



### HERAUSGEBER

Verein der Zeitschrift JSE e. V.  
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer  
Doblerstrasse 15  
D-72070 Tübingen

### Vereinsvorstand:

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

### BEIRAT

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

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

## AUS DEM INHALT

---

### BEITRÄGE

*Sascha Sebastian*

Die Inhaftierung „islamistischer Gefährder“  
als menschenrechtliches Problem

*Benedikt Bungarten*

Die „ewige“ Kanzlerin

### KLAUSUREN

*Michael Hippeli*

Strafrecht:

„Camouflage: Deutscher Oberleutnant als Asylbewerber“

*Caprice Nina Doerbeck*

Strafrecht: „Ein Cybermobbing-Fall“

### RECHTSPRECHUNG

*BGH*

Ausbildungsunterhalt in Abitur-Lehre-Studium-Fällen

*BGH*

Nachträgliche Schwarzarbeitsabrede

*BGH*

Zurechnung nach den Grundsätzen der sukzessiven  
Mittäterschaft beim (schweren) Raub

*BVerfG*

Verfassungsmäßigkeit des Tarifeinheitsgesetzes

---

## INHALTSVERZEICHNIS

---

### Beiträge

#### Sascha Sebastian

Die Inhaftierung „islamistischer Gefährder“  
als menschenrechtliches Problem

Seite ▶ 141

#### Benedikt Bungarten

Die „ewige“ Kanzlerin

Seite ▶ 151

### Klausuren

#### Michael Hippeli

Fortgeschrittenenklausur Strafrecht:  
„Camouflage: Deutscher Oberleutnant als Asylbewerber“

Seite ▶ 158

#### Caprice Nina Doerbeck

Schwerpunktklausur Strafrecht:  
„Ein Cybermobbing-Fall“

Seite ▶ 167

### Rechtsprechung Zivilrecht

#### BGH

Ausbildungsunterhalt in Abitur-Lehre-Studium-Fällen  
Urteil vom 03.05.2017 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 174

#### BGH

Nachträgliche Schwarzarbeitsabrede  
Urteil vom 16.03.2017 (*Julius Forschner*)

Seite ▶ 177

#### BGH

Besitzverhältnisse an einem Kraftfahrzeug während der  
Probefahrt nach erfolgter Reparatur in Anwesenheit des  
Werkunternehmers oder seines Besitzdieners  
Urteil vom 17.03.2017 (*Yannick S. Chatard/Carolin Langlitz*)

Seite ▶ 180

### Rechtsprechung Strafrecht

#### BGH

Gefährliche Körperverletzung:  
Treten des Opfers mit beschuhtem Fuß  
Beschluss vom 26.10.2016 (*Henning Lorenz/Maximilian Bade*)

Seite ▶ 186

#### BGH

Zurechnung nach den Grundsätzen der sukzessiven  
Mittäterschaft beim (schweren) Raub  
Urteil vom 25.04.2017 (*Alexander Bechtel*)

Seite ▶ 194

## Rechtsprechung Öffentliches Recht

### BGH

Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch  
Bildaufnahmen: Zurschaustellung der Hilflosigkeit einer Person  
Urteil vom 25.04.2017 (*Caprice Nina Doerbeck*)

Seite ▶ 197

### BVerfG

Auftritt des türkischen Ministerpräsidenten in Deutschland  
Urteil vom 08.03.2017 (*Finn Mengler/Lorenz Bode*)

Seite ▶ 202

### BVerfG

Deutlich kostenübersteigende Gebühr ist verfassungswidrig  
Urteil vom 17.01.2017 (*Mike Wienbracke*)

Seite ▶ 205

### BVerfG

Verfassungsmäßigkeit des Tarifeinheitsgesetzes  
Urteil vom 11.07.2017 (*Meißner/Marquardt*)

Seite ▶ 210

---

## EDITORIAL

---

Deutschland hat gewählt. Nach einem wenig aufregenden Wahlkampf geht es nun also darum, eine Regierungskoalition zu bilden und die zentralen Themen der nächsten vier Jahre geschlossen anzugehen. Eines dieser Themen wird zweifellos die Sicherheitspolitik im Inneren wie im Äußeren sein. Denn die Bedrohung durch den internationalen Terrorismus und das destruktive Potential der Organisierten Kriminalität sind nach wie vor bedeutende Herausforderungen unserer Zeit. Im Zentrum eines jeden Sicherheitsgesetzes steht dabei ein Interessenausgleich: auf der einen Seite sollen die Bürger möglichst unbehelligt von staatlich auferlegten Restriktionen von ihren verfassungsrechtlich verbürgten Freiheitsrechten Gebrauch machen können, auf der anderen Seite sind gewisse Einschränkungen dieser bürgerlichen Freiheitsrechte aber unabdingbar, wenn der Staat eine effektive Verbrechensprävention gewährleisten soll. In seinem **Beitrag** „Die Inhaftierung ‚islamistischer Gefährder‘ als menschenrechtliches Problem“ setzt sich SEBASTIAN mit eben jener Problematik auseinander, wobei ihm die Freiheitsgarantie der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) als Referenzrahmen und das neue bayerische Polizeiaufgabengesetz (PAG) als (Negativ-)Beispiel dienen.

Etwas grundlegender geht es im **zweiten Beitrag** zu. Im Angesicht der vergangenen zwölf und (wohl auch der) kommenden vier Jahre stellt BUNGARTEN in seinem Beitrag „Die ‚ewige‘ Kanzlerin“ die Frage, inwiefern verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers existieren.

Bei der **Fallbearbeitung** geht es dieses Mal vorrangig um Fragen des Strafrechts. In seiner an fortgeschrittene Studierende gerichteten Klausur „Camouflage: Deutscher Oberleutnant als Asylbewerber“ beleuchtet HIPPELI anhand eines (weitgehend) realen Sachverhaltes sowohl die Delikte zum Schutze des demokratischen Rechtsstaates und der öffentlichen Ordnung als auch klassische Vermögensdelikte. Demgegenüber liefert DOERBECK mit „Ein Cybermobbing-Fall“ eine didaktische Aufbereitung der rechtlichen Behandlung des Phänomens Cybermobbing bzw. -bullying am Beispiel des Anfertigns und Veröffentlichens intimer Bildaufnahmen.

Die Rubrik **Rechtsprechung** beginnt wie gewohnt mit dem **Zivilrecht** und der Frage, ob und wie lange ein Elternteil in sog. „Abitur-Lehre-Studium-Fällen“ damit rechnen muss, auf Ausbildungsunterhalt in Anspruch genommen zu werden (FORSCHNER). In der zweiten Entscheidung war der VII. Zivilsenat des BGH zur Entscheidung darüber berufen, ob auch eine nachträgliche Schwarzarbeitsabrede einen zunächst wirksam zustande gekommenen Werkvertrag nichtig macht (FORSCHNER) und schließlich hatte sich der V. Zivilsenat mit den Besitzverhältnissen an einem Kraftfahrzeug während der Probefahrt nach erfolgter Reparatur in Anwesenheit des Werkunternehmers oder seines Besitzdieners zu befassen (CHATARD/LANGLITZ).

Im **Strafrecht** musste sich der 2. Strafsenat des BGH damit auseinandersetzen, inwiefern die Tatsache, dass der Täter einer Körperverletzung mit beschuhtem Fuß auf das Opfer eintritt, die Tat zur gefährlichen Körperverletzung qualifiziert (LORENZ/BADE). In einer Entscheidung des Leipziger Strafsenates, standen sodann die Probleme der sukzessiven Mittäterschaft, insbesondere des Mittäterexzesses, im Mittelpunkt (BECHTEL) und in der letzten Entscheidung hatte der 4. Strafsenat zu entscheiden, wann die Zurschaustellung der Hilflosigkeit einer Person ausreicht, um von einer Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen auszugehen (DOERBECK).

Das **Öffentliche Recht** steht mit drei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ganz im Zeichen des Verfassungsrechts. Konkret war zu entscheiden, ob Staatsoberhäupter und Mitglieder ausländischer Regierungen einen Anspruch auf Einreise in das Bundesgebiet und die Ausübung amtlicher Funktionen in Deutschland haben (MENGLER/BODE), ob deutlich kostenübersteigende Verwaltungsgebühren verfassungswidrig sind (WIENBRACKE) und wie es um die Verfassungsmäßigkeit des Tarifeinheitsgesetzes steht (MEISNER/MARQUARDT).

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

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

---

**BEITRAG**


---

Dipl.-Jur. Sascha Sebastian, M.mel.\*

## Die Inhaftierung „islamistischer Gefährder“ als menschenrechtliches Problem

Eine Erinnerung an EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – A. and others v. The United Kingdom

**Gliederung****Abstract****A) Einleitung****B) Eine Fallstudie****C) Die Zulässigkeit der Präventivhaft  
im Lichte des Rechts auf Freiheit (Art. 5 EMRK)**

I. Rechtsgrundlage für präventive  
freiheitsentziehende Maßnahmen

1. Verurteilung (Art. 5 Abs. 1 lit. a) EMRK)
2. Beugehaft (Art. 5 Abs. 1 lit. b) Var. 2 EMRK)
3. Präventivhaft (Art. 5 Abs. 1 lit. c) Var. 2 EMRK)
4. Geisteskrankheit (Art. 5 Abs. 1 lit. e) EMRK)
5. Abschiebehaft (Art. 5 Abs. 1 lit. f) EMRK)

II. Die Rechtmäßigkeit freiheitsentziehender Maßnahmen  
III. Keine Abwägung und keine „unbenannten“ Haftgründe

**D) Die Durchführung der Präventivhaft  
im Lichte des Folterverbotes (Art. 3 EMRK)**

I. Hintergrund und Handhabe des Folterverbotes  
II. Die voraussichtliche Dauer der Inhaftierung  
als „Behandlung“  
III. Psychische Folgen einer Inhaftierung

**E) Das Recht auf Haftbeschwerde (Art. 5 IV EMRK)**

I. Notwendigkeit einer öffentlichen Haftprüfung  
II. Unwissender Angeklagter und „besonderer“ Anwalt  
III. Zusammenfassung

**F) Schlussbetrachtung**

I. Zusammenfassung der Ergebnisse  
II. Die Grenzen von präventivem Staatshandeln  
III. Fazit & Ausblick

„[...] States may not, in the name of the struggle  
against espionage and terrorism, adopt whatever  
measures they deem appropriate.“<sup>1</sup>

**Abstract**

Es heißt, die nach Jahrhunderten des Kämpfens erreichte Absicherung fundamentaler Menschenrechte durch einen effektiven Rechtsschutz soll die Demokratie auch vor ihren eigenen Dämonen schützen.<sup>2</sup> Anders ausgedrückt darf ein demokratischer Rechtsstaat nicht in einer Weise auf Bedrohungen von außen reagieren, welche jene Grundsätze angreift, die ihn überhaupt als solchen auszeichnen. Geradezu der Prototyp dieses Vorgehens ist die willkürliche Inhaftierung Unschuldiger, um das Sicherheitsgefühl im Staate zu stärken. In Anbetracht einer neuen gesetzlichen Entwicklung ist es daher das Ziel dieses Beitrages, an einige rechtsstaatliche Errungenschaften zu erinnern.

**A) Einleitung**

Am 1. August 2017 ist der Freistaat Bayern sicherer geworden. Mit dem Gesetz „zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“ wurde eine zeitlich unbeschränkte präventive Inhaftierungsmöglichkeit für potentiell gefährliche Personen geschaffen.<sup>3</sup>

Begründet wurde die Änderung mit dem Erfordernis, das präventivpolizeiliche Befugnisinstrumentarium unverzüglich an eine im Hinblick auf Terrorismus und Extremismus geänderte Bedrohungslage anzupassen.<sup>4</sup> Hierfür sei es insbesondere notwendig gewesen, auch gegen Personen vorgehen zu können, denen (noch) keine konkreten Straftaten – einschließlich strafbarer Vortaten – gesichert nachgewiesen werden können oder bei denen eine Verurteilung bereits zurückliegt, die aber erneut bzw. nach wie vor gefährlich sind.<sup>5</sup>

Die bayerischen Sicherheitsbehörden haben dementsprechend künftig die Möglichkeit, Personen nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 PAG nF. in Gewahrsam zu nehmen, wenn dies zur Abwehr einer „drohenden Gefahr“ unerlässlich ist. Der Begriff der „drohenden Gefahr“ wurde ebenfalls neu ins PAG eingeführt und bezeichnet nach Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG nF. eine Situation in welcher das „individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in

\* Der Autor ist stellvertretender Gleichstellungsbeauftragter des juristischen Bereiches der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und stellvertretender Schriftleiter dieser Zeitschrift. Er dankt Frau Stud. iur. Laura Lütt für die Durchsicht des Manuskriptes und ihre hilfreichen Anmerkungen.

<sup>1</sup> EGMR, 06.09.1978, Nr. 5029/71 – Klass and others v. Germany, Rn. 48.

<sup>2</sup> So Warbrick, EJIL 2004, 989 (1016).

<sup>3</sup> Gesetz v. 31.07.2017, GVBl. 13/2017, S. 388.

<sup>4</sup> ▶ Bayerischer Landtag-Drs 17/16299, S. 9.

<sup>5</sup> Ibid.

absehbarer Zeit Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind“.<sup>6</sup> Eine solche „drohende Gefahr“ befugt die Polizei indes nur zum Einschreiten, wenn sie auf ein „bedeutendes Rechtsgut“ bezogen ist (Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG nF). Für den präventiven Gewahrsam können dies „der Bestand der Sicherheit des Bundes oder eines Landes“, „Leben, Gesundheit oder Freiheit“, „die sexuelle Selbstbestimmung“ oder „Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt“ sein. Die (Höchst-)Dauer der Haft ist in Art. 20 Abs. 3 PAG nF. geregelt. Sie darf drei Monate nicht überschreiten, kann vom hierfür (ausschließlich) zuständigen Richter aber beliebig oft um weitere drei Monate verlängert werden. Dieser Gewahrsam *ad infinitum* kann ferner Anwendung finden, wenn der „Gefährder“ der Anordnung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung („Fußfessel“) nach Art. 32a Abs. 1 S. 1 PAG nF. nicht Folge leistet oder die Haft „unerlässlich“ ist, um einen Platzverweis (Art. 16 Abs. 1 nF. PAG) oder die neu eingeführten Maßnahmen der Aufenthaltsanordnung oder des Kontaktverbotes (Art. 16 Abs. 2 nF. PAG) durchzusetzen (Art. 17 Abs. 1 Nr. 4 f. PAG). Betroffen von der Neuregelung können damit nicht nur zur Legitimation herangezogenen „islamistische Gefährder“<sup>7</sup> sein, sondern insbesondere auch Hooligans oder militante Autonome.<sup>8</sup>

Bestand haben wird das Gesetz freilich nicht.<sup>9</sup> Diskussionswürdig erscheint insofern allein die Frage, ob es der Bayerische Verfassungsgerichtshof (BayVerfGH), das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) oder der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) sein wird, welcher die fundamentale Unvereinbarkeit der Regelung mit rechtsstaatlichen Mindestanforderungen feststellen wird.<sup>10</sup> Es ist nämlich so, dass Bayern keineswegs der erste Staat in Europa ist, der sich an einem Gesetz zur *präventiven* Inhaftierung mutmaßlicher Terroristen versucht. Insbesondere als Reaktion auf die Anschläge vom 11. September 2001 haben viele Staaten mit ganz unterschiedlichen Legitimationsversuchen entsprechende Maßnahmen ergriffen.<sup>11</sup> In Europa war dies vor allem das Vereinigte Königreich mit dem Anti-Terrorism Crime and Security Act (ATCSA) vom 04. Dezember 2001.<sup>12</sup>

Es war eine Beschwerde gegen eben jene Regelungen, die den EGMR veranlassten, erstmals über die generelle Zulässigkeit der präventiven Haft für potentielle Terroristen zu entscheiden. Der vorliegende Beitrag soll als Erinnerung an eben jene Vorgaben dienen und gleichzeitig Warnung sein, die seinerzeit im Vereinigten Königreich gemachten Fehler nicht zu wiederholen oder sie sich – in Anbetracht einiger Befürworter dieses Vorgehens<sup>13</sup> –

gar zum Vorbild zu nehmen. Denn wie zu zeigen sein wird, gingen die Regelungen des ATCSA vor allem im Hinblick auf die Durchführung der Haft und den mangelhaften Rechtsschutz sogar deutlich über die neuen bayerischen Regelungen hinaus.

## B) Eine Fallstudie

Am 17.12.2001 und am 02.10.2003 stellte der britische Innenminister hinsichtlich insgesamt elf Personen unterschiedlicher (nicht-britischer) Staatszugehörigkeit fest, dass diese gem. § 21 ATCSA im Verdacht stehen, internationale Terroristen zu sein. In der Folge wurden alle elf Personen, wie es das Gesetz vorsah, auf unbestimmte Zeit inhaftiert (§ 23 ATCSA). Da die britische Regierung erkannte, dass das Gesetz möglicherweise nicht mit dem in Art. 5 EMRK garantierten Recht auf Freiheit und Sicherheit zu vereinbaren sei, entschloss man sich, am 18.12.2001 durch Erklärung gegenüber dem Generalsekretär des Europarates vom Recht auf Abweichen (von den Verpflichtungen der Konvention) im Notstandsfall Gebrauch zu machen (Art. 15 EMRK, sog. „Derogation“). Als Begründung wurde eine Gefahr für das Leben der Nation durch drohende Terroranschläge auf britischem Hoheitsgebiet angegeben (Art. 15 Abs. 1 EMRK).

Die Inhaftierten machten unterdessen von ihrem Rechtsmittel Gebrauch und wandten sich gem. § 25 Abs. 1 ATCSA an die Special Immigration Appeals Commission (SIAC), wo sie die Verletzung ihrer Rechte aus Art. 3, 5, 6 und 14 EMRK geltend machten. Weiterhin lägen die Voraussetzungen des Art. 15 EMRK nicht vor und ihre Einstufung als „internationale Terroristen“ sei rechtswidrig. Die SIAC folgte der Argumentation der Beschwerdeführer, dass die Erklärung nach Art. 15 EMRK rechtswidrig sei, weil nach dem ATCSA nur ausländische „Terrorverdächtige“ in Haft genommen werden können, nicht aber britische. Hierin liege ein Verstoß gegen Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot). Die SIAC erließ insofern eine Unvereinbarkeitserklärung gem. Art. 4 des Human Rights Act (HRA) bzgl. § 23 ATCSA. Das von der Regierung angerufene Berufungsgericht (Court of Appeal) hielt die Beschränkung der Maßnahmen auf Ausländer für „unbedingt erforderlich“, weswegen *kein* Verstoß gegen Art. 14 EMRK vorliege.

Auch gegen diese Entscheidungen stand den Inhaftierten ein Rechtsmittel zu, über welches sodann das House of Lords zu entscheiden hatte. Dieses ist als Oberhaus des britischen Parlaments eigentlich Teil der Legislative, fungierte aber zum hier relevanten Zeitpunkt<sup>14</sup> (auch) als oberstes Rechtsmittelgericht in

<sup>6</sup> Die Kategorie der drohenden Gefahr wird vom bayerischen Gesetzgeber als Umsetzung der Entscheidung BVerfG, Urt. v. 20.04.2016, Az.: 1 BvR 966/09 und 1 BvR 1140/09 (►JSE 2016, 147) verstanden:

►Bayerischer Landtag-Drs. 17/16299, S. 2.

<sup>7</sup> Zum Begriff v. *Denkowski*, Kriminalistik 2007, 325 ff.; zur sprachlichen Konstruktion der Figur des „Gefährders“ siehe *Böhm*, Der Gefährder und das Gefährdungsrecht (2011), 223 ff.

<sup>8</sup> In diese Richtung äußerte sich der Innenpolitische Sprecher der CSU-Landtagsfraktion *Florian Herrmann* im Bayernkurier vom 01.08.2017:

►www.bayernkurier.de/inland/27359-rot-gruene-sicherheitsblockade

<sup>9</sup> Zur Konventionsrechtswidrigkeit der in diesem Beitrag nicht angesprochenen Aspekte, vgl. *Sebastian*, InfAuslR 2017, Heft 11/12 (im Erscheinen).

<sup>10</sup> *Möllers*, ZRP 2010, 153 (155) weist darauf hin, dass das BVerfG im Hinblick auf die präventive Inhaftierung großzügiger ist, als der EGMR, sodass die letztgenannte Variante die praktisch wahrscheinlichste scheint.

<sup>11</sup> Vgl. insbes. zur durch den US Patriot Act verschärften „preventive detention“ in den USA: *Walther*, ZIS 2007, 464 ff.

<sup>12</sup> ►www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/24/section/21/enacted.

Er wurde in Folge der hier besprochenen Entscheidung im Jahre 2005 durch den Prevention of Terrorism Act ersetzt.

<sup>13</sup> Vgl. zum bayerischen Gesetz *Schwarz*, heute.de v. 01.08.2017 (►www.heute.de/neues-gefaehrder-gesetz-in-bayern-vorbeugehaft-auf-ewig-opposition-will-klagen-47680650.html) und generell zum Präventivgewahrsam *Kubiciel*, Ito.de v. 01.01.2017 (►www.ito.de/recht/hintergruende/h/terror-2016-politik-antwort-innere-sicherheit-praeventivgewahrsam-fuer-gefaehrder/).

<sup>14</sup> Durch den „Constitutional Reform Act“ vom 24.03.2005 wurde die Rechtssprechende Gewalt des House of Lords allerdings auf einen „Supreme Court of the United Kingdom“ übertragen, welcher diese Befugnisse seit dem 01. Oktober 2009 ausübt (Ausführlich hierzu *Sydow*, ZaöRV 2004, 65).

Zivilsachen für das gesamte Vereinigte Königreich und in Strafsachen für England, Wales und Nordirland.<sup>15</sup> In dieser Funktion schloss sich das House of Lords der Argumentation der SIAC an und hielt somit deren Unvereinbarkeitserklärung aufrecht.<sup>16</sup>

Das bedeutete für die Inhaftierten jedoch nicht, dass sie aus der Haft entlassen werden mussten. Denn der britische Human Rights Act (HRA) vom 09.11.1998<sup>17</sup> verpflichtet die Hoheitsträger („public authorities“) zwar, im Einklang mit den Rechten der Konvention zu handeln (Art. 6 HRA) und die Urteile des EGMR zu beachten (Art. 2 HRA), er gesteht den hierüber „wachenden“ Gerichten jedoch keine Kassationsbefugnis zu. Sie haben nach Art. 4 HRA lediglich die Möglichkeit, eine Unvereinbarkeitserklärung („declaration of incompatibility“) abzugeben, welche keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des der Entscheidung zugrundeliegenden Rechtsaktes hat (Art. 4 Abs. 6 HRA).<sup>18</sup> Dementsprechend dauerte es nach der Entscheidung noch weitere drei Monate, ehe die Inhaftierten aufgrund eines separaten Hoheitsaktes aus der Haft entlassen wurden.<sup>19</sup>

Noch bevor dies geschah, wandten sie sich mit einer Individualbeschwerde (Art. 34 EMRK) an den EGMR,<sup>20</sup> wo sie eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 3, 5 I und 14 EMRK (bzgl. der Inhaftierung) und 5 Abs. 4, 6 und 13 EMRK (bzgl. der ineffektiven Rechtsbehelfe) geltend machten.

### C) Die Zulässigkeit der Präventivhaft im Lichte des Rechts auf Freiheit (Art. 5 EMRK)

Art. 5 Abs. 1 EMRK bezweckt, den Einzelnen vor willkürlichen Beschränkungen seiner Fortbewegungsfreiheit zu schützen.<sup>21</sup> Es handelt sich um die historisch betrachtet wohl bedeutendste Garantie der Konvention.<sup>22</sup> Konstruktiv ist die Norm so ausgestaltet, dass sie ein sehr weit reichendes Freiheitsrecht gewährt, welches nur in abschließend aufgezählten Einzelfällen beschränkt werden darf (Art. 5 Abs. 1 lit. a)-f) EMRK).<sup>23</sup> Hierdurch sollen Freiheitsentziehungen vorhersehbar gemacht und gleichzeitig willkürliches Staatshandeln unterbunden werden.<sup>24</sup>

<sup>15</sup> *Strauch*, House of Lords (2003), S. 164 ff. Die judikative Funktion des House of Lords wurde von einer kleinen Gruppe von Mitgliedern mit Rechtserfahrung wahrgenommen, den sog. Lordrichtern oder auch „Law Lords“ (Ibid., S. 105, 134.).

<sup>16</sup> House of Lords EuGRZ 2005, 488.

<sup>17</sup> Der aktuelle Text des HRA ist verfügbar auf [www.legislation.gov.uk/](http://www.legislation.gov.uk/) weiterführend: *Theusinger*, ZRP 2001, 529.

<sup>18</sup> Weiterführend: *Baade*, AVR 51 (2013), 339 (344 ff.); *Rivers*, JZ 2001, 127 ff. und *Grote*, ZaöRV 1998, 309 ff. Zu den anderen Möglichkeiten der innerstaatlichen Geltung der EMRK siehe *Sebastian*, GRUR Int. 2013, 524 (525) mwN.

<sup>19</sup> EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – A. and others v. The United Kingdom, Rn. 84: Die Konventionswidrigkeit wurde am 16.12.2004 durch das House of Lords festgestellt. Die Haftentlassung erfolgte allerdings erst am 11.03.2005.

<sup>20</sup> Weiterführend zum Rechtsschutzsystem der Konvention siehe *Sebastian*, GRUR Int. 2013, 524 (525).

<sup>21</sup> EGMR, 18.12.1996, Nr. 21987/93 – Aksoy v. Turkey, Rn. 76; EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – A. and others v. The United Kingdom, Rn. 162; *Renzikowski*, in: Pabel/Schmahl/Karl, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 19. Lieferung (2016), Art. 5 Rn. 17, 20 f.; *Esser*, in: Löwe/Rosenberg, EMRK, 26. Auflage (2012), Art. 5 Rn. 1.

<sup>22</sup> EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – A. and others v. The United Kingdom, Rn. 162.

<sup>23</sup> St. Rspr., s. nur EGMR, 29.01.2008, Nr. 13229/03 – Saadi v. The United Kingdom, Rn. 43; EGMR, 04.04.2000, Nr. 26629/95 – Witold Litwa v. Poland, Rn.

## I. Rechtsgrundlage für präventive freiheitsentziehende Maßnahmen

Damit es sich bei der präventiven Inhaftierung (potentiell) gefährlicher Personen um eine rechtmäßige Freiheitsentziehung handelt, bedarf es mithin eines Haftgrundes.

### 1. Verurteilung (Art. 5 Abs. 1 lit. a) EMRK

Insbesondere in Fällen, in denen der „Gefährder“ bereits in der Vergangenheit inhaftiert war und zu besorgen ist, dass er (oder sie) erneut entsprechende Taten begehen wird, besteht mit der „Verurteilung durch ein zuständiges Gericht“ ein grundsätzlich denkbarer Anknüpfungspunkt für die Legitimation der Freiheitsentziehung (Art. 5 Abs. 1 lit. a) EMRK). In der Sache geht es hier um Fälle der nachträglichen Sicherungsverwahrung, welche dem Schutz potentieller Opfer vor (weiterhin) gefährlichen Straftätern dienen soll, die ihre (schuldangemessene) Strafe allerdings bereits verbüßt haben.

Tatsächlich lässt Art. 5 Abs. 1 lit. a) EMRK eine solche Auslegung aber nicht zu, wie die zahlreichen Verurteilungen Deutschlands wegen eben jenes Vorgehens eindrucksvoll zeigen.<sup>25</sup> Hintergrund ist die Forderung des Gerichtshofes, dass zwischen Verurteilung und Freiheitsentziehung ein Kausalzusammenhang („causal link“) dergestalt bestehen müsse, dass die Entscheidung über die Freiheitsentziehung im Urteil getroffen werde.<sup>26</sup> Sofern keiner der anderen Haftgründe eingreift, kann eine präventive Inhaftierung damit nicht auf eine vergangene Verurteilung gestützt werden. Hieran ändern weder die Berufung auf eine Schutzpflicht des Staates gegenüber seinen Bürgern noch die ausdrückliche gesetzliche Anordnung etwas.<sup>27</sup> Letzterenfalls käme zum Verstoß gegen Art. 5 EMRK ein weiterer gegen das Rückwirkungsverbot hinzu (*nulla poena sine lege praevia*, Art. 7 EMRK).<sup>28</sup>

### 2. Beugehaft (Art. 5 Abs. 1 lit. b) Var. 2 EMRK

Art. 5 Abs. 1 lit. b) EMRK normiert die Beugehaft, welche theoretisch zum Erzwingen einer (jeden) gesetzlichen Verpflichtung in Frage kommt („any obligation prescribed by law“), soweit die Verpflichtung selbst mit der Konvention im Einklang steht.<sup>29</sup> Um das System der abschließend aufgezählten Haftgründe indes

49; EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – A. and others v. The United Kingdom, Rn. 163; *Möllers*, ZRP 2010, 153 (155).

<sup>24</sup> Vgl. *Renzikowski*, in: Pabel/Schmahl/Karl, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 19. Lieferung (2016), Art. 5 Rn. 2.  
<sup>25</sup> EGMR, 17.12.2009, Nr. 19359/04 – M v. Germany; EGMR, 13.1.2011, Nr. 17792/07 – Kallweit v. Germany; EGMR, 13.1.2011, Nr. 20008/07 – Mauter v. Germany; EGMR, 13.1.2011, Nr. 27360/04 [ua.] – Schummer v. Germany; EGMR, 14.4.2011, Nr. 30060/04 – Jendrowiak v. Germany. Weiterführend: *Renzikowski*, ZIS 2011, 531.

<sup>26</sup> EGMR, 18.12.1986, Nr. 9990/82 – Bozano v. France, Rn. 53; EGMR, 02.03.1987, Nr. 9787/82 – Weeks v. The United Kingdom, Rn. 42; EGMR, 02.03.1987, Nr. 9562/81 [ua.] – Monell and Morris v. The United Kingdom, Rn. 40; EGMR, 28.03.1990, Nr. 11968/86 – B v. Austria, Rn.38; EGMR, 17.12.2009, Nr. 19359/04 – M v. Germany, Rn. 96 ff. Kritisch zur verwendeten Begrifflichkeit *Renzikowski*, in: Pabel/Schmahl, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 19. Lieferung (2016), Rn. 146 und *ders.* NJW 2013, 1638.

<sup>27</sup> EGMR, 14.4.2011, Nr. 30060/04 – Jendrowiak v. Germany, Rn. 37; EGMR, 24.11.2011, Nr. 4646/08 – O. H. v. Germany, Rn. 97; weiterführend: *Möllers*, ZRP 2010, 153 (154).

<sup>28</sup> Hierzu insbesondere *Möllers*, ZRP 2010, 153 f., der die Auslegung des Verbotes in der Rspr. von EGMR und BVerfG gegenüberstellt.

<sup>29</sup> *Renzikowski*, in: Pabel/Schmahl, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 19. Lieferung (2016), Rn. 174, 176.

nicht zu sprengen, genügen allgemeine Bürgerpflichten wie Rechtsgehorsam oder gar Anstand nicht, um eine Freiheitsentziehung zu legitimieren.<sup>30</sup> Aus demselben Grund müssen die durchgesetzten Verpflichtungen ein gewisses Maß an Bestimmtheit aufweisen, da der Betroffene andernfalls nicht vorhersehen könnte, unter welchen Umständen er in Haft genommen werden kann.<sup>31</sup>

Dementsprechend kann insbesondere der (präventive) Polizeigewahrsam auf Art. 5 Abs. 1 lit. b) EMRK gestützt werden,<sup>32</sup> soweit er der Durchsetzung einer *anderweitigen* polizeilichen Anordnung, bspw. eines Platzverweises, dient.<sup>33</sup> Und selbst dieses Vorgehen steht unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit und kann nicht länger dauern, als die angeordnete Maßnahme selbst. Geht es um die Unterbindung von (noch nicht konkretisierten<sup>34</sup>) Straftaten und Ordnungswidrigkeiten sind nach zu treffender Auffassung zudem die lit. c) – e) *leges specialis*.<sup>35</sup>

Eine (potentiell unbegrenzte) Präventivhaft für „Gefährder“ kann mithin auch unter dem Gesichtspunkt der Erzwingung einer (spezifischen und konkreten) gesetzlichen Verpflichtung nicht legitimiert werden.<sup>36</sup>

### 3. Präventivhaft (Art. 5 Abs. 1 lit. c) Var. 2 EMRK)

Rechtsgrundlage für eine *präventive* Haft soll nach dem Verständnis der Konvention grundsätzlich Art. 5 I lit. c) EMRK sein.<sup>37</sup> Die Norm ist allerdings in einem strafrechtlichen Kontext zu verstehen, sodass die Haft nur zulässig ist, um die wiederholte Begehung von Straftaten oder eine Flucht des Täters nach deren Begehung zu verhindern.<sup>38</sup> Generalpräventive Erwägungen genügen hierfür nicht, es muss sich daher um eine bestimmte rechtswidrige Tat handeln, deren Begehung konkret befürchtet wird.<sup>39</sup> Dementsprechend ist die Norm für „Gefährder“ nicht einschlägig, da diese sich gerade dadurch auszeichnen, dass man Ihnen die Begehung bestimmter Straftaten zwar zutraut, es im Hinblick auf das Zeitfenster oder konkrete Tatpläne in aller Regel aber keine Anhaltspunkte gibt.<sup>40</sup>

Die einzige Möglichkeit, eine präventive Haft – insbesondere für potentielle Terroristen – auf Art. 5 Abs. 1 lit. c StGB zu stützen,

ist mithin eine Vorverlagerung der Strafbarkeit selbst. Ein Vorgehen, dass sich insbesondere in den zahlreichen „Bekämpfungsgesetzen“<sup>41</sup> des deutschen Gesetzgebers großer Beliebtheit erfreut.<sup>42</sup> Doch würde es den Rahmen des Beitrages sprengen, der Frage nachzugehen, inwiefern eine solche Gefahrprävention mit den Mitteln des (materiellen) Strafrechts der richtige Weg ist, den Herausforderungen des internationalen Terrorismus Herr zu werden.<sup>43</sup>

### 4. Geisteskrankheit (Art. 5 Abs. 1 lit. e) EMRK)

Verhältnismäßig unproblematisch kann eine präventive Inhaftierung hingegen auf Art. 5 Abs. 1 lit. e) EMRK gestützt werden, wenn der „Gefährder“ aufgrund einer psychischen Erkrankung gefährlich ist. Dementsprechend wurde in Deutschland versucht die nachträgliche Sicherungsverwahrung – insbesondere für Sexualstraftäter – durch eine Neuregelung im sog. Therapieunterbringungsgesetz (ThUG) aufrechtzuerhalten.<sup>44</sup> Da politisch, religiös oder anderweitig ideologisch motivierte (potentielle) Straftäter indes nicht zwangsläufig geisteskrank sind, kann eine *generelle* Präventivhaft für sie auch auf diesen Haftgrund nicht gestützt werden.<sup>45</sup>

### 5. Abschiebehaft (Art. 5 Abs. 1 lit. f) EMRK)

Denkbar ist schließlich der Weg, welchen die britische Regierung wählte, indem sie die Möglichkeit der präventiven Inhaftierung auf Ausländer beschränkte. Begründet wurde die Diskriminierung mit der Befürchtung, dass insbesondere britische Muslime geneigt sein könnten, sich den Extremisten anzuschließen, wenn (auch) sie unter Generalverdacht gestellt würden, Terroristen zu sein.<sup>46</sup> Inwiefern eine solche Argumentation schlüssig ist, sei dahingestellt, jedenfalls lassen sich gewisse empirische Erfahrungswerte nicht leugnen, die das Vorgehen *prima facie* plausibel erscheinen lassen. Es handelt sich dementsprechend um eine in den europäischen Staaten durchaus verbreitete Vorgehensweise.<sup>47</sup>

Art. 5 Abs. 1 lit. f) EMRK hat gegenüber lit. c) eine vergleichsweise niedrige Legitimationsschwelle, da der Staat ihr bereits dann genügt, wenn ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist und zügig betrieben wird (dazu sogleich).<sup>48</sup> Fer-

<sup>30</sup> EGMR, 01.07.1961, Nr. 3327/57 – *Lawless v. Ireland*, Rn. 9, 12; EGMR, 06.11.1980, Nr. 7367/76 – *Guzzardi v. Italy*, Rn. 101; EGMR, 22.02.1989, Nr. 1152/84 – *Ciulla v. Italy*, Rn. 36. Vgl. Auch EGMR, 08.06.1976, Nr. 5100/71 [ua.] – *Engel v. The Netherlands*, Rn. 69.

<sup>31</sup> EGMR, 08.06.1976, Nr. 5100/71 [ua.] – *Engel v. The Netherlands*, Rn. 69; EGMR, 14.11.2013, Nr. 47152/06 – *Blokhin v. Russia*, Rn. 121 f. Vgl. ferner *Trechsel*, Die europäische Menschenrechtskonvention (1974), Rn. 204 ff.

<sup>32</sup> Einen kurzen Überblick über die Regelungen und ihre mögliche Auslegung gibt *Walther*, ZIS 2007, 464 (469).

<sup>33</sup> *Waechter*, NVwZ 2014, 996 schreibt insofern von einem „Vollstreckungsgewahrsam“.

<sup>34</sup> Für Taten, die im Hinblick auf Zeit, Ort und mögliches Opfer hinreichend konkretisiert sind, siehe: EGMR, 07.03.2013, Nr. 15598/08 – *Ostendorf v. Germany*, Rn. 93.

<sup>35</sup> *Harris/O’Boyle/Warbrick*: Law of the European Convention on Human Rights, 3. Aufl. (2014), S. 313; *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, EMRK, 4. Aufl. (2017), Art. 5 Rn. 37.

<sup>36</sup> Vgl. EGMR, 17.12.2009, Nr. 19359/04 – *M. v. Germany*, Rn. 102 und *Renzikowski*, JR 2004, 274.

<sup>37</sup> *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage (2016), § 21 Rn. 23.

<sup>38</sup> Siehe EGMR, 22.02.1989, Nr. 1152/84 – *Ciulla v. Italy*, Rn. 38 und *Renzikowski*, in: Pabel/Schmahl/Karl, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 19. Lieferung (2016), Art. 5 Rn. 186 mwN.

<sup>39</sup> EGMR, 06.11.1980, Nr. 7367/76 – *Guzzardi v. Italy*, Rn. 102; EGMR, 22.02.1989, Nr. 1152/84 – *Ciulla v. Italy*, Rn. 40.

<sup>40</sup> *Chalkiadaki*, Gefährderkonzepte in der Kriminalpolitik (2017), S. 111; v. *Denkowski*, Kriminalistik 2007, 325 (327).

<sup>41</sup> Kritisch zum einem als „Kampf“ verstandenen Strafrecht *Vormbaum*, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (2016), §§ 6 und 7. Vgl. auch *Hefendehl*, StV 2005, 156: „*martialischer Begriff*“.

<sup>42</sup> Hierzu der Überblick bei *Heinrich*, ZStW 121 (2009), 94 (105 ff.), der aufzeigt, dass andere Staaten den Weg über das Polizei- und Prozessrecht wählten, während der deutsche Gesetzgeber sich für den Weg über das materielle Strafrecht entschied. Kritisch hierzu auch *Walter*, KJ 2008, 443.

<sup>43</sup> Hierzu bereits *Hassemer*, HRRS 2006, 130 (138 ff.) und *ders.*, ZIS 2006, 266 (270).

<sup>44</sup> Im Einzelnen: *Renzikowski*, NJW 2013, 1638.

<sup>45</sup> *Möllers*, ZRP 2010, 153 (155).

<sup>46</sup> EGMR, 19.02.2009, Nr. 2455/05 – *A. and others v. The United Kingdom*, Rn. 151, 188.

<sup>47</sup> *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, EMRK, 4. Auflage (2017), Art. 5 Rn. 3; Vgl. auch EGMR, 17.04.2014, Nr. 2010/13 – *Ismailov v. Russia*; EGMR, 02.10.2012, Nr. 14743/11 – *Abdulkhakov v. Russia*.

<sup>48</sup> EGMR, 15.11.1996, Nr. 22414/93 – *Chahal v. The United Kingdom*, Rn. 113; EGMR, 22.03.1995, Nr. 18580/91 – *Quinn v. France*, Rn. 48; EGMR, 24.09.1992 – *Kolompar v. Belgium*, Nr. 11613/85, Rn. 36. Einen kurzen Überblick über die



ner sind – von Seiten der Konvention – keine ausländerrechtlichen Implikationen zu bedenken, da sie insofern keine Regelungen, insbesondere keinen (generellen) Anspruch auf Nicht-Ausweisung enthält (auch hierzu sogleich).<sup>49</sup>

## II. Die Rechtmäßigkeit freiheitsentziehender Maßnahmen

Vom Vorliegen des Haftgrundes ist allerdings die Frage der Rechtmäßigkeit der Haft zu trennen. Für dieses Merkmal genügt zwar grundsätzlich ein „due process“, also die nationale Prozessrechtmäßigkeit,<sup>50</sup> allerdings muss die Haft darüber hinaus – und insofern endet die Verweisung auf das nationale Recht – eng mit dem zu ihrer Legitimation herangezogenen Haftgrund verbunden und im guten Glauben an eben jene Legitimation verhängt worden sein. Andernfalls ist die Freiheitsentziehung *willkürlich* und damit trotz ihrer Prozessrechtmäßigkeit und dem Vorliegen eines Haftgrundes rechtswidrig.<sup>51</sup>

Geht es also um die präventive Haft von „Terrorverdächtigen“ oder sonstigen „Gefährdern“ gilt zu bedenken, dass jene Personen (noch) keine Taten begangen haben oder solchen auch nur verdächtig sein müssen; selbst eine aktuelle (konkrete) Gefährlichkeit ist nicht erforderlich.<sup>52</sup> Im Falle eines solchen Verdachtes oder gar der Gewissheit, wäre eine Freiheitsentziehung ohne weiteres nach Art. 5 I lit. c) EMRK (präventive (Untersuchungs-)Haft) bzw. nach Verurteilung durch Art. 5 I lit. a) EMRK (repressive (Straf-)Haft) zu rechtfertigen. Hier geht es jedoch regelmäßig um vage Vermutungen bzgl. Sympathien mit einer terroristischen Vereinigung bzw. der irgendwie gearteten Unterstützung einer solchen. Die in der Einleitung zitierte bayerische Regelung zur „drohenden Gefahr“ verdeutlicht dies. Für die genannten Haftgründe genügen derartige Verdachtsmomente, wie gezeigt wurde, grundsätzlich nicht.<sup>53</sup>

Möchte man insofern – wie dargestellt – auf Art. 5 I lit. f) EMRK ausweichen, stellt sich das Problem, dass dem Ziel des notwendigen Ausweisungsverfahrens eine Schutzpflicht des Staates aus Art. 3 EMRK entgegenstehen kann. Hiernach ist die Ausweisung in einen Staat unzulässig, in welchem dem Ausgewiesenen eine Art. 3 EMRK zuwiderlaufende Behandlung oder gar der Tod drohen würde.<sup>54</sup> Bei den Staaten des Nahen Ostens – um die es in der Regel gehen wird – lässt sich eine solche Behandlung jedenfalls nicht mit Sicherheit ausschließen.<sup>55</sup> Auch scheidet die prä-

ventive Haft damit für „gefährliche“ Staatsbürger des inhaftierungswilligen Staates generell aus. Zusammengefasst ergibt sich mithin die folgende Konstellation:

Da in aller Regel keine Anhaltspunkte für eine konkrete Straftat vorliegen werden, scheidet Art. 5 I lit. c) EMRK als Haftgrund aus. Selbst wenn man den bestehenden Verdacht als Ausweisungsgrund genügen ließe,<sup>56</sup> stünde einer Anwendung des Art. 5 I lit. f) EMRK auf die Haft gem. Art. 3 EMRK die Tatsache entgegen, dass ein Ausweisungsverfahren nicht – oder jedenfalls nicht zügig genug – betrieben werden könnte.<sup>57</sup> Trotz Vorliegens eines Haftgrundes, wäre eine rechtmäßige Freiheitsentziehung in diesen Fällen nicht möglich.

## III. Keine Abwägung und keine „unbenannten“ Haftgründe

Eine Präventionshaft auf eigenständiger gesetzlicher Basis – abseits der oben genannten Konstellationen – wird von der EMRK mithin kategorisch ausgeschlossen.<sup>58</sup> Dass dieser Zustand vereinzelt als unbefriedigend empfunden wird, ist nachvollziehbar. Doch scheitern alle alternativen Legitimationsversuche – genannt seien hier der Schutz wichtiger Zeugen („material witness“) oder die Einordnung als feindliche Kämpfer („enemy combatant“)<sup>59</sup> – an der eingangs beschriebenen Struktur des Art. 5 EMRK:

Die Norm ist als Freiheitsrecht ausgestaltet, in das nur in bestimmten, abschließend aufgezählten Ausnahmefällen eingegriffen werden darf. Sie ist damit anders zu handhaben als bspw. das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK). Dort werden bestimmte Ausschnitte des Freiheitsrechtes näher umrissen (Art. 6 Abs. 3 lit. a)-e) EMRK), das Tatbestandsmerkmal der Fairness sozusagen konkretisiert. Die „Fairness insgesamt“ wird jedoch anhand einer Abwägung aller relevanten Umstände bestimmt. Daher sind einzelne Rechte denkbar, die nicht in den lit. a)-e) erwähnt werden und es kann trotz Verstoßes gegen eines dieser Rechte ein (insgesamt) faires Verfahren stattgefunden haben.<sup>60</sup>

Eine solche Abwägung zwischen Freiheitsinteressen des Einzelnen und zB. staatlichen Sicherheitsinteressen sieht Art. 5 EMRK aber bewusst nicht vor; sie ist vielmehr durch die abschließende

deutschen Regelungen zur Abschiebehaft und ihre mögliche Auslegung gibt *Walther*, ZIS 2007, 464 (469 f.).

<sup>49</sup> EGMR, 07.07.1989, Nr. 14038/88 – Soering v. The United Kingdom, Rn. 85; EKMR, 06.10.1976, Nr. 7317/75 – Lynas v. Switzerland, S. 152.

<sup>50</sup> Weiterführend: *Koch/Zekoll*, ZEuP 2010, 107 (112); *Klode*, NJOZ 2009, 1762 (1768 f.) und *Sebastian*, JSE 2015, 223 (224).

<sup>51</sup> EGMR, 29.01.2008, Nr. 13229/03 – Saadi v. The United Kingdom, Rn. 67, 72; EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – A. and others v. The United Kingdom, Rn. 164; *Meyer-Ladewig/ Harrendorf/ König*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, EMRK, 4. Auflage (2017), Art. 5 Rn. 20, 25.

<sup>52</sup> Das wäre sprachlich ohnehin schwer zu fassen, da es bis heute keine einheitliche bzw. trennscharfe Definition der Worte „Terrorist“ (vgl. *Frowein*, ZaöRV 2002, 879 (881 f.)) oder „Gefährder“ (v. *Denkowsky*, Kriminalistik 2007, 325) gibt.

<sup>53</sup> Jene Verhaltensweisen werden allerdings in zunehmendem Maße ihrerseits kriminalisiert (vgl. nur die Resolution 2178 (2014) des UN Sicherheitsrates, wonach der Versuch (!) der Ausreise zum Zwecke der Vorbereitung „terroristischer Handlungen“ bestraft werden soll (Nr. 6 lit. a))).

<sup>54</sup> EGMR, 07.07.1989, Nr. 14038/88 – Soering v. The United Kingdom, Rn. 84 ff.; EGMR, 15.11.1996, Nr. 22414/93 – Chahal v. The United Kingdom, Rn. 80; *Valerius*, in: Graf, Beck-OK StPO, Edition 27 (01.01.2017), Art. 3 EMRK Rn. 8.

<sup>55</sup> *Fischer*, Amnesty International Report (2013), S. 30 ff.; vgl. auch EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – A. and others v. The United Kingdom, Rn. 166 f.

<sup>56</sup> Da die EMRK zu den Themen Ausweisung und Ausweisung weitestgehend schweigt, wäre das wohl jedenfalls kein Konventionsverstoß (vgl. Art. 3 und 4 des 4. Zusatzprotokolls sowie *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, 3. Auflage (2009), Art. 5 Rn. 85 und EGMR, 07.07.1989, Nr. 14038/88 – Soering v. The United Kingdom, Rn. 85).

<sup>57</sup> So ausdrücklich das House of Lords (*Lord Bingham*) [2004] UKHL 56, Rn. 9 (in deutscher Übersetzung abgedruckt in EuGRZ 2005, 488 (491)). Dem schloss sich der Gerichtshof an: EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – A. and others v. The United Kingdom, Rn. 171 f.; weiterführend auch *Shah*, HRLR 2009, 473 (478).

<sup>58</sup> *Möllers*, ZRP 2010, 153 (155).

<sup>59</sup> Zu beidem: *Walther*, ZIS 2007, 464 (465 f.).

<sup>60</sup> *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, EMRK, 4. Aufl. (2017), Art. 6 Rn. 92, 222.; *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, 3. Auflage (2009), Art. 6 Rn. 2 mwN.

Aufzählung der Haftgründe bereits vom Konventionsgeber vorgenommen worden.<sup>61</sup> Anders ausgedrückt, genügt es für das Recht aus Art. 5 EMRK gerade nicht, wenn der Beschwerdeführer „überwiegend“ oder „insgesamt“ frei war. „Freiheit“ im Sinne der Konvention ist – im Gegensatz zur „Fairness“ – kein Saldo-begriff.

Die präventive Haft von Personen, welche als „Gefahr für die nationale Sicherheit“ eingestuft werden, ist damit – jedenfalls so lange dies der einzige Grund ist – unvereinbar mit Art. 5 EMRK. Allerdings sieht Art. 15 Abs. 1 EMRK die Möglichkeit vor, von bestimmten Verpflichtungen der Konvention abzuweichen, wenn „das Leben der Nation durch [...] einen [...] öffentlichen Notstand bedroht“ ist.<sup>62</sup> Das Recht findet seine Grenze allerdings in den Garantien selbst. Denn die Abweichung ist nur so lange gerechtfertigt, bis die Staatsgewalt – ggf. trotz andauernden Notstands – wieder in der Lage ist die Rechte zu gewähren.<sup>63</sup> Ob ein Notstandsfall vorlag und ob das Abweichen von den Garantien der Konvention *unbedingt erforderlich* war, unterliegt indes der Kontrolle des EGMR.<sup>64</sup> Im Hinblick auf die wenigen bisher entschiedenen Fälle wird jedoch deutlich, dass es hier hohe Hürden gibt: Dort ging es um terroristische Untergrundorganisationen, welche die Mittel hatten, die legitime Regierung zu stürzen oder jedenfalls „No-Go-Areas“ im Lande geschaffen hatten, in denen ein geregelter Gesetzesvollzug nicht (mehr) möglich war.<sup>65</sup> Will man die Derogationsbefugnis des Art. 15 EMRK mithin nicht inflationär gebrauchen, sollte sie auch in Anbetracht der Bedrohung durch den internationalen Terrorismus Fällen vorbehalten bleiben, in denen der Staat nicht mehr in der Lage ist, die eigenen Gesetz überall gleichermaßen zu vollziehen, um so ein einheitliches Schutzniveau für alle Menschen im Staate zu gewährleisten.<sup>66</sup> Das mag im Angesicht verheerender Anschläge oder Putschversuche (kurzzeitig) denkbar sein, nicht jedoch im Falle (dauerhafter) abstrakter Bedrohungsszenarien.

## D) Die Durchführung der Präventivhaft im Lichte des Folterverbotes (Art. 3 EMRK)

Bezüglich der Haftbedingungen ist zunächst auf das im Rahmen der Diskussion um die Sicherungsverwahrung entwickelte Abstandsgebot hinzuweisen, welches es verbietet, die Sicherungsverwahrung im „normalen“ Strafvollzug zu durchzuführen.<sup>67</sup> Unabhängig von der Legitimation einer möglichen Präventivhaft, wäre dieses Gebot wohl auch für inhaftierte „Gefährder“ zu beachten, sofern es sich nicht um die Vollstreckung einer Strafe handelt.

Darüber hinaus ist jedoch vor allem das Verbot von Folter oder unmenschlicher bzw. erniedrigender Behandlung oder Strafe zu beachten (Art. 3 EMRK). Diente es oben noch als konventionsimmanente Ausweisungsschranke, so leuchtet es unmittelbar ein, dass die Haftbedingungen im ausweisenden Staat ebenfalls den Anforderungen dieser Garantie entsprechen müssen. Neben menschenunwürdigen Bedingungen während der Haft selbst kann dabei insbesondere *deren Dauer* zum Problem werden. Im hier als Ausgangspunkt gewählten Fall waren immerhin drei der Beschwerdeführer für ca. drei Jahre und drei Monate inhaftiert. Während der letzten drei Monate war zudem letztinstanzlich entschieden, dass die Haft – trotz Derogation des Vereinigten Königreiches – menschenrechtswidrig war.

## I. Hintergrund und Handhabe des Folterverbotes

Der Gerichtshof hebt in ständiger Rechtsprechung hervor, dass es zwar ureigene Aufgabe eines Staates sei, die Bevölkerung vor Terrorgewalt zu schützen,<sup>68</sup> dies aber keinesfalls auf Kosten jener Grundwerte geschehen dürfe, welche einen Rechts- von einem Unrechtsstaat unterscheiden.<sup>69</sup> Einer der wohl wichtigsten jener Werte ist das ausnahmslose Verbot von Folter und unmenschlicher Behandlung.<sup>70</sup> Da die Konvention nicht nach dem Verhalten differenziert, welches dem Beschuldigten bzw. dem Täter zur Last gelegt wird, oder gar nach Bürgern und Feinden, gilt die Garantie selbstverständlich auch für Terrorverdächtige.<sup>71</sup>

<sup>61</sup> EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – A. and others v. The United Kingdom, Rn. 171 mit sehr deutlichen Worten.

<sup>62</sup> Tatsächlich haben aber beinahe alle internationalen Menschenrechtsabkommen „Derogationsklauseln“, deren Ausgestaltung jener von Art. 15 EMRK gleicht (Harris/O’Boyle/Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, 3. Auflage (2014), S. 824 mwN.).

<sup>63</sup> Hintergrund ist, dass eine effektive – lies: handlungsfähige – Staatsgewalt *conditio sine qua non* für den (völker-rechtlichen) Rechtsschutz der EMRK ist (Vgl. Krieger, in: Grothe/Maraun, EMRK/GG Konkordanzkommentar, Bd. 1, 2. Aufl. (2013), Kap. VIII Rn. 12, 14: „öffentliches Interesse an einer effektiven Regierung“; „Verantwortung einer effektiven Staatsgewalt“)

<sup>64</sup> EGMR, 18.01.1987, Nr. 5310/71 – Ireland v. The United Kingdom, Rn. 212 f.; EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – A. and others v. The United Kingdom, Rn. 172

<sup>65</sup> EKMR, 20.09.1958, Nr. 176/56 – Greece v. The United Kingdom Rn. 132; EGMR, 05.11.1969, Nr. 3321/67 [ua.] – The Greek Case, Rn. 112 f.

### Im Zusammenhang mit der Irish Republican Army (IRA):

EGMR, 01.06.1961, Nr. 332/57 – Lawless v. Ireland, Rn. 28 f.; EGMR, 18.01.1978, Nr. 5310/71 – Ireland v. The United Kingdom, Rn. 205; EGMR, 25.05.1993, Nr. 14553/89 [ua.] – Brannigan and McBride v. The United Kingdom, Rn. 47

### Im Zusammenhang mit der Partiya Karkerên Kurdistan (PKK):

EGMR, 18.12.1996, Nr. 21987/93 – Askoy v. Turkey, Rn. 70; EGMR, 26.11.1997, 23878/94 [ua.] – Sakik and others v. Turkey, Rn. 38; EGMR, 32.09.1998, Nr. 213880/93 [ua.] – Demir and others v. Turkey, Rn. § 45.

<sup>66</sup> Im *Greek-Case* ging es bspw. um einen Putschversuch durch den die öffentliche Sicherheit und Ordnung im gesamten Staat zusammenzubereiten

drohte (EGMR, 05.11.1969, Nr. 3321/67 [ua.] – The Greek Case, Rn. 60); Da die griechische Regierung aber ihrer Darlegungslast nicht nachkam, hatten die Staatenbeschwerden allerdings Erfolg.

<sup>67</sup> Im Einzelnen *Renzikowski*, NJW 2013, 1638 mwN.

<sup>68</sup> Vgl. schon *Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung (1689), II. 7. Kapitel, § 88.

<sup>69</sup> EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – A. and others v. The United Kingdom, Rn. 126 mwN.; sehr deutlich auch EGMR, 06.09.1978, Nr. 5029/71 – Klass and others v. Germany, Rn. 48: „[...] the Contracting States may not, in the name of the struggle against espionage and terrorism, adopt whatever measures they deem appropriate.“

<sup>70</sup> Vgl. Art. 15 Abs. 2 EMRK, EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – A. and others v. The United Kingdom, Rn. 126: „The Court is acutely conscious of the difficulties faced by States in protecting their populations from terrorist violence. This makes it all the more important to stress that Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic societies“ und *Meyer-Ladewig/Lehnert*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, EMRK, 4. Auflage (2017), Art. 3 Rn. 1: „Art. 3 schützt eines der wichtigsten Rechtsgüter der demokratischen Gesellschaft.“

<sup>71</sup> Vgl. EGMR, 13.5.2008, Nr. 52515/99 – Juhnke v. Türkei, Rn. 69; EGMR, 6.4.2000, Nr. 26772/95 – Labita v. Italien; EGMR, 1.6.2010, Nr. 22978/05 – Gäfgen v. Deutschland, Rn. 107; *Warbrick*, EJIL 2004, 989 (1017) weist zu Recht darauf hin, dass eine andere Betrachtung auf ein gesondertes Feindrecht – oder wie er es nennt „not law“ – hinausliefe.

Eben weil es sich um eine so zentrale Garantie des Konventionsrechts handelt, ist der Gerichtshof bemüht, sie nicht inflationär zu handhaben und damit zu entwerten. Insofern konsequent wird für eine Verletzung ein Mindestmaß an Schwere gefordert („*minimum level of severity*“).<sup>72</sup> Wann diese Schwelle erreicht ist, muss anhand einer Abwägung unter Beachtung aller Umstände des konkreten Einzelfalles ermittelt werden. Jene Umstände sind insbesondere die Dauer der Behandlung, ihre psychischen und physischen Wirkungen sowie (uU.) Geschlecht, Alter und Gesundheitszustand des Inhaftierten.<sup>73</sup>

## II. Die voraussichtliche Dauer der Inhaftierung als „Behandlung“

Sollen Haftbedingungen an Art. 3 EMRK gemessen werden, so müssen sie dem Begriff der „Behandlung“ subsumiert werden können. Hierunter versteht man ein dem Staat zuzurechnendes Verhalten während der Haft. Dementsprechend kann die Haft selbst keine „Behandlung“ sein, wohl aber ihre Dauer („*duration of the treatment*“).<sup>74</sup>

Die Rechtmäßigkeit der Behandlung – auch im Hinblick auf die Dauer – muss sich dabei am Maßstab des Art. 5 Abs. 1 EMRK messen lassen. Der Anspruch auf menschenwürdige Unterbringung, welcher sich aus Art. 3 EMRK ergibt, kann allerdings auch so verstanden werden, dass es einem Inhaftierten möglich sein muss, das Ende der Haft abzusehen, bzw. Einfluss darauf zu nehmen.<sup>75</sup> Aus diesem Grunde ist bspw. die lebenslange Freiheitsstrafe *ohne Möglichkeit der Strafminderung* mit der EMRK nicht zu vereinbaren.<sup>76</sup> Der EGMR argumentiert insofern ähnlich wie das BVerfG, welches in seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1977 feststellte, dass eine lebenslange Freiheitsstrafe nur dann eine menschenwürdige Bestrafung sei, „wenn der Verurteilte eine konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance hat, zu einem späteren Zeitpunkt die Freiheit wiedergewinnen zu können“.<sup>77</sup>

## III. Psychische Folgen einer Inhaftierung

Für den Fall der „vorsorglichen“ und zeitlich *unbegrenzten* Inhaftierung, erkennt der Gerichtshof an, dass diese Form der Haft – mit ihrer Ungewissheit über die Haftdauer – in besonderem Maße die Gefahr ernster psychischer Gesundheitsprobleme mit sich bringt.<sup>78</sup> Sie ist allerdings nicht per se deswegen konventionswidrig, so lange Sicherungsmaßnahmen gegen eben diese Gefahren existieren. Diese werden vom Gerichtshof in zwei Gruppen eingeteilt:<sup>79</sup>

1. Die psychische Ausnahmesituation muss zunächst dadurch abgeschwächt werden, dass die Häftlinge die Möglichkeit haben, sowohl gegen den Haftgrund als auch gegen die Haftbedingungen vor einem unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht vorzugehen.

2. Kommt es trotz dieser Möglichkeit zu einer nachteiligen – gegebenenfalls pathologischen – Beeinträchtigung der Psyche der Gefangenen, so ist der Betreiber der Haftanstalt verpflichtet, die notwendigen Mittel zur Verfügung zu stellen, um die Beeinträchtigung angemessen zu behandeln oder jedenfalls die Symptome zu lindern.

Insbesondere die Nichteinhaltung der zweiten Vorgabe ist vom Gerichtshof in Bezug auf die Ausgestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung in Deutschland kritisiert worden.<sup>80</sup> Auch im Falle einer Präventivhaft für „Gefährder“ wären entsprechende Verstöße daher jedenfalls denkbar.

Einen Aspekt, den der EGMR in Bezug auf die psychische Wirkung der Haft unbeachtet jedoch lässt, ist die Ausgestaltung des Haftprüfungsverfahrens.<sup>81</sup> Das erscheint im ersten Moment auch konsequent. Sind beide Aspekte doch Teil der Prüfung des Art. 5 Abs. 1 bzw. Abs. 4 iVm. Art. 6 EMRK. Bedenkt man allerdings die, im Zusammenhang mit der hier untersuchten Problematik nicht unüblichen, geheimen Haftprüfungsverfahren (dazu sogleich), so erscheint es durchaus nachlässig, zwar auf der einen Seite die psychologischen Aspekte der Haft in die Gesamtabwägung einzubeziehen aber auf der anderen Seite die Außenwirkung des gesamten Haftregimes unbeachtet zu lassen.<sup>82</sup>

Dennoch ist dem Gerichtshof im Ergebnis beizupflichten, dass die präventive Sicherungshaft – sei sie auch in der Dauer unbestimmt – nicht mit der aussichtslosen Situation einer lebenslangen Freiheitsstrafe vergleichbar ist, wenn die oben beschriebenen Sicherungsmechanismen implementiert und vor allem beachtet werden.

## E) Das Recht auf Haftbeschwerde (Art. 5 Abs. 4 EMRK)

Wie gezeigt wurde, ist die Existenz eines (Haft-)Beschwerderechts von wesentlicher Bedeutung für die Legitimität einer Inhaftierung. Die Anforderungen an das Verfahren werden von Art. 5 Abs. 4 EMRK geregelt. Da einer präventiven Inhaftierung – nicht nur bei Terrorverdächtigen – allerdings in besonderem Maße die Gefahr einer Fehlentscheidung innewohnt, schreibt Art. 5 Abs. 4 EMRK, dem *Habeas-Corpus*-Gedanken folgend,<sup>83</sup> die Notwendigkeit einer Haftprüfung vor.<sup>84</sup> Speziell in Fällen, welche die „nationale Sicherheit“ betreffen, kann es aber dazu kommen, dass dieses Haftprüfungsverfahren nicht-öffentlich und auf Grundlage – jedenfalls teilweise – geheimer Beweise erfolgt.

<sup>72</sup> EGMR, 29.4.2002, Nr. 2346/02 – *Pretty v. Vereinigtes Königreich*, Rn. 52 mwN.

<sup>73</sup> EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – *A. and others v. The United Kingdom*, Rn. 127; EGMR, 12.02.2008, Nr. 21906/04, – *Kafkaris v. Cyprus*, Rn. 95; EGMR, 18.01.1978, Nr. 5310/71 – *Ireland v. The United Kingdom*, Rn. 162.

<sup>74</sup> EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – *A. and others v. The United Kingdom*, Rn. 127.

<sup>75</sup> EGMR, 26.20.2000, Nr. 30210/96 – *Kudla v. Poland*, Rn. 92 ff.; EGMR, 14.11.2002, Nr. 67263/01 – *Mouiel v. France*, Rn. 40.

<sup>76</sup> EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – *A. and others v. The United Kingdom*, Rn. 128; EGMR, 12.02.2008, Nr. 21906/04, – *Kafkaris v. Cyprus*, Rn. 97 f.

<sup>77</sup> BVerfGE 45, 187 (245).

<sup>78</sup> EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – *A. and others v. The United Kingdom*, Rn. 130.

<sup>79</sup> Vgl. zur Durchführung der Abwägung *Valerius*, in: Graf, Beck-OK StPO, Edition 27 (01.01.2017), Art. 3 EMRK Rn. 3 f.

<sup>80</sup> EGMR, 17.12.2009, Nr. 19359/04 – *M v. Germany*, Rn. 127.

<sup>81</sup> EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – *A. and others v. The United Kingdom*, Rn. 115 ff.

<sup>82</sup> Ähnlich: *Shah*, HRLR 2009, 473 (476).

<sup>83</sup> Hierzu *Renzikowski*, in: Kaufmann/Renzikowski, Freiheit als Rechtsbegriff (2016), S. 34 ff.

<sup>84</sup> *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Rauemer, EMRK, 4. Auflage (2017), Art. 5 Rn. 94; *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK, 3. Auflage (2009), Art. 5 Rn. 143.

Da Art. 5 Abs. 4 EMRK sowohl das Recht auf eine Beschwerde regelt als auch die Ausgestaltung desselben, ist er in seinem Anwendungsbereich *lex specialis* zu Art. 13 und 6 EMRK.<sup>85</sup> Das bedeutet freilich nicht, dass das zu jenen Vorschriften existierende Fallrecht nicht auch für die Auslegung von Art. 5 Abs. 4 EMRK herangezogen werden kann. Schließlich ist eine gewisse strukturelle Ähnlichkeit der Vorschriften unverkennbar. Für den Fall des „Geheimverfahrens“ ist insofern (auch) die Rechtsprechung zur Garantie eines insgesamt fairen Verfahrens (Art. 6 EMRK) von Bedeutung. Dort ist anerkannt, dass Einschränkungen bestimmter prozessualer Garantien zum Zwecke (ua.<sup>86</sup>) der „nationalen Sicherheit“ immer dann möglich sind, wenn sie durch das übrige Verfahren in äquivalentem Maße ausgeglichen werden (Verfahrensfairness).<sup>87</sup>

Auf das Ausgangsproblem bezogen, sind vor allem zwei Formen „geheimer“ Beweisführung denkbar:

1. Ein Verfahren, das seinerseits unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet und
2. Beweise, die dem Inhaftierten (bzw. Beschuldigten oder Angeklagten) nicht zugänglich sind (insbes. anonyme Zeugen).

### I. Notwendigkeit einer öffentlichen Haftprüfung

Ersteres ist insofern unproblematisch, als dass das Verfahren „nur“ für Außenstehende und somit jedenfalls nicht für den Angeklagten geheim ist. Zwar ist es durchaus der Zweck des Öffentlichkeitsgrundsatzes vor einer Geheimjustiz zu schützen,<sup>88</sup> allerdings wird die Öffentlichkeit einer Haftprüfung von der Konvention grade nicht gefordert und wird selbst dort, wo sie notwendig ist, nicht schrankenlos gewährleistet (Art. 6 Abs. 1 S. 2 EMRK). Der vorläufige Charakter der Haft geht zudem damit einher, dass Ermittlungen häufig nicht abgeschlossen sind, so dass ein strenges Öffentlichkeitsprinzip eben jene Ermittlungen gefährden könnte.<sup>89</sup>

### II. Unwissender Angeklagter und „besonderer“ Anwalt

Was die Geheimhaltung bestimmter Beweismittel gegenüber dem Inhaftierten angeht, so bedarf es einer weitergehenden Rechtfertigung. Wie bereits angesprochen, fordert der Gerichtshof in diesem Zusammenhang ein „überwiegendes öffentliches Interesse“ an der Geheimhaltung und einen äquivalenten Ausgleich für den Nachteil, welcher dem Inhaftierten durch die Einschränkung seines (Menschen-)Rechts widerfährt. Was den Grund für die Geheimhaltung angeht, so werden „nationale Sicherheit und Terrorismus“ vom Gerichtshof zwar als Begründung akzeptiert, geben der nationalen Exekutive aber keinen

„Freibrief“, der ihr Handeln jeder gerichtlichen Überprüfung entzöge.<sup>90</sup> Zudem folgt aus dem Erfordernis des äquivalenten Nachteilsausgleichs, dass jene Rechte des Betroffenen nicht eingeschränkt werden dürfen, bei denen der Ausgleich im übrigen Verfahren gar nicht mehr möglich ist; das „überwiegende öffentliche Interesse“ muss hier im Interesse der Verfahrensfairness zurücktreten. Konkret bedeutet das, dass jene Beweismittel, welche die für den konkreten Vorwurf wesentlichen Anknüpfungstatsachen begründen, dem Richter (nicht notwendig dem Angeklagten) vollständig vorliegen müssen.<sup>91</sup> Konnten bspw. Zeugen zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens kontradiktorisch vernommen werden, so darf sich die Entscheidung des Gerichts jedenfalls nicht wesentlich auf deren Aussagen stützen.<sup>92</sup> Gleiches gilt für anonyme Zeugen, bei denen zudem zu beachten ist, dass die Anonymität allein kein Grund ist, die kontradiktorische Vernehmung zu untersagen.<sup>93</sup>

Für die verbleibenden Fälle der Verwendung geheimen Beweismaterials im Haftprüfungsverfahren favorisiert der Gerichtshof einen Nachteilsausgleich durch sog. „special advocates“.<sup>94</sup> Diese kommen immer dann zum Einsatz, wenn vor dem für die Haftprüfung zuständigen Gericht über das geheime Beweismaterial verhandelt wird. In diesen Verfahrensabschnitten wird dem Inhaftierten und seinem Vertreter zwar eine Teilnahme untersagt, an ihre Stelle tritt jedoch ein besonderer vom Gericht als unbedenklich eingestufte Anwalt. Er nimmt die Rechte des Inhaftierten (insbesondere das Konfrontationsrecht; Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK) in dessen Interesse wahr und sorgt dafür, dass letzterer im Anschluss an die Beweisaufnahme eine möglichst erschöpfende Zusammenfassung des Prozessgeschehens erhält; freilich nur soweit dies ohne Bezugnahme auf die – für den Inhaftierten – geheimen Beweismittel möglich ist. Ziel ist es, den Inhaftierten in die Lage zu versetzen, jene Beweismittel zu diskreditieren, welche den ihm zur Last gelegten Sachverhalt begründen.

### III. Zusammenfassung

Unter den genannten Voraussetzungen, verstößt somit weder das (in Bezug auf die Öffentlichkeit) geheime Verfahren, noch die Verwendung der (in Bezug auf den Inhaftierten) geheimen Beweismittel grundsätzlich gegen die Verfahrensgarantien der Konvention. Der Gerichtshof handelt hier nach der *Maxime*: soviel Geheimhaltung wie nötig; soviel Offenlegung wie möglich.<sup>95</sup> Hieraus ergibt sich, dass die Konventionsstaaten insofern „nur“ durch eine Abwägung des Geheimhaltungsinteresses mit den

<sup>85</sup> EGMR, 15.11.2005, 67175/01 – Reinprecht v. Austria, Rn. 55; EGMR, 15.11.1996, Nr. 22414/93 – Chahal v. The United Kingdom, Rn. 126; EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – A. and others v. The United Kingdom, Rn. 202 f.

<sup>86</sup> EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – A. and others v. The United Kingdom, Rn. 205 nennt unter dem Oberbegriff des „überwiegenden öffentlichen Interesses“ zudem den Schutz der Grundrechte Dritter und die Geheimhaltung von bestimmten Ermittlungsmethoden der Polizei.

<sup>87</sup> EGMR, 23.04.1997, Nr. 21363/93 [u.a.] – Van Mechelen v. The Netherlands, Rn. 58 ff.; EGMR, 16.02.2000, Nr. 27052/95 – Jasper v. The United Kingdom, Rn. 53; EGMR, 07.09.2007, Nr. 15187/03 – Botmeh and Alami v. The United Kingdom, Rn. 37; EGMR, 16.02.2000, Nr. 28901/95 – Rowe and Davis v. The United Kingdom, Rn. 61.

<sup>88</sup> Vgl. insofern Tubis, NJW 2010, 415.

<sup>89</sup> Vgl. EGMR, 15.11.2005, 67175/01 – Reinprecht v. Austria, Rn. 37, 41; Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, EMRK, 4. Auflage (2017), Art. 5 Rn. 97 ff.

<sup>90</sup> EGMR, 15.11.1996, Nr. 22414/93 – Chahal v. The United Kingdom, Rn. 131; EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – A. and others v. The United Kingdom, Rn. 210.

<sup>91</sup> EGMR, 16.02.2000, Nr. 27052/95 – Jasper v. The United Kingdom, Rn. 55 f.

<sup>92</sup> EGMR, 27.05.2001, Nr. 33354/96 – Lucà v. Italy, Rn. 40 mwN.

<sup>93</sup> EGMR, 23.04.1997, Nr. 21363/93 [u.a.] – Van Mechelen v. The Netherlands, Rn. 55; EGMR, 26.03.1996, Nr. 20524/92 – Doorson v. The Netherlands, Rn. 76.

<sup>94</sup> Im Einzelnen zu diesen EGMR, 15.11.1996, Nr. 22414/93 – Chahal v. The United Kingdom, Rn. 131; EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – A. and others v. The United Kingdom, Rn. 210.

<sup>95</sup> Vgl. EGMR, 19.02.2009, Nr. 3455/05 – A. and others v. The United Kingdom, Rn. 218.

prozessualen Garantien zugunsten des Angeklagten dafür sorgen müssen, dass ein insgesamt faires (Haftprüfungs-)Verfahren gewahrt bleibt. Gleichzeitig kann jedoch davon ausgegangen werden, dass ein entsprechendes Vorgehen in Fällen unzulässig ist, in denen es an einem entsprechenden Geheimhaltungsinteresse fehlt.

## F) Schlussbetrachtung

### I. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Für die präventive Inhaftierung eines „Gefährders“ lässt sich unter dem Regelungsregime der EMRK kein *einzelner* Haftgrund finden, der in der Lage wäre, *sämtliche* Freiheitsentziehungen zu rechtfertigen. Eine allgemeine Präventivhaft zu konstruieren, wie sie der bayerische Gesetzgeber vorgesehen hat, ist damit ausgeschlossen. Es ist vielmehr so, dass die verschiedenen Haftgründe, in unterschiedlichem Umfang auch zu präventiven Zwecken herangezogen werden können:

Der **verurteilte** „Gefährder“ kann auch *nach* verbüßter Strafe festgehalten werden, wenn dies bereits im Urteil festgelegt wurde; insbesondere der **bereits überwachte** „Gefährder“ kann, wenn er sich anschickt etwas zu tun, bspw. auf Grundlage eines Platzverweises in (vorübergehenden) Polizeigewahrsam genommen werden; gegen den **einer strafbaren Vorbereitungshandlung verdächtigen** „Gefährder“ ist grundsätzlich die Untersuchungshaft zulässig; der **geisteskranke** „Gefährder“ kann in eine (geschlossene) psychiatrische Klinik eingewiesen werden und der **ausländische** „Gefährder“ kann schließlich bis zum Vollzug seiner Ausweisung inhaftiert werden, sofern diese – rechtlich und tatsächlich – in angemessener Zeit durchführbar ist.

2. Im Hinblick auf die Durchführung der Haft ist zu beachten, dass hier keine Straftat vergolten wird und sich das im Vollzug auch widerspiegeln muss. Darüber hinaus ist die Haftdauer selbst im Hinblick auf das Verbot der unmenschlichen Behandlung insofern kein Problem, wie eine *hinreichende* psychologische Betreuung im Bedarfsfalle gewährleistet wird und ein Haftprüfungsverfahren hinsichtlich Haftgrund und Haftbedingungen selbst zur Verfügung steht.

3. Bei der Ausgestaltung dieses Verfahrens kommt der Gerichtshof den Vertragsparteien indes sehr weit entgegen. Selbst nicht-öffentliche Verfahren und dem Betroffenen nicht vorgelegte Beweismittel sind in Fällen eines entsprechenden Geheimhaltungsinteresses – bspw. im Falle nationaler Sicherheit oder andauernden Ermittlungen – grundsätzlich möglich. Dass ein solches Verfahren dennoch nicht den Regelfall darstellen sollte, steht jedoch außer Frage.

### II. Die Grenzen von präventivem Staatshandeln

Es gilt also, dass die Inhaftierung eines „islamistischen Gefährders“ nur dann zulässig ist, wenn das Beweismaterial ausreicht, um innerstaatliche *repressive* Maßnahmen zu rechtfertigen oder

deren *Vollzug* abgesichert werden soll. Solange allerdings kein hinreichender Tatverdacht besteht, sind lediglich solche Maßnahmen zulässig, die darauf abzielen, die entsprechenden Beweise zu erlangen oder *unmittelbar* bevorstehende Gefahren abzuwehren. Hierfür bieten das Strafverfahrensrecht, das Polizeirecht und das Recht der Geheimdienste einen reichhaltigen Katalog im Einzelfall legitimer Grundrechtseingriffe, deren Zulässigkeit sich freilich anhand des Zusammenspiels von Eingriffsintensität und Tatverdacht bzw. Gefahrengrad bestimmt.

Für Maßnahmen der Gefahrenvorsorge bzw. -forschung folgt hieraus, dass sie in ihrer Eingriffsintensität notwendig hinter den Ermittlungsbefugnissen der Strafverfolgungsbehörden im Hinblick auf *tatsächlich begangene* Straftaten und der Polizei im Hinblick auf *tatsächlich bestehende* Gefahren zurückbleiben müssen *und* jede Ausweitung sowohl im Hinblick auf den empirischen Nachweis ihrer Effektivität als auch was die Bestimmtheit der Regelungen selbst angeht dementsprechend hohe Legitimationsanforderungen hat.

Das mag im Einzelfall als ineffektiv im „Kampf“ gegen den internationalen Terrorismus empfunden werden,<sup>96</sup> ist aber eine rechtsstaatliche Errungenschaft: Politischem Aktionismus wird so nämlich bereits auf Ebene eines zu bedachtem Handeln anhaltenden Verfassungsrechts entgegengewirkt.<sup>97</sup>

### III. Fazit & Ausblick

Es mag zunächst verwundern, die Zulässigkeit der Präventivhaft (insbesondere) für „islamistische Gefährder“ anhand einer Entscheidung darzustellen, die deren Sachverhalt unmittelbar nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 angesiedelt ist und deren Entscheidungsdatum auch bereits über acht Jahre zurück liegt. Doch genau das ist der Punkt: keiner der im Beitrag angesprochenen Aspekte ist eine neue Erkenntnis; doch drohen *vergangene* rechtsstaatliche Errungenschaften im Angesicht der *gegenwärtigen* terroristischen Bedrohung zunehmend in Vergessenheit zu geraten.<sup>98</sup> Es war nicht zuletzt der Kampf um die persönliche Freiheit des Einzelnen gegen die *staatliche* Willkür, welcher zu den ersten schriftlich verbürgten Menschenrechten führte.<sup>99</sup> Wenn also aus Gründen der Gewährleistung von Sicherheit Freiheitsrechte eingeschränkt werden, darf nicht vergessen werden, dass Sicherheit – jedenfalls im Sinne der Konvention – auch als Sicherheit vor willkürlichen (staatlichen) Freiheitsbeschränkungen verstanden werden muss.<sup>100</sup>

Auch wenn der internationale Terrorismus die Sicherheitsarchitektur der Staaten daher zweifellos vor erhebliche Herausforderungen stellt,<sup>101</sup> muss es kritisch hinterfragt werden, wenn das größte deutsche Bundesland die potentiell unbegrenzte Inhaftierung unschuldiger Menschen zulässt. Denn in dem Moment, in dem ein Staat für seine Feinde mit anderem Maß misst als für

<sup>96</sup> So konstatierte *Möstl* in der Expertenanhörung des bayerischen Innenausschusses: Der Gesetzgeber sei auf Bundes- wie Landesebene angesichts „einer ungewöhnlichen Dichte an Vorgaben durch das Bundesverfassungsgericht derzeit nicht zu beneiden“, wenn es um die Überwachung gefährlicher Personen gehe.

► [www.bayern.landtag.de/aktuelles/sitzungen/aus-den-ausschuesen/innenausschuss-anhoerung-zur-effektiveren-ueberwachung-gefaehrlicher-personen/](http://www.bayern.landtag.de/aktuelles/sitzungen/aus-den-ausschuesen/innenausschuss-anhoerung-zur-effektiveren-ueberwachung-gefaehrlicher-personen/)

<sup>97</sup> So *Kluth*, ZRP 2015, 6 (9).

<sup>98</sup> Frei nach *Warbrick*, EJIL 2004, 989 (1016): „There is nothing new in this paper, but that is just the point.“

<sup>99</sup> Vgl. nur *Renzikowski*, in: Pabel/Schmahl/Karl, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 19. Lieferung (2016), Art. 5 Rn. 3 ff. mwN.

<sup>100</sup> *Ibid.* Rn. 20 ff.

<sup>101</sup> Vgl. ►BT-Drs. 18/4087, S. 6.

seine Bürger, greift er – wie eingangs erwähnt – das menschenrechtliche Fundament an, das ihn als *Rechtsstaat* ausmacht.<sup>102</sup> Der „Kampf“ gegen den Terrorismus muss daher ein „Kampf“ für das Recht sein und nicht *gegen* Personen – seien diese auch noch so gefährlich.<sup>103</sup>

### ► Inhaltsverzeichnis



---

<sup>102</sup> Vgl. nur die Unterscheidung von Feind- und Bürgerstrafrecht bei *Jacobs*, ZStW 117 (2005) S. 839 (845); zur Kritik vgl. nur *Rosenau*, in: *Duncker/Koller/Foerster*, Forensische Psychiatrie - Entwicklungen und Perspektiven (2006), S. 286 (287 ff.) mwN.

<sup>103</sup> Vgl. *Robinson*, International Herald Tribune, „Human Rights Are As Important As Ever“ (►[www.globalpolicy.org/component/content/article/164/28383.html](http://www.globalpolicy.org/component/content/article/164/28383.html))

---

## BEITRAG

---

Stud. iur. **Benedikt Bungarten\***

### Die „ewige“ Kanzlerin

#### Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers

#### Gliederung

##### A. Einführung

##### B. Politische Dimension

I. Politischer Wille

II. Politische Notwendigkeit

1. Belebt die Parteiendemokratie

2. Erleichtert die Amtsführung

##### C. Kein Verstoß gegen die Ewigkeitsgarantie

I. Enge Auslegung geboten

II. Die Republik wird gestärkt

III. Kein Verstoß gegen das Demokratieprinzip

##### D. Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages behalten ihr Kurationsrecht

I. Kein imperatives Mandat

II. Einschränkung von Verfassungsrang

##### E. Verfassungsziel der Regierungstabilität bleibt gewahrt

I. Ziel der handlungsfähigen Exekutive

II. Handlungsfähigkeit durch personelle Diskontinuität gewährleistet

##### F. Übertragung der Regelung beim Bundespräsidenten

I. Historische Gründe legen Schwächung des Amtes nahe

1. Machtfülle des Reichspräsidenten in der Weimarer Zeit

2. Bereits im ersten Entwurf des Grundgesetzes vorhanden

3. Veränderung des Verhältnisses

von Staatsoberhaupt und Regierungschef

a) Keine Abhängigkeit bei Regierungsbildung

b) Veränderung des Gegenzeichnungsrechts

c) Keine Volkswahl zum Bundespräsidenten

II. Die Bundesrepublik als „Kanzlerdemokratie“

III. Vergleichbare Intention

##### G. Fazit

#### Abstract

Gegenstand des vorliegenden Beitrags ist die Frage, ob der Einführung einer Wiederwahlbeschränkung für das Amt des Bundeskanzlers verfassungsrechtliche Bedenken entgegenstehen. Dabei sind zunächst die politische Dimension und deren Argumente in den Blick zu nehmen. Daran anknüpfend sind die verfassungsrechtlichen Rahmen des Art. 79 Abs. 3 GG und die Fragen nach den Rechten des Deutschen Bundestages zu erörtern. Zudem ist darzustellen, wie sich eine Wiederwahlbeschränkung zum Verfassungsziel der Regierungstabilität verhält. Abschließend wird die Analogie zu den Regelungen über das Amt des Bundespräsidenten herausgearbeitet.

#### A) Einführung

In der Bundesrepublik hat es bis zum heutigen Tag in achtzehn Wahlperioden des Deutschen Bundestages neun Bundeskanzler gegeben. Einige von ihnen, etwa *Walter Scheel* (neun Tage) oder *Kurt Georg Kiesinger* (zwei Jahre und zehn Monate), bestritten nur sehr kurze Amtszeiten. Andere hingegen, etwa *Konrad Adenauer* (rund vierzehn Jahre) oder *Helmut Kohl* (sechzehn Jahre), übten das Amt deutlich länger aus. Die derzeitige Amtsinhaberin, *Angela Merkel*, bestreitet das zwölfte Jahr ihrer Kanzlerschaft und hat angekündigt, bei der nächsten Bundestagswahl im September 2017 erneut als Spitzenkandidatin der CDU/CSU anzutreten und für das Amt bereitzustehen.<sup>1</sup>

Mit den notwendigen politischen Mehrheiten könnte den ausufernden Amtszeiten der Bundeskanzler entgegengewirkt werden, indem diese auf zwei Amtsperioden beschränkt würden, wozu eine Verfassungsänderung erforderlich wäre. Beispielsweise könnte, in Anlehnung an Art. 54 Abs. 2 S. 2 GG, ein Art. 63 Abs. 2 S. 3 in das Grundgesetz eingefügt werden, der lautet „Die Wiederwahl eines Bundeskanzlers ist nur einmal zulässig.“

#### B) Politische Dimension

Schon vor einiger Zeit ist in der deutschen Gesellschaft der Ruf laut geworden, die Amtszeiten bzw. die Möglichkeiten der Wiederwahl für das Amt des Bundeskanzlers zu beschränken.<sup>2</sup>

#### I. Politischer Wille

Im Jahr 2014 hat sich der Deutsche Bundestag im Rahmen einer Petition mit dieser Thematik befasst. Gefordert wurde eine Begrenzung der Amtszeit des Bundeskanzlers auf maximal drei

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und Stipendiat der Konrad-Adenauer-Stiftung.

<sup>1</sup> Vgl. *Fischer*, Das vierte Mal ist das schwerste, Spiegel Online, 21.11.2016; bei Redaktionsschluss für diesen Beitrag war das Ergebnis der Wahl zum 19. Deutschen Bundestag im September 2017 noch nicht bekannt.

<sup>2</sup> Vgl. *Hochhuth*, Acht Jahre Kanzlerschaft sind wirklich genug, Die Welt, 22.06.2016.

Amtsperioden.<sup>3</sup> Begründet wurde die Petition mit dem Wunsch nach einem „frischen Wind“ in der Politik.

Wenig überraschend wiesen der Bundestag und in der entsprechenden Stellungnahme die Bundesregierung das Anliegen der Petition zurück. In der Begründung heißt es:

„Von einer solchen [notwendigen] politischen Mehrheit für eine Amtszeitbegrenzung ist derzeit nicht auszugehen. Abgesehen davon besteht für eine entsprechende Änderung der Verfassung nach Ansicht des Petitionsausschusses auch kein Anlass. Weiterhin hebt der Ausschuss hervor, dass es zunächst in der Hand der Wähler liegt, durch die Wahl der Abgeordneten des Deutschen Bundestages Einfluss darauf zu nehmen, welchen der Kanzlerkandidaten der neu gewählte Deutsche Bundestag mit der Mehrheit seiner Mitglieder zum Bundeskanzler wählt. Es ist die Entscheidung der Wähler, bei der Wahl der Abgeordneten für Bewerber zu votieren, die die erneute Kanzlerkandidatur eines Bundeskanzlers unterstützen, der das Amt in zwei oder mehr vorausgegangenen Wahlperioden bereits bekleidet hat. Das Parlament muss frei über die Besetzung des Kanzleramtes mit dem ‚besten Kandidaten‘ entscheiden können.“<sup>4</sup>

## II. Politische Notwendigkeit

Die Begründung hebt lediglich auf die theoretischen Möglichkeiten des Wahlvolkes ab, durch die Wahl der Abgeordneten des Deutschen Bundestages auf die Person des Kanzlers Einfluss zu nehmen, unterschätzt dabei aber die Bedeutung der Parteien und die Strukturen, die zur Nominierung eines Kanzlerkandidaten führen sowie den stark durch die Spitzen- und Kanzlerkandidaten geprägten Bundestagswahlkampf.

### 1. Belebt die Parteiendemokratie

Bei der parteiinternen Aufstellung eines Kanzlerkandidaten spielt der Amtsbonus selbstverständlich eine erhebliche Rolle. Eine Art Nominierungswettbewerb bzw. Vorwahlkampf nach amerikanischem Vorbild würde die Parteien und die Parteienlandschaft beleben und auch die den Bundeskanzler stellende Partei animieren, alternatives und jüngeres Personal zu fördern und rechtzeitig auf das mögliche Kanzleramt vorzubereiten.<sup>5</sup> Dies würde auch dem vielfach bemängelten Mitgliederschwund der Parteien entgegenwirken, da die ab einem gewissen Zeitpunkt zwingenden personellen Veränderungen nachrückenden Kandidaten den Zugang zu politischen Ämtern erleichtern.

### 2. Erleichtert die Amtsführung

Zum anderen würde eine Wiederwahlbeschränkung für Amtsinhaber bedeuten, dass sie auch Entscheidungen treffen können, die für die Entwicklung der Bundesrepublik notwendig, bei der Bevölkerung aber wenig populär sind. Sie müssten sich nicht bei jeder Entscheidung fragen, ob Umfrage- und Beliebtheitswerte steigen oder sinken werden.<sup>6</sup> Das Gegenargument, dass dadurch

verantwortungslose Entscheidungen des Bundeskanzlers zu erwarten sind, ist schnell dadurch zu entkräften, dass der Bundeskanzler auch während der zweiten Wahlperiode vom Vertrauen des Parlaments abhängig bleibt.<sup>7</sup> Darüber hinaus würde langjähriger Amtsinhabern ein gesichtswahrender Rückzug aus der aktiven Politik ermöglicht, da sie nicht mehr dem moralischen Druck einer erneuten Kandidatur unterworfen sind.

### C) Kein Verstoß gegen die Ewigkeitsgarantie

Der erste Referenzrahmen für die Grenzen einer Verfassungsänderung ist die „Ewigkeitsgarantie“. In Art. 79 Abs. 3 GG hat der verfassungsgebende Gesetzgeber (*pouvoir constituant*) einzelne identitätsbildende und anerkannte Leitprinzipien des Grundgesetzes vor dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers (*pouvoir constitué*) abgeschirmt.<sup>8</sup> Hintergrund der Auferlegung von Grenzen zur Verfassungsänderung und der Bindung des Souveräns sind die Erfahrungen der Weimarer Republik.<sup>9</sup> Gleichzeitig erkennt der Verfassungsgeber aber durch die Vorschriften zur Änderung des Grundgesetzes grundsätzlich die Möglichkeit von Verfassungsänderungen an.

Im Dualismus zwischen Sicherung der Kontinuität auf der einen und Anpassung an die Lebenswirklichkeit auf der anderen Seite ist es auch Aufgabe der Verfassung, sich anzupassen. Das Ziel der Kontinuität verfehlt die Verfassung jedoch, wenn sie sich jedweder Änderung durch geringe Hürden unterwerfen würde. Deshalb sieht sie auch materiell-rechtliche Grenzen zur Verfassungsänderung vor, welche den „Selbstmord der rechtsstaatlichen Demokratie in Formen der Legalität“<sup>10</sup> verhindern sollen.

### I. Enge Auslegung geboten

Art. 79 Abs. 3 GG benennt als materielle Schranken die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung und die in Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze.<sup>11</sup> Dabei scheint in der Systematik die Änderbarkeit des Grundgesetzes nach Art. 79 Abs. 1, Abs. 2 GG der Grundsatz und die Sperre nach Art. 79 Abs. 3 GG eher die Ausnahme zu sein.<sup>12</sup> Dieser Ausnahmecharakter und die damit verbundene Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des verfassungsändernden Gesetzgebers indiziert eine enge Auslegung.<sup>13</sup> Diese enge Auslegung sorgt für die notwendige Elastizität der Verfassung, beugt revolutionären Bestrebungen vor und schützt langfristig den Erhalt der Verfassung als funktionsfähige Ordnung.<sup>14</sup>

### II. Die Republik wird gestärkt

Zu den geschützten Staatsstrukturprinzipien zählt gemäß Art. 20 Abs. 1 GG die Staatsform Republik. Vor allem ist darin eine Absage an die Monarchie niedergelegt, weshalb etwa die Einführung eines monarchischen Staatsoberhauptes, sowohl bei

<sup>3</sup> Siehe Petition im Deutschen Bundestag, Pet 1-17-06-1105-052135, Petitionsverfahren abgeschlossen am 20.03.2014.

<sup>4</sup> Petition im Deutschen Bundestag, aaO.

<sup>5</sup> Siehe *Bittner*, Das Bundesträgheitsgesetz, Zeit Online, 27.10.2016.

<sup>6</sup> Siehe *König*, PVS 2015, 182 (185).

<sup>7</sup> Siehe *Thiele*, ZRP 2017, 105 (107).

<sup>8</sup> Siehe *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, 79. Lieferung (Dezember 2016), Art. 79, Rn. 60.

<sup>9</sup> Siehe *Bleckmann*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht (1993), Rn. 42 f.; vgl. *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 2. Aufl. (1984), § 5.

<sup>10</sup> *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. (1999), Rn. 701.

<sup>11</sup> Siehe *Gröpl*, Staatsrecht I, 8. Aufl. (2016), Rn. 170.

<sup>12</sup> Siehe BVerfGE 30, 1; *Dreier*, JZ 1994, 741 (746).

<sup>13</sup> Siehe *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. (2016), Art. 79 Rn. 9.

<sup>14</sup> Siehe *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, 79. Lieferung (Dezember 2016), Art. 79 Rn. 80 aE.



einer dynastischen Grundlage als auch bei einer Wahl auf Lebenszeit, grundsätzlich ausgeschlossen wäre.<sup>15</sup> Auch wenn umstritten ist, welche konkreten Wirkungen der Entscheidung für die Republik zukommen,<sup>16</sup> kann jedoch mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass die Beschränkung der Amtsdauer des Bundeskanzlers dem nicht zuwider laufen würde. Übertragen auf die Grundsätze der Republik entspricht es dem intendierten Willen des Verfassungsgebers, die Republik durch eine Beschränkung der Amtszeiten des Bundeskanzlers zu schützen.

### III. Kein Verstoß gegen das Demokratieprinzip

Als zentrale Norm des Grundgesetzes sieht Art. 20 Abs. 2 GG vor, dass das Volk die von ihm konstituierte Staatsgewalt selbst ausübt und als zentrale Instanz der Verfassungsordnung präsent bleibt.<sup>17</sup> Insbesondere nimmt das Volk diese Aufgabe durch „Wahlen und Abstimmungen und besondere Organe der Gesetzgebung“ (Art. 20 Abs. 2 GG) wahr. In der Verfassungsordnung ist die Wahl zum Deutschen Bundestag durch das Volk vorgesehen. Die Bundesregierung und auch der Bundeskanzler werden jedoch nicht direkt durch das Volk, sondern durch den Bundestag gewählt und dadurch demokratisch legitimiert. Durch die demokratische Wahl hat das Volk also rein verfassungsrechtlich nur über die Parlamentswahl die Möglichkeit, auf die Regierungsbildung Einfluss zu nehmen.

Rein faktisch ist es zwar so, dass die zu wählenden politischen Parteien einen Spitzenkandidaten küren, der im Fall eines Wahlsiegs zum Bundeskanzler gewählt werden soll. Dies entfaltet jedoch für das Parlament insgesamt, für die der Partei entsprechende Fraktion im Parlament und für den einzelnen Abgeordneten keine Bindungswirkung. Es ist durchaus möglich, z. B. im Falle einer anderen Koalitionskonstellation, dass ein Kandidat einer Partei auch durch die Fraktion einer anderen Partei unterstützt wird. Die Kreation der Regierung ist also Privileg des Parlaments, wobei das Volk eben nur mittelbar Einfluss nimmt. Das Volk würde durch eine Wiederwahlbeschränkung für das Amt des Bundeskanzlers nicht in seinem Wahlrecht beschnitten. Die allgemeine, unmittelbare, freie, gleiche und geheime Wahl (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG)<sup>18</sup> wäre auch weiterhin gewährleistet.

### D) Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages behalten ihr Kurationsrecht

Der Verfassungstext enthält bisher keine ausdrücklichen Wählbarkeitsvoraussetzungen für das Amt des Bundeskanzlers. In der Literatur wird jedoch vorherrschend davon ausgegangen, dass der Bundeskanzler Deutscher im Sinne des Art. 116 GG sein und das passive Wahlrecht zum Bundestag besitzen muss.<sup>19</sup> Umstritten ist, ob ein Verfassungsfeind zum Bundeskanzler gewählt werden kann.<sup>20</sup> Durch die Wiederwahlbeschränkung käme eine

ausdrückliche Wählbarkeitsvoraussetzung hinzu. Der Bundestag hat mit Blick auf die Regierungsbildung die sog. Kurationsfunktion<sup>21</sup> (Art. 63 Abs. 1 GG) und wäre von einer weiteren Wählbarkeitsvoraussetzung berührt.

### I. Kein imperatives Mandat

Nach Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG genießen die Abgeordneten als Konkretisierung des durch die Ewigkeitsgarantie geschützten Demokratieprinzips<sup>22</sup> ein freies Mandat. Sie sind an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen.<sup>23</sup> Das Grundgesetz kennt kein imperatives Mandat.<sup>24</sup>

### II. Einschränkung von Verfassungsrang

Die konkrete Reichweite der Rechte und Befugnisse des Abgeordneten ergibt sich aus einer systematischen Auslegung der verfassungsrechtlichen Bestimmungen über Befugnisse des Bundestages und seiner Organe.<sup>25</sup> Die Rechte des einzelnen Abgeordneten dürfen mit Blick auf das Demokratieprinzip zwar „eingeschränkt, ihm jedoch nicht grundsätzlich entzogen werden“<sup>26</sup>. Als Rechtsgüter von Verfassungsrang sind die Integrität und Vertrauenswürdigkeit<sup>27</sup> sowie die Funktionsfähigkeit des Bundestages<sup>28</sup> anerkannt, um Einschränkungen des freien Mandats zu rechtfertigen. Die Einschränkung der Wiederwahl würde die Befugnisse des Bundestages und damit mittelbar auch die Rechte des Abgeordneten mit Verfassungsrang regeln. Daher würde es sich nur um eine konkrete verfassungsrechtliche Ausgestaltung der Rechte des Abgeordneten handeln, die nicht mit anderen Verfassungsgütern gerechtfertigt werden muss, sondern die gerade selbst ein solches darstellt. Die grundsätzlichen parlamentarischen Rechte werden den Abgeordneten nicht entzogen.

### E) Verfassungsziel der Regierungstabilität bleibt gewahrt

Das Grundgesetz verfolgt das Ziel der Stabilität und der politischen Ordnung.<sup>29</sup> Es ist gerade darauf ausgelegt, eine stabile Regierung, eine stabile Mehrheit und ein stabiles System zu gewährleisten und zu errichten. Die durch die Ewigkeitsgarantie geschützten Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG setzen eine handlungsfähige Exekutive voraus.

### I. Ziel der handlungsfähigen Exekutive

Eine Ausgestaltung dieses Verfassungsziels sind die Regelungen für den Krisenfall innerhalb der Exekutive. Durch die Wahl des Bundeskanzlers durch den Bundestag wird zwar ein fester Zusammenhang zwischen Parlament und Regierung hergestellt.<sup>30</sup> Diese enge Verbindung schließt aber nicht aus, dass die amtierende Bundesregierung die Mehrheit im Parlament verliert oder sich dieser nicht mehr sicher sein kann. Das Grundgesetz sieht

<sup>15</sup> Siehe *Sachs*, in: ders., GG, 7. Aufl. (2014), Art. 20 Rn. 9 f.

<sup>16</sup> Vgl. zum Meinungsstand *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, 79. Lieferung (Dezember 2016), Art. 20 Abs. 3 Rn. 3 ff. mwN.

<sup>17</sup> BVerfGE 83, 60 (71 f.); *Sachs*, in: ders., GG, 7. Aufl. (2014), Art. 20 Rn. 28.

<sup>18</sup> Siehe allgemein *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, 79. Lieferung (Dezember 2016), Art. 38 Rn. 88 ff.

<sup>19</sup> Siehe *Münch*, Die Bundesregierung (1954), S. 121; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. (2016), Art. 63 Rn. 1.

<sup>20</sup> Für die Voraussetzung der Verfassungstreue siehe *Oldiges*, in: *Sachs*, GG, 7. Aufl. (2014), Art. 63 Rn. 18; aA. *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. (2016), Art. 63 Rn. 1.

<sup>21</sup> *Gröpl*, Staatsrecht I, 8. Aufl. (2016), Rn. 1011.

<sup>22</sup> BVerfGE 102, 224 (237 f.) mAnm. *Rau*, JuS 2001, 755; *Pieroth*, JuS 2010, 473 (480).

<sup>23</sup> Siehe *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. (1999), Rn. 600.

<sup>24</sup> Siehe *Gröpl*, Staatsrecht I, 8. Aufl. (2016), Rn. 1020.

<sup>25</sup> Siehe *Klein*, in: Maunz/Dürig, GG, 79. Lieferung (Dezember 2016), Art. 38 Rn. 219.

<sup>26</sup> BVerfGE 80, 188 (219).

<sup>27</sup> Siehe BVerfGE 80, 188 (219).

<sup>28</sup> Siehe BVerfGE 84, 304 (321 f.).

<sup>29</sup> Siehe *Schröder*, Bildung, Bestand und parlamentarische Verantwortung, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. (2005), § 65 Rn. 35.

<sup>30</sup> Siehe *Degenhart*, Staatsrecht I, 31. Aufl. (2015), Rn. 736.

dafür ein bestimmtes System vor, „Ziel dieses ausbalancierten Systems ist, dass die Regierungsaufgaben stets von einer handlungsfähigen Exekutive bewältigt werden“<sup>31</sup>. Es wurden Instrumente geschaffen wie die gleichzeitige Beendigung der Amtszeit des Bundeskanzlers, der Bundesminister (Art. 69 Abs. 2 2. HS GG) und des Bundestages oder das vorgesehene konstruktive Misstrauensvotum, welches die Abwahl eines Bundeskanzlers nur mit zeitgleicher Wahl eines Nachfolgers ermöglicht (Art. 67 Abs. 1 GG).

## II. Handlungsfähigkeit durch personelle Diskontinuität gewährleistet

Jedoch kann auch dieses Verfassungsziel der Regierungsstabilität nicht rechtfertigen, eine weitergehende personelle Diskontinuität durch Wiederwahlbeschränkungen beim Amt des Bundeskanzlers nicht zuzulassen. Beim Verfahren im Deutschen Bundestag kennt das Grundgesetz den Grundsatz der sachlichen Diskontinuität, der besagt, dass Gesetzesvorlagen, bei denen das Verfahren im Bundestag noch nicht abgeschlossen ist, mit dem Ende der Legislaturperiode verfallen.<sup>32</sup> Die Synchronisation der Amtszeiten von Bundestag und Bundesregierung<sup>33</sup> und das Verfahren zur Wahl des Bundeskanzlers zeigen, dass das Schicksal der Bundesregierung vom Bundestag abhängt. Daher ergibt sich für die Verfassung der Grundsatz der personellen Diskontinuität aus der periodischen Wahl und der erneuten demokratischen Legitimation.<sup>34</sup> Folglich sieht es das Grundgesetz bereits vor, dass beim Amt des Bundeskanzlers eine gewisse personelle Diskontinuität herrscht. Durch die Regelung, dass die Ämter in der Bundesregierung auf Ersuchen des Bundespräsidenten bzw. des Bundeskanzlers bis zur Ernennung eines Nachfolgers besetzt bleiben (Art. 69 Abs. 3 GG), wird eine „exekutivlose“ Zeit verhindert. Entsprechende Regelungen bestehen auch für das Parlament (Art. 39 Abs. 1 S. 2 GG). Damit steht die Regierung zwar nicht in einer personellen Kontinuität, aber doch in Organkontinuität.<sup>35</sup> Die Handlungsfähigkeit der Exekutive und damit des Staates wird dadurch nicht gehemmt.

Eine Wiederwahlbeschränkung für das Amt des Bundeskanzlers würde sich in diesen verfassungsrechtlichen Rahmen einfügen. Sie würde gerade dort ansetzen, wo ohnehin schon durch die notwendige demokratische Legitimation eine Diskontinuität möglich oder sogar durch das Wahlvolk gewünscht wäre. Jedoch legt der Verfassungsgrundsatz der Kontinuität nahe, dass eine Beschränkung auf eine einzige Amtsperiode nicht der Intention des Grundgesetzes entspricht. Zumindest durch die einmalige Möglichkeit einer Wiederwahl wird für eine gewisse Kontinuität gesorgt. Eine weitergehende Forderung nach personeller Kontinuität, die einer Wiederwahlbeschränkung entgegenstehen würde, ist dem Grundgesetz aber nicht zu entnehmen.

<sup>31</sup> Hans-Justus Rinck, Minderheitsvotum zu BVerfGE 16, 70 (74).

<sup>32</sup> Siehe Degenhart, Staatsrecht I, 31. Aufl. (2015), Rn. 235; Ipsen, Staatsrecht I, 27. Aufl. (2015), Rn. 281.

<sup>33</sup> Siehe Mußgnug, Entstehen der Bundesrepublik, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band I, 3. Aufl. (2003), § 8 Rn. 66.

<sup>34</sup> Leisner, Kontinuität als Verfassungsprinzip (2002), S. 399.

<sup>35</sup> Leisner, a.a.O.

<sup>36</sup> Siehe dazu Nierhaus, in: Sachs, GG, 7. Aufl. (2014), Art. 54 Rn. 21.

<sup>37</sup> Siehe allgemein Kröger, NJW 1989, 1318; Nettesheim, Amt und Stellung des Bundespräsidenten, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. (2005), § 61; Lindemann, Das antiquierte Grundgesetz (1966), S. 94 f.

## F) Übertragung der Regelung beim Bundespräsidenten

Nicht zuletzt findet sich eine vergleichbare Regelung bei den Bestimmungen über den Bundespräsidenten in Art. 54 Abs. 2 S. 2 GG. Der Bundespräsident ist das einzige Verfassungsorgan, zu dem der Verfassungstext eine Regelung zur Wiederwahl enthält, was aber selbstverständlich nicht gegen die Einführung einer vergleichbaren Regelung beim Bundeskanzler spricht. Art. 54 Abs. 2 S. 2 GG sieht vor, dass die „anschließende Wiederwahl“ eines Bundespräsidenten „nur einmal zulässig“ ist. Die Frage der Zulässigkeit einer dritten Amtsperiode, gefolgt auf die Amtsperiode eines anderen Bundespräsidenten – begründet mit dem „möglicherweise nicht reflektierten Wortlaut“<sup>36</sup> – kann insofern dahinstehen.

### I. Historische Gründe

#### legen Schwächung des Amtes nahe

Im parlamentarischen Rat stand die Schwächung des Amtes des Bundespräsidenten vor den Eindrücken der Präsidentschaft Paul von Hindenburgs in der Weimarer Zeit im Zentrum der Überlegungen über die Ausgestaltung der Bestimmungen über den Bundespräsidenten.<sup>37</sup>

#### 1. Machtfülle des Reichspräsidenten in der Weimarer Zeit

Der Reichspräsident hatte in der Weimarer Zeit eine große Machtfülle. Er konnte (nahezu beliebig) Regierungen einsetzen und gesetzvertretende Verordnungen (Notverordnungen nach Art. 48 Abs. 2 WRV) erlassen. Vor allem die Möglichkeit der Einrichtung von Präsidialkabinetten<sup>38</sup> war missbrauchsanfällig.<sup>39</sup> Zudem standen dem Reichspräsidenten ein Auflösungsrecht des Parlaments und der Oberbefehl über die Streitkräfte zu (Art. 25 WRV). Mit Blick auf die durch diese weitreichenden Kompetenzen entstandenen Konsequenzen für das Schicksal der Weimarer Republik war es die Intention des parlamentarischen Rates, dieses System im Grundgesetz und die Stellung des Präsidenten anders auszugestalten.<sup>40</sup>

#### 2. Bereits im ersten Entwurf des Grundgesetzes vorhanden

Ein Schritt dazu war die Änderung des Wahlverfahrens, insbesondere die Beschränkung der Wiederwahlmöglichkeit. Ein Blick auf die ersten Entwürfe des Grundgesetzes zeigt, dass von Anfang an wie selbstverständlich davon ausgegangen wurde, dass das Amt des Bundespräsidenten eine Wiederwahlbeschränkung erhalten sollte.<sup>41</sup> Der Wortlaut der ersten Entwürfe unterscheidet sich nicht von der heute gültigen Fassung. Für das Amt des Bundeskanzlers stand eine solche Wiederwahlbeschränkung im parlamentarischen Rat nicht zur Diskussion. Entweder, und davon ist auszugehen, wurde die Notwendigkeit schlichtweg übersehen, oder die Regelung bewusst weggelassen. Dennoch ist

<sup>38</sup> Das erste Präsidialkabinett entstand durch die Einsetzung Heinrich Brüning als Reichskanzler durch Reichspräsident Paul von Hindenburg, ohne dass dieser eine Mehrheit im Parlament hinter sich versammeln konnte.

<sup>39</sup> Siehe Nettesheim, Amt und Stellung des Bundespräsidenten, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. (2005), § 61 Rn. 8.

<sup>40</sup> Siehe allgemein Roellecke, NJW 1991, 2441.

<sup>41</sup> So etwa schon die vorläufige Formulierung der Fachausschüsse, veröffentlicht in: Bundestag/Bundesarchiv, Der parlamentarische Rat, Band 7, Entwürfe zum Grundgesetz (1995), S. 21.

es vor dem historischen Kontext auch heute noch möglich, eine ähnliche Wiederwahlbeschränkung einzuführen.

### 3. Veränderung des Verhältnisses von Staatsoberhaupt und Regierungschef

Im Verhältnis zueinander hat sich zwischen der Weimarer Reichsverfassung und dem Grundgesetz nicht nur eine Übertragung von Befugnissen des Reichspräsidenten auf den Bundeskanzler vollzogen. Vielmehr wurde das Amt des Kanzlers vom Amt des Präsidenten entkoppelt.<sup>42</sup>

#### a) Keine Abhängigkeit bei Regierungsbildung

In der Weimarer Republik konnte der Reichspräsident einen Kanzler seines Vertrauens nach eigenem Ermessen zum Kanzler ernennen – und auch zu jeder Zeit wieder entlassen (Art. 53 WRV).<sup>43</sup> Das Vertrauen des Parlaments und die Mehrheit im Parlament waren dabei erst die zweite Stufe (Art. 54 WRV). Im System des Grundgesetzes ist der Bundeskanzler, zumindest im Ergebnis, nur von der Kreationsbefugnis des Bundestages abhängig. Zwar besitzt der Bundespräsident das erste Vorschlagsrecht (Art. 63 Abs. 1 GG), der Bundestag ist in der Entscheidung daran aber nicht gebunden. Erst wenn sich das Parlament nicht einigen kann und eine instabile Lage droht, kommt dem Bundespräsidenten die Befugnis zu, den Bundestag aufzulösen (Art. 63 Abs. 4 S. 3 GG).

#### b) Veränderung des Gegenzeichnungsrechts

In Bezug auf das Gegenzeichnungsrecht (Art. 58 S. 1 GG) haben sich direkt Rechtspositionen zwischen Kanzler und Präsident verändert und Kompetenzen verlagert. Wenn der Reichspräsident für den Erlass eines bestimmten Rechtsakts zuständig war, bedurfte er auch unter der Weimarer Reichsverfassung der Gegenzeichnung (Art. 50 WRV). Ist diese jedoch erfolgt, konnte er frei und nach eigenem Ermessen entscheiden, ob er der Empfehlung der Regierung folgen wollte oder nicht. Im System des Grundgesetzes aber wird davon ausgegangen, dass der Bundespräsident der Empfehlung des Verfassungsorgans Bundesregierung Folge zu leisten hat.<sup>44</sup>

#### c) Keine Volkswahl zum Bundespräsidenten

Zudem wurde die Direktwahl für das Amt des Bundespräsidenten (Art. 41 WRV) abgeschafft, an deren Stelle die Wahl durch das Organ der Bundesversammlung getreten ist (Art. 54 Abs. 1 GG). Die Schwächung der demokratischen Legitimation legt ebenfalls eine Schwächung des Amtes des Bundespräsidenten im Vergleich zur Ausgestaltung in der WRV nahe.

Insgesamt lässt sich die Stellung des Bundespräsidenten im Grundgesetz als eine Kustos-Stellung bezeichnen. Er erfüllt die Aufgaben eines Wächters, der politische Prozesse anstößt und balanciert, sie aber nicht inhaltlich beeinflusst.<sup>45</sup> Gestaltungsmöglichkeiten entstehen für ihn erst in politisch instabilen Lagen.<sup>46</sup> Es lässt sich schlussfolgern, dass eine Kompetenzverlagerung zwischen dem Staatsoberhaupt bzw. dem Präsidenten und dem Regierungschef bzw. Kanzler zugunsten des Kanzlers stattgefunden hat.<sup>47</sup>

## II. Die Bundesrepublik als „Kanzlerdemokratie“

Das legt den Schluss nahe, dass es sich bei der Bundesrepublik um eine „Kanzlerdemokratie“ handelt. Zum ersten Mal wurde der Begriff während der Amtszeit *Konrad Adenauers* im politikwissenschaftlichen Schrifttum verwandt.<sup>48</sup> Insofern ist offenkundig, dass der Begriff weitgehend durch die Amtsführung des ersten und machtbewussten Kanzlers geprägt wurde, in Zeiten des politischen und wirtschaftlichen Neuanfangs und des Wiederaufbaus in Deutschland. Aber auch das Grundgesetz verleiht dem Bundeskanzler, unabhängig von der Person des jeweiligen Amtsinhabers und der politischen Rahmenbedingungen, eine herausgehobene Stellung im Verfassungsgefüge.<sup>49</sup> Im Vergleich zur Weimarer Zeit hat der Bundeskanzler zudem durch erhebliche europapolitische Gestaltungsspielräume an Bedeutung gewonnen. Das Regieren im Mehr-Ebenen-System der Europäischen Union ist notwendigerweise stark auf die Exekutive und damit auf den Bundeskanzler konzentriert.<sup>50</sup> Über die Mitwirkung im Rat der Europäischen Union determiniert die Bundesregierung die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes mittlerweile zu mehr als 50%.<sup>51</sup>

## III. Vergleichbare Intention

Die Wiederwahlbeschränkung in Art. 54 Abs. 2 S. 2 GG hat zum Hauptzweck, die Entstehung monarchischer „Erbhöfe“<sup>52</sup> zu verhindern. Damit sollte das Ziel verfolgt werden, wichtige Staatsaufgaben und Befugnisse nicht zulange in der Hand der gleichen Person zu belassen.<sup>53</sup>

Beim Bundeskanzler war man ohnehin davon ausgegangen, dass dieser durch die periodische Wahl des Parlaments häufiger wechseln würde,<sup>54</sup> und hat die Möglichkeit langer Amtszeiten nicht gesehen. Der „starke Mann“<sup>55</sup> ist nicht mehr der Reichspräsident, sondern der Bundeskanzler. Dennoch wurde zur Sicherung einer schwachen Stellung des Bundespräsidenten die Wiederwahlbeschränkung eingeführt. Es lässt sich schwerlich erklären, warum sich das Verhältnis der beiden Organe zugunsten des Bundeskanzlers verändert hat, das Amt des Bundespräsidenten aber einer Wiederwahlbeschränkung unterliegen soll,

<sup>42</sup> Siehe *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, 79. Lieferung (Dezember 2016), Art. 62 Rn. 63.

<sup>43</sup> Siehe *Schröder*, Bildung, Bestand und parlamentarische Verantwortung, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. (2005), § 65 Rn. 3.

<sup>44</sup> Siehe BVerfGE 114, 121 (154); *Herzog*, Entscheidung und Gegenzeichnung, in: Festschrift für Gebhard Müller (1970), 117 (126 f.).

<sup>45</sup> Siehe *Pernthaler*, Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie, in: VsVDStRL 25 (1967), 95 (139).

<sup>46</sup> Siehe *Nettesheim*, Die Aufgaben des Bundespräsidenten, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. (2005), § 62 Rn. 3.

<sup>47</sup> Siehe *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, 79. Lieferung (Dezember 2016), Art. 54 Abs. 2 Rn. 70; *Kröger*, NJW 1989, 1318 (1321).

<sup>48</sup> Siehe *Niclauff*, Kanzlerdemokratie, Regierungsführung von Konrad Adenauer bis Angela Merkel, 3. Aufl. (2015), S. 19 ff.; *Lindemann*, Das antiquierte Grundgesetz (1966), S. 66 ff.

<sup>49</sup> Siehe *Schenke*, JZ 2015, 1009 (1009).

<sup>50</sup> Siehe *Huber*, Regierung und Opposition, in: Isensee/Kirchhof Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. (2005), § 47 Rn. 22.

<sup>51</sup> Siehe zu den erhobenen Daten BVerfGE 89, 155 (172 f.) mwN.

<sup>52</sup> *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, 79. Lieferung (Dezember 2016), Art. 54 Abs. 2 Rn. 21.

<sup>53</sup> Siehe *Nettesheim*, Die Bundesversammlung und die Wahl des Bundespräsidenten, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, 3. Aufl. (2005), § 63 Rn. 11.

<sup>54</sup> Siehe E) II.

<sup>55</sup> *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, 79. Lieferung (Dezember 2016), Art. 54 Abs. 2 Rn. 67.

das des Bundeskanzlers jedoch nicht. Entweder ist die Regelung beim Bundespräsidenten überflüssig oder sie fehlt beim Bundeskanzler. Daher wäre es ein notwendiges Korrektiv, verfassungsändernd tätig zu werden.

#### **F) Fazit**

Die politische Notwendigkeit einer Wiederwahlbeschränkung für das Amt des Bundeskanzlers ist umstritten. Aus der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG lässt sich jedenfalls die Verfassungswidrigkeit nicht herleiten. Insbesondere die in Art. 20 Abs. 1 GG niedergelegte Staatsform der Republik würde durch eine Wiederwahlbeschränkung weiter ausgestaltet und gefördert. Auch die Rechte des Deutschen Bundestages werden nicht beschnitten, sondern durch die Einführung einer Wählbarkeitsvoraussetzung konkretisiert und in zulässiger Weise ausgestaltet. Eine Wiederwahlbeschränkung würde auch nicht das von der Verfassung aufgestellte Ziel der Regierungstabilität konterkarieren, da das Grundgesetz von einer gewissen personellen Diskontinuität ausgeht. Jedoch gebietet dieses Verfassungsziel einer handlungsfähigen Exekutive, dass zumindest die Möglichkeit zur einmaligen Wiederwahl bestehen muss. Zudem spricht die vergleichbare Regelung einer Wiederwahlbeschränkung für das Amt des Bundespräsidenten vor dem historischen Kontext für die Einführung einer gleichgelagerten Beschränkung für das Amt des Bundeskanzlers. Verfassungsrechtlich stehen der Einführung einer Wiederwahlbeschränkung für das Amt des Bundeskanzlers keine Bedenken gegenüber.

#### **► Inhaltsverzeichnis**





## MIT DEN BESTEN. FÜR DIE BESTEN.

---

Rechtsanwälte (m/w)

Referendare (m/w)

Praktikanten (m/w)

---

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

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

Robert Krywalski, T +49 30 20360 1204, E [robert.krywalski@cms-hs.com](mailto:robert.krywalski@cms-hs.com)

---

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

## KLAUSUR – STRAFRECHT

ORR Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)\*

### „Camouflage: Deutscher Oberleutnant als Asylbewerber“

#### Fortgeschrittenenklausur

#### Sachverhalt<sup>1</sup>

Der 28jährige Franco A. (A) ist als Oberleutnant der Bundeswehr in der Leclerc-Kaserne im elsässischen Illkirch (Frankreich) als Angehöriger des Jägerbataillons 291 der Deutsch-Französischen Brigade stationiert.

Am 27.04.2017 wurde A wegen Terrorverdachts festgenommen. Im Zuge der Festnahme wurden folgende Erkenntnisse öffentlich: A spricht fließend Englisch und Französisch und hatte in der Vergangenheit auch einen Kurs in Arabisch absolviert. Der Militärische Abschirmdienst (MAD) hatte A in den letzten Jahren zweimal routinemäßig überprüft, ohne auf seine rechtsextreme Gesinnung aufmerksam zu werden. Diese Gesinnung des A fiel jedoch unabhängig von Überprüfungen des MAD bereits im Jahr 2014 auf. In seiner Masterarbeit an der École spéciale militaire im französischen Saint-Cyr fanden sich eindeutig kritische Passagen.<sup>2</sup> Entsprechende Vorermittlungen wurden aufgrund des Gutachtens eines Bundeswehrhistorikers jedoch eingestellt, obwohl es sich bei der vorgelegten Masterarbeit um einen „radikalnationalistischen, rassistischen Appell“ gehandelt habe. A sei insgesamt „angesichts der ihm unzweifelhaft zugeschriebenen hohen Intellektualität ein Opfer seiner eigenen intellektuellen Fähigkeit in der Darstellung geworden“, so dass „Zweifel an der erforderlichen Einstellung zur Werteordnung nicht nur nicht belegbar, sondern auszuschließen“ seien. A durfte daraufhin eine zweite Masterarbeit abgeben und konnte seine militärische Karriere ungehindert fortsetzen. Ein Eintrag in die Personalakte erfolgte nicht, der Vorfall wurde auch nicht an den MAD gemeldet.

Am 30.12.2015 ließ sich A als syrischer Flüchtling in der hessischen Erstaufnahmeeinrichtung in Gießen registrieren. Seine Legende lautete: David Benjamin, syrischer Christ, gelernter Landwirt und Obstverkäufer aus Damaskus mit französischen Wurzeln. Auf Basis dessen erbat er eine Befragung in französischer Sprache, die dann auch erfolgte. Letzten Endes erhielt er ein Zimmer in einer Asylunterkunft in Kirchberg/Oberbayern zugeteilt. Ferner wurde ihm ein Flüchtlingsausweis auf den Namen David Benjamin ausgestellt. Im Asylbescheid des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge (BAMF) vom 16.12.2016 erhielt A unter seiner Aliasidentität David Benjamin einen subsidiären Schutzstatus wegen des Bürgerkriegs in Syrien zuerkannt. Er bekam seit dem 30.12.2015 neben Unterkunft und Verpflegung

auch Geldleistungen gewährt<sup>3</sup>, die sich auf insgesamt ca. 2.000 Euro beziffern lassen. In der Folge pendelte A zwischen seinem Dienstort Illkirch und Kirchberg.

Ende Januar 2017 wurde A am Flughafen Wien (Österreich) auffällig. Angeblich hatte A in einem Gebüsch in Wien eine französische Armeepistole vom Typ „Unique“ aus den 1930er Jahren gefunden und diese sodann an sich genommen. Naturgemäß hatte er für den Besitz dieser Pistole keine(n) Waffenerlaubnis-karte/Waffenschein. Die Pistole versteckte er vor dem Check-In auf einer Toilette des Flughafens. Als A sie am 03.02.2017 wieder abholen wollte, nahm ihn die österreichische Polizei fest. Dabei behandelte sie ihn erkenntnisdienlich, wodurch aufgrund seines Reisepasses und eines Eintrags in die europäische biometrische Datenbank für registrierte Flüchtlinge die doppelte Identität des A evident wurde. Die österreichische Polizei sah wegen des (auch nach österreichischem Recht) unerlaubten Waffenbesitzes alleine keinen Haftgrund gegeben und entließ den A wieder aus der Haft, verständigte aber die deutschen Behörden. Daraufhin wurde A fortan beobachtet und seine sämtliche Kommunikation überwacht. Die deutschen Behörden gehen der Ermittlungslage nach im Übrigen davon aus, dass A die „Unique“-Pistole in Deutschland illegal erworben hat, wo sie 1940 als sog. Beutewaffe gelandet war.

Die vorgenannten Maßnahmen sowie umfangreiche Durchsuchungen und Beschlagnahmungen von Laptops, Handys, Unterlagen etc. durch ein gemeinsames Vorgehen mehrerer deutscher, französischer und österreichischer Behörden im Umfeld der Festnahme ergeben folgendes Bild: A hatte offenbar mindestens einen Anschlag geplant, dessen Begehung später arabisch-islamischen Flüchtlingen angelastet werden sollte, um in Deutschland eine feindliche Stimmung gegen solche Flüchtlinge zu schüren.<sup>4</sup> A wollte dabei Spitzenpolitiker töten, die sich für die aus seiner Sicht völlig verfehlte deutsche Flüchtlingspolitik seit 2015 eingesetzt hatten und die Spur anschließend in die Flüchtlingsunterkunft von Kirchberg auf den vermeintlich untergetauchten IS-Sympathisanten David Benjamin lenken.

Der Komplizenschaft war dabei zunächst nur der 24-jährige Student Mathias F. (F) verdächtig. In dessen Wohnung wurden eine Waffe, die unter das Kriegswaffenkontrollgesetz (KWKG) fällt

\* Der Autor ist Mitarbeiter der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in Frankfurt am Main und Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen. Er gibt ausschließlich seine persönlichen Auffassungen wieder.

<sup>1</sup> Der Sachverhalt ist weitgehend dem durch die Medien gegangenen Fall rund um die Festnahme des Oberleutnants Franco A. im April/Mai 2017 nachgebildet. Größere Abweichungen zum realen Fall sind in den Fußnoten gekennzeichnet.

<sup>2</sup> Die via Internet einsehbaren kritischen Passagen der ersten Masterarbeit von A legen allerdings nicht zwingend den Tatbestand der Volksverhetzung

nach § 130 Abs. 1 StGB nahe, so dass von der Einführung dieser Passagen in die Klausur abgesehen wird.

<sup>3</sup> Rechtsgrundlagen hierfür sind je nach konkretem Status dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) bzw. den Sozialgesetzbüchern II und XII (SGB II und XII) zu entnehmen.

<sup>4</sup> Nach dem Anschlag auf den BVB-Mannschaftsbus im April 2017 (vgl. ▶ **Hippeli, JSE 2017, 87 ff.**) ist dies also der zweite große Trittbrettfahrerfall, in dem Dritte unter dem Deckmantel islamistischen Terrors kriminell oder rechtsterroristisch operierten bzw. operieren wollten.

(eine ausgemusterte sog. Skorpion-Maschinenpistole der slowakischen Armee, die im sog. Darknet erworben wurde<sup>5</sup>), Sprengstoff und ca. 1.000 Schuss Munition gefunden. Die Munition hatte A nach und nach bei der Bundeswehr entwendet. F ließ sich bei der Vernehmung nach seiner ebenfalls am 27.04.2017 erfolgten Festnahme dahingehend ein, dass er lediglich die Gesinnung des A teile und die bei ihm angefundene Gegenstände für A aufbewahren wollte.<sup>6</sup> Dies blieb seitens des A unbestritten.

Am G36-Gewehr von A in der Kaserne in Illkirch war zudem ein Hakenkreuz eingeritzt. Ferner hing an der Wand von As Stube ein als solcher erkennbarer bewaffneter Wehrmachtssoldat als Bleistich, daneben war die Plastikattrappe einer Maschinenpistole MP 40 (sog. Schmeisser) drapiert, die im Original v.a. in der ehemaligen Deutschen Wehrmacht bis 1945 Verwendung fand.

Kurze Zeit später wird am 09.05.2017 Maximilian T. (T), ein 27-jähriger Oberleutnant der Bundeswehr, verhaftet. T soll die in den Medien so bezeichnete „Todesliste“ geführt haben, auf der die potenziellen Opfer standen, die dann ggf. durch A getötet worden wären. Zudem soll T die „asylbedingten Abwesenheiten“ des A in Illkirch mehrfach in der Weise gedeckt haben, dass er den Vorgesetzten des A falsche Entschuldigungen übermittelte. Es stellt sich ferner heraus, dass A, F und T allesamt aus Hessen (Stadt und Landkreis Offenbach) stammen und offenbar seit langem miteinander befreundet sind. Politik und Medien sprechen seit dem 09.05.2017 fallbezogen von einer in der Bundeswehr bestehenden Terrorzelle.<sup>7</sup>

**Bitte prüfen Sie in einem Gutachten die Strafbarkeit von A, F und T nach dem Strafgesetzbuch (StGB) und dem Waffengesetz (WaffG)<sup>8</sup>**

<sup>5</sup> Auch dieses Detail ist eine reine Fiktion des Autors. Tatsächlich erscheint dies aber gar nicht so unwahrscheinlich, da die Waffen zur Begehung der bekannten Anschläge und Amokläufe der letzten drei Jahre in Deutschland und Europa zumeist entweder aus dem Balkanraum als Relikte des dortigen Bürgerkriegs in den 1990er Jahren stammten oder aber aus der Slowakei (z.B. Ereignisse von Paris und München). In der Slowakei als EU-Land mit bis dato relativ liberalem Waffenrecht sind zahlreiche Waffen aus ehemaligen Beständen von Militär und Polizei frei erhältlich, die nur sehr oberflächlich zu sog. Theaterwaffen ohne Feuerkraft umgebaut wurden und – anders als etwa in Deutschland – binnen sehr kurzer Zeit wieder scharf gemacht werden können. Erst seit April 2016 gibt es eine EU-Durchführungsverordnung, die europaweit einheitliche Standards setzt und damit seither den möglichen Rückbau von neuen Theaterwaffen zu scharfen Waffen auch in der Slowakei deutlich erschwert.

## Gliederung

### A) Strafbarkeit des A

#### I. Strafbarkeit des A aus § 89a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB

1. Tatbestand
  - a) Objektiver Tatbestand
  - b) Subjektiver Tatbestand
2. Rechtswidrigkeit
3. Schuld
4. Zwischenergebnis

#### II. Strafbarkeit des A aus § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB

#### III. Strafbarkeit des A aus § 127 StGB

#### IV. Strafbarkeit des A

#### aus §§ 130 Abs. 1 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB

#### V. Strafbarkeit des A aus §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB

#### VI. Strafbarkeit des A aus § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB

#### VII. Strafbarkeit des A aus § 263 Abs. 1 StGB

1. Tatbestand
  - a) Objektiver Tatbestand
    - aa) Täuschungshandlung
    - bb) Irrtumserregung
    - cc) Vermögensverfügung
    - dd) Vermögensschaden
    - ee) Zwischenergebnis
  - b) Subjektiver Tatbestand
    - aa) Vorsatz
    - bb) Verschaffungsabsicht Vermögensvorteil
    - cc) Zwischenergebnis

#### 2. Rechtswidrigkeit

#### 3. Schuld

#### 4. Zwischenergebnis

#### VIII. Strafbarkeit des A aus § 271 Abs. 1 StGB

#### IX. Strafbarkeit des A aus § 86a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB

#### X. Strafbarkeit des A aus § 52 Abs. 3 Nr. 2a) WaffG

#### XI. Strafbarkeit des A aus § 246 Abs. 1 und 2 StGB

#### XII. Ergebnis

### B) Strafbarkeit des F und des T

#### I. Strafbarkeit des F und des T

#### aus §§ 129a Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB

#### II. Strafbarkeit des F und des T aus §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

#### III. Ergebnis

### C) Gesamtergebnis

<sup>6</sup> Auch dies ist eine reine Fiktion des Autors. Eine solche „Salami-Taktik“ (nur zugeben, was ohnehin nicht bestreitbar ist) ist allerdings bei (vermeintlich oder tatsächlich) weniger stark Tatbeteiligten ein äußerst realitätsnahes Szenario.

<sup>7</sup> Klarzustellen ist aber, dass T am 05.07.2017 überraschend aus der Untersuchungshaft entlassen wurde, da in Bezug auf ihn kein dringender Tatverdacht mehr besteht. Allerdings wurde bislang noch keine Anklage erhoben, so dass die genaue Einbindung des T in das Tatgeschehen bislang unklar ist. Aus klausurtaktischen Gründen wird dies zunächst unterstellt.

<sup>8</sup> Weitere denkbare Gesetze wie das Soldatengesetz (SG), das Asylgesetz (AsylG) oder das AsylbLG enthalten entweder von vornherein keine Strafnormen (allenfalls Bußgeldnormen) oder nur solche Strafnormen, die evident nicht einschlägig sind.

## Gutachten

### Hinweis

2016/17 gab es in der Bundesrepublik Deutschland mehrere reale strafrechtliche Fälle, die bis dahin kaum vorstellbar waren, außer vielleicht in extrem phantasiereichen Kriminalromanen. Zu diesen realen Fällen zählt die äußerst kuriose Kriminalgeschichte rund um den Oberleutnant der Bundeswehr Franco A., die nachstehend möglichst nah am Originalfall untersucht werden soll. Herauszustreichen ist allerdings wie stets in solchen nah entlang der Realität gestrickten Klausurfällen, dass auch für Franco A. (und seine Freunde) in der Rolle als Tatverdächtige(r) zunächst die Unschuldsvermutung gilt, so dass auch diese Klausur keine Vorverurteilung herbeiführen will.

### A) Strafbarkeit des A

#### I. Strafbarkeit des A

##### aus § 89a Abs. 1 und 2 Nr. 2 StGB

A könnte sich dadurch, dass er einen (rechts-)terroristischen Anschlag geplant und sich hierfür Waffen und Sprengstoff beschafft und auch dem F überlassen hat, wegen Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat nach § 89a Abs. 1 und 2 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestand

A muss zunächst tatbestandsmäßig gehandelt haben.

##### a) Objektiver Tatbestand

Als eine schwere Gewalttat definiert § 89a Abs. 1 S. 2 StGB ua. Straftaten gegen das Leben iSd. §§ 211, 212 StGB. Ein Terroranschlag mit Sprengmitteln und Maschinenpistole gerichtet gegen eine oder mehrere Menschen bedeutet erkennbar die Verwirklichung von Straftaten gegen das Leben. Dabei muss nicht weiter geklärt werden, ob der avisierte Tod von einem oder mehreren auf der Todesliste stehenden Spitzenpolitiker(n) als Totschlag oder Mord zu qualifizieren wäre, da jedenfalls beide Straftatbestände taugliche Katalogtaten darstellen.

Diese schwere Gewalttat iSd. §§ 211, 212 StGB muss zudem staatsgefährdend sein und damit der Staatschutzklausel in § 89a Abs. 1 StGB unterfallen. Dies ist der Fall, wenn eine solche schwere Gewalttat den Umständen nach bestimmt und geeignet ist, die in § 89a Abs. 1 S. 2 StGB genannten Angriffsziele (Bestand oder Sicherheit eines Staates oder einer internationalen Organisation oder Verfassungsgrundsätze der Bundesrepublik

Deutschland) zu beeinträchtigen bzw. zu beseitigen.<sup>9</sup> Vorliegend dürfte insbesondere die Beeinträchtigung der staatlichen Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland als Angriffsziel gelten. Zur Sicherheit eines Staates zählen nach § 92 Abs. 3 Nr. 2 StGB schließlich die äußere und innere Sicherheit. Innere Sicherheit meint dabei den Zustand relativer Ungefährdetheit von Bestand und Verfassung gegenüber gewaltsamen Aktionen innerstaatlicher Kräfte.<sup>10</sup> Diese innere Sicherheit ist bereits dann beeinträchtigt, wenn das Vertrauen der Bevölkerung, vor gewaltsamen Einwirkungen in ihrem Staat geschützt zu sein, maßgeblich erschüttert wird.<sup>11</sup> Vorliegend war der (auch) von A geplante Anschlag jedenfalls den Umständen nach geeignet und bestimmt, das Vertrauen der Bevölkerung in ein sicheres und gewaltfreies Leben in der Bundesrepublik Deutschland hinreichend zu erschüttern, da in der Folge gravierender Anschläge auf Spitzenpolitiker gewissermaßen jedermann damit rechnet, dass er nicht mehr sicher leben kann. Der vorliegende Fall ist dabei in etwa vergleichbar mit dem – allerdings linksextremen – Terror der Roten Armee Fraktion (RAF) der 1970er Jahre, welcher sich ebenfalls v.a. gegen hohe Vertreter des Staates richtete und dadurch die innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland in evidenter Weise massiv beeinträchtigte.

Soweit § 89a StGB in der Literatur oftmals als uferlos weit und damit verfassungsrechtlich bedenklich angesehen wird, da letztlich jeder Anschlag die innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland in irgendeiner Form beeinträchtigt<sup>12</sup>, kann dieser Einwand fallbezogen keinerlei Relevanz entfalten. Denn (auch) A plante den Terroranschlag gerade zu dem Zweck, die einheimische Bevölkerung gegen Flüchtlinge in Stellung zu bringen, was – aus dem Begriffsarsenal des § 130 StGB entlehnt – mit einer Art „Anstachelung zum Rassenhass“ gleichgesetzt werden kann und daher ohne weiteres auch insoweit Auswirkungen auf die innere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland hat.<sup>13</sup>

Als taugliche Vorbereitungshandlung gilt dabei jedenfalls das Sich-Verschaffen oder einem anderen Überlassen von Waffen oder Sprengstoff iSd. § 89 Abs. 2 Nr. 2 StGB. Den Einlassungen von F nach hat sich A die bei ihm angefundene Gegenstände verschafft. Denn Sich-Verschaffen bedeutet die Bewirkung der tatsächlichen Verfügungsgewalt über eine Sache, gleich auf welche Art (Kauf, Diebstahl oä.).<sup>14</sup> Zudem könnte A die Gegenstände dem F überlassen haben. Überlassen an einen anderen bedeutet, diesem zumindest zeitweilig die tatsächliche Verfügungsgewalt zu übertragen.<sup>15</sup> Durch das Abstellen der Gegenstände in der Wohnung des F wurden diese somit auch dem F überlassen. Auch diese Tathandlungsvariante ist somit einschlägig.

<sup>9</sup> Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 89a Rn. 4; Zöller, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 132. Lfg. (2012), § 89a Rn. 12.

<sup>10</sup> BT-Drs. 16/12428 v. 25. 3. 2009, S. 14; Zöller, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 132. Lfg. (2012), § 89a Rn. 15.

<sup>11</sup> v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 89a Rn. 6; Güntge, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. (2016), § 89a Rn. 2.

<sup>12</sup> Vgl. etwa Kauffmann, Das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung staatsgefährdender Gewalttaten (2011), S. 70; Hellfeld, Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (2011), S. 212 ff.

<sup>13</sup> Diese Verknüpfung erscheint im deutschen Strafrecht als etwas völlig Neues. Einer (im Übrigen recht sinnvollen) an die Gesetzeshistorie angelehnten Begrenzungsformel für die uferlos weite Staatsschutzklausel seitens der Literatur etwa mit Blick auf „eine Tötung einer Vielzahl von Menschen mit gemeingefährlichen Mitteln aus politischen Gründen im weitesten Sinne“, vgl. Gazeas, in: AnwaltKommentar-StGB, 2. Aufl. (2015), § 89a Rn. 16, bedarf es dann gar nicht mehr. Das Aufhetzen eines Bevölkerungsteils gegen einen anderen ist also schon an sich staatsgefährdend.

<sup>14</sup> Gazeas, in: AnwaltKommentar-StGB, 2. Aufl. (2015), § 89a Rn. 15; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 89a Rn. 33.

<sup>15</sup> Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 89a Rn. 14; Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 89a Rn. 45.



Ob der gefundene Sprengstoff als solcher eingesetzt werden sollte oder aber ob mit dem Sprengstoff noch weitere Tatmittel hergestellt worden wären (zB. sog. Molotowcocktails), wodurch dann auch § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB erfüllt sein könnte, steht dagegen dem Sachverhalt nach nicht sicher fest. In dubio pro reo wird man das Vorliegen dieser Variante allerdings verneinen müssen.

### b) Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht ist für den Täter der Vorbereitungshandlung, der auch Täter der späteren Haupttat des Terroranschlags sein soll, ein absichtliches Handeln zur Begehung der schweren Gewalttat wie auch der Staatsgefährdung zu fordern.<sup>16</sup> Beides erscheint in Bezug auf den A jedenfalls gegeben.

### 2. Rechtswidrigkeit

Ferner muss A rechtswidrig gehandelt haben. Die wahrscheinlich aus Täterperspektive bestehende Rechtfertigung seines Handelns „im und für den Überlebenskampf des deutschen Volkes“<sup>17</sup> spielt dabei keine Rolle. Rein subjektiv erkorene Wertvorstellungen wie etwa die Abwehr von Fluchtbewegungen und Migration sind keine anerkannten Rechtfertigungsgründe. Vielmehr ist die Tötung von Menschen zur (mittelbaren) Erreichung dieses Zwecks absolut zu missbilligen. Eine Rechtfertigung der Handlungen des A kommt daher nicht in Betracht.

### 3. Schuld

Schließlich muss A auch schuldhaft gehandelt haben. Es sind keinerlei Entschuldigungsgründe erkennbar. Damit war das Handeln des A auch schuldhaft.

### 4. Zwischenergebnis

A hat sich somit wegen einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat nach § 89a Abs. 1 und 2 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

Dieser Tatbestand wird jedoch in Fällen wie dem vorliegenden regelmäßig von der Strafbarkeit wegen Bildung einer terroristischen Vereinigung (§ 129a StGB) im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt<sup>18</sup>, sofern dieser Tatbestand ebenfalls verwirklicht wurde. Zwar kommt auch in Betracht, dass die §§ 89a, 129a StGB zueinander im Verhältnis der Tateinheit (§ 52 StGB) stehen.<sup>19</sup> Jedoch steht ein solches Verständnis der Rechtsprechung eindeutig im Widerspruch zum gesetzgeberischen Willen, § 89a StGB nur für solche Fälle zur Anwendung kommen zu lassen, in denen Handlungen zur Vorbereitung von Straftaten mangels Bestehens oder Nachweisbarkeit einer terroristischen Vereinigung nicht als Beteiligung an oder Unterstützung einer solchen gemäß § 129a StGB verfolgt werden können.<sup>20</sup>

## II. Strafbarkeit des A aus

### § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB

Ferner könnte sich A dadurch strafbar gemacht haben, dass er zusammen mit F und T iSd. § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB eine terroristische<sup>21</sup> Vereinigung gebildet hat, die Straftaten gegen das Leben verüben sollte, indem Spitzenpolitiker aus terroristischen Motiven heraus getötet werden sollten.

Eine terroristische Vereinigung wird definiert als ein auf längere Dauer angelegter organisatorischer Zusammenschluss von mehr als zwei Personen<sup>22</sup>, die zusammenwirken, um terroristische Straftaten zu begehen und derart in Beziehung stehen, dass sie sich als einheitlicher Verband fühlen.<sup>23</sup>

Konstitutiv für den Vereinigungsbegriff sind insgesamt das Bestehen eines Mindestmaßes an fester Organisation mit einer gegenseitigen Verpflichtung sowie die subjektive Einbindung der Beteiligten in die Ziele der Organisation und in deren Willensbildung unter Zurückstellung individueller Einzelmeinungen.<sup>24</sup> Vorliegend ergibt sich das zentrale Problem, dass F lediglich zugegeben hat, die Gesinnung (insbesondere) des A zu teilen und die Tatmittel für den Terroranschlag verwahrt zu haben. Ob F darüber hinaus die terroristischen Ziele einer Gesamtgruppe gebilligt und geteilt, sich an einer kollektiven Willensbildung beteiligt und sich dem kollektiven Terrorwillen untergeordnet hat, ist auf Basis des gegebenen Sachverhalts nicht vollends klar. Die Gesamtschau einer offenbar einheitlich rechtsextremen Gesinnung von A, F und T, ihrer jahrelangen Freundschaft und der unterschiedlichen Tatbeiträge mündend in einen Terroranschlag spricht allerdings dafür, dass A, F und T eine terroristische Vereinigung gegründet<sup>25</sup> haben. In diesem Zusammenhang spricht in Bezug auf die Tathandlung des Gründens auch nichts dagegen, dass A, F und T jeweils die Gründereigenschaft zuzusprechen ist. Gründer sind dabei nur solche Personen, die den Gründungsakt führend und richtungsweisend bewirken.<sup>26</sup> Der konkrete Gründungsakt der terroristischen Vereinigung ist zwar nicht bekannt, allerdings ist nicht erkennbar, dass A, T oder sogar F eine völlig untergeordnete Rolle dabei eingenommen haben, so dass in Folge dessen die Gründung der Vereinigung noch hieran scheitern könnte.

In subjektiver Hinsicht muss A zumindest bedingten Vorsatz hinsichtlich der Gründung der terroristischen Vereinigung gehabt haben. Hieran ist nicht zu zweifeln. Auch Rechtswidrigkeit und Schuld sind zu bejahen.

A hat sich somit wegen Bildung einer terroristischen Vereinigung nach § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

<sup>16</sup> Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 89a Rn. 37; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 89a Rn. 17.

<sup>17</sup> Diese Rechtfertigung hat A wohl nicht ausdrücklich bemüht, in Ansehung der einseharen Passagen seiner ersten Masterarbeit lässt sie sich allerdings mutmaßen.

<sup>18</sup> Vgl. OLG München StV 2016, 505; Lohse, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. (2016), § 129a Rn. 33.

<sup>19</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 09.08.2016 - 3 StR 466/15.

<sup>20</sup> Vgl. BT-Drs. 16/12428, S. 2, 12; Schäfer, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 89a Rn. 2, 76.

<sup>21</sup> Das Teroelement überlagert insoweit das kriminelle Element, so dass die gleichsam in Betracht kommende Bildung einer kriminellen Vereinigung iSd. § 129 Abs. 1 StGB hintansteht (Gesetzeskonkurrenz).

<sup>22</sup> Erst am 09.05.2017 konnte sich der Fall somit in Richtung § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB entwickeln als mit dem T eine dritte Person auf den Plan trat. Ob dieser Tatbestand nach dem 05.07.2017 noch zur Anwendung kommen kann (vgl. Fn. 7) ist indes noch nicht vollends klar.

<sup>23</sup> BGH NJW 2009, 3448 (3459); v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 129a Rn. 5; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 129a Rn. 4.

<sup>24</sup> v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 129a Rn. 5; Eidam, StV 2012, 373 ff.

<sup>25</sup> Die Gründung ist insoweit ein Unterfall der Bildung einer terroristischen Vereinigung.

<sup>26</sup> BGH NSTZ-RR 2006, 267 (269); Lampe, jurisPR-StrafR 5/2008 Anm. 1.

### III. Strafbarkeit des A

#### aus § 127 StGB

Möglicherweise hat A mit F und T<sup>27</sup> auch eine bewaffnete Gruppe iSd. § 127 StGB gebildet und sich hiernach strafbar gemacht.

Eine terroristische Vereinigung iSd. § 129a StGB, die über Waffen verfügt, ist immer zugleich auch eine bewaffnete Gruppe iSd. § 127 StGB.<sup>28</sup> Daraus folgt tathandlungsbezogen, dass die Bildung einer terroristischen Vereinigung mit Waffen gleichsam bedeutet, dass die Bildung einer bewaffneten Gruppe erfolgt ist.

Im Ergebnis hat sich A auch wegen Bildung einer bewaffneten Gruppe nach § 127 StGB strafbar gemacht. Im Verhältnis zu § 129a StGB besteht aus Klarstellungsgründen Tateinheit (§ 52 StGB), da § 129a StGB auch ohne Bewaffnung der terroristischen Vereinigung einschlägig sein kann.

### IV. Strafbarkeit des A

#### aus §§ 130 Abs. 1 Nr. 1, 2, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB

Fraglich ist, ob der Zweck des geplanten Terroranschlags (Aufhetzen der neuerdings als „biodeutsch“ bezeichneten Bevölkerungsteile gegen arabisch-islamische Flüchtlinge) noch einen über § 129a StGB hinausreichenden Unwertgehalt erfüllt, den es über eine Strafbarkeit (auch) des A wegen versuchter Volksverhetzung nach §§ 130 Abs. 1 Nr. 1, 2, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB zu erfassen gilt.

Zwar käme dieser Gedanke durchaus in Betracht, da es in § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB um friedensstörende Hetze gegen bestimmte Minderheiten (rassisch, religiös, ethnisch) geht. Allerdings bezieht sich die erst 2015 eingeführte Versuchsstrafbarkeit nach 130 Abs. 5 StGB nur auf einschlägiges Schriftgut nach § 130 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 StGB. Der Versuch der friedensstörenden Hetze gegen Minderheiten ist dagegen (bislang<sup>29</sup>) nicht strafbar. Ohnehin ist allerdings zu konstatieren, dass (auch) As Handlungen an dieser Stelle noch nicht in das Versuchsstadium eingemündet sind.

Somit ergibt sich keine Strafbarkeit des A wegen versuchter Volksverhetzung nach §§ 130 Abs. 1 Nr. 1, 2, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB.

### V. Strafbarkeit des A

#### aus §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB

A könnte sich zudem wegen versuchten Mordes nach §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Allerdings hat A nach seinem Tatplan erkennbar noch nicht die Schwelle zum „jetzt geht's los“ überschritten und damit konkret zur Tatbegehung angesetzt. Sein Handeln hatte sich bis zum Zu-

griff der Behörden am 27.04.2017 in ihrerseits strafbaren Vorbereitungshandlungen erschöpft. Auf die in Rede stehenden Mordmerkmale heimtückisch, gemeingefährlich und aus sonstigen niedrigen Beweggründen muss daher gar nicht näher eingegangen werden.

Damit hat sich A auch nicht wegen versuchten Mordes nach §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### VI. Strafbarkeit des A

#### aus § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Zudem ist an die Vorbereitung eines Explosionsverbrechens nach § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB<sup>30</sup> zu denken, die dem A zur Last gelegt werden könnte.

A hatte sich aus bislang unbekannter Quelle Sprengstoff verschafft. Dies geschah auch als Vorbereitungshandlung für die später zu begehende Straftat nach § 308 Abs. 1 StGB (Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion). Der objektive Tatbestand ist somit erfüllt.

Auf Ebene des subjektiven Tatbestands muss sich der erforderliche Vorsatz nicht nur auf die Tatbegehung als solche erstrecken, sondern auch darauf, dass die Tathandlung der Vorbereitung einer Tat nach § 308 Abs. 1 StGB dient, die dabei in ihren wesentlichen Umrissen schon geplant ist.<sup>31</sup> Am Vorsatz des A auch für die spätere Explosionsstrafat schon beim Sich-Verschaffen des Sprengstoffs kann nicht gezweifelt werden.

Da A zudem rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat, liegt die Strafbarkeit nach § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB vor.<sup>32</sup>

Auf der Konkurrenzebene im Verhältnis zur Bildung einer terroristischen Vereinigung nach § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB liegt der Fall aber nicht so einfach. In Rechtsprechung und Literatur gibt es zum Konkurrenzverhältnis beider Normen keinerlei Aussagen. Allerdings ist daran zu denken, dass die Tathandlungen des § 89a Abs. 2 Nr. 2 StGB und des § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB identisch sind. Besteht der Tatplan, eine (ihrerseits von § 129a StGB überlagerte) schwere staatsgefährdende Gewalt durch Herbeiführung einer Explosionsstrafat iSd. § 89a Abs. 2 Nr. 2 StGB zu begehen und wird hierfür Sprengstoff beschafft, dann besteht kein eigenständiger Unwertgehalt iSd. § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB.<sup>33</sup> Insgesamt liegt dann ein Fall von Konsumtion (schon im Verhältnis zu § 89a StGB und konsequenterweise dann auch im Verhältnis zu § 129a StGB) vor, der die gesonderte Anwendung des § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB verdrängt.

### VII. Strafbarkeit des A

#### aus § 263 Abs. 1 StGB

Weiterhin könnte sich A dadurch wegen Betrugs nach § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, dass er unter der Alias-Identität

<sup>27</sup> Sofern T aus dem Tatgeschehen gänzlich ausscheiden sollte, würde sich eine Strafbarkeit aus § 127 StGB natürlich ebenso erledigen wie aus § 129a StGB. Merkposten ist, dass die StGB-Begriffe "Bande", "Vereinigung" und "Gruppe" immer erst ab drei Personen Raum greifen.

<sup>28</sup> Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 127 Rn. 12; Schroeder, ZIS 2014, 389 (391).

<sup>29</sup> Möglicherweise besteht (auch) an dieser Stelle rechtspolitischer Handlungsbedarf.

<sup>30</sup> Zwar ist auch der Versuch der Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion iSd. § 308 Abs. 1 StGB strafbar. Da A aber auch diesbezüglich noch nicht in

das Versuchsstadium eingetreten ist, besteht nur noch Raum für die strafrechtliche Erfassung der entsprechenden Vorbereitungshandlungen nach Maßgabe von § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

<sup>31</sup> BGH NJW 1977, 540; OLG Karlsruhe StV 2012, 348 (349); Heine/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 310 Rn. 9.

<sup>32</sup> Der ebenfalls denkbare (vorliegend aber vom Bearbeitungsauftrag nicht umfasste) § 40 Abs. 1, 2 Sprengstoffgesetz (SprengG) tritt übrigens stets als subsidiär hinter § 310 Abs. 1 StGB zurück, vgl. BayObLG NJW 1973, 2038 (2039); Krack, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2014), § 310 Rn. 15.

<sup>33</sup> Vgl. Mertens, Das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG) vom 30. Juli 2009 (2012), S. 149 ff.

David Benjamin für sich Geld- sowie Sachleistungen in Form von Unterkunft und Verpflegung erschlichen hat, ohne hierzu berechtigt gewesen zu sein, da es objektiv an der Eigenschaft als möglicher Asylbewerber/später dann anerkannter Flüchtling fehlte.

### 1. Tatbestand

Dann muss A zunächst den Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB verwirklicht haben.

#### a) Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter eine Täuschung über Tatsachen verübt, wodurch ein Irrtum erregt wird, der zur Vornahme einer irrumsbedingten Vermögensverfügung durch den Getäuschten über sein Vermögen oder das Vermögen eines Dritten führt, woraufhin ein kausaler Vermögensschaden eintritt.

#### aa) Täuschungshandlung

A muss zunächst eine Täuschung über Tatsachen verübt haben.

Eine solche Täuschung ist die Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen bezogen auf dessen äußere oder innere Überzeugung durch eine bewusst wahrheitswidrige Behauptung.<sup>34</sup>

A hat sich wahrheitswidrig gegenüber den deutschen Behörden als syrischer Bürgerkriegsflüchtling ausgegeben und auf dieser falschen Grundlage einen Asylantrag gestellt. Dadurch hat er auf das Vorstellungsbild der Behördenvertreter eingewirkt.

Die Täuschungshandlung ist damit zu bejahen.

#### bb) Irrtumserregung

Dadurch muss bei Dritten auch ein Irrtum erregt worden sein.

Irrtumserregung meint die Hervorrufung einer Fehlvorstellung, d.h. einer falschen Vorstellung über Tatsachen in einem wesentlichen Punkt.<sup>35</sup>

A hat auch bei den Behörden den Irrtum erregt, er sei syrischer Bürgerkriegsflüchtling und könne somit einen Asylantrag stellen. Dass sich etwa das BAMF dabei Beamter und sonstiger Hilfspersonen bedient hat, denen gegenüber die Täuschung begangen und die spiegelbildlich hierzu einem Irrtum aufgefressen sind, spielt dabei keine Rolle, da die Irrtumserregung auf die übergeordnete Organisationseinheit zugerechnet wird.

Somit ist auch das Merkmal der Irrtumserregung zu bejahen.

#### cc) Vermögensverfügung

Fraglich ist ferner, ob es zu einer irrumsbedingten Vermögensverfügung gekommen ist.

Eine Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Getäuschten, welches in kausaler Weise unmittelbar zu einer Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinn beim Getäuschten oder einen Dritten führt.<sup>36</sup> Auch Hoheitsakte staatlicher Behörden mit Vermögensbezug kommen dabei als Vermögensverfügung in Betracht.<sup>37</sup>

Beim sog. Asyl(anten)betrug<sup>38</sup> ist allerdings aufgrund des Unmittelbarkeitskriteriums genau anhand der in Anspruch genommenen Leistungen zu differenzieren. An der Unmittelbarkeit der Vermögensverfügung fehlt es nämlich in diesem Zusammenhang bezüglich solcher Leistungen, deren Inanspruchnahme aus der Nutzbarmachung bestandskräftiger Verwaltungsentscheidungen resultiert.<sup>39</sup> Das bedeutet im Hinblick auf A, dass sämtliche Mittel, die ihm auf Basis der Anerkennung als Flüchtling mit subsidiärem Schutzstatus zugeflossen sind, in Bezug auf den Betrugstatbestand ohne Belang sind. Was allerdings verbleibt, ist die täuschungsbedingte Inanspruchnahme von Geld- und Sachmitteln durch A im Zeitraum 30.12.2015 – 16.12.2016. Diese Mittel wurden ihm aufgrund einer täuschungs- und irrumsbedingten Vermögensverfügung Dritter gewährt.

Das Merkmal der Vermögensverfügung kann also nur in Bezug auf einen begrenzten Zeitraum und damit auch betragsmäßig nur in limitierter Weise bejaht werden.

#### dd) Vermögensschaden

Schließlich muss ein kausaler Vermögensschaden eingetreten sein.

Ein Vermögensschaden liegt immer dann vor, wenn zum Verfügungszeitpunkt unter Zugrundelegung einer objektiv-individualisierenden Beurteilung eine nachteilige Vermögensdifferenz gegen den wahren Willen einer Person eingetreten ist.<sup>40</sup>

Vorliegend wären dem A staatlicherseits nie die Geld- und Sachmittel für einen Asylbewerber im Zeitraum 30.12.2015 – 16.12.2016 zur Verfügung gestellt worden, wenn bekannt gewesen wäre, dass David Benjamin in Wahrheit ein deutscher Staatsbürger ist. Damit ist auch ein Vermögensschaden eingetreten, gleich ob die aufgewendeten Mittel jeweils aus dem Kommunal-, dem Landes- oder dem Bundeshaushalt entstammen.

#### ee) Ergebnis

Der objektive Tatbestand ist damit erfüllt.

#### b) Subjektiver Tatbestand

A muss allerdings auch den subjektiven Tatbestand des Betrugs nach § 263 Abs. 1 StGB erfüllt haben. Dies bedeutet einerseits ein Handeln mit Vorsatz, andererseits die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

<sup>34</sup> Saliger, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 263 Rn. 11 f.; LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl. (2012), § 263 Rn. 7 f.

<sup>35</sup> Duttge, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. (2013), § 263 StGB Rn. 22; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 263 Rn. 20.

<sup>36</sup> Beukelmann, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 263 Rn. 31; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 263 Rn. 70.

<sup>37</sup> Saliger, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 263 Rn. 112; sehr abstrakt Peron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 263 Rn. 68.

<sup>38</sup> Dieser Begriff wird allerdings buntscheckig verwendet. Nicht verwechselt werden sollte in diesem Zusammenhang die vorliegende Variante (Person war objektiv niemals zum Erhalt von Leistungen für Asylbewerber berechtigt

– sog. Scheinasylant) mit der Variante der straflosen Namenstäuschung (Person ist objektiv Asylbewerber und als solcher leistungsberechtigt, gibt aber einen anderen Namen an und fälscht hierbei auch keine Dokumente), vgl. LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl. (2012), § 263 Rn. 27.

<sup>39</sup> Vgl. BGH wistra 1998, 27 (28); Duttge, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. (2013), § 263 StGB Rn. 62 (unklar allerdings, ob dabei an das Unmittelbarkeitskriterium angeknüpft wird); im Ansatz auch Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 263 Rn. 202.

<sup>40</sup> Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB 5. Aufl. (2017), § 263 Rn. 226; Gaede, in: AnwaltKommentar-StGB, 2. Aufl. (2015), § 263 Rn. 97.

**aa) Vorsatz**

Zunächst muss A vorsätzlich in Bezug auf die Erfüllung des objektiven Betrugstatbestands einschließlich sämtlicher Kausalbeziehungen gehandelt haben.

Problematisch ist dabei auf den ersten Blick, dass nicht genau feststeht, ob es A auch darauf ankam, Geld- und Sachmittel in Anspruch zu nehmen, als er sich als geflüchteter Syrer ausgab und in der Folge einen Asylantrag stellte. Eine ernsthaft in Betracht zu ziehende Möglichkeit ist es schließlich auch, dass A die Mittel nur deshalb in Anspruch nahm, um nicht bei deren Ausschlagung Verdacht zu erregen, während es ihm eigentlich nur um die Verwirklichung der Anschlagpläne ging.

Allerdings genügt im Rahmen des § 263 Abs. 1 StGB für den Vorsatz *dolus eventualis*.<sup>41</sup> Auf der vorliegend kritischen voluntativen Ebene ist es dabei erforderlich, dass der Täter die Verwirklichung des objektiven Betrugstatbestands im Rechtssinne billigt und sich mit der billigenden Inkaufnahme der Tatbestandsverwirklichung identifiziert.<sup>42</sup> Daran gemessen wird man davon ausgehen müssen, dass A selbst wenn er die Mittel nur zum Zwecke der Nichtentdeckung in Anspruch nahm, so doch vorsätzlich *iSv. dolus eventualis* gehandelt hat.

Der Vorsatz des A ist somit zu bejahen.

**bb) Verschaffungsabsicht Vermögensvorteil**

A muss aber auch zusätzlich in der Absicht gehandelt haben, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

Dieses subjektive Merkmal bedeutet, dass sich die Intention des Täters auf einen Vermögensvorteil bei sich selbst gerichtet haben muss, wobei eine Absicht bezüglich des objektiv rechtswidrigen Vermögensvorteils und eine Unmittelbarkeitsbeziehung zwischen dem Vermögensschaden bei einer anderen Person und dem Vermögensvorteil beim Täter zu fordern ist.<sup>43</sup>

Problematisch erscheint dabei vorliegend das Absichtselement. Die entsprechende Absicht soll schließlich der Literatur nach dann nicht bestehen, wenn der Vorteil nur notwendige oder mögliche Folge eines ausschließlich auf einen anderen Zweck gerichteten Verhaltens ist.<sup>44</sup> Hiernach wäre bei A die entsprechende Absicht wohl zu verneinen. Denn es ist höchst wahrscheinlich, dass es ihm auf die Inanspruchnahme der Geld- und Sachmittel überhaupt nicht ankam, sondern dass der ausschließliche Zweck seines Handelns in der Verfolgung der Anschlagpläne lag. Die Rechtsprechung modifiziert dabei allerdings den Maßstab der Literatur insoweit, als dass sie die Absicht nur dann verneint, wenn der als Nebenfolge des Handelns erreichte Vermögensvorteil innerlich sicher unerwünscht ist.<sup>45</sup> Daran wiederum gemessen kann wohl nicht erblickt werden, dass dem A insbesondere das Geld völlig unerwünscht war, ins-

besondere mit Blick auf seine Besoldungsgruppe (A 10 Bundesbesoldungsordnung (BBesO)) und die nicht unbeträchtlichen Ausgaben für die Pendelei und die Beschaffung der Anschlagsmittel. Der Rechtsprechung zu folgen erscheint auch vor demjenigen Hintergrund sinnvoll, dass die ansonsten eintretende Strafflosigkeit im Hinblick auf die erschlichenen Sach- und Geldmittel nicht recht einleuchten würde.

Daher bestand auch die Absicht des A, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

**cc) Zwischenergebnis**

Auch der subjektive Tatbestand ist daher erfüllt.

**2. Rechtswidrigkeit**

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Daher hat A auch rechtswidrig gehandelt.

**3. Schuld**

Ferner sind auch keine Entschuldigungsgründe erkennbar. Somit hat A auch schuldhaft gehandelt.

**4. Zwischenergebnis**

A hat sich insgesamt auch wegen Betrugs nach § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

**VIII. Strafbarkeit des A aus § 271 Abs. 1 StGB**

Fraglich ist, ob A sich durch die falschen Angaben zu seiner Identität gegenüber den Behörden, die u.a. zur Ausfertigung eines Flüchtlingsausweises und dem Asylbescheid lautend auf eine nicht existente Person geführt haben, auch wegen mittelbarer Falschbeurkundung nach § 271 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat.

Dann muss A erneut zunächst tatbestandsmäßig gehandelt haben. Dafür muss in der relevanten Variante zunächst eine Falschbeurkundung einer rechtlich erheblichen Tatsache in einer öffentlichen Urkunde durch den zuständigen Amtsträger erfolgt sein.

Unter den Begriff der öffentlichen Urkunde fallen dabei zwar grundsätzlich öffentlich ausgestellte Dokumente mit Ausweischarakter, aus denen heraus die Identifizierung einer Person ermöglicht werden soll; dies allerdings nur wenn die hierin wiedergegebenen Angaben auf Tatsachen beruhen.<sup>46</sup> Das Problem bei Flüchtlingsausweisen ist allerdings, dass hierin typischerweise keine feststehenden Tatsachen wiedergegeben werden, denn rund 80% aller nach Deutschland gekommenen Flüchtlinge der Jahre 2015/2016 z.B. sind ohne Ausweisdokumente eingereist.<sup>47</sup> Dies wiederum bedeutet, dass die Angaben zu Personalien auf jenen Flüchtlingsausweisen weit überwiegend nicht

<sup>41</sup> BGHSt 16, 1 ff.; LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl. (2012), § 263 Rn. 239.

<sup>42</sup> BGHSt 7, 363 (369); LK-StGB/Tiedemann, 12. Aufl. (2012), § 263 Rn. 245.

<sup>43</sup> Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 263 Rn. 166 ff.; Beukelmann, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 263 Rn. 76 ff.

<sup>44</sup> Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 263 Rn. 58; Beukelmann, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 2. Aufl. (2015), § 263 Rn. 77.

<sup>45</sup> BGHSt 16, 1; OLG Köln NJW 1987, 2095.

<sup>46</sup> Vgl. Puppe/Schumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB 5. Aufl. (2017), § 271 Rn. 16, 28; Maier, in: Matt/Renzikowski, StGB (2013), § 271 Rn. 11.

<sup>47</sup> Hier besteht bislang eine Strafbarkeitslücke für Fälle, wo Ausweisdokumente vernichtet werden, um gegenüber den deutschen Behörden eine andere Identität zu behaupten (va. mit Blick auf die Behauptung, aus einem Land zu stammen, dessen Bürger leichter einen positiven Asylstatus erhalten). Rechtspolitisch wäre eine Ausdehnung der Ratio von § 84 AsylG (Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung) auch auf den eigentlichen Antragsteller, der falsche Angaben zu seiner Identität macht, zu prüfen.

auf Tatsachen, sondern auf Behauptungen des jeweiligen Flüchtlings beruhen. So lag der Fall auch bei A. Daher ist sein Flüchtlingsausweis auch nicht als taugliche öffentliche Urkunde iSd. § 271 Abs. 1 StGB anzusehen. Nicht anders verhält es sich mit Asylbescheiden. Diese enthalten bei ohne Ausweispapiere eingereisten Asylbewerbern – und so muss dies auch bei A der Fall gewesen sein – typischerweise den Hinweis, dass die Personalien auf den Angaben des Betroffenen beruhen, so dass der Bescheid keine öffentliche Urkunde iSd. § 271 Abs. 1 StGB darstellt.<sup>48</sup>

Im Ergebnis hat sich A daher nicht wegen mittelbarer Falschbeurkundung nach § 271 StGB strafbar gemacht.

### IX. Strafbarkeit des A aus § 86a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB

A könnte sich ferner dadurch, dass auf seiner Stube der Bleistich eines bewaffneten Wehrmachtssoldaten (samt daneben drapierter Plastikattrappe einer Maschinenpistole MP 40) hing und auf seinem G 36-Gewehr ein Hakenkreuz eingeritzt war, wegen Verwendens von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen nach § 86a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

Zunächst einmal müssen dann Gegenstände mit Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen in Rede stehen. In Bezug auf den abgebildeten bewaffneten Wehrmachtssoldaten ist dabei herauszustreichen, dass Uniformen der ehemaligen Deutschen Wehrmacht nur in Verbindung mit sonstigen einschlägigen Kennzeichen unter § 86a Abs. 1 und 2 StGB fallen.<sup>49</sup> Es müsste dann also z.B. das Hakenkreuz auf der Brust der Wehrmachts-Feldbluse klar erkennbar sein. Erkenntnisse hierzu gibt es nicht, so dass in dubio pro reo davon auszugehen ist, dass kein Hakenkreuz o.ä. auf dem Bleistich erkennbar ist. Die Plastikattrappe der Maschinenpistole MP 40 ist ferner in keinerlei Hinsicht strafrechtlich diskutabel. Daher verbleibt einzig das auf dem Gewehr des A eingeritzte Hakenkreuz, welches absolut unstrittig ein verbotenes Kennzeichen auf einem Gegenstand iSd. § 86a Abs. 1 Nr. 2 StGB darstellt.

Allerdings müsste dann auch eine taugliche Tathandlung des A iSd. § 86a Abs. 1 Nr. 2 StGB in Betracht kommen. A müsste den Gegenstand mit Hakenkreuz dann zur Verbreitung oder Verwendung im Inland oder Ausland hergestellt oder vorrätig gehalten haben. Tatort kann dabei also auch das Ausland sein, somit ist der mutmaßliche Tatort Illkirch/Frankreich ohne weitere Bedeutung für die ansonsten zu stellende Frage, ob ggf. eine in Deutschland verfolgbare Auslandstat mit besonderem Inlands-

bezug nach § 5 StGB vorliegt.<sup>50</sup> Hergestellt hat A auch einen Gegenstand mit Hakenkreuz und diesen auch vorrätig gehalten. Fraglich ist aber, ob dies „zur Verwendung“ erfolgt ist. Insoweit reicht es allerdings aufgrund des Charakters der Norm als abstraktes Gefährdungsdelikt aus, dass die Umstände des Einzelfalls geeignet sind, bei objektiven Beobachtern den Eindruck der Identifikation des Täters mit der entsprechenden durch das Kennzeichen symbolisierten verfassungswidrigen Organisation zu erwecken.<sup>51</sup> Einen solchen Eindruck erweckt aufgrund der deutschen Militärgeschichte 1939-1945 gerade ein Gewehr mit einem Hakenkreuz. Der objektive Tatbestand ist damit erfüllt.

Für den subjektiven Tatbestand bedarf es des Vorsatzes von A, wobei dolus eventualis ausreichend ist. Am Vorsatz des A kann hier nicht gezweifelt werden.

Zudem muss A auch rechtswidrig und schuldhaft gehandelt haben. Auch dies ist der Fall.

Somit hat sich A auch nach § 86a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB wegen Verwendens von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen strafbar gemacht.

### X. Strafbarkeit des A aus § 52 Abs. 3 Nr. 2a) WaffG

A könnte sich zudem wegen des Besitzes der „Unique“-Pistole<sup>52</sup>, ohne eine(n) gültige(n) Waffenbesitzkarte/Waffenschein hierfür zu haben, nach § 52 Abs. 3 Nr. 2a) WaffG strafbar gemacht haben. Dabei ist zunächst davon auszugehen, dass er diese Pistole schon vor der Sicherstellung durch die österreichische Polizei auch im deutschen Inland besessen hat, so dass (auch) eine nach § 3 StGB verfolgbare Inlandsstraftat vorliegt und sich die Frage der Geltung des StGB für Auslandsstraftaten insbesondere iSd. §§ 5, 7 Abs. 2 StGB (erneut) nicht stellt.

Da hinsichtlich der „Unique“-Pistole auch kein erkennbarer Zusammenhang mit den Anschlagplänen besteht, wird der Unrechtsgehalt des unerlaubten Besitzes auch nicht von §§ 89a Abs. 1 Nr. 2, 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB konsumiert.

A hat die „Unique“-Pistole als Schusswaffe auch ohne gültige Waffenbesitzkarte oder gültigen Waffenschein erworben, besessen und geführt, somit § 52 Abs. 3 Nr. 2a) WaffG objektiv verwirklicht.

Dies erfolgte vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

<sup>48</sup> Der öffentliche Glaube erstreckt sich also nicht auf die jeweilige Identität, vgl. BGH NStZ 2010, 171; OLG Bamberg, Beschluss vom 28.02.2014 - 2 Ss 99/13; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 271 Rn. 6.

<sup>49</sup> Sonnen, in: AK-StGB (1986), § 86a Rn. 20; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 86a Rn. 6. Wäre dies anders, dann wäre der auch heute noch geltende sog. Traditionserlass von 1982 durch Bundesverteidigungsminister Apel (SPD) kaum durchführbar. Dieser regelt u.a. die Traditionspflege in der Bundeswehr und klammert dabei nicht per se den sämtlichen Bezug auf die ehemalige Deutsche Wehrmacht aus. Der Autor selbst hat dabei im Rahmen seiner Grundausbildung bei der Panzertruppe im Jahr 1998 z.B. in den Kasernenblöcken offiziell hängende Bilder von Panzergenerälen der ehemaligen Deutschen Wehrmacht (in Uniform) wahrgenommen. Auch die nach dem 27.04.2017 aufgrund von internen Ermittlungen der Bundeswehr an anderen Standorten als Illkirch etwa in offiziellen Ausstellungsvitrinen aufgefundenen Wehrmachts-Stahlhelme uä. dürften als Uniformteile noch kein strafrechtliches Problem darstellen.

<sup>50</sup> Zudem kommt es nicht darauf an, ob diese Tat auch in Frankreich strafbar ist.

<sup>51</sup> Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 86a Rn. 4; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 86a Rn. 18.

<sup>52</sup> Ebenso wie der Unwertgehalt des Sich-Verschaffens und des Überlassens von Sprengstoff bereits von § 89a Abs. 1 Nr. 2 StGB (und damit auch von § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB) konsumiert wird, trifft dies auch auf die Skorpion-Maschinenpistole und die entworfene Munition zu. Beides hat A illegal erworben und bei F deponiert. Bezüglich der Skorpion-Maschinenpistole ist die allerdings hinter § 89a Abs. 1 Nr. 2 StGB (und damit auch hinter § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB) zurücktretende Norm nicht wie bei der Munition in § 52 Abs. 1 WaffG zu erblicken, sondern gleich in § 22a Abs. 1 Nr. 2 KWKG, da entsprechende Maschinenpistolen wegen ihrer besonderen Gefährlichkeit im Hinblick auf die Tötung vieler Menschen auf der Kriegswaffenliste des KWKG unter Ziffer V.29.b) gelistet sind.

A hat sich somit auch nach § 52 Abs. 3 Nr. 2a) WaffG wegen unerlaubten Waffenbesitzes strafbar gemacht.

### XI. Strafbarkeit des A aus § 246 Abs. 1 und 2 StGB

Zudem scheint A die an sich gebrachte Munition aus Bundeswehrbeständen (ca. 1.000 Schuss) iSd. § 246 Abs. 1 und 2 StGB als ihm anvertrautes Gut unterschlagen zu haben. Dafür spricht, dass ihm dies voraussichtlich und in Ansehung seines Dienstgrades und seiner Dienststellung gerade dann möglich war, als er bei Schießübungen als sog. Sicherheitsoffizier eingeteilt war. In einem derartigen Fall wäre dies als Zueignung von anvertrauten Sachen (Unterschlagung) und nicht als Wegnahme durch Bruch fremden Gewahrsams (Diebstahl) anzusehen.

A hat auch vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt. Damit hat er sich auch wegen Unterschlagung anvertrauten Guts nach § 246 Abs. 1 und 2 StGB strafbar gemacht.

### XII. Ergebnis

A hat sich insgesamt wegen Bildung einer terroristischen Vereinigung nach § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB, wegen Bildung einer bewaffneten Gruppe nach § 127 StGB, wegen Betrugs nach § 263 Abs. 1 StGB, wegen Verwendens von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen nach § 86a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB, wegen unerlaubten Waffenbesitzes nach § 52 Abs. 3 Nr. 2a) WaffG und wegen Unterschlagung anvertrauten Guts nach § 246 Abs. 1 und 2 StGB strafbar gemacht. Die nunmehrigen sechs Strafbarkeiten stehen aufgrund ihrer jeweils unterschiedlichen Handlungsstränge nahezu sämtlich in Tatmehrheit zueinander (§ 53 StGB). Jedoch besteht zwischen der Bildung einer terroristischen Vereinigung nach § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB und der Bildung einer bewaffneten Gruppe nach § 127 StGB Tateinheit (§ 52 StGB).

### B) Strafbarkeit des F und des T

Weiterhin bleibt die Strafbarkeit des F<sup>53</sup> und des T zu prüfen.

#### I. Strafbarkeit des F und des T aus §§ 129a Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB

F und T könnten bei der Bildung einer terroristischen Vereinigung nach § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB mit A zur gemeinsamen Tatbegehung auf Basis eines gemeinsamen Tatplans bewusst und gewollt zusammengewirkt haben (Mittäterschaft, § 25 Abs. 2 StGB).

Dabei hatte zunächst der F jedenfalls auch Täterwillen wie sich aus den bereits im Zusammenhang mit der Prüfung des Vereinigungsbegriffs iSd. § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB hinsichtlich A gewürdigten Indizien ergeben hat. Denn er kannte den gemeinsam entwickelten Tatplan und war mit den Anschlagzielen einverstanden. Alleine mit der Aufbewahrung der Tatmittel hat F auch hinreichende Tatbeiträge für die gemeinsamen Ausführungshandlungen geliefert.

Nicht viel anders verhält es sich mit dem T. Auch er hatte Täterwillen. Sein wesentlicher Tatbeitrag zu den gemeinsamen Ausführungshandlungen liegt im Führen der Todesliste und der Deckung der asylbezogenen Vorbereitungshandlungen des A.

Zudem hatten F und T Vorsatz bezüglich der gemeinsamen Ausführungshandlungen, wobei es unbeachtlich ist, dass nur A die konkreten Tötungsakte vollziehen sollte.

Ihr Handeln war ferner rechtswidrig und schuldhaft.

F und T haben sich daher wegen Bildung einer terroristischen Vereinigung nach §§ 129a Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.<sup>54</sup>

#### II. Strafbarkeit des F und des T aus §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB

F und T könnten sich ferner wegen gemeinschaftlichen Betrugs nach §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

Auch dies ist der Fall. Die einzige Modifikation im Vergleich zur Betrugsstrafbarkeit des A liegt wohl darin, dass der gemeinsame Tatplan umfasste, dass der rechtswidrige Vermögensvorteil dem A als Dritten zufließen sollte.

### III. Ergebnis

F und T haben sich insgesamt jeweils wegen Bildung einer terroristischen Vereinigung nach §§ 129a Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB und gemeinschaftlichen Betrugs nach §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht. Die übrigen Straftatbestände, nach denen A strafbar ist, sind dem F und dem T nicht zurechenbar. Die beiden gegebenen Strafbarkeiten stehen aufgrund ihrer jeweils unterschiedlichen Handlungsstränge in Tatmehrheit zueinander (§ 53 StGB).

### C) Gesamtergebnis

A hat sich insgesamt nach §§ 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB, 127 StGB, 263 Abs. 1 StGB, 86a Abs. 1 Nr. 2 StGB, § 52 Abs. 3 Nr. 2a) WaffG, § 246 Abs. 1, 2 StGB, §§ 52, 53 StGB strafbar gemacht.

F und T haben sich insgesamt jeweils nach §§ 129a Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 1, 25 Abs. 2, 53 StGB strafbar gemacht.

### ► Inhaltsverzeichnis



<sup>53</sup> Bezüglich F sah es bis zum 09.05.2017 eher nach Beihilfe (§ 27 StGB) zu mehreren Strafbarkeiten des A aus. Seither scheinen weite Teile des Strafbarkeitskomplexes eher im Lichte eines gemeinschaftlichen Handelns von A, F und T zu stehen (Mittäterschaft, § 25 Abs. 2 StGB).

<sup>54</sup> Zwar ergibt sich ein gewisses Störgefühl, da die Gründung der terroristischen Vereinigung bereits ein kollektives Element erfordert, welches dann

noch einmal im Rahmen von § 25 Abs. 2 StGB herangezogen wird. Die faktische Entklammerung erfolgt dann aber wieder, wenn etwa tatsächlich Morde begangen werden und hierbei § 25 Abs. 2 StGB gesondert heranzuziehen ist, da der Vereinigungsbegriff nicht die später tatsächlich begangenen Straftaten erfasst, vgl. Schäfer, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 129a Rn. 63.

---

## KLAUSUR – STRAFRECHT

---

Dipl.-Jur. Caprice Nina Doerbeck\*

### „Ein Cybermobbing-Fall“ Schwerpunktklausur

#### Sachverhalt

T (älter als 14 Jahre), die sich gemeinsam mit O in der Umkleidekabine ihrer Schule befindet, fertigt ein Foto der unbedeckten O an. Dieses postet sie – wie von Anfang an geplant – zusammen mit Os Namen und Heimatort öffentlich zugänglich im Internet.

#### Wie hat sich T strafbar gemacht?

**Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung sind nicht zu prüfen. Auf § 33 KUG wird hingewiesen.**

#### Gliederung

##### A) Strafbarkeit des Fotografierens

###### I. § 185 StGB

1. Kundgabe eigener Miss- oder Nichtachtung
2. Ergebnis

###### II. § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Objektiver Tatbestand
  - a) Bildaufnahme einer anderen Person
  - b) Herstellen
  - c) Gegen Einblick besonders geschützter Raum
  - d) Standort des Täters
  - e) Erfordernis der Heimlichkeit in Fällen des § 201a I Nr. 1, 2 StGB
  - f) Verletzungen des höchstpersönlichen Lebensbereichs (Schulkontext)
  - g) Zwischenergebnis
2. Subjektiver Tatbestand
3. Rechtswidrigkeit
4. Schuld
5. Ergebnis

###### III. § 201a Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1 StGB

###### IV. Ergebnis

##### B) Strafbarkeit des Onlinestellens

###### I. § 187 StGB

###### II. §§ 185, 192 StGB

1. Objektiver Tatbestand
2. Subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld
3. Ergebnis

###### III. § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Objektiver Tatbestand
  - a) Nach § 201a I Nr. 1 oder Nr. 2 StGB hergestellte Bildaufnahme
  - b) Zugänglichmachen
  - c) Zwischenergebnis
2. Subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld
3. Ergebnis

###### IV. § 201a Abs. 2 StGB

1. Objektiver Tatbestand
  - a) Zugänglichmachen
  - b) Eignung zur Ansehensschädigung
2. Ergebnis

###### V. § 33 Abs. 1 KUG

1. Bildnis
2. Tathandlung
3. Ergebnis

##### C) Gesamtergebnis

---

\* Die Autorin ist Akademische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Kriminologie, Straf- und Sanktionenrecht (Prof. Dr. Jörg Kinzig).

## Gutachten

### A) Strafbarkeit des Fotografierens

#### I. § 185 StGB

Durch das Fotografieren der unbedeckten O könnte sich T gem. § 185 StGB strafbar gemacht haben. Dazu bedarf es einer Beleidigung, also der Kundgabe eigener Miss- oder Nichtachtung, der Kenntniserlangung einer anderen Person und der Beleidigungsfähigkeit des Opfers.<sup>1</sup>

#### 1. Kundgabe eigener Miss- oder Nichtachtung

Das Fotografieren einer unbedeckten Person könnte die eigene Nichtachtung zum Ausdruck bringen. Das heimliche Anfertigen von Foto- oder Videodateien ist jedoch als bloße Informationsgewinnung einzuordnen.<sup>2</sup> Es fehlt in diesen Fällen an einer Kundgabe.<sup>3</sup> T hat daher keine eigene Miss- oder Nichtachtung kundgegeben.

#### 2. Ergebnis

Eine Strafbarkeit wegen § 185 StGB kommt daher nicht in Betracht.<sup>4</sup>

### II. § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB

Durch die Anfertigung des Fotos könnte T sich wegen Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen gem. § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Bildaufnahmen einer anderen Person

§ 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB erfordert zunächst das Vorliegen einer Bildaufnahme einer anderen Person. Bildaufnahmen sind Reproduktionen der Wirklichkeit durch technische Mittel.<sup>5</sup> Dazu gehören insbesondere Fotos, Videos und Einzelbilder aus Videosequenzen.<sup>6</sup> Bei dem Foto der O handelt es sich somit um die Bildaufnahme einer anderen Person.

#### b) Herstellen

Herstellen im Sinne des § 201a Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB ist jede Handlung, mit der das Bild auf einem Datenträger gespeichert wird.<sup>7</sup> Durch die Betätigung des Auslösers wird das Foto auf dem jeweiligen Datenträger (beispielsweise der Speicherkarte einer Digitalkamera oder im Handyspeicher) abgespeichert. T hat somit eine Aufnahme hergestellt.

#### c) Gegen Einblick besonders geschützter Raum

§ 201a StGB bietet absoluten Schutz für Personen, die sich in einer Wohnung befinden.<sup>8</sup> Andere Räumlichkeiten als Wohnungen sind nur dann erfasst, wenn sie besonders gegen Einblick geschützt sind. Es muss ein dauerhafter oder vorübergehender<sup>9</sup> Sichtschutz bestehen.<sup>10</sup> Umkleidekabinen sind ein typisches Beispiel für einen gegen Einblick besonders geschützten Raum.<sup>11</sup> O befindet sich daher gem. § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB in einem gegen Einblick besonders geschützten Raum.

#### d) Standort des Täters

Fraglich ist, ob eine Strafbarkeit gem. § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB auch dann in Betracht kommt, wenn sich Täter und Opfer gemeinsam in einem Raum befinden.

Der Sichtschutz muss nicht zwingend von außen überwunden werden.<sup>12</sup> Auch eine Person, die sich selbst in der geschützten Räumlichkeit befindet, kann den Tatbestand erfüllen.<sup>13</sup> Es kommt somit nicht darauf an, von welchem Ort aus die Tat begangen wird.<sup>14</sup>

Damit ist auch die Anfertigung eines Fotos einer anderen Person erfasst, die sich gemeinsam mit dem Täter in einer geschützten Räumlichkeit befindet. Dass sich T ebenfalls in der Umkleidekabine befindet, ist daher unschädlich.

<sup>1</sup> Eisele, Computer- und Medienstrafrecht (2013), Kap. 6 Rn. 67 ff.; ders., Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 567.

<sup>2</sup> Beck, MMR 2008, 77 (79); Hilgendorf, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), § 185 Rn. 27; Kächele, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (2006), S. 121; Valerius, in: BeckOK-StGB, 34. Edition (01.05.2017), § 185 Rn. 27; Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 4. Aufl. (2013), Vor § 185 Rn. 22.

<sup>3</sup> Hilgendorf, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), § 185 Rn. 27; Kächele, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (2006), S. 120 f.; Valerius, in: BeckOK-StGB, 34. Edition (01.05.2017), § 185 Rn. 27; Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 4. Aufl. (2013), Vor § 185 Rn. 22; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 40. Aufl. (2016), Rn. 479 f.

<sup>4</sup> Vgl. OLG Nürnberg NStZ 2011, 217 (218); Beck, MMR 2008, 77 (79); Kächele, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (2006), S. 121.

<sup>5</sup> Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 433; Valerius, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), § 201a Rn. 9; vgl. Hoyer, in: SK-StGB, 8. Aufl. (2012), § 201a Rn. 9.

<sup>6</sup> Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 201a Rn. 4; Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 433.

<sup>7</sup> BT-Drucks. 15/2466, S. 5; Eisele, Computer- und Medienstrafrecht (2013), Kap. 7 Rn. 20; ders., Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 710; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 201a Rn. 12; Flechsig, ZUM 2004, 605 (610); Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 433; Kargl, ZStW 2005, 324 (332); Leffler, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying (2012), S. 282; Malek/Popp, Strafsachen im Internet, 2. Aufl. (2015), Rn. 316; Rahmlow, HRRS 2005, 84 (88); Tag, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 201a Rn. 6; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 40. Aufl. (2016), Rn. 545c.

<sup>8</sup> Eisele, Computer- und Medienstrafrecht (2013), Kap. 7 Rn. 18; ders., Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 708; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 201a Rn. 6 f.; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 201a Rn. 6.

<sup>9</sup> Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 201a Rn. 7.  
<sup>10</sup> Beck, MMR 2008, 77 (78); Eisele, Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 708; Flechsig, ZUM 2004, 605 (610); Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 201a Rn. 7; Rahmlow, HRRS 2005, 84 (88).

<sup>11</sup> BT-Drucks. 15/2466, S. 5; Eisele, Computer- und Medienstrafrecht (2013), Kap. 7 Rn. 18; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 201a Rn. 8; Flechsig, ZUM 2004, 605 (610); Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT 1, 16. Aufl. (2015), Rn. 601; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 201a Rn. 7; Valerius, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), § 201a Rn. 17; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 40. Aufl. (2016), Rn. 545b.

<sup>12</sup> BGH NStZ-RR 2016, 279 (280); Eisele, Computer- und Medienstrafrecht (2013), Kap. 7 Rn. 19; ders., Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 708; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 201a Rn. 10; Tag, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 201a Rn. 6.

<sup>13</sup> BGH NStZ-RR 2016, 279 (280); Eisele, Computer- und Medienstrafrecht (2013), Kap. 7 Rn. 19; ders., Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 708; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 201a Rn. 10; Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 436; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 201a Rn. 8; Valerius, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), § 201a Rn. 18; vgl. BT-Drucks. 15/1891, S. 7.

<sup>14</sup> BGH NStZ-RR 2016, 279 (280); Kargl, ZStW 2005, 324 (332); Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 40. Aufl. (2016), Rn. 545b.



### e) Erfordernis der Heimlichkeit in Fällen des § 201a Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB

Dem Wortlaut des § 201a Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB kann nicht entnommen werden, dass der Täter heimlich handeln muss.<sup>15</sup> Eine Strafbarkeit kommt daher auch dann in Betracht, wenn der Täter offen vorgeht.<sup>16</sup> Daher ist unerheblich, ob T heimlich gehandelt hat oder nicht.

#### Hinweis

Da der Sachverhalt insoweit nicht ganz eindeutig war, konnte auf diesen Prüfungspunkt verzichtet werden.

### f) Verletzungen des höchstpersönlichen Lebensbereichs (Schulkontext)

Eine Strafbarkeit wegen § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB könnte mangels Verletzungen des höchstpersönlichen Lebensbereichs zu verneinen sein. Dieser wird durch den Schulalltag und das Unterrichten des Lehrers im Klassenzimmer nicht betroffen.<sup>17</sup> Die Schule ist der Ort der Dienstausbübung der Lehrer bzw. des Lernens der Schüler und hat damit grundsätzlich keinen Bezug zur höchstpersönlichen Lebensgestaltung.<sup>18</sup> Etwas anderes gilt aber für die Benutzung von Sanitäreinrichtungen und Umkleieräumen.<sup>19</sup> In diesen Fällen findet Privatheit im Schulgebäude statt, sodass das Anfertigen von Aufnahmen den Tatbestand des § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB verwirklichen kann.<sup>20</sup> Da O sich in der Umkleidekabine aufhielt und zum Zeitpunkt der Aufnahme nackt war,<sup>21</sup> wurde durch das Anfertigen des Fotos ihr höchstpersönlicher Lebensbereich verletzt.

### g) Zwischenergebnis

T hat durch das Anfertigen des Fotos den objektiven Tatbestand des § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB verwirklicht.

### 2. Subjektiver Tatbestand

T handelte vorsätzlich.

### 3. Rechtswidrigkeit

Das Merkmal „unbefugt“ verweist (außer in Fällen des § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB)<sup>22</sup> auf die Rechtswidrigkeitsebene.<sup>23</sup> Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich, sodass T rechtswidrig handelte.

<sup>15</sup> Kächele, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (2006), S. 165.

<sup>16</sup> Kächele, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (2006), S. 165.

<sup>17</sup> Beck, MMR 2008, 77 (78); Leffler, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying (2012), S. 294.

<sup>18</sup> Vgl. Beck, MMR 2008, 77 (78).

<sup>19</sup> Beck, MMR 2008, 77 (78); Leffler, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying (2012), S. 294.

<sup>20</sup> Beck, MMR 2008, 77 (78).

<sup>21</sup> Vgl. zur Nacktheit als Beispiel für die Berührung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung Flechsig, ZUM 2004, 605 (609); Koch, GA 2005, 589 (597).

<sup>22</sup> Bei § 201a I Nr. 4 StGB ist die Unbefugtheit ein Tatbestandsmerkmal (Eisele/Sieber, StV 2015, 312 (317); Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 201a Rn. 25; Leffler, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying (2012), S. 297; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 40. Aufl. (2016), Rn. 545f).

<sup>23</sup> Eisele, Computer- und Medienstrafrecht (2013), Kap. 7 Rn. 27; ders., Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 716; Lencker/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 201a Rn. 12.

### 4. Schuld

T, die gem. § 19 StGB schuldfähig ist, handelte auch schuldhaft.

### 5. Ergebnis

Durch das Anfertigen der Nacktaufnahme hat sich T gem. § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

### III. § 201a Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1 StGB

Schließlich könnte T durch das Fotografieren auch § 201a Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1 StGB verwirklicht haben. Dazu müsste T die Bildaufnahme gem. § 201 Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1 StGB hergestellt haben, um sie einer dritten Person gegen Entgelt zu verschaffen. T fertigte das Foto jedoch nicht an, um es einem Dritten zu verkaufen. Somit scheidet eine Strafbarkeit nach dieser Norm aus.

### IV. Ergebnis

Durch das Anfertigen des Fotos verwirklicht T § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB.

## B) Strafbarkeit des Onlinestellens

### I. § 187 StGB

In Betracht kommt zunächst eine Strafbarkeit der T nach § 187 StGB wegen Verleumdung. Dazu müsste T gem. § 187 StGB eine unwahre Tatsache behauptet oder verbreitet haben.

Tatsachen sind konkrete Geschehnisse oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die sinnlich wahrnehmbar, in die Wirklichkeit getreten und daher dem Beweis zugänglich sind.<sup>24</sup> Auch Bilddateien sind Tatsachenbehauptungen, da sie ein reales Geschehen zeigen.<sup>25</sup>

Allerdings hat T das Foto nicht manipuliert, es zeigt ein reales Geschehen der Vergangenheit. Wahre Tatsachenbehauptungen unterfallen auch dann nicht den §§ 185 ff. StGB, wenn mit ihnen ein ehrwürdiger Sinn verbunden ist, weil insoweit kein sogenannter verdienter Geltungsanspruch berührt ist.<sup>26</sup> Die Verbreitung der unbearbeiteten Nacktaufnahme im Internet, stellt eine wahre Tatsachenaussage dar, die grundsätzlich nicht gem. § 187 StGB strafbar ist.<sup>27</sup>

T hat sich daher nicht wegen Verleumdung gem. § 187 StGB strafbar gemacht.

Teilweise wird vertreten, dass das Merkmal „unbefugt“ eine Doppelfunktion habe. Soweit der Betroffene mit der seine Intimsphäre betreffenden Aufnahme einverstanden sei, wäre der höchstpersönliche Lebensbereich nicht verletzt, sodass bereits ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vorliege (Bosch, Jura 2016, 1380 (1387 f.); Flechsig, ZUM 2004, 605 (612); Leffler, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying (2012), S. 296; Tag, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 201a Rn. 7).

<sup>24</sup> RGSt 55, 129 (131); Hilgendorf, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), § 185 Rn. 4; Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 342; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 186 Rn. 3; Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2012), § 186 Rn. 5.

<sup>25</sup> Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 344. Vgl. auch BVerfG NJW 2005, 3271 (3273); Hufen, JuS 2006, 257.

<sup>26</sup> Eisele, Computer- und Medienstrafrecht (2013), Kap. 6 Rn. 72.

<sup>27</sup> Vgl. Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 344.

Allerdings hat der BGH im Jahr 1956 einmalig die Weitergabe von Aktaufnahmen als Beleidigung der dargestellten Personen eingestuft (BGHSt 9, 17 (18 ff.); vgl. dazu: Beck, MMR 2008, 77 (80); Lencker/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 185 Rn. 3a). Der 4. Strafsenat sah in der Tatsache, dass die Fotos einem Dritten zugänglich gemacht wurden,

## II. §§ 185, 192 StGB

Allerdings könnte die Veröffentlichung des Originalfotos als Formalbeleidigung gem. §§ 185, 192 StGB strafbar sein.

### 1. Objektiver Tatbestand

Für die Annahme einer Formalbeleidigung ist erforderlich, dass durch die Form oder die Begleitumstände eine selbstständige, beleidigende Wertung ausgedrückt wird.<sup>28</sup> Die Umstände der Äußerung sind zu ihr hinzutretende Momente, die für ihre Würdigung als ehrverletzend – jenseits des Äußerungsinhalts – bedeutsam sind.<sup>29</sup> In Betracht kommt ein Publikationsexzess. Bei einem solchen geschieht die Veröffentlichung von Tatsachen in einem Ausmaß, das zu ihrer Bedeutung in einem auffälligen Missverhältnis steht.<sup>30</sup> Die Veröffentlichung des Nacktfotos im Internet stellt einen Publikationsexzess dar.

### 2. Subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

### 3. Ergebnis

Daher ist T wegen einer Formalbeleidigung und damit nach § 185 StGB strafbar.

## III. § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB

In Betracht kommt zudem eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs der O durch Bildaufnahmen gem. § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB durch das Onlinestellen.

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Nach § 201a Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB hergestellte Bildaufnahme

Bei dem Nacktfoto müsste es sich um eine nach § 201a Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB hergestellte Bildaufnahme handeln. Wie bereits festgestellt, wurde die Nacktaufnahme der O nach § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB hergestellt.

#### b) Zugänglichmachen

T müsste die Bildaufnahme gem. § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB gebraucht oder einer dritten Person zugänglich gemacht haben.

einen Verstoß gegen den Anspruch darauf, dass der Körper „nicht den Blicken beliebiger Dritter preisgegeben“ (BGHSt 9, 17 (18)). Der Verstoß verletze „das Schamgefühl und damit die Würde des Menschen und enthält daher den Ausdruck der Mißachtung der Persönlichkeit“ (BGHSt 9, 17 (18)). Dieser Auffassung muss jedoch widersprochen werden, da die Ehre nur einen Aspekt der Personenwürde darstellt und somit nicht mit dem Persönlichkeitsrecht gleichzusetzen ist (vgl. Valerius, in: BeckOK-StGB, 34. Edition (01.05.2017), § 185 Rn. 27). Persönlichkeitsrechtsverletzungen stellen daher nicht ohne weiteres einen Angriff auf die Ehre des Betroffenen dar (Beck, MMR 2008, 77 (80); Kächele, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (2006), S. 120; Lencker/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 185 Rn. 3a; Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2012), § 185 Rn. 12; Tenckhoff, JuS 1998, 787 (788); Valerius, in: BeckOK-StGB, 34. Edition (01.05.2017), § 185 Rn. 27). Hinzu kommt, dass auch der Gesetzgeber bei der Einführung des § 201a StGB im Jahr 2004 davon ausging, dass Strafbareitslücken bestehen (BT-Drucks. 15/2466, S. 1 (fraktionsübergreifender Entwurf) und 15/2995, S. 2 (Beschlussempfehlung); vgl. dazu: Beck, MMR 2008, 77 (80); Kächele, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (2006), S. 120 f.).

<sup>28</sup> Lencker/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 192 Rn. 1.

<sup>29</sup> RGSt 34, 80; Zaczkyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 192 Rn. 4.

<sup>30</sup> Cornelius, ZRP 2014, 164 (165); Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 346; Hirsch, Ehre und Beleidigung (1967),

Zugänglichmachen im Sinne des § 201a Abs. 1 Nr. 3 Alt. 2 StGB ist jede Ermöglichung einer Kenntnisaufnahme oder eines Zugriffs durch Dritte.<sup>31</sup> Erfasst ist auch das Einstellen auf einer Webseite.<sup>32</sup> Nicht entscheidend ist, ob ein Dritter die Aufnahme tatsächlich ansieht oder herunterlädt; es genügt die bloße Möglichkeit.<sup>33</sup> Durch das öffentliche Einstellen im Internet machte T die Aufnahme anderen Personen zugänglich.

### c) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand des § 201a Abs. 1 Nr. 3 Alt. 2 StGB ist gegeben.

### 2. Subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

### 3. Ergebnis

T verwirklicht daher § 201a Abs. 1 Nr. 3 Alt. 2 StGB.

## IV. § 201a Abs. 2 StGB

In Betracht kommt zudem eine Strafbarkeit wegen § 201a Abs. 2 StGB durch das Onlinestellen.

### 1. Objektiver Tatbestand

Die Norm stellt die unbefugte Zugänglichmachung einer Bildaufnahme unter Strafe, wenn diese geeignet ist, dem Ansehen<sup>34</sup> der abgebildeten Person erheblich zu schaden.

#### a) Zugänglichmachen

Die Tathandlung des Zugänglichmachens entspricht der in Absatz 1.<sup>35</sup> T hat das Foto der O einer anderen Person gem. § 201a Abs. 2 StGB zugänglich gemacht.

#### b) Eignung zur Ansehenschädigung

Das Foto müsste gem. § 201a Abs. 2 StGB geeignet sein, dem Ansehen der O erheblich zu schaden. Es kommt nicht darauf an, ob tatsächlich eine Schädigung des Ansehens eingetreten ist – die bloße Eignung genügt.<sup>36</sup>

S. 223 f.; Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2012), § 192 Rn. 6 ff.; Valerius, in: BeckOK-StGB, 34. Edit. (01.05.2017), § 192 Rn. 4.

<sup>31</sup> Eisele, Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 714; Flechsig, ZUM 2004, 605 (614); Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 437; Kargl, ZStW 2005, 324 (334); Leffler, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying (2012), S. 290; Malek/Popp, Strafsachen im Internet, 2. Aufl. (2015), Rn. 316; Valerius, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), § 201a Rn. 25; vgl. Kächele, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (2006), S. 177 f. Kritisch dazu, dass die bloße Kenntnisaufnahme ohne eine Zugriffsmöglichkeit und daraus folgender Verbreitungsgefahr ausreichen soll: Bosch, JZ 2005, 377 (380); Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, 40. Aufl. (2016), Rn. 545e.

<sup>32</sup> Fischer, 64. Aufl. (2017), § 201a Rn. 16. Auch das Einstellen in einen nur für einen bestimmten Nutzerkreis zugänglichen Bereich des Internets wird von der Tathandlung erfasst (Beck, MMR 2008, 77 (79)).

<sup>33</sup> Beck, MMR 2008, 77 (79); Eisele/Sieber, StV 2015, 312 (316); Leffler, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying (2012), S. 290; Valerius, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), § 201a Rn. 25.

<sup>34</sup> Kritisch zu dem Merkmal des „Ansehens einer Person“: Eisele, Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 718; Eisele/Sieber, StV 2015, 312 (315).

<sup>35</sup> Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, 40. Aufl. (2016), Rn. 545g.

<sup>36</sup> Eignungsdelikt bzw. abstrakt-konkretes Gefährungsdelikt (Eisele, Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 715).

Erfasst werden bloßstellende Bildaufnahmen, die Personen in Zuständen oder Situationen darstellen, die nach allgemeiner gesellschaftlicher Bewertung als peinlich, minderwertig, eklig oder unfreiwillig offenbarend angesehen werden und bei denen üblicherweise ein Interesse daran besteht, dass diese Dritten nicht zugänglich gemacht werden.<sup>37</sup>

Nacktaufnahmen vermögen aber nicht per se das Ansehen herabzusetzen.<sup>38</sup> Dies ergibt sich schon im Umkehrschluss zu § 201a Abs. 3 StGB, der – bei gleicher Strafdrohung – Nacktaufnahmen (freilich nur von Personen unter 18 Jahren) erfasst. Damit Abs. 3 einen eigenen Anwendungsbereich hat, müssen für Aufnahmen nach Absatz 2 weitere Umstände hinzukommen, die bei einer Gesamtbetrachtung dazu führen, dass das Ansehen erheblich beeinträchtigt werden kann.<sup>39</sup>

Die Nacktaufnahme ist nicht geeignet dem Ansehen der O erheblich zu schaden.

## 2. Ergebnis

Daher scheidet eine Strafbarkeit nach § 201a Abs. 2 StGB. aus.

## V. § 33 Abs. 1 KUG

In Betracht kommt schließlich eine Strafbarkeit der T gem. § 33 KUG.

### 1. Bildnis

Geschützt werden durch § 33 KUG „Bildnisse“. Darunter fallen alle Abbildungen, die die äußere Erscheinung einer Person erkennbar wiedergeben.<sup>40</sup> Die Erkennbarkeit kann sich beispielsweise aus den Gesichtszügen,<sup>41</sup> Merkmalen der äußeren Erscheinung<sup>42</sup> oder den sonstigen Begleitumständen<sup>43</sup> ergeben.<sup>44</sup> Es kommt darauf an, ob der Abgebildete einen begründeten Anlass

für die Annahme hat, dass er innerhalb seines Bekanntenkreises identifiziert werden kann.<sup>45</sup> O muss davon ausgehen aufgrund ihrer Gesichtszüge oder des Begleittextes von ihrem Bekanntenkreis identifiziert werden zu können.

### 2. Tathandlung

T müsste das Bildnis der O gem. § 33 Abs. 1 KUG verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt haben.

Zurschaustellen ist jede Art der Sichtbarmachung eines Bildnisses, ohne dass das Publikum die Verfügungsgewalt über das Bildnis zu erhalten braucht.<sup>46</sup> Öffentlich erfolgt die Zurschaustellung, wenn sie gegenüber einer Mehrzahl von Personen erfolgt, die nicht persönlich miteinander verbunden sind.<sup>47</sup> Das Einstellen ins Internet lässt sich unproblematisch unter das Merkmal des öffentlichen Zurschaustellens subsumieren.<sup>48</sup> Daher hat T das Bildnis der O öffentlich zur Schau gestellt.

#### Hinweis

Bei zugangsbeschränkten Bereichen des Internets oder einer Verbreitung im eigenen virtuellen Freundeskreis eines sozialen Netzwerkes hängt die Annahme eines öffentlichen Zurschaustellens davon ab, für welchen Personenkreis ein Bildnis im jeweiligen Einzelfall sichtbar ist.<sup>49</sup>

### 3. Ergebnis

Da eine Einwilligung der O fehlt, ist auch § 33 KUG verwirklicht.

### C) Gesamtergebnis

Durch das Fotografieren hat T § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB verwirklicht. Das Herstellen der Bildaufnahme tritt jedoch als mitbestrafte Vortat hinter § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB zurück.<sup>50</sup>

Kritisch *Eisele/Sieber*, StV 2015, 312 (315), die neben der Vorverlagerung der Strafbarkeit auch darauf hinweisen, dass eine Prognose hinsichtlich der Beeinträchtigung des Ansehens erforderlich ist.

<sup>37</sup> BT-Drucks. 18/2601, S. 37; *Busch*, NJW 2015, 977 (978); *Heuchemer*, in: BeckOK-StGB, 34. Edition (01.05.2017), § 201a Rn. 18c; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT 1, 40. Aufl. (2016), Rn. 545b.

<sup>38</sup> BT-Drucks. 18/2601, S. 36; *Eisele/Sieber*, StV 2015, 312 (316).

<sup>39</sup> *Eisele/Sieber*, StV 2015, 312 (316). Bezugnehmend auf **BGH JSE 2017, 196** nennt *Cornelius* „die Darstellung einer [...] ungewöhnlichen sexuellen Handlung wie das rektale Einführen einer Flasche“ bei einer partiell unbedeckten Person als Beispiel für eine Aufnahme, die geeignet ist, „das Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schädigen, wenn nicht erkennbar ist, dass dies nur unter Androhung von Gewalt geschah“ (*Cornelius*, NJW 2017, 1893 (1894)).

<sup>40</sup> BGH GRUR 1966, 102; 2000, 715 (716); 2011, 647 (648); 2015, 190 (192); *Beck*, MMR 2008, 77 (79); *Cornelius*, ZRP 2014, 164 (166); *Engels*, in: BeckOK-UrhR, 16. Edition (01.08.2017), § 22 KUG Rn. 19; *Kächele*, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (2006), S. 126; *Kaiser*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 213. EL (2017), § 33 KUG Rn. 5; *Koch*, GA 2005, 589 (594); *Leffler*, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying (2012), S. 189; *Vetter*, AfP 2017, 127 (129).

<sup>41</sup> Dazu BGH GRUR 1962, 211; 1966, 102; 1972, 97 (98).

<sup>42</sup> Dazu BGH GRUR 1979, 732 (733); 2000, 715 (716).

<sup>43</sup> Wie etwa Bildunter- bzw. überschrift oder einem anderen Begleittext. Dazu BGH GRUR 1966, 102; 2011, 647 (648); *Vetter*, AfP 2017, 127 (129).

<sup>44</sup> *Beck*, MMR 2008, 77 (79); *Cornelius*, ZRP 2014, 164 (166); *Engels*, in: BeckOK-UrhR, 16. Edition (01.08.2017), § 22 KUG Rn. 24 f.; *Kächele*, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (2006), S. 126; *Kaiser*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 213. EL (2017), § 33 KUG Rn. 7; *Koch*, GA 2005, 589 (594); *Leffler*, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying (2012), S. 203 f.

<sup>45</sup> BGH GRUR 1979, 732 (733); *Cornelius*, ZRP 2014, 164 (166); *Kächele*, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (2006), S. 126 f.; *Kaiser*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 213. EL (2017), § 33 KUG Rn. 7; *Leffler*, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying (2012), S. 205; *Specht*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl. (2015), § 22 KUG Rn. 4; *Vetter*, AfP 2017, 127 (129).

<sup>46</sup> *Engels*, in: BeckOK-UrhR, 16. Edition (01.08.2017), § 22 KUG Rn. 54; *Kaiser*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 213. EL (2017), § 33 KUG Rn. 11; *Leffler*, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying (2012), S. 212; *Vetter*, AfP 2017, 127 (130).

<sup>47</sup> *Engels*, in: BeckOK-UrhR, 16. Edition (01.08.2017), § 22 KUG Rn. 54; *Kächele*, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (2006), S. 134; *Vetter*, AfP 2017, 127 (130). Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Merkmal der „Öffentlichkeit“ findet sich bei *Leffler*, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying (2012), S. 216 ff.

<sup>48</sup> *Beck*, MMR 2008, 77 (80); *Cornelius*, ZRP 2014, 164 (166); *Engels*, in: BeckOK-UrhR, 16. Edition (01.08.2017), § 22 KUG Rn. 54; *Kaiser*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 213. EL (2017), § 33 KUG Rn. 12; *Leffler*, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying (2012), S. 215; *Specht*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl. (2015), § 22 KUG Rn. 10.

<sup>49</sup> Dies ist bei sozialen Netzwerken von der Anzahl bestätigter Kontakte des jeweiligen Nutzers sowie von dessen Profileinstellungen abhängig (*Engels*, in: BeckOK-UrhR, 16. Edition (01.08.2017), § 22 KUG Rn. 54.1; *Vetter*, AfP 2017, 127 (130)). Vgl. auch *Kächele*, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (2006), S. 134; *Leffler*, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying (2012), S. 248). Auch in diesen Fällen muss eine Mehrzahl von Personen auf das Tatobjekt zugreifen können (*Beck*, MMR 2008, 77 (80)); kritisch *Cornelius*, ZRP 2014, 164 (166)).

<sup>50</sup> Vgl. *Beck*, ZJS 2010, 742 (745).

**Hinweis**

Tatmehrheit kommt ausnahmsweise dann in Betracht, wenn der Täter die unbefugt hergestellte Bildaufnahme später aufgrund eines neuen Tatentschlusses verbreitet.<sup>51</sup>

§ 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB, § 33 KUG und §§ 185, 192 StGB stehen in Tateinheit.<sup>52</sup>

**► Inhaltsverzeichnis**

<sup>51</sup> Heuchemer, in: BeckOK-StGB, 34. Edition (01.05.2017), § 201a Rn. 26.1.

<sup>52</sup> Heuchemer, in: BeckOK-StGB, 34. Edition (01.05.2017), § 201a Rn. 26; Kaiser, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 213. EL (2017), §33 KUG

Rn. 115; aA.: § 33 KUG tritt im Wege der Spezialität hinter § 201a I Nr. 3, 4 StGB wegen der Veröffentlichung zurück (vgl. Beck, ZJS 2010, 742 (745)).



# KÖPFE

# GESUCHT

Referendare und Praktikanten  
[www.tsp-law.com/karriere](http://www.tsp-law.com/karriere)

Thümmel, Schütze & Partner  
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Ausbildungsunterhalt in Abitur-Lehre-Studium-Fällen

Urteil vom 03. Mai 2017, Az.: XII ZB 415/16

**Die Leistung von Ausbildungsunterhalt für ein Studium des Kindes kann einem Elternteil unzumutbar sein, wenn das Kind bei Studienbeginn bereits das 25. Lebensjahr vollendet und den Elternteil nach dem Abitur nicht über seine Ausbildungspläne informiert hat, so dass der Elternteil nicht mehr damit rechnen musste, noch auf Ausbildungsunterhalt in Anspruch genommen zu werden.**

(amtlicher Leitsatz)

#### A) Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

Die am 1984 nichtehelich geborene K ist Tochter des B. K erwarb im Jahre 2004 das Abitur mit einem Notendurchschnitt von 2,3. Bereits zu diesem Zeitpunkt wollte sie das Medizinstudium aufnehmen und bewarb sich zum Wintersemester 2004/2005 - und dann durchgängig bis zum Wintersemester 2010/2011 - im Vergabeverfahren der Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen (ZVS) um einen Medizinstudienplatz. Nachdem ihr kein solcher zugewiesen wurde, begann sie im Februar 2005 eine Lehre als anästhesietechnische Assistentin, die sie im Januar 2008 mit der Gesamtnote 1,0 abschloss. Ab Februar 2008 arbeitete sie in diesem erlernten Beruf. Für das Wintersemester 2010/2011 erhielt sie schließlich einen Studienplatz und studiert seitdem Medizin. Eine den Lebensunterhalt ausreichend deckende Erwerbsarbeit ist während des Medizinstudiums nicht möglich.

K verlangt von B Unterhalt in angemessener Höhe für die Durchführung ihres Medizinstudiums. B hatte weder mit der Mutter der K noch mit K jemals zusammengelebt und seine Tochter letztmals getroffen, als sie 16 Jahre alt war. Per Brief hatte er ihr im Jahre 2004 nach dem Abitur - dessen erfolgreiche Ablegung er annahm - mitgeteilt, er gehe vom Abschluss der Schulausbildung aus und davon, keinen weiteren Unterhalt mehr zahlen zu müssen. Sollte dies anders sein, möge sie sich bei ihm melden. Nachdem eine Reaktion hierauf unterblieb, stellte er die Unterhaltszahlungen ein.

#### B) Die Entscheidung des Senats

Es war am zwölften Zivilsenat, zu entscheiden, ob K von B Unterhalt in angemessener Höhe für die Durchführung ihres Medizinstudiums verlangen kann

#### I. Anspruch auf Unterhalt

##### gem. §§ 1601, 1610 Abs. 1, Abs. 2 BGB

Voraussetzung für den Anspruch auf angemessenen Unterhalt gem. §§ 1601, 1610 Abs. 1, Abs. 2 BGB ist, dass B und K in gerader Linie verwandt sind, K bedürftig (§ 1602 BGB) ist und der Unterhalt angemessen iSd. § 1610 BGB ist.

Die ersten beiden Voraussetzungen sind unproblematisch gegeben, da K die Tochter des B ist und ihr eine Erwerbsarbeit zur

Deckung des eigenen Lebenshaltungskosten während des Medizinstudiums zeitlich nicht möglich ist.

Fraglich ist jedoch, ob der Unterhalt auch angemessen ist. Zum angemessenen Unterhalt gehören grundsätzlich auch die Kosten für eine Ausbildung (§ 1610 Abs. 2 BGB).

„Gemäß § 1610 Abs. 2 BGB umfasst der Unterhalt eines Kindes die Kosten einer angemessenen Vorbildung zu einem Beruf.

Geschuldet wird danach eine Berufsausbildung, die der Begabung und den Fähigkeiten, dem Leistungswillen und den beachtenswerten Neigungen des Kindes am besten entspricht und sich in den Grenzen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Eltern hält. Eltern, die ihrem Kind eine solche Berufsausbildung gewährt haben, sind grundsätzlich nicht mehr verpflichtet, Kosten einer weiteren Ausbildung zu tragen. Ausnahmen hiervon bestehen nur unter besonderen Umständen, etwa wenn der Beruf aus gesundheitlichen oder sonstigen, bei Ausbildungsbeginn nicht vorhersehbaren Gründen nicht ausgeübt werden kann. Ferner kommt eine fortdauernde Unterhaltspflicht in Betracht, wenn die weitere Ausbildung zweifelsfrei als eine bloße in engem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang stehende Weiterbildung zu dem bisherigen Ausbildungsweg anzusehen ist und von vornherein angestrebt war, oder während der ersten Ausbildung eine besondere, die Weiterbildung erfordernde Begabung deutlich wurde [...].

Mit Blick auf das zunehmend geänderte Ausbildungsverhalten der Studienberechtigten kann nach der Rechtsprechung des Senats auch dann ein einheitlicher Ausbildungsgang im Sinne des § 1610 Abs. 2 BGB gegeben sein, wenn ein Kind nach Erlangung der Hochschulreife auf dem herkömmlichen schulischen Weg (Abitur) eine praktische Ausbildung (Lehre) absolviert hat und sich erst danach zu einem Studium entschließt (sog. Abitur-Lehre-Studium-Fälle). Hierfür müssen die einzelnen Ausbildungsabschnitte in engem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang stehen und die praktische Ausbildung und das Studium sich jedenfalls sinnvoll ergänzen. Es reicht jedoch aus, dass der Studienentschluss nicht bei Ausbildungsbeginn, sondern erst nach Beendigung der Lehre gefasst wird [...].

Der aus § 1610 Abs. 2 BGB folgende Anspruch ist vom Gegenseitigkeitsprinzip geprägt. Der Verpflichtung des Unterhaltsschuldners zur Ermöglichung einer Berufsausbildung steht auf Seiten des Unterhaltsberechtigten die Obliegenheit gegenüber, sie mit Fleiß und der gebotenen Zielstrebigkeit in angemessener und üblicher Zeit zu beenden. Zwar muss der Verpflichtete nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) Verzögerungen der Ausbildungszeit hinnehmen, die auf ein vorübergehendes leichteres Versagen des Kindes zurückzuführen sind. Verletzt dieses aber nachhaltig seine Obliegenheit, die Ausbildung planvoll und zielstrebig aufzunehmen und durchzuführen, büßt es seinen Unterhaltsanspruch ein und muss sich

darauf verweisen lassen, seinen Lebensunterhalt durch Erwerbstätigkeit selbst zu verdienen [...]

Allerdings gibt es keine feste Altersgrenze für die Aufnahme und die Beendigung einer Ausbildung, ab deren Erreichen der Anspruch auf Ausbildungsunterhalt entfällt. Die Frage, bis wann es dem Unterhaltsberechtigten obliegt, seine Ausbildung aufzunehmen und abzuschließen, richtet sich vielmehr nach den Umständen des Einzelfalls. Maßgeblich hierfür ist, ob den Eltern unter Berücksichtigung aller Umstände die Leistung von Ausbildungsunterhalt in den Grenzen ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit noch zumutbar ist [...].

Dabei wird die Zumutbarkeit nicht nur durch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Eltern bestimmt, sondern auch durch die Frage, ob und inwieweit sie damit rechnen müssen, dass ihr Kind weitere Ausbildungsstufen anstrebt. Denn die Elternverantwortung tritt dem Grundsatz nach immer mehr zurück, je älter ein Kind bei Aufnahme einer (weiteren) Ausbildung ist und je eigenständiger es seine Lebensverhältnisse gestaltet [...]. Hiervon geht ersichtlich auch der Gesetzgeber aus, wie etwa die Regelung in § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 BAföG belegt, wonach im Rahmen des Bundesausbildungsförderungsgesetzes Einkommen der Eltern außer Betracht bleibt, wenn das Kind bei Beginn des Ausbildungsabschnitts nach Abschluss einer vorhergehenden, zumindest dreijährigen berufsqualifizierenden Ausbildung drei Jahre oder im Falle einer kürzeren Ausbildung entsprechend länger erwerbstätig war.

Die Zumutbarkeitsprüfung gewinnt in den sog. Abitur-Lehre-Studium-Fällen besonderes Gewicht, weil die Eltern durch diesen Ausbildungsweg in ihren wirtschaftlichen Belangen stärker, insbesondere wesentlich längerfristig, betroffen sein können als bei einer herkömmlichen Ausbildung [...]. Da es zu den schützenswerten Belangen des Unterhaltspflichtigen gehört, sich in der eigenen Lebensplanung darauf einstellen zu können, wie lange die Unterhaltslast dauern wird, wird eine Unterhaltspflicht mithin umso weniger in Betracht kommen, je älter der Auszubildende bei Abschluss seiner praktischen Berufsausbildung ist [...]. Auch wenn die Verpflichtung nach § 1610 Abs. 2 BGB als Teil der gesetzlichen Unterhaltspflicht keine Abstimmung des Ausbildungsplans mit dem Unterhaltspflichtigen erfordert, kann es deshalb gegebenenfalls der Zumutbarkeit entgegenstehen, wenn der Unterhaltspflichtige von dem Ausbildungsplan erst zu einem Zeitpunkt erfährt, zu dem er nicht mehr damit rechnen muss, zu weiteren Ausbildungskosten herangezogen zu werden [...].

Bedeutung kann in diesem Zusammenhang erlangen, ob es sich um Zeiträume handelt, in denen steuerliche Erleichterungen, Kindergeld oder kindbezogene Gehaltsbestandteile aufgrund des fortgeschrittenen Alters des Kindes unabhängig von seinem Ausbildungsstand wegfallen [...]. Zu berücksichtigen kann zudem etwa sein, ob und inwieweit die Eltern ihr Kind im Rahmen einer vorhergehenden Berufsausbildung unterstützen mussten [...] oder ob sie in der gerechtfertigten Erwartung eines früheren Ausbildungsabschlusses anderweitige, sie wirtschaftlich belastende Dispositionen getroffen haben. Auch sonst kann sich aus den Verhältnissen der Eltern wie ihrem Alter oder ihrer Lebensplanung ein zu berücksichtigendes Interesse an einer Entlastung von der Unterhaltspflicht ergeben [...].

Zutreffend hat das Oberlandesgericht nicht im Hinblick auf die Abiturnote der Tochter des [B] Zweifel an der Angemessenheit des Medizinstudiums angemeldet. Entscheidet sich ein Kind für einen zulassungsbeschränkten Studiengang und entstehen aufgrund der Abiturnote Wartezeiten, so führt das für sich genommen nicht zur Unangemessenheit der angestrebten Ausbildung. Es kann lediglich zur Folge haben, dass das Kind seinen Bedarf während der Wartezeit durch eine eigene Erwerbstätigkeit sicherstellen muss [...]

Ebenso wenig trifft es auf rechtliche Bedenken, dass das Oberlandesgericht den erforderlichen Zusammenhang zwischen der Lehre als anästhesietechnische Assistentin und dem Medizinstudium bejaht hat. Der sachliche Zusammenhang liegt auf der Hand und wird auch von der Rechtsbeschwerdeerwidernung nicht in Frage gestellt.

Aber auch der zeitliche Zusammenhang ist gewahrt. Dem steht nicht entgegen, dass die Tochter des [B] mehr als zweieinhalb Jahre in dem erlernten Beruf der anästhesietechnischen Assistentin gearbeitet hat, weil sie sich - ihrem ursprünglichen Ausbildungsziel entsprechend - durchgehend weiter für einen Medizin-Studienplatz beworben hat. Mit der Berufstätigkeit ist sie daher allein ihrer Verpflichtung gerecht geworden, bis zur Aufnahme des Studiums selbst ihren Bedarf zu decken. Die zwischen der praktisch-beruflichen Ausbildung und dem Studienbeginn vergangene Zeit ist auf zwangsläufige, dem Kind nicht anzulastende Umstände zurückzuführen [...]. Anders als die Rechtsbeschwerdeerwidernung meint, ist der Tochter des [B] ihr später Studienbeginn auch nicht insgesamt unterhaltsrechtlich vorzuwerfen. Das Oberlandesgericht hat insoweit keinen Verstoß gegen die sie treffenden Obliegenheiten festgestellt und dabei rechtlich tragfähig darauf abgestellt, dass durchgehende Bewerbungen bei der ZVS erfolgten. Soweit der Antragsgegner mit der Rechtsbeschwerdeerwidernung erstmals moniert, der Antragsteller habe weder zur Teilnahme der Tochter am direkten Auswahlverfahren der Universitäten für Medizinstudienplätze noch zu einem Bemühen um eine Ausbildung im Ausland [...] vorgetragen, handelt es sich um neuen, im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht zu berücksichtigenden Vortrag zu Obliegenheitsverletzungen des Unterhalt begehrenden Kindes.

Ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde gegen die Annahme des Oberlandesgerichts, eine Unterhaltspflicht des [B] für die Zeit nach Studienaufnahme der Tochter sei im vorliegenden Einzelfall unzumutbar. Denn diese tatrichterliche Beurteilung ist nicht von Rechtsfehlern beeinflusst. Das Oberlandesgericht hat alle maßgeblichen Umstände berücksichtigt und zutreffend gewichtet.

Es hat einerseits gesehen, dass der Antragsgegner bislang keinen Ausbildungsunterhalt leisten musste, und diesen Umstand zu Recht als gegen die Annahme einer Unzumutbarkeit der Unterhaltspflicht sprechend gewertet. Soweit das Oberlandesgericht anmerkt, es sei nicht dargelegt, ob während der Lehre überhaupt ein ungedeckter Unterhaltsbedarf bestanden habe, kommt dieser Erwägung keine eigenständige Bedeutung zu.

Das Oberlandesgericht hat andererseits das Alter der Tochter des [B] in den Blick genommen. Diese hatte bei Beginn des Studiums ihr 26. Lebensjahr annähernd vollendet und war damit kindergeldrechtlich nicht mehr als Kind berücksichtigungsfähig (vgl. §§ 63

Abs. 1 Satz 2 iVm 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EStG; § 2 Abs. 2 BKGG). Mithin hatte sie ein Alter erreicht, in dem Eltern typischerweise nicht mehr ohne Weiteres mit der Aufnahme eines Studiums ihres Kindes rechnen müssen. Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde geltend, jedenfalls ein Studienabschluss sei zu diesem Zeitpunkt nicht der Normalfall, weshalb der Antragsgegner noch nicht davon ausgehen können, nicht mehr auf Unterhalt in Anspruch genommen zu werden. Dies verkennt, dass es für die Lebensplanung der Eltern einen entscheidenden Unterschied darstellt, ob das Kind mit fast 26 Jahren noch studiert oder das Studium erst aufnimmt, und sie ohne Anhaltspunkte gerade nicht mit einem derart späten Studienbeginn rechnen müssen.

In die Zumutbarkeitsprüfung des Oberlandesgerichts ist auch zutreffend eingeflossen, dass der Antragsgegner mit dem kreditfinanzierten Erwerb eines Eigenheims und der Inanspruchnahme verschiedener Konsumentenkredite finanzielle Dispositionen getroffen hat, die seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit schmälern. Dabei kommt es entgegen der von der Rechtsbeschwerde vertretenen Ansicht nicht darauf an, ob hierdurch seine unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit im Sinne des § 1603 Abs. 1 BGB eingeschränkt oder gar aufgehoben war. Für die Frage der Zumutbarkeit ist vielmehr maßgeblich, dass sich der unterhaltspflichtige Elternteil im - berechtigten - Vertrauen darauf, nicht mehr für den Unterhalt des Kindes aufkommen zu müssen, finanziell gebunden und dadurch sein für die eigene Lebensführung zur Verfügung stehendes Einkommen verringert hat. Ohne Belang könnte dies nur bei außergewöhnlich guten finanziellen Verhältnissen des Elternteils sein, bei denen das Bestehen einer Unterhaltspflicht für langfristig wirkende finanzielle Entscheidungen keinen relevanten Gesichtspunkt darstellt. Dass dies beim Antragsgegner der Fall wäre, macht der Antragsteller jedoch nicht geltend.

Mit Blick auf diese Umstände hat das Oberlandesgericht zu Recht als entscheidend angesehen, dass der Antragsgegner von seiner Tochter zu keinem Zeitpunkt über ihre Ausbildungspläne in Kenntnis gesetzt worden ist (zur gegenteiligen Fallgestaltung OLG Hamm NJW-RR 2012, 970). Nach den getroffenen Feststellungen hat der Antragsgegner weder Informationen zum Schulabschluss noch zum angestrebten oder eingeschlagenen Ausbildungsgang seiner Tochter erhalten. Hinzu kommt, dass er sich selbst schriftlich wegen des Unterhalts an seine Tochter gewandt hatte, als er ihren Schulabschluss vermutete, ohne dass eine Reaktion hierauf erfolgte. Dem Antragsgegner ist daher nicht die Verletzung einer eigenen Nachfrageobliegenheit [...] vorzuwerfen. Dieser dem Antragsgegner nicht anzulastende Informationsmangel führt im Zusammenspiel mit dem Lebensalter der Tochter dazu, dass sein Vertrauen darauf, keinen Ausbildungsunterhalt mehr leisten zu müssen, als rechtlich schützenswert anzusehen ist.“

## II. Ergebnis

Im Ergebnis kann K von B damit keinen Unterhalt mehr verlangen.

### Abschließende Hinweise

Die Entscheidung dürfte nur für Referendare in Bundesländern prüfungsrelevant sein, in denen das Familienrecht umfangreich zum Prüfungsstoff gehört (wie u.a. in Bayern und Baden-Württemberg). Stellvertretend zeigt die gut begründete Entscheidung jedoch auch für alle andere, wie der BGH in Entscheidungen zum Unterhalt die widerstreitenden Interessen gegeneinander abwägt. In einer potentiellen Klausur gilt es deshalb die Lösung keinesfalls mit 2-3 Sätzen oder pauschalierten Lösungen abzutun, sondern so ausführlich wie möglich zu begründen.

In der Originalentscheidung war Antragsteller das Bundesland, das im Rahmen von Bafög-Leistungen in Vorleistung getreten ist und vom Vater nunmehr Regress nehmen wollte. Dies ermöglicht § 37 Abs. 1 S. 1 BAföG. Dieser lautet: „Hat der Auszubildende für die Zeit, für die ihm Ausbildungsförderung gezahlt wird, nach bürgerlichem Recht einen Unterhaltsanspruch gegen seine Eltern, so geht dieser zusammen mit dem unterhaltsrechtlichen Auskunftsanspruch mit der Zahlung bis zur Höhe der geleisteten Aufwendungen auf das Land über, jedoch nur soweit auf den Bedarf des Auszubildenden das Einkommen der Eltern nach diesem Gesetz anzurechnen ist.“ Die Kenntnis der Norm wird sicherlich in den Examina nicht vorausgesetzt, es kann aber durchaus sein, dass der Umgang damit erwartet wird, wenn sie in den Bearbeitungshinweisen abgedruckt ist.

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

Notarassessor  
Würzburg

► [Inhaltsverzeichnis](#)



## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Nachträgliche Schwarzarbeitsabrede

Urteil vom 16. März 2017, Az.: VII ZR 197/16

**Ein zunächst nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößender Werkvertrag kann auch dann nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG, § 134 BGB nichtig sein, wenn er nachträglich so abgeändert wird, dass er nunmehr von dem Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG erfasst wird**

(Amtlicher Leitsatz)

#### A) Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

K plante, den Teppichboden in seinem Privatanwesen vollständig erneuern zu lassen. Mit Kostenvoranschlag vom 3. Juli 2015 bot der B ihm an, die Werkleistung für insgesamt 12.000,00 € durchzuführen. Daraufhin erteilte K dem B den Auftrag für die Durchführung der Arbeiten.

Nach Beginn der Arbeiten vereinbarten K und B, dass B dem K nur 8.000,00 € in Rechnung stelle, dafür aber weitere 2.000,00 € in bar erhalten. Im Übrigen vereinbarten Sie, dass die Rechnung fälschlicherweise auf Arbeiten bzgl. eines von K vermieteten Hauses ausgestellt werden solle.

Bereits nach wenigen Wochen nach dem Verlegen weist der Teppich Mängel auf. K setzt dem B zunächst eine angemessene Frist zur Nacherfüllung. Nachdem B dem Verlangen nicht nachkommt, erklärt K den Rücktritt vom Werkvertrag und verlangt den gezahlten Werklohn in Höhe von insgesamt 10.000,00 € zurück.

#### § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG lautet:

„Schwarzarbeit leistet, wer Dienst- oder Werkleistungen erbringt oder ausführen lässt und dabei [...]

2. als Steuerpflichtiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt [...]“

#### B) Die Entscheidung des Senats

Der zwölfte Zivilsenat hatte zu beurteilen, ob K gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung des gezahlten Werklohns hat.

##### I. Anspruch des K gegen B

##### gem. §§ 634 Nr. 3, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB

Voraussetzung für einen Anspruch gem. §§ 634 Nr. 3, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB auf Rückzahlung des Werklohns ist, dass zwischen K und B ein Werkvertrag besteht, das Werk mangelhaft war und K dem B eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat.

##### 1. Wirksamer Werkvertrag

K erteilte dem B den Auftrag, den Teppich auszutauschen. Zunächst ist also ein wirksamer Werkvertrag zustande gekommen.

##### a) Nichtigkeit gem. § 134 BGB

Der Vertrag könnte jedoch wegen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot gem. § 134 BGB nichtig sein. In Betracht kommt hier ein Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG.

„§ 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG enthält das Verbot zum Abschluss eines Werkvertrages, wenn dieser Regelungen enthält, die dazu dienen, dass eine Vertragspartei als Steuerpflichtige ihre sich aufgrund der nach dem Vertrag geschuldeten Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt. Das Verbot führt jedenfalls dann zur Nichtigkeit des Vertrages, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt [...].“

Ohne Rechtsfehler und von der Revision im Ausgangspunkt auch nicht in Frage gestellt nimmt das Berufungsgericht an, dass die von ihm festgestellten Vereinbarungen der Parteien auf das Leisten von Schwarzarbeit im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG gerichtet sind. Der [B] sollte hiernach Werkleistungen erbringen, ohne als Steuerpflichtiger die sich auf Grund der Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten zu erfüllen (vgl. nur § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UStG; § 18 UStG; § 25 Abs. 3 EStG; § 370 AO).“

Problematisch ist jedoch, ob dies auch gilt, wenn die Abrede zur Schwarzarbeit (häufig auch „Ohne Rechnung Abrede“) erst nach Vertragsschluss getroffen wird. Denn dann war der Vertrag ursprünglich jedenfalls wirksam.

„[...] Die Nichtigkeit derartiger Werkverträge beschränkt sich nicht auf den Fall, dass sie von vornherein auf das Leisten von Schwarzarbeit gerichtet sind. Ebenso unwirksam sind sie, wenn ein zunächst nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößender Vertrag nachträglich so abgeändert wird, dass er nunmehr von dem Verbot des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG erfasst wird.“

[...] Wortlaut sowie Sinn und Zweck des Verbots treffen beide Fallgestaltungen gleichermaßen. Ziel des Gesetzes ist es, die Schwarzarbeit schlechthin zu verbieten und den Leistungsaustausch zwischen den "Vertragspartnern" zu verhindern (BGH, Urteil vom 1. August 2013 - VII ZR 6/13, BGHZ 198, 141 Rn. 15, 17). Es will nicht nur den tatsächlichen Vorgang der Schwarzarbeit eindämmen, sondern im Interesse der wirtschaftlichen Ordnung den zugrunde liegenden Rechtsgeschäften die rechtliche Wirkung nehmen (BGH, Urteil vom 1. August 2013 - VII ZR 6/13, BGHZ 198, 141 Rn. 17).

[...] Diesem Ergebnis kann nicht entgegen gehalten werden, dass es zu einer wirksamen Abänderung des Ursprungsvertrags gar nicht komme, weil bereits die Änderungsvereinbarung selbst unwirksam sei und damit der ursprüngliche nicht zu beanstandende Vertrag weiter gelte. Die Auffassung, die meint, es sei (nur) die

Änderungsvereinbarung wegen Verstoßes gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz nichtig [...] berücksichtigt nicht ausreichend, dass diese - isoliert betrachtet - nicht die Voraussetzungen einer Schwarzarbeit nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG erfüllt und deshalb auch nicht in Verbindung mit § 134 BGB nichtig ist. § 1 Abs. 2 SchwarzArbG setzt die Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen voraus. Die inkriminierte Änderungsvereinbarung betrifft jedoch nur die Umstände der Zahlung (keine Rechnung, keine Umsatzsteuer, Barzahlung) verbunden mit einer Verringerung des Entgelts. Erst die Verknüpfung mit der zu erbringenden Dienst- oder Werkleistung macht den Vorgang zur Schwarzarbeit. Gerade deshalb hat die Schaffung des Schwarzarbeitstatbestandes des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG umgekehrt dazu geführt, dass die Verstöße gegen steuerrechtliche Pflichten bereits ohne weiteres zur Nichtigkeit des gesamten zugrunde liegenden Werkvertrages führen. Eine isolierte Prüfung nur der Ohne-Rechnung-Abrede erfolgt nicht [...]. Ebenso wenig wie bei einer anfänglichen Verknüpfung der Vereinbarung einer Dienst- oder Werkleistung mit einer Ohne-Rechnung-Abrede führt die spätere Zusammenführung zu der Möglichkeit, die Ohne-Rechnung-Abrede isoliert unter dem Gesichtspunkt der Schwarzarbeit nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG für unwirksam zu halten. Vielmehr liegt mit der Änderung des Ursprungsvertrags Schwarzarbeit vor, die zur Nichtigkeit des gesamten Vertrags führt [...].

[...] An dem Ergebnis ändert sich nichts dadurch, dass die Ohne-Rechnung-Abrede auch im Hinblick auf einen Verstoß gegen steuerrechtliche Verbotsvorschriften isoliert unwirksam sein kann [...]. Ein solcher zusätzlicher Unwirksamkeitsgrund führte nicht dazu, dass § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG in Verbindung mit § 134 BGB nicht mehr anwendbar wäre. Denn er zwänge nicht dazu, die Ohne-Rechnung-Abrede bei der Prüfung außer Betracht zu lassen. Weder denknotwendig noch aufgrund des Zwecks beider Unwirksamkeitsgründe wäre das steuerrechtliche Verbot mit der Folge isolierter Unwirksamkeit der Ohne-Rechnung-Abrede vorrangig zu berücksichtigen.

Durch das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz soll nicht allein der Steuerhinterziehung begegnet und damit ein fiskalischer Zweck verfolgt werden; mit der gesetzlichen Regelung soll vielmehr auch die mit der Schwarzarbeit einhergehende Wettbewerbsverzerrung verhindert oder zumindest eingeschränkt werden. Sie dient damit auch dem Schutz gesetzestreuer Unternehmer und Arbeitnehmer [...]. Diesem Ziel ist nicht dadurch gedient, Parteien, die sich - nachträglich - für die Durchführung eines verbotenen Geschäfts entschieden haben, dieses Vorhaben mit Rechtswirkungen im Rahmen des Erlaubten zu ermöglichen.

[...] Entgegen der Auffassung der Revision ist die Annahme des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, die Parteien hätten den ursprünglich geschlossenen Vertrag abändern wollen. Es kommt nicht darauf an, ob die Parteien wussten, dass sie die neue Abrede nicht wirksam schließen konnten, weil sie gegen das Verbot der Schwarzarbeit verstößt. Dieser Fall ist nicht vergleichbar mit Fällen, in denen Parteien einen Vertrag schließen und wissen, dass ein Teil ihrer Abmachungen wegen Nichtbeachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form unwirksam ist [...]. Es ist schon zweifelhaft, ob die Kenntnis von einer Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB der Kenntnis einer Formunwirksamkeit (§ 125 BGB) gleichzuset-

zen ist. Der Grundsatz, dass bei Kenntnis der Parteien von der Formunwirksamkeit eines Teils ihrer Abmachungen das Rechtsgeschäft lediglich von den übrigen Vertragsbestimmungen gebildet wird, hat außerdem nur dort Sinn, wo ein Vertrag sich grundsätzlich in wirksame und unwirksame Abreden aufteilen lässt und sich damit die Frage stellt, ob § 139 BGB anwendbar ist oder wegen fehlenden Rechtsbindungswillens nicht eingreift [...]. Das ist hier wie dargelegt nicht der Fall.

[...] Fernliegend ist die Auffassung der Revision, der ursprünglich vereinbarte Vertrag habe möglicherweise für den Fall einer späteren rechtlichen Auseinandersetzung als rechtlich verbindliche Auffangregelung Bestand haben sollen. Hierfür gibt es weder Feststellungen des Berufungsgerichts noch Parteivortrag. Eine solche Vereinbarung wäre außerdem wegen Umgehung des Verbots des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG unwirksam. Denn sie liefe darauf hinaus, den Vertrag unter die Bedingung zu stellen, dass ein in erster Linie beabsichtigtes Schwarzarbeitsgeschäft nicht "geräuschlos" abgewickelt wird.

[...] Zu Recht hat das Berufungsgericht auch nicht nur eine Teilnichtigkeit des Vertrages angenommen, weil nur ein Teil des Werklohns unter Verstoß gegen steuerliche Pflichten ohne Rechnung und Abfuhr von Umsatzsteuer gezahlt werden sollte. Der Senat hat bereits daraufhingewiesen, dass ein einheitlicher Werkvertrag allenfalls dann als teilwirksam angesehen werden könnte, wenn die Parteien dem zuzüglich Umsatzsteuer vereinbarten Teilwerklohn konkrete zu erbringende Einzelleistungen zugeordnet hätten [...].

Zu Unrecht meint die Revision, aus der Feststellung des Berufungsgerichts, dass der [B] für einen Teilbetrag eine Rechnungsstellung für erforderlich hielt, um die Materialbewegungen buchhalterisch stimmig zu erfassen, ergebe sich, dass die Parteien über die Einzelleistung "Lieferung des Teppichbodens" eine wirksame Teilvereinbarung getroffen hätten. Dies belegt nur die Motivation zur Erstellung einer unzutreffend niedrigen Rechnung. Eine abgrenzbare Teilleistung, die hiermit vergütet werden sollte, ergibt sich weder hieraus noch sonst aus dem Parteivortrag zu den Vereinbarungen. Sie liegt auch schon deshalb fern, weil als Werklohn die Verlegung des neuen, zu beschaffenden Teppichbodens vereinbart war und deshalb die Lieferung eben dieses Teppichbodens keine abgrenzbare Teilwerkleistung sein kann. "

## b) Zwischenergebnis

Der von K und B geschlossene Werkvertrag ist wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig.

## 2. Zwischenergebnis

Ein Anspruch gem. §§ 634 Nr. 3, 323 Abs. 1, 346 Abs. 1 BGB besteht damit mangels wirksam bestehenden Werkvertrags nicht.

## II. Anspruch auf Rückzahlung des Werklohns

### gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB

Fraglich ist jedoch, ob K gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung des Werklohns gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 hat. Voraussetzung ist hierfür, dass B durch Leistung des K etwas ohne Rechtsgrund erlangt hat. Dies ist vorliegend unproblematisch der Fall. Im Ergebnis kann dies jedoch dahinstehen, da der Anspruch ohnehin an § 817 Satz 2 Halbsatz 1 scheitert.

„[...] Einen Bereicherungsanspruch hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs [...] verneint, § 817 Satz 2 Halbsatz 1 BGB.“

### III. Ergebnis

K hat gegen B keinen Anspruch auf Rückzahlung des Werklohns.

#### Abschließende Hinweise

Bei der vorliegenden Entscheidung handelt es sich um eine konsequente Fortführung der BGH Rechtsprechung zur Schwarzarbeitsabrede. Inzwischen lässt sich die Rechtsprechung des BGH verhältnismäßig einfach zusammenfassen: Wird in der Klausur eine Schwarzarbeitsabrede bejaht und der Verfasser bejaht im Ergebnis irgendwelche Ansprüche der Beteiligten, so liegt das Ergebnis mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht auf Linie des BGH. Das macht die Bearbeitung bei entsprechender Begründung selbstverständlich nicht weniger gut, man läuft aber Gefahr, dass man bei einem Korrektor, der die Lösung einfach nur abhakt, Punkte verschenkt.

Die inzwischen recht klare BGH-Rechtsprechung sollte keinesfalls davon abhalten, das Ergebnis ausführlich zu begründen, denn nur so kann man sich von den übrigen Bearbeitern abgrenzen. Immerhin kann davon ausgegangen, dass die Rechtsprechung in diesem zentralen Punkt den Bearbeitern bekannt ist. Auch der BGH verwendet immerhin trotz bereits weitgehend geklärter Rechtsfragen einige Seiten auf die Begründung. So sollten Sie es in der Klausur auch halten.

**Dr. Julius Forschner, LLM (Cambridge)**

Notarassessor  
Würzburg

► **Inhaltsverzeichnis**

## RECHTSPRECHUNG – ZIVILRECHT

Bundesgerichtshof

### Besitzverhältnisse an einem Kraftfahrzeug während der Probefahrt nach erfolgter Reparatur in Anwesenheit des Werkunternehmers oder seines Besitzdieners

Urteil vom 17. März 2017, Az.: V ZR 70/16

**1. Bei einem Werkvertrag ist der Besteller, der nach erfolgter Reparatur seines Kraftfahrzeuges eine Probefahrt vornimmt, nicht Besitzdiener des Werkunternehmers.**

**2a. Jedenfalls dann, wenn eine zur Vorbereitung der Abnahme eines reparierten Kraftfahrzeuges durchgeführte Probefahrt des Bestellers in Anwesenheit des Werkunternehmers oder dessen Besitzdieners stattfindet, erlangt der Besteller keinen unmittelbaren Besitz an dem Fahrzeug. Vielmehr bleibt der Werkunternehmer unmittelbarer Besitzer; sein Besitz wird lediglich gelockert.**

**2b. Die Übergabe eines Schlüssels bewirkt nur dann einen Übergang des Besitzes an der dazugehörigen Sache, wenn der Übergeber die tatsächliche Gewalt an der Sache willentlich und erkennbar aufgegeben und der Empfänger des Schlüssels sie in gleicher Weise erlangt hat.**

(Amtliche Leitsätze)

#### A) Sachverhalt

Die Klägerin K ist Eigentümerin eines Personenkraftwagens (Pkw), den sie P zur dauerhaften Nutzung überlassen hat. Als das Fahrzeug einen Motorschaden erlitt, beauftragte P den Beklagten B – Inhaber einer Kfz-Werkstatt – mit dem Einbau eines gebrauchten Austauschmotors. B nahm den Austausch vor und handigte das Fahrzeug an P aus. Ob der Werklohn für die vorgenommene Reparatur von P bezahlt wurde, bleibt ungeklärt. Da der Austauschmotor bereits wenige Wochen nach Rückgabe versagte, übernahm es B im Rahmen der Nacherfüllung einen anderen Motor einzubauen. Nach durchgeführter Reparatur traf sich der Sohn des B (S), der zugleich dessen Mitarbeiter ist, zwecks Rückgabe des Fahrzeugs mit P. S und P machten eine Probefahrt, bei der P am Steuer saß. Nach Beendigung der Probefahrt kam es zum Streit über den womöglich noch ausstehenden Werklohn. S zog gegen den Willen des P den Schlüssel aus dem Zündschloss, nahm ihn an sich und verließ den Pkw. Als P ebenfalls ausstieg, setzte sich S an das Lenkrad und fuhr auf das Betriebsgelände des B, wo dieser den neuen Austauschmotor wieder ausbaute.

K verlangt nun Herausgabe des Fahrzeugs mit eingebautem neuen Austauschmotor und Ersatz des Vorenthaltungsschadens.

#### B) Die Entscheidung des Senats

##### I. Ansprüche auf Herausgabe des Fahrzeugs inklusive Austauschmotor

###### 1. § 631 Abs. 1 BGB

Ein Herausgabeanspruch aus Werkvertrag<sup>1</sup> scheidet aus. Eine Stellvertretung der K durch P gemäß §§ 164 ff. BGB ist nicht erfolgt, sodass Parteien des Werkvertrags lediglich P und B sind.

###### 2. § 985 BGB

Sodann stellt sich im Rahmen des Vindikationsanspruchs die Frage, ob K Eigentümerin des mittlerweile wieder ausgebauten Austauschmotors geworden ist. Eine rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums gemäß §§ 929 ff. BGB ist nicht erfolgt. Auch hat die Klägerin das Eigentum nicht auf gesetzlichem Wege gemäß § 947 Abs. 2 iVm. § 93 BGB durch den Einbau erlangt.<sup>2</sup> Ein in ein bereits gebrauchtes Fahrzeug eingebauter Austauschmotor wird nicht dessen wesentlicher Bestandteil.<sup>3</sup> § 93 BGB schützt die Sacheinheit nur dann, wenn deren Zerlegung die Zerstörung oder Wesensveränderung eines Bestandteils oder der Sache selbst zur Folge hätte.<sup>4</sup> Durch den Ausbau des Motors werden weder dieser selbst noch die sonstigen Bestandteile des Fahrzeugs zerstört oder beschädigt. Ob durch den Ausbau die Bestandteile ihrem Wesen nach verändert werden, ist im Wege einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu bestimmen. Eine Wesensveränderung ist daher zu verneinen, wenn die Bestandteile auch nach der Trennung in der bisherigen Art wirtschaftlich genutzt werden können. Der ausgebaut Motor kann jederzeit als Antriebsmaschine für andere Pkw oder stationär verwendet werden. Auch aus den übrigen Bestandteilen kann durch den Einbau eines anderen Motors wieder ein betriebsfertiges Pkw geschaffen werden.<sup>5</sup> Folglich hat K keinen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Ein Anspruch auf Herausgabe des Werks nach Beendigung der Reparatur folgt nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 631 BGB. Er ist allerdings in Zusammenschau mit der Abnahmepflicht des Bestellers aus § 640 Abs. 1 BGB zu gewähren, *Busche*, in: MüKo-BGB, 6. Aufl. (2012), § 631 Rn. 59.

<sup>2</sup> BGH NJW-RR 2017, 818.

<sup>3</sup> BGH NJW-RR 2017, 818.

<sup>4</sup> BGH NJW 1973, 1454; *Fritzsche*, in: BeckOK-BGB, Ed. 42 (1.2.2017), § 93 Rn. 8.

<sup>5</sup> BGH NJW 1973, 1454 f.; BGH NJW-RR 2017, 818; *Stresemann*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2015), § 93 Rn. 13; *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 16. Aufl. (2015), § 93 Rn. 3.

<sup>6</sup> Da das klägerische Begehren (in einer Klausur die Fallfrage) ausdrücklich auf die Herausgabe mit eingebautem Motor zielt, kann an dieser Stelle noch (vgl. unten B) II. 1. b)) außer Acht gelassen werden, ob K als Eigentümerin des Fahrzeugs die Herausgabe des Fahrzeugs ohne eingebauten Motor nach § 985 BGB verlangen kann.

### 3. § 861 Abs. 1 BGB

Aufgrund des fehlenden Eigentums der K am Austauschmotor kann allein ein von der Eigentumslage unabhängiger possessoriischer Herausgabeanspruch aus § 861 Abs. 1 BGB zum Erfolg des klägerischen Begehrens führen.<sup>7</sup>

Nach § 861 Abs. 1 BGB kann der Besitzer, dem der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen wird, die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, der ihm gegenüber fehlerhaft besitzt. Der Umstand, dass K aufgrund der dauerhaften Nutzungsüberlassung an P nur mittelbare Besitzerin (§ 868 BGB) des Fahrzeugs war, hindert den Anspruch nicht, § 869 S. 1 BGB.

Entscheidend ist aber, dass verbotene Eigenmacht, also die Besitzentziehung ohne Willen des Besitzers (§ 858 Abs. 1 BGB), allein gegen den unmittelbaren Besitzer verübt werden kann.<sup>8</sup> Folglich müsste P anlässlich der Probefahrt unmittelbarer Besitzer des Fahrzeugs geworden sein.

Der unmittelbare Besitz an einer Sache wird durch die nicht ganz flüchtige<sup>9</sup> Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache, getragen von einem natürlichen Besitzwillen, begründet, § 854 Abs. 1 BGB.<sup>10</sup> „In wessen tatsächlicher Herrschaftsgewalt sich die Sache befindet, hängt maßgeblich von der Verkehrsanschauung ab, also von der zusammenfassenden Wertung aller Umstände des jeweiligen Falles entsprechend den Anschauungen des täglichen Lebens.“<sup>11</sup> „Für die Besitzverhältnisse an einem Kraftfahrzeug kommt es in der Regel darauf an, wer die tatsächliche Herrschaft über die Fahrzeugschlüssel ausübt.“<sup>12</sup> Während der Probefahrt saß P am Steuer und war somit Inhaber des Fahrzeugschlüssels. Nach den Umständen des Einzelfalles könnte also tatsächliche Herrschaftsgewalt und damit unmittelbarer Besitz des P anzunehmen sein.

#### a) P als Besitzdiener iSd. § 855 BGB?

„Ist allerdings der tatsächliche Inhaber des Schlüssels [nur] als Besitzdiener im Sinne von § 855 BGB anzusehen, so ist nicht er, sondern der Besitzer unmittelbarer Besitzer.“<sup>13</sup>

In der bisherigen Literatur und Rechtsprechung wird die Frage, wer bei einer Probefahrt mit einem Kaufinteressenten unmittelbarer Besitzer eines Fahrzeugs ist, nicht einheitlich beurteilt: Überwiegend wird der Kaufinteressent als Besitzdiener des Verkäufers angesehen, unabhängig davon, ob er die Probefahrt mit

oder ohne diesen durchführt.<sup>14</sup> Hiergegen wird teilweise eingewandt, es fehle an dem für die Besitzdienerschaft erforderlichen sozialen Abhängigkeitsverhältnis zwischen Kaufinteressent und Verkäufer. Insbesondere habe der Verkäufer, der nicht an der Probefahrt teilnimmt, keine Möglichkeit, auf den Pkw oder Kaufinteressenten einzuwirken.<sup>15</sup> Demnach sei der Kaufinteressent nicht Besitzdiener, sondern unmittelbarer Besitzer.

Die diesem Problem zugrundeliegende Konstellation unterscheidet sich jedoch von dem vorliegenden Sachverhalt: Es handelt sich nicht um einen Kaufinteressenten. Stattdessen geht es darum, ob bei einem Werkvertrag der Besteller im Rahmen der zur Beurteilung der Reparatur vorgenommenen Probefahrt als Besitzdiener des Werkunternehmers anzusehen ist.<sup>16</sup> In diesem Fall muss die Besitzdienerschaft gesondert betrachtet werden:

Besitzdiener iSd. § 855 BGB ist, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis ausübt, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat. „Dazu muss [...] ein nach außen erkennbares soziales Abhängigkeitsverhältnis begründet werden, das dem Besitzherrn zumindest faktisch die Möglichkeit gibt, seinen Willen gegenüber dem Besitzdiener durchzusetzen.“<sup>17</sup> Die Einhaltung muss im Nichtbefolgungsfall vom Besitzherrn selbst aufgrund eines Direktionsrechts oder ähnlichen Befugnissen unmittelbar durchgesetzt werden können.<sup>18</sup> „Bei der Überprüfung der Reparaturleistung des Werkunternehmers unterliegt der Besteller nicht dessen Weisungen. Es fehlt an einem Direktionsrecht oder vergleichbaren Befugnissen, aufgrund derer der Werkunternehmer etwaige Anweisungen durchsetzen könnte.“<sup>19</sup>

Dies steht auch nicht im Widerspruch zur überwiegenden Auffassung, nach der der Kaufinteressent im Rahmen einer Probefahrt Besitzdiener des Verkäufers ist. Denn während der Verkäufer frei in seiner Entscheidung darüber ist, ob er eine Probefahrt zulässt und, wenn ja, wie sie ausgestaltet wird, ist der Werkunternehmer nach Durchführung der Reparatur grundsätzlich zur Herausgabe des Werks verpflichtet.<sup>20</sup>

Zudem „bleibt der Besteller auch während der Reparatur (mittelbarer) Besitzer des Fahrzeugs, weil der Werkvertrag als Besitzmittlungsverhältnis i.S.v. § 868 BGB anzusehen ist [...]“.<sup>21</sup> „Die Überlegung, dass der Besteller während der Reparatur als mittelbarer Besitzer durch den Werkunternehmer als Besitzmittler die

<sup>7</sup> Instruktiv zum Besitzschutz S. Lorenz, JuS 2013, 776.

<sup>8</sup> Zwar kommt es nach dem Wortlaut des § 858 Abs. 1 BGB nur auf den Willen des „Besitzers“ an, worunter sowohl der mittelbare als auch der unmittelbare Besitzer zu fassen sein könnte. Allerdings differenziert § 869 S. 1 BGB zwischen dem ebenfalls anspruchsberechtigten mittelbaren Besitzer und dem „Besitzer“ an, demgegenüber verbotene Eigenmacht verübt wird. § 858 Abs. 1 BGB kann damit nur den unmittelbaren Besitzer meinen, vgl. Berger, in: Jauernig, BGB, 16. Aufl. (2015), § 869 Rn. 2.

<sup>9</sup> So die – umstrittene – hM. aufgrund des *argumentum e contrariis* zu § 856 Abs. 2 BGB, eingehender Fritzsche, in: BeckOK-BGB, Ed. 42 (1.2.2017), § 854 Rn. 23 mwN.

<sup>10</sup> Zwar verlangt das Gesetz für den Besitzerwerb ausdrücklich nur die Erlangung der tatsächlichen Gewalt, doch bedarf es – zumindest nach hM. – eines zusätzlichen Besitzbegründungswillens. Dies wird unter anderem mit der allein auf dem subjektiven Willen der jeweiligen Person beruhenden Unterscheidung zwischen Fremd- und Eigenbesitz begründet, vgl. Fritzsche, in: BeckOK-BGB, Ed. 42 (1.2.2017), § 854 Rn. 24 ff. mwN.

<sup>11</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (819); ebenso BGH WM 2012, 1926 (1927).

<sup>12</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (819) mwN.; ebenso Herrler, in: Palandt, 76. Aufl. (2017), § 854 Rn. 5.

<sup>13</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (819).

<sup>14</sup> OLG Köln NZV 2006, 260, Joost, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 855 Rn. 14; Herrler, in: Palandt, 76. Aufl. (2017), § 855 Rn. 7; Fritzsche, in: BeckOK-BGB, Ed. 42 (1.2.2017), § 855 Rn. 9. Für eine analoge Anwendung des § 855 BGB eintretend A. Lorenz, in: Erman, BGB, 14. Aufl. (2014), § 855 Rn. 13; zweifelnd BGH NJW 2014, 1524 (1525).

<sup>15</sup> OLG Düsseldorf BeckRS 1992, 09035 Rn. 6.

<sup>16</sup> Aufgrund dessen lässt der Bundesgerichtshof die zuvor aufgeworfene Frage offen, BGH NJW-RR 2017, 818 (819).

<sup>17</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (819) mit Verweis auf BGH NJW 2014, 1524 (1525); OLG Bamberg NJW 1949, 716 (717); OLG Stuttgart WM 2009, 1003.

<sup>18</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (819).

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (819) mit Verweis auf BGH NJW 2014, 1524 (1525); OLG Koblenz NJW-RR 2003, 1563 (1564).

Sachherrschaft ausübt, schließt es aus, ihn als Besitzdiener anzusehen, wenn ihm der Besitzmittler das Kraftfahrzeug zu einer Probefahrt zwecks Vorbereitung der Abnahme überlässt.<sup>22</sup>

Folglich ist der tatsächliche Inhaber des Schlüssels, P, kein Besitzdiener iSv. § 855 BGB.<sup>23</sup>

#### b) Unmittelbarer oder mittelbarer Besitz des P?

Fraglich bleibt, ob P im Rahmen der Probefahrt nur mittelbarer Besitzer geblieben oder unmittelbarer Besitzer des Pkw geworden ist.

„Erworben wird der [unmittelbare] Besitz gem. § 854 Abs. 1 BGB durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache. Beendet wird er gem. § 856 Abs. 1 BGB dadurch, dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert; hierfür reicht gem. § 856 Abs. 2 BGB eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt nicht aus. Für die Begründung des unmittelbaren Besitzes ist eine erkennbare Zeitdauer des Besitzes in Verbindung mit einer gewissen Festigkeit der Herrschaftsbeziehung erforderlich [...]. Die Sache muss der Person so zugänglich geworden sein, dass diese auf die Sache beliebig einwirken und tatsächlich über sie verfügen kann [...]. Bei dem von einem Vorbesitzer abgeleiteten Besitzerwerb ist zudem erforderlich, dass der Veräußerer den Besitz erkennbar aufgibt [...]. Die Übergabe eines Schlüssels bewirkt nur dann einen Übergang des Besitzes an der dazugehörigen Sache, wenn der Übergeber die tatsächliche Gewalt an der Sache willentlich und erkennbar aufgegeben und der Empfänger des Schlüssels sie in gleicher Weise erlangt hat.“<sup>24</sup>

S hat als Besitzdiener des B dem P anlässlich der Probefahrt den Fahrzeugschlüssel übergeben. P hat somit Herrschaftsgewalt über das Fahrzeug erlangt. Allerdings war die Probefahrt nur auf kurze Dauer angelegt. Zudem erhielt sich B durch die Teilnahme seines Besitzdieners S an der Probefahrt weiterhin Einwirkungsmöglichkeiten auf das Fahrzeug. Durch seinen Besitzdiener verblieb er in enger räumlicher Beziehung zum Pkw. Demnach kann nicht von einer Besitzaufgabe ausgegangen werden, sondern lediglich von einer bloßen Besitzlockerung.<sup>25</sup>

Zudem legt die den §§ 631 ff. BGB zugrundeliegende gesetzgeberische Wertentscheidung nahe, dass es sich nicht um eine vollständige Besitzaufgabe handelt. Der Werkunternehmer ist zwar hinsichtlich der Herstellung des Werks vorleistungspflichtig (§ 641 Abs. 1 S. 1 BGB) erhält im Gegenzug jedoch die Sicherungsrechte der §§ 647 ff. BGB<sup>26</sup>, insbesondere das ihn zum Besitz des Werks berechtigende Werkunternehmerpfandrecht. Gibt der Werkunternehmer willentlich den Besitz am Werk auf, führt dies zum endgültigen Erlöschen des ihm zustehenden Pfandrechts, §§ 1257, 1253 Abs. 1 S. 1 BGB. Gerade bei der vor Zahlung des Werklohns erfolgenden Probefahrt hat der Werkunternehmer aber in der Regel ein virulentes Interesse daran, sich das

Pfandrecht zu bewahren. Ein solches Bewahrungsinteresse kommt im konkreten Fall insbesondere dadurch zum Ausdruck, dass der Besitzdiener des B an der Probefahrt teilnimmt und somit den Pfandschuldner daran hindert, mit dem Pfand nach Belieben zu verfahren.<sup>27</sup>

Dies gilt unabhängig davon, ob das Werkunternehmerpfandrecht im vorliegenden Fall tatsächlich entstanden ist.<sup>28</sup> „Bei der Beurteilung der Besitzverhältnisse ist grundsätzlich eine faktische Betrachtungsweise geboten. Dabei kommt es weniger auf die wahre Rechtslage als darauf an, ob die beim Erwerb der Sachherrschaft hergestellte Beziehung als Ausdruck einer rechtlichen Befugnis erscheint.“<sup>29</sup>

Dies spricht gegen die Annahme einer willentlichen und vollständigen Besitzaufgabe durch B, der daher unmittelbarer Besitzer des Fahrzeugs geblieben ist. Gegen P als mittelbaren Besitzer konnte somit keine verbotene Eigenmacht iSd. § 858 Abs. 1 BGB verübt werden.

#### 4. Sonstige Herausgabeansprüche

Ein Anspruch der K aus § 1007 Abs. 1 BGB scheidet aufgrund der Gutgläubigkeit des B bei Besitzerwerb aus. Zudem hat K keinen Anspruch aus § 1007 Abs. 2 S. 1 BGB; die Sache ist ihm nicht abhandengekommen, § 935 Abs. 2 S. 1 BGB. Ein Herausgabeanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB ist aufgrund der vorrangigen Leistungsbeziehung zwischen P und B ebenfalls abzulehnen (sog. Vorrang der Leistungskondition). § 816 Abs. 1 S. 2 BGB oder § 822 BGB scheidet schon deshalb aus, weil B den Besitz nicht unentgeltlich erlangt hat. Ein Anspruch auf Naturalrestitution gem. §§ 823 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB, dh. ein Anspruch auf Herausgabe des Fahrzeugs inklusive Motor, scheidet mangels Eigentums der K am Austauschmotor aus. Da B keine verbotene Eigenmacht gegenüber K verübt hat, kommt auch ein Anspruch aus §§ 823 Abs. 2, 858 Abs. 1 BGB nicht in Betracht.<sup>30</sup>

## II. Anspruch auf Ersatz des Vorenthaltungsschadens

### 1. §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB

Ein Anspruch auf Ersatz des Vorenthaltungsschadens setzt zunächst das Vorliegen einer *Vindikationslage* voraus. Während K Eigentümerin des Fahrzeugs (*ohne* Austauschmotor) ist und sich dieses auf dem Betriebsgelände des B, also in dessen (unmittelbaren) Besitz befindet, ist fraglich, ob B ein Recht zum Besitz iSd. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB bezüglich des Fahrzeugs zusteht.

a) Aufgrund des zwischen P und B abgeschlossenen Werkvertrags und des dauerhaften Nutzungsüberlassungsvertrags zwischen P und K, deren Willen die Überlassung des Fahrzeugs an

<sup>22</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (819); auch wenn der Bundesgerichtshof hier annimmt, der mittelbare Besitz schließe eine Besitzdienerschaft aus, gilt dies nicht zwingend: Überlassen Eltern ihrem Kind eine dem Kind gehörende Sache, ist das Kind zugleich Besitzdiener und mittelbarer Eigenbesitzer, *Wieling*, Sachenrecht: Band 1 (1990), § 4 S. 143; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. (2009); § 7 Rn. 68; *Schmid*, NZFam 2015, 198.

<sup>23</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (819); zustimmend *Wellenhofer*, JuS 2017, 785 (786).

<sup>24</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (820).

<sup>25</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (820).

<sup>26</sup> Zu den Sicherungsrechten instruktiv *Lukes*, JA 2016, 727.

<sup>27</sup> Vgl. weitergehend BGH NJW-RR 2017, 818 (820).

<sup>28</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (820).

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Auf die – umstrittene – Qualifizierung des § 858 Abs. 1 BGB als Schutzgesetz kommt es folglich nicht an, vgl. hierzu *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 25. Aufl. (2015), § 24 Rn. 621; *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 7. Aufl. (2015), § 2 III Rn. 71.

B zur Reparatur entsprach, stand B bei Besitzerwerb ein abgeleitetes Besitzrecht zu, § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.<sup>31</sup> Nach Beendigung der Reparaturen ist dieses Besitzrecht jedoch erloschen.

b) Allerdings kommt ein *Werkunternehmerpfandrecht* als Recht zum Besitz in Betracht. Da § 647 BGB das Eigentum des Bestellers am Werkgegenstand voraussetzt<sup>32</sup>, ist die klassische Streitfrage<sup>33</sup> des Sachenrechts nach der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs des Pfandrechts gemäß § 1257 (analog) iVm. §§ 1207, 932 BGB aufzuwerfen.<sup>34</sup>

Diese kann jedoch offenbleiben, da selbst wenn die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs angenommen werden würde, es jedenfalls an einer „Forderung aus dem Vertrag“ iSd. § 647 BGB fehlt. Dies folgt daraus, dass jede Partei die für sie vorteilhaften Umstände zu beweisen hat (sog. Rosenberg'sche Formel<sup>35</sup>). Der Besitzer hat folglich das Bestehen eines Besitzrechts iSd. § 986 BGB – hier also die Voraussetzungen des Werkunternehmerpfandrechts – zu beweisen; Zweifel gehen zu seinen Lasten.<sup>36</sup> Da unklar blieb, ob die Werklohnforderung bereits beglichen wurde, kann B diesen Beweis nicht erbringen. Zudem wäre das Werkunternehmerpfandrecht nach Einbau des ersten Motors jedenfalls durch Herausgabe des Pfandgegenstands an K nach §§ 1257, 1253 Abs. 1 S. 1 BGB erloschen. Auch durch die Rückgabe zur Nacherfüllung lebte es nicht wieder auf.<sup>37</sup>

c) Da das Werkunternehmerpfandrecht damit als Recht zum Besitz ausscheidet, kommt sodann ein *Zurückbehaltungsrecht* aus §§ 1000 S. 1, 994 ff. BGB als Recht zum Besitz in Betracht.<sup>38</sup> Ob das Zurückbehaltungsrecht tatsächlich ein Besitzrecht gewährt, kann jedoch offenbleiben, wenn dessen tatbestandliche Voraussetzungen zu verneinen sind.

Im Rahmen dieser Prüfung sollten die (klassischen) Probleme des „nicht-mehr-berechtigten Besitzers“<sup>39</sup> und ob der Werkunternehmer Verwender iSd. §§ 994 ff. BGB sein kann<sup>40</sup>, aufgeworfen werden.

Diese Streitfragen bedürfen jedoch keiner Entscheidung, da es an den in jedem Fall für einen Anspruch erforderlichen *Verwendungen* fehlt:

B hat durch den Einbau des ersten fehlerhaften Austauschmotors weder notwendige noch nützliche Verwendungen getätigt,

da der Motor aufgrund seiner Mangelhaftigkeit alsbald ersetzt werden musste.<sup>41</sup> Insoweit kommt es auch nicht mehr auf ein Erlöschen des Verwendungsersatzanspruchs nach § 1002 Abs. 1 BGB an.

Als mögliche Verwendung iSd. § 994 Abs. 1 BGB kommt daher nur der Einbau des zweiten Austauschmotors in Betracht. Diesen hat B allerdings mittlerweile wieder ausgebaut, die Verwendung also „rückgängig gemacht“.<sup>42</sup> Hierzu sei er – so die Vorinstanz – mit Blick auf § 997 BGB durchaus berechtigt gewesen: Zwar sehe § 997 BGB ein Wegnahmerecht nur für wesentliche Bestandteile einer Sache vor, zu denen der Austauschmotor nicht zählt, doch bestehe ein solches Wegnahmerecht erst recht für nicht wesentliche Bestandteile wie den gegenständlichen zweiten Austauschmotor.<sup>43</sup>

Stellt man sich entgegen der Vorinstanz auf den Standpunkt, § 997 BGB sei im Fall von nicht wesentlichen Bestandteilen nicht anwendbar, so ist zu beachten, dass der Verwender in diesen Fällen trotz Einbaus weiterhin Eigentümer der hinzugefügten Sache ist.<sup>44</sup> Er ist daher durch § 985 BGB zur Wegnahme berechtigt. Ein Rückgriff auf § 997 BGB ist somit nicht zwingend.<sup>45</sup>

Jedenfalls schließen sich das Recht zur Wegnahme und der Verwendungsersatzanspruch aus, sie stehen in einem Alternativitätsverhältnis (sog. elektive Konkurrenz).<sup>46</sup> B kann als Eigentümer nicht den Motor zurücknehmen und für seinen Einbau Verwendungsersatz verlangen. Er hat durch den Ausbau zugunsten der Wegnahme von seinem Wahlrecht Gebrauch gemacht.

Ein Verwendungsersatzanspruch steht B somit nicht mehr zu. Ein Zurückbehaltungsrecht scheidet demnach aus. Eine *Vindikationslage* wäre nach alledem zu bejahen.<sup>47</sup>

Unabhängig von den vorgenannten – vom Bundesgerichtshof nicht angesprochenen Problemen – setzt ein Anspruch aus §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB die *Bösgläubigkeit* des Besitzers voraus. Der Besitzer ist bösgläubig, sofern er entweder bei Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben war, oder später erfahren hat, dass er zum Besitz nicht berechtigt ist, § 990 Abs. 1 BGB.

Bei Besitzerwerb war B aufgrund des Werkvertrags berechtigter Besitzer. Daher kommt allenfalls spätere positive Kenntnis vom

<sup>31</sup> So die Vorinstanz OLG Frankfurt, Urt. v. 09.02.2016 – 25 U 53/15 Rn. 40.

<sup>32</sup> Es muss sich um eine „Sache des Bestellers“ handeln, § 647 BGB.

<sup>33</sup> Vgl. Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 25. Aufl. (2015), § 23 Rn. 589/590 ff. sowie die Klausuren bei Vieweg/Röthel, Fälle zum Sachenrecht, 3. Aufl. (2014), Fall 17; Gursky, Klausurenkurs im Sachenrecht, 12. Aufl. (2008), Fall 17; v. Finckenstein/Kuschel, JuS 2016, 717; Stegmüller, JuS 2012, 442.

<sup>34</sup> In einer Klausur sollte zuvor auf die Frage einer Genehmigung analog § 185 Abs. 1 BGB eingegangen werden. Siehe hierzu: Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 25. Aufl. (2015), § 23 Rn. 594; Stegmüller, JuS 2012, 442 (446).

<sup>35</sup> Gussen, in: BeckOK-Arbeitsrecht, Ed. 44 (1.6.2017) § 613a BGB Rn. 284.

<sup>36</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (820 f.).

<sup>37</sup> Damrau, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 1253 Rn. 8.

<sup>38</sup> Vgl. hierzu instruktiv Jacoby/von Hinden, Studienkommentar BGB, 15. Aufl. (2015), § 986 Rn. 2; Vieweg/Werner, Sachenrecht, 7. Aufl. (2015), § 7 IV Rn. 23.

<sup>39</sup> Vgl. hierzu Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 25. Aufl. (2015), § 23 Rn. 587 ff; Vieweg/Werner, Sachenrecht, 7. Aufl. (2015), § 8 V Rn. 48.

<sup>40</sup> Vgl. hierzu: Vieweg/Werner, Sachenrecht, 7. Aufl. (2015), § 8 V Rn. 46.

<sup>41</sup> So die Vorinstanz OLG Frankfurt, Urt. v. 9.2.2016 – 25 U 53/15, Rn. 44 mit Verweis auf BGHZ 48, 264; OLG Köln NJW-RR 1994, 440 (441).

<sup>42</sup> OLG Frankfurt, Urt. v. 9.2.2016 – 25 U 53/15, Rn. 45; vgl. auch BGH NJW 1954, 265; Fritzsche, in: BeckOK-BGB, Ed. 42 (1.2.2017), § 997 Rn. 22; Herrler, in: Palandt, 76. Aufl. (2017), § 997 Rn. 1; Gursky, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, (2013), § 997 Rn. 2.

<sup>43</sup> OLG Frankfurt, Urt. v. 9.2.2016 – 25 U 53/15, Rn. 45; dem widersprechend: Raff, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 997 Rn. 4; Fritzsche, in: BeckOK-BGB, Ed. 42 (1.2.2017), § 997 Rn. 6; Hans, in: juris Praxiskommentar zum BGB, 8. Aufl. (2017), § 997 Rn. 6; Jacoby/von Hinden, Studienkommentar BGB, 15. Aufl. (2015), § 997 Rn. 1.

<sup>44</sup> Raff, MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 997 Rn. 10.

<sup>45</sup> Vgl. Raff, MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 997 Rn. 4; Fritzsche, in: BeckOK-BGB, Ed. 42 (1.2.2017), § 997 Rn. 6; Hans, in: juris Praxiskommentar zum BGB, 8. Aufl. (2017), § 997 Rn. 6.

<sup>46</sup> Raff, MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 997 Rn. 10 mwN.; vgl. auch BGH NJW 1954, 265 (265).

<sup>47</sup> Sollte angenommen werden, dass ein Zurückbehaltungsrecht entgegen der ständigen Rechtsprechung (BGHZ 64, 122 (124); 149, 326 (333)) kein Recht zum Besitz darstellt, so wäre im Fall des Bestehens eines Gegenanspruchs und Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts zwar nicht die Vindikationslage entfallen. Dennoch wäre ein Verzug nach §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB mangels eines durchsetzbaren Herausgabeanspruchs zu verneinen gewesen.

Entfall des Besitzrechts in Betracht. „Nach allgemeinen Regeln der Beweislastverteilung muss der Eigentümer den ihm günstigen Umstand beweisen, dass der Besitzer [...] später positive Kenntnis von dem Fehlen des Besitzrechts erlangt hat [...]“.<sup>48</sup> Aufgrund der Unklarheit bezüglich der Zahlung des Werklohns lässt sich vorliegend jedoch nicht ausschließen, dass B ein ihm zustehendes Besitz- oder Zurückbehaltungsrecht angenommen hat. Folglich ist Bs positive Kenntnis des fehlenden Besitzrechts nicht erwiesen.<sup>49</sup>

Ein Anspruch der K aus §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1, 2, 286 BGB ist daher zu verneinen.

Schlussendlich lässt sich das Gesagte auf folgende griffige Formel bringen: „Ist – wie hier – weder das Bestehen noch das Nichtbestehen eines Besitzrechts erwiesen, kann der Eigentümer zwar die Herausgabe der Sache verlangen, aber die Ansprüche gemäß §§ 987 ff. BGB stehen ihm nicht zu.“<sup>50</sup>

## 2. Sonstige Ansprüche

Da B den Besitz an dem Pkw nicht durch verbotene Eigenmacht erlangt hat (s.o.) und eine Straftat ausscheidet, besteht weder ein Anspruch aus §§ 992, 823 Abs. 1 BGB noch aus §§ 992, 823 Abs. 2, 858 Abs. 1 BGB.

### Hinweise für Studierende

Bei dem „ziemlich groteske[n], aber lehrreiche[n] Fall“<sup>51</sup>, handelt es sich um einen „sachenrechtliche[n] Fall-Klassiker“<sup>52</sup>, der „um das besitzrechtliche Problem mit der Probefahrt ergänzt“<sup>53</sup> wird. Der klassische Problemkomplex um die Entstehung des Werkunternehmerpfandrechts nach § 647 BGB (iVm. §§ 1257, 1207, 932 BGB) sowie weiterer möglicher Besitz- und Zurückbehaltungsrechte aus §§ 273 Abs. 2 und 1000 S. 1 iVm. § 994 Abs. 1 BGB kann insoweit neu eingekleidet werden. Aufgrund der daraus resultierenden „höchste[n] Examensrelevanz“<sup>54</sup> des Urteils richtet sich die klausurmäßig dargestellte Urteilsbesprechung im Wesentlichen an Studierende und soll eine Hilfestellung zur gutachterlichen Aufbereitung des Falls geben.

**Yannick S. Chatard**

Rechtsreferendar

**Carolin Langlitz**

Rechtsreferendarin

► **Inhaltsverzeichnis**

<sup>48</sup> BGH NJW-RR 2017, 818 (820).

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> So S. Lorenz in seinen „Neusten Updates“ vom 20.5.2017, abrufbar unter ► <http://www.stephan-lorenz.de/> [Stand: 10.8.2017], der den Fall als „so aus dem Nichts gegriffen“ bezeichnet, „dass man meint, es könnte ein Klau-

surfall sein“, abrufbar unter ► <http://www.stephan-lorenz.de/> bei Podcasts, „Wiederholung und Vertiefung zum Schuldrecht“, „Folge 4 VSD & GoA“ vom 17.5.2017, ab 00:50 Minuten [Stand: 10.8.2017].

<sup>52</sup> Wellenhofer, JuS 2017, 785 (787).

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> Ibid.





Team by Krämer 501

## Ankommen und durchstarten

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



# MENOLD BEZLER

RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt®

Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart und Heilbronner Straße 190, 70191 Stuttgart  
Telefon +49 711 86040-00, [Stefanie.Mueller@menoldbezler.de](mailto:Stefanie.Mueller@menoldbezler.de), [www.menoldbezler.de](http://www.menoldbezler.de)

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### Gefährliche Körperverletzung: Treten des Tatopfers mit beschuhtem Fuß

Beschluss vom 26. Oktober 2016, Az.: 2 StR 253/16

1. Der Qualifikationstatbestand nach § 224 I Nr. 2 StGB setzt voraus, dass der Einsatz des Tatmittels nach der konkreten Tatausführung geeignet war, nicht unerhebliche Verletzungen des Opfers herbeizuführen.

2. Bei Tritten mit einem „beschuheten Fuß“ kann hiervon nur dann ausgegangen werden, wenn der Täter entweder festes Schuhwerk trägt oder aber „normale“ Schuhe konkret gefährlich einsetzt.

3. Der Tatrichter muss im Urteil nähere Feststellungen hierzu treffen.

(Leitsätze der Bearbeiter)

#### A) Sachverhalt

Zwischen dem späteren Tatopfer und einer unbekannt Person kam es im Frankfurter Bahnhofsviertel zu einer Auseinandersetzung. Letztere schlug mit einem massiven Fahrradschloss auf den Kopf des Opfers (O) ein und traf dessen Schläfe, woraufhin es zu Boden ging, kurzzeitig das Bewusstsein verlor und eine große Platzwunde am Kopf erlitt. Der Unbekannte ließ daraufhin von O ab. Allerdings lief nun der Angeklagte (A) zu O und trat ihm ohne erkennbaren Anlass zweimal hintereinander wuchtig von oben mit seinem mit einem Turnschuh beschuhten Fuß senkrecht auf den Kopf, welcher senkrecht auf dem Asphalt auflag. Erst als eine weitere Person hinzutrat, ließ A von O ab.

#### B) Verfahrensgang

Im erstinstanzlichen Urteil des LG Frankfurt am Main wurde A aufgrund dieses Sachverhalts wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt.

#### C) Die Entscheidung des Senates

Der 2. Strafsenat hob diesbezüglich das Urteil mit den Feststellungen auf und verwies die Sache zu neuer Verhandlung zurück an eine andere Strafkammer des Landgerichts.

#### I. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 4, Nr. 5 StGB

A könnte sich einer gefährlichen Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 4, Nr. 5 StGB schuldig gemacht haben, indem er O zweimal hintereinander wuchtig von oben mit seinem mit einem Turnschuh beschuhten Fuß

senkrecht auf den Kopf trat, welcher senkrecht auf dem Asphalt auflag.

#### Hinweis

Ein versuchter Totschlag ist mangels Angaben zum kognitiven und voluntativen Vorsatzelement nicht zu prüfen.<sup>1</sup>

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

##### a) Objektiver Tatbestand

##### aa) Gesundheitsschädigung einer anderen Person

Der O, eine andere Person,<sup>2</sup> ist von A an der Gesundheit geschädigt worden, wenn dieser bei ihm einen pathologischen, dh. krankhaften Zustand hervorgerufen, gesteigert oder aufrechterhalten<sup>3</sup> hat.<sup>4</sup>

O hatte zum Zeitpunkt der Tritte bereits das Bewusstsein verloren und eine große Platzwunde am Kopf erlitten. Der Sachverhalt enthält keinerlei Angaben über darüberhinausgehende krankhafte Zustände, die im Zusammenhang mit den Tritten von A stehen. Eine Gesundheitsschädigung durch A lag daher nicht vor. Insoweit stellte auch der BGH fest:

„Das LG ist davon ausgegangen, dass der Geschädigte durch das Handeln des Angekl. keine nachweisbaren äußerlichen Schäden oder Verletzungen davongetragen hat, da keine der eingetretenen Verletzungen den Tritten des Angekl. zugeordnet werden konnte.“<sup>5</sup>

Deshalb hatte das LG „die Annahme einer Körperverletzung [...] nicht auf eine Gesundheits**u**eschädigung gestützt [...]“.<sup>6</sup>

#### Hinweis

Korrekt ist mit Blick auf den Wortlaut des § 223 StGB heute eigentlich nur von einer „Gesundheitsschädigung“ und nicht einer „Gesundheits**u**eschädigung“ zu sprechen.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Zu dem hier allenfalls in Betracht kommenden Eventualvorsatz bei erhöhter objektiver Gefährlichkeit der Tathandlung: ▶ *Bechtel*, JSE 2016, 87 ff.

<sup>2</sup> In der Klausurbearbeitung ist dieses Merkmal in aller Regel unproblematisch, sodass es in der hiesigen Form kurz festgestellt werden kann.

<sup>3</sup> Richtigerweise ist auch das Aufrechterhalten eines pathologischen Zustands eine Gesundheitsschädigung, vgl. hierzu BGH, Urt. v. 28. Juni 2017 – 5 StR 20/16, Rn. 64, wo das Verlängern von Leiden auf eine Lebertransplantation wartender Patienten als Körperverletzung diskutiert wird.

<sup>4</sup> Statt aller *Paeffgen/Böse*, in: Nomos-Kommentar StGB, 5. Aufl. (2017), § 223 Rn. 14.

<sup>5</sup> BGH, NStZ 2017, 164 f. m. Anm. *Kulhanek*.

<sup>6</sup> Die Hervorhebung durch den Fettdruck stammt von den Autoren.

<sup>7</sup> Früher war für die Körperverletzung iRd. körperlichen Misshandlung dem Wortlaut des § 223 StGB aF. nach erforderlich, dass der Täter das Opfer „an der Gesundheit **u**eschädigt“, vgl. *Jagus*, in: Leipziger Kommentar, 8. Aufl. (1958), § 223 Rn. 1 ff.

## bb) Körperliche Misshandlung einer anderen Person

In Betracht kommt jedoch eine körperliche Misshandlung durch A. Hierunter versteht man jede üble und unangemessene Behandlung durch<sup>8</sup> die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt wurde.<sup>9</sup>

Die zwei wuchtigen Tritte auf den Kopf des O sind eine üble und unangemessene Behandlung.

### Hinweis

In nahezu allen denkbaren Fallkonstellationen kommt diesem Teil der Definition nach zutreffender Ansicht keine Bedeutung zu.<sup>10</sup> Sie kann daher i.d.R. in der obigen Weise kurz bejaht werden. Anlass zur Problematisierung besteht, wenn zweifelhaft ist, ob die Erheblichkeitsschwelle erreicht ist (zB. leichter Klaps einhergehend mit leichtem Schmerz). Dann bietet sich an, zunächst die Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens zu prüfen und im Anschluss „Erheblichkeit“ und „üble und unangemessene Behandlung“ als inhaltsgleich zu prüfen. Außerdem kann anhand dieses Definitionsabschnitts auch diskutiert werden, ob der ärztliche Heileingriff lege artis eine tatbestandliche Körperverletzung ist.<sup>11</sup> Schließlich kann an dieser Stelle auch die Behandlung von Problemen der objektiven Zurechnung verortet werden, sofern man sie nicht in einem eigenen Prüfungspunkt diskutiert.<sup>12</sup>

Fraglich ist, ob die körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt wurde. Unter körperlicher Unversehrtheit versteht man die objektive Verfassung des Körpers.<sup>13</sup> Wie dargelegt, konnten dem Handeln des A keine weiteren äußerlichen Schäden oder Verletzungen zugeordnet werden. Auch hinsichtlich innerer Verletzungen schweigt der Sachverhalt. Insofern muss eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit ausscheiden.<sup>14</sup>

Überdies ist eine Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens denkbar. Dabei ist körperliches Wohlbefinden die subjektive Konstitution des Opfers.<sup>15</sup>

Das Zufügen von Schmerzen ist zwar regelmäßig eine Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens, es ist aber keine

notwendige Bedingung für eine körperliche Misshandlung.<sup>16</sup> Auch sonstige Beeinträchtigungen können ausreichen.<sup>17</sup>

O war allerdings zum Zeitpunkt der Tritte bewusstlos und hat – insoweit fehlen gegenteilige Angaben im Sachverhalt – keine Schmerzen durch sie verspürt.

Gleichwohl geht die Rspr. davon aus, dass die körperliche Misshandlung kein subjektives Schmerzempfinden voraussetze, so dass auch schmerzunempfindliche oder bewusstlose Personen körperlich misshandelt werden können.<sup>18</sup> Zur Beurteilung der Erheblichkeit der Misshandlung sei insofern auf die objektive Sicht eines Dritten abzustellen.<sup>19</sup>

Diesen Vorgaben folgend, ist zu konstatieren, dass ein Dritter bei solch heftigen Tritten auf den Kopf Schmerzen empfinden würde. Diese sind nach Intensität und Dauer<sup>20</sup> – angesichts der niedrigen Voraussetzungen<sup>21</sup> – auch als nicht nur unerheblich einzustufen.

Die Tritte des A waren daher kausal iSd. *conditio sine qua non*-Formel für eine nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens von O. Eine körperliche Misshandlung liegt somit vor.

### Hinweis

Die Frage, ob eine körperliche Misshandlung auch dann vorliegt, wenn das Opfer schmerzunempfindlich ist und daher eine subjektive Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens nicht vorliegt, wird in der jüngeren Rspr. nicht diskutiert. Auch die gängige Lehrbuchliteratur hält für diesen, freilich seltenen Fall, in dem nicht zugleich die körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt wird, keine Lösung parat. Insofern kann die Frage iRd. Falllösung durchaus in beiderlei Richtung beantwortet werden, ohne dass ein bestimmtes Spektrum an Argumenten erwartet wird.<sup>22</sup>

<sup>8</sup> Wegen des Wortes „durch“, welches das Bindeglied zwischen der „üblen und unangemessenen Behandlung“ in Form der Handlung des Täters und der „Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens oder der körperlichen Unversehrtheit“ darstellt, ist in dieser Definition die Kausalität bereits enthalten und muss u. E. nicht gesondert diskutiert werden. Es reicht eine kurze Feststellung, wie sie sogleich am Ende vorgenommen wird.

<sup>9</sup> Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 223 Rn. 4.

<sup>10</sup> Vgl. instruktiv Joecks, in: Münchener Kommentar StGB, 2. Aufl. (2012), StGB § 223 Rn. 24 ff.

<sup>11</sup> Hierzu Hirsch, in: Leipziger Kommentar, 10. Aufl. (1988), § 223 Rn 6, Vor § 223 Rn. 1, 3 ff. So wird durch einen Schnitt mit einem Skalpell zwar unzweifelhaft die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich verletzt. Allerdings handelt es sich nach eA. dann deshalb nicht um eine körperliche Misshandlung, weil der lege artis und auf Heilung ausgerichtete Eingriff nicht dem objektiven Körperinteresse entgegengesetzt und daher keine „üble und unangemessene Behandlung“ ist.

<sup>12</sup> Mit dazugehörigem Fallbeispiel *Hardtung*, JuS 2008, 864 (866).

<sup>13</sup> Joecks, in: Münchener Kommentar StGB, 2. Aufl. (2012), § 223 Rn. 7.

<sup>14</sup> Der BGH differenziert an dieser Stelle nicht zwischen der Beeinträchtigung von körperlichem Wohlbefinden und körperlicher Unversehrtheit und stellt

lediglich dar, dass das LG „die Annahme einer Körperverletzung [...] auf die Alternative einer körperlichen Misshandlung [...] gestützt hat [...]“.

<sup>15</sup> Joecks, in: Münchener Kommentar StGB, 2. Aufl. (2012), § 223 Rn. 12.

<sup>16</sup> Joecks, in: Münchener Kommentar StGB, 2. Aufl. (2012), § 223 Rn. 13.

<sup>17</sup> Vgl. zu diesen Fällen nur *Wessels/Hettinger*, BT I, 40. Aufl. (2016), Rn. 256 mwN.

<sup>18</sup> *Eschelbach*, in: Beck-OK StGB, 34. Ed. (01.05.2017), StGB § 223 Rn. 19; RGSt 19, 136 ff.; ebenso auch das LG im Urteil und der BGH implizit im hier besprochenen Beschluss.

<sup>19</sup> OLG Düsseldorf NJW 1991, 2918 (2919); BGH NJW 2009, 1360 (1363).

<sup>20</sup> Zu den Voraussetzungen der Erheblichkeit, vgl. *Eschelbach*, in: Beck-OK StGB, 34. Ed. (01.05.2017), StGB § 223 Rn. 22; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, 29. Aufl. (2014), § 223 Rn. 4a.

<sup>21</sup> Ausreichend ist bereits eine kräftige Ohrfeige, vgl. BGH NJW 1990, 3156 (3157); speziell zur elterlichen Ohrfeige, *Roxin*, JuS 2004, 177 (179). Nicht ausreichend ist lediglich ein leichter Stoß vor den Oberkörper, vgl. *Wessels/Hettinger*, BT I, 40. Aufl. (2016), Rn. 256; BGH StV 2001, 686.

<sup>22</sup> Zu möglicher Argumentation, vgl. RGSt 19, 136 ff.

### cc) Qualifikationen, § 224 Abs. 1 StGB

#### (1) Mittels eines gefährlichen Werkzeugs, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Ein gefährliches Werkzeug ist nach hM. jeder bewegliche, körperliche Gegenstand, der aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner konkreten Verwendung im Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.<sup>23</sup>

#### (a) Der Turnschuh

Nach ganz hM. können Körperteile alleine (Fuß, Handkante, Faust etc.) kein gefährliches Werkzeug sein.<sup>24</sup>

#### Hinweis

Gleichwohl kann es trotzdem vereinzelt angezeigt sein, diese Problematik in der Fallbearbeitung etwas umfangreicher zu besprechen, wenn der Sachverhalt darauf abzielt (vgl.: „der Profiboxer, mit gezielten Boxhieb“ oder bei Betonung des Körperteils, „mit seiner geballten Faust [...] einen Kinnhaken“<sup>25</sup>). Dann gilt es nicht nur die hM. als feststehend zu referieren, sondern zu argumentieren.

Beginnend mit dem Wortlaut führt die hM. an, es verstoße gegen Art. 103 Abs. 2 GG, wenn Körperteile als „Werkzeuge“ verstanden würden. Dieses setzte zunächst Gegenständlichkeit und zudem ein gegenständliches „Plus“ gegenüber der Begehung ohne Tatmittel voraus. Ein Körperteil erfülle beides nicht. Ausgehend vom Wortlaut ist das Erfordernis eines gegenständlichen „Plus“ jedoch nicht zwingend. Außerdem ist auch der, zweifellos nicht gegenständliche, sondern belebte, abgerichtete Hund nach hM. gefährliches Werkzeug. Und auch die Argumentation, besonders gefährliche Begehungsweise könnten über § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erfasst werden, deckt eben nur den abstrakt lebensgefährlichen Einsatz von Körperteilen ab. Unterhalb dieser Schwelle kann unter teleologischem Gesichtspunkt für die Erfassung solcher Tatmittel durch § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB argumentiert werden, die dazu geeignet sind, erhebliche Verletzungen herbeizuführen (hierzu sogleich). Folgt man der Mindermeinung, müssen jedoch die systematischen Folgen bedacht werden. IRd. §§ 244, 250, 255 StGB wären Täter, die besondere Fähigkeiten haben (Boxer, dessen Fäuste „waffenähnlich“ sind) bzw. die Körperteile notfalls einsetzen wollen (Verwendungsvorbehalt) von der Qualifikation erfasst, weil sie ein gefährliches Werkzeug „bei sich führen“.

Letztlich können hier mit entsprechender Argumentation beide Sichtweisen vertreten werden.

#### Ausführlich mit Analyse der hM. und den bereits dargestellten Gegenargumenten:

Hilgendorf, ZStW 112 (2000), 811 ff.

#### Weitere Falllösungen:

Beulke, Klausurenkurs II, 3. Aufl. (2014), Rn. 39; Hilgendorf, Fälle zum Strafrecht für Anfänger, 3. Aufl. (2015), Fall 10 Rn. 2 f.

Allerdings können Körperteile iVm. Ausrüstungs- und Bekleidungsgegenständen gefährliche Werkzeuge sein.<sup>26</sup> Hierunter fallen bspw. Fäuste in Quarzhandschuhen oder der sog. „beschuhte Fuß“.<sup>27</sup> Es handelt sich jedenfalls um bewegliche, körperliche<sup>28</sup> Gegenstände. Im Weiteren neigt der BGH beim „beschuhten Fuß“ dazu, bei der Feststellung zur Eignung erhebliche Verletzungen herbeizuführen, zwischen *genereller* und *konkreter* Betrachtung zu unterscheiden.<sup>29</sup> Es wird dabei unterschieden, ob der Schuh entweder *generell* aufgrund seiner objektiven Beschaffenheit (z. B. Springerstiefel)<sup>30</sup> oder bei „normalen Schuhen“, denen diese Beschaffenheit fehlt, *konkret* aufgrund des gefährlichen Einsatzes dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.

Diese Vorgehensweise findet sich auch im vorliegenden Beschluss wieder, wenn der BGH ausführt:

„Die Urteilsgründe belegen nicht, dass es sich bei dem vom Angekl. bei der Tat getragenen Schuh um ein gefährliches Werkzeug handelt. Dies lässt sich weder auf die Beschaffenheit des Schuhs noch – wie das LG meint – auf die konkrete Art seiner Verwendung stützen.“<sup>31</sup>

Das ist jedoch nicht überzeugend. Auch ihrer objektiven Beschaffenheit nach *generell* gefährliche Schuhe können im Einzelfall derart eingesetzt werden, dass sie *konkret* ungeeignet sind, erhebliche Verletzungen herbeizuführen (z. B. leichter Tritt mit Springerstiefel auf Zehen).<sup>32</sup> Allein eine *generelle* Eignung reicht zur Begründung des gefährlichen Werkzeugs nicht aus, weshalb dieser Teil der Definition mitunter als überflüssig angesehen wird.<sup>33</sup>

#### Hinweis

Insofern sind Studierende manchmal vor die undankbare Aufgabe gestellt, diesen Teilaspekt der Definition mittels ihrer Subsumtion auf den Fall anzuwenden. Der klassische Lehrbuch-Fall des dünnen Holzstäbchens, das ins Auge gestochen wird, führt dies deutlich vor Augen. Die

<sup>23</sup> Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 224 Rn. 8a; BGH NStZ 1987, 174.

<sup>24</sup> Statt aller Rengier, BT II, 18. Aufl. (2017), § 14 Rn. 36; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 224 Rn. 3a.

<sup>25</sup> Vgl. Beulke, Klausurenkurs II, 3. Aufl. (2014), Rn. 39.

<sup>26</sup> Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 224 Rn. 9c.

<sup>27</sup> Korrekterweise müsste als gefährliches Werkzeug eigentlich nicht der „beschuhte Fuß“, sondern der „befußte Schuh“ gelten. Denn ein Körperteil ist, wie dargelegt, kein (gefährliches) Werkzeug. Es ist daher sprachlich auf den Schuh abzustellen. Bei einer Attacke mit einem hölzernen Knüppel spricht man schließlich auch nicht von einer „beknüttelten Hand“, sondern stellt einzig auf den Knüppel selbst ab. Insoweit ist auch zutreffend, wenn der BGH vorliegend untersucht, ob es sich bei dem „getragenen Schuh um ein

gefährliches Werkzeug handelt“, vgl. BGH NStZ 2017, 164. In diese Richtung auch Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 224 Rn. 8a.

<sup>28</sup> Zu der Problematik, ob Flüssigkeiten gefährliche Werkzeuge sein können und dem Verhältnis von § 224 I Nr. 1 Alt. 2 StGB und § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB, vgl. Lorenz/Aydinbas, JSE 2016, 169 (173 ff.).

<sup>29</sup> Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 224 Fn. 9c.

<sup>30</sup> BGH NStZ 2000, 29 f.; Hardtung, in: Münchener Kommentar StGB, 2. Aufl. (2012), § 224 Rn. 25.

<sup>31</sup> BGH NStZ 2017, 164.

<sup>32</sup> Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 224 Fn. 9c.

<sup>33</sup> Paeffgen/Böse, in: Nomos-Kommentar StGB, 5. Aufl. (2017), § 224 Rn. 12; Hardtung, in: Münchener Kommentar StGB, 2. Aufl. (2012), § 224 Rn. 19 ff.

Ausführungen zur objektiven Beschaffenheit erschöpfen sich darin, das Holzstäbchen zu beschreiben und seine *generelle* Ungefährlichkeit festzustellen, um zur Begründung der Gefährlichkeit im Einzelfall im Anschluss dann auf seine *konkrete* Verwendung abzustellen.

Insofern ist zu ermitteln, ob der Turnschuh des A seiner objektiven Beschaffenheit *und* der konkreten Verwendung im Einzelfall nach dazu geeignet war, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Im Bezug auf die objektive Beschaffenheit ist dabei zu beachten, dass die unrechtssteigernde Qualität der Qualifikation u. a. gerade daraus erwachsen kann, dass das Werkzeug die Einwirkung allein körperlicher Kraft verstärkt.<sup>34</sup> Für Schuhe bedeutet das, dass sie einen relevanten Einfluss auf die durch die Tritte auf das Opfer einwirkenden Kräfte haben müssen. In der Rspr. soll dies bei „normale[n] Straßenschuhe[n]“<sup>35</sup> oder „feste[n] Turnschuh[en] der heute üblichen Art“<sup>36</sup> der Fall sein, wenn zusätzlich die konkrete Verwendung im Einzelfall für die Eignung spricht, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.

#### Hinweis

Keinen relevanten Einfluss auf die einwirkenden Kräfte und daher keine unrechtssteigernde Qualität sollen leichte Schuhe (z. B. Turnschuhe früherer Art, Segelschuhe<sup>37</sup>, Hausschuhe,<sup>38</sup> Badelatschen etc.) haben. In der Fallbearbeitung ist daher genau auf die Formulierung im Sachverhalt zu achten. IdR. dürfte es sich allerdings um „normale Straßenschuhe“ und damit grds. taugliche gefährliche Werkzeuge handeln. In Falllösungsbüchern wird häufig der „beschuhte Fuß“ im Sachverhalt als ausreichend erachtet.<sup>39</sup>

Die von A getragenen Turnschuhe erfüllen diese Anforderung der Rspr. an die Beschaffenheit des Schuhs.<sup>40</sup>

Dementsprechend ist für die Annahme eines gefährlichen Werkzeugs nun die konkrete Verwendung im Einzelfall ins Auge zu fassen. Entscheidend für die Beurteilung der Eignung zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen ist Art (Kraft, Technik) und Ziel (Körperregion) der Einwirkung mittels des Tritts und

die Konstitution des Opfers.<sup>41</sup> Hier wurde ein bewusst- und damit wehrloses Opfer (Konstitution des Opfers) zweimal wuchtig, senkrecht von oben (Art der Einwirkung) auf den Kopf getreten (Ziel der Einwirkung). Der BGH geht bei Tritten in das Gesicht des Opfers<sup>42</sup> – wohl auch gegen den übrigen Kopf<sup>43</sup> – davon aus, dass diese unabhängig von ihrer Wucht dazu geeignet sind, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.<sup>44</sup> Tritt wie hier neben den Umstand, dass der Tritt gegen den Kopf gerichtet ist, die besondere Wucht desselben hinzu, ist an der Annahme eines gefährlichen Werkzeugs eigentlich kaum zu zweifeln.

Gleichwohl hat der BGH in hier besprochenen Beschluss Zweifel an dieser Annahme des LG angemeldet und das Urteil mit den Feststellungen aufgehoben. Dazu führt er aus:

*„Bleibt demnach der Angriff gegen den Kopf (äußerlich) folgenlos, ist es nicht ohne Weiteres für das Revisionsgericht nachvollziehbar, dass die konkrete Tatausführung geeignet gewesen sein soll, nicht unerhebliche Verletzungen herbeizuführen. Zumindest hätte sich das LG, das die Annahme einer Körperverletzung lediglich auf die Alternative einer körperlichen Misshandlung gestützt hat, bei seiner Würdigung mit diesem Umstand eingehend auseinander setzen müssen. Dies gilt vor allem auch deshalb, weil es nach der Rspr. für die Beurteilung eines Werkzeugs als gefährlich maßgeblich auf die Erheblichkeit der Verletzung ankommt, die der Täter durch den Einsatz des Mittels verursacht hat oder verursachen wollte [...]“*<sup>45</sup>

Dem letztgenannten Aspekt liegt eine Veränderung in der Rspr. zugrunde. Inzwischen wird zur Feststellung der Eignung zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen maßgeblich auf die Erheblichkeit der *eingetretenen* bzw. *intendierten* Verletzungen abgestellt.<sup>46</sup> In früheren Entscheidungen hatte der BGH das, das gefährliche Werkzeug ablehnende Tatgericht etwa noch gerügt, weil dieses „zu Unrecht darauf abgestellt [habe], dass bei dem Geschädigten keine sichtbaren Verletzungen oder von ihm geschilderte Beschwerden als Folge der Tritte des Angekl. festgestellt werden konnten [...]“<sup>47</sup> Vielmehr hielt er fest: „Dass der von dem Angekl. getragene Schuh geeignet war, bei Tritten in die Bauchgegend eines am Boden liegenden Menschen erhebliche Verletzungen hervorzurufen, steht nach den dazu getroffenen Feststellungen nicht in Frage.“<sup>48</sup>

<sup>34</sup> Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 224 Rn. 8; Rengier, BT II, 18. Aufl. (2017), § 14 Rn. 31. Unzulässig ist hingegen die Argumentation, die Unrechtssteigerung ließe sich bereits damit begründen, dass die Beschuhung den Täter in eine Lage versetzt, in der er fester als mit unbekleidetem Fuß zutreten kann, weil er selbst weniger Verletzungen zu fürchten braucht, vgl. so aber *Kudlich*, JA 2015, 709 (710). Denn hier verstärkt nicht der Schuh als körperlicher Gegenstand die Krafteinwirkung, sondern der Täter selbst durch Bein und Fuß. Letztere sind allerdings keine „Werkzeuge“, sodass deren gesteigerte Gefährlichkeit durch festeres Zutreten für die Annahme eines gefährlichen Werkzeugs außer Betracht bleiben muss.

<sup>35</sup> BGH NJW 1982, 1164 f.; BGH NSStZ-RR 1999, 616 (617); BGH NSStZ-RR 2011, 337.

<sup>36</sup> BGH NSStZ-RR 2011, 337.

<sup>37</sup> *Hardtung*, in: Münchener Kommentar StGB, 2. Aufl. (2012), § 224 Rn. 25.

<sup>38</sup> BGH, NSStZ 2011, 477 (478), wo die Annahme eines gefährlichen Werkzeugs insoweit missverständlich deswegen abgelehnt wird, dass kein konkret gefährlicher Einsatz vorlag.

<sup>39</sup> Vgl. etwa *Beulke*, Klausurenkurs III, 4. Aufl. (2013) Rn. 30 mit dazugehörigem Sachverhalt.

<sup>40</sup> Im Beschluss des BGH wird dies dadurch deutlich, dass zwar zum einen festgehalten wird, dass „[d]ie Feststellungen zu den Eigenschaften des Schuhs [...] unkar [sind]“ und deshalb kein „festes Schuhwerk, wie es die Rspr. für die

Annahme eines gefährlichen Werkzeugs voraussetzt“ vorliegt. Zum anderen wird aber, nun nicht mehr auf die *generelle* Gefährlichkeit solcher Schuhe abstellend (krit. hierzu bereits oben), nur die *konkrete* Eignung des Schuhsatzes zur Herbeiführung erheblicher Verletzung angezweifelt. Dass es sich um „normale Straßenschuhe“ oder „feste Turnschuhe der heute üblichen Art“ handelt, wird nicht in Frage gestellt.

<sup>41</sup> *Eschelbach*, in: Beck-OK StGB, 34. Ed. (01.05.2017), § 224 Rn. 25; *Kulhanek*, NSStZ 2017, 164 (165).

<sup>42</sup> So auch bspw. bei Tritten in den Bauch, BGH NSStZ 2010, 151; bei mehreren Tritten gegen die Rippen, OLG Düsseldorf NJW 1989, 920 f.; bei Tritten eines Kampfsportlers gegen den Solarplexus, BGH NSStZ-RR 2012, 105; jedoch verneinend bei nur erhöhter Druckausübung auf den Hals des Opfers, BGH NSStZ-RR 2015, 309 f.

<sup>43</sup> BGH NSStZ-RR 2011, 337.

<sup>44</sup> BGH NJW 1982, 1164 (1165) mwN.; NSStZ 1999, 616 (617).

<sup>45</sup> BGH NSStZ 2017, 164, 165.

<sup>46</sup> Vgl. hierzu *Fischer*, StGB, 64. Aufl. (2017), § 224 Rn. 9.

<sup>47</sup> BGH NSStZ 2010, 151.

<sup>48</sup> BGH NSStZ 2010, 151. So auch noch BGH NSStZ 1999, 616 (617): „Darauf, daß das LG nicht festgestellt hat, welche Verletzungsfolgen den vorherigen Mißhandlungen und welche dem Tritt durch den Angekl. zuzurechnen sind, kommt es für die Beurteilung, ob die Tat mittels eines gefährlichen Werkzeugs

Im Grundsatz gleiche Fallkonstellationen wurden demnach anhand unterschiedlicher Beurteilungsmaßstäbe abweichend entschieden. Sicherlich kommt den eingetretenen Verletzungen zwar in der Rückschau eine sehr wichtige, indizielle Bedeutung bei der Gefährlichkeitsbeurteilung der Tathandlung zu. Allerdings kann auch eine potentiell gefährliche Handlung vorgenommen werden, ohne dass sie zwingend eine entsprechend gravierende Verletzung nach sich zieht.<sup>49</sup> Gleichwohl können die Bedenken des BGH vorliegend angesichts der Besonderheiten des Falles überzeugen. Anders als bei Tritten in die Bauchgegend ist es nämlich nahezu unvorstellbar, dass zwei wuchtige Tritte senkrecht auf den Kopf eines Menschen gerichtet, keinerlei Schäden oder Verletzungen nach sich ziehen. Das Fehlen solcher Verletzungen lässt daher erhebliche Zweifel an der *konkreten Verwendung* der Schuhe *im Einzelfall*, maW. der konkreten Tatausführung aufkommen.<sup>50</sup>

Greift man hingegen auf die og. Kriterien zurück, so ist die Annahme eines gefährlichen Werkzeugs, trotz fehlender Feststellung eingetretener Verletzungen, begründet.

### Hinweis

Für die Klausurbearbeitung ist zu beachten: Gibt der Sachverhalt vor, dass Verletzungen – wie in den meisten Fällen<sup>51</sup> – eingetreten sind, können sie gemeinsam mit den übrigen Kriterien als wichtiges Indiz in die Beurteilung der Verletzungseignung einbezogen werden. Sollte es in einem Sachverhalt einmal an der Schilderung der Verletzungen durch ein, im Übrigen als gefährlich einzustufendes Werkzeug fehlen, dürfte der Ersteller idR. nicht darauf abzielen, dass Sie das gefährliche Werkzeug ablehnen.<sup>52</sup> Insbesondere der Rückgriff auf die übrigen Kriterien ermöglicht es, die Annahme eines gefährlichen Werkzeugs zu begründen (s.o.). Neben dieser Vorgehensweise, kann auch die sog. „lebensnahe Auslegung“ bemüht werden, dh. sie schließen die Lücke auf Grundlage allgemeiner Lebenserfahrung.<sup>53</sup> Demnach ist davon auszugehen, dass solch wuchtige Tritte in aller Regel zu schweren Verletzungen im Bereich des Kopfes führen.

Der BGH hingegen legt den Sachverhalt nicht in der Art aus, sondern benötigt klare Feststellungen. Deshalb hat

er das festgestellte, konkrete Tatgeschehen im vorliegenden Beschluss, aufgrund mangelnder Feststellungen zu den Verletzungen, angezweifelt.

### (b) Der Asphaltboden

Möglicherweise ist auch der Asphaltboden, auf dem der Kopf des O auflag und gegen den er durch die Tritte gedrückt wurde, ein gefährliches Werkzeug. Ausgehend von der hM., sind dies allerdings nur *bewegliche*, körperliche Gegenstände, sodass bspw. Wände oder Böden gegen die das Opfer geschleudert wird, ausscheiden.

Dabei ist diese Sichtweise keineswegs unbestritten, weshalb teilweise auch unbewegliche Gegenstände als erfasst angesehen werden. Unter Berufung auf das Telos der Norm, die besonders gefährliche Begehungsweise mit Strafschärfung zu bedenken, erscheint dies zunächst auch sinnvoll.<sup>54</sup> Schließlich kann es mit Blick auf die Gefährlichkeit wohl kaum einen Unterschied machen, ob ein Täter sein Opfer bspw. mit dem Kopf auf einen Straßenpoller schlägt oder diesen – zuvor aus dem Boden gelöst – als Schlagwerkzeug gegen dessen Kopf einsetzt.<sup>55</sup> Dem wird mitunter jedoch entgegengehalten, es bedürfe in den allermeisten Fällen, in denen eine Ausweitung auf unbewegliche Gegenstände diskutiert werde, gar nicht des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB. Diese Fälle könnten – wie wohl auch hier – zumeist § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB subsumiert<sup>56</sup> werden, sodass aus kriminalpolitischer Sicht keine gravierenden Strafbarkeitslücken zu verzeichnen seien.<sup>57</sup> Das erscheint jedoch bereits dann fraglich, wenn man Beispiele unterhalb der Schwelle der Lebensgefährlichkeit ersinnt.<sup>58</sup> Schleudert ein Täter sein Opfer brutal gegen eine Wand, ist dies zwar nicht lebensgefährlich, kann bei diesem jedoch schwere Prellung bis hin zu Knochenbrüchen hervorrufen. Die hM. kann dem Unrecht dieser gesteigerten Gefährlichkeit nicht gerecht werden. Gleichwohl spricht letztlich der Wortlaut gegen diese Auslegung. Selbst wenn man darauf verweist, dass dieser zB. bei der Erfassung von abgerichteten Tieren als gefährlichem Werkzeug sehr weit verstanden werde,<sup>59</sup> ist die Erfassung unbeweglicher Gegenstände letztlich zu weitgehend. Das natürliche Sprachempfinden sträubt sich dagegen unbewegliche Wände, Böden etc. als Werkzeug zu deklarieren.<sup>60</sup> Dieses Ergebnis wird schließlich auch von der Systematik getragen. In anderem Kontext setzt das gefährliche Werkzeug die Beweglichkeit geradezu voraus (§§ 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Alt. 2 StGB).<sup>61</sup>

begangen worden ist, nicht an. Hierfür ist maßgebend, ob der Gegenstand nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen [...].“

<sup>49</sup> Vgl. Kulhanek, NStZ 2017, 165 f.

<sup>50</sup> Möglicherweise lassen sich auch folgende Ausführungen des BGH in diese Richtung deuten: „Hinzu kommen Zweifel, ob die vom Landgericht angenommene besondere Gefährlichkeit allein oder wesentlich auf die Beschuhung des Fußes zurückzuführen oder nicht schon durch die wuchtigen Tritte ins Gesicht als solche begründet ist. Kommt dem Schuh selbst keine besondere Bedeutung dafür zu, dass dem Tatopfer erhebliche Verletzungen beigebracht werden, fehlt es am Nachweis der Geeignetheit gerade des Werkzeugs zur Verursachung erheblicher Verletzungen [...]“, vgl. BGH NStZ 2017, 164 (165). Sofern nämlich keine Verletzungen (Platzwunden, Prellungen, Schürfungen etc.) den Tritten zuzuordnen sind, erscheint zweifelhaft, ob tatsächlich die besondere Gefährlichkeit eines wuchtigen Tritts mit einem beschuhten Fuß auf den Kopf bestand.

<sup>51</sup> Vgl. exemplarisch nur Hilgendorf, Fälle zum Strafrecht für Fortgeschrittene, 2. Aufl. (2014), Fall 2 Rn. 56 f. mit dem dazugehörigen Sachverhalt.

<sup>52</sup> Vgl. exemplarisch Beulke, Klausurenkurs III, 4. Aufl. (2013), Rn. 30 und den dazugehörigen Sachverhalt und Hilgendorf, Fälle zum Strafrecht für Anfänger, 3. Aufl. (2015), Fall 14 Rn. 2 f. mit dem dazugehörigen Sachverhalt.

<sup>53</sup> Vgl. Hierzu Beulke, Klausurenkurs I, 7. Aufl. (2016), Rn. 4 ff.

<sup>54</sup> So auch Küpper, JuS 2000, 225 (226); Eckstein, NStZ 2008, 125 (126f.); Rengier, BT II, 18. Aufl. (2017), § 14 Rn. 36 ff.

<sup>55</sup> Mit den weiteren Beispielen der Herdplatte und des Steinbodens Lilie, in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl. (2005) § 224 Rn. 27.

<sup>56</sup> Richtigerweise heißt es wie hier „einer Norm subsumiert“ und nicht „unter eine Norm subsumiert“. „Sub“ bedeutet bereits „unter“, sodass letztere Formulierung doppelt und daher unzutreffend ist.

<sup>57</sup> So auch Rengier, BT II, 18. Aufl. (2017), § 14 Rn. 36 ff.; Wessels/Hettinger, BT I, 41. Aufl. (2017), Rn. 274.

<sup>58</sup> Vgl. Lilie, in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl. (2005) § 224 Rn. 27.

<sup>59</sup> Hilgendorf, ZStW 112 (2000), 811 (816 ff.).

<sup>60</sup> BGH NJW 1968, 2115 (2116); Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017) § 224 Rn. 8.

<sup>61</sup> Schmitz, in: Münchener Kommentar StGB, 2. Aufl. (2012), § 244 Rn. 11; Hecker, JuS 2013, 948 f.

**Hinweis**

Streitdarstellung und -entscheid müssen nicht immer nach dem Schema „Meinung 1 – Subsumtion – Meinung 2 Subsumtion – Streitentscheid“ ablaufen. In diesem Fall zeugt es von besserem Stil die – ohnehin offensichtliche Subsumtion – auszusparen.

Nach alledem handelt es sich beim Asphaltboden nicht um ein gefährliches Werkzeug.

**Hinweis**

LG und BGH haben den Asphaltboden in ihren Entscheidungen aufgrund der st. Rspr., die der hM. entspricht gar nicht erst thematisiert. Andernfalls hätten sie an dieser Stelle jedoch, wie beim Turnschuh, Zweifel an der Eigenschaft als gefährliches Werkzeug aufgrund der ausgebliebenen Verletzung anmelden müssen.

In der Fallbearbeitung sollte dieser Streit, sofern der unbewegliche Gegenstand explizit im Sachverhalt erwähnt wird, dennoch dargestellt und entschieden werden, um ein umfassendes Gutachten zu bieten.

**Weitere Falllösungen:**

*Beulke*, Klausurenkurs I, 7. Aufl. (2016), Rn. 310 ff.  
*Hilgendorf*, Fälle zum Strafrecht für Fortgeschrittene, 3. Aufl. (2015), Fall 2 Rn. 56 f  
*Kudlich*, Fälle zum Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (2014), S. 115.

**(2) Mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich, § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB**

Als Mindestvoraussetzung für die Erfüllung des Qualifikationsmerkmals anerkannt ist, dass ein Opfer am Tatort mindestens zwei Personen gegenübersteht, die bewusst zusammenwirken.<sup>62</sup> Für ein bewusstes Zusammenwirken von A und dem Unbekannten bestehen im Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Er hat die Tat daher nicht mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begangen.

**Hinweis**

Dieses Merkmal wäre – angesichts der offensichtlich fehlenden Einschlägigkeit – in der Fallbearbeitung allenfalls kurz zu erörtern, ggf. sogar wegzulassen gewesen. Entscheidend sind hier immer der Umfang des zu bearbeitenden Falles und der Kontext der Prüfung. In den ersten Semestern ist es eher angezeigt, alle relevanten Qualifikationsmerkmale sauber „durchzuprüfen“.

Im Übrigen zu den Problemen des § 224 I Nr. 4 StGB anhand von Falllösungen:

**Begriff des „anderen Beteiligten“**

*Beulke*, Klausurenkurs I, 7. Aufl. (2016), Rn. 415  
*Kudlich*, Fälle zum Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (2014), S. 77, 186 f.

**Begriff der „gemeinschaftlichen Begehung“:**

*Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2. Aufl. (2016), Rn. 2353, 3316 ff.

**(3) Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung, § 224 Abs. 1 Nr. 5**

Es herrscht Uneinigkeit darüber, was unter einer das Leben gefährdenden Behandlung zu verstehen ist. Teilweise wird verlangt, es müsse eine konkrete Lebensgefahr (Gefährdungs-„Erfolg“), d. h. ein kritischer Zustand eingetreten sein, in dem deren Realisierung nur noch vom Zufall abhing.<sup>63</sup> Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass eine solche Situation eingetreten ist. Demzufolge wäre dieses Qualifikationsmerkmal nicht erfüllt.

**Hinweis**

In Sachverhalten zur Fallbearbeitung werden konkrete Gefahren in der Regel erwähnt werden. Das kann iRd. § 315c StGB bspw. durch Formulierungen wie diese geschehen: „Unterwegs hatte A allerdings einem Baum am Straßenrand nur mit knapper Not ausweichen können.“<sup>64</sup> Fehlt es an vergleichbaren Angaben, ist auch eine konkrete Gefahr abzulehnen. Insoweit unterscheidet sich § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB auch von § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB iRd. Fallbearbeitung. Eine konkrete Gefahr wird in Sachverhalten zur gefährlichen Körperverletzung selten umschrieben sein – wohl auch deshalb, weil diese nach der hM. nicht erforderlich ist. Angaben zum Beleg der Eignung zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen finden sich jedoch in aller Regel in jedem Sachverhalt.

Die hM. hingegen lässt ausreichen, dass die Behandlung abstrakt, dh. generell dazu geeignet ist, das Leben zu gefährden, wobei die Umstände des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen sind.<sup>65</sup> Abstrakt betrachtet, sind Tritte auf den bzw. gegen den Kopf in hohem Maße dazu geeignet, kritische Verletzungen wie Hirnblutungen oder Schädelbrüche hervorzurufen, welche wiederum lebensgefährlich sein können.<sup>66</sup> Im konkreten Einzelfall kommt hier noch die Wucht der Tritte hinzu, sowie dass das Opfer bewusstlos war und der Kopf auf dem Asphalt auflag. Dies erhöht die ohnehin bestehende abstrakte Gefahr von Tritten gegen bzw. auf den Kopf. An einer abstrakten Gefährlichkeit der Tritte unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles ist wiederum kaum zu zweifeln.

Dennoch tut der BGH genau dies. Die bereits oben erwähnten Zweifel des BGH schlagen demnach auch auf die Annahme des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB durch:

<sup>62</sup> BGH NStZ 2011, 576 (577); NStZ-RR 2016, 334 (335); BGH JuS 2000, 301; Rengier, BT II, 18. Aufl. (2017), § 14 Rn. 46; Paeffgen/Böse, in: Nomos-Kommentar StGB, 5. Aufl. (2017), § 224 Rn. 24.

<sup>63</sup> Hirsch, in: Leipziger Kommentar, 10. Aufl. (1988), § 223a Rn. 21; Stree, Jura 1980, 281 (290 ff.); Schlehofer, Jura 1989, 263 (270 f.).

<sup>64</sup> Beulke, Klausurenkurs III, 4. Aufl. (2013), Rn. 555.

<sup>65</sup> BGH NStZ-RR 2007, 339 f.; 2010, 176 f.; Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 224 Rn. 12.

<sup>66</sup> Vgl. hierzu etwa OLG Hamm: „Schon ein einziger gezielter wuchtiger Faustschlag genügt, um eine das Leben gefährdende Behandlung zu bejahen (Tröndle/Fischer § 224 Rdnr. 12). [...] Eine derartige massive Gewalteinwirkung begründet u.a. die Gefahr von Gehirnblutungen, Schädelbrüchen oder Stürzen, die lebensgefährlich sein können.“ (NStZ-RR 2012, 340 f.). BGH NStZ 2013, 342, 344.

„Nach den Urteilsfeststellungen bestehen angesichts der geschilderten Besonderheiten, die im Tatsächlichen Zweifel an den Feststellungen zur konkreten Tatausführung wecken, auch Bedenken gegen die Annahme einer „das Leben gefährdenden Behandlung“ im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB.“<sup>67</sup>

Auch hier ist dem BGH beizupflichten. Es bestehen – wie oben dargelegt – Zweifel an der konkreten Tatausführung und damit auch an der Annahme, die Tritte seien eine das Leben gefährdende Behandlung gewesen. Gleichwohl ist aus den o. g. Gründen auch hier festzuhalten, dass in der Fallbearbeitung gilt, auf Grundlage der h. M. allein die abstrakte Gefährlichkeit der Handlung, so wie sie im Sachverhalt beschrieben ist, zu beurteilen. Fehlende Information über eingetretene Verletzungen hindern die Annahme von § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB – wie vorliegend – daher nicht.

Insofern muss entschieden werden, ob eine konkrete Lebensgefahr erforderlich ist oder die abstrakte Gefährlichkeit der Fußtritte ausreichend ist. Dabei kann die h. M. sich zunächst auf ein systematisch-grammatikalisches Argument stützen. Konkrete Gefährdungsdelikte wie etwa § 315c StGB bringen das Erfordernis eines Gefahrenerfolgs durch die Tathandlung im Wortlaut insofern zum Ausdruck, dass „dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen [...] gefährdet“ worden sein müssen. An einer solchen Formulierung fehlt es in § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB allerdings. Im Rahmen historischer Auslegung ist jedoch festzustellen, dass in der Entstehungsgeschichte des 6. Strafrechtsreformgesetzes eine solche Gefahrenerfolg-Klausel, zumindest bzgl. einer schweren Gesundheitsschädigung, für alle Varianten diskutiert wurde.<sup>68</sup> Im Entwurf wurde sogar zunächst vorgeschlagen, ein Regelbeispiel der Herbeiführung einer (konkreten) Lebensgefahr zu schaffen. Der Entwurf der Bundesregierung hingegen hat diesen Vorschlag verworfen und den § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB in seiner heutigen Fassung, unter Berufung auf die damalige, mit der heute hM. übereinstimmenden Rspr., vorgelegt.<sup>69</sup> Insofern spricht auch die historische Auslegung für die hM.<sup>70</sup> A hat daher den § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erfüllt.

#### Hinweis

Selbstredend lässt sich mit entsprechenden Argumenten auch die Gegenauffassung gut vertreten.<sup>71</sup>

#### dd) Zwischenergebnis

A hat den objektiven Tatbestand der §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 StGB verwirklicht.

#### b) Subjektiver Tatbestand

Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Umstände.<sup>72</sup> H handelte in Kenntnis der objektiven Umstände mit zielgerichtetem Willen

und daher mit *dolus directus* 1. Grades hinsichtlich der Körperverletzung mittels des Schuhs als gefährlichem Werkzeug (Absicht). Hinsichtlich § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB lässt es die Rspr. ausreichen, dass der Täter die Umstände erkennt, aus denen sich die Lebensgefährlichkeit ergibt.<sup>73</sup> Nicht erforderlich soll sein, dass er die Lebensgefährlichkeit selbst erkennt. A erfasste die Bewusstlosigkeit von O, dass dessen Kopf auf dem Asphalt auflag und die Wucht seiner Tritte, gerichtet gegen den Kopf, insofern die für die Lebensgefährlichkeit seiner Handlung maßgeblichen Umstände. Er handelte daher insgesamt vorsätzlich.

#### Hinweis

Die Sichtweise der Rspr. ist nicht unbestritten. In der Lit. wird mitunter vertreten, der Täter müsse sich nach den Grundsätzen über die Parallelwertung in der Laiensphäre der Bedeutung seines Verhaltens bewusst gewesen sein, demnach die Lebensgefährlichkeit seines Handelns wenigstens für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben.<sup>74</sup> Häufig wird der Sachverhalt allerdings – sofern die Annahme eines Tötungsdelikts vom Ersteller nicht vorgesehen ist – keine Angaben darüber enthalten, ob der Täter sein Verhalten für lebensgefährlich hielt. Demnach müsste sich zwischen Rspr. und Lit. entscheiden werden.

Ein Blick in die Übungsliteratur bzw. Falllösungsbücher verrät hingegen, dass dieser Streit in aller Regel nicht dargestellt und insoweit auch nicht verlangt wird.<sup>75</sup> Eine Auseinandersetzung damit ist daher zwar nicht zwingend, kann jedoch positiv berücksichtigt werden.

#### 2. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

#### 3. Schuld

A handelte schuldhaft.

#### 4. Ergebnis

A hat sich einer gefährlichen Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 StGB schuldig gemacht.

#### II. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

Die neben der gefährlichen Körperverletzung verwirklichte einfache Körperverletzung tritt im Wege der Spezialität hinter diese zurück. A hat sich demnach einer gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht.

#### Hinweise für Studierende

Der hier besprochene Beschluss macht deutlich, dass selbst so ein „kleiner“ Fall sehr anspruchsvoll sein kann. Die enthaltenen Probleme rund um das „gefährliche

<sup>67</sup> BGH NStZ 2017, 164 (165).

<sup>68</sup> BT-Drucks. 13/8587, S. 82.

<sup>69</sup> BT-Drucks. 13/8587, S. 83.

<sup>70</sup> Hierzu auch *Lilie*, in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl. (2005), § 224 Rn. 36.

<sup>71</sup> Hierzu etwa *Paeffgen/Böse*, in: Nomos-Kommentar StGB, 5. Aufl. (2017), § 224 Rn. 27 f.

<sup>72</sup> BGHSt 36, 1 (10); *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 46. Aufl. (2016), Rn. 203; Zur Herleitung auch *Kühl*, AT, 8. Aufl. (2016), § 5 Rn. 6. Kritisch aufgrund mangelnder Subsumierbarkeit und begrifflicher Ungenauigkeit der „Kurzformel“

vom „Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung“, vgl. *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, S. 436; *Freund*, AT, 2. Aufl. (2008), § 7 Rn. 41 und *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 2012, 884.

<sup>73</sup> BGH NStZ 1986, 166; BGH NJW 1990, 3156; *Fischer*, StGB, 64. Aufl. (2017), § 224 Rn. 13.

<sup>74</sup> Etwa *Wessels/Hettinger*, BT I, 40. Aufl. (2016), Rn. 284 mwN.

<sup>75</sup> Vgl. *Beulke*, Klausurenkurs III, 4. Aufl. (2013), Rn. 30, *Hilgendorf*, Fälle zum Strafrecht für Anfänger, 3. Aufl. (2015), Fall 14 Rn. 2 f.



Werkzeug“ sind absolutes Pflichtwissen und müssen bereits in der Zwischenprüfung beherrscht werden. Dabei können gerade Anfänger in diesem Zusammenhang sehr gut die Argumentation mit den verschiedenen Auslegungsmethoden und die Subsumtion einüben.

**Allgemein zu den Körperverletzungsdelikten:**

*Hardtung*, JuS 2008, 864 ff.; 2008, 960 ff.; 2008, 1060 ff.

**Vertiefung zum „gefährlichen Werkzeug“:**

*Hilgendorf*, ZStW 112 (2000), 811 ff.

Dipl.-Jur. **Henning T. Lorenz**

Wissenschaftlicher Mitarbeiter

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

Stud. iur. **Maximilian Bade**

Studentische Hilfskraft

Notariat Dr. Barbara Lilie

► **Inhaltsverzeichnis**

---

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

---

Bundesgerichtshof

### Zurechnung nach den Grundsätzen der sukzessiven Mittäterschaft beim (schweren) Raub

Urteil vom 25. April 2017, Az.: 5 StR 433/16

**Ob ein Mittäterexzess bei sukzessiver Mittäterschaft durch die anderen Beteiligten gebilligt und diesen damit zugerechnet wird, ergibt sich maßgeblich durch Rückschlüsse aus dem äußeren Tatgeschehen.**

**(Leitsatz des Bearbeiters)**

#### A) Sachverhalt (gekürzt)

Die Angeklagten A und B befanden sich mit zwei unbekannt Personen in der Nähe eines U-Bahnhofs. Spontan entschlossen sie sich dazu, den sich ebenfalls im Umfeld des U-Bahnhofs aufhaltenden O um dessen Wertsachen zu erleichtern. Sowohl die Androhung als auch die Anwendung körperlicher Gewalt wurde – zur Erreichung dieses Zweckes – einkalkuliert. Nachdem A, B sowie die unbekannt Personen an O herangetreten waren, verlangte A die Herausgabe des Mobiltelefons. Als O sich weigerte, hielt B den O an der Hostentasche fest und forderte die Herausgabe von Geld. A ging sodann dazu über, den Oberarm des O festzuhalten. B forderte abermals die Herausgabe der Sachen. Völlig unerwartet – auch für A und B – ließ eine der unbekannt Personen ein Klappmesser mit einer Klingenlänge von 10 cm zum Vorschein kommen, sprang in Richtung des O und stach in Richtung dessen Oberkörpers. O wich zurück, sodass die weiteren Versuche, ihn zu treffen, nur dazu führten, dass seine Umhängetasche beschädigt wurde. O nahm sodann eine Verteidigungshaltung ein. Alle vier Tatbeteiligten umringten ihn weiterhin, um seiner Wertsachen habhaft zu werden. Das Messer hatte der unbekannt Tatbeteiligte unterdessen an eine außenstehende Person weitergereicht. Letztlich versetzte der A dem O einen gezielten Faustschlag auf die Nase, woraufhin einer der unbekannt Tatbeteiligten das Handy und 40 € Bargeld aus der mittlerweile am Boden liegenden Umhängetasche entnahm.

O erlitt infolge der Behandlung einen Nasenbeinbruch, einen Bruch des kleinen Fingers sowie Rückenschmerzen.

#### B) Verfahrensgang

Das Landgericht Berlin hatte A und B wegen Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (§§ 249 I, 224 I Nr. 4, 52 I StGB) verurteilt. Die Verwendung des Messers, durch welche die Tat zum besonders schweren Raub qualifiziert wird (§ 250 II Nr. 1 StGB), hatte das Landgericht A und B nicht zugerechnet.

Gegen Letzteres richtete sich die Revision der Staatsanwaltschaft.

#### C) Die Entscheidung des Senats

Der 5. Strafsenat des BGH erachtete die Revision nach Maßgabe des § 353 StPO für begründet und hob das Urteil (§ 353 I StPO) mitsamt den zugehörigen Feststellungen (§ 353 II StPO) auf. Entsprechend verwies der Senat die Sache zurück an eine andere Strafkammer des Landgerichts (§ 354 II 1 StPO).

A und B könnten sich durch das Umringen und Festhalten des O sowie das Einschlagen auf diesen wegen mittäterschaftlichen besonders schweren Raubes gemäß §§ 250 II Nr. 1, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestandsmäßigkeit

##### 1. Keine (vollständige) Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale

Mit Blick auf den Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB ist festzustellen, dass das Messer einzig von einem unbekannt gebliebenen Beteiligten gegen den Körper des O eingesetzt wurde. Letztlich kann im vorliegenden Fall offen bleiben, ob es sich bei dem Klappmesser um eine „Waffe“ iSd § 250 II Nr. 1 Alt. 1 StGB oder um ein „gefährliches Werkzeug“ iSd § 250 II Nr. 1 Alt. 2 StGB handelt. Geht man davon aus, dass es sich um ein gewöhnliches Klappmesser, mithin kein Spring-, Fall-, Butterfly- oder Faustmesser handelt, dürfte eine Einordnung als „gefährliches Werkzeug“ jedenfalls näherliegen.<sup>1</sup>

##### 2. Zurechnung

Da A und B selbst nicht über ein Messer verfügten und – überdies – vom Messereinsatz des unbekannt gebliebenen Tatbeteiligten keine (Vor-)Kenntnis hatten, stellt sich die Frage, ob ihnen das Handeln des unbekannt Tatbeteiligten zugerechnet werden kann.

##### a) Gemeinsame Tatausführung

A und B waren die gesamte Zeit über am Tatort anwesend und wirkten sowohl vor als auch nach dem Messereinsatz intensiv am Geschehen mit. Damit erbrachten sie *objektiv* Tatbeiträge von erheblichem Gewicht.

##### b) Gemeinsamer Tatplan

Der neuralgische Punkt der Prüfung liegt freilich in der Frage, ob der Messereinsatz als von einem gemeinsamen Tatplan getragen eingeordnet werden kann. So könnte die Verwendung des Messers auch als Mittäterexzess einzustufen sein. Die Folge wäre, dass die Zurechnung entfiel.

<sup>1</sup> Wenngleich das Waffengesetz mit seinen Festlegungen nicht unmittelbar maßgebend ist, können doch dessen Wertungen herangezogen werden; vgl.

Eisele, BT 2, 4. Aufl. (2017), Rn. 173; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, 29. Aufl. (2014), § 244 Rn. 3.

Da der Messereinsatz in keiner Weise abgestimmt war, können A und B mit Blick auf den Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB allenfalls in die Ausführungshandlung des unbekannt Gebliebenen *eingetreten* sein. Dazu der BGH:

*„Das Landgericht ist im Ausgangspunkt zutreffend von den Grundsätzen der sukzessiven Mittäterschaft ausgegangen. Eine solche liegt vor, wenn in Kenntnis und Billigung des bisher Geschehenen – auch wenn dies in wesentlichen Punkten von dem ursprünglichen Tatplan abweicht – in eine bereits begonnene Ausführungshandlung als Mittäter eingetreten wird. Das Einverständnis bezieht sich dann auf die Gesamttat mit der Folge, dass diese strafrechtlich zugerechnet wird.“*

Der BGH stimmt also mit dem Landgericht darin überein, dass eine Zurechnung unter dem Gesichtspunkt *sukzessiver Mittäterschaft* zu erörtern ist.

Nun könnte man in der vorliegenden Fallgestaltung einwenden, A und B hätten lediglich eine vollständig abgeschlossene Tat gebilligt. In entsprechenden Konstellationen kann, möchte man an der Unbeachtlichkeit des *dolus subsequens* festhalten, keine Zurechnung nach den Grundsätzen der sukzessiven Mittäterschaft erfolgen.<sup>2</sup> Dies sieht denn auch der BGH grundsätzlich so:

*„Nur für das, was schon vollständig abgeschlossen vorliegt, vermag das Einverständnis eine strafbare Verantwortlichkeit nicht zu begründen.“*

Sodann geht der BGH der Frage nach, in welcher Hinsicht bereits ein vollständig abgeschlossenes, die mittäterschaftliche Zurechnung ausschließendes Geschehen vorliegen könnte. Zunächst untersucht er die Abgeschlossenheit unter dem Aspekt der (formellen) Vollendung der Tat:

*„Ein vollständig abgeschlossenes Geschehen lag hier schon im Hinblick darauf nicht vor, dass die Wegnahme der Sachen noch nicht erfolgt war.“*

Damit kommt es auf die umstrittene Frage, ob sukzessive Mittäterschaft auch im Stadium zwischen Vollendung und Beendigung angenommen werden kann, nicht an.<sup>3</sup>

Im Anschluss wendet sich der BGH einem möglichen (Teil-)Rücktritt von der Qualifikation des § 250 II Nr. 1 StGB zu:

*„Die Weitergabe des Messers durch die unbekannt Person an außenstehende Dritte stellte auch nicht etwa einen (Teil-)Rücktritt von der Qualifikation des § 250 Abs. 2 dar. Durch den Gebrauch des Messers war das Qualifikationsmerkmal bereits verwirklicht und die qualifikationsbegründende erhöhte Gefahr schon eingetreten (...).“*

Da das Messer vorliegend unstreitig iSd § 250 II Nr. 1 StGB verwendet wurde, kommt es auch auf die Streitfrage, ob beim bloßen *Beisichführen* einer Waffe/eines gefährlichen Werkzeugs das Wegwerfen/Weggeben des Gegenstandes nach Eintritt ins

Versuchsstadium zu einem Rücktritt von der Qualifikation führt, nicht an.<sup>4</sup>

Schließlich sieht der BGH einen Widerspruch zwischen den vom Landgericht getroffenen Feststellungen und deren rechtlicher Bewertung. So findet sich in den Feststellungen nur der Hinweis, dass das Messer nach dem (erfolglosen) Einstechen auf O an Außenstehende weitergereicht wurde. Wann dies genau der Fall war, bleibt in den Feststellungen offen. Somit kann die fehlende Billigung des Messereinsatzes durch A und B jedenfalls nicht auf den Umstand gestützt werden, dass eine – strafrechtliche relevante – Willensbildung aufgrund der Plötzlichkeit des Auftauchens und Verschwindens des Messers nicht möglich war:

*„Denn danach [nach den Feststellungen] versuchte der unbekannt gebliebene Tatbeteiligte mehrmals, auf den Zeugen einzustechen, der auswich und (...) von allen vier Tatbeteiligten (...) attackiert wurde (...). Der sich hieran anschließenden Mitteilung, dass der unbekannt gebliebene Tatbeteiligte ‚das Messer an andere Personen weitergereicht‘ habe, lässt sich gerade nicht entnehmen, wann dies genau bzw. dass es ‚sofort‘ erfolgt sein soll.“*

Kann also die fehlende Billigung nicht aus der Plötzlichkeit des Auftauchens und Verschwindens des Messers hergeleitet werden, bleibt die Frage, wie die innere Haltung der Beteiligten zu ermitteln ist:

*„Im Übrigen kann die Feststellung, dass ein Täter die von ihm für möglich gehaltenen Folgen seines Handelns gebilligt hat, (...) vor allem durch Rückschlüsse aus dem äußeren Tatgeschehen getroffen werden (...). Es ist weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zugunsten eines Angeklagten Geschehensabläufe zu unterstellen, für deren Vorliegen (...) keine Anhaltspunkte bestehen (...). Nichts anderes gilt für die Billigung eines Mittäterexzesses bei sukzessiver Mittäterschaft. Unter diesem Blickwinkel begegnet die Feststellung, die Angeklagten hätten den Messereinsatz bei ihren diesem nachfolgenden Handlungen (unter anderen: mehrfaches Ansetzen zu Schlägen, Faustschlag ins Gesicht, Wegnahme von Handy und Geld) nicht gebilligt, durchgreifenden rechtlichen Bedenken.“*

Damit kann festgehalten werden, dass auf Basis der getroffenen Feststellungen mehr für das Vorliegen eines gemeinsamen Tatplanes nach den Grundsätzen der sukzessiven Mittäterschaft spricht.

### 3. Besondere subjektive Tatbestandsmerkmale

Die von § 249 I StGB geforderte Zueignungsabsicht liegt sowohl bei A als auch bei B vor.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und/oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

## III. Ergebnis

A und B haben sich – auf Basis der getroffenen (und vorbehaltenlich anderweitiger) Feststellungen – wegen mittäterschaftlichen

<sup>2</sup> Vgl. auch Heinrich, AT, 5. Aufl. (2016), Rn. 1239; Rengier, AT, 8. Aufl. (2016), § 44 Rn. 38; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 46. Aufl. (2016), Rn. 762.

<sup>3</sup> Zur Streitfrage und den insoweit vertretenen Positionen vgl. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Eisele, 12. Aufl. (2016), § 24 Rn. 7 ff.

<sup>4</sup> Einen Rücktritt in dieser Konstellation verneinend BGH NSTZ 1984, 216 (217); LK-Lilie/Albrecht, Bd. 1, 12. Aufl. (2007), § 24 Rn. 494; eine Rücktrittsmöglichkeit bejahend dagegen etwa Fischer, StGB, 64. Aufl. (2017), § 24 Rn. 27; Kühl, AT, 8. Aufl. (2017), § 16 Rn. 48; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, 29. Aufl. (2014), § 24 Rn. 113.

besonders schweren Raubes gemäß §§ 250 II Nr. 1, 25 II StGB strafbar gemacht.

### Hinweise für Studierende

In einer Klausur wird der Sachverhalt regelmäßig eindeutiger gestaltet sein. Liegt der Fall indes so, dass die bezüglich eines Waffen- bzw. Werkzeugeinsatzes nicht eingeweihten Beteiligten nach dem Einsatz schlicht mit ihrem „Handlungsprogramm“ fortfahren, dürften die äußeren Umstände eher in Richtung einer Billigung und damit einer Zurechnung weisen.

Die Entscheidung eignet sich schon deshalb vorzüglich als Klausurvorgabe, weil verschiedene Problemkreise des Allgemeinen Teils geradezu mustergültig miteinander verknüpft werden: der Mittäterexzess, die sukzessive Mittäterschaft sowie der (Teil-)Rücktritt. Gerade die Voraussetzungen der sukzessiven Mittäterschaft – inklusive der klassischen Streitfrage betreffend die Möglichkeit sukzessiver Beteiligung im Stadium zwischen Vollendung und Beendigung<sup>5</sup> – sollten bekannt sein. Darüber hinaus zeigt die Entscheidung einmal mehr die Bedeutung objektiver Umstände für die Ermittlung der inneren Einstellung zur Tat.<sup>6</sup>

Ein letzter Hinweis zum Prüfungsaufbau: Die fehlende Unterteilung in objektiven und subjektiven Tatbestand ist dem Umstand geschuldet, dass im Rahmen des § 25 II StGB „der gemeinsame Tatentschluss die Basis der gegenseitigen Zurechnung dar[stellt]“<sup>7</sup>. Eine strikte Trennung von objektiver und subjektiver Tatseite ist daher im Rahmen der Mittäterschaft gar nicht sinnvoll durchführbar.

### Alexander Bechtel

Akademischer Mitarbeiter

Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und  
Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und  
Computerstrafrecht  
(Prof. Dr. Jörg Eisele)

### ► Inhaltsverzeichnis

<sup>5</sup> Bei der Beihilfe stellt sich ebenfalls die Frage, ob diese im Stadium zwischen Vollendung und Beendigung – als sukzessive Beihilfe – geleistet werden kann, vgl. nur *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Eisele*, 12. Aufl. (2016), § 24 Rn. 7 ff., § 27 Rn. 119 ff.

<sup>6</sup> Vgl. dazu auch die Bedeutung der objektiven Gefährlichkeit einer Tathandlung bei der Herleitung von Tötungsvorsatz, ► *Bechtel, JSE 2016, 87 ff.*

<sup>7</sup> *Rengier, AT*, 8. Aufl. (2016), § 44 Rn. 10.

## RECHTSPRECHUNG – STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

### Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen: Zurschaustellung der Hilflosigkeit einer Person

Beschluss vom 25. April 2017, Az.: 4 StR 244/16

**Zu den Voraussetzungen, unter denen die Hilflosigkeit einer Person auf einer Bildaufnahme zur Schau gestellt wird.**

**(Amtlicher Leitsatz)**

#### A) Sachverhalt (vereinfacht und gekürzt)

K. veranlasste den Nebenkläger N. dazu, in seinen PKW zu steigen, mit dem er ihn gemeinsam mit Y. zu einem abgelegenen Gelände brachte. K. und der von diesem „in groben Zügen in sein Vorhaben eingeweihte“ Y. schlugen „mit Fäusten, jeweils unter Todesdrohungen, auf den Nebenkläger ein [...]. Ferner brach K. dem Nebenkläger durch einen Stoß mit dem Knie das Nasenbein.“ Er machte „sodann Anstalten, am Finger der von Y. festgehaltenen Hand des Nebenklägers eine Zange anzusetzen“ und schlug N. mit einem Gummihammer „gegen die Wade, was bei dem Nebenkläger heftige Schmerzen verursachte“. K., der N. für die schlechte psychische Verfassung seiner Schwester verantwortlich machte, „forderte sodann – wie von Anfang an geplant – vom Geschädigten die Zahlung von 2500 € für die operative Rekonstruktion des Hymens seiner Schwester, was der Angeklagte Y. ebenfalls billigte.“ K. setzte „dem Nebenkläger eine Frist zur Zahlung der gesamten Summe bis Ende des Jahres. Erfolge keine Zahlung, werde er ihn nochmals herbringen.“ Anschließend „verlangte er von diesem, sich eine leere 0,3 l-Flasche mit langem Hals rektal einzuführen. Anderenfalls werde er [...] ihm die Knochen [...] brechen.“ Y. entfernte sich. N. führte das von ihm Verlangte aus. „K. filmte dieses Geschehen mit der Kamerafunktion des Mobiltelefons des Mitangeklagten Y., zeichnete zunächst erkennbar das Gesicht des Nebenklägers auf und nahm sodann gezielt dessen Gesicht in den Fokus.“ K. erklärte dem Nebenkläger, „er werde das Video im Internet veröffentlichen, wenn er die 2500 € nicht erhalten oder wenn der Nebenkläger zur Polizei gehen würde. Bevor der Angeklagte K. den Nebenkläger vor dessen elterlicher Wohnung absetzte, erinnerte er ihn nochmals daran, das Geld zu zahlen. Der Nebenkläger erstattete am darauffolgenden Tag Strafanzeige, wovon der Angeklagte K. nichts wusste. [...] Der Nebenkläger leistete auf die vom Angeklagten K. erhobene Forderung keinerlei Zahlung.“

#### B) Verfahrensgang

„Das Landgericht hat den Angeklagten K. wegen versuchter besonders schwerer räuberischer Erpressung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, Nötigung und Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt. Den Angeklagten Y. hat es wegen Beihilfe zur versuchten besonders schweren räuberischen Erpressung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverlet-

zung und Nötigung zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Die Revisionen der Angeklagten haben jeweils mit der Sachrüge Erfolg.“

#### C) Entscheidung des Senats

Der Senat stellte fest, dass die „Überprüfung des Schuldspruchs [...] hinsichtlich beider Angeklagter rechtlicher Nachprüfung nicht stand[hält].“ Dabei ging er zunächst auf die Erwägungen des Landgerichts ein, die zu einer Verurteilung wegen versuchter besonders schwerer räuberischer Erpressung geführt hatten (I.). Sodann beschäftigte er sich ausführlich mit der Frage, ob K. den Tatbestand des § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB verwirklicht hat (II.), um schließlich noch auf weitere Tatbestände hinzuweisen (III.). In diesem Beitrag werden noch einige abschließende Hinweise zu der Entscheidung gegeben (IV.).

#### I. §§ 253, 255, 250 Abs. 1 und 2, 22, 23 StGB

Zunächst ging der Senat auf eine Strafbarkeit des K. wegen des Versuchs der schweren räuberischen Erpressung gem. §§ 253, 255, 250 Abs. 1 und 2, 22, 23 StGB ein. Eine solche könnte in der „Aufforderung“ zur Zahlung von 2500 € zu sehen sein.

#### 1. Tatentschluss

K. müsste den Tatentschluss zur Anwendung eines Nötigungsmittels gehabt haben. In Betracht kommt vorliegend sowohl Gewalt gegen eine Person, als auch Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben. Gewalt ist physisch vermittelter Zwang zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstandes.<sup>1</sup> Die Schläge mit den Fäusten, der Stoß mit dem Knie gegen das Nasenbein des Nebenklägers sowie der Schlag mit dem Gummihammer stellen Gewalt gegen eine Person dar. Die ausgesprochenen Todesdrohungen sind als Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einzuordnen. Problematisch ist allerdings, ob der Tatentschluss des K. eine finale Verknüpfung zwischen dem Nötigungsmittel und der angestrebten Vermögensverfügung<sup>2</sup> vorsah. „Zwischen dem Nötigungsmittel der Gewalt und der beabsichtigten Vermögensverfügung“ fehlt vorliegend die finale Verknüpfung, „da die Forderung nach Zahlung der 2500 € erst nach dem Gewalteinsatz ([Stoß mit dem Knie,] Gummihammer, Schläge) erhoben wurde und der Nebenkläger die Summe auch nicht unmittelbar im zeitlichen Zusammenhang mit der Gewaltanwendung zahlen sollte. Soweit das Landgericht zur Begründung der Finalität auf das Nötigungsmittel der Drohung abgestellt hat, versteht sich unter Berücksichtigung der dem Geschädigten gesetzten „Zahlungsfrist“ bis Jahresende die Gegenwärtigkeit der Gefahr nicht von selbst. Nach ständiger Rechtsprechung liegt diese regelmäßig nur bei fehlender

<sup>1</sup> Fischer, 64. Aufl. (2017), § 253 Rn. 4, § 240 Rn. 8.

<sup>2</sup> Dazu Rengier, Strafrecht BT I, 19. Aufl. (2017), § 11 Rn. 5.

Fristsetzung oder einer solchen von einigen Tagen vor, wobei es indes maßgeblich auf die Umstände des Einzelfalles ankommt [...] (vgl. BGH, Urteile vom 28. August 1996 – 3 StR 180/96, NJW 1997, 265, 266, und vom 27. August 1998 – 4 StR 332/98, NStZ-RR 1999, 266, 267).“

### Hinweis

Der BGH merkte an, dass der Tatrichter: „wegen der dem Geschädigten vom Angeklagten K. gesetzten „Zahlungsfrist [...] genauer als bisher geschehen die Anforderungen an den Finalzusammenhang sowie das Tatbestandsmerkmal der Gegenwärtigkeit der Drohung mit Lebens- bzw. Leibesgefahr im Sinne des § 255 StGB in den Blick zu nehmen haben“ wird. Dazu muss das Revisionsgericht die Sache gem. § 354 Abs. 2 StPO zur erneuten Entscheidung an die Vorinstanz zurückverweisen.<sup>3</sup> Die Zurückverweisung erfolgt dabei an einen anderen Spruchkörper des Gerichtes, dessen Urteil aufgehoben wird, oder an ein anderes Gericht gleicher Ordnung.<sup>4</sup>

## 2. Rücktritt vom Versuch

Der Senat führte sodann aus, warum „sich die von der Strafkammer herangezogene Erwägung für die Verneinung eines strafbefreienden Rücktritts als nicht tragfähig“ erweisen:

„Bei der im vorliegenden Fall festgestellten Tatbeteiligung mehrerer werden gemäß § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB wegen Versuchs diejenigen Beteiligten nicht bestraft, die freiwillig die Tatvollendung verhindern. Zwar wirkt der Rücktritt eines Mittäters nicht ohne Weiteres zugunsten der anderen Beteiligten; es kann hierfür jedoch genügen, wenn diese im Falle eines unbeendeten Versuchs einvernehmlich nicht mehr weiter handeln, obwohl sie dies könnten (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 14. Mai 1996 – 1 StR 51/96, BGHSt 42, 158, 162; Beschluss vom 17. Januar 2013 – 2 StR 396/12, NStZ 2013, 521; Beschluss vom 22. April 2015 – 2 StR 383/14, StV 2015, 687; vgl. auch SSW-StGB/Kudlich/Schuh, 3. Aufl., § 24 Rn. 59). Dies gilt nicht nur bei mittäterschaftlichem Zusammenwirken, sondern auch im Verhältnis von Täter und Gehilfe (Senatsbeschluss vom 26. September 2006 – 4 StR 347/06, NStZ 2007, 91 f.). Im Falle einer versuchten räuberischen Erpressung ist es daher ausreichend, wenn freiwillig davon abgesehen wird, das Nötigungs- bzw. Erpressungsziel weiter mit den tatbestandlichen Nötigungsmitteln zu verfolgen. Nicht erforderlich ist hingegen ein vollständiger Verzicht auf die Herbeiführung des angestrebten Nötigungs- bzw. Erpressungserfolgs, also ein Verzicht auf die Handlung, Duldung oder Unterlassung, die zu einem Vermögensnachteil führt (BGH, Beschluss vom 17. Januar 2013 aaO). [...] Gemessen daran erweist sich die von der Strafkammer herangezogene Erwägung für die Verneinung eines strafbefreienden Rücktritts als nicht tragfähig. Maßgebend für die Voraussetzungen eines Rücktritts vom Versuch ist hier nicht, ob die Angeklagten K. und Y. auf die Weiterverfolgung der Forderung als solcher, sondern vielmehr, ob sie auf deren Durchsetzung mit Nötigungsmitteln verzichteten, was für jeden der Angeklagten gesondert zu prüfen war. Dies hat das Landgericht übersehen.“

„Die Erwägungen des Landgerichts zu einem möglichen Rücktritt vom unbeendeten Versuch sind auch im Übrigen nicht frei von Rechtsfehlern.

a) Für die Frage, ob ein Versuch unbeendet oder beendet ist, kommt es maßgeblich darauf an, welche Vorstellung der Täter nach seiner letzten Ausführungshandlung von der Tat hat (sog. Rücktrittshorizont; vgl. nur BGH, Urteil vom 19. März 2013 – 1 StR 647/12, NStZ-RR 2013, 273, 274 mwN). Danach liegt ein unbeendeter Versuch vor, wenn der Täter nach seiner Vorstellung noch nicht alles getan hat, was zur Tatbestandsverwirklichung erforderlich ist; in diesem Fall kann er allein durch das freiwillige Unterlassen weiterer auf den Taterfolg abzielender Handlungen strafbefreiend vom Versuch zurücktreten (§ 24 Abs. 1 Satz 1 1. Variante StGB). Hält er dagegen den Eintritt des Taterfolgs für möglich, so ist der Versuch beendet. Der strafbefreiende Rücktritt setzt dann voraus, dass der Täter den Taterfolg freiwillig durch aktives Tun verhindert (§ 24 Abs. 1 Satz 1 2. Variante StGB) oder zumindest entsprechende ernsthafte Bemühungen entfaltet, wenn der Erfolg ohne sein Zutun ausbleibt (§ 24 Abs. 1 Satz 2 StGB; vgl. BGH, Beschluss vom 19. Mai 1993 – GSSt 1/93, BGHSt 39, 221, 227 mwN). Da ein Rücktritt unter den Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 StGB auch schon dann in Betracht kommt, wenn es die Beteiligten einvernehmlich unterlassen, weiter zu handeln, hängt die Entscheidung der Frage, ob darin ein freiwilliger Rücktritt vom Versuch gesehen werden kann, wiederum entscheidend vom Vorstellungsbild der Täter nach der letzten von ihnen vorgenommenen Ausführungshandlung ab: Gehen sie zu diesem Zeitpunkt davon aus, noch nicht alles getan zu haben, was nach ihrer Vorstellung zur Herbeiführung des Taterfolgs erforderlich oder zumindest ausreichend ist, liegt also ein unbeendeter Versuch vor, so können sie durch bloßes Nichtweiterhandeln zurücktreten. Lässt sich das Vorstellungsbild der Täter, das auch für die Beurteilung der Freiwilligkeit eines Rücktritts von Bedeutung ist, im maßgeblichen Zeitpunkt den Feststellungen nicht entnehmen, so hält das Urteil insoweit sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand, weil es die revisionsrechtliche Prüfung des Vorliegens eines freiwilligen Rücktritts nicht ermöglicht (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Februar 2016 – 3 StR 5/16 mwN).

b) So verhält es sich hier. Den Feststellungen lässt sich auch unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs der Urteilsgründe nicht entnehmen, welche Vorstellungen sich die Angeklagten vom Erreichen des von ihnen erstrebten Taterfolgs machten, als sie den Nebenkläger vor der Wohnung seiner Eltern absetzten und der Angeklagte K. ihn nochmals an die Geldforderung erinnerte, so dass schon unklar bleibt, ob ein beendeter oder ein unbeendeter Versuch vorlag.“

## II. § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB

Zudem rügte der BGH auch die Verurteilung des K. wegen § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB. Eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen könnte darin zu sehen sein, dass K. filmte, wie der Nebenkläger die Flasche rektal einführte.

<sup>3</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. (2016), Rn. 573; Pfeiffer, 5. Aufl. (2005), § 354 StPO Rn. 10.

<sup>4</sup> S. zum ganzen Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. (2016), Rn. 573 f.

### 1. Bildaufnahme einer anderen Person

§ 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB erfordert zunächst das Vorliegen einer Bildaufnahme. Dies sind Reproduktionen der Wirklichkeit durch technische Mittel.<sup>5</sup> Dazu gehören insbesondere Fotos, Videos und Einzelbilder aus Videosequenzen.<sup>6</sup> Bei dem von K. mit dem Mobiltelefon angefertigten Video handelt es sich um eine Bildaufnahme.

### 2. Tathandlung

K. müsste diese Bildaufnahme gem. § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB hergestellt haben. Herstellen im Sinne des § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB ist jede Handlung, mit der das Bild auf einem Datenträger gespeichert wird.<sup>7</sup> Durch die Verwendung der Kamerafunktion wurde das Video im Handyspeicher abgespeichert. Dem Wortlaut des § 201a Abs. 1 StGB kann nicht entnommen werden, dass der Täter heimlich handeln muss.<sup>8</sup> Eine Strafbarkeit kommt auch bei einem offenen Vorgehen des Täters in Betracht.<sup>9</sup> Somit schließt das Filmen nach vorhergehender Ankündigung die Strafbarkeit nicht aus. Es ist daher anzunehmen, dass K. gem. § 201a Abs. 1 Nr. 2 eine Bildaufnahme des Nebenklägers hergestellt hat.

### 3. Zurschaustellung der Hilflosigkeit einer Person

Es ist jedoch zu beachten, „dass die genannte Strafvorschrift die Herstellung solcher Bildaufnahmen voraussetzt, die die Hilflosigkeit einer anderen Person zur Schau stellen“.

#### a) Hilflosigkeit

„Was das Gesetz mit dem Begriff „Hilflosigkeit“ meint, wird in § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht näher erläutert. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird darunter ein Zustand verstanden, in dem eine Person sich – objektiv und im weitesten Sinne – selbst nicht helfen kann und auf Hilfe angewiesen ist, ohne sie zu erhalten (vgl. Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, 2002). Aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift und dem in ihr zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Willen ergeben sich weder Anhaltspunkte noch Kriterien für eine nähere Eingrenzung dieses Tatbestandsmerkmals. Die Begehungsvariante des § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB in ihrer jetzigen Fassung ist erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens in die Vorschrift eingefügt worden, weshalb die Gesetzesmaterialien im Hinblick auf die aufgeworfene Frage wenig aussagekräftig sind. Der entsprechenden Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses (BT-Drucks. 18/3202) ist aber unter Berücksichtigung des mit der Vorschrift insgesamt beabsichtigten umfassenden Schutzes des höchstpersönlichen Lebensbereichs vor Bildaufnahmen auch außerhalb von Wohnungen oder sonstigen besonders geschützten Räumen – der ursprüngliche Gesetzentwurf erfasste insoweit lediglich bloßstellende Aufnahmen (vgl. dazu BT-Drucks. 18/2601, S. 36) – zu entnehmen, dass der Gesetzgeber einen eher weiten Begriff der Hilflosigkeit vor Augen hatte. Ein Indiz dafür sind auch die schon im ursprünglichen

Gesetzentwurf beispielhaft erwähnten Fallkonstellationen, etwa die betrunkene Person auf dem Heimweg oder das verletzt am Boden liegende Opfer einer Gewalttat (BT-Drucks. 18/2601 aaO). Auch die systematische Auslegung unter Rückgriff auf das (enger gefasste) Tatbestandsmerkmal der hilflosen Lage in § 221 StGB (so Eisele/Sieber, StV 2015, 312, 313) bzw. den (ebenfalls engeren, weil gewahrsamsbezogenen) Hilflosigkeitsbegriff in § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StGB ergibt hier schon wegen des unterschiedlichen Schutzzwecks der jeweiligen Vorschriften keine Anhaltspunkte für eine nähere Eingrenzung des Merkmals der Hilflosigkeit. Gleichwohl können nach Auffassung des Senats gegen diese begriffliche Weite des Tatbestandsmerkmals (vgl. dazu auch SSW-StGB/Bosch, 3. Aufl., § 201a Rn. 11; Fischer, StGB, 64. Aufl., § 201a Rn. 10a; Busch, NJW 2015, 977, 978; Seidl/Wiedmer, jurisPR-ITR 17/2015, Anm. 2) verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG) nicht erhoben werden (insoweit aber krit. Bosch aaO, Rn. 14). Denn in jedem Einzelfall muss eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch den Bildinhalt hinzutreten. § 201a Abs. 4 StGB enthält zudem eine die Sozialadäquanz betreffende Ausnahmeregelung. Unbeschadet weiterer denkbarer, am Wortsinn orientierter Sachverhaltskonstellationen, deren Herausbildung der Gesetzgeber damit der fachgerichtlichen Rechtsprechung überantwortet hat (vgl. dazu BVerfGE 126, 170, 208 f.; BVerfG, Beschluss vom 1. November 2012 – 2 BvR 1235/11, NJW 2013, 365, 367), ist das Tatbestandsmerkmal der Hilflosigkeit nach dem Wortsinn und dem gesetzgeberischen Willen jedenfalls dann gegeben, wenn ein Mensch aktuell Opfer einer mit Gewalt oder unter Drohungen gegen Leib oder Leben ausgeübten Straftat ist und deshalb der Hilfe bedarf oder sich in einer Entführungs- oder Bemächtigungssituation befindet. Dies liegt nach den getroffenen Feststellungen hier vor.“

#### b) Zurschaustellung

„Indes bestehen auf der Grundlage der Urteilsfeststellungen durchgreifende Zweifel daran, dass die Hilflosigkeit des Nebenklägers auf der Bildaufnahme auch „zur Schau“ gestellt wird.

aa) Hinsichtlich der Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal „Zur-Schau-Stellen“ in § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB teilt der Senat die Auffassung im Schrifttum, wonach der Wortlaut der Regelung hier eine besondere Hervorhebung der Hilflosigkeit als Bildinhalt voraussetzt, so dass diese für einen Betrachter allein aus der Bildaufnahme erkennbar wird (ebenso Bosch aaO, Rn. 12; Fischer aaO, Rn. 10b). In Fällen der bloßen Abbildung der Vornahme einer Handlung durch eine Person (als Tatopfer) bedarf dies in der Regel näherer Darlegung, wenn die abgebildete Handlung nicht schon ohne Weiteres die Hilflosigkeit der sie vornehmenden Person impliziert. Gibt erst der Gesamtkontext der Bildaufnahme – etwa bei ambivalenten Handlungen – zu erkennen, dass die abgebildete Person sie im Zustand der Hilflosigkeit vornimmt, beispielsweise

<sup>5</sup> Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 433; Valerius, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl. (2010), § 201a Rn. 9; vgl. Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl. (2012), § 201a Rn. 9.

<sup>6</sup> Fischer, 64. Aufl. (2017), § 201a Rn. 4; Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 433.

<sup>7</sup> BT-Drucks. 15/2466, S. 5; Eisele, Computer- und Medienstrafrecht (2013), Kap. 7 Rn. 20; ders., Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 710; Fischer, 64. Aufl. (2017), § 201a Rn. 12; Flechsig, ZUM 2004, 605 (610); Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 433; Kargl, ZStW 2005,

324 (332); Leffler, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying (2012), S. 282; Malek/Popp, Strafsachen im Internet, 2. Aufl. (2015), Rn. 316; Rahmlow, HRRS 2005, 84 (88); HK-GS/Tag, 4. Aufl. (2017), § 201a Rn. 6; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, 40. Aufl. (2016), Rn. 545c.

<sup>8</sup> Kächele, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (2006), S. 165.

<sup>9</sup> Kächele, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (2006), S. 165.

in einer Bemächtigungssituation, bedarfes dazu eingehender tatrichterlicher Feststellungen.

bb) Gemessen an diesem Verständnis des Tatbestandsmerkmals des Zur-Schau-Stellens ermöglichen die bisher getroffenen Feststellungen dem Senat nicht die Prüfung der Frage, ob der Bildinhalt die Hilflosigkeit des Tatopfers im dargelegten Sinne zu erkennen gibt. Dem angefochtenen Urteil ist insoweit lediglich zu entnehmen, dass der Angeklagte das betreffende Geschehen, hier die rektale Einführung der Flasche, mit der Kamerafunktion des Mobiltelefons des Mitangeklagten Y. aufzeichnete. Ob diese Bildaufzeichnung auch die Bedrohungssituation widerspiegelt, ergeben die Urteilsfeststellungen nicht. Der Umstand, dass sich der Geschädigte die Flasche rektal einfuhrte, sagt aber für sich genommen noch nichts über den Kontext aus, in dem die Handlung ausgeführt wurde.“

### III. Weitere in Betracht kommende Tatbestände

Schließlich wies der BGH noch darauf hin, dass im „Zusammenhang mit dem rektalen Einführen der Flasche [...] gegebenenfalls zu erwägen sein [wird], ob die Feststellungen eine Verurteilung wegen Geiselnahme (§ 239b StGB) rechtfertigen können (vgl. dazu jüngst BGH, Beschluss vom 27. Januar 2017 – 1 StR 532/16, Tz. 10 f.).“

Die Schläge, der Stoß und der Schlag mit dem Gummihammer begründen in jedem Fall eine Strafbarkeit des K. wegen Körperverletzung gem. § 223 StGB. „Zur Frage, ob der Schlag mit dem Gummihammer gegen die Wade des Geschädigten rechtlich als gefährliche Körperverletzung im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu wurdigen sein kann, verweist der Senat auf seinen Beschluss vom 12. März 2015 – 4 StR 538/14, BGHR StPO § 224 Abs. 1 Nr. 2 Werkzeug 10).“

#### Hinweis

Zudem wäre eine Strafbarkeit gem. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB zu prüfen.<sup>10</sup>

### D) Abschließende Hinweise

Der Beschluss ist in mehrfacher Hinsicht von besonderem Interesse.

#### I. Anforderungen an das Merkmal der

#### „Zurschaustellung der Hilflosigkeit einer Person“

Zunächst handelt es sich dabei um die erste Entscheidung des BGH, in der die Anforderungen an das Merkmal der „Bildaufnahme, die die Hilflosigkeit einer anderen Person zur Schau

stellt“ gem. § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB konkretisiert werden.<sup>11</sup> Diese durch das 49. StÄG<sup>12</sup> in das StGB eingefügte Tatbegehungsvariante erweitert den Anwendungsbereich der Norm um Aufnahmen, die nicht in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum gefertigt wurden. Neben der Hilflosigkeit der aufgenommenen Person ist erforderlich, dass dieser Zustand auf der Aufnahme besonders hervorgehoben wird.<sup>13</sup> Bei mehrdeutigen Handlungen muss das gesamte Geschehen, das auf der Bildaufnahme zu sehen ist, berücksichtigt werden.<sup>14</sup>

Auch wenn diese Norm Studenten in der Ausbildung seltener begegnet, hat sie einen zunehmenden praktischen Anwendungsbereich. Den Strafverfolgungsstatistiken für die Jahre 2013<sup>15</sup> und 2014<sup>16</sup> ist zu entnehmen, dass 151 bzw. 199 Personen nach allgemeinem Strafrecht wegen § 201a StGB verurteilt wurden. Im Jahr 2015 waren es bereits 254 Verurteilte nach allgemeinem Strafrecht.<sup>17</sup> Es ist zu erwarten, dass diese Zahl weiter ansteigen wird, da auch die technischen Möglichkeiten zur Anfertigung solcher Aufnahmen zunehmen.<sup>18</sup>

### II. Rücktritt vom Versuch bei mehreren Beteiligten

Zudem behandelt die Entscheidung das examensrelevante Problem des Rücktritts vom Versuch bei mehreren Beteiligten nach § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB, welches unbedingt beherrscht werden muss.

Vorgelagert hat – auch bei mehreren Beteiligten – die Prüfung zu erfolgen, ob ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt.<sup>19</sup> Sodann muss untersucht werden, ob ein freiwilliges Verhindern der Vollendung gegeben ist. § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB differenziert nicht zwischen dem beendeten und dem unbeendeten Versuch, sondern verlangt von dem Tatbeteiligten stets, dass er die „Vollendung verhindert“. <sup>20</sup> Diese Formulierung ist vom beendeten Versuch des Einzeltäters übernommen, dessen Rücktritt eine aktive Gegenmaßnahme verlangt, weshalb bei einem beendeten Versuch eines Beteiligten nichts anderes gelten kann.<sup>21</sup> Auch für den Rücktritt vom unbeendeten Versuch gem. § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB wird der zurücktretende Beteiligte häufig ebenfalls aktiv Gegenmaßnahmen vornehmen müssen; zwingend ist dies aber nicht.<sup>22</sup> Das bloße Aufgeben der weiteren Tatausführung genügt, wenn der Beteiligte dadurch effektiv für das Ausbleiben der Vollendung sorgt.<sup>23</sup> Subjektiv ist erforderlich, dass der Beteiligte die

<sup>10</sup> Vgl. zur gemeinschaftlichen Begehungsweise beispielsweise Rengier, Strafrecht BT II, 18. Aufl. (2017), § 14 Rn. 46 ff.

<sup>11</sup> So auch Cornelius, NJW 2017, 1893.

<sup>12</sup> Durch das 49. StÄG vom 21.1.2015 (BGBl. I 2015, S. 10) wurde § 201a StGB erheblich erweitert. Erfasst werden nun auch Bildaufnahmen, die die Hilflosigkeit einer anderen Person zur Schau stellen (§ 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB), die geeignet sind, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden (§ 201a Abs. 2 StGB) oder die die Nacktheit einer Person unter achtzehn Jahren zum Gegenstand haben (§ 201a Abs. 3 StGB). Der bisherige § 201a StGB wurde durch das Änderungsgesetz neu angeordnet, inhaltlich jedoch vollkommen unverändert übernommen, sodass diesbezüglich auf die Rechtsprechung und das Schrifttum zur alten Fassung uneingeschränkt zurückgegriffen werden kann (so auch Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil 1, 16. Aufl. (2015), Rn. 600a f.).

<sup>13</sup> BGH, Beschl. v. 25.4.2017 – 4 StR 244/16. Vgl. zu dieser Voraussetzung auch Eisele/Sieber, StV 2015, 312 (314); Fischer, 64. Aufl. (2017), § 201a Rn. 10b;

Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil 1, 16. Aufl. (2015), Rn. 607c.

<sup>14</sup> BGH, Beschl. v. 25.4.2017 – 4 StR 244/16.

<sup>15</sup> Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Strafverfolgungsstatistik (2013), S. 66.

<sup>16</sup> Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Strafverfolgungsstatistik (2014), S. 66.

<sup>17</sup> Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Strafverfolgungsstatistik (2015), S. 66.

<sup>18</sup> Diese Vermutung wird bereits in der BT-Drucks. 18/2601, S. 36 geäußert.

<sup>19</sup> Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2016), § 38 Rn. 15.

<sup>20</sup> Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2016), § 38 Rn. 17; vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Aufl. (2016), Rn. 910 f.

<sup>21</sup> Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2016), § 38 Rn. 17.

<sup>22</sup> Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2016), § 38 Rn. 18; vgl. Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 24 Rn. 88 f.

<sup>23</sup> Hoffmann-Holland, in: Münchener Kommentar, 3. Aufl. (2017), § 24 Rn. 166; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2016), § 38 Rn. 18; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Aufl. (2016), Rn. 911.



Vollendung bewusst verhindert.<sup>24</sup> Zudem muss der Zurücktretende freiwillig handeln.<sup>25</sup>

### III. Ergänzende Überlegungen zu § 201a Abs. 2 StGB

Wünschenswert wäre ein Hinweis des BGH auf § 201a Abs. 2 StGB gewesen.<sup>26</sup> Eine Strafbarkeit nach dieser Norm kommt in Betracht, da K. die Aufnahme mit dem Mobiltelefon des Y. fertigte.

K. müsste die Bildaufnahme (vgl. o.) einer dritten Person zugänglich gemacht haben. Die Tathandlung des Zugänglichmachens entspricht der in Absatz 1.<sup>27</sup> Darunter fällt jede Ermöglichung einer Kenntnisnahme oder eines Zugriffs durch Dritte.<sup>28</sup> Nicht entscheidend ist, ob ein Dritter die Aufnahme tatsächlich ansieht; die bloße Möglichkeit genügt.<sup>29</sup> Bei lebensnaher Betrachtung ist davon auszugehen, dass Y. sein Handy später zurückerhielt und damit auf das Video zugreifen konnte.<sup>30</sup>

#### Hinweis

Ob die Aufnahme tatsächlich einer dritten Person zugänglich gemacht wurde, ist durch das Tatgericht zu klären.<sup>31</sup>

Das Foto müsste gem. § 201a Abs. 2 StGB geeignet sein, dem Ansehen des N. erheblich zu schaden. Es kommt nicht darauf an, ob tatsächlich eine Schädigung des Ansehens eingetreten ist – die bloße Eignung genügt.<sup>32</sup> Erfasst werden bloßstellende Bildaufnahmen, die Personen in Zuständen oder Situationen darstellen, die nach allgemeiner gesellschaftlicher Bewertung als peinlich, minderwertig, eklig oder unfreiwillig offenbarend angesehen werden und bei denen üblicherweise ein Interesse daran besteht, dass diese Dritten nicht zugänglich gemacht werden.<sup>33</sup>

Aufnahmen vom Opfer einer Gewalttat sind grundsätzlich nicht geeignet, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden.<sup>34</sup> Wenn sich die Opfereigenschaft aber nicht aus dem Gesamtkontext der Aufnahme ergibt, kann das Ansehen der abgebildeten Person trotz der Eigenschaft als Tatopfer erheblich geschädigt werden.<sup>35</sup> Die Darstellung einer ungewöhnlichen sexuellen Handlung – wie beispielsweise das rektale Einführen einer Flasche – kann geeignet sein, das Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schädigen, wenn nicht erkennbar ist, dass dies nur unter Androhung von Gewalt geschah.<sup>36</sup> Daher kommt

eine Strafbarkeit des K. gem. § 201a Abs. 2 StGB im vorliegenden Fall durchaus in Betracht.

## Dipl.-Jur. Caprice Nina Doerbeck

Akademische Mitarbeiterin

Lehrstuhl für Kriminologie, Straf- und Sanktionenrecht  
(Prof. Dr. Jörg Kinzig)

### ► Inhaltsverzeichnis

<sup>24</sup> Hoffmann-Holland, in: Münchener Kommentar, 3. Aufl. (2017), § 24 Rn. 176.

<sup>25</sup> Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. (2014), § 24 Rn. 90; Hoffmann-Holland, in: Münchener Kommentar, 3. Aufl. (2017), § 24 Rn. 176; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Aufl. (2016), Rn. 915.

<sup>26</sup> So auch Cornelius, NJW 2017, 1893 (1894).

<sup>27</sup> Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, 40. Aufl. (2016), Rn. 545g.

<sup>28</sup> Eisele, Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 714; Flechsig, ZUM 2004, 605 (614); Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 437; Kargl, ZStW 2005, 324 (334); Leffler, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying (2012), S. 290; Malek/Popp, Strafsachen im Internet, 2. Aufl. (2015), Rn. 316; LK/Valerius, 12. Aufl. (2010), § 201a Rn. 25; vgl. Kächele, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (2006), S. 177 f.

Kritisch dazu, dass die bloße Kenntnisnahme ohne eine Zugriffsmöglichkeit und daraus folgender Verbreitungsgefahr ausreichen soll: Bosch, JZ 2005, 377 (380); Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, 40. Aufl. (2016), Rn. 545e.

<sup>29</sup> Beck, MMR 2008, 77 (79); Eisele/Sieber, StV 2015, 312 (316); Leffler, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying (2012), S. 290; LK/Valerius, 12. Aufl. (2010), § 201a Rn. 25.

<sup>30</sup> Vgl. auch Cornelius, NJW 2017, 1893 (1894).

<sup>31</sup> Cornelius, NJW 2017, 1893 (1894).

<sup>32</sup> Eignungsdelikt bzw. abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt (Eisele, Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 715).

Kritisch Eisele/Sieber, StV 2015, 312 (315), die neben der Vorverlagerung der Strafbarkeit auch darauf hinweisen, dass eine Prognose hinsichtlich der Beeinträchtigung des Ansehens erforderlich ist.

<sup>33</sup> BT-Drucks. 18/2601, S. 37; Busch, NJW 2015, 977 (978); BeckOK StGB/Heuchemer, 34. Edit. (2017), § 201a Rn. 18c; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, 40. Aufl. (2016), Rn. 545b.

<sup>34</sup> BT-Drs. 18/3202, S. 28; Cornelius, NJW 2017, 1893.

<sup>35</sup> Cornelius, NJW 2017, 1893 (1894).

<sup>36</sup> Cornelius, NJW 2017, 1893 (1894).

# RECHTSPRECHUNG

## ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverfassungsgericht

### Auftritt des türkischen Ministerpräsidenten in Deutschland

Beschluss vom 08. März 2017, Az.: 2 BvR 483/17

**1. Staatsoberhäupter und Mitglieder ausländischer Regierungen haben weder von Verfassungen wegen noch nach einer allgemeinen Regel des Völkerrechts iSv. Art. 25 GG einen Anspruch auf Einreise in das Bundesgebiet und die Ausübung amtlicher Funktionen in Deutschland.**

**2. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG gewährt keinen Anspruch auf eine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle in Bezug auf Maßnahmen der Regierung oder des Parlaments.**

(Leitsätze der Bearbeiter)

#### A) Sachverhalt (gekürzt)

Der Beschwerdeführer K – eine natürliche Person ohne politisches Amt – wendet sich dagegen, dass die Bundesregierung es dem türkischen Ministerpräsidenten Yildirim ermöglicht habe, am 18. Februar 2017 in Oberhausen für eine nach seiner Auffassung demokratiefeindliche Verfassungsänderung in der Republik Türkei zu werben, sowie gegen weitere im Zusammenhang mit dieser beabsichtigten Verfassungsreform stehende öffentliche Auftritte von Regierungsmitgliedern der Republik Türkei in Deutschland.

#### B) Die Entscheidung des Senats

Die Verfassungsbeschwerde des K hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

#### I. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde muss zulässig sein.

##### 1. Zuständigkeit

Das Bundesverfassungsgericht ist für die – von K erhobene und dem BVerfG gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG iVm. § 13 Nr. 8a BVerfGG enumerativ zugewiesene – Verfassungsbeschwerde zuständig.

##### 2. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Weiterhin müssen die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen sowie die verfahrensabhängigen Voraussetzungen des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG iVm. §§ 90 ff. BVerfGG erfüllt sein.

##### a) Beschwerdeberechtigung

Die Beschwerdeberechtigung beurteilt sich nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG („jedermann“). Maßgeblich für die Beschwerdeberechtigung ist die Fähigkeit, Träger von Grundrechten zu sein. K kann als natürliche Person Träger von Grundrechten sein und ist als „jedermann“ zugleich tauglicher Beschwerdeführer.

##### b) Beschwerdegegenstand

Als Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde kommt nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG jeder Akt der „öffentlichen Gewalt“ in Betracht. Dabei umfasst der Begriff der „öffentlichen Gewalt“ – anders als iRv. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG – schon deshalb nicht nur Akte der Exekutive, sondern auch Judikativ- und Legislativakte, weil die Verfassungsbeschwerde zur Durchsetzung von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten dient, an die gemäß Art. 1 Abs. 3 GG alle staatlichen Gewalten als unmittelbar geltendes Recht gebunden sind. Andernfalls wäre nicht zu erklären, warum § 95 Abs. 2 BVerfGG die „Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung“ und § 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG die „Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz“ als möglich voraussetzen. K wendet sich gegen die Entscheidung der Bundesregierung, öffentliche Auftritte von Regierungsmitgliedern der Republik Türkei in Deutschland zu erlauben, und somit einen Akt der Exekutive.

##### c) Beschwerdebefugnis

K muss zudem beschwerdebefugt sein, also iSv. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG „behaupten“, durch den Beschwerdegegenstand in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt zu sein, wofür ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts zumindest möglich erscheinen muss.

##### aa) Mögliche Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit

Da speziellere Freiheitsrechte nicht einschlägig sind, wäre zu erwägen, dass durch den beanstandeten Akt der öffentlichen Gewalt die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG verletzt wird, die jedem – und damit auch dem Beschwerdeführer – das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit verleiht, soweit er nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstößt. Insoweit ist streitig, ob Art. 2 Abs. 1 GG lediglich den „Kernbezirk des Persönlichen“ garantiert, der den Menschen als geistig-sittliche Person kennzeichnet („Persönlichkeitskerntheorie“), das Verhalten eine gesteigerte, dem Schutzgut der übrigen Grundrechte vergleichbare Relevanz für die Persönlichkeitsentfaltung besitzen muss („Lehre vom unbenannten Freiheitsrecht“) oder die allgemeine Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne geschützt wird („Lehre vom Auffanggrundrecht“).

Dessen ungeachtet ist dafür, dass sich aus der angegriffenen Entscheidung der Bundesregierung, öffentliche Auftritte von Regierungsmitgliedern der Republik Türkei in Deutschland zu erlauben, eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit erge-

ben kann, vorausgesetzt, dass dieses Unterlassen der Bundesregierung überhaupt den Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts darzustellen vermag. Insoweit ist der Frage nachzugehen, ob dem Beschwerdeführer aus der allgemeinen Handlungsfreiheit gegenüber der Bundesregierung ein Anspruch darauf zustehen kann, Auftritte türkischer Regierungsmitglieder zu verbieten. Dies erscheint schon deshalb zweifelhaft, weil gem. Art. 32 Abs. 1 GG „die Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten Sache des Bundes“ ist, weshalb die Einreise und Ausübung amtlicher Funktionen von ausländischen Staatsgästen in Deutschland grundsätzlich in den originären Zuständigkeitsbereich der Bundesregierung fällt.

Diese Frage kann jedoch offen bleiben, wenn die auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützte Beschwerdebefugnis aus einem anderen Grund zu verneinen ist. Insoweit gilt es zu beachten, dass Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG verlangen, dass die behauptete Grundrechtsverletzung gerade durch den angegriffenen Akt der „öffentlichen Gewalt“ erfolgen muss. Dies verlangt vom Beschwerdeführer konkret dazutun, inwiefern er sich gerade durch den angegriffenen Beschwerdegegenstand in seinen Rechten selbst, unmittelbar und gegenwärtig betroffen sieht. Denn es darf nicht dem Bundesverfassungsgericht überlassen bleiben, den Sachverhalt von Amts wegen gewissermaßen „ins Blaue hinein“ zu untersuchen.<sup>1</sup> Insoweit erscheint insbesondere zweifelhaft, ob der Beschwerdegegenstand den Beschwerdeführer „selbst“ zu betreffen in der Lage ist, er also in eigenen Rechten verletzt sein kann.

Dazu führt das BVerfG sehr knapp – u. a. unter Verweis auf BVerwGE 28, 268 und BVerwG, Beschluss vom 2. Juli 1979, 7 B 139/79 – aus:

(Rn. 4): „Der Bf. hat jedoch nicht substantiiert dargelegt, dass er durch die angegriffenen Maßnahmen bzw. Unterlassungen der Bundesregierung selbst nachteilig betroffen ist. Dies aber wäre Voraussetzung für eine Verletzung des Bf. in seiner durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Freiheit vor gesetzlosem und gesetzwidrigem Zwang [...] – hier iVm Art. 25 GG.“

Nach diesen Maßstäben fehlt es insoweit jedenfalls daran, dass der Beschwerdeführer durch den Beschwerdegegenstand „selbst“ betroffen ist, weshalb sich die Beschwerdebefugnis keinesfalls auf die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG stützen lässt.

#### bb) Mögliche Verletzung der Wahlrechtsgrundsätze

Ferner ließe sich erwägen, dass der Beschwerdegegenstand den Beschwerdeführer in seinem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG verletzt. Nach Maßgabe dieser Vorschrift werden die Abgeordneten des Deutschen Bundestages in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Es ließe sich erwägen, aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG einen Anspruch des Bürgers auf demokratische Selbstbestimmung herzuleiten, der eine Mitwirkung an der durch Wahl bewirkten Legitimation von Staatsgewalt und seine Möglichkeit zur Einflussnahme auf deren Ausübung umfasst. Dazu das BVerfG aus:

(Rn. 5 f.): „Soweit sich der Bf. zur Begründung der Verfassungsbeschwerde darüber hinaus auf seine Rechte als deutscher Staatsbürger beruft, hat er die Möglichkeit einer Verletzung von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG ebenfalls nicht dargetan.“

Zwar schützt Art. 38 GG Abs. 1 S. 1 iVm Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG davor, dass der Anspruch des Bürgers auf demokratische Selbstbestimmung, das heißt seine Mitwirkung an der durch Wahl bewirkten Legitimation von Staatsgewalt und seine Möglichkeit zur Einflussnahme auf deren Ausübung, entleert wird [...]. Eine solche Fallkonstellation liegt hier aber nicht vor. Darüber hinaus gewährt Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG keinen Anspruch auf eine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle in Bezug auf Maßnahmen der Regierung oder des Parlaments. Er dient nicht der inhaltlichen Kontrolle demokratischer Prozesse, sondern ist auf deren Ermöglichung gerichtet [...].“

Folgt man diesen Ausführungen des BVerfG, so ist auch eine Verletzung von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG offensichtlich ausgeschlossen und damit die Beschwerdebefugnis unter diesem Gesichtspunkt gleichfalls zu verneinen.

#### cc) Ergebnis zur Beschwerdebefugnis

K ist nach alledem nicht beschwerdebefugt.

#### d) Ergebnis zu den Sachentscheidungsvoraussetzungen

Mit der Beschwerdebefugnis fehlt es an einer der Sachentscheidungsvoraussetzungen.

### 3. Ergebnis zur Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig.

## II. Ergebnis

Die unzulässige Verfassungsbeschwerde des K hat keinen Erfolg.

#### Abschließende Hinweise

Der aufbereitete Beschluss weist gerade in Anbetracht seiner medialen wie politischen Aktualität eine erhöhte Examensrelevanz auf und eignet sich insbesondere für mündliche Prüfungen.

Hervorzuheben ist neben den Ausführungen des Gerichts zu den Anforderungen an die Beschwerdebefugnis vor allem das umfassende – wenngleich nicht zwingend erforderliche – obiter dictum des BVerfG. Geradezu beiläufig stellt das BVerfG nicht nur in rechtlicher, sondern letztlich auch in politischer Hinsicht drei Dinge klar:

1. Staatsoberhäupter und Mitglieder ausländischer Regierungen haben weder von Verfassungen wegen noch nach einer allgemeinen Regel des Völkerrechts einen Anspruch auf Einreise in das Bundesgebiet und die Ausübung amtlicher Funktionen in Deutschland.
2. Wahlkampfauftritte ausländischer Politiker bedürfen einer – ausdrücklichen oder konkludenten – Zustimmung

<sup>1</sup> Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 50. EL (Januar 2017), § 90 Rn. 339.

der Bundesregierung, in deren Zuständigkeit für auswärtige Angelegenheiten eine solche Entscheidung gemäß Art. 32 Abs. 1 GG fällt.

3. Soweit ausländische Staatsoberhäupter oder Mitglieder ausländischer Regierungen in amtlicher Eigenschaft und unter Inanspruchnahme ihrer Amtsautorität in Deutschland auftreten, können sie sich nicht auf Grundrechte berufen.

**Ass. iur. Finn Mengler**

Repetitor für Strafrecht und Strafprozessrecht  
KissAkademie

**Dipl.-Jur. Lorenz Bode, LL.M.**

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

► **Inhaltsverzeichnis**

# RECHTSPRECHUNG

## ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverfassungsgericht

### Deutlich kostenübersteigende Gebühr ist verfassungswidrig

Beschluss vom 17. Januar 2017, Az.: 2 BvL 2/14

Eine ausschließlich durch den Zweck der Kostendeckung sachlich gerechtfertigte Verwaltungsgebühr ist insgesamt verfassungswidrig, wenn ihre Höhe in einem groben Missverhältnis zu derjenigen der mit ihr auszugleichenden Kosten steht.

(Leitsatz des Bearbeiters)

#### A) Sachverhalt (verkürzt)

S ist Studierender an der Universität Potsdam und hat über mehrere Semester hinweg – jeweils unter dem Vorbehalt der Rückforderung – Rückmeldegebühren nach § 30 Abs. 1a Satz 1 BbgHG a.F. entrichtet. Diese Vorschrift lautete auszugsweise wie folgt: „Bei [...] jeder Rückmeldung werden Gebühren von 100 Deutschen Mark pro Semester erhoben“, wobei die Angabe „100 Deutschen Mark“ nachfolgend durch die Angabe „51 Euro“ ersetzt worden ist. Mit seiner vor dem VG Potsdam erhobenen Klage begehrt S die Rückzahlung dieser Rückmeldegebühren. Nachdem dieses die Klage unter Zulassung der Berufung abgewiesen hatte, hat das OVG Berlin-Brandenburg auf die Berufung des Klägers das Verfahren ausgesetzt und dem BVerfG die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob die vorgenannte Vorschrift mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

#### B) Die Entscheidung des Senates

Auf die zulässige Vorlage hin erklärt das BVerfG die vorgelegte Norm für nichtig, wenn diese in formeller oder materieller Hinsicht nicht mit dem Grundgesetz im Einklang steht.<sup>1</sup>

##### 1. Formelle Verfassungsmäßigkeit

„[61] Es kann offenbleiben, ob das Land Brandenburg mit der Bemessung der Rückmeldegebühr bereits die ihm für die Regelung einer solchen Gebühr zustehende Gesetzgebungskompetenz überschritten hat (vgl. BVerfGE 108, 1 <13 ff., 15>; gegen eine kompetenzrechtliche Bedeutung überhöhter Abgabebemessung bei Steuern BVerfGE 123, 1 <17 f.>). § 30 Abs. 1a Satz 1 BbgHG a.F. ist, soweit er die Erhebung einer Rückmeldegebühr betrifft, jedenfalls materiell verfassungswidrig (vgl. BVerfGE 132, 334 <348 f. Rn. 46> zu § 2 Abs. 8 Satz 2 BerlHG a.F.).“

#### Hinweis

Als eine Ausprägung des dem X. Abschnitt des Grundgesetzes über „[d]as Finanzwesen“ zugrundeliegenden **Steuerstaatsprinzips** untersagt es der Grundsatz vom **Funktionsvorbehalt der Steuer** den Abgabengesetzgebern von Bund, Ländern und Gemeinden richtigerweise,

mit einer nichtsteuerlichen Abgabe wie namentlich der Gebühr *per saldo* frei fungible Einnahmen, d.h. einen „Gewinn“, zu erzielen.<sup>2</sup> Ein entgegen diesem **generellen Kostendeckungsprinzip** erlassenes nichtsteuerliches Abgabengesetz überschreitet damit m.E. die diesbezügliche Legislativkompetenz und ist deshalb insgesamt verfassungswidrig.<sup>3</sup>

##### 2. Materielle Verfassungsmäßigkeit

„[62] Die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben bedarf mit Blick auf die Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung (Art. 104a ff. GG) und zur Wahrung der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen (Art. 3 Abs. 1 GG) einer über den Zweck der Einnahmeerzielung hinausgehenden besonderen sachlichen Rechtfertigung (vgl. BVerfGE 124, 235 <244>; 132, 334 <349 Rn. 47>; stRspr). Dies gilt für die Abgabenerhebung sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach (vgl. BVerfGE 108, 1 <17>; 110, 370 <390>; 132, 334 <349 Rn. 47>).“

#### Hinweis

Nach der einfachgesetzlichen Legaldefinition des Begriffs „**Steuer**“ in § 3 Abs. 1 AO, welche im Rahmen der höherrangigen Art. 104a ff. GG – lediglich, aber zugleich „immerhin“ – als Interpretationshilfe herangezogen werden darf, handelt es sich bei dieser Art von Abgaben um „*Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft; die Erzielung von Einnahmen kann Nebenzweck sein*“ – wobei die Kriterien der Gleichmäßigkeit („*allen*“) und der Verhältnismäßigkeit („*bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft*“) der Besteuerung freilich keine Begriffsmerkmale der Steuer sind, sondern vielmehr Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit ihrer Erhebung.<sup>4</sup>

Demgegenüber definiert beispielsweise § 4 Abs. 2 KAG NRW „**Gebühren**“ als „*Geldleistungen, die als Gegenleistung für eine besondere Leistung – Amtshandlung oder sonstige Tätigkeit – der Verwaltung (Verwaltungsgebüh-*

<sup>1</sup> Zur Prüfung der Zulässigkeit einer konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG siehe Wienbracke, JA 2015, 604 (606 f.) mwN.

<sup>2</sup> Wienbracke, StuW 2004, 81 (83 ff.) mwN.

<sup>3</sup> Wienbracke, DÖV 2005, 201 (205).

<sup>4</sup> Str., siehe Wienbracke, KStZ 2013, 41 (43) mwN.

ren) oder für die Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen und Anlagen (Benutzungsgebühren) erhoben werden.“<sup>5</sup>

Im Unterschied hierzu wiederum sind „Beiträge“ „Geldleistungen, die dem Ersatz des Aufwandes für die Herstellung, Anschaffung und Erweiterung öffentlicher Einrichtungen und Anlagen [...] dienen. Sie werden [...] als Gegenleistung dafür erhoben, daß [...] durch die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Einrichtungen und Anlagen wirtschaftliche Vorteile geboten werden“, § 8 Abs. 2 S. 1, 2 KAG NRW.

Schließlich hat das BVerfG speziell für Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion (wie z.B. diejenige nach § 16 FinDAG<sup>6</sup>) die oben genannten allgemeinen finanzverfassungsrechtlichen Begrenzungen für nichtsteuerliche Abgaben wie folgt präzisiert: „Der Gesetzgeber darf sich der Abgabe nur im Rahmen der Verfolgung eines Sachzwecks bedienen, der über die bloße Mittelbeschaffung hinausgeht. Mit der Abgabe darf nur eine – vorgefundene und nicht erst für die beabsichtigte Abgabenerhebung gebildete (BVerfGE 82, 159 <180>) – homogene Gruppe belegt werden, die in einer spezifischen Beziehung (Sachnähe) zu dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck steht und der deshalb eine besondere Finanzierungsverantwortung zugerechnet werden kann. Das Abgabenaufkommen muss gruppennützig verwendet werden. Zusätzlich muss der Gesetzgeber im Interesse wirksamer parlamentarisch-demokratischer Legitimation und Kontrolle die erhobenen Sonderabgaben haushaltsrechtlich vollständig dokumentieren und ihre sachliche Rechtfertigung in angemessenen Zeitabständen überprüfen.“<sup>7</sup>

„[63] a) Die finanzverfassungsrechtliche Verteilung der steuerbezogenen Gesetzgebungs-, Ertrags- und Verwaltungskompetenzen verlöre ihren Sinn und ihre auch den Bürger schützende Funktion, wenn nichtsteuerliche Abgaben beliebig unter Umgehung dieser Verteilungsregeln begründet werden könnten (vgl. BVerfGE 78, 249 <266>; 93, 319 <342>; 108, 1 <16>; 132, 334 <349 Rn. 48>). Die Erhebung einer nichtsteuerlichen Abgabe muss zudem berücksichtigen, dass der Schuldner einer solchen Abgabe regelmäßig zugleich Steuerpflichtiger ist und bereits als solcher zur Finanzierung der Lasten herangezogen wird, die die Gemeinschaft treffen. Die Gleichheit der Abgabenbelastung wäre nicht gewahrt, wenn Einzelne daneben ohne besondere, die Abgabenerhebung - auch der Höhe nach - rechtfertigende Sachgründe zusätzlich herangezogen werden könnten (vgl. BVerfGE 108, 1 <16 f.>; 132, 334 <349 Rn. 48>).“

<sup>5</sup> Zu diesen beiden – und weiteren (Verleihungsgebühr) – Gebührentypen siehe Wienbracke, Bemessungsgrenzen der Verwaltungsgebühr (2004), S. 45 ff. mwN.

<sup>6</sup> Die aktuell gültige Fassung dieser Vorschrift lautet: „Soweit die Kosten der Bundesanstalt nicht durch Gebühren, gesonderte Erstattungen nach § 15 oder sonstige Einnahmen gedeckt werden, sind sie unter Berücksichtigung von Fehlbeträgen, nicht eingegangenen Beträgen und Überschüssen der Vorjahre anteilig auf die Kreditinstitute, Finanzdienstleistungs-, Zahlungs- und E-Geld-Institute, die Kreditanstalt für Wiederaufbau, die Kapitalverwaltungsgesellschaften, extern verwalteten OGAW-Investmentaktiengesellschaften, Versi-

#### Hinweis

Eine auch aus Gründen des **Vorteilsausgleichs** verfassungsrechtlich gerechtfertigte Gebühr ist beispielsweise diejenige nach § 89 Abs. 3 S. 1 AO „[f]ür die Bearbeitung eines Antrags auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft nach [§ 89] Absatz 2 [AO]“.<sup>8</sup>

„[64] b) Gebühren sind als öffentlich-rechtliche Geldleistungen, die in Anknüpfung an eine individuell zurechenbare öffentliche Leistung erhoben werden, um deren Kosten ganz oder teilweise zu decken (vgl. BVerfGE 7, 244 <254>; 50, 217 <226>; 91, 207 <233>; 108, 1 <13>; 110, 370 <388>; 132, 334 <349 Rn. 49>), dem Grunde nach durch ihre Ausgleichsfunktion gerechtfertigt (vgl. BVerfGE 108, 186 <216>; 132, 334 <349 Rn. 49>). Als sachliche Gründe, die die Bemessung der Gebühr rechtfertigen können, sind neben dem Zweck der Kostendeckung auch Zwecke des Vorteilsausgleichs, der Verhaltenslenkung sowie soziale Zwecke anerkannt (vgl. BVerfGE 50, 217 <230 f.>; 97, 332 <345 ff.>; 107, 133 <144>; 108, 1 <18>; 132, 334 <349 Rn. 49>).“

#### Hinweis

Auch „Beiträge“ (s.o.) bedürfen zwecks Wahrung der **horizontalen und vertikalen Belastungsgleichheit** einer besonderen sachlichen Rechtfertigung vor dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>9</sup>

„[65] Daraus folgt allerdings nicht, dass zur Rechtfertigung der konkreten Bemessung einer gesetzlich vorgesehenen Gebühr jeder dieser Zwecke nach Belieben herangezogen werden könnte. Nur Gebührenzwecke, die von einer erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung getragen werden, sind geeignet, die jeweilige Gebührenbemessung sachlich zu rechtfertigen (vgl. BVerfGE 108, 1 <19 f.>; 132, 334 <350 Rn. 50>). Eine - erforderlichenfalls im Wege der Auslegung zu gewinnende - hinreichende Klarheit der Gebührenzwecke ist aus rechtsstaatlichen Gründen wie auch im Hinblick auf die Bedeutung der gesetzlichen Regelung im demokratischen Verantwortungszusammenhang erforderlich. An dem erkennbaren Inhalt getroffener Regelungen muss der Gesetzgeber sich festhalten lassen und der Gesetzesvollzug sich ausrichten können, denn Rechtsnormen dürfen nicht zur Fehlinformation über das politisch Entschiedene und zu Verantwortende führen („Normenwahrheit“, vgl. BVerfGE 107, 218 <256>; 108, 1 <20>; 114, 196 <236>; 114, 303 <312>; 118, 277 <366>; 132, 334 <350 Rn. 50>). Wählt der Gesetzgeber einen im Wortlaut eng begrenzten Gebührentatbestand, kann er daher nicht geltend machen, er habe noch weitere, ungenannte Gebührenzwecke verfolgt. Die Erkennbarkeit der gesetzgeberischen Entscheidung über die verfolgten Gebührenzwecke ist darüber hinaus Voraussetzung dafür, dass unterschiedli-

cherungsunternehmen, Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Emittenten mit Sitz im Inland, deren Wertpapiere an einer inländischen Börse zum Handel zugelassen oder in den Freiverkehr einbezogen sind, sowie die Abwicklungsanstalten nach Maßgabe der §§ 16a bis 16q umzulegen“.

<sup>7</sup> BVerfG NVwZ 2016, 606 (607) mwN.

<sup>8</sup> Weiterführend: Wienbracke, NVwZ 2007, 749 mwN. Zum Aspekt der Vorteilsausgleichung speziell in Bezug auf Rückmeldegebühren siehe BVerfGE 108, 1 (26 ff.).

<sup>9</sup> Siehe hierzu das Fallbeispiel bei Wienbracke, Einführung in die Grundrechte (2013), Rn. 568 mwN.

che Gebührenregelungen im Sinne der Vermeidung einer mehrfachen Belastung der Gebührenschuldner für dieselbe Leistung oder denselben Vorteil aufeinander abgestimmt werden können (vgl. BVerfGE 108, 1 <20>; 132, 334 <350 Rn. 50>).“

#### Hinweis

Das aus dem grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzip (vgl. Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 2 S. 2, Art. 20 Abs. 3, Art. 23 Abs. 1 S. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) folgende Gebot der **Normenwahrheit** ergänzt dasjenige der Normenbestimmtheit und -klarheit, welches in Art. 80 Abs. 1 S. 2 und Art. 103 Abs. 2 GG für Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen bzw. für Strafnormen spezielle Ausprägungen erfahren hat.<sup>10</sup>

„[66] Die verfassungsrechtliche Kontrolle einer gesetzgeberischen Gebührenbemessung hat, nicht zuletzt weil maßgebliche Bestimmungsgrößen sich häufig nicht exakt und im Voraus quantifizieren lassen, einen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu wahren. Eine Gebührenregelung ist jedoch dann als sachlich nicht gerechtfertigt zu beanstanden, wenn sie in einem groben Missverhältnis zu den verfolgten legitimen Gebührenzwecken steht (vgl. BVerfGE 108, 1 <19>; 132, 334 <350 Rn. 51>; BVerwGE 115, 32 <44>). Der mit der Abgabenerhebung verbundene Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 20, 257 <271>; 20, 271 <276>; 28, 66 <87>; 132, 334 <350 Rn. 51>) ist in einem solchen Fall unverhältnismäßig (vgl. BVerfGE 83, 363 <392>; 132, 334 <351 Rn. 51>) und läuft der Begrenzungs- und Schutzfunktion der grundgesetzlichen Finanzverfassung (vgl. BVerfGE 108, 1 <14 ff.>; 124, 235 <244>; 132, 334 <351 Rn. 51>) sowie dem Gleichheitsgrundsatz (vgl. BVerfGE 50, 217 <227>; 97, 332 <345>; 115, 381 <389, 392>; 132, 334 <351 Rn. 51>) zuwider.“

#### Hinweis

Während nach dem generellen Kostendeckungsprinzip (s.o.) der Gebührentarif so zu bemessen ist, dass das pro Rechnungsperiode zu erwartende Gesamtaufkommen aus der betreffenden Gebühr die Kosten nicht übersteigt, die durch die mehrfache Erbringung der gebührenpflichtigen Amtshandlung in diesem Zeitraum insgesamt entstehen,<sup>11</sup> verlangt Art. 3 Abs. 1 GG bei einer – wie hier – allein mit der individuellen Kostenverantwortlichkeit ihres Schuldners verfassungsrechtlich legitimierbaren und seitens des jeweiligen Gesetzgebers tatsächlich legitimierten Verwaltungsgebühr, die Wahrung des **speziellen Kostendeckungsprinzips**: Die Höhe der konkreten Gebühr darf die Höhe der vom Einzelnen in individuell zurechenbarer Weise verursachten Kosten nicht übersteigen.<sup>12</sup>

Fraglich ist ferner, in welches Freiheitsgrundrecht die Auferlegung von staatlichen Geldleistungspflichten eingreift: in dasjenige der allgemeinen Handlungsfreiheit

(Art. 2 Abs. 1 GG) oder aber in das auf Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG).<sup>13</sup>

„[67] 2. Diesen verfassungsrechtlichen Maßstäben wird die Bemessung der bei jeder Rückmeldung zu entrichtenden Gebühr in § 30 Abs. 1a Satz 1 BbgHG a.F. nicht gerecht. Die Vorschrift lässt mit hinreichender Klarheit lediglich den Gebührenzweck der Deckung der Kosten für die Bearbeitung der Rückmeldung erkennen [...].“

#### Hinweis

Die vorliegende Entscheidung veranschaulicht nicht nur einmal mehr die rechtspraktische Relevanz grundlegender rechtmethodischer Fertigkeiten,<sup>14</sup> sondern betrifft eine gerade auch aus „Prüfersicht“ reizvolle Konstellation:

Die **vier klassischen juristischen Auslegungskriterien**<sup>15</sup> „Wortlaut“, „Systematik“, „Historie“ und „Telos“ waren vorliegend nicht zur Ermittlung des genauen Inhalts des jeweiligen Prüfungsmaßstabs (hier: des Grundgesetzes) heranzuziehen, sondern vielmehr in Bezug auf den im konkreten Fall in Frage stehenden Prüfungsgegenstand (hier: § 30 Abs. 1a Satz 1 BbgHG a.F.) anzuwenden.

„[93] b) Die festgesetzte Gebührenhöhe von zunächst 100 Deutschen Mark und später 51 Euro steht zu dem Zweck der Rückmeldegebühr nach § 30 Abs. 1a Satz 1 BbgHG a.F., die Kosten für die Bearbeitung der Rückmeldung zu decken, in einem groben Missverhältnis; sie übersteigt diese Kosten um mehr als hundert Prozent (vgl. BVerfGE 132, 334 <357 Rn. 66>).“

#### Hinweis

Bei konsequenter Anwendung des speziellen Kostendeckungsprinzips (s.o.) kommt dem vom BVerfG auch in seiner hiesigen Entscheidung wieder bemühten Gesichtspunkt des „groben Missverhältnisses“ zwischen der Höhe der im Einzelfall erhobenen Gebühr und den mit dieser zu kompensieren gesuchten Kosten – also letztlich dem **Äquivalenzprinzip** als bereichsspezifischer Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>16</sup> – keine eigenständige Bedeutung zu.<sup>17</sup>

„[94] aa) Gegen die Berechnung des Verwaltungsgerichts Potsdam, welche vom Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg übernommen wurde, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nichts zu erinnern. Der durchschnittliche Verwaltungsaufwand in Höhe von 20,32 Euro ist jedenfalls nicht zu niedrig angesetzt [...].“

<sup>10</sup> Wienbracke, Staatsorganisationsrecht (2017), Abschn. 2.1.3.2.1 mwN.

<sup>11</sup> Wienbracke, NWB, Fach 2, 9877 [9881] mwN.

<sup>12</sup> Wienbracke, DÖV 2005, 201 (202) mwN.

<sup>13</sup> Siehe das Fallbeispiel bei Wienbracke, Verwaltungsprozessrecht, 2. Auflage (2014), Rn. 450 f. mwN.

<sup>14</sup> Speziell zum *lex posterior*-Grundsatz siehe BVerfG EWiR 2016, 205 mAnm. Wienbracke.

<sup>15</sup> Wienbracke, Einführung in die Juristische Methodenlehre (2013), Rn. 136 ff. mwN.

<sup>16</sup> Zu diesem siehe Wienbracke, ZJS 2013, 148.

<sup>17</sup> Vgl. Wienbracke, NVwZ 2007, 749 (754) mwN.

**Hinweis**

Ausgehend von einer Erhebung des Rechnungshofs Baden-Württemberg betrug im Jahr 1993 der durchschnittliche Arbeitsaufwand je Rückmeldung 5 Minuten und der damit verbundene durchschnittliche Verwaltungsaufwand (Personalkosten, Raumkosten und sonstige Sachkosten) 8,33 DM.<sup>18</sup> Normative Kraft kommt diesen tatsächlichen Kosten im Hinblick auf die verfassungsrechtlich maximal zulässige Gebührenhöhe richtigerweise freilich nur insoweit zu, als sie „**objektiv erforderlich**“ – und nicht etwa erst durch eine unsachgemäße behördliche Verfahrensführung im Einzelfall entstanden – sind.<sup>19</sup>

„[102] (a) Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, gegebenenfalls mit Hilfe der das Gesetzesvorhaben einbringenden Landesregierung, im Wege einer Prognose ein mit dem Grundgesetz zu vereinbarendes Verhältnis zwischen Gebührenhöhe und zu deckender Verwaltungskosten zu ermitteln und herzustellen [...]“

**Hinweis**

Bezüglich der genauen Berechnung der mit der jeweiligen Gebühr ausgleichenden Kosten verfügt der Gesetzgeber in der Tat über einen gewissen Spielraum; insbesondere ist er im Rahmen des Grundsatzes der Typengerechtigkeit dazu befugt, anstelle der jeweils tatsächlich verursachten Kosten (**Wirklichkeitsmaßstab**) einen **Wahrscheinlichkeitsmaßstab** anzulegen.<sup>20</sup>

**3. Rechtsfolge der Verfassungswidrigkeit**

„[109] Die von Anfang an bestehende Verfassungswidrigkeit führt zur Nichtigerklärung des § 30 Abs. 1a Satz 1 BbgHG a.F., soweit danach bei jeder Rückmeldung Gebühren von 100 Deutschen Mark und später 51 Euro pro Semester erhoben wurden (§ 82 Abs. 1, § 78 Satz 1 BVerfGG).“

[110] Eine auf den sachlich nicht gerechtfertigten Anteil des Gebührensatzes beschränkte Teilnichtigklärung scheidet mit Rücksicht auf die weite Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Gebührentatbestandes aus (vgl. BVerfGE 108, 1 <32 f.>; 132, 334 <359 Rn. 70>).“

**Hinweis**

Das kann man freilich auch anders sehen. Besteht – wie vom BVerfG in Rn. 76 des hiesigen Beschlusses zutreffend erkannt – die von der Landeslegislative mit § 30 Abs. 1a Satz 1 BbgHG a.F. verfolgte und „normenklar“ zum Ausdruck gebrachte (s.o.) Intention jedenfalls darin, die „Kosten einer individuell zurechenbaren Sonderleistung“ des Staates zu decken, so verkehrt es die hinter der gewaltenteilungsrechtlichen Figur der Unvereinbarkeitserklärung letztlich stehende Erwägung des sich in gerichtlicher Zurückhaltung (*judicial self restraint*) ausdrückenden Respekts der Judikative vor der Entscheidung des Gesetzgebers<sup>21</sup> in ihr Gegenteil, Letztere nicht zumindest

in demjenigen Umfang, d.h. teilweise, aufrecht zu erhalten (hier: iHv. 20,32 Euro), als sie einer verfassungsrechtlichen Prüfung stand hält. „Nicht in vollem Umfang, sondern **nur Höhe dieser Differenz** also [hier: 51 Euro ./ 20,32 Euro = 30,68 Euro], **erweist sich die betreffende Gebühr als verfassungswidrig**“.<sup>22</sup> Der „Verwaltungsrechtler“ mag insofern eine Parallele zu § 44 Abs. 4 VwVfG und § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO („Soweit“) ziehen und der „Zivilrechtler“ an § 139 BGB denken.

„[111] Soweit § 30 Abs. 1a Satz 1 BbgHG a.F. für nichtig erklärt wird, gilt dies rückwirkend vom Zeitpunkt des ersten Inkrafttretens an (vgl. BVerfGE 1, 14 <37>; 7, 377 <387>; 8, 51 <71>; 132, 334 <359 Rn. 71>).“

[112] Eine vom gesetzlichen Regelfall des § 78 Satz 1 BVerfGG abweichende bloße Unvereinbarkeitserklärung (vgl. § 31 Abs. 2 Satz 3, § 79 Abs. 1 BVerfGG), wie im Fall der baden-württembergischen Rückmeldegebühr (vgl. BVerfGE 108, 1 <33 f.>), scheidet aus. Zwar liegt der Gesamtbetrag der Gebühren, die aufgrund der für nichtig zu erklärenden Regelung rechtsgrundlos gezahlt wurden, hier – wie auch im Falle der Rückmeldegebühr im Land Berlin (vgl. BVerfGE 132, 334 <359 Rn. 72>) – deutlich höher. Dies gibt jedoch keinen Anlass, im Hinblick auf bestehende Rückforderungsansprüche von der Regelfolge der Nichtigkeit unter dem Gesichtspunkt der Wahrung einer geordneten Finanz- und Haushaltsplanung (vgl. BVerfGE 87, 153 <178 ff.>; 93, 121 <148 f.>; 105, 73 <134>; 108, 1 <33>; 117, 1 <70>; 120, 125 <168>) abzusehen.“

**Hinweis**

Dem EuGH sind **Unvereinbarkeitsbeschlüsse** generell unbekannt.<sup>23</sup>

„[113] Es ist nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts, darüber zu entscheiden, inwieweit und nach welchen Vorschriften der Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen im vorliegenden Fall entgegengetreten werden kann. Nach den vorliegenden Erfahrungen in Baden-Württemberg und Berlin und angesichts des Zeitablaufs ist jedoch mit der tatsächlichen Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen, auch soweit sie noch durchsetzbar sein sollten, nur in begrenztem Umfang zu rechnen. Zudem ist es auch im vorliegenden Fall Folge der freien gesetzgeberischen Entscheidung, die Fälligkeit der Gebühr nicht an einen der Bestandskraft fähigen Gebührenbescheid zu binden, dass dem Land Brandenburg das „Rückabwicklungsverbot“ des § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG für nicht mehr anfechtbare Entscheidungen nicht zugutekommt (vgl. BVerfGE 108, 1 <33 f.>; 132, 334 <359 f. Rn. 72>).“

**Hinweis**

Ist der einer Abgabenzahlung zugrundeliegende **Abgabenbescheid** (Verwaltungsakt, vgl. z.B. § 12 Abs. 1 Nr. 4 lit. b) KAG NRW i.V.m. § 155 Abs. 1 AO) **bestandskräftig** geworden, d.h. innerhalb der Monatsfrist des § 70 Abs. 1 S. 1 bzw. § 74 Abs. 1 VwGO kein Widerspruch bzw. keine Anfechtungsklage erhoben worden (Parallelvorschriften:

<sup>18</sup> Siehe BVerfGE 108, 1 (22) mwN.

<sup>19</sup> Vgl. Wienbracke, NVwZ 2007, 749 (753) mwN.

<sup>20</sup> Weiterführend: Wienbracke, DÖV 2005, 201 (202) mwN.

<sup>21</sup> Vgl. Wienbracke, Einführung in die Grundrechte (2013), Rn. 674 mwN.

<sup>22</sup> Wienbracke., DÖV 2005, 201 (202).

<sup>23</sup> Wienbracke, Jura 2008, 929 (937) mwN.



§ 347 Abs. 1 AO, § 47 Abs. 1 S. 1 FGO), so bleibt nach dem über die Verweisungsnorm des § 95 Abs. 3 S. 3 BVerfGG ebenfalls im Rahmen von Verfassungsbeschwerden (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG) anwendbaren § 79 Abs. 2 S. 1 BVerfGG diese nicht mehr anfechtbare (behördliche) Entscheidung, die auf einer gemäß § 78 BVerfGG für nichtig erklärten Norm beruht, unberührt.<sup>24</sup>

Neben dem Antrag auf Aufhebung des Abgabenbescheids nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO (**Anfechtungsklage**) ist – innerhalb der oben genannten Klagefrist – in objektiver Klagehäufung (§ 44 VwGO) ein Annexantrag auf Rückzahlung der zu Unrecht erhobenen Abgabe nach § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO möglich (ob dieser **Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch** tatsächlich besteht, richtet sich nach dem materiellen Recht, etwa nach § 21 Abs. 1 VwKostG, § 21 Abs. 1 GebG NRW).<sup>25</sup> Insbesondere „**erledigt**“ (§ 43 Abs. 2 VwVfG) sich ein Abgabenbescheid nicht etwa mit der Zahlung, sondern wirkt auch nach dieser noch als Rechtsgrundlage (*causa*) für das staatliche Behaltendürfen der gezahlten Abgabe fort.<sup>26</sup>

## Prof. Dr. *Mike Wienbracke*, LL.M. (Edinburgh)

Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Staats- und  
Verwaltungsrecht sowie Europarecht  
Fachbereich Wirtschaftsrecht  
Westfälischen Hochschule  
Gelsenkirchen Bocholt Recklinghausen

Lehrbeauftragter  
Fachbereich Finanzen  
Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung

Dozent  
FOM Hochschule für Oekonomie und Management

### ► Inhaltsverzeichnis

<sup>24</sup> Siehe hierzu das abgabenrechtliche Fallbeispiel bei *Wienbracke*, Einführung in die Grundrechte (2013), Rn. 682 mwN.

<sup>25</sup> *Wienbracke*, Verwaltungsprozessrecht, 2. Auflage (2014), Rn. 137, 139.

<sup>26</sup> *Wienbracke*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage (2015), Rn. 295.

# RECHTSPRECHUNG

## ÖFFENTLICHES RECHT

Bundesverfassungsgericht

### Verfassungsmäßigkeit des Tarifeinheitsgesetzes

Urteil vom 11. Juli 2017, Az.: 1 BvR 1571/15 [u.a.]

1. Das Freiheitsrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG schützt alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen, insbesondere den Abschluss von Tarifverträgen, deren Bestand und Anwendung sowie Arbeitskampfmaßnahmen. Das Grundrecht vermittelt jedoch kein Recht auf unbeschränkte tarifpolitische Verwertbarkeit von Schlüsselpositionen und Blockademacht zum eigenen Nutzen. (Rn.131)

2. Art. 9 Abs. 3 GG schützt die Koalitionen in ihrem Bestand, ohne dass damit eine Bestandsgarantie für einzelne Koalitionen verbunden wäre. Staatliche Maßnahmen, die darauf zielen, bestimmte Gewerkschaften aus dem Tarifgeschehen herauszudrängen oder bestimmten Gewerkschaftstypen die Existenzgrundlage zu entziehen, sind mit Art. 9 Abs. 3 GG ebenso unvereinbar wie die Vorgabe eines bestimmten Profils. (Rn.132) (Rn. 133)

3. Gesetzliche Regelungen, die in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fallen, und die Funktionsfähigkeit des Systems der Tarifautonomie herstellen und sichern sollen, verfolgen einen legitimen Zweck. Dazu kann der Gesetzgeber nicht nur zwischen den sich gegenüberstehenden Tarifvertragsparteien Parität herstellen, sondern auch Regelungen zum Verhältnis der Tarifvertragsparteien auf derselben Seite treffen, um strukturelle Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass Tarifverhandlungen auch insofern einen fairen Ausgleich ermöglichen und in Tarifverträgen mit der ihnen innewohnenden Richtigkeitsvermutung angemessene Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen hervorbringen können. (Rn.144) (Rn.145) (Rn.148)

4. Bei der Regelung der Strukturbedingungen der Tarifautonomie verfügt der Gesetzgeber über eine Einschätzungsprärogative und einen weiten Handlungsspielraum. Schwierigkeiten, die sich nur daraus ergeben, dass auf einer Seite mehrere Tarifvertragsparteien auftreten, rechtfertigen eine Beschränkung der Koalitionsfreiheit grundsätzlich nicht. (Rn.149)

(Amtliche Leitsätze)

#### A) Hintergrund der Entscheidung

Vor allem im Bereich der Daseinsvorsorge kam es in den vergangenen Jahren immer wieder zu öffentlichkeitswirksamen Streiks. Insbesondere Piloten, Flugbegleiter und Zugführer brachten zeitweise ganze Bereiche der Infrastruktur zum Stillstand. In der öffentlichen Diskussion wurde zum Teil heftig darüber debattiert, ob hier berechnete Interessen wahrgenommen wurden, oder ob auf dem Rücken der Flug- und Fahrgäste unbilliger Druck auf die Arbeitgeber ausgeübt wurde. Denn kleine

Spartengewerkschaften nutzten, meist sehr erfolgreich, ihre Schlüsselpositionen in den Betrieben, um durch Streiks die Arbeitgeber zu besseren Tarifvertragsbedingungen zu bewegen. Die „Lohnungerechtigkeit“, die durch Ergebnisse solcher Arbeitskampfmaßnahmen in den Betrieben entsteht, nahm die Bundesregierung zum Anlass zu handeln. Mit dem Gesetz zur Tarifeinheit setzt die Bundesregierung auf Ebene der Tarifverträge an und stellt Regelungen auf, wie Tarifkollisionen in Betrieben zukünftig gelöst werden sollen. Die Verfassungsmäßigkeit dieses Gesetzes stand am 11.07.2017 vor dem Bundesverfassungsgericht auf dem Prüfstand.

#### B) Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt)

Durch das Gesetz zur Tarifeinheit vom 3. Juli 2015 (Tarifeinheitsgesetz, BGBl. I S. 1130) änderte der Gesetzgeber das Tarifvertragsgesetz (TVG) und fügte neue Verfahrensregelungen in das Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) ein. Hauptregelung des Tarifeinheitsgesetzes ist der § 4a TVG, der in Abs. 2 normiert, dass bei der Geltung mehrerer nicht inhaltsgleicher Tarifverträge (Tarifkollision) in einem Betrieb der Tarifvertrag derjenigen Gewerkschaft gilt, die am meisten Mitglieder im Betrieb hat. Die anderen Tarifverträge werden durch diesen Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft verdrängt. Ziel der Bundesregierung ist es, durch dieses Gesetz den verschiedenen Gewerkschaften einen Anreiz zu bieten, kooperativ in die Tarifverhandlungen einzutreten. Im Idealfall soll hierdurch ein Tarifvertrag ausgehandelt werden, der die Interessen möglichst vieler Arbeitnehmer vereint. Erst wenn dies nicht gelingt, kommt es zur Auflösung der Tarifkollision gem. § 4a Abs. 2 TVG nach dem Mehrheitsprinzip. Diese Neuregelung soll zur Funktionsfähigkeit im Tarifvertragssystem beitragen, einen Ordnungsrahmen für die Interessenwahrnehmung geben und einer Entsolidarisierung im Unternehmen entgegenwirken.

Gegen dieses Gesetz legten Berufsgruppengewerkschaften, Branchengewerkschaften, ein Spitzenverband und ein Gewerkschaftsmitglied Verfassungsbeschwerden ein. Sie rügten insbesondere, dass das Gesetz einen unmittelbaren Eingriff in ihr Grundrecht der Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG darstelle und auch ihr Streikrecht mittelbar beschränkt würde. Die mehrfachen Eingriffe in den Schutzbereich seien nicht gerechtfertigt, denn es fehle teilweise bereits am legitimen Ziel der Maßnahmen. Darüber hinaus sei das Gesetz nicht zur Zweckerreichung geeignet, nicht erforderlich und auch nicht verhältnismäßig. Zudem sei es als verfassungswidrig anzusehen, dass die Gewerkschaften durch die neuen Verfahrensregelungen ihre Mitgliederzahlen offenlegen müssten.

### C) Die Entscheidung des Senates

Entscheidungsgegenstand war die Frage, ob das von der Bundesregierung erlassene Gesetz zur Tarifeinheit verfassungsmäßig ist. Dies prüfte das Bundesverfassungsgericht anhand der eingelegten Verfassungsbeschwerden. Die Verfassungsbeschwerden sind dabei erfolgreich, soweit sie zulässig und begründet sind.

#### I. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerden sind zulässig, wenn alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

##### 1. Frist

Für Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze gilt gem. § 93 Abs. 3 BVerfGG eine Beschwerdefrist von einem Jahr seit Inkrafttreten des Gesetzes. Diese wurde von allen Beschwerdeführern gewahrt.<sup>1</sup>

##### 2. Beschwerdegegenstand

Eine Verfassungsbeschwerde muss sich gegen eine Maßnahme der öffentlichen Gewalt richten. Im vorliegenden Fall sind Beschwerdegegenstände die von der Legislative erlassene Kollisionsnorm des § 4a Abs. 2 TVG, die Regelung in § 4a Abs. 3 bis 5 TVG, sowie die Regelung zum Beschlussverfahren gem. § 2a Abs. 1 Nr. 6, § 99 ArbGG. Diese Regelungen stellen taugliche Beschwerdegegenstände dar.<sup>2</sup>

##### 3. Beschwerdebefugnis

Die Beschwerdeführenden müssen beschwerdebefugt sein. Hierzu müssen sie unmittelbar, selbst und gegenwärtig in einem Grundrecht betroffen sein. In Betracht kommt eine Verletzung in dem Grundrecht auf Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG.

#### a) Beschwerdebefugnis in Bezug auf § 4a TVG

##### aa) unmittelbare Betroffenheit

Unmittelbare Betroffenheit liegt vor, wenn die gesetzliche Regelung ohne einen weiteren Vollzugsakt in den Rechtskreis des Beschwerdeführenden eingreift. Die angegriffene Norm des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG ist bewusst so konzipiert, dass sie eine Vorwirkung entfaltet. So sollen die verhandelnden Tarifparteien sich einigen, bevor es zu einem Kollisionsfall gem. § 4a Abs. 2 TVG kommt. Um diese Vorwirkung zu entfalten, ist kein weiterer Vollzugsakt erforderlich. Obwohl die angegriffene Kollisionsregel bislang noch nicht angewendet wurde, ist also davon auszugehen, dass sie gerade wegen dieser Vorwirkung jetzt schon in den Rechtskreis der Tarifvertragsparteien eingreift. Denn diese müssen sich auf die möglichen Folgen der Anwendung des § 4a Abs. 2 TVG einstellen.<sup>3</sup>

##### bb) Selbst-Betroffenheit

Die Beschwerdeführer müssen zudem selbst betroffen sein. Das heißt sie müssen eine mögliche Verletzung in eigenen Grundrechten geltend machen. Hierfür muss die Norm zwar nicht formell an sie adressiert sein, aber es muss zumindest eine hinreichend enge Beziehung zwischen den Grundrechtspositionen der Beschwerdeführenden und der Norm bestehen. Bei den Beschwerdeführenden handelt es sich um Parteien, die alle mittel-

bar oder unmittelbar Tarifvertragsparteien sind, beziehungsweise Einfluss auf Tarifverhandlungen haben. Eine Beeinträchtigung ihres Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG ist somit möglich. Somit sind sie von der Regelung zur Tarifkollision selbst betroffen.<sup>4</sup>

##### cc) gegenwärtige Betroffenheit

Die Beschwerdeführer sind gegenwärtig betroffen, wenn die angegriffenen Normen schon Auswirkungen auf das Grundrecht der Beschwerdeführer entfalten. Die erlassenen Regelungen zielen bewusst darauf ab, Vorwirkungen zu entfalten, indem sie zum Beispiel zu kooperativen Tarifverhandlungen Anreize schaffen wollen. Diese Vorwirkung und das Wissen um mögliche Auswirkungen der Regelungen beeinflusst das Verhalten der Parteien im jetzigen Zeitpunkt und sie sind somit gegenwärtig betroffen.<sup>5</sup>

#### b) Beschwerdebefugnis in Bezug auf § 58 Abs. 3 ArbGG

Das Bundesverfassungsgericht bejaht die Beschwerdebefugnis der Parteien allerdings nicht uneingeschränkt. Soweit sich die Verfassungsbeschwerden ausdrücklich gegen die Beweisregelung des § 58 Abs. 3 ArbGG richten, sei aus Sicht des Gerichts keine Grundrechtsverletzung der Parteien erkennbar. Denn der § 58 Abs. 3 ArbGG enthält lediglich eine Möglichkeit zur Beweisermittlung über die Mehrheitsverhältnisse in den Gewerkschaften. Andere Wege der Beweisführung werden nicht ausgeschlossen, eine Grundrechtsverletzung der Beschwerdeführenden ist nicht ersichtlich.<sup>6</sup>

#### 4. Subsidiarität

Verfassungsbeschwerden sind grundsätzlich nur zulässig, wenn die Grundrechtsverletzung nicht anderweitig beseitigt werden kann. Bezüglich der angegriffenen Regelungen gibt es laut Bundesverfassungsgericht zwar noch zahlreiche ungeklärte Fragen, den Beschwerdeführern ist allerdings aus Sicht des Gerichts eine fachgerichtliche Klärung nicht zuzumuten. Auch weitere Rechtsschutzmöglichkeiten kommen nicht in Betracht.<sup>7</sup>

#### 6. Ergebnis Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerden sind überwiegend zulässig.

### II. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerden sind begründet, wenn die Beschwerdeführenden in ihren Grundrechten verletzt sind.

#### 1. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Fraglich ist zunächst, ob die angegriffenen Regelungen formell verfassungsmäßig sind.

##### a) Zuständigkeit

Hierzu müsste der Bund die Gesetzgebungskompetenz haben. Die Änderung des Tarifvertragsgesetzes (TVG) fällt in den Bereich des Tarifvertragsrechts. Für das Recht der Individualarbeitsverträge, das auch das Tarifvertragsrecht umfasst, hat der Bund gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG konkurrierende Gesetzgebungskompetenz. Die Gesetzgebungskompetenz für die Regelungen zum arbeitsgerichtlichen Verfahren ist in Art. 74 Abs. 1

<sup>1</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.07.2017, Az.: 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16, Rn. 106.

<sup>2</sup> Ibid., Rn. 107.

<sup>3</sup> Ibid., Rn. 111.

<sup>4</sup> Ibid., Rn. 112 ff.

<sup>5</sup> Ibid., Rn. 117 ff.

<sup>6</sup> Ibid., Rn. 123.

<sup>7</sup> Ibid., Rn. 118 ff.

Nr. 1 GG normiert. Der Bund war somit für den Erlass der Regelungen zuständig.<sup>8</sup>

### b) Verfahren

Es müsste das ordnungsgemäße Verfahren eingehalten worden sein. Gerügt wird von den Beschwerdeführern, dass der Gesetzgeber die Fakten nicht hinreichend ermittelt habe, bevor er das Gesetz erlassen hat. Eine besondere Sachaufklärungspflicht des Gesetzgebers ergibt sich allerdings aus dem Grundgesetz nicht. Insofern kann eine nicht hinreichende Ermittlung des Gesetzgebers keinen Verfassungsverstoß begründen. Weitere Verfahrensfehler sind nicht ersichtlich.<sup>9</sup>

### c) Normenklarheit und Bestimmtheit

Die Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit einer Norm sind in den angegriffenen Regelungen gewährleistet. Alle unklaren Begriffe können durch die Fachgerichte ohne weiteres geklärt werden.<sup>10</sup>

## 2. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Die materielle Verfassungsmäßigkeit wäre zu verneinen, wenn in den Schutzbereich eines Grundrechts der Beschwerdeführer ohne Rechtfertigung eingegriffen wurde.

### a) Schutzbereich

Zunächst müsste der Schutzbereich des Grundrechts eröffnet sein. Hierzu führt das Bundesverfassungsgericht aus:

*„Das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG ist in erster Linie ein Freiheitsrecht. Es schützt die individuelle Freiheit, Vereinigungen zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu bilden und diesen Zweck gemeinsam zu verfolgen, ihnen fernzubleiben oder sie zu verlassen. [...] Geschützt ist damit auch das Recht der Vereinigungen selbst, durch spezifisch koalitionsmäßige Betätigung die in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Zwecke zu verfolgen, wobei die Wahl der Mittel, die die Koalitionen zur Erreichung dieses Zwecks für geeignet halten, mit Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich ihnen selbst überlassen ist.*

*[...] Das Aushandeln von Tarifverträgen ist ein wesentlicher Zweck der Koalitionen. Geschützt ist insbesondere der Abschluss von Tarifverträgen. Dies schließt den Bestand und die Anwendung abgeschlossener Tarifverträge ein. Vom Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG erfasst sind auch Arbeitskämpfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind, jedenfalls soweit sie erforderlich sind [...]. Das Grundrecht vermittelt jedoch kein Recht auf absolute tarifpolitische Verwertbarkeit von Schlüsselpositionen und Blockademacht zum eigenen Nutzen.*

*Art. 9 Abs. 3 GG schützt die Koalitionen auch in ihrem Bestand. Zu den geschützten Tätigkeiten gehört die Mitgliederwerbung durch die Koalitionen selbst. [...] Eine Bestandsgarantie für einzelne Koalitionen ist damit nicht verbunden. Allerdings garantiert Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG die Koalitionsfreiheit ausdrücklich für jedermann und alle Berufe. Daher wären staatliche Maßnahmen mit Art. 9 Abs. 3 GG unvereinbar, die gerade darauf zielten, bestimmte Gewerkschaften aus dem Tarifgeschehen heraus zu drängen oder*

*bestimmten Gewerkschaftstypen, wie etwa Berufsgewerkschaften, generell die Existenzgrundlage zu entziehen.*

*Geschützt ist die Koalition auch in ihrer Ausrichtung und Organisation; die Selbstbestimmung über ihre innere Ordnung ist ein wesentlicher Teil der Koalitionsfreiheit. Das umfasst die Entscheidung über die Abgrenzung nach Branchen oder Fachbereichen oder nach Berufsgruppen [...]. Die Vorgabe eines bestimmten Profils wäre unzulässig.“<sup>11</sup>*

Der Schutzbereich ist in persönlicher und sachlicher Hinsicht eröffnet.<sup>12</sup>

### b) Eingriff/Beeinträchtigung mit Eingriffswirkung

In diesen Schutzbereich müssten die Regelungen ferner eingreifen. Ein Eingriff ist nach dem klassischen Eingriffsbegriff jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen die Ausübung eines Grundrechts unmittelbar erschwert oder sogar unmöglich macht.<sup>13</sup>

Zum einen führt der Kollisionsfall dazu, dass der Tarifvertrag der Minderheitsgewerkschaften verdrängt wird. Dadurch finden die in diesem Tarifvertrag vereinbarten Regelungen keine Anwendung mehr und die Mitglieder verlieren den ursprünglich vereinbarten Anspruch auf entsprechende tarifvertragliche Leistungen. Zum anderen führt die Verdrängung im Kollisionsfall nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG dazu, dass sich das Verhalten der Gewerkschaften bereits im Vorfeld ändern könnte. So kann die drohende Verdrängung des eigenen Tarifvertrags dazu führen, dass die Gewerkschaften Probleme bekommen, effektiv um Mitglieder werben zu können. Auch die Mobilisierung zu Arbeitskämpfmaßnahmen kann dadurch erschwert werden. Beeinflusst werden zudem auch Entscheidungen zu möglichen Kooperationen mit anderen Gewerkschaften oder auch die innere Ausrichtung der Gewerkschaft.<sup>14</sup> Hiermit geht eine Beeinträchtigung mit der Wirkung eines Eingriffs in die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Koalitionsfreiheit einher.

Das Streikrecht von insbesondere kleineren Gewerkschaften sieht das Bundesverfassungsgericht allerdings als nicht angetastet. So haben die Gewerkschaften auch bei drohender Verdrängung ihres Tarifvertrags im Kollisionsfall trotzdem die Möglichkeit einen Arbeitskampf auszurichten. Solch ein Arbeitskampf wird insbesondere nicht allein dadurch unverhältnismäßig, dass die Verdrängung des erstreikten Tarifvertrags droht. Auch an den Haftungsregelungen im Streikfall ändert sich laut Bundesverfassungsgericht nichts. Gegebenenfalls müssen dies die Arbeitsgerichte durch verfassungskonforme Auslegung der Haftungsregeln sicherstellen.<sup>15</sup>

Diese Beeinträchtigungen der Koalitionsfreiheit haben nach dem Bundesverfassungsgericht Eingriffscharakter.

<sup>8</sup> Ibid., Rn. 126.

<sup>9</sup> Ibid., Rn. 127.

<sup>10</sup> Ibid., Rn. 128.

<sup>11</sup> Ibid., Rn. 132.

<sup>12</sup> Ibid., Rn. 129 ff.

<sup>13</sup> Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 79. Aufl. (2016), GG Art. 1 Rn. 39.

<sup>14</sup> BVerfG, Beschl. v. 11.07.2017, Az.: 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16, Rn. 135 f.

<sup>15</sup> Ibid., Rn. 138 ff.

### c) Rechtfertigung

Der Eingriff in das Grundrecht der Koalitionsfreiheit müsste gerechtfertigt sein. Fraglich ist zunächst, ob ein Eingriff in die Koalitionsfreiheit grundsätzlich zu rechtfertigen ist. Das Bundesverfassungsgericht führt hierzu aus:

*„Die Koalitionsfreiheit ist zwar vorbehaltlos gewährleistet. Sie ist kein Spezialfall der allgemeinen Vereinigungsfreiheit und unterliegt daher nicht den Schranken des Art. 9 Abs. 2 GG. Das bedeutet aber nicht, dass dem Gesetzgeber jede Regelung im Schutzbereich dieses Grundrechts verwehrt wäre. Gesetzliche Regelungen, die eine Beeinträchtigung des Art. 9 Abs. 3 GG bewirken, können zugunsten der Grundrechte Dritter sowie sonstiger mit Verfassungsrang ausgestatteter Rechte und Gemeinwohlbelange gerechtfertigt werden.*

*(...). Da Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG den sozialen Schutz der abhängig Beschäftigten im Wege der kollektivierten Privatautonomie garantiert und mit Blick auf das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG kommt es dem Gesetzgeber zu, strukturelle Rahmenbedingungen dafür zu schaffen, dass Tarifverhandlungen einen fairen Ausgleich auch tatsächlich ermöglichen. Der Gesetzgeber ist insofern nicht gehindert, Rahmenbedingungen für das Handeln der Koalitionen zu ändern; er ist sogar verpflichtet einzugreifen, wenn nachhaltige Störungen der Funktionsfähigkeit des Systems vorliegen.*

*[...]. Bei der Regelung der Strukturbedingungen der Tarifautonomie verfügt der Gesetzgeber über eine Einschätzungsprärogative und einen weiten Handlungsspielraum. [...]. Grundsätzlich ist es den Tarifvertragsparteien selbst überlassen, ihr Handeln den sich wandelnden Umständen anzupassen, um ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen. Doch ist der Gesetzgeber auch nicht gehindert, die Rahmenbedingungen der Tarifautonomie zu ändern, sei es aus Gründen des Gemeinwohls, sei es, um gestörte Paritäten wieder herzustellen, sei es zur Sicherung eines fairen Ausgleichs auf nur einer Seite der sich gegenüberstehenden Koalitionen.“<sup>16</sup>*

Das Bundesverfassungsgericht stellt insofern klar, dass die Rechtfertigung eines Eingriffs in das Grundrecht der Koalitionsfreiheit unter bestimmten Umständen durchaus möglich ist. Fraglich ist, ob die Beeinträchtigung des Art. 9 Abs. 3 GG durch die erlassenen Regelungen sich auch im konkreten Einzelfall rechtfertigen lässt. Dies muss insbesondere unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit untersucht werden.

#### aa) Legitimes Ziel

In Bezug auf das legitime Ziel des Gesetzgebers führt das Bundesverfassungsgericht aus:

*„Zweck der angegriffenen Regelungen ist es, Anreize für ein koordiniertes und kooperatives Vorgehen der Arbeitnehmerseite in Tarifverhandlungen zu setzen und so Tarifkollisionen zu vermeiden (vgl. BTDrucks 18/4062, S. 9). Damit will der Gesetzgeber die Ausgangsbedingungen für im Tarifvertragssystem funktionierende Tarifverhandlungen sichern, welche er spezifisch gefährdet sieht, wenn es aufgrund der Ausnutzung betrieblicher Schlüsselpositionen auf Arbeitnehmerseite zur Tarifkollision im Betrieb kommt. Die Bundesregierung hat in ihrer schriftlichen Stellungnahme*

*dargelegt, es gehe um die Sicherung der Vernünftigkeit der Ausgangsbedingungen der Tarifverhandlungen [...]. Nähmen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit besonderen Schlüsselpositionen in den Betrieben ihre Interessen gesondert wahr, führe dies tendenziell zu einer Beeinträchtigung einer wirksamen kollektiven Interessenvertretung durch die übrigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. [...]. Zudem werde die Verteilungsfunktion des Tarifvertrags gestört, wenn die konkurrierenden Tarifabschlüsse nicht den Wert verschiedener Arbeitsleistungen innerhalb einer betrieblichen Gemeinschaft zueinander widerspiegeln, sondern vor allem Ausdruck der jeweiligen Schlüsselpositionen der unterschiedlichen Beschäftigtengruppen im Betriebsablauf seien. [...]. Schließlich könne die Konkurrenz unterschiedlicher Tarifwerke die Herstellung von Gesamtkompromissen gefährden, die vor allem in wirtschaftlichen Krisensituationen oftmals zur Beschäftigungssicherung erforderlich seien.“<sup>17</sup>*

Das Ziel des Gesetzgebers ist es somit, faire Ausgangsbedingungen für Tarifverhandlungen zu schaffen. Dies möchte er dadurch ermöglichen, dass das Verhältnis der Gewerkschaften zueinander geregelt wird und es somit nicht mehr zur vermehrten Ausnutzung von Schlüsselpositionen im Betrieb kommt. Dies ist aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts ein legitimes Ziel.

#### bb) Geeignetheit

Die angegriffenen Regelungen müssen geeignet sein, dieses Ziel zu erreichen. Geeignet ist das Gesetz dann, wenn es der Erreichung des legitimen Zwecks dienlich ist. Das Bundesverfassungsgericht führt hierzu aus:

*„Es genügt, dass die Regelungen des Tarifeinheitsgesetzes nicht offensichtlich ungeeignet sind, der Ausnutzung von Blockadepositionen einzelner Arbeitnehmergruppen in der Gestaltung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Betrieb entgegenzuwirken. Verfassungsrechtlich [...] [muss] die Möglichkeit der Zweckerreichung [bestehen]. Die Regelungen dürfen nur nicht von vornherein untauglich sein, was nicht schon der Fall ist, wenn ihre Umsetzung schwierig ist, sofern sie möglich erscheint. Der Gesetzgeber hat auch hier einen Einschätzungsspielraum [...].*

*Hier will der Gesetzgeber mit der Kollisionsnorm des § 4a Abs. 2 TVG sicherstellen, dass auch bei einem Wettbewerb der Gewerkschaften untereinander faire Bedingungen für das Aushandeln von Tarifverträgen bestehen und insbesondere Beschäftigte in Schlüsselpositionen im Betrieb ihre Forderungen nicht völlig losgelöst von den Interessen der anderen Beschäftigten geltend machen können. Der Gesetzgeber hat die scharfe Sanktion der Verdrängung eines Tarifvertrags bei Überschneidungen normiert, um die Gewerkschaften zur Kooperation zu bewegen und es so gar nicht erst zur Tarifkollision im Betrieb kommen zu lassen. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass die Regelungen den bezweckten Koordinierungsanreiz tatsächlich entfalten. Jedenfalls ist nicht erkennbar, dass eine völlige Fehleinschätzung seitens des Gesetzgebers vorgelegen hätte.“<sup>18</sup>*

Somit sind die angegriffenen Regelungen aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts nicht offensichtlich ungeeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen. Geeignetheit liegt vor.

<sup>16</sup> Ibid., Rn. 143 ff.

<sup>17</sup> Ibid., Rn. 152 ff.

<sup>18</sup> Ibid., Rn. 158 ff.

**cc) Erforderlichkeit**

Weiterhin müssen die angegriffenen Regelungen zur Zielerreichung erforderlich sein. Die Regelungen wären erforderlich, wenn es kein milderes und dennoch gleich effektives Mittel zur Verwirklichung des Ziels gibt. Das Bundesverfassungsgericht führt aus:

*„Gegen die Erforderlichkeit der angegriffenen Regelungen bestehen keine verfassungsrechtlich durchgreifenden Bedenken. Der Gesetzgeber verfügt auch insoweit über einen Beurteilungs- und Prognosespielraum. [...] Hier steht jedenfalls kein eindeutig sachlich gleichwertiges, also zweifelsfrei gleich wirksames, die Grundrechtsberechtigten aber weniger beeinträchtigendes Mittel zur Verfügung, um den mit dem Gesetz verfolgten Zweck zu erreichen. Das Bundesverfassungsgericht prüft hier nicht, ob es bessere Lösungen für die hinter einem Gesetz stehenden Probleme gibt. Der Gesetzgeber hat seinen Beurteilungs- und Prognosespielraum nicht verletzt.*

*[...] Den Gesetzgeber trifft die politische Verantwortung für eine zutreffende Erfassung und Bewertung der maßgebenden Faktoren. Verfassungsrechtlich ist diese solange zu akzeptieren, wie sich nicht deutlich erkennbar abzeichnet, dass eine Fehleinschätzung vorgelegen hat oder die angegriffene Maßnahme von vornherein darauf hinausläuft, ein vorhandenes Gleichgewicht der Kräfte zu stören oder ein Ungleichgewicht zu verstärken oder sonst gegen verfassungsrechtliche Vorgaben zu verstoßen. Das ist hier nicht der Fall.“<sup>19</sup>*

Die Regelungen sind aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts zur Zielerreichung erforderlich.

**dd) Zumutbarkeit**

Damit die angegriffenen Maßnahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten, müssen sie zumutbar sein. Hierfür ist eine Interessenabwägung vorzunehmen.

Die Beschwerdeführenden rügen das Tarifeinheitsgesetzes in vielen Punkten. Von besonderem Gewicht sind dabei die angebrachten Zweifel in Bezug auf die Zumutbarkeit des Kollisionsfalls und die damit verbundenen Grundrechtsbeeinträchtigungen. Wie unter **b) Eingriff** erläutert, greifen die Regelungen insofern in die Koalitionsfreiheit der Betroffenen ein, als dass die Minderheitsgewerkschaft Ansprüche aus ihrem ehemaligen Tarifvertrag verliert und die angestrebte Vorwirkung des § 4a TVG massive Auswirkungen auf das Verhalten der Gewerkschaften hat. Diese Eingriffe wiegen schwer.

**(1) Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 TVG**

Aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts existiert allerdings eine Vielzahl an Gründen, die die Grundrechtsbeeinträchtigungen im Ergebnis abmildern:

Als erster Punkt kann hierbei die Tarifdispositivität angeführt werden. Diese bedeutet, dass die Parteien – allerdings alle gemeinsam – frei entscheiden können, ob die Kollisionsnorm des

§ 4a Abs. 2 TVG angewendet werden soll. Durch eine gemeinschaftliche Einigung kann somit die Regelung des § 4a Abs. 2 TVG vertraglich ausgeschlossen werden.<sup>20</sup>

Zweitens ist anzumerken, dass die Verdrängungswirkung des § 4a Abs. 2 TVG vielfachen Beschränkungen unterliegt. Es kommt nur zur Verdrängung, wenn die Überschneidung der Tarifverträge in räumlicher, zeitlicher, betrieblich-fachlicher und persönlicher Hinsicht gegeben ist. Zudem muss für die Verdrängung von bestimmten betriebsverfassungsrechtlichen Normen auch eine inhaltliche Überschneidung vorliegen. Auch bei einer lediglich arbeitsvertraglichen Bezugnahme tritt die Verdrängungswirkung nicht ein. Somit ist die durch § 4a Abs. 2 TVG angeordnete Verdrängung nur in ganz bestimmten Situationen gegeben.<sup>21</sup>

Weiterhin ordnet das Bundesverfassungsgericht an, dass die Arbeitsgerichte in einem Kollisionsfall die angegriffenen Regelungen stets so auslegen müssen, dass die betroffenen Grundrechtspositionen größtmöglich geschont werden.<sup>22</sup>

Auch steht den benachteiligten Parteien im Kollisionsfall ein sogenannter Nachzeichnungsanspruch gem. § 4a Abs. 4 TVG zu. Hierbei kann im Kollisionsfall der Tarifvertrag, der durch die mögliche Kollision benachteiligt ist, nachgezeichnet werden. Inhaltlich korrespondiert die Nachzeichnungsoption mit der Reichweite der Verdrängung und kann darüber sogar hinausgehen. Durch diesen Anspruch soll sichergestellt werden, dass der selbst ausgehandelte Tarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft zumindest in Teilen in den Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft aufgenommen wird.<sup>23</sup>

Darüber hinaus stehen der Minderheitsgewerkschaft gem. § 4a Abs. 5 TVG gewisse Verfahrens- und Beteiligungsrechte zu. Dies beinhaltet unter anderem, dass der Arbeitgeber anstehende Tarifverhandlungen rechtzeitig im Betrieb bekannt geben muss. Zudem haben die tarifzuständigen Parteien einen Anspruch, ihre Vorstellungen hinsichtlich eines Tarifvertrags dem Arbeitgeber mündlich mitzuteilen. Um von diesem Recht Gebrauch zu machen, kann auch der Klageweg beschritten werden. Das Bundesverfassungsgericht stellt zudem klar, dass die Einhaltung der Verfahrens- und Beteiligungsrechte Voraussetzung dafür ist, dass es überhaupt zu einer Verdrängung kommt. Genaue Anforderungen an diese Verfahrens- und Beteiligungsrechte müssen aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts von den jeweiligen Fachgerichten konkretisiert werden.<sup>24</sup>

Aus diesen Gründen wiegen die Grundrechtsbeeinträchtigungen durch die angegriffenen Regelungen nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts nicht allzu schwer. Unter diesen Gesichtspunkten sind die Regelungen zum Kollisionsfall nach § 4a TVG somit zumutbar.

**(2) Offenlegung der Mehrheitsverhältnisse nach § 2a Abs. 1 Nr. 6, § 99 ArbGG**

Die Mehrheitsverhältnisse von Gewerkschaften können nach den Neuregelungen durch ein gerichtliches Beschlussverfahren gem. § 2a Abs. 1 Nr. 6, § 99 ArbGG festgestellt werden. Dies birgt

<sup>19</sup> Ibid., Rn. 162 ff.

<sup>20</sup> Ibid., Rn. 174 ff.

<sup>21</sup> Ibid., Rn. 180 ff.

<sup>22</sup> Ibid., Rn. 186 ff.

<sup>23</sup> Ibid., Rn. 190 ff.

<sup>24</sup> Ibid., Rn. 195 ff.

die Gefahr, dass die Gewerkschaften offenlegen müssen, wer Mitglied bei ihnen ist. Eine solche Offenlegung der Mitgliederstärke sollte laut Bundesverfassungsgericht von den Fachgerichten nach Möglichkeit stets vermieden werden. Hierzu kann auf die neu eingefügte Beweisregelung des § 58 Abs. 3 ArbGG zurückgegriffen werden. Sollte es allerdings nicht zu vermeiden sein, dass im gerichtlichen Beschlussverfahren die genauen Zahlen preisgegeben werden, so ist dies aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts trotzdem eine im Hinblick auf das legitime Ziel zumutbare Belastung.<sup>25</sup>

### (3) Verlust von Ansprüchen im Kollisionsfall nach § 4a Abs. 2 TVG

Das Bundesverfassungsgericht hält die Beeinträchtigungen des Grundrechts allerdings nicht in jeder Hinsicht für zumutbar. Besondere Zweifel ergeben sich in Bezug auf fehlende Schutzmaßnahmen für die Gewerkschaft, deren Tarifvertrag verdrängt wird. So führt das Bundesverfassungsgericht hierzu aus:

*„Mit dem durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Bestandsschutz für tarifvertraglich garantierte Leistungen unvereinbar wäre - auch unbeschadet eines unter Umständen aus Art. 14 Abs. 1 oder Art. 2 Abs. 1 GG resultierenden Schutzes - der Verlust langfristig angelegter, die Lebensplanung der Beschäftigten berührender Ansprüche aus dem Minderheitstarifvertrag durch dessen Verdrängung, ohne die Möglichkeit vergleichbare Leistungen im nachzeichnungsfähigen Mehrheitstarifvertrag zu erhalten. Das betrifft längerfristig bedeutsame Leistungen, auf die sich Beschäftigte in ihrer Lebensplanung typischerweise einstellen und auf deren Bestand sie berechtigterweise vertrauen. [...] So läge eine unzumutbare Härte zum Beispiel vor, wenn eine tarifvertraglich vereinbarte, langfristig angelegte Leistung zur Alterssicherung, zur Arbeitsplatzgarantie oder zur Lebensarbeitszeit, soweit sie bereits erworben ist, durch einen verdrängenden Tarifvertrag verloren ginge oder substantiell entwertet würde, der dafür überhaupt keine Regelung trifft. Desgleichen wäre es etwa unzumutbar, wenn aufgrund einer Kollision nach § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG Beschäftigte dazu gezwungen wären, eine unmittelbar bevorstehende oder bereits begonnene berufliche Bildungsmaßnahme nicht wahrnehmen zu können oder abbrechen zu müssen.*

*Der Gesetzgeber hat in § 4a TVG keine Vorkehrungen getroffen, die sicherstellen, dass solche unzumutbaren Härten vermieden werden. Die Gerichte müssen von Verfassungs wegen bei der Anwendung des für die weitere Gewährung solcher längerfristig angelegter Leistungen maßgeblichen Rechts sicherstellen, dass es zu diesen Härten nicht kommt. Sollte dies nach geltendem Recht nicht möglich sein, wären die entgegenstehenden Regelungen dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG zur Kontrolle ihrer Verfassungsmäßigkeit vorzulegen. Nötigenfalls ist der Gesetzgeber gehalten, die Zumutbarkeit der Verdrängung solcher Leistungen zu sichern.“<sup>26</sup>*

Neben dem Verlust solcher Ansprüche, sieht das Bundesverfassungsgericht auch die Gefahr, dass die einzelnen Angehörigen von speziellen Berufs- oder Branchengewerkschaften im neuen

Tarifvertrag benachteiligt werden. So sagt das Bundesverfassungsgericht:

*„Die mit der Verdrängungswirkung des kollidierenden Mehrheits-tarifvertrags nach § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG verbundenen Beeinträchtigungen sind trotz des hohen Gewichts der mit dem Tarifeinheitsgesetz verfolgten Ziele und auch unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlich geforderten Auslegungs- und Handhabungsmaßgaben insoweit unverhältnismäßig, als die angegriffenen Regelungen keine Schutzvorkehrungen gegen eine einseitige Vernachlässigung der Angehörigen einzelner Berufsgruppen oder Branchen durch die jeweilige Mehrheitsgewerkschaft vorsehen.*

*Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die in kleinen Berufsgruppengewerkschaften organisiert sind, tragen aufgrund des Gesetzes - wenn auch nicht als einzige - das Risiko, dass der von ihrer Gewerkschaft verhandelte Tarifvertrag nicht zur Anwendung kommt. Diese Belastung wird im Grundsatz dadurch gemildert, dass die Gewerkschaft den Mehrheitstarifvertrag nachzeichnen kann, aus dem sich dann auch für die in der Minderheitsgewerkschaft organisierten Beschäftigten tarifliche Arbeitsbedingungen ergeben. Es fehlen jedoch strukturelle Vorkehrungen, die sichern, dass die Interessen dieser Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer hinreichend Berücksichtigung finden. Ohne solche Sicherungen ist nicht auszuschließen, dass der im Betrieb anwendbare Mehrheitstarifvertrag auch im Fall der Nachzeichnung die Arbeitsbedingungen und Interessen der Angehörigen einzelner Berufsgruppen oder Branchen, deren Tarifvertrag verdrängt wird, mangels wirksamer Vertretung dieser Gruppe in der Mehrheitsgewerkschaft in unzumutbarer Weise übergeht.*

*[...] Die Verdrängung eines Tarifvertrags nach § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG führt [...] dazu, dass in einem Betrieb für eine Berufsgruppe nur der von der Mehrheitsgewerkschaft ausgehandelte Tarifvertrag Geltung behält. Daher bedarf es Vorkehrungen, die strukturell darauf hinwirken, dass die Interessen der von der Verdrängung betroffenen Berufsgruppe im Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft wirksam berücksichtigt werden. [...].*

*An solchen Regelungen fehlt es. Der Gesetzgeber hat keine Vorkehrungen getroffen, die kleinere Berufsgruppen in einem Betrieb davor schützen, der Anwendung eines Tarifvertrags ausgesetzt zu werden, der unter Bedingungen ausgehandelt wurde, in denen ihre Interessen strukturell nicht zur Geltung kommen konnten. So kann sich nach § 4a Abs. 2 TVG etwa auch der Tarifvertrag einer Branchengewerkschaft durchsetzen, in der die Berufsgruppe, deren Tarifvertrag im Betrieb verdrängt wird, nur marginal oder überhaupt nicht vertreten ist. Dass auch für diese Arbeitnehmergruppe ein im Sinne der tarifvertraglichen Richtigkeitsvermutung angemessenes Gesamtergebnis ausgehandelt wäre, kann dann nicht mehr ohne Weiteres angenommen werden. Das Ziel des Gesetzgebers, einen fairen Ausgleich zu fördern, wird nicht erreicht, wenn einzelne Berufsgruppen übergangen würden. Eine Verdrängung des Tarifvertrags, den diese abgeschlossen haben, wäre dann mangels hinreichender Ausgleichsmöglichkeit bei der Nachzeichnung mit dem Schutz der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht vereinbar.“<sup>27</sup>*

<sup>25</sup> Ibid., Rn. 198 f.

<sup>26</sup> Ibid., Rn. 187 f.

<sup>27</sup> Ibid., Rn. 200 ff.

Die mangelnden Schutzvorkehrungen in den angegriffenen Regelungen werden vom Bundesverfassungsgericht kritisiert. Aus seiner Sicht kommt es im Kollisionsfall zu untragbaren Ergebnissen in Bezug auf die Minderheitsgewerkschaften. Die ursprünglichen Ansprüche und auch Wertevorstellungen dieser Gewerkschaften würden mit der jetzigen Gesetzeslage nicht ausreichend beim Neuabschluss eines Tarifvertrages berücksichtigt. Somit müsse der Gesetzgeber in diesem Bereich weiterreichende Schutzmaßnahmen in die angegriffenen Regelungen aufnehmen. Welche Lösungsmöglichkeiten er hierfür konkret ergreift, stehe ihm offen.<sup>28</sup> Denkbar wären insoweit prozentuale Mindestquoten in der Mehrheitsgewerkschaft im Hinblick auf die Mitgliederzahl der Berufsgruppe, deren Tarifvertrag verdrängt wird. Durch entsprechende Quotenregelungen könnte eine angemessene Vertretung der Interessen der Berufsgruppe (auch) in der Mehrheitsgewerkschaft erreicht werden. Eine Beteiligung der Mitglieder der Minderheitsgewerkschaft, das heißt derjenigen, deren Tarifvertrag verdrängt wird, im Rahmen der Verhandlungsvorbereitung könnte auch ausreichen, um den genannten Risiken entgegenzuwirken.

### 3. Ergebnis Begründetheit

Diese Defizite im Bereich der Schutzvorkehrungen für die Minderheitsgewerkschaften, deren Tarifverträge verdrängt werden, führen dazu, dass die Verfassungsbeschwerden in diesem Punkt begründet sind.

In Bezug auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführenden hält das Bundesverfassungsgericht die angegriffenen Normen allerdings für verhältnismäßig und somit für verfassungskonform. Insoweit sind die Verfassungsbeschwerden unbegründet.

### III. Rechtsfolgen

Das Bundesverfassungsgericht erklärt den § 4a TVG trotz seiner teilweisen Verfassungswidrigkeit nicht für nichtig, sondern stellt lediglich die Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz fest. Somit darf der § 4a TVG bis zu einer Neuregelung angewendet werden, allerdings nur unter der Bedingung, dass die Mehrheitsgewerkschaft plausibel darlegt, dass die Interessen der Berufsgruppe, deren Tarifvertrag verdrängt wird, in ihrem Tarifvertrag ernsthaft und wirksam berücksichtigt werden. Der Gesetzgeber muss die verfassungswidrigen Normen bis zum 31. Dezember 2018 neu regeln.

### Abschließende Hinweise

1. Das Urteil erging nicht einstimmig. Zwei Richter des Bundesverfassungsgerichts teilten die Auffassung der anderen Richter nicht in allen Punkten. Von ihnen kritisiert wurde insbesondere, dass der Gesetzgeber mit dem Erlass der angegriffenen Regelungen seinen Einschätzungsspielraum überschritten hätte. Das Ziel, das er mit den Regelungen verfolge, sei zwar grundsätzlich als legitim anzusehen, allerdings wären die mit der Umsetzung verbundenen Sanktionen zu scharf. Denn der Tarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft wird im Kollisionsfall nach § 4a Abs. 2 TVG komplett verdrängt, ohne dass ausreichende Schutzmaßnahmen für die verlorengelenden Ansprüche bestehen würden. Vor diesem Hintergrund sei auch eine Fortgeltung der teilweise verfassungswidrigen Normen bis zu einer Neuregelung nicht zu rechtfertigen.

2. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Tarifeinheitsgesetz wurde mit Spannung erwartet, denn das Gesetz stand vorab heftig in der Kritik. Viele Stimmen bezweifelten die Verfassungskonformität des Gesetzes.<sup>29</sup> Insofern ist das doch recht eindeutige Urteil des Bundesverfassungsgerichts überraschend. Ob das Tarifeinheitsgesetz für die Zukunft wirklich die gewünschten Effekte hat, bleibt abzuwarten.

### Dr. Markus Meißner

Rechtsanwalt  
CMS Hasche Sigle  
Stuttgart

### Stud. iur. Lena Anna Marquardt

Praktikantin  
CMS Hasche Sigle  
Stuttgart

► [Inhaltsverzeichnis](#)

<sup>28</sup> Ibid., Rn. 205.

<sup>29</sup> Hölscher, ArbR Aktuell 2015, 7 ff.; Mückl/Koddenbrock, GWR 2015, 6 ff.; Hufen, NZA 2014, 1237 ff.; Richardi, NZA 2015, 915 ff.; Rütters, ZRP 2015, 2 ff.; Henssler, RdA 2015, 222 ff.



# Impressum

## Redaktion

Benjamin Baisch  
 Alexander Bechtel  
 Prof. Dr. Sarah Bunk  
 Pius Dolzer  
 StA Guido Philipp Ernst  
 RA Steffen Follner  
 RAin Dr. Karin Hummel, M. A.  
 Sebastian Karl  
 RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.  
 Maik Kniebel  
 Dipl.-Pol. Philipp Louis  
 Prof. Dr. Christian F. Majer  
*(Schriftleiter)*  
 Prof. Dr. Torsten Noak  
 Quetzal Rojano-Adam  
 Gabriel Schmidt  
*(Stellvertretender Schriftleiter)*  
 Dipl. Jur. Sascha Sebastian, M.mel.  
*(Stellvertretender Schriftleiter)*  
 Philipp Trautmann  
 Betül Turgan  
 Carolin Werz  
 Julia Zaiser

## Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e.V.  
 c/o Prof. Dr. Christian F. Majer  
 Doblerstrasse 15  
 D-72070 Tübingen

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

7. Jahrgang (2017)

ISSN 2195-044X

## Beirat

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

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>  
 E-Mail: ▶ [redaktion@zeitschrift-jse.de](mailto:redaktion@zeitschrift-jse.de)



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

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

## Beiträge in früheren Ausgaben

|  |   |
|--|---|
| 2/2017   <i>Susanne Bertow</i>                         | Der neue § 25b AufenthG<br>ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?   |
| 2/2017   <i>Markus Meißner/Philipp Fitzek</i>          | Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)   |
| 1/2017   <i>Tim P. Holler/Christoph J. Bender</i>      | Der Ehebegriff als Methodenproblem  |
| 1/2017   <i>Torsten Noak</i>                           | Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt  |
| 4/2016   <i>Philipp Tolga Mavituna</i>                 | Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen   |
| 4/2016   <i>Markus Meißner</i>                         | Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen  |
| 3/2016   <i>Sarah Bunk</i>                             | Ist Ämterpatronage strafbar?  |
| 2/2016   <i>Christian F. Majer/Guido Philipp Ernst</i> | Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?   |
| 1/2016   <i>Torsten Noak</i>                           | Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben |
| 4/2015   <i>Sascha Brüggemann</i>                      | Anonymität im Internet  |
| 3/2015   <i>Patrick Christian Otto</i>                 | Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts  |
| 3/2015   <i>Christian F. Majer</i>                     | Die Strafbarkeit der Zwangs-heirat nach § 237 StGB.<br>Bilanz und Reformfragen  |
| 2/2015   <i>Simon Pschorr</i>                          | Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle  |
| 2/2015   <i>Arne Pautsch</i>                           | Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand  |
| 1/2015   <i>Christian Picker</i>                       | Das neue Mindestlohngesetz  |
| 4/2014   <i>Caprice Nina Doerbeck</i>                  | Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?                                  |
| 4/2014   <i>Sascha Brüggemann</i>                      | Datenkrake NSA  |
| 3/2014   <i>Alexander Bechtel</i>                      | Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?   |
| 2/2014   <i>Christian F. Majer</i>                     | Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung   |
| 2/2014   <i>Philipp K. Kauffmann</i>                   | In dubio pro – Selbstanzeige?   |
| 1/2014   <i>Andreas Lohbeck</i>                        | Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?   |
| 4/2013   <i>Philipp Kauffmann</i>                      | Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat   |
| 4/2013   <i>Stanyo Dinov</i>                           | Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan   |
| 3/2013   <i>Sebastian Brüggemann</i>                   | Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit  |

|  |   |
|--|---|
| <b>2/2013</b>   <i>Joachim Renzikowski</i>                   | Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.   |
| <b>1/2013</b>   <i>Andreas Lohbeck</i>                       | Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht  |
| <b>1/2013</b>   <i>Hartmut Kilger/Christian F. Majer</i>     | Die Ethik und die Rechtsanwälte   |
| <b>4/2012</b>   <i>Tobias Rist</i>                           | Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern                          |
| <b>3/2012</b>   <i>Christian F. Majer</i>                    | Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten   |
| <b>2/2012</b>   <i>Paul Popescu</i>                          | Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe |
| <b>1/2012</b>   <i>Julius Forschner</i>                      | Die Haftung von Ratingagenturen   |
| <b>1/2012</b>   <i>Nicolas Sonder</i>                        | Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?  |
| <b>1/2011</b>   <i>Dominik Skauradszun/Felix Hornfischer</i> | Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten   |
| <b>1/2011</b>   <i>Werner Walk/Nils Wiese</i>                | Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung   |

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

Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter

► [www.zeitschrift-jse.de](http://www.zeitschrift-jse.de).

## Autorinnen und Autoren gesucht!

### Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

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

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

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

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

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

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

### Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen