§ 257) und die („persönliche") *Strafvereitelung* (§ 258) erklärt sich im wesentlichen aus dem unterschiedlichen Schutzzweck:

45 – In *§ 258* ist ausschließlich die (innerstaatliche) *Rechtspflege* geschützt (Wessels II/1 § 16 III 1), und zwar näherhin die Funktion der Strafrechtspflege, das materielle Straf-

A 45 recht durch gesetzmäßige Sanktionierung durchzusetzen (vgl. Lenckner Schröder-GS S. 344, Rudolphi JuS 1979, 861).

46 – Demgegenüber tritt bei *§ 257* neben das Interesse der *Rechtspflege* an Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes *kumulativ* noch das durch die Vortat tangierte *Individual*interesse hinzu (Lackner § 257 Anm. 1, ~~Stree JuS 1976, 137/8~~). Dadurch rückt die jetzige Begünstigung in die Nähe der Hehlerei (vgl. S/S-Stree 4 vor § 257). Deshalb ist sie bei Hehlerei mitbehandelt (StrafR IV Nr. 18 A 82ff). Vorliegend scheidet § 257 schon deshalb aus, weil dem A durch Vertuschung seiner Fahrt keinerlei Tatvorteile gesichert werden sollten.

47 Dagegen könnte hier **§ 258** durch M bzw. Anstiftung des A dazu in Betracht kommen. Dabei sind zunächst zwei TB-Alternativen auseinanderzuhalten: Verfolgungsvereitelung (1) und Vollstreckungsvereitelung (2).

48 **1.** Die **Verfolgungsvereitelung** (§ 258 I) setzt objektiv ein vierfaches voraus:

a) Als **Tathandlung** das *gänzliche oder teilweise Vereiteln einer Strafe oder Maßnahme* (Sicherungs- oder Maßregeln, Einziehung oder Verfall). Für das *Vereiteln* genügt jegliche Form der Hilfe, durch die die Ermittlung oder Verurteilung unmöglich gemacht, erschwert oder verzögert wird: so etwa durch Verwischen von Tatspuren, vorübergehendes Verstecken des Täters, Vernichten von Beweismitteln, aber auch schon durch die falsche Angabe, nichts zu wissen (BayObLG NJW 1966, 2177), ferner durch Unterlassen einer pflichtgemäßen und den Umständen nach zumutbaren Anzeige (vgl. Polizeileiter-Fall BGHSt 4, 167) oder verzögerliches Liegenlassen von Ermittlungsakten (vgl. Bearbeitungs-Fall BGHSt 15, 18: StrafR II Nr. 26 A 14f). Demgemäß kam hier die Irreführung der Polizei durch Ablenken des Tatverdachts von A auf den (scheinbar straffreien) M als Vereitelungshandlung in Betracht.

49 b) Die Hilfe muß sich auf eine *bereits begangene* **Vortat** beziehen, und zwar nach deren *Beendigung;* denn zuvor ist die Unterstützung noch als Beihilfe nach § 27 erfaßbar (vgl. S/S-Stree § 258 Rn. 6). Im übrigen hängen die Anforderungen an die Qualität der Vortat davon ab, ob der Täter α) nur einer *Sicherungsmaßregel* entzogen werden soll: dann reicht u. U. bereits eine *rechtswidrige* Tatbegehung (so nach § 69 bei Fahrerlaubnisentziehung), oder β) einer *Strafe:* dann ist *volle Strafbarkeit* der Vortat erforderlich (vgl. näher S/S-Stree § 258 Rn. 3ff). Wird der Begünstigte irrigerweise für strafbar gehalten, so kommt nur Versuch (§ 258 IV) in Betracht (Wessels II/1 § 16 III 2). – Vorliegend stand dieses Erfordernis außer Zweifel, da mit dem Unfall die (nach § 21 I Nr. 1 StVG und § 316) strafbare Vortat des A beendet war. Auch hätte dafür (bei etwaiger Schuldunfähigkeit des A) bereits eine rechtswidrige Tat genügt, falls die Verlängerung der Sperrfrist (§ 69, 69a I Nr. 2) verhindert werden sollte.

50 c) Zudem muß aber die begünstigte Tat die eines **anderen** sein. Deshalb scheidet reine *Selbstbegünstigung* schon tatbestandlich aus. Demnach konnte hier zwar M zugunsten des A den § 258 täterschaftlich verwirklichen, nicht dagegen A im Hinblick auf sich selbst. Anders als bei § 145d, wo sich gerade auch der durch die Irreführung Begünstigte der Mittäterschaft schuldig machen kann (A 23), könnte hier das Einreden des A auf M allenfalls als Anstiftung zu § 258 erfaßbar sein. Insoweit kommt ihm jedoch das Selbstbegünstigungsprivileg des § 258 V zugute (A 54).

51 d) Der Vereitelungs**erfolg:** Anders als bei §§ 145d, 164, wo es auf den tatsächlichen Behinderungseffekt nicht ankommt (A 27, 42), muß hier der Begünstigte wenigstens teilweise *der Sanktion entzogen* worden sein, und zwar gleichgültig, ob nach Strafart oder Strafhöhe (wie etwa bei Vertuschung strafschärfenden Waffengebrauchs: § 244) oder zeitlich (vgl. Fluchtauto-Fall OLG Stuttgart NJW 1976, 2084: Haftunterbrechung von 10 Tagen). Dabei ist – um eine zu weitgehende Vorverlagerung zu vermeiden – Vollendung freilich immer erst dann anzunehmen, wenn durch die Hilfeleistung eine völlige oder teilweise Einstellung des Verfahrens, ein Freispruch oder eine zu milde Bestrafung bewirkt wird bzw. Verfahrensverzögerungen, sofern sie nicht auf einem prozessual zulässigen Verhalten beruhen, herbeigeführt werden (Lenckner Schröder-GS S. 244ff, Rudolphi JuS 1979, 861f). Inwieweit eine solche Verfahrensverzögerung hier der Fall war, läßt sich dem SV nicht entnehmen; auf jeden Fall bliebe aber heute die Strafbarkeit wegen Versuchs (§ 258 IV). Nimmt man dieses Erfolgskriterium wirklich ernst, so kommt auch überall dort, wo der naheliegende Einwand des Täters, daß der Begünstigte auch ohne die ihm geleistete Hilfe zur gleichen Zeit abgeurteilt worden wäre, nicht zu widerlegen ist, statt Vollendung allenfalls Versuch in Betracht – eine vom Gesetzgeber bedachte Konsequenz der Neuregelung? Krit. dazu Lenckner Schröder-GS S. 347ff. Zu weiteren Einzelheiten S/S-Stree § 258 Rn. 16ff.

A 52 2. Für die **Vollstreckungsvereitelung** (§ 258 II) genügt, daß die Vollstreckung einer *rechtskräftigen Strafe* oder *Maßnahme* (§ 11 I Nr. 8) ganz oder teilweise unmöglich gemacht oder für geraume Zeit verzögert wird: wie etwa durch Verbergen des Verurteilten, Fluchthilfe, Beiseiteschaffen von Einziehungsobjekten oder auch durch Erschleichen eines ungerechtfertigten Strafaufschubs. Inwieweit auch die Zahlung der Geldstrafe für einen anderen darunter fällt, ist strittig, aber wohl dort zu bejahen, wo die Geldstrafe nicht erst nachträglich ersetzt, sondern unmittelbar stellvertretend für den Verurteilten bezahlt wird (vgl. Stree JZ 1964, 588, Wessels II/1 § 16 III 3 m.w.N.). Ob die der vereitelten Sanktion zugrundeliegende Tat wirklich begangen wurde, auf diesen Nachweis kommt es hier – anders als bei der Verfolgungsvereitelung (A 49) – nicht an, da es nur noch um die Durchsetzung der formell rechtskräftigen Verurteilung geht (vgl. Versteck-Fall RGSt 73, 331). Zu weiteren Einzelheiten vgl. S/S-Stree § 258 Rn. 25ff.

53 3. **Subjektiv** ist für beide TB-Alternativen **Absicht** oder **Wissentlichkeit** erforderlich, soweit es um die verfolgungs- bzw. vollstreckungsvereitelnde Zielsetzung geht. Im übrigen jedoch genügt auch hier jede Form von **Vorsatz,** so etwa die bedingte Inkaufnahme, daß eine Vortat bzw. Verurteilung vorliegt. Vgl. aber dazu auch Schaustellerr-Fall OLG Düsseldorf NJW 1964, 2123 sowie zur legitimen Wahrnehmung prozessualer Verteidigungsbefugnisse vgl. Müller-Dietz Jura 1979, 242ff, Ostendorf NJW 1978, 1345ff sowie S/S-Stree § 258 Rn. 20 m.w.N. – Auch diese subjektiven Erfordernisse dürften hier bei M gegeben gewesen sein.

54 4. Besondere Probleme stellen sich bei **Selbst- und Angehörigenbegünstigung,** wobei im wesentlichen 4 Konstellationen auseinanderzuhalten sind:

55 a) Soweit sich die Strafvereitelung in *reiner Selbstbegünstigung* erschöpft, ist sie schon gar nicht tatbestandsmäßig, da § 258 eine Fremdbegünstigung voraussetzt (A 50). Deshalb braucht dort auf das Selbstbegünstigungsprivileg nicht zurückgegriffen werden.

56 b) Hat die Strafvereitelung dagegen *neben der Selbst- auch Fremdbegünstigung* zum Ziel, so ist im Hinblick auf den Dritten an sich § 258 I, II tatbestandlich erfüllt. Mit Rücksicht auf die notstandsähnliche Situation wird jedoch durch § 258 V auch hinsichtlich der Fremdbegünstigung Straffreiheit eingeräumt. Hätte also vorliegend der M nicht nur den A, sondern zugleich auch sich selbst begünstigen wollen (etwa wegen Überlassung seines Pkw an den fahruntüchtigen A), so wäre er hinsichtlich § 258 straffrei. Allerdings entfällt durch diesen Strafausschließungsgrund lediglich die Strafbarkeit nach § 258, nicht dagegen die sonstiger mitverwirklichter Delikte, wie etwa nach § 164 oder § 259 (vgl. Schmuckkästchen-Fall BGHSt 15, 53/4: StrafR IV Nr. 18 A 20).

57 c) Nach gleichen Grundsätzen muß auch die *Anstiftung zu einer (dem Anstifter zugutekommenden) Fremdbegünstigung* straffrei bleiben: So wenn hier der A den M zu einer Fremdbegünstigung zugunsten des A verleitet. Denn wenn durch § 258 V sogar die zugleich selbstbegünstigende Fremdbegünstigung straffrei gestellt wird, muß dies erst recht für eine auf Selbstbegünstigung beschränkte Anstiftung gelten. Andernfalls hätte der Gesetzgeber eine besondere Anstifterklausel wie bei § 257 III S. 2 vorsehen müssen. Deshalb ist die frühere gegenteilige Rspr. (vgl. BGHSt 17, 236) als überholt anzusehen (S/S-Stree § 258 Rn. 38).

58 d) Schließlich wird bei *Angehörigenbegünstigung* Straffreiheit eingeräumt (§ 258 VI). Dieser persönliche Strafausschließungsgrund, dessen Charakter und Voraussetzungen im *Verlobten-Fall* StrafR I Nr. 20 erläutert sind, kommt selbst dann in Betracht, wenn die Angehörigenbegünstigung zugleich auch Nichtangehörigen zugute kommt (instruktiv dazu OLG Celle NJW 1973, 1937 m. Anm. Ruß JR 1974, 164; krit. Kratzsch JR 1974, 186). Zudem greift die Straffreiheit auch dann ein, wenn der Angehörige die Strafvereitelung nicht selbst vornimmt, sondern einen Dritten dazu anstiftet (BGHSt 14, 172).

59 5. **Strafschärfung** kommt in Betracht bei **Strafvereitelung im Amt** (§ 258a). Dabei handelt es sich um ein *unechtes* Amtsdelikt (dazu Baukontrolleur-Fall Nr. 18 A 6). Tatbeteiligte, denen die Amtsträgerschaft fehlt, sind daher gem. § 28 II nach § 258 zu behandeln. Auch wird dem Amtsträger die Straffreiheit bei Angehörigenbegünstigung vorenthalten (§ 258a III), nicht dagegen bei Selbstbegünstigung.

60 **V. Gesamtergebnis:** Unter den gegebenen Umständen war **A** weder nach § 145d (A 28) noch nach § 164 (A 43) zu verurteilen. Dagegen hätte sich der (seinerzeit offenbar nicht mitangeklagte) **M** nach heutigem Recht zumindest einer (versuchten) Strafver-

A 60 eitelung nach § 258 I (III) schuldig gemacht (A 51), so daß er allenfalls aufgrund des Angehörigenprivilegs Straffreiheit erlangen könnte (A 58). Dagegen geht der A auch hinsichtlich seiner Anstiftung zu § 258 wegen Selbstbegünstigung straffrei aus (A 57).

61 **Schrifttum:** Allg. zur **Vortäuschung einer Straftat:** die Kommentare zu § 145d sowie *Blei* II § 108 II; *Krey* I Fall 63–65; *Maurach* BT[5] § 76; *Otto* II § 95 III; *Welzel* § 76 V; *Wessels* II/1 § 16 II.

Zur **falschen Verdächtigung:** die Kommentare zu §§ 164, 165 sowie *Blei* II § 108 I, *Krey* I Fall 60–62; *Maurach* BT[5] § 77; *Otto* II § 95 II; *Welzel § 76 IV; Wessels* II/1 § 16 I; ferner *Hirsch,* Zur Rechtsnatur der falschen Verdächtigung, Schröder-GS S. 307; *Langer,* Die falsche Verdächtigung, 1973.

Zur **Strafvereitelung:** die Kommentare zu §§ 258, 258a sowie *Blei* II § 109; *Krey* I Fall 66–69; *Maurach* BT[5] § 80; *Otto* II § 96; *Welzel* § 76 III; *Wessels* II/1 § 16 III. Ferner *Kratzsch,* Straflosigkeit einer mit einer Angehörigenbegünstigung konkurrierenden Fremdbegünstigung?, JR 1974, 186; *Lenckner,* Zum Tatbestand der Strafvereitelung, Schröder-GS S. 339; *Rudolphi,* Strafvereitelung durch Verzögerung der Bestrafung, JuS 1979, 859; *Stree,* Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei, JuS 1976, 137.

Zu sonstigen **Rechtspflegedelikten:** die Kommentare zu §§ 138, 139, 145 sowie *Blei* II §§ 77, 110; *Krey* I Fall 70; *Maurach* BT[5] § 79; *Otto* II § 67 II, III; *Welzel* § 76 I. Speziell *Geilen,* Unterlassene Verbrechensbekämpfung und ernsthafte Abwendungsbemühung, JuS 1965, 462; *Händel,* Mißbrauch von Notrufen und Beeinträchtigung von Unfallverhütungsmitteln, DAR 1975, 57.

Systematik der Aussagedelikte – Uneidliche Falschaussage (§ 153) – Meineid (§ 154) – Aussagenotstand (§ 157)

BGHSt 8, 301: Eidesnotstand-Fall

GSSt 1/55 v. 24. 10. 1955 = NJW 1956, 191

SV **Sachverhalt:** In einem Unterhaltsstreit sollte A als Zeuge darüber vernommen werden, ob er mit der Mutter M des K jemals geschlechtlich verkehrt habe. Dies verneinte er bewußt wahrheitswidrig in einer Vernehmung durch den ersuchten Amtsrichter (§§ 362, 375 ZPO) im Mai-Termin, wobei er unvereidigt blieb. Als darauf der Vorsitzende des Prozeßgerichts seine Vereidigung anordnete, beschwor A vor dem Prozeßgericht (§ 355 ZPO) im Juni-Termin die falsche Aussage vom Mai. Dies tat er, um sich nicht einer Bestrafung wegen seiner ersten Falschaussage auszusetzen.

P **Zur Problemstellung:** Daß A zunächst im Mai durch seine *uneidliche* Falschaussage § 153 erfüllt hat, stand außer Frage.

– Wie aber, wenn diese Aussage nachträglich *beschworen* wird: tritt dann § 154 selbständig hinzu? Oder könnte § 153 im nachfolgenden § 154 aufgehen?

Kann sich dabei A bei seinem Meineid auf *Aussagenotstand* (§ 157) berufen, um der Bestrafung wegen des vorangegangenen § 153 zu entgehen? Was sind die Voraussetzungen des § 157?

Das LG hat den A sowohl wegen § 153 (Maitermin) als auch wegen § 154 (Junitermin) verurteilt und die Annahme von Tatmehrheit (§ 53) damit begründet, daß die uneidliche Falschaussage vom Mai mit dem Augenblick abgeschlossen und vollendet gewesen sei, als der vernehmende Richter im Maitermin nicht sofort die Fortsetzung des Termins beschloß. Jedoch sei dem A für den Meineid Strafmilderung nach § 157 einzuräumen gewesen. Da diese Entscheidung von Vorfragen abhing, die zwischen verschiedenen BGH-Senaten umstritten waren, wurden dem GrSSt nach §§ 136, 137 GVG folgende Fragen vorgelegt:

1 **[302]** „Ist der Zeuge, der in derselben Instanz zunächst uneidlich vorsätzlich falsch aussagt und in einem späteren Termin diese Aussage mit dem Eide bekräftigt, nur wegen eines Meineides zu bestrafen oder außerdem noch wegen eines gegenüber dem Meineid selbständigen Vergehens der uneidlichen vorsätzlichen Falschaussage?"

2 **[303]** „Kommt die Vorschrift des § 157 in jedem Falle oder nur dann, wenn wegen zwei selbständiger Taten nach § 153 und § 154 bestraft wird, dem Täter zugute, der geltend macht, er habe die zunächst uneidlich erstattete falsche Aussage beschworen, um die befürchtete Gefahr einer gerichtlichen Bestrafung nach § 153 von sich abzuwenden?"

Nach Referierung der kontroversen Rspr. führt der GrSSt aus:

E 1 **Aus den Gründen:** *[Zum Verhältnis § 153–§ 154: P 1]* **[309]** IV. 1. a) „An der Ansicht, der Meineid sei keine erschwerte Form der Falschaussage, sondern ein eigengeartetes, selbständiges Delikt, kann nicht festgehalten werden. Den Straftatbeständen der §§ 153 und 154 liegt das zum Schutze der Rechtspflege aufgestellte Verbot zugrunde, die Feststellung des Sachverhalts nicht durch unwahre Aussagen zu gefährden. Die unwahre Aus-
2 sage ist deshalb das die Strafbarkeit begründende Element. Der Eid hat zwar, soweit er unter Anrufung Gottes geschworen wird, sakralen Charakter, mögen dies heute auch nicht mehr alle Schwörenden empfinden. Strafrechtliche Bedeutung hat er jedoch nur als Bekräftigung einer Aussage. Das Verbrechen des Meineides entsteht erst durch die *Verbindung von unwahrer Aussage und Eid.* Der Eid kann auch ohne Anrufung Gottes ge-
3 schworen werden. Die sakrale Färbung ist ihm also nicht wesentlich. Die Strafdrohungen aller Eidesdelikte dienen dem Schutze der Rechtspflege, indem sie die Beweiskraft der Eidesleistungen und eidesstattlicher Versicherungen verstärken und sichern. In derselben Weise dient die Strafdrohung des § 153 gegen die uneidliche Falschaussage dem
4 Schutze der Rechtspflege. Die eidliche Beteuerung ist, so gesehen, nur ein straferhöhendes Merkmal. Der Meineid ist – als Zeugen- und Sachverständigeneid – die durch die feierliche, oder sakrale Bekräftigung ausgezeichnete, erschwerte Falschaussage. Die *uneidliche Falschaussage des § 153 ist das Grunddelikt ...*

5 **[310]** Da der Zeugeneid eine erschwerte Form der Falschaussage des § 153 ist, beide Delikte sich gegen dasselbe strafrechtliche Verbot richten, können sie entgegen der seit

E 5 BGHSt 1, 380 von allen Senaten vertretenen Meinung im Fortsetzungszusammenhang stehen, also Einzelakte eines fortgesetzten Meineides sein.

6 b) Nicht beizutreten ist sodann der Annahme, auf die sich die bisherige Rspr. stützt: wenn der Zeuge im unmittelbaren Anschluß an seine Bekundungen seine Aussage beschwört, so sei diese nicht schon mit dem Schluß der Bekundungen oder mit dem die Vereidigung anordnenden Beschluß, sondern erst mit der Eidesleistung abgeschlossen. Die falsche Aussage liegt abgeschlossen als ein fertiges Ganzes vor, wenn der Zeuge zum Schwören anhebt. Zur Vereidigung wird erst geschritten, wenn das Bekunden des Zeugen und das Fragen des Richters und der übrigen Prozeßbeteiligten endgültig aufgehört hat, wenn alle Beteiligten die Angaben des Zeugen als Bekundung ansehen müssen, zu der er stehen will. Aussagen und Schwören, Vernehmung und Beeidigung (oder Vereidigung) sind voneinander zu trennen. Die Eidesleistung ist niemals ein Teil der Aussage, die Beeidigung kein Teil der Vernehmung. Aussage und Vernehmung sind beim Nacheid des Zeugen stets vor der Eidesleistung abgeschlossen. In diesem Augenblick ist der
7 Tatbestand des § 153 verwirklicht. Dies gilt für alle Fälle der zeugenschaftlichen Vernehmung mit nachfolgender Vereidigung ohne Unterschied, ob die falsche Aussage in demselben Termin oder in einem späteren Termin, **[311]** ob sie im ‚unmittelbaren Anschluß' an die Vernehmung oder später beschworen wird.

8 2. Gleichwohl ist der vorsätzlich falsch aussagende Zeuge in allen diesen Fällen nur wegen *eines* Verbrechens des Meineides und nicht außerdem wegen eines selbständigen oder mit dem Meineid im Fortsetzungszusammenhang stehenden Vergehens der uneidlichen falschen Aussage zu bestrafen. Die Gründe hierfür sind folgende:

9 a) ... Sinn und Zweck der Strafdrohung des § 153 ist es, den Wert der uneidlichen Aussage als Beweismittel zu sichern. ... Der § 153 hat demnach die Aufgabe, die Lücke zu schließen, die im Schutz der Rechtspflege bestehen würde, falls ... die falsche Aussage nur strafbar wäre, wenn sie beschworen wird, während uneidliche Aussagen in großem Umfange als Urteilsunterlagen verwendet werden. § 153 hat – so betrachtet – Hilfs- (sub-
10 sidiären) Charakter gegenüber § 154. ... § 153 ist sinngemäß nur auf unwahre Aussagen anzuwenden, die nicht beschworen werden und deshalb nicht unter den Meineidstatbestand fallen.

11 **[312]** b) Ob der Zeuge zu demselben Gegenstand mehrfach – in demselben Termin oder in mehreren Terminen – vernommen wird, ob die mehrfache Vernehmung eine Einheit i. S. der bisherigen Rspr. bildet oder nicht, hängt von der Gestaltung des Verfahrens ab. ... Deshalb widerspräche es der Gerechtigkeit, den Zeugen, der eine falsche Aussage mit dem Eide bekräftigt, je nach Gestaltung des Verfahrens nur wegen eines Verbrechens des Meineides oder außerdem wegen eines damit in Tatmehrheit oder im Fortsetzungszusammenhang stehenden Vergehens nach § 153 zu verurteilen. ...

12 V. Für die verschiedenen Fälle der Wiederholung und Berichtigung falscher Aussagen ergibt sich aus alledem folgendes:

1. Der Tatbestand des § 153 ist stets erfüllt, wenn zur Vereidigung des Zeugen geschritten wird, jedoch geht, wenn der Zeuge seine falsche Aussage beschwört, das Delikt der uneidlichen falschen Aussage im Meineid auf. Dabei ist es gleichgültig, ob die falsche Aussage in ein und demselben Termin oder in verschiedenen Terminen geleistet und beschworen wird, ob die mehrfache Vernehmung eine Einheit bildet oder jede der mehreren Vernehmungen in sich abgeschlossen ist und daher mehrere Aussagen vorliegen,
13 ob der Eid im unmittelbaren Anschluß an die Aussage oder später geleistet wird. Aus dem Zusammenspiel der §§ 153 und 154 ergibt sich, daß in allen diesen Fällen die Schuld der uneidlichen falschen Aussage durch die Verurteilung wegen Meineides abgegolten sein soll.

14 **[313]** Das trifft auch dann zu, wenn der Zeuge *in seinen falschen Angaben wechselt,* wenn er also eine unwahre Bekundung zugunsten einer anderen unwahren Bekundung aufgibt, die er mit dem Eide bekräftigt. Die beschworene Aussage ist falsch, der geleistete Eid ein Meineid. Daneben noch wegen der nicht beeideten unwahren Teile der früheren Aussage nach § 153 ihn zu bestrafen, würde gegen Sinn und Zweck dieser Vorschrift verstoßen. Dabei macht es wiederum keinen Unterschied, ob die von einander abweichenden Angaben in mehreren Terminen einer einheitlichen Vernehmung gemacht wurden oder ob die die frühere unwahre Bekundung enthaltene Aussage schon abgeschlossen war, als der Zeuge zu der neuen Darstellung überging. ...

15 Wenn der Zeuge mehrfach abschließend vernommen wird, bei jeder Vernehmung aber zu einem anderen Beweisthema, und zu jedem Thema die Unwahrheit bekundet, ist der Gesamtvorgang ebenfalls nur unter dem Gesichtspunkt des Meineides zu würdigen, wenn er seine Aussagen schließlich beschwört.

16 2. All dies gilt aber nur, wenn die falsche Aussage *in demselben Rechtszuge* mit dem Eide bekräftigt wird. Wiederholt und beschwört der Zeuge *im zweiten Rechtszuge* die im ersten uneidlich erstattete falsche Aussage, so liegen je nach den Umständen entweder zwei in Tatmehrheit stehende Delikte nach § 153 und § 154 oder ein fortgesetzter Meineid vor. Der Grund hierfür liegt darin, daß in diesem Falle die uneidliche Aussage im ersten Rechtszuge Beweismittel und mögliche Grundlage für die Entscheidung gewesen ist und

E 16 somit deren Sicherheit gefährdet hat. Wie der Richter sie dabei bewertet hat, ob er ihr Glauben geschenkt oder sie als unglaubhaft beiseitegelassen hat, das ist in diesem Zu-
17 sammenhang ohne Bedeutung, weil der Unrechtsgehalt der falschen Aussage in der *Gefährdung* der Rechtspflege besteht.

18 **[314]** 3. Wenn der Zeuge, nachdem er eine falsche Aussage beschworen hat, *in demselben Rechtszug* nochmals vernommen wird und wiederum falsch aussagt, sei es, daß er die früher beschworene Aussage wiederholt, sei es, daß er zwar abweichende, aber ebenfalls unwahre Bekundungen macht, jedoch nunmehr unvereidigt bleibt, so kommt im Verhältnis zu dem vorangegangenen Meineide der Gesichtspunkt des Aushilfscharakters des § 153 nicht in Betracht. Er ist sinnvoll nur gegenüber falschen Aussagen, die dem Meineid vorausgehen. Nur die bereits abgegebenen Bekundungen werden beschworen. Nur sie können deshalb durch die Bestrafung wegen des geleisteten Meineides als abge-
19 golten angesehen werden. Die *nach dem Meineid* in demselben Rechtszug erstattete falsche Aussage ist, auch wenn sie nur eine Wiederholung der beschworenen Aussage ist, ein weiteres Beweismittel. Der Täter ist deshalb je nach seinem Vorsatz wegen zwei in Tateinheit stehenden Delikten nach § 153 und nach § 154 oder wegen eines fortgesetzten Meineides zu bestrafen. ...

20 . 4. Wird die falsche Aussage nicht beschworen, so ist sie nach § 153 strafbar, sobald die Vernehmung abgeschlossen ist. ... Sie ist abgeschlossen, wenn der Richter zu erkennen gegeben hat, daß er von dem Zeugen keine weitere Auskunft über den Vernehmungsgegenstand erwartet, und der Zeuge, daß er seinerseits nichts mehr bekunden und
21 das bisher Bekundete als seine verantwortliche Aussage gelten lassen will. *Berichtigt* der Zeuge bis zu diesem Zeitpunkt die unwahre Aussage, so ist das Vergehen nach § 153 nicht vollendet. Der Versuch ist nicht strafbar. Nach diesem Zeitpunkt hat die Berichti-
22 gung **[315]** nur die Folge, daß § 158 StGB anwendbar ist. Diese Grundsätze gelten auch
23 dann, wenn der Zeuge, bevor er den Eid leistet, die unwahren Angaben berichtigt und nunmehr eine *wahre* Aussage beschwört. In diesem Falle wird die falsche Aussage eben nicht durch einen sie bekräftigenden Meineid aufgezehrt. Wenn beispielsweise der Zeuge, der seine falsche Aussage beeidigt, die Eidesformel nicht zu Ende spricht, sondern, weil ihm sein Gewissen schlägt, im Schwören innehält und nunmehr der Wahrheit die Ehre gibt, so ist er zwar vom Versuch des Meineides zurückgetreten. Das bereits mit dem Beginn der Eidesleistung vollendete Vergehen der uneidlichen falschen Aussage wird dadurch aber nicht beseitigt. Es bleibt nach § 153 strafbar. ... Eine Härte ist darin nicht zu finden. Denn § 158 gibt dem Richter die Befugnis, unter den daselbst bestimmten Voraussetzungen nicht nur die Strafe zu mildern, sondern sogar ganz von Strafe abzusehen. ...

24 Bei uneidlicher Abhörung in mehreren Terminen können je nach dem, ob die Vernehmung in jedem der einzelnen Termine beendet wird oder sich als Einheit über die sämtlichen Termine erstreckt, mehrere in Tatmehrheit zusammentreffende oder im Fortsetzungszusammenhang stehende Vergehen oder aber ein einziges Vergehen nach § 153 vorliegen. Wenn im letzten Falle der Zeuge im späteren Termin der Wahrheit die Ehre gibt, ehe Vernehmung und Aussage abgeschlossen sind, haben die vorangegangenen unwahren Bekundungen für die Anwendung des § 153 keine strafrechtliche Bedeutung,
25 weil es nicht zur **[316]** Vollendung des Deliktes gekommen ist. Mit dem Schluß der Verhandlung im jeweiligen Rechtszug ist die Vernehmung spätestens beendet und die uneidliche Aussage abgeschlossen" ...

26 *[Zur Anwendbarkeit von § 157: P 2]* I. ..." Nach der [jetzigen] Fassung ist Voraussetzung für die Rechtswohltat des § 157 die *Absicht* des Zeugen, durch Bekundung **[317]** der Unwahrheit von einem Angehörigen oder von sich selbst die Gefahr einer gerichtlichen Bestrafung abzuwenden. Diese Absicht braucht nicht der einzige Beweggrund für die
27 Bekundung der Unwahrheit gewesen zu sein (BGHSt 2, 379). § 157 ist auch dann anzuwenden, wenn der Zeuge nur *irrtümlich* eine solche Gefahr angenommen hat (RGSt 77, 219 (222).

28 Die Tat, deretwegen der Zeuge gerichtliche Bestrafung befürchtet, die er durch die Bekundung der Unwahrheit von sich abwenden will, muß logischerweise vor dieser Bekundung liegen. Es genügt aber, daß der Zeuge ein der falschen Bekundung vorausgegangenes Verhalten infolge irriger rechtlicher Wertung für strafbar hält. ...

29 **[318]** II. Der GrS ist aus Gründen, die im wesentlichen bereits in BGHSt 5, 269 angeführt worden sind, der Ansicht, daß, wenn in demselben Rechtszug der Zeuge eine in welcher Form und Folge auch immer abgegebene Aussage beschwört, § 157 auf den begangenen Meineid nicht anwendbar ist. ...

30 **[319]** Der Grund für die Unanwendbarkeit des § 157 liegt darin, daß in den Fällen, in denen die uneidliche falsche Aussage im Meineid aufgeht, für die strafrechtliche Betrachtung eine *einheitliche* Straftat vorliegt. Es fehlt somit an einer dem Meineide vorausgegangenen strafbaren Handlung, deretwegen dem Zeugen bei Angabe der Wahrheit die Gefahr einer gerichtlichen Bestrafung erwachsen könnte. Zwar läßt § 157 nF allein die *Vorstellung des Zeugen* entscheiden, setzt also nicht voraus, daß die „Vortat" deretwegen er gerichtliche Bestrafung befürchtet, strafbar ist. Jedoch darf auch die irrige Vor-

E 30 stellung sich niemals auf einen Vorgang beziehen, der ein Teilstück des den Meineid bildenden Gesamtgeschehens ist. Hier gelten die Grundsätze, die das RG für § 157 aF entwickelt hat [RGSt 62, 211] und die allerdings im weiteren Sinne auch auf dem Gedanken beruhen: Wer erst durch die falsche Aussage selbst die Gefahrenlage schaffe, könnte daraus billiger Weise nicht eine Strafmilderung eben wegen dieser falschen Aussage

31 herleiten. ... **[320]** § 157 soll nicht schon Platz greifen, wenn der Aussagenotstand nach dem äußeren Sachverhalt gegeben ist, sondern nur dann, wenn der Zeuge sich dieses Notstandes auch bewußt gewesen ist. Denn nur unter dieser Voraussetzung kann die Zwangslage ihn dazu bestimmt haben, falsch zu schwören. Dies allein kann die Strafermäßigung unter Schuldgesichtspunkten rechtfertigen. ...

32 Die uneidliche vorsätzliche falsche Zeugenaussage ist für strafbar erklärt worden, um den Schutz der Rechtspflege zu verstärken. Nichts spricht dafür, daß es der Wille des Gesetzgebers gewesen ist, mit der neuen Strafdrohung gleichzeitig dem Meineidigen die Berufung auf § 157 zu ermöglichen und so den Schutz der Rechtspflege gegenüber dem Meineide zu schwächen, dem in der Regel größerer Beweiswert beigemessen wird. ...

33 Wenn uneidliche Falschaussage im ersten Rechtszuge und Meineid im zweiten Rechtszuge auf Grund eines Gesamtvorsatzes **[321]** begangen sind, so kommt bei der Bestrafung wegen fortgesetzten Meineides § 157 aus den [vorgenannten] Gründen ebenfalls nicht in Betracht. Im übrigen werden hier die Voraussetzungen für die Anwendung des § 157 auch deshalb nicht gegeben sein, weil der Zeuge die zunächst uneidlich erstattete Aussage deshalb wiederholt und beschwört, weil er sich das von vornherein fest vorgenommen hat, nicht aber, um wegen dieses vorangegangenen Teilaktes seiner (fortgesetzten) Handlung gerichtliche Bestrafung nach § 153 von sich abzuwenden."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Auf den ersten Blick scheint es sich bei den entscheidungsauslösenden Vorlagefragen zum Verhältnis von § 153 zu § 154 (P 1) sowie zum Aussagenotstand nach § 157 (P 2) eher um periphere Probleme der Aussagedelikte zu handeln. Wie jedoch die umfängliche Begründung des GrSSt zeigt, machte die Beantwortung das Eingehen auf verschiedene, bis dahin recht umstrittene Grundsatzfragen notwendig. Um sie im Gesamtzusammenhang der Aussagedelikte zu sehen, empfiehlt sich folgendes: Nach einem Überblick über *Schutzgut und Struktur der Aussagedelikte* (I) bedarf zunächst ihr gemeinsamer Gegenstand: die *falsche Aussage* (II), einer näheren Erörterung. Dem folgen die Einzelerörterungen zur *Uneidlichen Falschaussage* (§ 153) als Grunddelikt (III) sowie zum *Meineid* (§ 154) als Qualifizierung (IV). Damit ist der Grund gelegt für die im Mittelpunkt des Falles stehenden Probleme des *Verhältnisses* dieser beiden Tatbestände zueinander und im Zusammenhang damit die Frage nach *Aussageberichtigung* gem. § 158 und *Aussagenotstand* gem. § 157 (V). In einem abschließenden Exkurs ist noch auf einige *Teilnahme*fragen hinzuweisen (VI).

2 **I. Schutzgut und Struktur der Aussagedelikte.**
Was läßt sich daraus der vorliegenden Entscheidung entnehmen?

1. Gemeinsames *Schutzgut* der sog. Aussagedelikte (§§ 153–163) ist die **staatliche Rechtspflege:** um „die Feststellung des Sachverhalts nicht durch unwahre Aussagen zu gefährden" (E 1). Bei dieser im Grundsatz heute allgemein akzeptierten Zielsetzung (vgl. S/S-Lenckner 2 vor § 153) bleibt dreierlei zu beachten:

3 – Da es mit der Rechtspflege um den Schutz staatlicher Gewalt geht, handelt es sich bei den Aussagedelikten um *Staatsschutzdelikte i.w.S.* (vgl. Widerstand-Fall Nr. 13 A 12). Doch steht dabei weniger der Institutions- als der *Funktionsschutz* im Vordergrund: die den Rechtspflegeorganen obliegende Aufgabe unverfälschter Tatsachenfeststellung (vgl. Herrmann S. 130ff, Rudolphi SK 5 vor § 153).

4 – Um dieses Funktionsschutzes willen kommt es nicht erst auf die materielle Richtigkeit oder Unrichtigkeit der letztlich getroffenen Entscheidung an, sondern bereits auf die in der Falschaussage liegende *abstrakte Gefährdung* (E 17; Gallas GA 1957, 317f). Unrechtsbegründend ist daher schon die Falschaussage als solche, also ohne Rücksicht darauf, ob und inwieweit sie sich dann tatsächlich auch auf die Entscheidung des Richters auswirkt (S/S-Lenckner 2 vor § 153; vgl. auch unten A 23ff).

5 – Diesem Funktionsschutz der Rechtspflege dienen grundsätzlich auch die **Eidesdelikte** (§§ 154, 156). Denn in Abweichung von der traditionellen Sakraltheorie, die den Unrechtsgehalt des Meineids wesentlich in der Verletzung der feierlichen Beteuerungsform sah (so zunächst auch noch der BGH: vgl. Autoversicherung-Fall BGHSt 1, 241/3), markiert gerade die vorliegende Entscheidung auch für § 154 die Wende zum *reinen Rechtspflegedelikt:* Auch bei den Eidesdelikten geht es um den Schutz der Rechtspflege,

A 5 wobei durch die Eidesleistung (§ 154) bzw. die eidesstattliche Versicherung (§ 156) lediglich die Beweiskraft der Aussage verstärkt und gesichert werden soll (E 3f; ebenso die h.L.: Rudolphi SK 6 vor § 153 m.w.N.).

6 – Dennoch ist das **sakrale** Moment nicht gänzlich verschwunden: So etwa läßt sich die – im Vergleich zum eigenhändigen Meineid (§ 154) – ungleich niedrigere Strafdrohung des „mittelbaren Falscheids" (§ 160) angesichts gleich hoher Gefährdung der Rechtspflege nur daraus erklären, daß dem sakralen Charakter des Meineids besondere Bedeutung beigelegt wird (S/S-Lenckner 2 vor § 153). Auch die Falsche Versicherung an Eides Statt (§ 156), die gerade auch für Beteuerungen außerhalb des Rechtspflegebereichs von Bedeutung ist (A 10) und sich daher nicht allein mit deren Schutz erklären läßt, dürfte in der Verletzung sakraler Momente ihren Grund haben (Rudolphi SK 7 vor § 153).

7 2. Was ergibt sich daraus für das **System der Aussagedelikte?**

a) Die *Uneidliche Falschaussage* (**§ 153**) bildet den *GrundTB* (E 4).

8 b) Im *Meineid* (**§§ 154, 155**) ist kein selbständiges Delikt (so die frühere h.M.), sondern nur noch eine durch den Eid *qualifizierte* Abwandlung des § 153 zu erblicken (E 1, 4). Dementsprechend entsteht der Meineid erst durch die Verbindung von Falschaussage und Eid (E 2). Vgl. zudem auch A 65ff.

9 – Soweit die Aussage nicht vorsätzlich, sondern nur fahrlässig falsch ist, kommt anstelle von § 154 *Fahrlässiger Falscheid* (**§ 163**) in Betracht (A 47, 72).

10 c) Den vorgenannten Tatbeständen ist gemeinsam, daß die Falschaussage in der Eigenschaft als Zeuge oder Sachverständiger vor einer zur Abnahme von Eiden zuständigen Stelle gemacht wird. Das betrifft schwerpunktmäßig (wenn auch nicht ausschließlich) gerichtliche Verfahren. Darüber hinaus wird durch **§ 156** auch die minder gewichtige Beteuerungsform der „Versicherung an Eides Statt" erfaßt, mit der Folge, daß dadurch auch sonstige Verfahren, in denen die Falschaussage nicht notwendig in der Rolle des Zeugen oder Sachverständigen gemacht werden muß (so vor allem bei Glaubhaftmachungen in Zwangsvollstreckungsverfahren), in den Schutzbereich einbezogen werden. Insofern handelt es sich bei der *Falschen Versicherung an Eides Statt* (neben Uneidlicher Falschaussage und Meineid) um einen *dritten Grundtypus* der Aussagedelikte (Rudolphi SK § 156 Rn. 1). Auch § 156 kann sowohl *vorsätzlich* wie *fahrlässig* (§ 163) begangen werden. Neben Glaubhaftmachungen in Prüfungsverfahren ist § 156 vor allem bei der (den früheren „Offenbarungseid" ersetzenden) Eidesstattlichen Offenbarungsversicherung (§ 807 ZPO) von praktischer Bedeutung. Vgl. im einzelnen S/S-Lenckner § 156 Rn. 6ff. Instruktiv zur Zuständigkeit für Abnahme eidesstattlicher Versicherung Sonderhilfsausschuß-Fall BGHSt 5, 69.

11 d) Eine Sonderrolle kommt zwecks Lückenschließung bei **Tatbeteiligung** den §§ 159, 160 zu:

12 – So **§ 159** bei (erfolgloser) *versuchter Anstiftung* zu § 153 bzw. § 156: Da diese Tatbestände nur Vergehenscharakter haben und daher der Anstiftungsversuch – anders als beim Verbrechen des § 154 – nicht bereits durch § 30 erfaßbar ist, glaubte der Gesetzgeber, diese Lücke durch den Gleichstellungstatbestand des § 159 schließen zu müssen. Freilich führt dies zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß damit der (erfolglose) Versuch zur Anstiftung eines anderen strafbar wird, während der eigene Versuch von § 153 bzw. § 156 straffrei bleibt (vgl. S/S-Lenckner § 159 Rn. 1f, aber auch unten A 112ff).

13 – Dagegen geht es bei **§ 160** um die Erfassung „mittelbarer" Falschaussage: Dies deshalb, weil die Aussagedelikte nach h.M. nur *eigenhändig* begehbar sind, und daher nach allgemeinen Regeln mittelbare Täterschaft ausgeschlossen ist (vgl. StrafR II Nr. 38 A 27). Diese Lücke versucht § 160 durch die gesondert vertatbestandlichte *Verleitung zur Falschaussage* zu schließen (A 116f).

14 e) Demgegenüber haben die restlichen Vorschriften eine *einschränkende* Funktion:

15 – **§ 157** durch Einräumung eines über den Anwendungsbereich des § 35 hinausgehenden Aussagenotstand (A 104ff);

16 – **§ 158** durch eine rücktrittsähnliche *Berichtigungsklausel* (A 63).

Vor Eingehen auf diese verschiedenen Tatmodalitäten bedarf zunächst ein gemeinsames TB-Merkmal der Betrachtung:

17 **II. Falsche Aussage.**

Gleich, ob das Gesetz von „falschem Aussagen" (§ 153), „falschem Schwören" (§§ 154, 160) oder „falschem Abgeben einer Versicherung an Eides Statt" (§ 156) spricht, erforderlich ist dafür stets die Abgabe einer falschen Aussage. Unterschiedlich

A 17 sind lediglich Art und Intensität der Wahrheitsbeteuerung: Während diese bei § 153 schon in der unter Wahrheitspflicht stehenden Aussage als solcher liegt, kommt bei §§ 154, 155 eine Verstärkung durch Eid bzw. bei § 156 durch eidesstattliche Versicherung hinzu. Der allen gemeinsame Unrechtskern der „falschen Aussage" ist in dreifacher Hinsicht zu beleuchten: zum *Begriff* (1), zu ihrem relevanten *Umfang* (2) und zu ihrer *Falschheit* (3).

18 1. Was ist in den §§ 153 ff unter **Aussage** zu verstehen?

a) Dem **Gegenstand** nach kommt dafür jede Mitteilung einer Person über *äußere* Tatsachen (hier Verkehr des A mit der M) oder auch *innere* Vorgänge (wie über bestimmte Motivationen oder Absichten) in Betracht. Daß darin, wie häufig bei Sachverständigenäußerungen, zugleich ein Werturteil stecken kann (z. B. über die Echtheit eines Bildes oder die Schuldfähigkeit eines Probanden), braucht der Erklärung nicht den Charakter einer Aussage zu nehmen.

19 b) Die **Form** der Aussage ist grundsätzlich gleichgültig. Deshalb kommen vor allem bei § 156 auch *schriftliche* Erklärungen in Betracht, während es sich bei den §§ 153, 154 aufgrund des Vernehmungscharakters des Verfahrens regelmäßig um *mündliche* Äußerungen handeln wird (vgl. A 32). Doch kann eine Aussage auch in *Mimik* oder Gestik liegen: so etwa wenn hier A die Frage nach dem etwaigen Verkehr mit der S schlicht mit Kopfschütteln verneint hätte. Auch bloßes *Schweigen* kann Aussagewert haben, wenn entgegen einer prozessualen Vollständigkeitspflicht bestimmte Tatsachen unerwähnt bleiben (Rudolphi SK 12 vor § 153; vgl. aber auch unten A 28 f). Damit ist zugleich ein allgemeines einschränkendes Merkmal angesprochen:

20 2. Der **relevante Umfang** der Aussage: Mit Rücksicht darauf, daß sich in Zeugenaussagen oft Wesentliches mit unerheblichen Nebensächlichkeiten mischt und es unerträglich wäre, wenn jedwede wahrheitswidrige Äußerung vor Gericht Strafe auslösen würde, sind als tatbestandsrelevant von vorneherein nur solche Aussagen anzusehen, die der *prozessualen Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht* unterliegen (BGHSt 25, 244/6 [unten A 23], S/S-Lenckner 9 vor § 153 m. w. N.). Dadurch erfährt der Kreis relevanter Aussagen eine dreifache Einschränkung:

21 a) Zunächst aus der **prozessualen Funktion des Aussagenden:**

– Befindet er sich im *Zeugen*stand, so erschöpft sich seine Aufgabe in der Mitteilung von Tatsachen: Geschehnisse oder Zustände der Außenwelt oder des Innenlebens, während bloße Wertungen oder Urteile unbeachtlich sind. Daher scheidet ein Aussagedelikt schon tatbestandlich aus, wenn der Zeuge aus einem richtig geschilderten Sachverhalt einen falschen Schluß zieht: so etwa wenn hier A den datumsmäßig zutreffend eingeräumten Verkehr mit der M irrigerweise als außerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit (§ 1592 BGB) darstellen würde. Soweit es sich freilich um allgemein geläufige Rechtsbegriffe, wie Kauf oder Miete, handelt, kann deren Gebrauch eine Tatsachenaussage enthalten (vgl. S/S-Lenckner 11 vor § 153). Die gleichen Grundsätze gelten für die Vernehmung als *Partei* im Zivilprozeß nach §§ 445 ff ZPO.

22 – Dagegen erstreckt sich die Wahrheitspflicht des *Sachverständigen* über etwaige Tatsachenaussagen (wie z. B. zu Befund- oder Zusatztatsachen: vgl. BGHSt 18, 108) hinaus auch auf die Wiedergabe wissenschaftlicher Erfahrungssätze oder die aus bereits festgestellten Tatsachen gewonnenen Urteile oder Schlußfolgerungen: so etwa zu der bei A 21 angesprochenen Berechnung der Empfängniszeit.

23 b) Auch aus dem **Gegenstand der Vernehmung** können sich weitere Einschränkungen ergeben. Dies nach **BGHSt 25, 244/6** (Spontanäußerungs-Fall: unten A 27) deshalb,

> weil „der äußere Tatbestand der §§ 153 f stets nur solche Falschaussagen einer Beweisperson erfassen kann, die nach den für den fraglichen Prozeß geltenden Regeln den Gegenstand ihrer Vernehmung und damit ihre Pflicht zu wahrheitsgemäßer Aussage betroffen haben."

24 Was zum „Gegenstand der Vernehmung" gehört, ist freilich nur im Zivilprozeß durch den *Beweisbeschluß* einigermaßen klar umrissen (vgl. §§ 358, 359, aber auch § 272 b I Nr. 4 ZPO). Im Strafverfahren hingegen ergibt sich der Gegenstand der Vernehmung im wesentlichen aus der Beschreibung, die dem Zeugen vor seiner Vernehmung als *„Gegenstand der Untersuchung"* zu geben ist (§ 69 I StPO). Entsprechendes gilt für *parlamentarische* Untersuchungen (vgl. Waffenhandel-Fall BGH NJW 1979, 266). Darüber hinaus werden im Wege *formloser Erweiterung* alle Tatsachen zum Gegenstand der Vernehmung, nach denen der Richter oder mit seiner Zustimmung ein

A 24 Verfahrensbeteiligter *Fragen* stellt (vgl. §§ 395 II 2, 396, 397 ZPO, §§ 68, 69 II, 240 StPO). Fraglich ist jedoch, inwieweit es dabei jeweils auf die **Beweiserheblichkeit** einer Frage oder Äußerung ankommt. Dazu sind im wesentlichen drei Fallkonstellationen zu unterscheiden:

25 – Soweit die Aussageperson eine *positive Bekundung* zum Gegenstand der Vernehmung macht, so ist diese grundsätzlich tatbestandsrelevant, und zwar unabhängig davon, ob die Aussage wesentliche, d.h. letztlich entscheidungserhebliche, oder ob sie nebensächliche Punkte betrifft (instruktiv dazu Warenhausdetektiv-Fall KG JR 1978, 77/8 m.Anm. Willms; vgl. S/S-Lenckner 15 vor § 153 m.w.N.). Insofern ist das deutsche Recht weitaus strenger als etwa das anglo-amerikanische, wo es entscheidend auf die „materiality" der Aussage ankommt (vgl. Perkins, Criminal Law, 1957, S. 390ff).

26 – Anders dagegen bei sog. *Spontanäußerungen:* Sofern sie über den Rahmen des Vernehmungsgegenstandes hinausgehen, werden sie nach h.M. selbst dann nicht erfaßt, wenn sie entscheidungserheblich sind. Tatbestandsrelevant werden sie vielmehr erst dann, wenn sie auf nachträgliche Erweiterung des Beweisthemas durch den vernehmenden Richter vom Zeugen bestätigt werden (so BGHSt 25, 244/6 im Anschluß an das oben A 23 wiedergegebene Zitat; ebenso Lackner § 154 Anm. 4a, S/S-Lenckner 15 vor § 153, Willms LK 28 vor § 153; and. Rudolphi SK 25 vor § 153, der insoweit schon die Beweiserheblichkeit genügen lassen will).

27 Instruktiv dazu *Spontanäußerungs-Fall* **BGHSt 25, 244,** wo die A auf die Frage, ob sie innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit mit ihrem Ehemann und dem S verkehrt habe, beides verneint und darüber hinaus auch noch spontan (wahrheitswidrig) hinzufügt, innerhalb der fraglichen Zeit nur mit dem (angeblichen Erzeuger) D verkehrt zu haben. Dies begründet nach BGH nur dann vollendeten Meineid, wenn das Beweisthema (über die ausdrückliche Frage nach dem Verkehr mit dem Ehemann und S hinaus) ganz allgemein auf etwaigen Mehrverkehr gerichtet war, ohne daß der Vernehmungsgegenstand zumindest nachträglich darauf erstreckt wurde. Sonst komme allenfalls Meineidsversuch in Betracht (krit. dazu Demuth NJW 1974, 758, Rudolphi JR 1974, 293). Dementsprechend wäre vorliegend für §§ 153f unbeachtlich, wenn A über den Verkehr mit M hinaus spontan auch jegliche sexuelle Beziehungen zu anderen Frauen für die fragliche Zeit wahrheitswidrig verleugnet hätte.

28 – Soweit es umgekehrt um *Verschweigen* von Tatsachen geht, ist von vorneherein zu unterscheiden zwischen α) der *(offenen)* Nichtbeantwortung bestimmter Fragen oder überhaupt der generellen Auskunftsverweigerung: dies kann zwar zu prozessualen Sanktionen führen (vgl. § 70 StPO), nicht aber eine Strafe nach §§ 153ff auslösen, und β) dem *(verdeckten)* Teilverschweigen innerhalb einer Aussage: dies kann tatbestandsrelevant werden, wenn in der Unvollständigkeit eine Verletzung der prozessualen Wahrheitspflicht liegt. Das setzt nach st. Rspr. ein zweifaches voraus: *erkennbaren Sachzusammenhang* des Verschwiegenen mit der Beweisfrage sowie *Erheblichkeit* für die Entscheidung des Rechtsstreits (BGHSt 3, 221/3 [A 29]; 7, 127). Dieses Erheblichkeitserfordernis, auf das es bei positiven Bekundungen gerade nicht ankommt (A 25), darf freilich auch hier nicht so verstanden werden, als ob der verschwiegene Umstand die spätere Entscheidung tatsächlich beeinflussen müsse; denn sonst hinge die Vollständigkeitspflicht von einer dem Zeugen kaum zugänglichen Entscheidungsprognose ab. Ausgegrenzt werden sollen vielmehr nur solche Tatsachen, die – obgleich noch im Rahmen des Vernehmungsgegenstandes liegend – für die konkrete Beweisfrage ohne Bedeutung sind, wie z.B. die Farbe eines Briefes, zu dessen Inhalt der Zeuge befragt wird (vgl. Rudolphi SK 28 vor § 153, Willms LK 23ff vor § 153). Andernfalls müßte die Offenbarungspflicht ins unzumutbar Uferlose gehen.

29 Insofern ist der einschränkenden Tendenz der Rspr. grundsätzlich zuzustimmen. Instruktiv (wenn auch sehr weitgehend) dazu der *Mehrverkehrs-Fall* **BGHSt 3, 221,** wo der Beweisbeschluß auf die Frage nach Verkehr der A mit drei bestimmt benannten Männern beschränkt war und daher das Verschweigen des Verkehrs mit einem anderen Mann, weil ein „völlig selbständiger Beweisgegenstand", unerheblich sei.

30 c) Schließlich ist noch die **Beachtung wesentlicher Förmlichkeiten** für die Eingrenzung tatbestandsrelevanter Aussagen bedeutsam. Strittig sind freilich die Konsequenzen einer Mißachtung: Während eine Mindermeinung praktisch jede prozessual nicht verwertbare Aussage ausgrenzen will (so namentlich Rudolphi SK 34f vor § 153, Hruschka/Kässer JuS 1972, 711), läßt dies die h.M. nur bei ganz schwerwiegenden Ausnahmefällen zu:

31 – So wenn der Verfahrensmangel auf der *Unzuständigkeit* der vernehmenden Instanz als solcher beruht, zumal es dann bereits am TBMerkmal der „zuständigen Stelle"

A 31 i.S. der §§ 153ff fehlt (z.B. bei Vernehmung durch eine Verwaltungsbehörde statt des Ermittlungsrichters), nicht dagegen dort, wo lediglich dem konkret vernehmenden Beamten die erforderliche Befugnis abgeht (grundlegend dazu Regierungsrat-Fall BGHSt 10, 142: A 34).

32 – Ferner bei *Nichtbeachtung wesentlicher äußerer Formen:* so wenn bei Eidesleistung die Worte „Ich schwöre" fehlen (vgl. RGSt 67, 333) oder eine schriftliche Erklärung abgegeben wird, obgleich das betreffende Verfahren nur mündliche Aussagen zuläßt (näher zum Streitstand S/S-Lenckner 21ff vor § 153).

33 Im übrigen hingegen bleiben Aussagen selbst dann für die §§ 153ff tatbestandlich relevant, wenn sie wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften *prozessual nicht verwertbar* sind: so etwa bei (unzulässiger) Vereidigung eines Tatverdächtigen (vgl. Untersuchungsausschuß-Fall BGHSt 17, 128ff) oder bei Verletzung der Vernehmungsgrundsätze von § 396 ZPO (vgl. Vernehmungs-Fall BGHSt 16, 232) bzw. §§ 69, 241 II StPO (vgl. Warenhausdetektiv-Fall KG JR 1978, 77/8):

34 Das wird im *Regierungsrat-Fall* **BGHSt 10, 142,** wo dem vernehmenden Beamten nach § 22 Nr. 4 StPO ein Ausschlußgrund entgegenstand, u.a. folgendermaßen begründet:

[143] „Die Vorschriften des StGB über die falsche uneidliche Aussage und den Meineid (§§ 153ff) bezwecken, die Beweistauglichkeit menschlicher Aussage und ihrer eidlichen Bestätigung für bestimmte amtliche Verfahren (BGHSt 3, 248; 5, 11) zu stärken, dadurch die Ermittlung der Wahrheit desto sicherer zu verbürgen und so das Vertrauen zur Gerechtigkeit der staatlichen Rechtspflege zu erhalten (RGSt 73, 144/7; BGHSt 8, 301/9 [oben E 1]). Dieses Rechtsgut wird durch jedes bewußt unwahre Zeugnis und erst recht durch dessen eidliche Bekräftigung vor zuständiger Stelle verletzt oder mindestens gefährdet, gleichviel wer diese Stelle – kraft gültiger Berufung – gerade vertritt. Denn auch eine falsche Aussage und ein falscher Eid vor einem Beamten, der sie nicht abnehmen durfte, weil er von der Amtsausübung in dem Einzelfall ausgeschlossen war, kann für die Sache Bedeutung haben, etwa wenn der Verfahrensverstoß zunächst nicht bemerkt würde (vgl RGSt 72, 176/181). Könnte dann, wenn sich die Unwahrheit der (eidlichen) Bekundung herausstellt, ihretwegen keine Verurteilung **[144]** ergehen, so wäre in einem Falle wie hier die unannehmbare Folge, daß dem Beschuldigten – oder im bürgerlichen Rechtsstreit der benachteiligten Prozeßpartei – die Wiederaufnahme des Verfahrens verschlossen bliebe (§ 359 Nr. 2, § 362 Nr. 2, § 364 StPO; § 579 I Nr. 2, § 580 Nr. 1 und 3, § 581 ZPO). Überhaupt berührt es nicht das Wesen der eidlichen Bekundung, daß sie unter Verletzung von Verfahrensvorschriften zustande kam und daher möglicherweise für das Verfahren, in dem sie abgeleistet wurde, keine Bedeutung gewinnt. So hat die Rspr. zB die Beeidigung eines Eidesunmündigen (§ 60 Nr. 1 StPO; § 393 Nr. 1 ZPO; RGSt 36, 278) oder eines Eidesunfähigen (§ 161 I StGB, § 60 Nr. 2 StPO, § 383 Nr. 2 ZPO; RGSt 1, 217), die Vereidigung trotz fehlender Belehrung über ein Zeugnisverweigerungsrecht (BGH LM Nr. 5 zu § 154 StGB), unter Verletzung des § 69 StPO oder des § 396 ZPO (RGSt 62, 147) ... wie auch andere Verfahrenswidrigkeiten für die Strafbarkeit des Meineids als unerheblich erachtet (RGSt 5, 124; 70, 142/4; 76, 21/4). Diese Rechtsansicht wird durch § 157 II bestätigt, wo solche Umstände nur als Strafmilderungsgründe behandelt sind."

35 Abgesehen von den bei A 31/32 genannten Grundmängeln, zu denen freilich – entgegen dem BGH (A 34) – auch die Vereidigung eines Eidesunmündigen zu rechnen wäre (vgl. A 75), verliert somit eine Aussage ihre TB-Relevanz nicht schon deshalb, weil sie verfahrenswidrig zustande gekommen ist. Immerhin ist aber der Verfahrensverstoß nicht völlig bedeutungslos: denn nach h.M. ist er zumindest auf Zumessungsebene strafmildernd zu berücksichtigen (vgl. Scheidungs-Fall BGHSt 23, 30 sowie Schwager-Fall OLG Stuttgart NJW 1978, 711/2).

36 *Zwischenergebnis* für den vorliegenden Fall: Da sich die Verneinung des A, mit der M Geschlechtsverkehr gehabt zu haben, auf eine zum Vernehmungsgegenstand gehörende Tatsache bezog und keinerlei schwerwiegende Verfahrensverstöße erkennbar sind, handelt es sich um eine tatbestandsrelevante Aussage. Für die eigentliche Unrechtsbegründung muß aber noch ein wesentliches Merkmal hinzukommen:

37 3. Die **Falschheit** der Aussage: Das ist der Fall, „wenn das, was ausgesagt wird (Aussage*inhalt*), mit dem, worüber ausgesagt wird (Aussage*gegenstand*), *nicht übereinstimmt*" (S/S-Lenckner 4 vor § 153). Diese Formel ist im Ansatz unstreitig. Problematisch ist jedoch, worin dabei der Aussagegegenstand zu erblicken ist: in der objektiven Wirklichkeit? oder im subjektiven Wissen des Täters?

38 Diese Alternative war beispielsweise im *Offenbarungseid-Fall* **BGHSt 7, 148** bedeutsam: In einem Offenbarungseidverfahren nach § 807 ZPO a.F. hatte A einen im Tauschwege von seiner Frau erworbenen Pkw im Vermögensverzeichnis nicht aufgeführt, weil er aufgrund einer falschen Rechtsauskunft glaubte, der Wagen gehöre noch seiner Frau.

A 38 Da er gem. § 807 ZPO a. F. „nach bestem Wissen" ausgesagt habe, hielt er seinen Eid nicht für falsch, selbst wenn der Wagen objektiv ihm gehört hätte. Ist dies richtig? Dies hängt von der zugrundezulegenden Aussagetheorie ab:

39 a) Nach der **subjektiven Aussagetheorie,** wie sie zeitweilig vom RG und heute namentlich noch von Gallas (GA 1957, 315) und Willms (LK 9ff vor § 153) vertreten wird, liegt die Falschheit im *„Widerspruch zwischen Wort und Wissen"*. Danach wäre im Offenbarungseid-Fall (A 38) die Aussage des A nicht falsch; denn Aussageinhalt („Der Wagen gehört mir nicht") und Aussagegegenstand („Vorstellung des A, daß der Wagen seiner Frau und somit nicht ihm gehöre") waren deckungsgleich. Was wird für diese Auffassung ins Feld geführt? Ausgangspunkt ist die prozessuale Funktion des Aussagenden: Da die Aussage- und Wahrheitspflicht nur auf die Wiedergabe dessen gerichtet sein könne, was die Beweisperson aus eigenem Erleben über das Beweisthema zu sagen vermag, so habe der Aussagende die Wahrheitsfindung primär dadurch zu fördern, daß er alles wiedergibt, was er aus eigenem Erleben über das Beweisthema weiß. Wichtigste Konsequenzen:

40 – *Vollendeter* Meineid einerseits nur dann, wenn der Aussagende nicht seinem Wissen gemäß aussagt, andererseits aber selbst dann, wenn das Ausgesagte mit der objektiven Wirklichkeit übereinstimmt.

41 – Für Meineids*versuch* bleibt (abgesehen von dem hier nicht interessierenden Fall des abgebrochenen Eides: A 102) praktisch nur dort Raum, wo der Aussagende irrig meint, nicht seinem Wissen gemäß auszusagen.

42 – *Fahrlässiger* Falscheid (§ 163) ist nicht schon dann gegeben, wenn der Aussagende pflichtwidrig eine mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmende Aussage macht, sondern nur in dem seltenen Fall, daß er seinem Wissen gemäß aussagen will, ihm jedoch dabei ein Fehler unterläuft.

43 b) Demgegenüber hebt die **objektive Aussagetheorie** auf den *„Widerspruch zwischen Wort und Wirklichkeit"* ab. Nach dieser heute vorherrschenden Auffassung (BGH, Blei, D-Tröndle, Lackner, Maurach, Wessels, Lenckner 5 vor § 153 m. N.) war im Offenbarungseid-Fall (A 38) die Aussage des A falsch; denn wie dazu in **BGHSt 7, 148** ausgeführt wird:

> *„Falsch* ist der Eid, wenn die beschworene Aussage mit ihrem Gegenstand tatsächlich nicht übereinstimmt, ohne daß es darauf ankommt, welche *Vorstellung* der Schwörende von dem Sachverhalt hat (BGH LM Nr. 6 zu § 153)". Der A hat entsprechend der zur Zeit der Eidesleistung gültigen Fassung des § 807 ZPO den Offenbarungseid dahin geleistet, „daß er nach bestem Wissen **[149]** sein Vermögen so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei". Die Worte „nach bestem Wissen" bedeuten nicht, daß der Schwörende einen Überzeugungseid leistete. Indem das Gesetz dem Schuldner auferlegt, seine Angaben nach bestem Wissen zu machen, verpflichtet es ihn, sorgfältig zu prüfen, was zu seinem Vermögen gehört, und bei seinen Angaben hierüber diejenige Sorgfalt anzuwenden, die der Zweck des Offenbarungseidverfahrens erfordert. Es wird also der Eid nicht auf das bezogen, was nur nach dem Wissen, nach der Vorstellung des Schwörenden zu seinem Vermögen gehört. Es liegt nicht anders als beim Zeugeneid. Auch der Zeuge schwört, er habe nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen (§ 66c StPO, § 392 ZPO). Würde hieraus gefolgert, daß allein durch diese Eidesnorm ohne Rücksicht auf den Inhalt der beschworenen Aussage das *Wissen* des Zeugen zum Gegenstand des Schwures gemacht wird, so wäre der Fall möglich, daß eine Aussage, die dem wirklichen Sachverhalt entspricht, im Sinne des § 153 also wahr ist, durch einen falschen Eid bekräftigt werden könnte. Das kann nicht richtig sein. Jene Worte der Eidesnorm können also ... für sich allein keinesfalls mehr die Bedeutung haben, daß sie das *Wissen* des Zeugen, nicht aber den *äußeren Sachverhalt,* auf den sich die Aussage bezieht, zum Gegenstand des Eides erheben".

44 Diese Auffassung ist vorzuziehen, und zwar schon deshalb, weil sie weniger in der subjektiven Unredlichkeit des Täters als in der rechtsgutbezogenen Behinderung der Rechtspflege den eigentlichen Unrechtskern erblickt. Zudem erlaubt sie einen durchgängig einheitlichen Falschheitsbegriff, ohne damit zu derart unausgewogenen Ergebnissen wie die subjektive Auffassung (A 40–42) zu kommen (vgl. näher S/S-Lenckner 6 vor § 153, auch zu den letztlich nicht weiterführenden Vermittlungsversuchen von Schmidhäuser aaO S. 207ff und Rudolphi SK 42 vor § 153). Denn:

45 – Tat*vollendung* kommt zwar schon dann, aber auch immer nur dann in Betracht, wenn das Ausgesagte mit der objektiven Wirklichkeit (äußere oder u. U. auch innere Tatsachen: A 18) nicht übereinstimmt: Vollendung also praktisch nur bei objektiver Gefährdung der Wahrheitsfindung.

A 46 – Meineids*versuch* liegt bereits darin, daß der Aussagende mit seiner subjektiv für falsch gehaltenen Aussage objektiv Zutreffendes wiedergibt: so wenn im Offenbarungseid-Fall (A 38) der Pkw tatsächlich noch der Frau gehört und A eine dahingehende Aussage gemacht hätte, obgleich er selbst davon ausging, der Wagen stünde in seinem Eigentum (nach der subjektiven Auffassung wäre dies vollendeter Meineid: A 40).

47 – *Fahrlässiger* Falscheid (§ 163) kommt danach richtigerweise bereits dann in Betracht, wenn die Aussage mit der objektiven Wirklichkeit nicht übereinstimmt und diese Verfehlung der Wahrheit vorwerfbar ist: z.B. wegen mangelnder Konzentration, leichtfertigem Nichtausschalten von erkennbaren Fehlerquellen oder fahrlässigem Beschwören einer Aussage in Verkennung des Eides (vgl. im einzelnen S/S-Lenckner § 163 Rn. 4ff).

48 *Konsequenz* aus alledem für den vorliegenden Fall? Da die Verneinung des Verkehrs mit der M sowohl der objektiven Wirklichkeit als auch dem subjektiven Wissen des A widersprach, wäre nach allen Aussagetheorien Falschheit der Aussage anzunehmen. Deshalb könnte man sich in einer praktischen Fallbearbeitung mit der knappen Begründung dieser Feststellung begnügen, ohne die verschiedenen Aussagetheorien – weil im konkreten Fall nicht relevant – näher zu problematisieren. – Nach dieser allgemeinen Grundlegung nunmehr zu den einzelnen Aussagetatbeständen:

49 **III. Uneidliche Falschaussage (§ 153).**
Sie setzt als *GrundTB* im wesentlichen folgendes voraus:

50 1. Für die **Tathandlung** eine **falsche Aussage:** dazu A 18–48.

51 2. Und zwar in der Rolle des **Zeugen** oder **Sachverständigen.** Deshalb scheiden falsche Angaben des *Beschuldigten* im Strafprozeß schon tatbestandlich aus, ebenso wie die einer *Partei*vernehmung im Zivil- oder Verwaltungsgerichtsprozeß. In welcher Rolle jemand vernommen wird, bestimmt sich zwar grundsätzlich nach dem jeweiligen Verfahrensrecht; jedoch kann vor allem bei strafrechtlichen Ermittlungen zweifelhaft werden, wo bei Tatverdächtigung die Zeugenrolle endet und die Beschuldigteneigenschaft beginnt. Nach h.M. ist dies spätestens dann der Fall, wenn die Verfolgungsbehörde aufgrund eines (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Willensaktes gegen den Betroffenen als präsumtiv tatverantwortlich ermittelt. Von diesem Zeitpunkt an werden seine Aussagen die eines Beschuldigten, so daß § 153 entfällt. Instruktiv zu dieser Problematik der Mitbeschuldigten-Fall BGHSt 10, 8.

52 3. Die Aussage muß **vor Gericht** (und zwar gleichgültig ob Zivil-, Straf- oder Verwaltungsgericht) oder einer anderen zur eidlichen Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen **zuständigen Stelle** gemacht sein. Zu letzteren zählen neben parlamentarischen Untersuchungsausschüssen (vgl. BGHSt 17, 128) insbesondere auch die Finanzämter (§ 94 AO), nicht dagegen Staatsanwaltschaft und Polizei. Auch die Befugnis zur Entgegennahme von eidesstattlichen Versicherungen (§ 156) reicht hier nicht aus. Zu weiteren Einzelheiten vgl. S/S-Lenckner § 154 Rn. 6ff.

53 4. In **subjektiver** Hinsicht ist (zumindest bedingter) **Vorsatz** erforderlich, der sich sowohl auf die Relevanz und Falschheit der Aussage (A 20ff, 37ff) wie auch auf die Zuständigkeit der vernehmenden Instanz (A 51) erstrecken muß. Vgl. Umarmungs-Fall BGHSt 2, 90/2.

54 5. **Täterschaft** setzt *Eigenhändigkeit* i.S. persönlichen Aussagens voraus (A 13). Daher ist mittelbare Tatbegehung grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. aber statt dessen § 160: A 116). Nicht erforderlich ist dagegen Eidesmündigkeit (§ 60 Nr. 1 StPO). Daher kann § 153 – anders als § 154 (A 73ff) – etwa auch von einem 15 jährigen begangen werden; denn da § 157 II allenfalls Absehen von Strafe bzw. Strafmilderung vorsieht, geht das Gesetz offensichtlich von der grundsätzlichen Strafbarkeit auch bei Eidesunmündigkeit aus.

55 6. **Zwischenergebnis** – Besondere **Strafmilderungsgründe.** Da A als Zeuge vor Gericht (ersuchter Amtsrichter) eine vorsätzlich falsche Aussage (wahrheitswidrige Verneinung des Verkehrs mit der M) gemacht hat und irgendwelche Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe nicht ersichtlich sind, hat er sich im Mai-Termin zunächst nach § 153 strafbar gemacht. Ein solches Ergebnis kann jedoch vor allem dort zu Härten führen, wo der Täter aus menschlich verständlicher Angst vor Selbstbelastung falsch ausgesagt oder seine Falschaussage noch vor dem Urteilsspruch berichtigt hat. Beiden Anliegen versucht das Gesetz bis zu einem gewissen Grade Rechnung zu tragen:

A 56 a) Zum einen in **Notstandsfällen,** wobei aber folgendermaßen zu differenzieren ist:

aa) Soweit die Zwangslage die Intensität eines *entschuldigenden Notstands* (§ 35) erreicht, entfällt bereits auf Schuldebene die Strafbarkeit (näher dazu *Terror-Fall* StrafR I Nr. 19). Daran fehlt es hier schon deshalb, weil A sich bei Offenbarung der Wahrheit allenfalls der Gefahr von Unterhaltsverpflichtungen ausgesetzt hätte, das Vermögen bei § 35 jedoch nicht notstandsfähig ist.

57 bb) Soweit es dagegen nur um **Aussagenotstand** i. S. von § 157 geht, bleibt die Strafbarkeit und damit auch der Schuldspruch unberührt; jedoch kann die Strafe gemildert, ja im Falle von § 153 sogar gänzlich von Strafe abgesehen werden. Wesentlich dafür ist ein zweifaches:

58 α) Objektiv das *Vortat*erfordernis: Die Notstandsaussage muß im Hinblick auf eine vorausgegangene Tat erfolgen, deretwegen der Aussagende für sich oder einen Angehörigen Strafverfolgung befürchtet. Das ist grundsätzlich zugunsten jedweder Vortat (z. B. eigener Diebstahl oder Betrug eines Angehörigen) möglich, problematisch jedoch dort, wo es sich bei der zu verdeckenden Straftat ihrerseits um ein *Aussage*delikt handelt, wie etwa hier, wo A durch die Juni-Aussage die falsche Mai-Aussage verdecken wollte: Soll man sich dann bei der zweiten Aussage gem. § 157 auf Notstand zugunsten der ersten berufen dürfen? Dies ist umstritten: Eine Mindermeinung will die Berufung auf § 157 grundsätzlich ausschließen, weil sich der Täter durch seine falsche Erstaussage schuldhaft der Gefahr einer Zweitaussage ausgesetzt habe (S/S-Lenckner § 157 Rn. 11). Demgegenüber differenziert vorliegend der BGH (E 2 ff) im Anschluß an die h. M. (vgl. Rudolphi SK § 157 Rn. 9 f) wohl zutreffend danach,

59 – ob die begünstigte Erstaussage der Zweitaussage als *selbständige Vortat* vorausging: dann ist die Zweitaussage nach § 157 zu privilegieren (so in der Regel bei *Tatmehrheit* zwischen Erst- und Zweitaussage: unten A 93),

60 – oder ob Erst- und Zweitaussage *tateinheitlich* zusammentreffen: dann ist mangels selbständiger Vortat § 157 ausgeschlossen. Dies gilt dann zudem auch für sonstige Delikte, die mit der Erstaussage in Tateinheit stehen, wie z. B. eine Begünstigung. Instruktiv dazu BGHSt 9, 121 m. Anm. von Arth. Kaufmann JZ 1956, 605 sowie neuestens der Schwager-Fall OLG Stuttgart NJW 1978, 711.

61 β) Subjektiv ist *Strafvereitelungsabsicht* erforderlich (E 24). Dafür braucht die Gefahr einer Strafverfolgung nicht unbedingt objektiv gegeben zu sein, muß aber zumindest nach der (möglicherweise) irrigen Vorstellung des Notstandsaussagenden bestehen (E 27, 31). Auch kann die Selbstbegünstigungsabsicht mit anderen Beweggründen (Motivbündel) zusammenfallen (E 26) oder lediglich auf Strafmilderung (statt auf volle Straffreiheit) gerichtet sein (BGH NJW 1980, 2264).

62 Was ergibt sich daraus für den *vorliegenden* Fall? Zwar könnte sich A möglicherweise für die eidliche Juni-Aussage auf § 157 berufen (dazu A 104 ff), nicht jedoch bei der hier infragestehenden Mai-Aussage, da er zu diesem Zeitpunkt nicht zur Abwendung einer Strafverfolgung falsch ausgesagt hatte. Daher verbleibt es zunächst bei § 153 ohne Strafmilderungsmöglichkeit.

63 b) Eine weitere Strafmilderung wird bei **rechtzeitiger Berichtigung** (**§ 158**) eingeräumt. Anders als der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch (§ 24) setzt § 158 (abgesehen davon, daß noch keine Strafanzeige erfolgt sein darf: Abs. II) keine Freiwilligkeit voraus und kommt vor allem auch noch nach Tatvollendung in Betracht (A 103), vorausgesetzt freilich, die Berichtigung erfolgt so rechtzeitig, daß sie bei der Entscheidung noch verwertet werden kann bzw. noch kein Nachteil für andere entstanden ist (§ 158 II). Doch auch dafür besteht hier kein Anhaltspunkt.

64 Somit bleibt als **Zwischenergebnis** festzuhalten, daß sich A im Mai-Termin wegen uneidlicher Falschaussage (§ 153) strafbar gemacht hat. Inwieweit diese Tat in der nachfolgenden eidlichen Falschaussage vom Juni aufgehen könnte, wird zu prüfen sein (V), nachdem zunächst die Juni-Aussage im Hinblick auf Meineid untersucht ist:

65 **IV. Meineid (§ 154).**

Was setzt diese *Qualifizierung* des § 153 (A 8) über die Elemente des GrundTB voraus? Zu beachten sind vor allem folgende Besonderheiten:

66 1. Die **Tathandlung** besteht im **falschen Schwören.** Damit ist jedoch nicht mehr gemeint, als daß die falsche Aussage (A 18–48) durch Eid bekräftigt wird. Ob es sich dabei um einen sog. *Voreid* oder (wie heute üblich) um einen *Nacheid* handelt, ist unerheblich. Entscheidend ist vielmehr allein, daß der Aussagende die Wahrheit seiner Angaben mit den Worten „Ich schwöre es" oder einer nach § 155 *„eidesgleichen Bekräftigung"* beteuert (vgl. §§ 66 c–67 StPO, §§ 481–484 ZPO). Dabei bleibt zu beach-

A 66 ten, daß beim Zeugeneid auch die Angaben zur Person von der Wahrheitspflicht und damit auch vom Eid mitumfaßt werden (§ 68 StPO; vgl. Lebensalter-Fall BGHSt 4, 214), während sich der Sachverständigeneid nur auf die Erstattung des Gutachtens bezieht (§ 79 StPO, § 410 ZPO; vgl. Vorstrafe-Fall RGSt 20, 253).

67 2. Nicht erforderlich ist dagegen, daß der falsche Schwur in der Rolle des **Zeugen** oder **Sachverständigen** gemacht wird; vielmehr wird bei § 154 – und insoweit insbesondere über § 153 hinaus (A 51) – namentlich auch die eidliche **Parteivernehmung** im Zivilprozeß (§ 452 ZPO) erfaßt.

68 3. Aussage und Eidesabnahme müssen **vor Gericht** oder einer sonst zur eidlichen Vernehmung **zuständigen Stelle** erfolgen. Insofern gilt für die allgemeine Zuständigkeit zunächst gleiches wie bei § 153 (A 52). Erforderlich ist jedoch, daß bei dem infragestehenden Verfahren ein Eid dieser Art vom Gesetz überhaupt vorgesehen ist. Daran fehlt es etwa bei Vereidigung von Verfahrensbeteiligten im FG-Verfahren (§ 15 FGG; vgl. Todeserklärung-Fall BGHSt 12, 56), sowie insbesondere für die Vereidigung eines Beschuldigten im Strafverfahren.

69 Instruktiv dazu der *KZ-Wiedergutmachungs-Fall* **BGHSt 3, 248,** wo zwei Zigeuner vor dem AG, als sie dort für den „öffentlichen Anwalt für die Wiedergutmachung" eidlich vernommen wurden, wahrheitswidrig aussagten, von März 1943 bis April 1945 im KZ gefangengehalten worden zu sein. Mit der Begründung, daß das zugrundeliegende Wiedergutmachungsgesetz eine eidliche Vernehmung von Antragstellern nicht vorsah, wurde die Verurteilung wegen vollendeten Meineids aufgehoben. Denn: **[249]** „Zwar ist nach dem Wortlaut des § 154 das vorsätzlich falsche Schwören vor Gericht schlechthin unter Strafe gestellt. Die Vorschrift bedarf aber insoweit einer einschränkenden Auslegung: der Eid muß in einem gerichtlichen Verfahren geschworen worden sein, in dem ein Eid dieser Art von Gesetzen überhaupt zugelassen ist. In diesem Sinne muß das Gericht zur Abnahme des Eides zuständig gewesen sein. Denn es kann nicht angenommen werden, daß das Strafgesetz die Reinheit eines Schwures sichern will, den die Rechtsordnung überhaupt nicht kennt, für den sie deshalb auch nicht die rechtsstaatlichen Sicherungen der Eidesabnahme geschaffen hat, wie sie die verschiedenen Verfahrensordnungen geregelt haben". **[254 f]:** Für den Fall freilich, daß sich der Täter die Zuständigkeit des Gerichts irrtümlich vorstellt, könne er wegen versuchten Meineids strafbar sein.

70 Im übrigen jedoch wird durch Verletzung von Verfahrensvorschriften Meineid ebensowenig ausgeschlossen wie bei Falschaussage nach § 153 (A 33 ff).

71 4. a) In **subjektiver** Hinsicht ist **Vorsatz** erforderlich, wofür auch hier bedingter genügt. Über die Falschheit der Aussage und die Zuständigkeit der eidesabnehmenden Stelle hinaus muß sich der Vorsatz insbesondere auch darauf richten, daß der unrichtige Aussageteil unter die Beweisfrage und damit auch unter den Eid fällt. Das kann insbesondere bei Mehrdeutigkeit des Beweisbeschlusses problematisch sein (instruktiv dazu Empfängniszeit-Fall BGHSt 1, 148).

72 b) Fehlt es am Vorsatz, so kommt anstelle von § 154 Strafbarkeit wegen **fahrlässigen Falscheides (§ 163)** in Betracht. Dies ist insbesondere für pflichtwidriges Verschweigen bedeutsam, wenn der Täter bei größerer Sorgfalt die Zugehörigkeit der verschwiegenen Aussage zum Vernehmungsgegenstand hätte erkennen können (vgl. Lebensalter-Fall BGHSt 4, 214, aber auch Erinnerungsbild-Fall OLG Köln MDR 1980, 421, ferner oben A 47).

73 5. **Täterschaft** setzt auch hier *Eigenhändigkeit* i.S. persönlich falschen Schwörens voraus (A 54). Deshalb bedarf es für die mittelbare Verleitung eines anderen zu einem Falscheid eines besonderen Tatbestandes: § 160 (unten A 116). Im übrigen ist strittig, inwieweit für § 154 **Eidesmündigkeit** (Vollendung des 16. Lebensjahres: § 60 Nr. 1 StPO, §§ 393, 455 ZPO) vorauszusetzen ist:

74 – Nach h.M. ist in der Vereidigung eines Eidesunmündigen zwar ein Verfahrensverstoß zu erblicken; doch soll dies der Strafbarkeit nach § 154 jedenfalls insoweit *nicht entgegenstehen,* als der Täter das Wesen des Eides bereits zu verstehen vermag (vgl. BGHSt 10, 142/4 [oben A 34], D-Tröndle 11 vor § 153, Lackner § 154 Anm. 1b, Maurach BT[5] § 75 I E, Willms LK § 154 Rn. 10). Immerhin sei aber dann dem Eidesunmündigen ein minderschwerer Fall (§ 154 II) einzuräumen (A 35).

75 – Demgegenüber ist nach einer vordringenden Auffassung die Falschaussage eines noch nicht Eidesmündigen durch § 154 (zu Recht) nicht erfaßbar, da bei Eidesunmündigkeit das Verständnis von der Bedeutung des Eides kraft unwiderleglicher Vermutung als *ausgeschlossen* anzusehen ist (vgl. Blei II § 107 III, Quedenfeld JZ 1973, 238, S/S-

A 75 Lenckner 25 vor § 153, Welzel § 77 II 4, Wessels II/1 § 17 II 1; i.Erg. auch Rudolphi SK § 154 Rn. 8).

76 6. Auch der **Versuch** des Meineids ist, da Verbrechen, strafbar (§§ 23 I, 12 I). Er wird vor allem dort praktisch, wo eine außerhalb des Vernehmungsgegenstandes liegende Tatsache fälschlich für bekundungspflichtig angesehen oder eine objektiv für Eidesabnahme nicht zuständige Stelle irrtümlich für zuständig angesehen wird (vgl. Todeserklärung-Fall BGHSt 12, 56/8 sowie KZ-Wiedergutmachungs-Fall oben A 69). Zu Versuchsbeginn und Tatvollendung vgl. unten A 78ff.

77 7. *Zwischenergebnis* für den vorliegenden Fall? Da A im Junitermin vor dem zuständigen Prozeßgericht seine Falschaussage unter Eid bestätigte, hat er auch § 154 verwirklicht. Da er dies tat, um seine Falschaussage vom Mai zu verdecken, könnte strafmildernder Aussagenotstand nach § 157 in Betracht kommen (A 57ff). Freilich setzt dies voraus, daß es sich bei der zu begünstigenden Falschaussage vom Mai um eine andere, d.h. mit der Notstandsaussage vom Juni nicht tateinheitlich zusammentreffende „Vortat" handelt (A 58f). Ob dies hier der Fall ist, hängt entscheidend davon ab, wieweit der Anwendungsbereich von § 153 reicht bzw. wo § 154 beginnt. Damit rückt wiederum die vorliegende BGH-Entscheidung in den Mittelpunkt:

78 **V. Verhältnis von § 153 zu § 154 – Tatvollendung und Versuch.**
Um dieses Problemknäuel zu entwirren und die allgemeinen Aussagen des BGH dazu transparent zu machen, sind folgende Fragen auseinanderzuhalten: die Grenze zwischen Versuch und Vollendung bei den §§ 153, 154 (1), die Konkurrenz beider (2), die Folgen einer Aussageberichtigung (3) sowie die Konsequenzen für Aussagenotstand (4).

79 1. Für die **Grenzziehung zwischen § 153 und § 154** und die damit zusammenhängende Frage, wann *§ 153 vollendet* ist und (der Versuch von) *§ 154 beginnt*, ist grundsätzlich auszugehen von der Trennung zwischen Aussage und Eid (E 6), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob Falschaussage und Schwur unmittelbar in demselben Termin aufeinanderfolgen oder eine Vertagung dazwischenliegt (E 7).

80 a) Das hat einerseits für **§ 153** zur Folge, daß *Vollendung* nicht erst mit der Eidesleistung, sondern bereits mit Abschluß der Falschaussage eintritt (E 6). Worin aber ist ein solcher *„Abschluß der Aussage"* zu erblicken? Der BGH nennt vor allem 3 Zäsuren:

81 – das Anheben zum Schwören (E 6);

82 – den Abschluß der Vernehmung, der sich (ausdrücklich oder stillschweigend) daraus ergibt, daß einerseits der Richter erkennen läßt, vom Zeugen keine weitere Auskunft zu erwarten, und andererseits der Zeuge zu erkennen gibt, seinerseits keine weiteren Bekundungen zu machen und das bis dahin Bekundete als seine verantwortliche Aussage gelten zu lassen (E 20);

83 – das Ende des Rechtszuges (E 25). Demzufolge können uneidliche Falschaussagen in verschiedenen Rechtszügen allenfalls als Fortsetzungsdelikt zur Tateinheit zusammengefaßt werden (E 24).

84 b) Das hat andererseits für **§ 154** zur Folge, daß der *Versuch* dazu zwar erst mit Anhebung zum Schwören beginnt (vgl. Autoversicherungs-Fall BGHSt 1, 241/3), mit vollständigem Sprechen der Eidesformel aber bereits *Vollendung* eintritt (vgl. E 23). Lediglich beim Voreid muß zur Meineidsvollendung naturgemäß noch die Falschaussage hinzukommen (Rudolphi SK § 154 Rn. 11).

85 2. Wie ist danach eine **Konkurrenz von § 153 und § 154** zu beurteilen? Dazu sind folgende Grundsätze zu beachten (allg. zu den Konkurrenzen StrafR II Nr. 49):

86 a) Die Trennung von Falschaussage und Eid (A 79) schließt nicht aus, die §§ 153, 154 als *Bewertungseinheit* zusammenzufassen (E 8, 12):

87 – Und zwar zum einen dadurch, daß § 154 als Verbindung von Falschaussage und Eid (E 2, A 8) mit § 153 in einer „tatbestandlichen Handlungseinheit" (S/S-Stree 13 vor § 52) stehen kann: so vor allem dort, wo dem Eid die Falschaussage unmittelbar vorausgeht.

88 – Zum anderen aufgrund von *Fortsetzungszusammenhang*, wie er ja grundsätzlich bei entsprechendem Fortsetzungsvorsatz auch zwischen § 153 und § 154 möglich ist (E 5).

89 b) Soweit danach § 153 und § 154 handlungseinheitlich zusammentreffen, tritt § 153 als *subsidiärer* AuffangTB zurück (E 10, 12), wobei das Zurücktreten von § 153 auch mit Konsumtionserwägungen begründet wird (E 13, 18), heute aber wohl auch Spezialität des § 154 vertretbar wäre (vgl. A 5).

A 90 c) Je nach Verfahrensablauf ergeben sich demnach im wesentlichen folgende Konkurrenz**konstellationen:**

91 α) Wird die Falschaussage in *demselben Termin* beschworen, so wird aufgrund tatbestandlicher Handlungseinheit § 153 als subsidiär durch § 154 verdrängt (vgl. E 12, A 87, 88). Ob es sich dabei um eine einzige Aussage oder um mehrere selbständige Vernehmungen gehandelt hat, ist gleichgültig (E 11, 12), ebenso ein etwaiger Aussagewechsel (E 14) oder eine Änderung des Beweisthemas (E 15).

92 β) Gleiches gilt für Aussagen in *verschiedenen Terminen*, aber im *selben Instanzenzug* (E 11): Insoweit wird dem nachfolgenden Eid gleichsam eine den „Gesamtvorgang" der Instanz (E 15) umschließende Klammerwirkung beigelegt, so daß vorangehende Falschaussagen ebenfalls durch § 154 miterfaßt werden: so im vorliegenden Fall, wo die uneidliche Aussage des A vor dem ersuchten Richter in derselben Instanz, wenngleich vor dem Prozeßgericht, beschworen wird. Vgl. aber auch unten A 105.

93 γ) Soweit dagegen Falschaussage und Beeidigung in *verschiedenen Instanzen* erfolgen: der Zeuge bleibt in erster Instanz unbeeidigt, beschwört jedoch in der Berufungsinstanz seine frühere Falschaussage, so fehlt es mangels „Klammerwirkung der Instanz" an einer tatbestandlichen Handlungseinheit: Demzufolge ist *Tatmehrheit* (§ 53) zwischen § 153 und § 154 anzunehmen, es sei denn, daß aufgrund eines vorgefaßten Entschlusses, von Anfang bis zum Ende bei der Unwahrheit zu bleiben, *Fortsetzungszusammenhang* zwischen der erstinstanzlichen Falschaussage und dem zweitinstanzlichen Meineid anzunehmen ist und innerhalb der damit hergestellten rechtlichen Handlungseinheit § 154 wiederum den § 153 verdrängt (E 16).

94 δ) Diese klare und akzeptable Differenzierung wird freilich vom BGH teils selbst wieder verwässert: so für den Fall, daß einem *Meineid in derselben Instanz eine weitere Falschaussage nachfolgt.* Dann soll nicht wie sonst bei gleicher Instanz § 154 Vorrang haben (A 91, 92), sondern praktisch ebenso wie bei verschiedenen Instanzen (A 93) verfahren werden (E 18f). Damit aber wird die „Klammerwirkung der Instanz" wesentlich entwertet (krit. auch S/S-Lenckner § 153 Rn. 17).

95 ε) Gleichen Bedenken begegnet die Behandlung von *Falschaussagen ohne nachfolgende Beeidigung:* Zwar geht es dabei nicht mehr um das Verhältnis von § 153 gegenüber (dem mangels Eid schon tatbestandlich entfallenden) § 154, sondern um die Konkurrenz mehrerer uneidlicher Falschaussagen. Statt jedoch der Einheitlichkeit der Instanz generell die gleiche Zäsurwirkung beizulegen wie bei nachfolgendem Meineid (A 93), ist nach BGH (E 24) jeweils für den Einzelfall darauf abzustellen,

96 – ob die bis zum Vernehmungsabschluß (E 20, A 82) gemachten *Aussagen als Einheit* anzusehen sind: dann nur eine einzige Verwirklichung von § 153,

97 – oder ob sie als *jeweils selbständig abgeschlossen* sich handlungs*mehrheitlich* gegenüberstehen: dann §§ 153, 53,

98 – oder ob sie letzterenfalls aufgrund *Fortsetzungszusammenhanges* wiederum handlungs*einheitlich* zusammengefaßt werden können: dann §§ 153, 52. Krit. zum Ganzen auch S/S-Lenckner § 153 Rn. 14.

99 3. Welche Bedeutung hat das für eine **Berichtigung der Falschaussage?** Dazu sind 4 Fälle auseinanderzuhalten:

100 a) Wird eine uneidliche Falschaussage in derselben Instanz noch vor Vernehmungsabschluß (E 20) und damit *vor Vollendungseintritt* (A 82) berichtigt, so entfällt bereits damit die Strafbarkeit, da bei § 153 der Versuch nicht strafbar ist und es daher auch keines Rücktritts nach § 24 bedarf (E 21). Das gilt insbesondere auch für den Fall, daß mehrere Vernehmungen als Einheit zu betrachten sind (A 96, E 24).

101 b) Ist dagegen mit Abschluß der Vernehmung bzw. der Instanz *§ 153 vollendet* (E 25, A 82), so kommt nur noch Berichtigung nach § 158 in Betracht (E 22), mit der Folge bloßer Strafmilderung für § 153 (A 63).

102 c) Gleiches gilt bei Berichtigung *während der Beeidigung:* Soweit darin ein strafbefreiender Rücktritt vom Meineidsversuch (§ 24) liegt, bleibt die Strafbarkeit nach § 153, weil bereits vollendet (A 81), unberührt; jedoch kommt die Berichtigung nach § 158 strafmildernd zugute (E 23).

103 d) Soweit dagegen erst *nach Beendigung des Eides* berichtigt wird, kommt für den damit vollendeten § 154 – der in gleicher Instanz zudem § 153 verdrängt (A 91f) – nur noch Strafmilderung nach § 158 in Betracht.

104 4. Wie ist nach alledem der **Aussagenotstand** (§ 157) im Juni-Termin zu beurteilen? Da aufgrund des Vortaterfordernisses (A 58f) Notstand nur im Hinblick auf selbstän-

A 104 dige Erstaussagen in Betracht kommt, hängt die Zubilligung von § 157 letztlich von folgender Differenzierung ab:

105 a) Folgt die Notstandsaussage der Erstaussage innerhalb *derselben Instanz* (wenngleich möglicherweise in verschiedenen Terminen) nach, so ist schon wegen tatbestandlicher Handlungseinheit (A 91f) und damit mangels Selbständigkeit der Vortat (E 30) § 157 ausgeschlossen. Dies hat der BGH zwar nur für den Fall eines der uneidlichen Falschaussage nachfolgenden Meineids ausdrücklich festgestellt (E 29), hat jedoch in gleicher Weise aufgrund „Klammerwirkung der Instanz" für eine uneidliche Zweitaussage zu gelten (A 95ff).

106 b) Erfolgt die Notstandsaussage hingegen erst in der *nächsten Instanz*, so ist der Weg für § 157 offen, da zwischen Aussagen aus verschiedenen Instanzen grundsätzlich Tatmehrheit besteht (A 93) und somit die Erstaussage der Notstandsaussage als selbständige Vortat vorausgeht (vgl. BGHSt 9, 121/3).

107 c) Dieser Weg ist jedoch dann wieder verschlossen, wenn Erst- und Zweitaussage in *Fortsetzungszusammenhang* miteinander stehen und damit die Erstaussage ihre Selbständigkeit verliert (E 33, A 93). Für diesen Fall § 157 auszuschließen, erscheint auch deshalb berechtigt, weil sich bei Gesamtvorsatz der Täter gerade nicht erst infolge der Erstaussage, sondern bereits aufgrund eines vorangegangenen Entschlusses zum „Durchhalten" motivieren läßt (vgl. E 34).

108 5. **Gesamtergebnis:** Da A seine zunächst uneidliche Falschaussage im selben Rechtszug (wenngleich in einem anderen Termin) eidlich bekräftigt hat, geht § 153 in § 154 auf (A 92). Mangels Selbständigkeit der Erstaussage ist für eine Strafmilderung nach § 157 kein Raum (A 105).

109 VI. Exkurs: **Teilnahmeprobleme.**

Gesetzt den Fall, A hätte zur Verstärkung seiner eigenen Falschaussage noch seinen Freund F dazu verleitet (bzw. zu verleiten versucht), als Zeuge zu bekunden, daß A während der fraglichen Empfängniszeit mit der M total verkracht gewesen sei: wie würde sich A dadurch strafbar machen? Dies hängt sowohl vom Grad der Tatausführung wie auch von der Gut- oder Bösgläubigkeit des F ab:

110 1. Sagt F als **Angestifteter bösgläubig** falsch aus, so ist A (neben seiner eigenen Täterschaft) noch nach allgemeinen Anstiftungsregeln gem. §§ 153, 26 bzw. bei nachfolgender Beeidigung des F gem. §§ 154, 26 strafbar. Dabei gilt für das Verhältnis der Anstiftung zu § 153 bzw. § 154 Entsprechendes wie bei täterschaftlicher Begehung (A 85ff). Im übrigen dürfte hier die Anstiftung nicht hinter der täterschaftlichen Begehung zurücktreten, da es sich bei der eigenen Falschaussage des A und der des F nicht um dieselbe Haupttat handelt (vgl. S/S-Stree 108 vor § 52).

111 2. Würde es zwar zu einer uneidlichen Aussage des F, *entgegen der Erwartung* aber *nicht* zu seiner *Beeidigung* kommen, wäre A wegen (vollendeter) Anstiftung zur Uneidlichen Falschaussage (**§§ 153, 26**) in Tateinheit mit versuchter Anstiftung zum Meineid (**§§ 154, 30 I**) strafbar.

112 3. Wie aber, wenn A den F nur zu *Uneidlicher* Falschaussage *anstiften* wollte und es nicht einmal dazu kam? Dann bliebe A hinsichtlich F nach allgemeinen Grundsätzen straffrei, weil die versuchte Anstiftung zu einem bloßen Vergehen (§ 153) durch § 30 nicht erfaßt wird. Diese Lücke glaubte jedoch der Gesetzgeber dadurch schließen zu müssen, daß durch **§ 159** auch für §§ 153, 156 die **versuchte Anstiftung** (in Parallele zu § 30 I) für strafbar erklärt wird (zu Bedenken hiergegen vgl. oben A 12). Dabei ist allerdings streitig,

113 – ob § 159 überall dort *eingreift*, wo die angestiftete Uneidliche Falschaussage, aus welchen Gründen auch immer, *nicht zur Vollendung* kommt (so die h. L.: D-Tröndle Rn. 4, Lackner Anm. 3, Rudolphi SK Rn. 2, S/S-Lenckner Rn. 2, 9 je zu § 159): Demgemäß wäre A auch dann strafbar, wenn er den F zu einer Falschaussage hätte bestimmen wollen, die – da außerhalb des Vernehmungsgegenstandes liegend (A 23ff) – schon tatbestandlich durch § 153 nicht erfaßbar wäre;

114 – oder ob § 159 dort *auszuschließen* ist, wo die anzustiftende Aussage von vorneherein nur zu einem *untauglichen Versuch* von §§ 153, 156 hätte führen können (so grundlegend Eidesstatt-Fall BGHSt 24, 38; vgl. ferner Wessels II/1 § 17 V 2, Willms LK § 159 Rn. 1f., Winters JuS 1977, 819/822): Nach dieser (kriminalpolitisch vorzugswürdigen) Einschränkung kommt § 159 zwar dort in Betracht, wo die Falschaussage lediglich daran scheitert, daß es nicht zur Aussage kommt oder der Haupttäter ohnehin

A 114 bereits zur Tat entschlossen ist, nicht dagegen da, wo (wie in dem bei A 113 angeführten Beispiel) eine tatbestandlich nicht erfaßbare Aussage gemacht werden soll oder eine objektiv unzuständige Stelle fälschlich für zuständig gehalten wird (instruktiv dazu Eidesstatt-Fall aaO).

115 **4.** Wieder andere Probleme stellen sich bei **Gutgläubigkeit des Angestifteten:**

– Hätte A die Gutgläubigkeit des F *nicht erkannt,* so wäre er mangels vorsätzlicher Haupttat nur nach **§§ 154, 30** bzw. **§ 159** (A 112) strafbar (h.M.; vgl. S/S-Lenckner § 160 Rn. 1f m.w.N.; and. für § 160 Hruschka JZ 1967, 210).

116 – Würde dagegen A den F *bewußt* als gutgläubiges Werkzeug einsetzen, so wäre an sich mittelbare Täterschaft denkbar, die jedoch hier an der Eigenhändigkeit der Aussagedelikte scheitert (A 13, 54, 73). Diese Lücke will **§ 160** schließen, indem er die **Verleitung zur Falschaussage** gesondert unter Strafe stellt. Unstreitig ist dies freilich nur dort, wo der Verleitete *tatsächlich gutgläubig* aussagt.

117 – Wie aber, wenn entgegen der Vorstellung des A der F *tatsächlich bösgläubig* ist? Während eine Mindermeinung dann nur *Versuch* von § 160 annimmt (D-Tröndle § 160 Rn. 3, Welzel § 77 V 2e), kommt die h.M. zur **Vollendung** von § 160 (grundlegend Verleitungs-Fall BGHSt 21, 116; ebenso Lackner Anm. 3a, Rudolphi SK Rn. 4, S/S-Lenckner Rn. 9, je zu § 160); und dies zu Recht, da auch sonst bei mittelbarer Täterschaft nur die subjektive Steuerungsvorstellung des Hintermannes entscheidend ist (StrafR II Nr. 38 A 8ff).

118 **Schrifttum:** Allg. zu den **Aussagedelikten:** die Kommentare zu den §§ 153–163 sowie *Blei* II §§ 107; *Bockelmann* II/3 §§ 1–3; *Krey* I Fall 55–59; *Maurach* BT[5] § 75; *Otto* II § 97; *Welzel* § 77; *Wessels* II/1 § 17; ferner *Herrmann,* Die Reform der Aussagetatbestände, 1973.

Speziell: *Bruns,* Die Grenzen der eidlichen Wahrheitspflicht des Zeugen, GA 1960, 161; *Gallas,* Zum Begriff der Falschheit der eidlichen und uneidlichen Aussage, GA 1957, 315; *Hruschka,* Anstiftung zum Meineid und Verleitung zum Falscheid, JZ 1967, 610; *Quedenfeld,* Der Meineid des Eidesunmündigen, JZ 1973, 238; *Rudolphi,* Die Bedeutung von Verfahrensmängeln für die Tatbestandsmäßigkeit einer eidlichen oder uneidlichen Aussage und einer eidesstattlichen Versicherung, GA 1969, 129; *Schmidhäuser,* Aussagepflicht und Aussagedelikt, OLG-Celle-FS, 1961, S. 207; *Schultz,* Probleme der Strafbarkeit des Meineids nach geltendem und künftigem Recht, 1970; *Zipf,* Die Problematik des Meineids innerhalb der Aussagedelikte, Maurach-FS, S. 415.

Speziell zum *Eidesstatt-Fall* (A 114): *Dreher* MDR 1971, 410.

Amtsdelikte: echte und unechte – Amtsträger (§ 11 I Nr. 2 bis 4) – Bestechung (§§ 331–335)

OLG Hamm NJW 1973, 716: Baukontrolleur-Fall

5 Ss 751/72 v. 26. 10. 1972

SV **Sachverhalt:** Nach Aufgeben seines gelernten Maurerberufes war A beim Bauordnungsamt der Stadt X als Baukontrolleur angestellt. Zu seinen Aufgaben gehörte insbesondere die Überwachung von Baumängeln und die Vorbereitung von Ordnungsverfügungen. In diesem Rahmen hatte er unterirdische Heizölbehälteranlagen darauf zu überprüfen, ob das vorgeschriebene Ölleckanzeigegerät angebracht war. Fehlte es, so hatte er seiner Behörde Meldung zu machen, die daraufhin eine entsprechende Einbauverfügung zu erlassen hatte. Durch seine Überwachungstätigkeit wurde dem A bekannt, welche Hausbesitzer Ölleckanzeigegeräte benötigten. Wie andere Kollegen auch trat er mit einer Tankschutzfirma W, die neben mindestens 2 weiteren Unternehmen in X derartige Geräte einbaute, in Verbindung und teilte ihr eine größere Anzahl von Anschriften von Hausbesitzern mit, die Leckanzeigegeräte benötigten. Als Gegenleistung für diese Adressenvermittlung erhielt er von W mindestens 300 DM. Nachdem diese Vorgänge durch Beschwerden der Konkurrenz bekanntgeworden waren, räumte A auf Vorhalt seines Dienstvorgesetzten zwar ein, „nicht korrekt" gehandelt zu haben; doch habe er nicht gewußt, daß diese verbreitete Praxis auch strafbar sein könne.

P **Zur Problemstellung:** Könnte die entgeltliche Adressenvermittlung durch A als *Vorteilsannahme* (§ 331) oder gar als *Bestechlichkeit* (§ 332) strafbar sein? Worin liegt der Unterschied?

– Aber: Ist A überhaupt *Amtsträger* (§ 11 I Nr. 2) oder *ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter* (§ 11 I Nr. 4)? Was sind die maßgeblichen Kriterien?

– Worin könnte seine *Diensthandlung* (§ 331) bzw. *Dienstpflichtverletzung* (§ 332) liegen? Wie steht es mit Bestechlichkeit bei bloßen *Ermessens*entscheidungen?

– Könnte die *Sozialüblichkeit* derartiger Vermittlungspraxis die Strafbarkeit ausschließen: weil nicht tatbestandsmäßig? weil gerechtfertigt?

– Gehört zum *Unrechtsbewußtsein* das Wissen um die „Strafbarkeit" des Verhaltens oder genügt bereits das Bewußtsein mangelnder Korrektheit?

Das OLG hat die Verurteilung des A wegen schwerer passiver Bestechung („Bestechlichkeit" i. S. von § 332 n. F.) bestätigt. Obgleich die Entscheidung noch zur a. F. des § 332 ergangen ist, sind die wesentlichen Kriterien doch auch noch für die gegenwärtige Gesetzesfassung von Bedeutung.

E 1 **Aus den Gründen: [717]** „1. Daß der A als Baukontrolleur dem Beamtenbegriff des § 359 [a. F.; jetzt § 11 I Nr. 2] unterfällt, hat die StrK zutreffend festgestellt ...

2 2. Was die Tathandlung [pflichtverletzende Diensthandlung i. S. von § 332] anbelangt, [so kann eine solche] in der Mitteilung der Anschriften mängelbeseitigungspflichtiger Bürger an die Tankschutzfirma erblickt werden; denn damit hat der A eine Handlung vorgenommen, die, falls von seiner Behörde verfügt, zu deren sachlichen Aufgabenbereich gehört hätte und noch im Zusammenhang mit seinen eigenen Dienstobliegenheiten stand.

3 Diese Feststellung geht davon aus, daß Grundlage einer Amts- oder Dienstpflichtverletzung i. S. von § 332 nur solche Handlungen sein können, die nicht nur reinen Privatcharakter haben, sondern zumindest in gewissem funktionellen Zusammenhang mit den dienstlichen Obliegenheiten des Beamten (BGHSt. 11, 125) stehen. ...

4 Wollte man dafür [d. h. für eine pflichtwidrige „Diensthandlung"] eine konkrete, nämlich sowohl örtliche, zeitliche wie auch sachliche Zuständigkeit des Beamten verlangen, wie dies etwa RGSt 39, 193/7 ... gefordert hat, wäre vorliegend zweifellos amtliches Handeln des A zu verneinen; denn da sich sein Aufgabenbereich auf die Kontrolle von Baumängeln und auf die Vorbereitung von Ordnungsverfügungen beschränkte, fehlte ihm jegliche amtliche Kompetenz zur Mitteilung jener Adressen. Doch ganz abgesehen davon, daß die neuere Rspr. und Lehre sogar bei § 331 schon solche Handlungen als „in das Amt einschlagend" ansieht, die ihrer Natur nach mit dem Amt oder Dienst in einer nicht nur äußerlich losen Beziehung stehen oder die dem Beamten durch seine Amtsstellung erleichtert werden (vgl. die Nachw. bei Schönke-Schröder, 16. Aufl. 1972, § 331 Rdnr. 14), kann für § 332 StGB schon deshalb keine konkrete Zuständigkeit des Beamten

E 4 verlangt werden, weil sonst gerade besonders typische Fälle von Pflichtverletzungen, wie Kompetenzüberschreitungen, nicht erfaßt werden könnten (vgl. Baumann, Zur Problematik der Bestechungstatbestände, 1961, S. 24f.), und es schwerlich Sinn dieser Strafbestimmung sein kann, ausgerechnet eine der gravierendesten Fallgruppen von Amtspflichtverletzungen völlig straflos zu lassen (vgl. Baldus LK, 9. Aufl. 1971, § 331 Rdnr. 26). Daher kann der Tätigkeit eines Beamten (wie hier der Adressenvermittlung) nicht schon allein deshalb der Charakter amtlichen Handelns abgesprochen werden, weil ihm die konkret-individuelle Zuständigkeit dazu fehlte (insoweit zutreffend Baldus § 332 Rdnr. 4, i. Erg. ebenso die heute h.M., vgl. Maurach BT 5. Aufl. 1970, S. 750, Schönke-Schröder § 331 Rdnr. 14ff.).

5 Mit dieser negativen Feststellung ist freilich noch die Frage offen, welche Kriterien positiv vorliegen müssen, um „amtliches Handeln" [„Diensthandlung"] i.S. von § 332 von reinen Privathandlungen bzw. solchen, die lediglich „bei Gelegenheit" amtlicher Tätigkeit erfolgen, abgrenzen zu können. So wenig nun einerseits konkret-individuelle Zuständigkeit des Beamten verlangt werden kann, so wenig kann andererseits schon jedwede Tätigkeit des Beamten, die ihm durch seine Amtszugehörigkeit eröffnet (z.B. private Gutachtertätigkeit) oder aufgrund seiner im Amt erworbenen Fachkenntnisse erleichtert wird (z.B. Ausfüllungs- oder Entwurfshilfe bei Formularen oder Bauanträgen), als „amtlich" bezeichnet werden (so zu Recht die h.M., vgl. BGHSt 18, 59, 263, Schönke-Schröder
6 § 331 Rdnr. 15 m.w.N.). Vielmehr ist die Grenzlinie zwischen jenen beiden Extrempunkten dort zu suchen, wo sich der Beamte für eine Tätigkeit entschädigen läßt, die ihrer
7 Zielsetzung nach dem Aufgabenbereich seiner Behörde zurechenbar ist. Das setzt zweierlei voraus: Zum einen, daß zwar nicht der einzelne Beamte, wohl aber die betreffende Behörde zu einer Tätigkeit der fraglichen Art ihrer allgemeinen Funktion nach sachlich
8 zuständig ist oder zumindest sein könnte; zum anderen, daß dem Beamten gerade aufgrund seiner dienstlichen Stellung innerhalb jenes behördlichen Funktionsbereichs das pflichtwidrige Handeln ermöglicht wird (vgl. BGHSt. 11, 125/7). Beide Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

9 a) Was die funktionelle Zuständigkeit der Behörde anbelangt, war das Bauordnungsamt der Stadt X. ... **[718]** für die Überwachung der Ausrüstung unterirdischer Öllagerbehälter mit einem Leckanzeigegerät zuständig. Aufgrund dessen ist das Bauordnungsamt auch zum Erlaß von Ordnungsverfügungen ... wie auch zu allen weiteren Maßnahmen ermächtigt, die sich zum Zwecke der Beseitigung einer Gefahrenquelle ... als notwendig erweisen. ... Daher hätte es durchaus im öffentlichen Interesse gelegen, den Ordnungsverfügungen entsprechende Hinweise auf einbaubereite Firmen beizugeben, um auf diese Weise die Mängelbeseitigung zu beschleunigen. ...

10 b) Auch daß die fragliche Adressenvermittlung durch den A mit dem Funktionsbereich seiner Behörde nicht nur in privatem, sondern in amtlichem Zusammenhang stand, wird daran deutlich, daß der A nicht nur bei Gelegenheit, sondern gerade vermöge seiner Kontrolltätigkeit Kenntnis von einbaupflichtigen Tankbesitzern erlangte, und zudem gerade jene Maßnahmen selbst vornahm, zu denen das Bauordnungsamt bei voller Ausschöpfung seiner Kontroll- und Regelungsgewalt wenn nicht verpflichtet, so doch zumindest berechtigt gewesen wäre. Insofern kann der vorliegende Fall keineswegs mit jenen Fällen gleichgestellt werden, in denen außerdienstlich Baupläne erstellt (BGHSt. 18, 59), Formularhilfe geleistet (BGH GA 1962, 214) oder Personalangaben weitergegeben wurden, deren Registrierung bzw. Preisgabe nicht zum Aufgabenbereich eines Einwohnermeldeamtes gehörte (RGSt. 37, 354). ...

11 3. Durch seine Adressenvermittlung hat der A auch eine Amts- oder Dienstpflicht verletzt.

a) Allerdings kann eine solche Pflichtverletzung nicht schon darin erblickt werden, daß er durch Mitteilung der Adressen an die Tankschutzfirma möglicherweise gegen eine
12 [interne] Verschwiegenheitspflicht verstoßen hat. ... Denn da es beim Bestechungsverbot weniger um die Reinhaltung der innerdienstlichen Amtsordnung, sondern mehr um das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der staatlichen Verwaltung geht (vgl. im einzelnen Schönke-Schröder § 331 Rdnr. 1a, 2), und die Vertrauensbasis des Bürgers zum Staat nicht schon durch Verletzung rein interner Dienstpflichten erschüttert wird,
13 könnte lediglich der Verstoß gegen eine mit Außenwirkung verbundene Verschwiegenheitspflicht eine Amtsverletzung i.S. von § 332 begründen. Und das wird in der Regel nur dann anzunehmen sein, wenn über die innerdienstliche Wirkung einer Indiskretion hinaus ein schutzwürdiges Interesse der Allgemeinheit oder eines einzelnen verletzt wird [wie etwa in BGHSt 4, 293 durch persönlichkeitsverletzende heimliche Fotoaufnahmen von inhaftierten Kriegsverbrechern durch Hilfsaufseher].

14 b) Dagegen hat die StrK eine Dienstpflichtverletzung zutreffend darin erblickt, daß der A ... die Adressen nur an *eine* von drei ortsansässigen Installationsfirmen weitergab und durch diese einseitige, dem Gleichbehandlungsgrundsatz zuwiderlaufende Bevorzugung Einfluß auf die bestehende Wettbewerbssituation nahm. Nach § 76 I S. 2 BauONRW muß das Bauordnungsamt nach pflichtgemäßem Ermessen die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen Maßnahmen treffen. Gewiß bleibt damit dem Bauordnungsamt insofern

E 14 ein Gestaltungsspielraum, als es bei mehreren denkbaren Wegen jenen wählen kann, der nach seiner Auffassung dem Zweck der Ordnungsverfügung am besten gerecht wird. Um den Einbau von Ölleckanzeigern zu beschleunigen, hätten daher entweder den einbaupflichtigen Tankbesitzern die Namen einbaubereiter Unternehmen mitgeteilt oder umgekehrt die einschlägigen Unternehmen über einbaupflichtige Tankbesitzer informiert werden können; denn auf beide Weise wäre sichergestellt gewesen, daß die einbaupflichtigen bzw. einbaubereiten „Partner" leichter zueinander gefunden hätten als durch eine reine Ordnungsverfügung. Deshalb kann dem A nicht schon insoweit ein Vorwurf ge-
15 macht werden, als er den Weg einer Informierung der Installationsfirmen wählte. Dagegen ist aber ein Ermessensfehler jedenfalls darin zu erblicken, daß er *eine* der Firmen gegenüber zumindest zwei weiteren bevorzugt hat. Denn wäre das Bauordnungsamt in dieser Weise verfahren, so hätte es gegen den sich aus Art. 2 I und Art. 3 GG ergebenden allgemeinen Verwaltungsgrundsatz verstoßen, daß die Verwaltung auf den Wettbewerb nur insoweit Einfluß nehmen darf, als dies durch das öffentliche Interesse dringend geboten ist und dadurch nicht willkürlich die schutzwürdigen Interessen anderer vernachlässigt werden (vgl. BVerfGE 4, 7, 19, BVerwGE 6, 134/141, Wolff, Verwaltungsrecht,
16 III, 2. Aufl. 1967, § 154 V b). ... Was aber für das Bauordnungsamt gelten würde, wenn es selbst tätig geworden wäre, kann für einen Bediensteten, der sich ein entsprechendes Handeln anmaßt, nicht anders beurteilt werden. Was für die Behörde selbst einen ermessensfehlerhaften Eingriff in den Wettbewerb bedeuten würde, stellt für den Beamten eine entsprechende Amtspflichtverletzung dar.

17 4. Der Senat ist sich durchaus bewußt, daß nach diesen Maßstäben manche ähnlichen Informations-, Vermittlungs- oder Beratungsbeziehungen, wie sie in gewissen Grenzbereichen zwischen Staat und Wirtschaft immer wieder zu bestehen scheinen, als pflichtwidrig zu bewerten sind, mit der Folge, daß sich auch der Geber wegen aktiver Bestechung strafbar machen kann. Derartige Praktiken jedoch allein schon wegen ihrer tatsächlichen Übung als sozialadäquat zu betrachten, hieße faktische Observanz mit normativer Adäquanz verwechseln. Denn wie bereits Eb. Schmidt, Die Bestechungstatbestände, 1960, S. 144ff., **[719]** und Geerds, Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte, 1961, S. 74ff., im Hinblick auf den Zuwendungsbegriff zutreffend betont haben, muß zum tatsächlichen Verhalten die soziale Angemessenheit und Anerkennung hinzukommen, um als „sozialadäquat" betrachtet werden zu können.

18 5. Was die subjektive Tatseite anbelangt, ... hat die StrK zum Vorsatznachweis sowohl die Kenntnis des A von den seine Beamteneigenschaft begründenden Umständen festgestellt wie auch sein Wissen darum, daß die Provisionszahlung das Entgelt für die Adressenvermittlung darstellte und es neben der Tankschutzfirma zumindest noch zwei weitere für den Einbau von Leckanzeigern geeignete Unternehmen gab, die durch seine einseitigen Aktionen benachteiligt wurden.

19 Ob für sein Unrechtsbewußtsein schon die Kenntnis disziplinarrechtlicher Unzulässigkeit ausreichen würde, mag zweifelhaft sein, kann aber hier dahinstehen; denn ... der A [hat] Dr. L. gegenüber selbst eingeräumt, daß er die Weitergabe von Adressenmaterial gegen Entgelt für „nicht korrekt" gehalten habe. Wenn die StrK diesem Eingeständnis nicht nur das Bewußtsein disziplinar- sondern rechtswidrigen Verhaltens entnimmt, so ist in dieser tatsächlichen Schlußfolgerung kein Beweiswürdigungsfehler erkennbar; denn da für das Unrechtsbewußtsein keineswegs die Kenntnis des strafrechtlichen Verbots erforderlich ist, sondern ausreicht, daß der Täter „in einer seiner Gedankenwelt entsprechenden allgemeinen Wertung das Unrechtmäßige der Tat erkennt" (BGHSt. 2, 194/202), liegt weder ein Verstoß gegen Denkgesetze noch gegen Erfahrungssätze vor, wenn die
20 StrK aus dem Gesamtverhalten des A den Schluß zog, daß ihm die materielle Wertwidrigkeit seines Handelns (vgl. Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, S. 58ff., 62ff.) und damit die rechtliche Unerlaubtheit seiner Tat nicht entgangen war."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Bei der im Mittelpunkt dieses Falles stehenden Bestechung handelt es sich um ein sog. *Amtsdelikt*. Das dafür Charakteristische ist in einem einleitenden Überblick hervorzuheben (I). Danach bedarf der für Amtsdelikte maßgebliche Begriff des *„Amtsträgers"* einer näheren Bestimmung (II). Als Beispiel eines praktisch besonders bedeutsamen Amtsdelikts soll die nähere Erläuterung der *Bestechungs*tatbestände dienen (III).

1 **I. Straftaten im Amt: Rechtsgut – Deliktsarten.**

Als sog. „Amtsdelikte" pflegt man jene Tatbestände zusammenzufassen, in denen der Täter ein „Amtsträger" ist oder sonstwie bestimmte Amtspflichten eines (aktiv oder passiv) Beteiligten von tatbestandlicher Bedeutung sind. Zu dieser Deliktskategorie sind jedoch nicht nur die als „Straftaten im Amt" im 28. Abschnitt mehr oder weniger wahllos zusammengefaßten Tatbestände zu rechnen, sondern auch sonstige, im StGB

A 1 verstreute Bestimmungen, in denen der Amtsträgerschaft strafbegründende oder strafschärfende Bedeutung zukommt: so etwa in den §§ 120 II, 133 III, 201 III, 203 II, 258a (näher zu den historischen Zufälligkeiten der Bildung und Einordnung von Amtsdelikten Maurach BT[5] § 81 I, Wagner S. 21ff). So lose wie das zusammenfassende Band, so schwierig ist der Aufweis eines gemeinsamen Schutzguts und einer einheitlichen Struktur:

2 1. Was das **Rechtsgut der Amtsdelikte** betrifft, so findet sich als kleinster gemeinsamer Nenner allenfalls das *öffentliche Vertrauen in die Reinheit der Amtsführung* (vgl. Wachtmeister-Fall StrafR II Nr. 47 E 6, S/S-Cramer 1 vor § 331). Wegen dieses staatlichen *Innenschutz*interesses (vgl. Blei II § 113 II) handelt es sich auch bei den Amtsdelikten um Staatsschutzdelikte i.w.S. (vgl. Widerstands-Fall Nr. 13 A 13). Dieses umfassende Schutzgut kann in den verschiedenen Tatbeständen eine jeweils andersartige Spezifizierung finden, wobei teils mehr die Nichtkäuflichkeit von Amtshandlungen (§§ 331ff), teils die Absicherung der Vertraulichkeit (§§ 201 III, 203 II, 353a–355) oder auch der verstärkte Schutz sonstiger Individualinteressen gegenüber Amtsträgern (§§ 340, 343–353) im Vordergrund steht (vgl. Baldus LK[9] 13 vor § 331, Maurach BT[5] § 81 II).

3 2. **Strukturell** ist vor allem die Unterscheidung zwischen „echten" und „unechten" Amtsdelikten von Bedeutung:

a) **Echte Amtsdelikte** sind solche, bei denen nur ein Amtsträger (oder ein ähnlich Verpflichteter: A 19f) Täter sein kann: so z.B. bei §§ 331, 332, 336, 344, 345, 348. Ob dieser die Tat selbst oder in mittelbarer Täterschaft durch einen anderen ausführen läßt, ist dabei ohne Bedeutung. Wichtigste Konsequenzen:

4 – Weil *Sonderdelikt* des Amtsträgers, kommen Nichtamtsträger weder als Mittäter noch als mittelbare Täter in Betracht (vgl. StrafR II Nr. 38 A 27f, Nr. 39 A 8f).

5 – Da die Amtsträgereigenschaft als täterbezogenes straf*begründendes* Merkmal gilt, kommt nach § 28 I den an einem echten Amtsdelikt beteiligten Nichtamtsträgern Strafmilderung zugute (vgl. StrafR II Nr. 42 insbes. A 9, 17, 21ff; ferner unten A 9).

6 b) Um **unechte** Amtsdelikte handelt es sich dort, wo die Tat an sich auch von einem Nichtamtsträger begangen werden kann, für den Amtsträger jedoch eine Strafschärfung vorgesehen ist: so etwa wegen Amtsmißbrauchs als Mittel der Verbrechensbegehung (§§ 120 II, 343) oder wegen Verletzung der besonderen Dienst- und Treuepflicht eines Amtsträgers (wie etwa bei §§ 203 II, 340, 353b).

7 – Wichtigste Konsequenz: Die Amtsträgereigenschaft bildet lediglich ein straf*modifizierendes* täterbezogenes Merkmal i.S. von § 28 II. Demzufolge ist zwar auch mittelbare Täterschaft eines Nichtamtsträgers bzw. seine mittäterschaftliche Beteiligung denkbar; doch ist er nicht aus dem Amtsdelikt, sondern gem. § 28 II aus dem *allgemeinen* StrafTB zu verurteilen: Unterstützt oder steuert etwa ein Privatmann einen Polizeibeamten bei einer Körperverletzung im Amt, so ist der Amtsträger aus § 340, der Nichtamtsträger hingegen nur nach § 223 strafbar (vgl. StrafR II Nr. 42 A 19, 23ff).

8 3. Bedeutsam ist ferner die Unterscheidung zwischen *allgemeinen* und *besonderen* Amtsdelikten:

a) Die **allgemeinen Amtsdelikte** können von *jedem Amtsträger* täterschaftlich begangen werden: Dies ist vor allem erkennbar daran, daß der Tatbestand uneingeschränkt alle Amtsträger (oder sonst für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete) erfaßt: so etwa die §§ 331, 332, 340.

9 b) Demgegenüber ist bei den **besonderen Amtsdelikten** die täterschaftliche Begehung auf die im Tatbestand *speziell genannten Amtsträger* beschränkt: so z.B. in §§ 336, 343–345 auf Richter bzw. auf bestimmte Funktionsträger. Wer diese spezielle straf*begründende* Amtsstellung nicht hat, kommt in den Genuß der Strafmilderung des § 28 I (S/S-Cramer 9 vor § 331). Insofern gilt für tatbestandlich nicht erfaßte Amtsträger Gleiches wie für Nichtamtsträger bei echten Amtsdelikten (A 3ff).

10 **II. Amtsträger – gleichgestellte Tätergruppen.**

Wonach ist hier der als Baukontrolleur angestellte A erfaßbar?

1. Grundkategorie des Straftäters im Amt ist der **„Amtsträger"**. Mit diesem Begriff, der an die Stelle der früheren „Beamten" i.S. von § 359 a.F. getreten ist, werden nach der Legaldefinition des **§ 11 I Nr. 2, 3** vier Arten von Funktionsträgern erfaßt:

11 a) **Beamte** *im staatsrechtlichen Sinne* (Nr. 2a), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um unmittelbare Bundes- oder Landesbeamte oder nur um sog. mittelbare Beamte einer Gemeinde oder einer sonstigen juristischen Person des öffentlichen Rechts han-

A 11 delt. – Um dieser Kategorie anzugehören, hätte A nach den einschlägigen beamtenrechtlichen Vorschriften in ein Beamtenverhältnis berufen sein müssen, was bei einem Angestellten nicht der Fall ist.

12 b) **Richter** (Nr. 2a, 3), zu denen neben den Berufsrichtern auch die ehrenamtlichen Richter (wie insbes. Schöffen oder Beisitzer in Arbeits- oder Sozialgerichtsverfahren) zählen; nicht dagegen Schiedsrichter, da ihre Schlichtungstätigkeit nicht auf der staatlichen Rechtsprechungsgewalt, sondern auf Rechtsgeschäft beruht. Jedoch können Schiedsrichter zusätzlich in den Tatbestand einbezogen sein: so bei den Bestechungsdelikten (§§ 331–335a) und bei Rechtsbeugung (§ 336).

13 c) Aufgrund eines **sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnisses** (Nr. 2b) wird zum Amtsträger, wem ein hoheitlicher Geschäftskreis im Bereich der vollziehenden Gewalt übertragen ist, ohne jedoch beamtenrechtlich organisiert zu sein: so namentlich die Notare und Minister, nicht dagegen Abgeordnete, da in der Legislative tätig (vgl. S/S-Eser § 11 Rn. 21).

14 d) Mit den **sonst zur Wahrnehmung von öffentlichen Verwaltungsaufgaben Bestellten** (Nr. 2c) soll vor allem der große Kreis der früheren sog. *Beamten im strafrechtlichen Sinne* erfaßt werden. Anders als bei den staatsrechtlichen Beamten (A 11), wo die Amtsträgerschaft bereits aus dem Beamtenverhältnis gefolgert wird, kommt es hier weniger auf den Charakter des Anstellungsverhältnisses als auf die *konkrete Aufgabenstellung* an. Im wesentlichen wird dreierlei vorausgesetzt:

15 α) Die Tätigkeit muß in den Aufgabenbereich *öffentlicher Verwaltung* fallen. Dazu gehört neben der Eingriffsverwaltung auch die Daseinsvorsorge. In deren Rahmen kann auch eine privatrechtliche Form der Durchführung genügen. Auszugrenzen sind dagegen reine Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsfunktionen einerseits sowie privatwirtschaftliche Unternehmenstätigkeit andererseits; vgl. im einzelnen S/S-Eser § 11 Rn. 23ff, auch zu teils engeren Auffassungen.

16 β) Die Tätigkeit muß bei einer *Behörde* oder sonstigen zur Erledigung bestimmter öffentlicher Aufgaben berufenen Stelle (u. a. auch Kirchen) wahrgenommen werden.

17 γ) Dazu muß der Betreffende zu der Behörde in einem *Bestellungs-* oder *Auftragsverhältnis* stehen. Doch ist dafür weder eine Dauerbeschäftigung noch eine förmliche Ernennung erforderlich, sondern jede Art der Beauftragung genügend (Blei II § 113 III 1c).

18 Zu dieser Gruppe von Amtsträgern werden *beispielsweise* gerechnet: Verwaltungsangestellte bei Kommunen oder öffentlich-rechtlichen Körperschaften, Postaushelfer, Angestellte von Berufsgenossenschaften oder Ortskrankenkassen, Friedhofsverwalter oder städtische Wägemeister (Einzelnachw. bei S/S-Eser § 11 Rn. 31f). – Dementsprechend wurde hier A zu Recht zu den Amtsträgern gezählt (E 1), da er als städtischer Angestellter im Rahmen öffentlicher Baukontrollaufgaben tätig war.

19 2. Von den Amtsträgern (A 11–18) begrifflich zu unterscheiden, diesen aber tatbestandlich häufig gleichgestellt sind die für den **öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten** (**§ 11 I Nr. 4**). Damit sind Personen gemeint, die zwar einerseits *nicht bereits Amtsträger* sind, andererseits jedoch für eine Behörde oder sonstige mit öffentlichen Aufgaben betraute Stelle in einem Dauerverhältnis *beschäftigt* oder aufgrund *Einzelauftrags tätig* sind und auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Obliegenheiten *förmlich verpflichtet* sind. Damit werden zum einen etwa Schreibkräfte und sonstiges Hilfspersonal mit Daueranstellungen erfaßt, zum anderen auch gelegentliche Gutachter oder Gremienmitglieder (vgl. D-Tröndle § 11 Rn. 29ff). Ratio: Da auch diese Personen Zugang zu amtlichen Vorgängen haben können, besteht auch ihnen gegenüber ein besonderes Schutzbedürfnis: so etwa vor Geheimnisverrat (§§ 201 III, 353b I, 355 II) und Bestechlichkeit (§§ 331ff).

20 3. Auch **Angehörige der Bundeswehr** werden vielfach den Amtsträgern gleichgestellt (§ 48 WehrStG): so etwa bei §§ 201 III, 331, 340, 343 die Offiziere und Unteroffiziere, bei §§ 120 II, 332, 335, 348, 353b auch die Mannschaften.

21 *Zwischenergebnis:* Als Amtsträger i. S. von § 11 I Nr. 2c (A 18) kam A grundsätzlich als Täter im Amt in Betracht. Damit stellt sich die Frage, ob durch die entgeltliche Adressenvermittlung ein BestechungsTB verwirklicht wurde:

22 **III. Die Bestechungsdelikte (§ 331–335a) im einzelnen.**

A. Für das **strukturelle** Verständnis der vier Tatbestände (§§ 331–334), mit denen der Gesetzgeber der landläufig als „Korruption" verpönten Käuflichkeit von Amtsträgern entgegenzusteuern versucht, sind auch nach Neufassung durch das EGStGB 1974 (dazu

A 22 Maiwald JuS 1977, 353) weiterhin zwei Unterscheidungen von grundlegender Bedeutung:

23 1. zwischen
- **aktiver** Bestechung: durch den Außenstehenden als *Geber*, und
- **passiver** Bestechung: auf Seiten des Amtsträgers als *Empfänger*.

24 2. zwischen
- Vorteil für eine **pflichtgemäße** Diensthandlung: *einfache* Bestechung, und
- Vorteil für eine **pflichtwidrige** Diensthandlung: *schwere* Bestechung.

25 3. Aus der Kombination dieser Faktoren ergeben sich die **4 BestechungsTBe:**

Vorteil	für **Diensthandlung**	
	pflicht**gemäße**	pflicht**widrige**
aktiv Geber	§ 333 „Vorteilsgewährung"	§ 334 „Bestechung"
passiv Empfänger	§ 331 „Vorteilsannahme"	§ 332 „Bestechlichkeit"

Das bedeutet:

25a – § 331 „Vorteilsannahme": *passive* Bestechung auf Amtsträgerseite für *pflichtgemäße* Diensthandlung.

25b – § 332 „Bestechlichkeit": *passive* Bestechung auf Amtsträgerseite für *pflichtwidrige* Diensthandlung.

25c – § 333 „Vorteilsgewährung": *aktive* Bestechung für *pflichtgemäße* Diensthandlung (als Spiegelbild des § 331) auf Geberseite.

25d – § 334 „Bestechung": *aktive* Bestechung für *pflichtwidrige* Diensthandlung (als Spiegelbild des § 332) auf Geberseite.

26 Bei den restlichen **§§ 335, 335a** handelt es sich lediglich um begriffliche Klarstellungen für Unterlassen als Diensthandlung bzw. für die heimlich einseitige Schiedsrichtervergütung als bestechungsrelevanter Vorteil.

27 4. Mit dieser Aufteilung in 4 Tatbestände ist freilich noch nichts über ihr **Verhältnis zueinander** ausgesagt: Stehen sie jeweils selbständig nebeneinander? Oder lassen sie sich als Abwandlung eines bestimmten GrundTB verstehen? Die Antwort hängt entscheidend vom maßgeblichen **Schutzgut** ab. Zwar besteht Einigkeit darüber, daß auch bei den §§ 331 ff die Integrität der Amtsführung erschüttert wird. Da dies jedoch in ähnlicher Weise für alle Amtsdelikte zutrifft (A 2), bedarf das Schutzgut der BestechungsTBe noch einer gewissen Spezifizierung:

28 – Ist das Schutzgut etwa in der *Unentgeltlichkeit* bzw. *Nichtkäuflichkeit* der Amtsführung zu erblicken? Darin stecken zwar wichtige, aber nicht hinreichende Aspekte, da sie einerseits gegenüber der (zulässigen) Vergütung des Schiedsrichters nicht durchgreifen bzw. die nachträgliche Vorteilsgewährung (§ 331) nicht decken würden (vgl. S/S-Cramer § 331 Rn. 3).

29 – Auch mit Schutz vor *„Verfälschung des Staatswillens"* (Baumann, Bockelmann, Henkel, Eb. Schmidt; vgl. Loos Welzel-FS S. 879 ff) läßt sich im Grunde nur die Bestechung für pflicht*widrige* Diensthandlungen (§§ 332, 334) erfassen. Jedenfalls würde damit die einfache Bestechung (§§ 331, 333) zu einer Art Gefährdungsdelikt der als GrundTB zu verstehenden schweren Bestechung herabgestuft.

30 – Noch am ehesten überzeugt das vorherrschende Abheben auf den Schutz des *Vertrauens der Allgemeinheit in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen*, das schon dadurch erschüttert wird, daß ein Amtsträger nach außen hin den Anschein der Käuflichkeit von Diensthandlungen erweckt. Gemeinsamer Unrechtskern der Bestechungstatbestände ist danach die sog. „Unrechtsvereinbarung" bzw. das „Unrechtsangebot", wodurch Bestochener und Bestechender erklären, für amtliche Tätigkeit Vorteile zu nehmen oder zu geben (vgl. Baldus LK[9] 19 vor § 331, D-Tröndle § 331 Rn. 3, Lackner § 331 Anm. 1, S/S-Cramer § 331 Rn. 5, Wessels II/1 § 24 I 2; zum Ganzen auch Blei II § 114 I, Ebert GA 1979, 370 f, Maiwald JuS 1977, 354).

A 31 Im *Preisnachlaß-Fall* **BGHSt 15, 88,** wo der Beamte einer Baubehörde bei Errichtung eines Eigenheims von Firmen erhebliche Preisnachlässe gefordert und erhalten hatte, wird diese Zielsetzung folgendermaßen umschrieben: **[96]** „Die Makellosigkeit des Amtes nach außen soll gesichert werden; mit der Ehrenhaftigkeit und vor allem Unbestechlichkeit der Beamten soll die Grundlage für das Vertrauen der Bevölkerung erhalten werden, dessen die Staatsverwaltung **[97]** für eine gedeihliche Wirksamkeit bedarf ... Das Vertrauen der Öffentlichkeit wird schon erschüttert, wenn auch nur der Anschein der Käuflichkeit für pflichtwidrige Handlungen erzeugt wird, und eben deshalb soll es genügen, daß sich der Beamte als käuflich gibt oder hinstellt, mag er sich insgeheim vornehmen, die pflichtwidrige Handlung nicht zu begehen". Im gleichen Sinne oben E 12.

32 Was ergibt sich daraus für das Verhältnis der §§ 331 ff zueinander? Im wesentlichen zweierlei:

– Zum einen, daß das Bestechungsunrecht nicht erst in der pflichtwidrigen Diensthandlung, sondern bereits in der Vertrauenserschütterung durch den Anschein der Käuflichkeit liegt. Demzufolge bildet § 331 den *GrundTB,* der durch § 332 lediglich *qualifiziert* wird (D-Tröndle, S/S-Cramer, je § 332 Rn. 1).

33 – Zum anderen, daß der Schwerpunkt des Unrechts in der Vertrauenserschütterung auf der Amtsträgerseite liegt und es sich daher bei der *aktiven* Bestechung der Sache nach lediglich um *verselbständigte Beteiligung* an der passiven Bestechung handelt. Demzufolge ist der Bestecher nicht auch noch wegen Teilnahme an den §§ 331, 332 des Bestochenen erfaßbar, ebensowenig wie sich der Bestochene durch Fordern eines Vorteils auch noch wegen Anstiftung zu §§ 333, 334 des Bestechers strafbar macht. Unberührt davon bleibt selbstverständlich die Tatbeteiligung sonstiger Dritter. Zur Einzelabgrenzung vgl. S/S-Cramer § 332 Rn. 28, § 333 Rn. 18, § 334 Rn. 13 ff.

34 Diesem systematischen Verhältnis der §§ 331–334 zueinander entspricht auch die TB-Folge des Gesetzes. Demgemäß ist zunächst der GrundTB zu betrachten:

35 **B. „Vorteilsannahme" (§ 331).**

Die Abs. I und II des § 331 unterscheiden sich nur insoweit, als für Richter und Schiedsrichter (A 12) eine Strafschärfung vorgesehen ist. Wesentlich sind für beide Absätze folgende Voraussetzungen:

36 1. Als **Tathandlung** das Fordern, Sichversprechenlassen oder Annehmen eines Vorteils.

37 – *Fordern* ist das einseitige Verlangen einer Leistung, und sei es auch nur in versteckter Form: instruktiv dazu Betriebskassenspende-Fall BGHSt 10, 237.

38 – *Sichversprechenlassen* bedeutet die (auch nur bedingte) Annahme eines Angebots einer künftigen Zuwendung: vgl. Artisten-Fall RGSt 57, 28.

39 – *Annehmen* ist das tatsächliche Empfangen eines (geforderten oder angebotenen) Vorteils mit dem Willen eigennütziger Verfügung darüber. Dafür kann auch das Behalten eines zunächst gutgläubig angenommenen Vorteils genügen: vgl. Preisnachlaß-Fall BGHSt 15, 88/103 (A 31).

40 – *Vorteil* ist jede unentgeltliche Zuwendung materieller oder immaterieller Art, die den Täter besser stellt und auf die er keinen rechtlich begründeten Anspruch hat. Dazu zählen neben Sach- oder Geldgeschenken, Stundungen oder zinslosen Darlehen auch sexuelle Gunsterweise oder mittelbare Vorteile durch Zuwendungen an Angehörige: vgl. Untersuchungsrichter-Fall BGH NJW 1959, 345/6, aber auch unten A 47 f zur Einschränkung aus Sozialadäquanz.

41 Daß vorliegend im Herantreten des A an W bereits ein Fordern sowie im Empfang der 300 DM die Annahme eines Vorteils lag, wurde auch von der Rev. nicht bestritten. Erforderlich ist jedoch ferner:

42 2. Der Vorteil muß als *Gegenleistung für eine (bereits vorgenommene oder künftig vorzunehmende)* **Diensthandlung** des Täters gedacht sein. Problematisch ist dabei meist der (vom OLG bei E 2 mißverständlich zur „Tathandlung" gerechnete) Begriff der „Diensthandlung". Im Sinne einer „in das Amt einschlagenden Handlung" (so § 331 a.F.) wird darunter jedes Tun oder Unterlassen (§ 335) des Amtsträgers verstanden, das in den Bereich seiner amtlichen Funktionen fällt und von ihm nur vermöge seines Amtes vorgenommen werden kann (S/S-Cramer § 331 Rn. 10; vgl. aber auch Ebert GA 1979, 361 ff mit beachtlichen Argumenten gegen eine Gleichsetzung der früheren „Amtseinschlägigkeit" mit der heutigen „Diensthandlung"). Damit sind unstreitig alle Handlungen erfaßt, für die der Amtsträger in jeder Hinsicht zuständig und befugt ist. Wie aber, wenn er sich eine ihm nicht zustehende Befugnis anmaßt oder (wie

A 42 hier) amtliches Wissen privat ausnutzt? Dies bedarf in zweifacher Hinsicht einer Abklärung:

43 – Einerseits kann die Diensthandlung ihren Charakter nicht schon deshalb verlieren, weil sie pflichtwidrig ist. Zwar kommt dann § 332 zum Zuge; da jener TB jedoch seinerseits eine (wenn auch pflichtwidrige) Diensthandlung voraussetzt, kann für diese weder die individuell-konkrete Zuständigkeit des Amtsträgers noch das Einhalten seiner Befugnisse wesentlich sein (eingehend dazu E 4). Entscheidend ist vielmehr allein, daß die Tätigkeit in *funktionellem Zusammenhang* mit den dienstlichen Obliegenheiten des Amtsträgers steht (E 3).

44 – Andererseits kann aber dazu nicht schon jede durch das Amt erleichterte Tätigkeit des Amtsträgers gerechnet werden, da sonst kaum noch eine Abgrenzung gegenüber reinen *Privathandlungen* möglich wäre (vgl. E 5). Deshalb hat das OLG die Grenze dort gezogen, wo die fragliche Tätigkeit des Amtsträgers ihrer Zielsetzung nach dem Aufgabenbereich seiner Behörde zurechenbar ist (E 6). Dafür ist zweierlei vorauszusetzen (insoweit ebenso Ebert GA 1979, 386): sowohl die (tatsächliche oder potentielle) Zuständigkeit der Behörde für die vom Amtsträger angemaßte Aufgabe (E 7) als auch die Ermöglichung dieser Tätigkeit gerade aufgrund (und nicht nur bei Gelegenheit) seiner dienstlichen Obliegenheiten (E 8).

45 *Konsequenz* für den *vorliegenden* Fall? Da das OLG beide vorgenannten Voraussetzungen erfüllt sah: die funktionelle Zuständigkeit der Behörde zwecks Beschleunigung der Mängelbeseitigung (E 9) sowie die Kenntniserlangung des A vermöge seiner Kontrolltätigkeit (E 10), wurde in der Weitergabe der Adressen zu Recht eine Diensthandlung erblickt (zust. auch Blei II § 114 IV 1; abw. D-Tröndle § 331 Rn. 5, Lackner § 331 Anm. 3c).

46 3. Als Täter kommen **Amtsträger** (A 11–17) in Betracht, somit hier der A (A 18, 21), ferner für den öffentlichen Dienst **besonders Verpflichtete** (A 19) sowie nach § 48 I WehrStG auch Offiziere und Unteroffiziere der Bundeswehr, nicht dagegen einfache Mannschaften (A 20). Bei Tatbegehung durch einen *Richter* oder Schiedsrichter ist die Strafe *verschärft* und auch der *Versuch* strafbar (§ 331 II).

47 4. Rechtswidrigkeitsausschluß bei **Sozialadäquanz** oder **Genehmigung?** Streng genommen wäre nach den vorgenannten TB-Merkmalen auch das Neujahrstrinkgeld für den Briefträger oder die Einladung für den Chef der Baubehörde, bei der ein Baugesuch zur Genehmigung ansteht, strafbar; denn liegt darin nicht die Annahme einer unentgeltlichen Gegenleistung für eine bereits erbrachte bzw. zu erwartende Diensthandlung? Derartige Konflikte zwischen strafrechtlichem Antikorruptionsinteresse und gesellschaftlichen Gepflogenheiten sucht man auf zweierlei Weise zu entschärfen:

48 a) So einmal dadurch, daß bei *sozialadäquaten* Zuwendungen, wie höflichkeitsbedingten Gefälligkeiten, saisonüblichen Aufmerksamkeiten oder kleineren Werbegeschenken, bereits die Tatbestandsmäßigkeit entfällt (vgl. Geerds S. 73ff, Hirsch ZStW 74, 126), jedenfalls aber kraft Gewohnheitsrechts die Rechtswidrigkeit zu verneinen ist (Eb. Schmidt S. 144ff, S/S-Cramer § 331 Rn. 31, 55): jeweils vorausgesetzt freilich, daß solche Zuwendungen nicht nur faktisch *üblich*, sondern auch nach allgemeiner Einschätzung *billigenswert* sind (E 17). An letzterem hat es hier gefehlt.

49 b) Darüber hinaus kann aufgrund *Genehmigung* durch die zuständige Behörde gem. § 331 III die Strafbarkeit der Vorteilsannahme entfallen. Doch gilt dies weder für geforderte Vorteile noch für richterliche Handlungen. Fraglich sind allerdings Rechtsnatur und Wirkung einer solchen Zustimmung (vgl. Maiwald JuS 1977, 355f):

50 – Der *vorherigen* Genehmigung ist *rechtfertigende* Wirkung beizulegen. Gleiches hat für zwar nicht vorweg genehmigte, wohl aber materiell *genehmigungsfähige* und üblicherweise genehmigte Vorteile zu gelten, sofern durch unverzügliche Anzeige die nachträgliche Genehmigung erstrebt wird (vgl. Lackner § 331 Anm. 6c, S/S-Cramer § 331 Rn. 51; and. D-Tröndle § 331 Rn. 22: zwar rechtswidrig, aber bei Verweigerung der Genehmigung Zubilligung eines Verbotsirrtums).

51 – Im übrigen wirkt die *nachträglich* erteilte Genehmigung *als Strafaufhebungsgrund* (Lackner § 331 Anm. 6c, Wessels II/1 § 24 II 2). Zu weiteren Einzelheiten der Genehmigung S/S-Cramer § 331 Rn. 39ff.

52 *Vorliegend* scheitert eine Genehmigung schon daran, daß A die Provision nicht lediglich annahm, sondern sogar gefordert hatte. Zudem kommt sie nur bei nichtpflichtwidrigen Handlungen in Betracht (S/S-Cramer § 331 Rn. 43), ist hier also auch wegen Verwirklichung von § 332 (A 68) ausgeschlossen.

A 53 5. In **subjektiver** Hinsicht ist **Vorsatz** erforderlich. Ausreichend war hier die Kenntnis des A, daß die von W erwartete und erhaltene Provision das Entgelt für die in sein Amt einschlagende Adressenvermittlung darstellte (E 18). Auch das *Unrechtsbewußtsein* sah das OLG hinreichend dargetan (E 19f); allg. dazu auch StrafR I Nr. 13 A 36ff.

54 *Zwischenergebnis:* Somit hat A jedenfalls § 331 verwirklicht. Doch bleibt darüber hinaus auch noch eine Strafschärfung zu beachten:

55 C. **„Bestechlichkeit"** (§ 332).

Dieser QualifizierungsTB (A 32) unterscheidet sich vom GrundTB des § 331 nur insoweit, als zur

1. **Tathandlung:** *Fordern, Sichversprechenlassen* oder Annehmen eines Vorteils (A 36–39),
2. als Gegenleistung für eine **Diensthandlung** (A 42–44), und
3. dem Handeln als **Amtsträger** usw. (A 10ff) noch

56 4. die **Pflichtwidrigkeit** *der Diensthandlung* hinzukommen muß. Eine solche wurde vorliegend in der gleichbehandlungswidrigen Adressenvermittlung an W erblickt (E 14). Wie läßt sich dies begründen? Als *Faustregel* ist davon auszugehen, daß eine Diensthandlung dann pflichtwidrig ist, wenn sie gegen Gesetze, Verwaltungsvorschriften, Richtlinien, allgemeine Dienstanweisungen oder Anweisungen des Vorgesetzten verstößt (S/S-Cramer § 332 Rn. 7). Ob dies der Fall ist, hängt maßgeblich vom Entscheidungsspielraum des Amtsträgers ab. Dabei sind im wesentlichen 3 Fallkonstellationen zu unterscheiden:

57 a) Bei sog. *gebundenem Handeln,* wo das Ob und Wie der Vornahme oder Unterlassung einer Diensthandlung durch Rechtssatz oder Dienstvorschrift vorgeschrieben ist, genügt für die Pflichtwidrigkeit ein objektiver (d.h. ein nicht nur als solcher erscheinender bzw. hingestellter) Verstoß gegen die fragliche Vorschrift: so etwa durch Mitwirkung eines Finanzbeamten bei Abgabe einer falschen Steuererklärung (vgl. RGSt 72, 70/2) oder durch Verletzung von Amtsgeheimnissen. Aber: Warum konnte danach hier nicht bereits in der Adressenweitergabe nach außen eine Pflichtverletzung liegen? Weil damit allenfalls eine interne Verschwiegenheitspflicht verletzt wurde (E 11), doch im Hinblick auf den allgemeinen Vertrauensschutz (E 12, A 30) der Verstoß gegen eine mit Außenwirkung verbundene Verschwiegenheitspflicht vorauszusetzen ist (E 13).

58 b) Aber auch bei *Ermessenshandlungen,* bei denen an sich wegen des Ermessensspielraums innerhalb bestimmter Grenzen mehrere, nach Inhalt verschiedene Entscheidungen oder Maßnahmen richtig sein können, ist eine Dienstpflichtverletzung denkbar, und zwar auf zweifache Weise:

59 – zum einen durch Ermessens*überschreitung:* wie etwa durch Einräumung einer bereits außerhalb des Ermessensspielraums liegenden Konzession,

60 – zum anderen durch Ermessens*mißbrauch:* wie insbes. bei einer auf unsachlichen Motiven beruhenden Ermessenswillkür (allg. zu Ermessensfehlern Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 31 II d). Denn wie im *Preisnachlaß-Fall* **BGHSt 15**, 88 (oben A 31) festgestellt wird:

61 **[92]** Da es nicht auf das Ergebnis der Entscheidung ankomme, sei die Frage, ob ein anderer Beamter ebenso entschieden hätte, für die Anwendung des § 332 ohne Bedeutung. „Maßgebend sind vielmehr die Erwägungen, von denen sich der Beamte leiten läßt; er handelt bereits dann pflichtwidrig, wenn er bei seiner Entscheidung der Rücksicht auf den gewährten oder vorsprochenen Vorteil Raum gibt, indem er z.B., ohne dabei die Grenzen seines Ermessens zu überschreiten, unter mehreren völlig gleichwertigen Angeboten das Angebot des Vorteilsgebers um des Vorteils willen auswählt. Diese Rücksicht ist eine unsachliche Erwägung, die den Geber in unverantwortlicher Weise gegenüber den anderen Bewerbern bevorzugt und deshalb die Ermessensentscheidung zu einer pflichtwidrigen macht. Die Anwendung des § 332 auf den Ermessensbeamten ist also nicht davon abhängig, daß eine Entscheidung in Aussicht gestellt oder begehrt wird, die sich außerhalb des Ermessensspielraums bewegen und die durch einschlägige Vorschriften gezogenen Grenzen bewußt überschreiten soll." – Das heißt im Klartext: Der Ermessensbeamte macht sich durch Annahme eines Vorteils praktisch immer nach § 332 strafbar.

62 c) Das ist auch für die (in § 332 III besonders hervorgehobenen) *künftigen* Diensthandlungen bedeutsam: Auch sie sind nicht erst dann pflichtwidrig, wenn sich der Amtsträger zur Verletzung einer handlungsbindenden Pflicht (A 57) bereit zeigt (Nr. 1), sondern schon dann, wenn er zu erkennen gibt, sich durch den Vorteil in seiner Ermessensentscheidung beeinflussen zu lassen (Nr. 2).

A 63 – Zudem ist damit nunmehr gesetzlich klargestellt, daß auch durch eine *Mentalreservation* des Beamten, sich letztlich doch nicht beeinflussen zu lassen, § 332 nicht ausgeschlossen wird, da es bereits die vertrauenserschütternde „Unrechtsvereinbarung" zu verhindern gilt (vgl. Lackner § 332 Anm. 3b, S/S-Cramer § 332 Rn. 15f sowie oben A 30). Denn wie im *Ermessens-Fall* **BGHSt 15, 352** bemerkt wird:

64 **[354]** „Der Grund für die Bestrafung der schweren Bestechlichkeit liegt darin, daß das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Reinheit der Amtsführung erschüttert wird, wenn auch nur der Anschein der Käuflichkeit pflichtwidriger Amtshandlungen hervorgerufen wird. Dies ist bereits der Fall, wenn sich der Beamte nach außen hin als käuflich hinstellt, auch wenn er sich insgeheim vornimmt, die pflichtwidrige Handlung nicht zu begehen." Daher genüge es für die Bestechlichkeit eines Ermessensbeamten, **[353]** „wenn der Geschenkgeber in dem erkennbaren Sinn handelt, der Beamte soll sich bei der Ausübung seines Ermessens durch den Vorteil beeinflussen lassen, und der Beamte dies erkennt und gleichwohl den Vorteil oder das Versprechen eines solchen annimmt. Nicht zum Tatbestand gehört es dagegen, daß der Beamte auch tatsächlich pflichtwidrig handelt oder sich auch nur dazu entschließt, es zu tun."

65 *Konsequenz* für den vorliegenden Fall? Zwar stand das Ob und Wie der Weitergabe von Adressen im Ermessen der Bauordnungsbehörde (E 14). Doch würde sie ermessensfehlerhaft handeln, wenn sie in Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes den einen Wettbewerber zu Lasten anderer bevorzugen würde (E 15). Demgemäß war auch für A schon die diskriminatorische Bevorzugung des W pflichtwidrig (E 16). Zudem könnte eine Dienstpflichtverletzung des A auch darin liegen, daß er bei Herantreten an W zu erkennen gab, sich durch den erwarteten Vorteil bei seiner künftigen Ermessensentscheidung i.S. von § 332 III Nr. 2 (A 62) beeinflussen zu lassen.

66 5. Für einen Wegfall der Rechtswidrigkeit aufgrund **Sozialadäquanz** (E 17) oder **Genehmigung** ist hier noch weniger Raum als bei § 331 (A 47ff).

67 6. Auch der **subjektiv** erforderliche **Vorsatz** wurde zu Recht bejaht (A 53); und zwar auch hinsichtlich der Dienstpflichtverletzung, denn dafür genügt das Wissen des A, daß durch Vermittlung an W andere Konkurrenten benachteiligt wurden (E 18). Auch gegen die Bejahung des *Unrechtbewußtseins* bestehen keine durchgreifenden Bedenken, da dafür über die rechtliche Unerlaubtheit der Vorteilsannahme hinaus das Wissen um die Gleichbehandlungswidrigkeit der einseitigen Adressenvermittlung ausreicht (vgl. aber auch Ermessens-Fall BGHSt 15, 352/6).

68 Im **Ergebnis** wurde A somit zu Recht der Bestechlichkeit nach § 332 für schuldig befunden, wobei der gleichzeitig mitverwirklichte § 331 als subsidiär zurücktritt (vgl. S/S-Cramer § 331 Rn. 7, 56 zum Streitstand). – Wie aber steht es mit der Vorteilsgewährung von Seiten des (hier nicht mitangeklagten) Firmeninhabers W? Insoweit könnte aktive Bestechung in Betracht kommen:

69 **D. „Vorteilsgewährung"** (§ 333): als aktives Pendant des Bestechers zur passiven „Vorteilsannahme" des Amtsträgers (§ 331: A 25c).

70 1. In Umkehrung der **Tathandlung** des § 331 (A 36ff) besteht diese somit hier im *Anbieten, Versprechen* oder *Gewähren* eines *Vorteils.*

71 2. Hinsichtlich der als Gegenleistung gedachten **Diensthandlung** des Amtsträgers (A 42ff) hingegen ist § 333 in zweifacher Hinsicht enger:

72 – erfaßt werden nur *Ermessens*handlungen (A 58),

73 – aber selbst solche nur insoweit, als es um *künftig* vorzunehmende Diensthandlungen geht. Freilich: sofern dabei der Geber mit der Möglichkeit rechnet (oder dies sogar anstrebt), daß sich der Ermessensbeamte durch den Vorteil beeinflussen lassen wird, kommt wegen der daraus folgenden Pflichtwidrigkeit der Ermessensentscheidung (A 61) schon nicht mehr § 333, sondern bereits § 334 in Betracht (vgl. Dornseifer JZ 1973, 269, Lackner § 333 Anm. 3b). – Vorliegend scheidet § 333 wohl schon deshalb aus, weil W die Provision dem A offenbar erst nach Erhalt der Adressen gewährt hat, ohne sie bereits vorher versprochen zu haben. – Statt dessen könnte aber wegen der Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung des A (A 65) die Straferschwerung in Betracht kommen:

74 **E. „Bestechung"** (§ 334): als aktives Pendant des Bestechers zur schweren passiven „Bestechlichkeit" des Amtsträgers (§ 332: A 25d).

75 1. Die **Tathandlung** ist die gleiche wie bei § 333 (A 70).

A 76 2. Über § 333 hinaus wird hier nicht nur die Vorteilsgewährung für *künftige*, sondern auch für bereits *begangene* **Diensthandlungen** erfaßt, und zwar gleichgültig, ob es um gebundenes oder ermessensfreies Handeln des Bestechungsadressaten (vgl. A 46) geht. Daher wäre hier auch die nachträgliche Vorteilsgewährung durch A erfaßbar. Zu weiteren Vorsatzproblemen vgl. S/S-Cramer § 334 Rn. 10f.

77 3. Für die **Pflichtwidrigkeit** der (vom Bestechungsadressaten bereits begangenen oder erwarteten) Diensthandlung gilt Gleiches wie bei passiver „Bestechlichkeit" (A 56ff).

78 4. Für den **subjektiv** erforderlichen **Vorsatz** genügt das (bedingte) Inkaufnehmen einer Pflichtwidrigkeit des Amtsträgers, in Fällen von § 334 III Nr. 2 somit das Bewußtsein, daß der Amtsträger dem Vorteil einen Einfluß auf seine Entscheidungen einräumen soll (vgl. Ermessens-Fall BGHSt 15, 352/7).

79 *Konsequenz* für den vorliegenden Fall? Nach heutigem Recht würde eine Strafbarkeit des W jedenfalls nicht daran scheitern, daß er die Provision für die gleichbehandlungswidrige Adressenvermittlung des A nachträglich gewährte (vgl. auch E 17). Zur Tatzeit jedoch scheint dem W zugute gekommen zu sein, daß aktive Bestechung als Absichtsdelikt nur im Hinblick auf eine noch zu begehende pflichtwidrige Diensthandlung strafbar war (§ 333 a.F.) und dem W offenbar nur das nachträgliche Entgelten von Pflichtwidrigkeiten des A nachgewiesen werden konnte.

80 **Schrifttum:** Allg. zu den **Amtsdelikten:** *Blei* II §§ 113, 115–117; *Krey* I Fall 71; *Maurach* BT[5] § 81; *S/S-Cramer* 1ff vor § 331; *Welzel* § 78; ferner *Maiwald*, Die Amtsdelikte, JuS 1977, 353; *Wagner*, Amtsverbrechen, 1975.

Zur **Bestechung:** die Kommentare zu den §§ 331–335a sowie *Blei* II § 114; *Krey* I Fall 72–74; *Maurach* BT[5] § 82 I; *Otto* II § 99; *Welzel* § 78 A; *Wessels* II/1 § 24. **Speziell:** *Blei*, Die Neufassung der Bestechungstatbestände, JA 1974, 309, 377; *Dornseifer*, Die Vorteilsgewährung (einfache aktive Bestechung) nach dem EGStGB, JZ 1973, 267; *Ebert*, Verletzung der amtlichen Verschwiegenheit als Bezugshandlung der Bestechungstatbestände?, GA 1979, 361; *Geerds*, Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte, 1961; *Henkel*, Die Bestechlichkeit von Ermessensbeamten, JZ 1960, 507; *Loos*, Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte, Welzel-FS S. 879; *Eb. Schmidt*, Die Bestechungstatbestände in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von 1879–1959, 1960.

Gemeingefährliche Delikte – Brandstiftung (§§ 306–310a)

BGHSt 23, 60: Scheunenbrand-Fall

4 StR 269/69 v. 23. 7. 1969 = BGH NJW 1969, 1862

SV **Sachverhalt:** A übernachtete gelegentlich mit einer Gruppe von „Wermuth-Brüdern" in der Scheune eines Bauern, der es seit 20 Jahren duldete, daß diese von Landstreichern als Schlafstätte benutzt wurde. Als der A eines Abends angetrunken mit den Worten: „Alle rauskommen, ich schlage alle tot" die Scheune betrat, kam es mit B und G zu einem Wortgeplänkel, in dessen Verlauf A von B gefragt wurde, ob er etwas zu trinken oder zu rauchen mitgebracht habe. Als A das verneinte und B sich daraufhin mit einem Schimpfwort wieder ins Stroh zurückfallen ließ, rief A plötzlich: „Dann steck' ich die Scheune an", entzündete sogleich ein Streichholz und hielt es an das etwa 1 m hohe Stroh, das bald lichterloh brannte. Obwohl A sofort mit seiner Jacke nach den Flammen schlug und die Schlafbrüder ebenso wie der herbeigerufene Bauer alsbald halfen, brannte die Scheune trotz aller weiteren Anstrengungen nieder. Dabei kam HB, der seiner nach dem A bekannten Gewohnheit gemäß auf dem Zwischendeck über der Remise geschlafen hatte und ebenfalls angetrunken gewesen war, ums Leben. Noch in der Scheune hatte der A gerufen, ob „der da oben raus" sei; das hatten G und B infolge einer Verwechslung HBs mit einem älteren Stadtstreicher bejaht.

P **Zur Problemstellung:** Ist das Anzünden des Strohes als *Brandstiftung* nach § 308 erfaßbar?

– Kommt darüber hinaus *schwere* Brandstiftung nach § 306 Nr. 3 in Betracht? Oder könnte es an der Vorsätzlichkeit der Inbrandsetzung des Gebäudes fehlen? Scheune als „Räumlichkeit" zum Aufenthalt von Menschen?

– *Weitere Straferschwerung* nach § 307 Nr. 1?

– Bei Verneinung von § 306 Nr. 3 mangels Vorsatzes: *fahrlässige* Brandstiftung nach § 309? Verhältnis zu § 308?

– Im Hinblick auf Tod des HB § 222?

Vom SchwG wurde A nach §§ 306 Nr. 3, 307 Nr. 1 verurteilt. Seine Rev zum BGH führt zur Aufhebung. Denn:

E 1 **Aus den Gründen: [61]** „Zwar hat A den äußeren Tatbestand der §§ 306 Nr. 3, 307 Nr. 1 einer besonders schweren Brandstiftung, erfüllt. Insbesondere hat das SchwG mit Recht die von „Wermuth-Brüdern", „Stadtstreichern" und ähnlichen Leuten seit vielen Jahren regelmäßig zum Übernachten benutzte Scheune als „eine Räumlichkeit, welche zeit-
2 weise zum Aufenthalt von Menschen dient" (§ 306 Nr. 3), angesehen. Die Frage, ob eine Scheune **[62]** überhaupt eine Räumlichkeit in diesem Sinne sein kann, ist allerdings bisher nicht einheitlich beantwortet worden (vgl. dazu BayObLG NJW 67, 2417). RGSt. 69, 148/150 hat sie verneint. Es hat auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift, insbesondere auf § 285 PreußStGB zurückgegriffen und aus dem Umstand, daß dort Scheunen und Stallungen nicht als Beispiele genannt waren, die Folgerung gezogen, § 306 Nr. 3 StGB habe nur solche Räumlichkeiten besonders schützen wollen, die zum Aufenthalt von Menschen „bestimmt" seien. Die Bestimmung einer Scheune sei aber die Aufnahme von Getreide und Futter und nicht der Aufenthalt von Menschen, auch wenn diese sie zu einzelnen Verrichtungen zu betreten pflegen. Dieser Auffassung kann sich der Senat indessen nicht anschließen. Der Gesetzgeber spricht in § 306 Nr. 3 StGB – anders als in Nr. 1 dieser Vorschrift, die ein zu gottesdienstlichen Versammlungen „bestimmtes" Gebäude schützt – nicht von einer (zeitweise) zum Aufenthalt von Menschen „bestimmten" Räumlichkeit, sondern von einer Räumlichkeit, die zu einem solchen Aufenthalt „dient".
4 Die Eigenschaft einer Räumlichkeit, dem zeitweiligen Aufenthalt von Menschen zu „dienen", ist aber ein Merkmal tatsächlicher Art. Daß der Gesetzgeber in § 306 Nr. 3 allein auf den tatsächlichen Zustand abstellen wollte, wird noch dadurch unterstrichen, daß er die besondere Strafbarkeit zudem auf eine Zeit beschränkte, „während welcher Menschen in derselben (Räumlichkeit) sich aufzuhalten pflegen". Nicht die (eigentliche) Zweckbestimmung einer Räumlichkeit oder ihre Eignung sind also maßgebend, sondern ihre tatsächliche Verwendung (vgl. auch RGSt. 60, 136/7; BGHSt. 10, 208, 214; BayObLG aaO; Frank, 18. Aufl., § 306 Bem. I 3; Schönke-Schröder, 14. Aufl., § 306 Rdnr. 6, 8; Maurach, BT,
5 5. Aufl. 1969, S. 527). Nur diese Auslegung wird auch dem Schutzzweck der Vorschrift und ihrer besonderen Strafandrohung gerecht. Für die Frage, ob eine Scheune zum zeitweiligen Aufenthalt von Menschen dient, kommt es deshalb allein darauf an, ob sie auch zu diesem Zweck verwendet, d. h. hier mit einer gewissen Regelmäßigkeit zum

E 6 Übernachten benutzt wird. Das war nach den Feststellungen **[63]** hier der Fall. Ob diese Vorschrift auch dann zur Anwendung kommen würde, wenn eine sonst nur zur Aufbewahrung von Getreide und Maschinen verwendete Scheune bei Gelegenheit des Futterholens in Brand gesetzt wird, braucht der Senat nicht zu entscheiden.

7 Bedenken begegnet das Urteil jedoch zur inneren Tatseite. Zur Inbrandsetzung der Scheune als Räumlichkeit i. S. des § 306 Nr. 3 und damit zu einer Bestrafung wegen schwerer Brandstiftung gegebenenfalls mit der straferschwerenden Folge aus § 307 Nr. 1 gehört, daß einer ihrer wesentlichen Bestandteile, etwa das Tor, eine Wandung oder tragende Balken derart vom Feuer erfaßt werden, daß sie ohne das Fortwirken des Zünd-
8 stoffes selbständig weiterbrennen können (vgl. *BGHSt.* 7, 37/8; 18, 363 ff). Werden dagegen nur die im Inneren aufbewahrten landwirtschaftlichen Erzeugnisse in Brand gesetzt, ohne daß wesentliche Bestandteile der Scheune selbst angegriffen werden sollen, kommt nur eine Bestrafung wegen einfacher Brandstiftung nach § 308 und gegebenenfalls wegen fahrlässiger Tötung in Betracht (vgl. OLG Braunschweig, NdsRpfl. 63, 138; BGHSt.
9 16, 109/110). Da der A nur das Stroh und nicht einen Bestandteil der Scheune selbst angezündet hat, hat er nur dann i. S. des § 306 Nr. 3 vorsätzlich gehandelt, wenn er zumindest mit der Möglichkeit gerechnet hat, daß der von ihm gelegte Brand bei ungestörter Fortentwicklung auf wesentliche Bestandteile der Scheune übergreifen könne und wenn
10 er einen solchen Erfolg auch innerlich gebilligt hat (vgl. BGHSt. 18, 363/6). Hatte er einen solchen – bedingten – Vorsatz, dann steht es seiner Bestrafung aus §§ 306 Nr. 3, 307 Nr. 1 nicht entgegen, wenn er den anderen nur einen Schreck hat einjagen wollen und (irrtümlich) angenommen hat, er werde des Feuers trotz des Anbrennens wesentlicher Bestand-
11 teile schon wieder Herr werden (RG JW 30, 835). Hat er dagegen, etwa aus einer augenblicklichen Verärgerung heraus oder aus Übermut, nur das Stroh in Brand setzen und es alsbald wieder löschen wollen und nicht an die Möglichkeit gedacht, daß er das nicht rechtzeitig, d. h. vor dem Übergreifen auf wesentliche Bestandteile der Scheune schaffen werde oder hat er einen solchen **[64]** zwar als möglich vorausgesehenen Erfolg jedenfalls innerlich nicht gebilligt, kann er nur nach den §§ 308, 222 bestraft werden. Ob sich das SchwurG dieser Rechtslage bewußt gewesen ist, lassen die Urteilsgründe nicht mit hinreichender Deutlichkeit erkennen ... Dieser Mangel des Urteils zwingt zu dessen Aufhebung und zur Zurückverweisung der Sache.

12 **[NJW 1969, 1863]** Für die neue Verhandlung und Entscheidung sei noch folgendes bemerkt: Nach den bisherigen Feststellungen ist zugunsten des A nicht auszuschließen, daß er sich um die Rettung von HB ernstlich bemüht und damit auch Erfolg gehabt hätte, wenn ihm G und B nicht zugerufen hätten, sie hätten, „den Opa (Spitzname HBs) weglaufen sehen". Ein solches, für den Tod mitursächliches fremdes Verhalten liegt zwar nicht so außerhalb der gewöhnlichen Erfahrung, daß es für den A bei der nach den Umständen gebotenen und ihm nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten zumutbaren sorgfältigen Überlegungen nicht voraussehbar gewesen wäre (vgl. BGHSt. 3, 62/3/4; 12, 75/7/8; RGSt 56, 343/350). Es könnte jedoch seine Schuld mindern."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Bevor auf die im Mittelpunkt dieses Falles stehenden *Brandstiftungs*probleme einzugehen ist (II), empfiehlt sich zunächst eine Standortbestimmung ihm Rahmen der sog. *gemeingefährlichen* Delikte (I).

1 **I. Gemeingefährliche Delikte – Sonstige Gefährdungstatbestände.**
Die gesetzliche Bezeichnung der im 27. Abschnitt des StGB zusammengefaßten Tatbestände als „gemeingefährliche Straftaten" (§§ 306–323 c) ist historisch bedingt und heute nur noch mit Vorbehalt richtig (vgl. Maurach BT[5] § 57 I). Je nach Objekt und Gefährdungsgrad sind vielmehr drei Arten von GefährdungsTBen zu unterscheiden:

2 1. Die Herbeiführung einer **Gemeingefahr** als Gefährdung einer *größeren und unbestimmten Zahl von Personen* oder erheblichen Sachwerten (S/S-Cramer 19 vor § 306) wird nur noch bei den Überschwemmungsdelikten (§§ 312–314) tatbestandlich vorausgesetzt. Für diese Art von Gefahr hielt es die „Repräsentationstheorie" für erforderlich, daß ein „zufälliger Repräsentant der Allgemeinheit" betroffen war (so BGHSt 11, 199/201 ff. zu § 315 a. F.).

3 2. Statt dessen stellt das Gesetz heute meist auf die Herbeiführung einer *konkreten Individualgefahr* ab: so vor allem bei den Explosions- und Strahlungstatbeständen (§§ 310 b–311 c) und seit 1964 auch bei den Verkehrsdelikten (§§ 315–315 c; vgl. ferner die §§ 318, 320, 323). Für diese **konkreten Gefährdungsdelikte** ist charakteristisch, daß die konkrete Gefährdung eines bestimmten Einzelnen erforderlich ist, aber auch genügt: weder braucht also der Betroffene „Repräsentant der Allgemeinheit" (vgl. A 2) noch muß die Handlungsweise typischerweise gefährlich sein.

4 Vgl. aber auch den *Fremdfahrzeug-Fall* **BGHSt 27, 40,** wonach es für die Gefährdung „fremder Sachen von bedeutendem Wert" nach § 315 c I nicht genüge, daß der Täter

A 4 lediglich das von ihm selbst geführte, wenngleich einem anderen gehörende Fahrzeug gefährdet; denn nach wie vor seien die StraßenverkehrsTBe zum Schutz der Allgemeinheit bestimmt. Demzufolge scheide § 315c von vorneherein aus, **[43]** „wenn der Täter bei der Teilnahme am Straßenverkehr nur sich selbst und sein eigenes Fahrzeug gefährdet. Die Sicherheit des Straßenverkehrs wird aber ebensowenig in Mitleidenschaft gezogen, wenn der Täter bei seiner Fahrt, was häufig vom Zufall abhängen wird (vgl. BGHSt 11, 148/150), ein ihm nicht gehörendes Fahrzeug benutzt und nur dieses in Gefahr bringt". Dem ist zwar im Ergebnis, nicht aber in solcher Verabsolutierung des Allgemeinheitsschutzes zuzustimmen (vgl. Verkehrsrowdy-Fall Nr. 11 A 2, 23, 26f., ferner Anm. Rüth JR 1977, 432).

5 3. Demgegenüber kommt es bei den **abstrakten Gefährdungsdelikten** einerseits weder auf die Zahl noch die Unbestimmtheit der gefährdeten Personen noch andererseits auf den Nachweis einer konkreten Gefahr an: Entscheidend ist vielmehr die *generelle Gefährlichkeit* der tatbestandlich umschriebenen Handlungsweise (vgl. S/S-Cramer 3 vor § 306 m.w.N.). Dazu gehören neben bestimmten verkehrsgefährdenden Verhaltensweisen (§§ 316, 316a, 316c) und dem Vollrausch (§ 323a; bisher § 330a) im Grundsatz auch die hier in Frage stehenden Brandstiftungsdelikte (§§ 306–310a). Allerdings sind bei den Einzeltatbeständen folgende Gefährdungsunterschiede zu beachten:

6 a) Um *rein abstrakte* Gefährdung handelt es sich lediglich bei der *schweren Brandstiftung* (**§ 306**) bzw. ihrer fahrlässigen Herbeiführung (**§ 309**). Außerdem wird durch § 307 Nr. 3 die strafverschärfende Gefährdung durch Beiseiteschaffen von Löschgerätschaften erfaßt. Bei den übrigen Strafschärfungsgründen des § 307 handelt es sich um bloße Erfolgsqualifizierungen (Nr. 1) bzw. verwerfliche Absichten (Nr. 2).

7 b) Demgegenüber enthält die sog. *einfache Brandstiftung* (**§ 308**) völlig verschiedenartige TB-Alternativen:

8 – Beim Inbrandsetzen *fremder* Sachen (§ 308 **1. Alt.**) handelt es sich um einen Spezialfall der *Sachbeschädigung* (Maurach BT[5] § 57 II B 1) und damit um ein Eigentumsdelikt. Entsprechendes gilt für die *Gefährdung* fremder Sachen (**2. Alt. 2. Fall**).

9 – Dagegen liegt im Inbrandsetzen *eigener* Sachen, von denen jedoch das Feuer auf Objekte i.S. von § 306 übergreifen kann (**2. Alt. 1. Fall**), ein *gemeingefährliches* Delikt (S/S-Cramer § 308 Rn. 1).

10 c) Wieder anders das Herbeiführen einer Brandgefahr (**§ 310a**), das den *konkreten* Gefährdungsdelikten (A 3) nahesteht (Wolff LK § 310a Rn. 1).

11 Was ergibt sich daraus für das **Verhältnis der BrandstiftungsTBe untereinander?** Angesichts ihrer verschiedenartigen Struktur und Zielsetzung kann nicht etwa die einfache Brandstiftung (§ 308) als GrundTB mit Abwandlungen verstanden werden. Vielmehr handelt es sich, sieht man von der Qualifizierung des § 306 durch § 307 und der subsidiären Fahrlässigkeitshaftung nach § 309 einmal ab, um jeweils *selbständige* Tatbestände, die durchwegs in Idealkonkurrenz miteinander stehen können (vgl. im einzelnen S/S-Cramer § 308 Rn. 18ff., § 309 Rn. 6, § 310a Rn. 7f. sowie unten A 46).

12 **II. Schwere und besonders schwere Brandstiftung** (§§ 306, 307).

Eine solche lag hier deshalb nahe, weil durch Inbrandsetzung einer zur Tatzeit bewohnten Räumlichkeit ein Mensch den Tod fand. **§ 306** als GrundTB setzt im wesentlichen folgendes voraus:

13 1. a) Als **Schutzobjekt** eine bestimmte **Räumlichkeit,** die nach Bestimmung oder tatsächlichem Gebrauch Menschen zum Aufenthaltsort dient, so daß diese durch einen Brand gefährdet werden können. Der abschließende Katalog nennt drei Arten von Räumlichkeiten:

14 – Nach **Nr. 1** ein zu *gottesdienstlichen* Versammlungen *bestimmtes* Gebäude. Da es allein auf die Zweckbestimmung ankommt, ist die tatsächliche Verwendung unerheblich. Vgl. auch die Parallele in § 243 I Nr. 4 (StrafR IV Nr. 7 A 34).

15 – Nach **Nr. 2** ein *zur Wohnung* von Menschen *dienendes* Gebäude, Schiff oder Hütte. Dafür kommt es nicht auf die Zweckbestimmung oder generelle Geeignetheit, sondern allein auf die *tatsächliche Verwendung* als Wohnung an. Deshalb scheiden leerstehende Wohnhäuser oder noch unbezogene Neubauten aus, während umgekehrt vorübergehende Abwesenheit unerheblich ist, solange die Bewohner die Wohnung nicht aufgegeben haben (vgl. Hotelbrand-Fall BGHSt 26, 121/2: unten A 18, 21). – Warum kam danach hier nicht bereits diese Nr. 2 in Betracht? Weil die Scheune nicht als Wohnung, sondern nur zum gelegentlichen Übernachten benutzt wurde. Statt dessen kam in Frage:

A 16 – Nach Nr. 3 eine *zeitweise zum Aufenthalt* von Menschen *dienende Räumlichkeit,* sofern sich zur Brandstiftungszeit Menschen darin aufzuhalten pflegen. Daß dazu neben Büroräumen, Werkstätten, Wohnwagen oder Bussen auch Scheunen gehören können (E 1), wurde vom BGH entgegen dem RG (E 2) zutreffend bejaht (E 3), da es lediglich auf die tatsächliche Verwendung als zeitweiliger Aufenthaltsort ankommt (E 4). Jedoch ist dabei eine wesentliche Einschränkung gegenüber Nr. 2 zu beachten: Während dort die Tatzeit unerheblich ist, muß hier die Brandstiftung zu einem *Zeitpunkt* begangen werden, zu dem sich Menschen in der Räumlichkeit *aufzuhalten pflegen.* Daran hätte es hier gefehlt, wenn A etwa zur Mittagszeit, zu der die Tippelbrüder gewöhnlich unterwegs waren, mit dem Feuer gespielt hätte. Hier aber war die Nachtzeit gerade die übliche Aufenthaltszeit und damit tatbestandlich in Betracht kommende Tatzeit.

17 b) Strittig aber ist ein Gefährdungsaspekt: Inwieweit soll dem Täter bei Inbrandsetzen einer der vorgenannten Räumlichkeiten der **Gegenbeweis der Ungefährlichkeit** ermöglicht werden? Diese Frage stellt sich überall dort, wo sich der Täter vor der Brandstiftung vergewissert hat, daß sich keine Menschen in der Räumlichkeit befinden.

18 Instruktiv dazu der *Hotelbrand-Fall* **BGHSt 26, 121,** wo Hotelbesitzer A während den für die Brandstiftung vorgesehenen Betriebsferien mit seiner Familie in Urlaub fuhr, seinen zurückgebliebenen Vater und Bruder unter einem Vorwand in ein anderes Haus umquartierte und zudem mit dem gedungenen Brandstifter B verabredete, daß dieser sich vor Tatbegehung durch einen Rundgang vergewissere, daß sich niemand mehr im Hotel befände.

19 – Nach einer starken Mindermeinung ist unter *Zulassung* des Ungefährlichkeitsbeweises § 306 zu verneinen, wenn die vom Gesetz vorausgesetzte Gefährdung nicht eintreten könne (so namentlich Schröder ZStW 81, 7/16ff.; vgl. ferner Baumann § 12 II 2b γ, Brehm JuS 1976, 22, Armin Kaufmann JZ 1963, 425/432, Otto II § 79 I, Rudolphi Maurach-FS S. 51/59f.).

20 – Demgegenüber will die h.L. den Gegenbeweis konkreter Ungefährlichkeit *nicht zulassen,* weil damit § 306 den Charakter eines abstrakten Gefährdungsdelikts verliere (so Blei II § 86 III 1a bb, JA 1975, 797f., 1976, 99, D-Tröndle § 306 Rn. 1, Lackner § 306 Anm. 1, Maurach BT[5] § 57 II C).

21 – In letzterem Sinne grundsätzlich auch der BGH im *Hotelbrand-Fall* (A 18), aber immerhin mit *einschränkender* Tendenz:

[123] „Rechtlich bedeutungslos ist der Umstand, daß sich zur Tatzeit offenbar keine Menschen in dem Gebäude aufgehalten haben. § 306 Nr. 2 ist ein sog. abstraktes Gefährdungsdelikt (RGSt 23, 102/3; 60, 136/7; OGHSt 1, 244/5). Als solches stellt es ein Tun unter Strafe, das typischerweise das Leben von Bewohnern und anderen gefährdet, die durch mannigfaltige unmittelbare und mittelbare Beziehungen zu den Bewohnern oder zu dem Gebäude veranlaßt werden, diese aufzusuchen. Zahl und Art dieser Beziehungen sind in der Regel unübersehbar. Sie umfassen die nach dem Rechten sehende Nachbarin ebenso wie Gäste, ja sogar den widerrechtlich eingedrungenen Dieb oder den Landstreicher, der gerade die leerstehende Wohnung als Unterschlupf benutzen will. Durch die Ausgestaltung des § 306 Nr. 2 als abstraktes Gefährdungsdelikt sollten derartige Mittelpunkte menschlichen Lebens absolut geschützt werden, ohne daß es auf die Prüfung im Einzelfall ankommen sollte, ob das geschützte Rechtsgut tatsächlich (konkret) gefährdet wurde ..." **[124]** Einer näheren Erörterung und abschließenden Stellungnahme [zur Gegenauffassung A 19] bedürfe es hier nicht. „Voraussetzung für die Nichtanwendung des § 306 Nr. 2 in derartigen Fällen wäre jedenfalls ..., daß eine Gefährdung von Menschenleben nach der tatsächlichen Lage absolut ausgeschlossen ist **[125].** Der Täter muß sich also durch absolut zuverlässige lückenlose Maßnahmen vergewissert haben, daß die durch § 306 Nr. 2 verbotene Gefährdung mit Sicherheit nicht eintreten kann. Das ist aber nur bei kleinen, insbes. bei einräumigen Hütten oder Häuschen möglich, bei denen auf einen Blick übersehbar ist, daß sich Menschen dort nicht aufhalten können (vgl. auch BGHSt 16, 396; 10, 208/213ff.). Bei größeren Objekten dagegen, wie etwa bei dem hier zu beurteilenden 3-stöckigen Hotel, ist dies unmöglich. Bei ihnen ist weder durch eine – vorübergehende – Räumung des Gebäudes noch durch einen Rundgang unmittelbar vor der Tat gewährleistet, daß Menschenleben nicht gefährdet werden".

22 Was ist daraus zu entnehmen? Zwar ist im Grundsatz an der abstrakten Gefährlichkeit festzuhalten. Doch kann diese dort verneint werden, wo eine Gefährdung von Menschenleben absolut ausgeschlossen ist. Praktisch in Betracht kommt dies aber nur bei kleinen, auf einen einzigen Blick überschaubaren Räumlichkeiten, nicht dagegen bei einem Hotel. Diese Einschränkung abstrakter Gefährlichkeitshaftung erscheint jedenfalls diskutabel (wohl ebenso Wessels II/1 § 21 II 1; vgl. auch S/S-Cramer § 306 Rn. 2).

A 23 c) *Unerheblich* sind die **Eigentumsverhältnisse** an der Räumlichkeit; denn § 306 will weniger den betroffenen Eigentümer als vielmehr vor unkalkulierbaren Personengefährdungen bei Brandstiftung schützen (A 13). Deshalb kommt § 306 auch bei Inbrandsetzung des eigenen Hauses in Betracht (vgl. Alleinbewohner-Fall RGSt 60, 136/7). Demzufolge wäre hier § 306 Nr. 3 auch dann nicht ausgeschlossen, wenn der Bauer mit dem Abbrennen der Scheune einverstanden gewesen wäre (vgl. auch Stallbrand-Fall RGSt 64, 273).

24 2. Die **Tathandlung** liegt im **Inbrandsetzen** der geschützten Räumlichkeit. Dafür genügt weder das Entzünden des Brennstoffes noch das Brennen von Inventar. Erforderlich, aber auch ausreichend ist vielmehr, daß der Raum derart vom Feuer ergriffen ist, daß er *selbständig weiterbrennen kann.*

25 Instruktiv dazu der *Lattentür-Fall* **BGHSt 18, 363,** wo die A die Sackleinwandverkleidung einer Lattentür in Brand setzte, aber noch vor Übergreifen des Feuers von der Lattentür auf den Kellerraum des Mehrfamilienhauses mit der Hilfe ihres herbeigerufenen Ehemannes den Brand wiederum löschte. Gegen die Annahme vollendeter Brandstiftung führt der BGH aus: **[364]** Nach st. Rspr. „ist ein Gebäude in Brand gesetzt, wenn es vom Feuer in einer Weise erfaßt wird, die ein Fortbrennen aus eigener Kraft ermöglicht (RGSt 64, 273; 71, 193; BGHSt 7, 37). Damit ist jedoch nicht gesagt, daß für den Begriff des Inbrandsetzens stets das selbständige Weiterbrennen irgendeines Gebäudeteils genüge ..." **[365]** Dies wird in RG GA Bd. 39, 442 und JW 1931, 3281 dahin verdeutlicht, „ein Gebäude sei in Brand gesetzt", wenn einem nicht völlig unwesentlichen Bestandteil das Feuer durch den Zündstoff derart mitgeteilt sei, daß ein *Fortbrennen und Niederbrennen des ganzen Gebäudes möglich* werde." ... Dies lasse die Annahme zu, „ein Inbrandsetzen liege jedenfalls dann nicht vor, wenn nur die Vernichtung eines unbedeutenden Teils des im Gesetz bezeichneten Gegenstandes drohe" ... Der erk. Senat ist allerdings nicht der Meinung, „daß ein Niederbrennen des ganzen Gebäudes möglich sein muß. Er hält es vielmehr für ausreichend, daß der Brand sich auf Teile des Gebäudes ausbreiten kann, die für dessen bestimmungsgemäßen **[366]** Gebrauch von wesentlicher Bedeutung sind, wie etwa die Treppe, der Fußboden oder Wohnungstüren und -fenster. Auch wird im Einzelfall von dem Inbrandsetzen eines Gebäudes schon dann gesprochen werden können, wenn das Feuer mehrere Teile erfassen kann, die jeder für sich im Verhältnis zum ganzen Gebäude nur von untergeordneter Bedeutung sind. Wird hiergegen nur *ein* solcher Teil angezündet und droht nur seine Vernichtung, so genügt das nicht. Es kommt dann lediglich eine Bestrafung wegen Sachbeschädigung in Betracht". Demzufolge wurde im Lattentür-Fall Vollendung verneint und die Annahme von Versuch von der (noch aufklärungsbedürftigen) Voraussetzung abhängig gemacht, daß die A „wenigstens – i. S. bedingten Vorsatzes – damit rechnete, der von ihr gelegte Brand könnte bei ungestörter Fortentwicklung von der Kellertür auf andere Teile des Gebäudes übergreifen".

26 Inwieweit ist durch **Unterlassen** Brandstiftung möglich? Sofern nach allgemeinen Garantengrundsätzen eine Pflicht zur Verhütung des Brandes besteht. Dies kommt aufgrund Ingerenz insbes. bei sorgfaltswidriger Inbrandsetzung eines Gebäudes in Betracht (vgl. RGSt 60, 77). Ob dagegen eine Brandlöschungspflicht schon aus dem Versicherungsvertrag hergeleitet werden kann (so RGSt 64, 273/7 im Stallbrand-Fall, D-Tröndle § 306 Rn. 6), Lackner § 306 Anm. 2b, erscheint wegen des andersartigen Schutzzwecks der versicherungsrechtlichen Obliegenheit zumindest zweifelhaft (vgl. S/S-Stree § 13 Rn. 14).

27 Was ergibt sich daraus für den *vorliegenden* Fall? Wäre es dem A gelungen, das brennende Stroh noch vor Übergreifen des Feuers auf das Gebälk der Scheune zu löschen, so würde es schon mangels Inbrandsetzen der Räumlichkeit als solcher am objektiven Tatbestand des § 306 Nr. 3 fehlen. Da die Scheune jedoch völlig niederbrannte, hat die StrK die *objektive* TB-Verwirklichung zu Recht bejaht (E 1), wobei die Brandstiftung bereits zu dem Zeitpunkt *vollendet* war, als wesentliche Teile der Scheune (Fußboden, Gebälk oder Dach) selbständig weiterbrennen konnten. Fraglich ist jedoch die innere Tatseite; denn:

28 3. In **subjektiver** Hinsicht ist **Vorsatz** erforderlich. Dafür ist nicht nur das Wissen um die Zweckbestimmung (Nr. 1) bzw. tatsächliche Verwendung der Räumlichkeit als Wohnung (Nr. 2) bzw. als zeitweiliger Aufenthaltsort (Nr. 3) erforderlich, sondern daß beim Inbrandsetzen des Raumes auch sein selbständiges Weiterbrennen in Kauf genommen wird (E 5). Dies erschien hier dem BGH deshalb zweifelhaft, weil A – trotz seines Ausrufes „Dann steck' ich die Scheune an" – offenbar nur das Stroh in Brand setzen wollte (E 6, 8). Deshalb wäre ihm noch nachzuweisen, daß er auch das Übergreifen des Feuers auf das Gebäude in Kauf nahm (E 7). Diesen Beweis sah der BGH noch nicht

A 28 mit hinreichender Sicherheit erbracht, so daß das Urteil zwecks weiterer Aufklärung aufzuheben und zurückzuweisen war (E 8). Gesetzt den Fall, daß dies in der neuen Verhandlung gelingt, kommt hier ferner in Betracht:

29 **4. Qualifizierung** als **„besonders schwere Brandstiftung"** (§ 307). Das Gesetz nennt abschließend drei Fälle:

30 **Nr. 1:** Verursachung des **Todes** eines in der Räumlichkeit befindlichen Menschen durch den Brand (vgl. Benzin-Fall in Nr. 8 A 24):

31 a) Dafür ist in objektiver Hinsicht *Kausalität* zwischen Brand und Tod erforderlich. Das ist unzweifelhaft, wenn (wie hier) ein Mensch im Feuer umkommt. Wie aber, wenn er durch herabfallende Balken erschlagen wird oder beim Herausspringen aus dem Fenster den Tod findet? Während eine (wohl zutreffende) Mindermeinung jede Art von Kausalität zwischen Brandstiftung und Tod genügen läßt (S/S-Cramer § 307 Rn. 5, ebenso jetzt D-Tröndle § 307 Rn. 3), will die h.M. diese Qualifizierung dort ausschließen, wo der Tod nicht erst infolge des Gebäudebrandes, sondern bereits bei Entzünden des Brennstoffes eintritt: so – im Widerspruch zu BGHSt 7, 37 – BGHSt 20, 230 im Benzin-Fall [bei Nr. 8 A 24]; ebenso Lackner § 307 Anm. 2a).

32 b) Subjektiv genügt *Fahrlässigkeit,* da es sich um eine bloße *Erfolgsqualifizierung* i.S. von § 18 handelt (allg. dazu Augapfel-Fall Nr. 8 A 16ff). Deshalb braucht der Brandstifter nicht positiv zu wissen, daß sich ein Mensch im Gebäude befindet (vgl. Brandwunden-Fall BGHSt 7, 37/9). Zumindest muß er aber dies nach allgemeinen Fahrlässigkeitsgrundsätzen voraussehen können (dazu StrafR II Nr. 23). Dies hielt hier der BGH trotz Nachfrage des S, ob HB noch in der Scheune sei, für möglich (E 9). Daher wäre A bei Bejahung des Brandstiftungsvorsatzes (A 28) strafverschärft auch nach § 307 Nr. 1 strafbar.

33 **Nr. 2:** Diese **Absichtsqualifikation** muß auf die Ausnutzung des Brandes zur Begehung eines der abschließend aufgeführten Verbrechen gerichtet sein. Das ist nicht nur dort der Fall, wo die durch den Brand geschaffene Lage zur Begehung der Anschlußtat ausgenutzt (so Lackner § 307 Nr. 2b), sondern auch da, wo die Brandstiftung selbst tateinheitlich als Mordmittel eingesetzt wird (vgl. Zimmerbrand-Fall BGHSt 20, 246, Wolff LK § 307 Rn. 5 m.w.N.).

34 **Nr. 3:** Für diese **gefährdungssteigernde** Qualifikation genügt neben der Außerfunktionsetzung der Löschgeräte auch schon das Abstellen des Wassers (S/S-Cramer § 307 Rn. 10).

35 *Zwischenergebnis* für den vorliegenden Fall? Ist dem A nachzuweisen, daß er das Übergreifen des Feuers von dem vorsätzlich angezündeten Stroh auf die Scheune zumindest bedingt in Kauf genommen hat, so ist er nach § 306 Nr. 3 (A 27f) und wegen des dadurch fahrlässig verursachten Todes des HB qualifiziert nach § 307 Nr. 1, § 18 strafbar (A 30). Läßt sich dagegen der Vorsatznachweis hinsichtlich des Scheunenbrandes nicht führen, so ist mit Wegfall des § 306 Nr. 3 auch dem § 307 die Grundlage entzogen. Statt dessen hat der BGH in Betracht gezogen:

36 **III. Sog. einfache Brandstiftung (§ 308).**
Welche ihrer beiden Hauptalternativen (A 7–9) ist hier verwirklicht?

37 1. Für die 1. TB-Alternative: **Sachbeschädigung mittels Inbrandsetzung,** ist dreierlei erforderlich:

38 a) Als **Schutzobjekt** kommen vor allem *Räumlichkeiten* in Betracht, soweit sie nicht bereits durch § 306 erfaßt sind, ferner u.a. öffentlich gelagerte *Warenvorräte* oder landwirtschaftliche *Erzeugnisse.* Zu letzteren rechnet auch das (wie hier) für das Vieh vorrätig gehaltene Stroh.

39 b) Das Schutzobjekt muß für den Täter **fremd** sein. Andernfalls kommt nur die 2. TB-Alt. (A 42) in Betracht. Gleiches gilt für den Fall, daß der betroffene Eigentümer in die Brandstiftung *einwilligt;* denn da es hier allein um Eigentumsschutz geht (A 8), kommt der Einwilligung des Eigentümers rechtfertigende Wirkung zu (vgl. RGSt 11, 345; 12, 138; Wessels II/1 § 21 III). Eine solche Einwilligung des Bauern ist hier nicht ersichtlich.

40 c) Für die Tathandlung genügt das **Inbrandsetzen** des Tatobjekts in der Weise, daß es selbständig weiterbrennen kann (A 24f). Auch das war hier der Fall, wie die vergeblichen Löschungsbemühungen des A zeigen.

41 d) Auch der **subjektive** Tatbestand der 1. Alt. ist erfüllt, da jedenfalls das Stroh **vorsätzlich** in Brand gesetzt wurde (E 6, 8).

A 42 2. a) Für die 2. TB-Alternative: **gemeingefährliche Brandstiftung** sind die *Eigentumsverhältnisse unerheblich* – trotz des scheinbar gegenteiligen Wortlauts; denn von ihrem Schutzzweck her (A 9) muß diese TB-Alternative auch dort zum Zuge kommen, wo herrenlose Sachen oder fremde Sachen mit Zustimmung ihres Eigentümers in Brand gesetzt werden (vgl. OLG Celle Nds Rpfl. 1952, 57, S/S-Cramer § 308 Rn. 13, aber auch/Wessels II/1 § 21 III). Demzufolge käme hier diese TB-Alt. in Betracht, wenn der Bauer mit dem Anzünden des Strohs einverstanden gewesen wäre.

43 b) An die Stelle der Eigentumsverhältnisse tritt das **Gefährdungserfordernis**: Die Inbrandsetzung der (nicht fremden) Sache muß nach Beschaffenheit und Lage geeignet sein, das Feuer auf eine Räumlichkeit i.S. von § 306 (A 13ff) oder ein fremdes Schutzobjekt i.S. der 1. TB-Alternative (A 37) mitzuteilen.

44 c) Der **Vorsatz** muß sich insbes. auch auf die Gefährdung erstrecken.

45 3. *Zwischenergebnis* für den vorliegenden Fall? Jedenfalls ist die 1. TB-Alternative erfüllt, da A für ihn fremde landwirtschaftliche Vorräte vorsätzlich in Brand gesetzt hat (A 41). Für die 2. TB-Alternative wäre hier nur dann Raum, wenn der geschädigte Bauer mit dem Verbrennen des Strohs einverstanden gewesen wäre (A 39, 42). Feststellungsbedürftig bleibt aber dann noch der *Gefährdungs*vorsatz, der allerdings nicht schon mit Verneinung eines *Gebäudebrandstiftungs*vorsatzes ausgeschlossen ist; denn für § 308 genügt bereits, daß der Täter die Geeignetheit des Feuers, sich auf das Gebäude auszubreiten, in Kauf nimmt (S/S-Cramer § 308 Rn. 15). Im übrigen hat der BGH nur noch **§ 222** (Tod des M) in Erwägung gezogen (E 6, 8). Aber: ist damit die Brandstiftungsproblematik voll erschöpft? Zu bedenken bleibt noch:

46 **IV. Fahrlässige Brandstiftung (§ 309).**

1. Damit wird sowohl die fahrlässige Inbrandsetzung von **Räumlichkeiten i.S.v. § 306** (A 13ff) als auch von **Schutzobjekten i.S.v. § 308** (A 38) unter Strafe gestellt. Dies ist bedeutsam gerade auch für Fälle wie dem vorliegenden, wo lediglich für die Inbrandsetzung von Warenvorräten i.S.v. § 308 Vorsatz nachweisbar ist, im Hinblick auf das tatsächliche Übergreifen des Feuers auf eine Räumlichkeit i.S.v. § 306 hingegen nur Fahrlässigkeit. Daß der dadurch verwirklichte § 309 sowohl im Schuldgrad wie in seiner Strafdrohung hinter dem gleichzeitig verwirklichten § 308 zurückbleibt, steht der Annahme von *Idealkonkurrenz* zwischen beiden Tatbeständen nicht entgegen, da es sich um unterschiedliche Schutzgüter handelt: bei § 308 lediglich das Stroh als landwirtschaftliches Erzeugnis, bei § 309 die Scheune als Räumlichkeit i.S.v. § 306 (vgl. Wessels II/1 § 21 IV).

47 2. Zudem ist durch § 309 2. Alt. auch der Tod des HB als **Erfolgsqualifizierung** erfaßbar. Auch insoweit genügt Fahrlässigkeit (§ 18; vgl. A 32).

48 **Ergebnis** für den vorliegenden Fall? Bei Verneinung des Scheunenbrandvorsatzes (A 28) kommt entgegen dem BGH nicht nur § 308 1. Alt. (vorsätzliche Inbrandsetzung des Strohs) in Tateinheit mit § 222 (Tötung des M) in Betracht (so E 6, 8), sondern auch Tateinheit mit § 309 (fahrlässige Inbrandsetzung der Scheune), wobei durch die Erfolgsqualifizierung des § 309 (Tod des M) der § 222 als subsidiär verdrängt wird (ebenso Wessels II/1 § 21 IV 2). Ist dem A aufgrund der neuen Verhandlung nachzuweisen, daß er das Inbrandgeraten der Scheune zumindest bedingt in Kauf genommen hat, so kommen anstelle von § 309 die §§ 306 Nr. 2, 307 Nr. 1 zum Zuge, wobei wiederum § 308 1. Alt. tateinheitlich hinzutritt (Schutzgut Eigentum: vgl. S/S-Cramer § 308 Rn. 19) und § 222 durch § 307 Nr. 1 verdrängt wird. – Erörternswert erscheint aber auch noch folgende Frage:

49 **V. Rücktrittsprobleme bei Brandstiftung.**

Frage: Inwieweit könnte von Bedeutung sein, daß sich A um Löschung des Brandes bemüht hat? Könnte ihm § 310 zugute kommen? Worin liegt dessen besondere Funktion im Vergleich zu § 24?

50 1. Solange ein BrandstiftungsTB **noch nicht vollendet** ist, kann davon bereits nach **§ 24** zurückgetreten werden. Hätte etwa A die Scheune niederbrennen wollen, sich aber nach Anzünden des Strohs eines Besseren besonnen und den Brand noch vor Übergreifen auf das Scheunengebälk freiwillig und erfolgreich zum Erlöschen gebracht, so wäre er damit vom Versuch des § 306 gemäß § 24 I S. 1 2. Alt. strafbefreiend zurückgetreten. Davon unberührt bleiben aber bereits vollendete Delikte (vgl. StrafR II Nr. 32 A 13, 60, S/S-Eser § 24 Rn. 73ff.), wie etwa hier der § 308 1. Alt. durch Inbrandsetzen des Strohs. Statt dessen bleibt noch ein anderer Rücktrittsweg; denn:

A 51 2. Selbst wenn der BrandstiftungsTB **bereits vollendet** ist, kann der Brandstifter bei Abwendung weiteren Schadens nach § 310 Straffreiheit erlangen. Ratio? Angesichts der weitgehenden Vorverlagerung des Vollendungszeitpunktes bei Brandstiftung soll dem Täter zwecks Verhinderung größeren Schadens ein Anreiz zu tätiger Reue gegeben werden. Vorausgesetzt ist ein dreifaches:

52 a) Der Brand darf bei Beginn des Löschungsbemühens noch *nicht* durch unbeteiligte Dritte *entdeckt* sein.

53 b) Es darf noch *kein weiterer* als der durch die Inbrandsetzung bewirkte *Schaden* entstanden sein, d.h. daß das Feuer noch nicht wesentlich über den Entzündungsort hinausgegriffen haben darf.

54 c) Der Täter muß den Brand *erfolgreich* gelöscht haben, wobei er sich auch der Hilfe Dritter bedienen kann.

55 Instruktiv dazu der *Heizofen-Fall* **OLG Hamburg NJW 1953, 117,** wo durch einen versehentlich nicht abgeschalteten Elektro-Ofen ein Schreibtisch in Brand geraten war und zu dem Zeitpunkt, in dem die von A herbeigerufene Feuerwehr mit dem Löschen begann, das Feuer bereits auf den Parkettfußboden, den Fensterrahmen und das Mobiliar übergegriffen hatte und so ein Gebäude- und Mobiliarschaden von insgesamt 7000 DM entstanden war. Da § 309 bei Alarmierung der Feuerwehr bereits vollendet war, hätte A allenfalls noch über § 310 Straffreiheit erlangen können. Doch auch diese wurde ihm vom AG unter Billigung des OLG versagt; denn: Zwar entspreche es st. Rspr., „daß sich der Täter beim Löschen des Brandes fremder Hilfe bedienen kann, sofern er den Brand entdeckt und die Hilfskräfte eingesetzt hat (RGSt 1, 375; 57, 296). Entscheidend für die Anwendbarkeit des § 310 ist daher, ob der Brand gelöscht worden ist, bevor ein ‚weiterer als der durch die Inbrandsetzung bewirkte Schaden entstanden war'. Nach der h.M. kommt es darauf an, ob das Feuer einen *erheblich* größeren Umfang gewonnen hat, als zum selbständigen Weiterbrennen erforderlich war (RGSt 57, 297ff.)" ... Einen derartigen weitergehenden Schaden habe das AG zu Recht bereits darin erblickt, daß außer dem Fußboden unter dem Heizofen auch Fensterrahmen, Wände und Decke des Raumes in Mitleidenschaft gezogen worden sind. Wenn demgegenüber in RGSt 57, 296 ein Übergreifen des Feuers auf den Nachbarraum noch für nicht ‚erheblich' angesehen worden sei, so sei es dabei der tatsächlichen Würdigung des Tatrichters gefolgt. Unzutreffend sei daher die Ansicht der Rev., „bei einem Gebäude müsse immer schon ein weiterer Raum außer demjenigen, in dem das Feuer entstanden sei, in Mitleidenschaft gezogen worden sein. Eine solche Folgerung kann weder aus der Rspr. noch aus dem Schrifttum gezogen werden".

56 Was folgt daraus für den vorliegenden Fall? Da es auf den Schadensgrad des jeweiligen TB ankommt, ist zu unterscheiden:

– Von § 306 bzw. § 309 hätte A solange strafbefreiend zurücktreten können, als das Scheunengebälk über seine Brandansatzstelle hinaus noch nicht erheblich beschädigt war.

– Von § 308 solange, als das Stroh noch nicht in vollem Umfang vom Feuer erfaßt war. Da hier jedoch das Löschen tatsächlich vergeblich war, ist für § 310 ohnehin kein Raum. Deshalb bleibt es bei dem schon bei A 48 festgestellten **Gesamtergebnis.**

57 **Schrifttum:** Allg. zu den **Gefährdungsdelikten,** insbes. zur **Brandstiftung:** *Blei* II §§ 85–88; *Krey* I Fall 86–87; *Maurach* BT[5] § 57; *Otto* II §§ 78, 79; *Welzel* § 67; *Wessels* II/1 § 21; ferner die Kommentare zu den §§ 306–314.

Speziell zu den **Gefährdungsdelikten:** *Blei,* Der Strafgrund der abstrakten Gefährdungsdelikte, JA 1975, 797f.; *Horn,* Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; *Schröder,* Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?, JZ 1967, 522; *Schünemann,* Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Gefährdungsdelikte, JA 1975, 435. Zur **Brandstiftung:** *Brehm,* Die ungefährliche Brandstiftung, JuS 1976, 22, *Klussmann,* Über das Verhältnis von fahrlässiger Brandstiftung und nachfolgender vorsätzlicher Brandstiftung durch Unterlassen, MDR 1974, 187.

Gesetzesregister

Die fettgedruckten Zahlen bezeichnen die Nr. des betreffenden Falles; E bezieht sich auf die Entscheidungsgründe, A auf die Problemvertiefung. Soweit nur auf die Fall-Nr. (ohne weiteren Zusatz) verwiesen ist, befaßt sich der Fall schwerpunktmäßig mit der betreffenden Vorschrift.

StGB (geltende Fassung)

§ 2 5 A 1
§ 9 10 A 27
§ 11 2 A 21; 9 A 46, 50; 13 A 20, 23; 16 A 12, 33, 52; 18 A 10ff
§ 12 1 A 20; 2 A 21; 6 A 44; 8 A 29
§ 13 3 A 41, 43, 47; 4 A 54f; 10 A 18
§ 15 2 A 38, 40
§ 16 2 A 51; 3 A 25; 5 A 52; 7 A 39; 10 A 55; 12 A 71f; 13 A 56
§ 17 5 A 54; 10 A 24; 12 A 71, 73; 13 A 59
§ 18 8 A 5, 16, 28; 9 A 1, 12, 45, 49ff; 11 A 56
§ 20 11 A 46
§ 22 4 A 39ff, 54ff; 8 A 23; 17 A 76
§ 23 1 A 20; 6 A 44; 8 A 29; 17 A 76
§ 24 17 A 63, 100, 102; 19 A 49f
§ 25 2 A 44
§ 26 1 A 11ff; 2 A 44; 3 A 20; 17 A 110f
§ 27 4 A 44; 16 A 49
§ 28 1 A 7ff, 11ff, 32, 35f; 2 A 56f; 6 A 43; 16 A 59; 18 A 5, 7, 9
§ 29 1 A 33; 2 A 44
§ 30 17 A 12, 111ff, 115
§ 32 13 A 75f
§ 34 3 A 11; 5 A 18, 41; 14 A 38; 15 A 42
§ 35 3 A 11; 17 A 15, 56
§ 44 11 A 16
§ 52 4 A 40f, 54; 9 A 59; 11 A 58; 17 A 98
§ 53 4 A 39f, 54; 5 A 4; 17 A 93, 97
§ 64 11 A 15
§§ 69–69b 11 A 17; 16 A 49
§ 77 6 A 29
§ 80 13 A 3
§ 80a 13 A 3
§§ 81–83a 13 A 7
§§ 84–92b 13 A 7
§§ 90, 90a, 90b 15 A 23e
§§ 93–101 13 A 6
§§ 102–104 13 A 6
§ 103 15 A 23e
§ 104a 9 A 48
§§ 105–108 12 A 17
§§ 105–108d 13 A 7
§ 109 6 A 13
§§ 109–109k 13 A 6
§ 111 13 A 10
§ 113 9 A 47, 49; 11 A 1, 49ff; 12 A 17; 13 A 1, 9, 18ff, 74, 76ff
§ 114 12 A 17; 13 A 9, 21b, 21c
§ 120 13 A 9; 18 A 1, 6, 20
§ 121 12 A 17; 13 A 9
§ 123 14 A 1ff, 6ff, 66, 77
§ 124 13 A 10; 14 A 6, 42
§ 125 12 A 17, 19; 13 A 10, 25, 73; 14 A 42
§ 125a 11 A 55; 13 A 10
§ 126–129a 13 A 10
§ 130 13 A 3
§ 130a 13 A 10
§ 131 13 A 10
§ 132 13 A 9
§§ 132a–136 13 A 11
§ 133 18 A 1
§ 138 16 A 7
§ 139 16 A 7
§ 140 13 A 10
§ 142 10 A 1, 35ff, 56; 11 A 1
§ 145 16 A 2
§ 145a 13 A 12; 16 A 6
§ 145c 13 A 12; 16 A 6
§ 145d 13 A 12; 16 A 1f, 6, 10ff, 33, 35f, 50f, 60
§§ 146–150 13 A 15
§ 153 17 A 1ff, 7f, 12, 17ff, 62, 64f, 67ff, 77ff, 108, 110ff
§ 154 17 A 1, 5f, 8f, 12, 17, 19, 54, 65, 72ff, 77ff, 108, 110ff, 115
§ 155 17 A 8, 66
§ 156 17 A 5f, 10, 12, 17, 19, 52, 112, 114
§ 157 17 A 1, 15, 54, 57ff, 77, 104ff
§ 158 16 A 27, 42; 17 A 1, 16, 63, 101ff
§ 159 17 A 11ff, 112ff
§ 160 17 A 6, 11, 13, 17, 54, 73, 116f
§ 163 17 A 9f, 42, 47, 72
§ 164 13 A 12; 16 A 3ff, 10, 28ff, 56, 60
§ 168 7 A 52
§ 174 12 A 55
§ 176 5 A 31; 12 A 55; 14 A 75, 77
§ 177 5 A 31; 9 A 44f; 12 A 16, 55
§ 178 5 A 31; 8 A 26; 12 A 16; 14 A 75
§ 179 5 A 31; 12 A 55
§§ 185–200 15
§ 185 7 A 8, 10; 14 A 76f; 15 A 7, 23, 23c, 24, 27f, 33, 38, 42, 56ff
§ 186 15 A 21, 23, 23b, 24, 26ff, 33, 38ff, 42, 45, 48, 53ff, 57b f, 61, 64ff, 71
§ 187 15 A 1, 21, 23f, 24ff, 33, 38ff, 41b, 43a ff, 55, 57b f, 61, 64f
§ 187a 15 A 23, 25
§ 188 15 A 23
§ 189 15 A 23, 23d
§ 190 15 A 1, 49
§ 192 15 A 1, 22, 70

§ 193 14 A 47; 15 A 22, 42, 53f, 56, 75ff
§ 194 15 A 11, 84
§ 199 15 A 85
§ 200 15 A 86
§ 201 14 A 3, 44ff; 18 A 1f, 19f
§ 202 14 A 4, 48ff
§ 203 14 A 5, 52ff; 18 A 1f, 6
§ 204 14 A 5, 52ff
§ 211 1; 2; 3 A 36, 53; 4 A 27, 29, 31; 5 A 44, 71; 6 A 12; 10 A 1; 12 A 49
§ 212 1 A 1, 3f, 11ff, 15, 19; 2 A 46, 53; 3 A 15, 36, 41, 43, 49, 53; 4 A 28, 38ff, 54ff; 6 A 13; 9 A 64
§ 213 1 A 1, 6, 19ff, 30; 2 A 52f
§ 216 1 A 1, 6, 15, 17f; 3
§ 217 1 A 1, 6, 15f, 18; 2 A 1, 45ff; 4 A 52
§ 218 4; 5; 6 A 12; 9 A 45; 11 A 55
§ 218a 4 A 2, 8f, 15, 17, 46, 50; 5 A 1, 9ff
§ 218b 4 A 11, 49b, 51; 5 A 48f, 58ff
§ 219 4 A 11, 51; 5 A 48f, 64ff
§ 219a 4 A 11, 51; 5 A 66, 78, 80; 7 A 50
§ 219b 4 A 12; 5 A 77
§ 219c 4 A 12, 51
§ 219d 4 A 4, 14, 26
§ 220a 1 A 1; 13 A 3
§ 221 1 A 1; 9 A 44; 10 A 1ff, 56; 11 A 1
§ 222 1 A 1, 3; 3 A 38, 49; 9 A 60, 62; 11 A 24; 19 A 45, 48
§ 223 5; 6; 7; 8 A 2ff; 9 A 1, 9, 11, 44, 60; 13 A 74, 76ff; 18 A 7
§ 223a 6 A 7, 27, 46ff; 8 A 3f; 9 A 61, 63f; 11 A 51; 13 A 74
§ 223b 6 A 2ff, 27, 30ff; 8 A 3; 9 A 1
§ 224 6 A 7; 7 A 44ff; 8 A 1ff, 6ff; 9 A 42, 44, 52, 63; 14 A 72
§ 225 6 A 7; 7 A 44ff; 8 A 1ff
§ 226 6 A 7; 8 A 3, 27; 9 A 1ff, 42, 44, 58ff; 14 A 73
§ 226a 6 A 22; 7 A 50; 12 A 49
§ 227 1 A 1; 6 A 8; 9
§ 229 1 A 1, 57ff; 6 A 8; 9 A 44
§ 230 6 A 21, 25; 7 A 40ff; 9 A 27; 11 A 24
§ 232 6 A 29, 59
§ 233 6 A 29, 59
§ 234 12 A 13, 15
§ 234a 12 A 13, 15; 13 A 3
§ 235 12 A 12, 15, 28
§ 236 12 A 12
§ 237 12 A 12, 15
§ 239 7 A 8, 10; 9 A 44; 12 A 10, 15, 65; 14 A 57ff, 77
§ 239a 12 A 14f
§ 239b 12 A 14f
§ 240 7 A 8, 10; 12; 13 A 1, 18, 24f, 51f, 54, 56, 65ff; 14 A 66, 77
§ 241 12 A 7ff; 13 A 3
§ 241a 12 A 13
§ 242 1 A 11
§ 243 1 A 27; 19 A 14
§ 244 11 A 51; 16 A 51
§ 249 1 A 11; 9 A 53
§ 250 9 A 49, 53; 11 A 51, 55
§ 251 8 A 26; 9 A 44
§ 257 13 A 12; 16 A 6, 44, 46, 57
§ 258 13 A 12; 16 A 6, 10, 28, 44f, 47ff
§ 258a 16 A 6, 44, 59; 18 A 1
§ 259 16 A 56
§§ 267–282 13 A 15
§ 283 9 A 48
§ 303 11 A 24
§ 306 1 A 1, 53ff; 13 A 16; 19
§ 307 8 A 24; 9 A 44; 13 A 16; 19 A 5f, 11, 29ff, 48
§ 308 13 A 16; 19 A 5, 7f, 11, 36ff, 48, 50, 56
§ 309 9 A 42, 44; 13 A 16; 19 A 5f, 11, 46ff, 55f
§ 310 13 A 16; 19 A 5, 49ff
§ 310a 12 A 55; 13 A 16; 19 A 5, 10
§ 310b 19 A 3
§ 311 1 A 53; 9 A 46; 19 A 3
§§ 311a–c 19 A 3
§ 312 1 A 1; 9 A 44; 13 A 16; 19 A 2
§ 313 13 A 16; 19 A 2
§ 314 9 A 44; 13 A 16; 19 A 2
§ 315 9 A 46; 11 A 12; 19 A 3
§ 315a 9 A 46; 11 A 12, 29; 19 A 3
§ 315b 9 A 46; 11 A 1, 3, 10, 12, 18a, 29ff, 58; 19 A 3
§ 315c 9 A 42, 46, 50; 11 A 1, 3, 11f, 18ff, 33, 35f, 45f; 19 A 3f
§ 316 11 A 3, 13, 18b, 27, 43ff; 16 A 15, 49; 19 A 5
§ 316a 1 A 14; 19 A 5
§ 316b 13 A 16
§ 316c 19 A 5
§ 317 13 A 16
§ 318 (§ 321 a.B.) 13 A 16; 19 A 3
§ 319 (§ 324 a.B.) 9 A 44; 13 A 16
§ 320 (§ 326 a.B.) 9 A 44; 13 A 16; 19 A 3
§ 323 (§ 330 a.B.) 19 A 3
§ 323a (§ 330a a.B.) 9 A 48; 11 A 47; 19 A 5
§ 323c (§ 330c a.B.) 1 A 1; 3 A 40ff, 47, 49; 10 A 1, 27ff, 56; 11 A 1
§§ 331–335a 18
§ 336 16 A 9; 18 A 3, 9, 12, 19
§ 340 6 A 7; 18 A 2, 6, 7f, 20
§§ 343–345 18 A 9
§§ 343–353 18 A 2
§ 343 16 A 9; 18 A 6, 20
§ 344 16 A 9; 18 A 3
§ 345 16 A 9; 18 A 3
§ 348 18 A 3, 20
§§ 353a–355 18 A 2
§ 353b 18 A 6, 19f
§ 354 14 A 51
§ 355 18 A 19

StGB a.F.

§ 1 8 A 29
§ 43 8 A 29
§ 56 8 A 29; 9 A 45
§§ 113–115 12 A 19

§ 125 12 A 20
§ 161 17 A 34
§ 178 8 A 26
§ 218 4 A 20
§ 251 8 A 26
§ 257 16 A 44
§ 315 19 A 2
§ 331 18 A 42
§ 333 18 A 79
§ 359 18 A 10

StPO

§ 22 17 A 34
§ 60 17 A 34, 54, 73
§ 66c 17 A 43, 66
§§ 66c–67 17 A 66
§ 68 17 A 24
§ 69 17 A 24, 34
§ 70 17 A 28
§ 79 17 A 66
§ 81a 13 A 41
§§ 99, 100 14 A 50
§ 105 13 A 21c
§ 112 14 A 67
§ 127 13 A 69; 14 A 67
§ 136 16 A 21
§ 240 17 A 24
§ 359 17 A 34
§ 362 17 A 34
§ 364 17 A 34
§ 374 6 A 29; 15 A 84

BGB

§ 1 1 A 1
§§ 1591ff 2 A 48; 17 A 21

GeschlKG

§§ 12, 13 14 A 55

GVG

§ 152 13 A 21b, 43

GG

Art. 2 4 A 2, 13; 12 A 3
Art. 5 12 A 66; 15 A 75ff
Art. 8 12 A 66
Art. 102 3 A 10
Art. 103 5 A 1

Kastr.G vom 15. 8. 1969

7 A 51

OWiG

§ 21 11 A 44

5. StrRG

Art. 2 5 A 84
Art. 3 4 A 11; 5 A 68

StVG

§ 21 11 A 5; 16 A 15, 49
§ 22 11 A 5
§ 24 11 A 5
§ 24a 11 A 5, 42, 44
§ 25 11 A 16

StVO

§ 1 12 A 38
§ 49 11 A 6

StVZO

§ 69a 11 A 7

VersG

§ 26 12 A 21

WStG

§ 48 18 A 20, 46

ZPO

§ 272b 17 A 24
§§ 358, 359 17 A 24
§ 383 17 A 34
§ 392 17 A 43
§ 393 17 A 34, 73
§§ 395–397 17 A 24
§ 396 17 A 33f
§ 410 17 A 66
§§ 445ff 17 A 21
§ 452 17 A 67
§ 455 17 A 73
§§ 481–484 17 A 66
§§ 579–581 17 A 34
§ 702 13 A 34

§ 724 13 A 34
§ 750 13 A 34
§ 758 13 A 43, 45
§ 759 13 A 34
§ 807 17 A 38, 43

EurMRK

Art. 2 3 A 9

Sachregister

Die fettgedruckten Zahlen bezeichnen die Nr. des betreffenden Falles, E bezieht sich auf die Entscheidungsgründe, A auf die Problemvertiefung. Soweit nur auf eine Fall-Nr. verwiesen ist, befaßt sich der Fall schwerpunktmäßig mit der betreffenden Frage.

Abhören, s. Vertraulichkeit des Wortes
Abtöten der Leibesfrucht **4** A 13, s. jetzt Schwangerschaftsabbruch
Abtreibung, s. Schwangerschaftsabbruch
Alkohol
- ~ im Verkehr **11** A 40ff
- Alkoholbedingte Fahruntüchtigkeit **11** A 43ff
- Alkoholdelikte **11** A 15
- Alkoholisiertes Fahren **11** A 5

Amtsanmaßung **13** A 9
Amtsdelikte **13** A 13; **18** A 1ff, s.a. Bestechungsdelikte
- allgemeine ~ **18** A 8
- besondere ~ **18** A 9
- echte ~ **18** A 3ff
- Rechtsgut der ~ **18** A 2ff
- unechte ~ **18** A 6ff

Amtshandlung s. Diensthandlung
Amtspflicht s. Dienstpflicht
Amtsträger **13** A 18, 20ff; **18** A 10ff, 46ff
- Angehörige der Bundeswehr **18** A 20
- Für öfft. Dienst bes. Verpfl. **18** A 19

Angriff mehrerer **9** A 19ff, s.a. Beteiligung an einer Schlägerei
Arzt s. Heileingriff, Schwangerschaftsabbruch
Aufklärung s. Heileingriff
Aufruhr s. Landfriedensbruch
Ausländische Staaten, Straftaten gegen ~**13** A 6
Aussage s.a. Aussagedelikte
- Aussage **17** A 18ff
- Beachtung von Förmlichkeiten **17** A 30ff
- Falsch ~ **17** E 1ff, A 17ff
- Falschheit der ~ **17** A 37ff
- Objektive ~ 'theorie **17** A 43ff
- Subjektive ~ 'theorie **17** A 39ff

Aussagedelikte **16** A 8; **17**, s. a. Aussagenotstand, Berichtigung einer falschen Aussage, Falsche Versicherung an Eides Statt, Meineid, Mittelbarer Falscheid, Uneidliche Falschaussage
- Schutzgut der ~ **17** A 2ff
- System der ~ **17** A 7ff
- Teilnahmeprobleme **17** A 109ff

Aussagenotstand **17** E 26ff, A 15, 57ff, 104ff
- Strafvereitelungsabsicht **17** A 61
- Vortaterfordernis **17** A 61

Aussetzung **9** A 44; **10**
- Aussetzen **10** A 9ff
- ~ durch Unterlassen **10** A 17f
- Hilflose Lage **10** A 22
- Verlassen in hilfloser Lage **9** E 1f, A 11ff, 19ff

Bandenbildung **13** A 10
Beamter **18** E 1, A 11, s.a. Amtsträger
- ~ im staatsrechtlichen Sinn **18** A 11
- ~ im strafrechtlichen Sinn **18** A 14

Bedrohung **12** A 7ff
Begünstigung **13** A 12; **16** A 6, 44ff
- Angehörigen ~ **16** A 58
- Fremd ~ **16** A 57
- Selbst ~ **16** E 3, 13, A 18, 20, 50, 54ff

Behandlungsabbruch **3** A 56, s. a. Euthanasie
Behörde **16** A 12; **18** A 16ff
Beleidigung **14** A 76; **15** E 2ff, A 23c, 57ff, s.a. Formalbeleidigung
- Beleidigungsmodalitäten **15** A 58
- Rechtfertigung **15** A 71ff
- Tätliche ~ **15** A 59
- Wahrheitsbeweis **15** E 6, A 66ff
- Wechselseitige ~ **15** A 85

Beleidigungsfähigkeit **15** A 10ff, s.a. Ehrdelikte
- ~ der Familie **15** A 13, ~ von Kollektivpersonen **15** A 11, ~ von nat. Personen **15** A 10, ~ von Personen unter Kollektivbezeichnung **15** A 14

Berichtigung einer falschen Aussage **17** E 22ff, A 16, 63, 99ff
Bestechungsdelikte **18**, s. auch Amtsträger
- aktive Bestechung s. Bestechung, Vorteilsgewährung
- Bestechlichkeit **18** E 2ff, A 22ff, 25b, 55ff
- Bestechung **18** A 22ff, 25d, 74ff
- Diensthandlung s. dort
- passive Bestechung s. Bestechlichkeit, Vorteilsannahme
- Schutzgut der ~ **18** E 12ff, A 27ff
- Verhältnis der ~ **18** A 27ff
- Vorteilsannahme **18** E 4, A 22ff, 25a, 35ff
- Vorteilsgewährung **18** A 22ff, 25c, 69ff

Blutalkoholkonzentration **11** A 40ff
Brandstiftung **9** A 44; **13** A 16; **19**
- Besonders schwere ~**19** E 1ff, A 29ff
- Einfache ~ **19** A 6, 36ff: Räumlichkeit **19** E 2ff, A 13ff, 38, 46
- Fahrlässige ~ **19** A 46ff
- Gemeingefährliche ~ **19** A 42ff
- Inbrandsetzung **19** E 7ff, A 24ff, 37
- Rücktrittsprobleme **19** A 49ff
- Schwere ~ **19** E 2ff, A 6, 12ff
- Tätige Reue **19** A 51ff
- Ungefährlichkeitsbeweis **19** A 17ff
- Unterlassen als ~ **19** A 26f
- Verhältnis der BrandstiftungsTBe **19** A 11

Briefgeheimnis s. Vertraulichkeit des geschriebenen Wortes

Datenschutz **14** A 54
Demokratischer Rechtsstaat, Gefährdung des ~ **13** A 7
Demonstrationsrecht **12** E 5ff, A 1; **13** E 19
Diensthandlung **18** A 24ff, 42ff, 56ff, 71ff, 76ff
- Abgrenzung zur Privathandlung **18** A 44ff, 56ff
- Ermessenshandlung **18** A 58ff
- Gebundenes Handeln **18** A 57
- Künftig vorzunehmende ~ **18** A 73ff

- Pflichtgemäße ~ 18 A 24
- Pflichtwidrige ~ 18 A 24, 43, 56ff, 77

Dienstpflicht 16 A 33; 17 E 2ff

Doppelselbstmord 3 E 1ff, 8, 14, A 20, 31, 33, 47, s.a. Selbsttötung
- Einseitig fehlgeschlagener ~ 3 E 8, 14, A 33, 47

Ehrdelikte 15 A 2ff, s.a. Beleidigung, Üble Nachrede, Verleumdung
- Kundgabe der Mißachtung 15 A 24
- Schutzgut, Struktur der ~ 15 A 2ff
- System der ~ 15 A 19ff

Ehre 15 A 2ff
- Dualistischer Begriff der ~ 15 A 7
- Normativer Begriff der ~ 15 A 9

Eid 17 E 2ff, A 66, s.a. Meineid
- Nacheid 17 A 66
- Voreid 17 A 66, 84

Eidesdelikte 17 A 5, s. Fahrlässiger Falscheid, Falsche Versicherung an Eides Statt, Meineid, Mittelbarer Falscheid

Eidesmündigkeit 17 A 73ff

Eigenmächtige Heilbehandlung 7 A 8, 105, s.a. Heileingriff

Einsperren 14 A 59, s.a. Hausfriedensbruch

Einwilligungssperre bei Tötung 3 A 2ff

Embryo s. Leibesfrucht

Entführungstatbestände 12 A 11ff

Erfolgsqualifizierung bei §§ 224, 225 8 A 5, 16ff, 9 A 1ff, 44ff; 10 A 25; 11 E 17, A 56
- Versuch der ~ 8 A 21ff

Ermessenshandlung bei Bestechung 18 A 58ff, 72ff

Euthanasie, aktive 3 A 50ff, passive 3 A 55

Explosionstatbestände 19 A 3

Fahren
- ~ ohne Führerschein 11 A 5
- alkoholisiertes ~ 11 A 5

Fahrerlaubnis, Entziehung 11 A 17

Fahrlässiger Falscheid 17 A 9, 47, 72

Fahruntüchtigkeit
- ~ aufgrund geistiger oder körperlicher Mängel 11 A 20
- Absolute ~ 11 A 44
- Alkoholbedingte ~ 11 A 13, 20, 43ff
- Relative ~ 11 A 43

Fahrverbot 11 A 16

Falschaussage s. Aussage, uneidliche ~

Falsche Verdächtigung 16 A 3ff, 29ff
- Adressat 16 A 36
- Fremdbezichtigung 16 A 35
- Selbstbezichtigung 16 A 35
- Sonstige Behauptung tats. Art. 16 A 34
- Unwahrheit 16 A 37
- Verdächtigen 16 A 32ff

Falsche Versicherung an Eides Statt 17 A 5, 10, s.a. Verleitung zur Falschaussage
- Versuchte Anstiftung zur ~ 17 A 12

Formalbeleidigung 15 E 13f, A 22, 60, 70, 81

Freiheitsberaubung 9 A 44; 12 A 10; 14 A 57ff
- Strafschärfungsgründe 14 A 70ff
- Tathandlung 14 A 59ff
- Widerrechtlichkeit 14 A 66ff

Freiheitsdelikte 12 A 2ff
- Schutzgut u. Struktur 12 A 2ff

Fremdbezichtigung s. Falsche Verdächtigung

Fremdtötung s. Tötung

Friedensstörung 13 A 8ff

Garantenstellung 10 E 3ff, 13ff
- Ingerenz 10 E 3ff, A 15ff
- Obhutspflicht 10 A 13ff

Gefährdungstatbestände 10 A 1, 11 A 3, 13 A 16, 19, 15 A 23b, 19 A 1ff
- Abstrakte Gefahr 19 A 5ff
- Gemeingefahr 19 A 2ff
- Konkrete Individualgefahr 19 A 3f

Gefangenenbefreiung 13 A 9

Gefangenenmeuterei 12 A 17; 13 A 9

Geheimsphäre s. Privatsphäre

Geiselnahme 12 A 14

Geld- und Wertzeichenfälschung 13 A 15

Gemeingefährliche Delikte 13 A 16, 19

Gemeingefährliche Mittel s. Mordmerkmale

Gemeinschaftswerte 13 E 2ff

Gesundheitsbeschädigung 6 A 19ff, s.a. Körperverletzung
- durch böswillige Vernachlässigung 6 A 40

Grausamkeit s. Mordmerkmale

Habgier s. Mordmerkmale

Handeln auf Befehl 13 E 9ff

Hausfriedensbruch 14 E 1ff, A 6ff, s.a. Hausrecht
- Aufforderungswidriges Verweilen 14 E 4ff, A 31ff
- Eindringen 14 E 4ff, A 21ff
- Räumlich geschützter Bereich 14 A 7ff
- Schwerer ~ 14 A 42
- Widerrechtlichkeit/ohne Befugnis 14 A 35ff

Hausrecht 14 E 2ff, A 13ff, s.a. Hausfriedensbruch
- Befugnis zur Ausübung 14 E 2ff, 9ff, A 13ff
- Deligierung 14 A 16ff
- Mehrere Mitinhaber 14 A 15
- Verhältnis zwischen Vermieter/Mieter 14 A 14

Heileingriff 7
- Aufklärung beim ~ 7 E 3ff, A 24ff: ~ 'spflicht des Arztes 7 E 3ff, A 24ff; Grenzen 7 E 10ff, A 30ff; Diagnose ~ 7 A 28; Risiko ~ 7 A 29; Umfang und Intensität der ~ 7 A 28ff; Ziel der ~ 7 A 27
- Eigenmächtigkeit des ~ 7 A 8, 10
- Einwilligung in ~ 7 A 3, 14, 18ff: ~ bei Minderjährigen 7 A 20; ~ 'svoraussetzung 7 A 19ff; Form der ~ 7 A 33; Mutmaßliche ~ 7 A 22; Reichweite der ~ 7 A 34; Widerruf der ~ 7 A 33; Willensmängel bei ~ 7 A 23ff
- Gelungener ~ 7 A 6, 9f
- Indizierter ~ 7 A 12
- Kriterien des ~ 7 A 6ff
- Kunstgerechtheit 7 A 7, 9, 11, 13
- Pflichtverletzung des Arztes 7 A 40ff
- Substanzverändernder ~ 7 A 9ff
- Tatbestandl. Einordnung des ~ 7 A 3ff
- Tatbestandsirrtum beim ~ 7 A 39

Heimtücke s. Mordmerkmale

Hilfeleistung 10 A 27ff
- Erforderlichkeit der ~ 10 A 30ff
- Gemeine Gefahr 10 A 28
- Not 10 A 28
- Unglücksfall 10 A 28
- Unterlassene ~ 10 E 2, 9, 11 A 27ff

– Zumutbarkeit der ~ 10 A 32ff
Hilflosigkeit 10 A 4ff, s.a. Aussetzung
Hochverrat 13 A 7

Inbrandsetzung s. Brandstiftung
Indikation zum Schwangerschaftsabbruch 5 A 5ff s.a. Schwangerschaftsabbruch
– ~ 'sfeststellungspflicht 5 A 48, 64ff
– ~ 'smodell 4 A 2; 5 A 1
– Allgemeine Notlagen ~ 5 A 13ff, 34ff
– Eugenische ~ 5 A 11, 26ff
– Folgewirkung eines ~ 'sirrtums 5 A 49ff
– Kriminologische ~ 5 A 12, 30ff
– Medizinische ~ 5 A 10, 21ff
– Medizinisch-soziale Gesamt ~ 5 A 14
– Rechtsnatur der ~ 5 A 15ff
Ingerenz s. Garantenstellung

Kastration 7 A 51, s.a. Heileingriff
Kennzeichenmißbrauch 11 A 5
Kindesmißhandlung s. Mißhandlung v. Schutzbefohlenen
Kindestötung 1 A 15ff; 2 A 45ff
– durch Unterlassen 2 A 50
– Nichtehelichkeit des Kindes 2 A 48
– Tatbeteiligung 2 A 53ff
– Verhältnis zu § 212 1 A 15ff
Körperliche Unversehrtheit 7 E 6, A 4
Körperverletzung 6; 7; 8; 9; 13 A 77ff, s.a. Heileingriff
– gegen Verwandte aufsteigender Linie 6 A 26
– mit Todesfolge 9 A 1ff
– Antragserfordernis 6 A 29
– Beabsichtigte schwere ~ 8 A 20
– Einfache ~ 6 A 10ff
– Fahrlässige ~ 7 E 8ff, A 40ff
– Gefährliche ~ 6 A 46ff: gefährliches Werkzeug 6 A 48ff; hinterlistiger Überfall 6 A 54; lebensgefährdende Behandlung 6 A 56; mehrere gemeinschaftlich 6 A 55
– Gesundheitsbeschädigung 6 A 19ff; 7 A 9ff
– Kompensation 6 A 28, 44, 59
– Mißhandlung 6 E 1ff, A 15ff
– Rechtfertigung 6 A 23f
– Schutzgut 6 A 3
– Schwere ~ 8 E 1ff, A 5ff; 9 A 30: Dauernde Entstellung 8 E 2ff, A 10ff; Geisteskrankheit, Lähmung, Siechtum 8 A 15; Verlust eines wichtigen Gliedes oder bestimmter Funktionen 8 E 1, 6, A 6ff
– Struktur 6 A 4ff; 8 A 1ff
– Versuch 6 A 27ff
Kompensation s. wechselseitige Beleidigung

Laienabort 4 A 10, 49a; 5 A 41, s.a. Schwangerschaftsabbruch
Landesverrat 13 A 6
Landesverteidigung, Straftaten gegen die ~ 13 A 6
Landfriedensbruch 12 E 1ff, A 19; 13 A 10, 73
– Besonders schwerer Fall 11 E 18
Lege artis 7 A 13, s.a. Heileingriff, Kunstgerechtheit des
Leichtfertigkeit 9 A 45
Leibesfrucht 4 E 1ff, A 13, 20ff; 5 A 2, s.a. Schwangerschaftsabbruch
Lustmord 2 A 11

Meineid 17 E 1ff, A 65ff, s.a. Eid
– Eigenhändigkeit 17 A 73ff
– Falsches Schwören 17 A 66ff
– Sakraltheorie 17 A 5
– Verhältnis zu § 153 17 E 2ff, A 8, 78ff
– Versuch 17 A 46, 76
– Zeugen ~ 17 E 5f
Menschenraub 12 A 13, erpresserischer ~ 12 A 14
Menschlichkeit, Straftaten gegen die ~ 13 A 3
Mentalreservation 18 A 63
Mißhandlung 6 E 1ff, A 15ff, s.a. Körperverletzung
– von Schutzbefohlenen 6 E 2, A 30ff: Geschützte Personen 6 A 31ff
– Rohe ~ 6 A 38
Mittelbarer Falscheid 17 A 6
Mord 1; 2, s.a. Mordmerkmale
– Akzessorietätsregeln 1 A 7ff; 2 A 44
– Geschichte 1 E 1ff
– Verhältnis zu § 212 1 E 1ff, A 10ff
– Völkermord 1 A 1
– Vorsatzprobleme 2 A 37ff
Mordlust s. Mordmerkmale
Mordmerkmale 1 E 1ff, A 22ff; 2 E 1ff, A 1ff
– als abschließende Regelung 1 E 6ff, A 27ff
– als Regelbeispiele 1 E 3ff, A 27ff
– der Gruppe 1: 2 A 2ff, der Gruppe 2: 1 A 38ff, der Gruppe 3: 2 A 16ff
– Arten 1 A 22ff
– Befriedigung des Geschlechtstriebes 2 A 10ff
– Charakter 1 A 26ff
– Ermöglichung einer Straftat 2 A, 16ff; Absicht 2 A 22ff
– Gemeingefährliche Mittel 1 A 52ff
– Grausamkeit 1 A 51
– Heimtücke 1 E 8f, A 38ff: Arglosigkeit 1 A 40ff; Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit 1 A 46; Feindliche Willensrichtung 1 A 47; Vertrauensbruch 1 A 49; Wehrlosigkeit 1 A 45ff
– Mordlust 2 A 9ff
– Niedrige Beweggründe 2 A 3ff
– Verbrechenssystematische Einordnung 1 A 31ff
– Verdeckung einer Straftat 2 E 1ff, A 16ff

Nekrophilie 2 A 12
Nichtanzeige geplanter Straftaten 16 A 7
Nidation 4 A 14, 26, s.a. Schwangerschaftsabbruch
Nötigung 12 E 3ff, A 5, 23ff
– des Bundespräsidenten 12 A 17
– durch Notwehr 12 A 68
– Nötigungserfolg 12 A 32ff
– sonstiger Verfassungsorgane 12 A 17
– Abgenötigtes Verhalten 12 A 33ff
– Drohen mit Unterlassen 12 A 56
– Drohung 12 A 26ff
– Gewalt 12 A 25
– List 12 A 30
– Sexuelle ~ 12 A 16; 14 A 75
– Verwerflichkeitsklausel 12 E 6ff, A 36ff: Bedeutungsgehalt 12 A 45ff; Irrtum über Verwerflichkeit 12 A 70ff; Mittel 12 A 52; Standort 12 A 39ff; Unverhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel 12 A 58; Verhältnis zu Rechtfertigungsgründen 12 A 43ff; Zweck 12 A 51; Zweck-Mittel-Relation 12 A 53ff

- Verhältnis zu § 113 13 A 65ff
- Wählernötigung 12 A 17

Obhutspflicht s. Garantenstellung
Objektive Strafbarkeitsbedingungen 9 A 42ff, 48, 13 A 58, 15 A 50, 52a

Perforation 3 A 11
Präventiveinrichtungen
- Mißbrauch von ~ 13 A 10
Privatgeheimnisse, Verletzung 14 A 53ff
Privatsphäre 14 A 1ff

Quälen 6 A 37, s.a. Mißhandlung

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer 11 A 14
Räumlichkeit s. Brandstiftung, einfache
Raub 9 A 44
Raufhandel s. Schlägerei
Rauschtat 11 A 47
Rechtsbeugung 18 A 12
Rechtspflege, Schutz 17 E 1ff, A 2ff
Rechtspflegedelikte 16 A 1ff
- im Amt 16 A 9
Richter 18 A 12, 35, 46, s.a. Amtsträger

Sabotageähnliche Delikte 13 A 16
Sachbeschädigung
- Brandstiftung als Spezialfall 19 A 8, 37ff
Schiedsrichter 18 A 12, 35, 46
Schlägerei 9 E 1ff, A 2ff, 17ff
- Beteiligung an einer ~ 9 E 2ff, A 17ff, 23ff
- Entschuldigung 9 A 29
- Folge der ~ 9 A 30ff
- Rechtfertigung 9 A 27
- Zurechnung der Folge 9 A 34ff
Schutzwehr 9 E 9, A 22b
Schwangere 4; 5, s.a. Schwangerschaftsabbruch
- Einwilligung 5 A 40ff
- Strafbarkeit 5 A 76ff
Schwangerschaftsabbruch 1 A 1; 4 E 1ff, A 2ff, 20ff; 5, s.a. Indikation, Laienabort, Leibesfrucht, Schwangere
- durch einen Arzt 5 A 41ff
- Abgrenzung zu § 212 4 E 1ff, A 20ff, 27ff
- Beratung 5 A 58ff: ärztliche 5 A 61; soziale 5 A 60; Beratungspflicht 5 A 48, 58ff
- Fremdabtreibung 4 A 6, 21ff, 43ff; 5 A 2
- Fristen 5 A 72ff
- Fristenmodell 4 A 2; 5 A 1
- Gesetzestechnik der §§ 218ff 4 A 3ff
- Indikationsmodell 4 A 2; 5 A 1
- Konkurrenzverhältnis §§ 218–212 4 A 38ff
Krankenhauspflicht 5 A 68
- Privilegierungen 4 A 47ff
- Rechtfertigung 5 A 39ff
- Reformgeschichte 4 A 2
- Schutzgut 4 A 13ff
- Schutzphasen 4 A 25ff; 5 A 71ff
- Selbstabtreibung 4 A 6, 22ff, 45ff; 5 A 2
- Strafbarkeit des Arztes 5 A 78ff
- Täterschaft und Teilnahme beim ~ 4 A 43ff
- Tatmodalitäten 4 A 20ff
- Unterschiedliche personenabhängige Strafbarkeit 5 A 76ff
- Vollendung, Versuch beim ~ 4 A 32ff
- Weigerungsklausel 5 A 84
Schwören s. Meineid
Sehfähigkeit 8 E 1, 6, A 8, 13, s.a. Körperverletzung, schwere
Selbstanzeigepflicht 16 A 21
Selbstbegünstigung 16 E 3, 13, A 18, 20, 50, 54ff
Selbstbestimmungsrecht des Patienten 7 E 6ff, A 4, 9, 26, 30, 37
Selbstbezichtigung s. Falsche Verdächtigung
Selbsttötung 3 E 1ff, A 28ff, s.a. Tötung auf Verlangen
- Beihilfe 3 E 1ff, A 28ff: Abgrenzung von § 216 3 E 1ff, A 26ff; Straflosigkeit 3 E 6, A 29
- Freiverantwortlichkeit 3 A 35ff, 41
- Sinneswandel 3 A 47
- Straflosigkeit 3 A 28
- Unterlassen/Geschehenlassen 3 A 40ff
Selbstverletzung 6 A 13, s.a. Körperverletzung
Sexualdelikte
- sexuelle Nötigung 12 A 16; 14 A 75
- sexueller Mißbrauch von Kindern 14 A 75
- Vergewaltigung 9 A 44, 12 A 16
Sicherheit
- ~ des Rechtsverkehrs 13 A 15
- ~ des Staates s. Staat
Sittlichkeitsdelikte s. Sexualdelikte
Sitzstreik 12
Sozialadäquanz 18 A 47ff, 66
Staat 13 A 4ff
- Außenschutz 13 A 6
- Bedrohung 13 A 10ff
- Bestandsschutz 13 A 5
- Innenschutz 13 A 7
- Schutz der rechtspr. Staatsgewalt 13 A 12
Staatsgewalt s. Staat u. Widerstand gegen Staatsgewalt
Staatsschutzdelikte 13 A 4ff
- i.e.S. 13 A 6ff, i.w.S. 13 A 13; 17 A 2ff
Sterbehilfe s. Euthanasie
Sterbenlassen s. Euthanasie
Sterilisation 7 A 45ff, s.a. Heileingriff
Strafvereitelung 13 A 12; 16 A 6, 18, 44ff
- im Amt 16 A 59
- Verfolgungsvereitelung 16 A 48ff
- Vollstreckungsvereitelung 16 A 52ff
Straßenverkehr 11
- ~ 'sfremder Eingriff 11 E 2, A 10, 29ff, 34
- ~ 'sgesetz 11 A 5
- ~ 'sordnung 11 A 5
- Gefährdung des ~ 11 A 18ff: Konkrete Individualgefahr 11 A 23; Struktur des ~ 11 A 19ff; Tatmodalitäten 11 A 19ff
- Gefährlicher Eingriff in ~ 11 E 1ff, A 29ff: Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit 11 A 30; Struktur 11 A 29ff; Tatmodalitäten 11 A 31ff
- Gefahrenbegriff im ~ 11 E 6
- Zulassung zum ~ 11 A 7
Straßenverkehrsdelikte 10 A 1, 35ff; 11; 19 A 3, s.a. Straßenverkehr
- Einwilligung 11 A 26f
- Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer 11 A 14
- Schutzgut 11 A 2

- Struktur 11 A 3ff
- Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort 10 A 35ff

Suizid s. Selbsttötung
Suizidbeteiligung s. Selbsttötung

Tätige Reue 19 A 51ff
Tatsachenbehauptung 15 A 24, 27ff, s.a. Ehrdelikte
- mit Drittbezug 15 A 26ff, 46
- Ehrenrührigkeit der ~ 15 A 36ff, 47, 64
- Unwahrheit der ~ 15 A 39ff
- Wahrheitsbeweis 15 A 48ff, 66ff

Todesstrafe 3 A 10
Todeszeitpunkt 1 A 2; 3 A 51
Tötung 3, s.a. ~ auf Verlangen, ~ in der Geburt, Tötungsdelikte, Selbsttötung, Totschlag
- in mittelbarer Täterschaft 3 A 36f
- Fremdtötung 3 A 5, 25, 27
- Rechtfertigung/Entschuldigung bei ~ 3 A 2ff: Amtsrechtl. Tötungsbefugnis 3 A 10; Einwilligung 3 A 2ff; Entschuldigender Notstand 3 A 12; Entschuldigende Pflichtenkollision 3 A 13; Notstand 3 A 11; Notwehr 3 A 9; Todesstrafe 3 A 10; Tötungsrecht im Krieg 3 A 10

Tötung auf Verlangen 1 A 15ff; 3 E 1ff, A 15ff, s.a. Selbsttötung, Totschlag
- Abgrenzung zu Beihilfe zur Selbsttötung 3 E 1ff; A 26ff
- Freiverantwortlichkeit 3 A 35ff
- Tatherrschaft 3 E 7ff, A 32ff
- Verhältnis zu § 212 1 A 15ff
- Verlangen 3 A 20ff: Ausdrücklichkeit, Ernstlichkeit 3 A 21ff

Tötung in oder gleich nach der Geburt s. Kindestötung
Tötungsdelikte 1 E 1ff, A 1ff, s.a. Kindestötung, Tötung auf Verlangen
- Dreiteilung 1 A 3ff
- Privilegierungen 1 A 15ff
- Schutzgut 1 A 1ff
- Strafmodifizierungen 1 A 19ff
- Systematik 1 A 1f, 7ff

Tonaufnahme s. Vertraulichkeit des gesprochenen Wortes
Totschlag 1 A 1ff, s.a. Tötung
- Abgrenzung zum Schwangerschaftsabbruch 4 E 1ff, A 20ff
- Minder schwerer Fall 1 A 19
- Verhältnis zu § 211 1 A 10ff

Transplantation 7 A 52, s.a. Heileingriff
Trunkenheit
- im Verkehr 11 A 40ff

Trutzwehr 8 E 9, 10, A 22b

Überfall 6 A 54
- Hinterlistiger 6 A 54, s. gefährl. Körperverletzung

Übermaßverbot s. Wahrnehmung berechtigter Interessen
Überschwemmungsdelikte 9 A 44; 13 A 16; 19 A 2
Üble Nachrede 15 E 3ff, A 23b, 45ff
- Ehrenrührigkeit der Tatsachenbehauptung 15 A 47
- Rechtfertigung 15 A 54
- Strafschärfung 15 A 55
- Tatsachenbehauptung mit Drittbezug 15 A 46
- Wahrheitsnachweis 15 E 5, A 22, 48ff

Uneidliche Falschaussage 17 E 2ff, A 49ff, s.a. Verleitung zur Falschaussage
- als GrundTB 17 A 7
- Berichtigung 17 E 12ff, 22ff, A 16, 63, 99ff
- Verhältnis zu § 154 17 E 2ff, A 78ff
- Wiederholung 17 E 12ff

Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort 10 E 11, A 35ff, 40ff
- Rechtfertigungsgrund 10 A 53
- Unfall 10 A 36ff
- Verletzung der Nachholpflicht 10 A 45ff
- Wartepflicht 10 A 43ff

Unfall im Straßenverkehr 10 A 36
Unfallflucht s. Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort
Unglücksfall 10 A 28, s.a. Hilfeleistung
Unterlassene Hilfeleistung s. Hilfeleistung
Urkundenfälschung 13 A 15

Verdächtigung s. Falsche Verdächtigung
Verdeckung einer Straftat s. Mordmerkmale
Verfassungsorgane, Straftaten gegen ~ 13 A 7
Verfolgungsvereitelung s. Strafvereitelung
Vergewaltigung 9 A 44; 12 A 16
Vergiftung 1 A 57ff; 9 A 44
- Gesundheitszerstörung 1 A 59

Verkehr s.a. Straßenverkehr
- Bahn 11 A 12, Luft 11 A 12, Schiffs 11 A 12
- Trunkenheit 11 A 40ff

Verlassen in hilfloser Lage s. Aussetzung
Verleitung zur Falschaussage 17 A 13
Verleumdung 15 A 23a, 25ff
- Behaupten 15 A 31
- Ehrenrührigkeit der Tatsachenbehauptung 15 A 36ff
- Strafschärfung 15 A 43
- Tatsache 15 A 27, mit Drittbezug 15 A 33
- Unwahrheit der Tatsachenbehauptung 15 A 39ff
- Verbreiten 15 A 32
- Werturteil 15 A 27

Versammlung 12 E 10ff, A 21, s.a. Demonstrationsrecht
- Nichtanmeldung 12 A 21

Verschleppung 12 A 13
Vertraulichkeit des Wortes 14 A 3f, 44ff
- des geschriebenen Wortes 14 A 4, 48ff: Tathandlung 14 A 49; Unbefugtheit 14 A 50
- des gesprochenen Wortes 14 A 3, 45ff
- Schutzobjekt 14 A 44, Schutzrichtung 14 A 45f
- Unbefugtheit 14 A 47

Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener 15 A 23d
Völkermord 1 A 1
Volksverhetzung 13 A 3
Vollrausch 11 A 47
Vollstreckung s. Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte
Vollstreckungsbeamter 13 E 6, A 20ff
Vollstreckungsvereitelung s. Strafvereitelung
Vorsatz-, Fahrlässigkeitskombinationen 9 A 42ff; 11 A 25b, 36; 13 A 60
- Echte 9 A 46
- Schema 9 A 50ff
- Strafschärfende 9 A 49
- Unechte 9 A 45

Vortäuschen einer Straftat 16 E 1ff, A 2, 11ff
- gegenüber Behörde 16 A 12
- Identitätstäuschung 16 A 20
- Rechtfertigung 16 A 26
- Täuschung über: Beteiligung an bevorstehender Gewalttat 16 A 24; Beteiligung an rw. Tat 16 A 14ff

- Vollendung 16 A 27
- Vortäuschen 16 A 14f, einer bevorstehenden Gewalttat 16 A 24

Vorteilsannahme s. Bestechungsdelikte
Vorteilsgewährung s. Bestechungsdelikte

Waffe 6 A 48
- Kraftfahrzeug als ~ 11 E 10ff
- Widerstand mit ~ 11 A 51

Wahlbehinderung 12 A 17; 13 A 7
Wahlfälschung 12 A 17; 13 A 7
Wahlfeststellung 4 E 10, A 42, 53ff
Wahrheitsbeweis s. Beleidigung, üble Nachrede
Wahrheitspflicht 17 A 20ff
- des Sachverständigen 17 A 22

Wahrnehmung berechtigter Interessen 12 A 68, 15 E 1f, A 54, 75ff
- Berechtigtes Interesse 15 A 76
- Erkundigungs-, Prüfungspflicht 15 A 80
- Übermaßverbot 15 A 77ff

Wartepflicht, bei § 142 10 A 43ff
Werkzeug 6 A 48ff, s.a. gefährliche Körperverletzung
- Beweglichkeit 6 A 50ff
- Gefährliches ~ 6 A 48ff; 11 A 51: Messer 6 A 48; Waffe 6 A 48

Werturteil 15 A 24, 27ff, s.a. Ehrdelikte
Widerstand
- mit Waffen 11 A 51
- lebens- oder schwer körpergefährdender 11 A 55

Widerstand gegen Staatsgewalt 12 A 17; 13 A 8
Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte 11 E 8ff; 12 A 17; 13 A 9, 18ff, s.a. Vollstreckung u. V.-Beamter
- Irrtum 13 A 56ff
- Qualifizierung des § 113 II 13 A 64
- Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlg. 13 E 8ff, A 30ff, 57ff
- Schutzbereich 13 A 19ff
- Subjektiver TB 13 A 55ff
- Tätlicher Angriff 13 A 53
- Verhältnis zu § 240 13 A 65ff
- Vollstreckungsbeamter 13 A 20ff
- Vollstreckungsfunktion 13 A 22
- Vollstreckungshandlung 13 A 24ff
- Vorweggenommener ~ 13 A 28
- Widerstandleisten 13 A 50ff

Juristischer Studienkurs

Der juristische Studienkurs vermittelt Studenten wie Referendaren die Fähigkeit, ausgehend vom wesentlichen Grundlagenwissen neue Sachverhalte in ihrem rechtlichen Problemgehalt zu durchschauen und sie eigenständig und methodengerecht zu lösen.

Das erfordert

- Einübung in die Methodik juristischer Argumentation,
- Vermittlung und Aktualisierung von Grundlagenwissen,
- Anleitung zu kritischer Überprüfung des bereits vertrauten Rechtsstoffes.

Das leistet der Juristische Studienkurs durch

- das Vorstellen von höchstrichterlich entschiedenen Fällen, deren Entscheidungsgründe einleitend oder im Rahmen der Problemerörterung auszugsweise wiedergegeben werden, um dem Leser eine eigenständige Beurteilung zu ermöglichen,
- Fallösungen in Gutachtenform, die zugleich die Methodik juristischer Argumentation einübt,
- eingebaute Fragen und Hinweise auf Literatur, die das eigene Überdenken und die Selbstkontrolle des Lesers anregen.

Zivil- und Arbeitsrecht

Beuthien/Weber, Ungerechtfertigte Bereicherung und Aufwendungsersatz

Von Dr. Volker Beuthien, o. Prof. an der Universität Marburg, und Dr. Hansjörg Weber, Prof. an der Fachhochschule Fulda
1976. 154 Seiten 4°. Kartoniert DM 26.80

Birk/Seiter, Arbeitsrecht II

(Kollektives Arbeitsrecht)
Von Dr. Rolf Birk, o. Prof. an der Universität Augsburg, und Dr. Hugo Seiter, o. Prof. an der Universität Konstanz
Erscheinungstermin: Mitte 1981

Buchner/Roth, Unerlaubte Handlungen

einschließlich der Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und aus rechtmäßiger Schädigung
Von Dr. Herbert Buchner, o. Prof. an der Universität Augsburg, unter Mitarbeit von Dr. Albrecht Weber, und Dr. Günter H. Roth, o. Prof. an der Universität Innsbruck
1976. 253 Seiten 4°. Kartoniert DM 29.80

Hadding, Vertragsschluß und Vertragsabwicklung

Von Dr. Walther Hadding, o. Prof. an der Universität Mainz
Erscheinungstermin: Frühjahr 1981

Hopt, Handelsrecht

Von Dr. Dr. Klaus J. Hopt, o. Prof. an der Universität Tübingen
Erscheinungstermin: Herbst 1981

Hopt/Hehl, Gesellschaftsrecht

Von Dr. Dr. Klaus J. Hopt, o. Prof. an der Universität Tübingen, und Günther Hehl, Rechtsanwalt in Stuttgart
1979. 275 Seiten 4°. Kartoniert DM 34.80

John, Grundzüge des Erbrechts

Von Dr. Uwe John, Prof. an der Universität Mainz
Erscheinungstermin: Sommer 1981

Verlag C.H.Beck

Juristischer Studienkurs

John, Grundzüge des Familienrechts
Von Dr. Uwe John, Prof. an der Universität Mainz
1980. 132 Seiten 4°. Kartoniert DM 29.50

Rimmelspacher, Kreditsicherungsrecht
Von Dr. Bruno Rimmelspacher, o. Prof. an der Universität München
1980. XI, 171 Seiten 4°. Kartoniert DM 34.50

Schwerdtner, Arbeitsrecht I
(Individualarbeitsrecht)
Von Dr. Peter Schwerdtner, o. Prof. an der Universität Bielefeld
1976. 252 Seiten 4°. Kartoniert DM 29.80

Teichmann, Leistungsstörungen und Gewährleistung
Von Dr. Arndt Teichmann, o. Prof. an der Universität Mainz, Richter am Oberlandesgericht Koblenz
2. Auflage. 1981
Erscheinungstermin: Frühjahr 1981

Strafrecht

Eser, Strafrecht I–IV
Von Dr. Albin Eser, M. C. J., o. Prof. an der Universität Tübingen, Richter am Oberlandesgericht Stuttgart, unter Mitarbeit von Dr. Björn Burkhardt, Prof. an der Universität Göttingen

Band I: Schwerpunkt Allgemeine Verbrechenselemente. 3. Auflage.
1980. 216 Seiten 4°. Kartoniert DM 34.50

Band II: Schwerpunkte: Fahrlässigkeit, Unterlassung, Versuch, Tatbeteiligung, Konkurrenzen. 3. Auflage. 1980. 244 Seiten 4°. Kartoniert DM 34.50

Band IV: Schwerpunkte: Vermögens- und Urkundendelikte. 3. Auflage.
1979. 244 Seiten 4°. Kartoniert DM 29.50

Fezer, Strafprozeßrecht
Von Dr. Gerhard Fezer, o. Prof. an der Universität Hamburg
Erscheinungstermin: Sommer 1981

Kaiser/Schöch, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug
Von Dr. Günther Kaiser, Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Professor an der Universität Freiburg, und Dr. Heinz Schöch, o. Professor an der Universität Göttingen
1979. 221 Seiten 4°. Kartoniert DM 34.80

Öffentliches Recht

Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I–II
Von Dr. Hans-Uwe Erichsen, o. Prof. an der Universität Bochum

Band I: 3. Auflage. 1981
Erscheinungstermin: Frühjahr 1981

Band II: 2. Auflage. 1979. 224 Seiten 4°. Kartoniert DM 29.50

Erichsen, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I–II

Band I: 1977. 208 Seiten 4°. Kartoniert DM 29.50

Band II: Erscheinungstermin: Ende 1981

Verlag C.H.Beck