

### HERAUSGEBER

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

### Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)  
Philipp Louis (Stellvertretender Vorsitzender)  
Gabriel Schmidt (Schatzmeister)  
Richter Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)

### BEIRAT

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

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

## AUS DEM INHALT

---

### BEITRÄGE

*Sebastian Brüggemann*

Datenkrake NSA

*Caprice Nina Doerbeck*

Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten,  
Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen  
Lösung der Staatsanwaltschaft

### KLAUSUREN

*Janina Valeska Strecker*

Zivilrecht: „Die Untervermietung an Touristen“

*Joachim Renzikowski*

Strafrecht: „Venedig seh'n und erben“

### RECHTSPRECHUNG

*BGH*

Dem Angeklagten gebührt das letzte Wort!

*LAG Berlin-Brandenburg*

Kündigung – Veröffentlichen von Patientenfotos in  
sozialen Netzwerken

## Inhaltsverzeichnis

### BEITRÄGE

- Sebastian Brüggemann*  
Datenkrake NSA Seite ▶ 362
- Caprice Nina Doerbeck*  
Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und  
Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft Seite ▶ 386

### KLAUSUREN

- Janina Valeska Strecker*  
Übungsklausur Zivilrecht für Anfänger:  
„Die Untervermietung an Touristen“ Seite ▶ 413
- Joachim Renzikowski*  
Examensklausur Strafrecht:  
„Venedig seh'n und erben“ Seite ▶ 424

### RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

- BGH*  
Verschuldensunabhängige Erstattung von Privatgutachterkosten  
im Kaufrecht  
Urteil vom 30.04.2014 (*Julius Forschner*) Seite ▶ 439
- BGH*  
Konkludenter Vertragsschluss bei Energielieferungsverträgen  
Urteil vom 02.07.2014 (*Julius Forschner*) Seite ▶ 443

*LAG Berlin-Brandenburg*

Kündigung – Veröffentlichen von Patientenfotos in sozialen Netzwerken

Urteil vom 11.04.2014 (*Nikolaus Polzer*)

Seite ▶ 447

## RECHTSPRECHUNG STRAFRECHT

*BGH*

Rücktritt vom Versuch und außertatbestandliche Zweckerreichung

Beschluss vom 06.05.2014 (*Guido Philipp Ernst*)

Seite ▶ 457

*BGH*

Dem Angeklagten gebührt das letzte Wort!

Beschluss vom 24.06.2014 (*Guido Philipp Ernst*)

Seite ▶ 464

*LG Stuttgart*

Verwertbarkeit von Spontanäußerungen i. R. e. Notrufs im Falle  
späterer Zeugnisverweigerung

Beschluss vom 20.10.2014 (*Isabelle Grüner-Blatt*)

Seite ▶ 468

## RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

*OVG Münster*

Festsetzung einer Asylbewerberunterkunft im Bebauungsplan

Urteil vom 10.04.2014 (*Jan Knöbl*)

Seite ▶ 477

## Editorial

Das Jahr 2014 und damit der vierte Jahrgang der Zeitschrift Jura Studium & Examen neigen sich dem Ende. Die vorliegende Ausgabe enthält wieder zwei interessante Beiträge zu aktuellen Themen:

BRÜGGEMANN geht den juristischen Fragen nach, die sich aus der *NSA-Affäre* ergeben: Welche Grundrechte werden durch die Überwachung der weltweiten Kommunikation verletzt? Besteht eine Schutzpflicht des Staates gegenüber seinen Bürgern vor Angriffen auf diese Grundrechte durch ausländische Geheimdienste? Hat der Bürger ein „Recht zur digitalen Selbstverteidigung“?

DOERBECK behandelt die *Verständigung im Strafverfahren*, landläufig als „Deal“ zwischen Staatsanwaltschaft und Angeklagtem bekannt. Diese Praxis, die den Strafprozess verkürzen und das Gericht entlasten soll, findet seit langem auch in Deutschland Anwendung und hat seit Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes im Jahre 2009 eine klare Gesetzesgrundlage. Der Beitrag untersucht, unter welchen Umständen es der Staatsanwaltschaft möglich ist, sich nachträglich wieder von ihren im Rahmen einer solchen Verständigung getroffenen Zusagen zu lösen.

Neben einer zivilrechtlichen Übungsklausur von STRECKER („Die Untervermietung an Touristen“) und einer strafrechtlichen Examensklausur von RENZIKOWSKI („Venedig seh'n und erben“) enthält die vorliegende Ausgabe wie gewohnt wieder aktuelle und sorgfältig aufbereitete Entscheidungen deutscher Gerichte aus verschiedenen Rechtsgebieten. Unter anderem geht es dabei um die Kündigung gegen eine Krankenschwester wegen der Veröffentlichung von Patientenfotos bei Facebook, das letzte Wort des Angeklagten im Strafprozess und den Streit um eine Asylbewerberunterkunft.

Prof. Dr. Christian F. Majer  
Schriftleiter

Philipp Louis  
Stellvertretender Schriftleiter

Zeitschrift Jura Studium & Examen

BEITRAG

Dr. Sebastian Brüggemann, M. A.\*

## Datenkrake NSA

**Nichts sehen, nichts hören, laut schweigen – wie der Staat trotz gespielter Empörung beim Schutz seiner Bürger versagt. Und was machen eigentlich die deutschen Geheimdienste?**

Die zunehmende Digitalisierung und voranschreitende globale Vernetzung von Kommunikations- und Informationssystemen ist aus unserem Alltag längst nicht mehr wegzudenken. Überall hinterlassen wir Spuren. Wer wann mit wem und worüber kommuniziert, wer sich wann wo aufhält, was er sich ansieht oder sich gekauft hat. Mit verzücktem Entsetzen wähten wir uns als gläserner Konsument. Erst die Enthüllungen des Whistleblowers *Edward Snowden* haben uns vor Augen geführt, dass wir uns auf dem besten Wege befinden, auch zum gläsernen Bürger zu werden. Der „Big Brother“<sup>1</sup> war plötzlich wieder da, schlimmer noch, er war nie weg. Ein Jahr nach den Enthüllungen Snowdens hat sich die seitens der deutschen Politik längst für beendet erklärte<sup>2</sup> NSA-Affäre zu einem handfesten Agententhriller entwickelt, den nun auch die Politik nicht

länger mit Fassung trägt.<sup>3</sup> Unsere Verfassung dürfte dagegen nie eine tragende Rolle gespielt haben. Der Datenverkehr kennt keine Landesgrenzen, weshalb die Frage nach der Legitimation der geheimdienstlichen Tätigkeit kaum zu befriedigenden Antworten führt. Während der Bürger Schutz beim Staate sucht, werden in der Politik bereits die ersten Forderungen nach einem digitalen Wettrüsten der Geheimdienste laut.<sup>4</sup> Welche Rolle hat eigentlich der BND in der NSA-

<sup>1</sup> Der Begriff des „Großen Bruders“ (englisch „Big Brother“) entstammt George Orwells Roman 1984 und verkörpert dessen Fiktion eines totalitären Überwachungsstaates („Big brother is watching you“). Von Orwells literarischer Vorlage inspiriert, werden seit 1998 in vielen Ländern jährlich (staatliche) Organisationen, Unternehmen, aber auch Einzelpersonen, die durch eine besondere Missachtung der Privatsphäre und des Datenschutzes aufgefallen sind, mit dem sog. „Big Brother Award“ bedacht; vgl. ▶ <https://www.bigbrotherawards.de/> [Stand: 13.07.2014].

<sup>2</sup> Vgl. Zeit Online v. 12.08.2013, Pofalla erklärt NSA-Affäre für beendet, ▶ <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2013-08/nsa-bnd-pofalla--bundestag-spaehaffaere-snowden-abkommen> [Stand: 13.07.2014].

<sup>3</sup> Bezogen auf die Äußerungen des Bundestagspräsidenten Volker Kauder in der Sitzung vom 25.06.2014, der von Gregor Gysi auf die NSA-Affäre angesprochen entgegnete, er trage es mit Fassung; vgl. Plenarprotokoll 18/42 des Deutschen Bundestags, ▶ <http://www.bundestag.de/blob/285130/ca183b73a92b5a73ad47d302323757aa/18042-data.txt> [Stand: 13.07.2014].

<sup>4</sup> Vgl. Ehrmann, Heise Online v. 20.07.2014, Regierung bereitet umfassenden Plan zur Spionageabwehr vor, ▶ <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Regierung-bereitet-umfassenden-Plan-zur-Spionageabwehr-vor-2263254.html> [Stand: 20.07.2014] unter Berufung auf einen Bericht des „Spiegel“.

\* Der Autor ist Rechtsanwalt in Düsseldorf und Lehrbeauftragter für Internetrecht an der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen.

Affäre gespielt? Aber wer kehrt schon gerne vor der eigenen Tür, wenn er den moralischen Zeigefinger gegen andere richten kann. Alle Handys sind gleich, nur eines ist gleicher. Der Bürger bleibt beim Schutz seiner Privatsphäre auf sich allein gestellt, denn der ist vom „Supergrundrecht“ auf Sicherheit angenommen. Ein Glück, dass wir nichts zu verbergen haben.

### I. Das Jahr 1 nach Snowden

Im Juni 2013 berichteten der britische Guardian und die amerikanische Washington Post auf ihren Online-Portalen über die Überwachungsprogramme der National Security Agency (NSA) und des britischen Government Communications Headquarters (GCHQ), PRISM<sup>5</sup> und TEMPORA, und lösten damit in der Öffentlichkeit eine Welle der Empörung aus, die trotz der zahlreichen Bemühungen der deutschen Politik bis heute nicht verebbt ist.<sup>6</sup> Seither beherrscht das Thema die netzpolitische Diskussion.

Es gilt mittlerweile als erwiesen, dass die Geheimdienste, allen voran die NSA, aber auch der GCHQ und der BND, flächendeckend die Internet- und Fernmeldekommunikation abgreifen, speichern und auswerten oder mittels des PRISM-Nachfolgers XKeyscore sogar in Echtzeit überwachen. Die Überwachung

der internationalen Datenströme erfolgt dabei zum einen bei den Internetserviceprovidern (ISPs) selbst, die von den Geheimdiensten zur Herausgabe der von Ihnen für eigene Zwecke gespeicherten Kommunikationsdaten aufgefordert werden,<sup>7</sup> oder aber an internationalen Datenknoten wie beispielsweise dem DE-CIX in Frankfurt am Main. Nicht umsonst fürchten vor allem amerikanische ISPs die wirtschaftlichen Auswirkungen der NSA-Affäre.<sup>8</sup>

Während sich verschiedene gesellschaftliche Gruppen, u. a. Schriftsteller,<sup>9</sup> Wissenschaftler<sup>10</sup> und Rechtsanwälte,<sup>11</sup> für eine Aufklärung der Vorkommnisse und gegen weitere staatliche Überwachung ausgesprochen haben, hat die Politik erst reagiert, als bekannt wurde, dass auch das Handy der deutschen Bundeskanzlerin abgehört wurde. In diesem Falle hat der Generalbundesanwalt zwischen-

<sup>5</sup> Planning Tool for Resource Integration, Synchronization Management (PRISM).

<sup>6</sup> Eine Chronologie der Ereignisse findet sich u. a. auf [www.heise.de/extras/timeline/#vars!date=2013-06-06\\_15:19:30!](http://www.heise.de/extras/timeline/#vars!date=2013-06-06_15:19:30!) [Stand: 13.07.2014].

<sup>7</sup> Vgl. Spiegel Online v. 31.07.2014, Erstes Urteil: Microsoft muss US-Ermittlern Daten aus Europa herausgeben,

▶ <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/urteil-microsoft-muss-us-ermittlern-daten-aus-europa-herausgeben-a-983921.html> [Stand: 27.08.2014].

<sup>8</sup> Vgl. Spies, MMR 2013, 549 f.

<sup>9</sup> Vgl. FAZ Online v. 10.12.2013, Demokratie im digitalen Zeitalter,

▶ <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/buecher/themen/autoren-gegen-ueberwachung/demokratie-im-digitalen-zeitalter-der-aufruf-der-schriftsteller-12702040.html> [Stand: 14.07.2014].

<sup>10</sup> Vgl. Briegleb, Heise Online v. 03.01.2014, Wissenschaftler protestieren gegen Massenüberwachung,

▶ <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Wissenschaftler-protestieren-gegen-Massenueberwachung-2074832.html> [Stand: 14.07.2014].

<sup>11</sup> ▶ <https://rechtsanwaelte-gegen-totalueberwachung.de/> [Stand: 14.07.2014].

zeitlich ein Ermittlungsverfahren eingeleitet.<sup>12</sup> Die anlasslose Massenüberwachung deutscher Bürger erscheint dagegen zu wenig greifbar,<sup>13</sup> als dass hier weitere rechtliche Schritte zu erwarten wären. Aus diesem Grund scheiterte bereits die Klage des Berliner Rechtsanwalts Niko Härting vor dem BVerwG in Leipzig.<sup>14</sup>

Unabhängig davon, ob man geneigt ist, der Argumentation des BVerwG zu folgen, oder ob man sich der Auffassung anschließt, das Gericht habe es sich mit dem Verweis auf die nicht hinreichend substantiierte Darlegung der persönlichen Betroffenheit des Klägers zu einfach gemacht und eine Entscheidung in der Sache vermeiden wollen, man befindet sich bereits inmitten des juristischen Dschungels der unterschiedlichen Geheimdienste, ihrer Kompetenzen sowie der parlamentarischen und justiziellen Kontrolle.

<sup>12</sup> Pany, Telepolis v. 04.06.2014, NSA-Überwachung: Der Generalbundesanwalt ermittelt, <http://www.heise.de/tp/artikel/41/41932/1.html> [Stand: 14.07.2014].

<sup>13</sup> Der Chaos Computer Club (CCC) hat jüngst in den veröffentlichten Code-Fragmenten des Programms XKeyscore die (statische) IP-Adresse eines seiner Server gefunden und daraufhin seine Strafanzeige gegen die Bundesregierung und die Geheimdienste erweitert, vgl. Borchers/Wilkens, Heise Online v. 16.07.2014, NSA-Skandal: Chaos Computer Club will Strafanzeige gegen Bundesregierung erweitern, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/NSA-Skandal-Chaos-Computer-Club-will-Strafanzeige-gegen-Bundesregierung-erweitern-2261391.html> [Stand: 20.07.2014].

<sup>14</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 28.05.2014 – 6 A 1.13, PM Nr. 35/2014.

## II. Geheimdienste und demokratisches Verständnis

Den Ausgangspunkt bildet das ambivalente Verhältnis zwischen dem Sicherheits- und Freiheitsbedürfnis der Bürger. Während die fehlende Vernetzung und der unzureichende Informationsaustausch zwischen den Verfassungsschutzbehörden der Länder infolge zahlreicher Ermittlungsspannen im Rahmen des NSU-Prozesses öffentlich kritisiert wurden, steht die nahezu vollumfängliche Überwachung der NSA und der vorbildliche Informationsaustausch mit dem BND nun am Pranger.<sup>15</sup> Dieses Verhalten mag auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen, ist es dennoch keineswegs. Der Vergleich hinkt. Zwischen anlass- und einzelfallbezogenen Überwachungs- und Ermittlungsmaßnahmen im Zusammenhang mit einem bzw. mehreren Verbrechen sowie deren Aufklärung und der anlasslosen, massenhaften Überwachung der nahezu gesamten Fernmeldekommunikation weiter Teile der Bevölkerung bestehen nicht unwesentliche Unterschiede.

Bereits die Historie zeigt, dass das Verhältnis der Geheimdienste zur Demokratie ein eher angespanntes ist. Innerhalb einer demokratischen Grundordnung werden Geheimdienste stets einen Fremdkörper darstellen, auf den wir gleichwohl nicht verzichten können und wollen. So leisten die deutschen Nachricht-

<sup>15</sup> So nicht ganz unbegründet Wunderlin, PinG 2013, 52 (52).

tendienste einen wesentlichen Beitrag zur Aufklärung und Gefahrenprävention. Problematisch ist dies vor allem dort, wo sich die Tätigkeit der Geheimdienste aus Effizienzgründen der Kontrolle durch die Justiz entzieht und der Betroffene auch nach Abschluss einer Überwachungsmaßnahme aufgrund fehlender Kenntnis faktisch rechtslos gestellt wird. Während wir uns gegenüber dem eigenen Staat auf unsere Grundrechte und die Prinzipien unserer Verfassung, insbesondere die Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 GG) und die aus dem Rechtsstaatsprinzip erwachsende Garantie eines effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG), berufen können, sind wir im Verhältnis zu ausländischen Geheimdiensten auf internationale Abkommen und Konventionen angewiesen. Fraglich ist, ob der Staat nicht verpflichtet ist, seine Bürger vor Grundrechtseingriffen ausländischer Geheimdienste zu schützen?

### III. Der gläserne Bürger

Ziel der unterschiedlichen Überwachungsmaßnahmen sind die Kommunikationsdaten der Betroffenen, unabhängig davon, ob es sich um eine gezielte Überwachung im Einzelfall oder das verdachtsunabhängige, massenhafte Sammeln von Informationen handelt. Je nach Programm werden die Daten erhoben, gespeichert und erst im Anschluss daran anhand bestimmter Suchbegriffe analysiert (PRISM/TEMPORA), oder die Analyse

erfolgt in Echtzeit während des Transports (XKeyscore).

Im Fokus stehen dabei die so genannten „Meta-Daten“, also jene Informationen, wann und von wo, in welcher Sprache, wie lange mit wem kommuniziert und wie regelmäßig diese Kommunikation stattfindet. Über die Betreffzeile einer E-Mail lassen sich auf diese Art und Weise auch inhaltliche Bezüge herstellen, ohne dass es hierzu der Kenntnisnahme des eigentlichen Schreibens bedürfte. Aber auch hier wird mitgelesen.

#### 1. Anwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses

Für die rechtliche Beurteilung spielt diese Unterscheidung hingegen eine untergeordnete Rolle. Das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG erfasst neben den Kommunikationsinhalten auch die näheren Umstände eines Kommunikationsvorgangs und damit eben jene „Meta-Daten“.<sup>16</sup> Für die Frage, ob das Fernmeldegeheimnis einschlägig ist oder nicht, kommt es weniger auf die Art der transportierten Daten an als vielmehr auf die Frage, um was für eine Art von Verbindung es sich handelt und von welchem Ort und zu welchem Zeitpunkt der Zugriff durch die Geheimdienste erfolgt.

Die Frage, ob lediglich bestimmte Formen der Individualkommunikation, wie beispielsweise Internettelefonie (VoIP), oder auch an-

<sup>16</sup> Durner, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2013, Art. 10, Rn. 81, 87; Caspar, PinG 2014, 1 (3).

dere Formen der Internetkommunikation wie das Aufrufen von Webseiten (Browsen) oder Filesharing dem Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses unterliegen, ist nach wie vor nicht abschließend geklärt.<sup>17</sup> Jegliche Form der Internetkommunikation geht auf eine individuelle Verbindung des Nutzers zu seinem Accessprovider zurück, der ihm die notwendige (dynamische) IP-Adresse zuweist, die es dem Nutzer erst ermöglicht, am Internetverkehr teilzuhaben. Diese und damit auch jede weitere Verbindung unterliegt somit dem Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses. Eine Unterscheidung der unterschiedlichen Kommunikationsaktivitäten würde zunächst deren Kenntnisnahme voraussetzen und damit den Schutz des Fernmeldegeheimnisses systematisch unterlaufen.<sup>18</sup> Angesichts des hohen Stellenwerts dieses Grundrechts für das Funktionieren unserer demokratischen Grundordnung ist im Zweifel davon auszugehen, dass der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses eröffnet ist.<sup>19</sup>

Maßgeblich für die Anwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses sind dagegen Ort und Zeitpunkt des Zugriffs. Das Fernmeldegeheimnis schützt lediglich den Übermittlungsvorgang. Hat die Information den Empfänger bereits erreicht, endet der Schutzbe-

reich. Hier könnte dagegen das vom BVerfG in seiner Entscheidung zur heimlichen Onlinedurchsuchung neu eingeführte „Computer-Grundrecht“<sup>20</sup> greifen, sofern der Datenzugriff von Außerhalb erfolgt und nicht auf eine Beschlagnahme des PC zurückzuführen ist. Dies gilt der Rechtsprechung des BVerfG zufolge auch dann, wenn sich die E-Mails oder eine Kopie derselben nach Zustellung noch beim ISP des Empfängers befinden.<sup>21</sup> Diese Auffassung ist allerdings nicht unumstritten.

## 2. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Sollte das Fernmeldegeheimnis nicht einschlägig sein, greift subsidiär das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht durch das Volkszählungsurteil des BVerfG entwickelte Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG).<sup>22</sup> Es räumt dem einzelnen das Recht ein, über die Bekanntgabe und den Umgang seiner persönlichen Daten selbst zu bestimmen<sup>23</sup> und sich somit vor ungewollter und umfassender Profilbildung zu schützen.<sup>24</sup> Dies gilt nicht nur gegenüber Privaten, allen voran der Werbein-

<sup>17</sup> Ausführlich *Durner*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2013, Art. 10, Rn. 92 ff.

<sup>18</sup> Ausführlich hierzu *Brüggemann*, Der Drittauskunftsanspruch gegen Internetprovider, 2012, S. 175 f.; im Erg. auch *Sankol*, MMR 2006, 361 (364).

<sup>19</sup> Ähnlich *Durner*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2013, Art. 10, Rn. 95.

<sup>20</sup> BVerfG, Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, MMR 2008, 315 ff. m. Anm. *Bär*; ausführlich hierzu auch *Luch*, MMR 2001, 75 ff.

<sup>21</sup> BVerfG, Beschl. v. 16.06.2009 – 2 BvR 902/06, MMR 2009, 673 ff.

<sup>22</sup> BVerfG, Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, MMR 2008, 315 ff. m. Anm. *Bär*.

<sup>23</sup> *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2013, Art. 2, Rn. 175.

<sup>24</sup> *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2013, Art. 2, Rn. 174.

dustrie, sondern insbesondere gegenüber der Informationserhebung staatlicher Stellen. Hierunter fällt jede Form der Erhebung, Kenntnisnahme, Speicherung, Verwendung, Weitergabe oder Veröffentlichung persönlicher bzw. personenbezogener Informationen.<sup>25</sup> Die Erhebung, Speicherung und Auswertung personenbezogener Informationen durch die Geheimdienste stellt somit einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar, der grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig ist.

### 3. Das „Computer-Grundrecht“ des BVerfG

Das im Zuge der Rechtsprechung zur heimlichen Onlinedurchsuchung vom BVerfG ausgeprägte Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme schützt allenfalls vor gezielten Eingriffen in das System des Betroffenen, etwa durch die Installation so genannter „Spyware“.<sup>26</sup> Derartige Eingriffe können durchaus Gegenstand gezielter Überwachungsmaßnahmen sein und gehören somit nicht zum vorliegend behandelten Themenkomplex der anlasslosen Massenüberwachung der Fernmeldekommunikation durch die Geheimdienste.

<sup>25</sup> *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2013, Art. 2, Rn. 176.

<sup>26</sup> Unter „Spyware“ (dt. „Spähprogramm“) versteht man Software, die sich zumeist ohne Wissen des Nutzers auf dessen PC installiert und Informationen über diesen sammelt und weiterleitet.

### 4. Zwischenergebnis

Die anlasslose Massenüberwachung weiterer Teile der weltweiten Fernmeldekommunikation begründet gegenüber deutschen Bürgern einen Eingriff in das grundrechtlich geschützte Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG). Handelt es sich bei den gewonnenen Informationen um personenbezogene Daten, tritt ein Verstoß gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hinzu (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG). Beide Grundrechte gelten jedoch nicht schrankenlos, so dass Eingriffe mitunter gerechtfertigt sein können. Dies gilt umso mehr, als die Grundrechte zwar nationalstaatliche Institutionen binden, im Verhältnis zu ausländischen Geheimdiensten jedoch keine Wirkung entfalten. Hier bleibt zu klären, ob sich in solchen Fällen der Abwehranspruch des Bürgers gegenüber Maßnahmen der eigenen Staatsgewalt in einen Schutzanspruch umwandelt und wie weit dieser reicht.

### IV. Der Club der großen Brüder

Im Zusammenhang mit der anlasslosen Massenüberwachung der Fernmeldekommunikation deutscher Bürger stehen vor allem die NSA und das GCHQ im Fokus der Öffentlichkeit, während die Frage nach der Mitwirkung des BND derzeit noch ein Randdasein fristet.

### 1. Five Eyes

Die enge Zusammenarbeit zwischen amerikanischen und britischen Geheimdiensten geht auf eine kurz nach dem Ende des zweiten Weltkriegs geschlossene Vereinbarung zwischen den USA und Großbritannien zurück.<sup>27</sup> Ziel der Zusammenarbeit war die effektive Aufklärung der Sowjetunion sowie der hieraus hervorgegangenen Ostblock-Staaten. Später traten weitere Staaten wie Australien, Kanada und Neuseeland dem Abkommen bei. Diese werden landläufig auch als „Five Eyes“ bezeichnet. Weitere Staaten, darunter Deutschland, Japan und Norwegen, folgten. Die Intensität der Zusammenarbeit und des Informationsaustausches zwischen den einzelnen Mitgliedern variiert jedoch und ist innerhalb der Gruppe der Five Eyes stärker ausgeprägt als im Verhältnis zu den übrigen Mitgliedern. Ein Grund, warum der BND nach wie vor bestrebt ist, die Kooperation mit der NSA weiter auszubauen und letztendlich in den Zirkel der Five Eyes aufzusteigen.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Vgl. *Norton-Taylor*, *The Guardian* v. 25.06.2010, Not so secret: deal at the heart of UK-US intelligence, <http://www.theguardian.com/world/2010/jun/25/intelligence-deal-uk-us-released> [Stand: 13.07.2014].

<sup>28</sup> Vgl. *Rest*, *Frankfurter Rundschau Online* v. 04.07.2014, Der Eifer des NSA-Wurmfortsatzes BND, <http://www.fr-online.de/datenschutz/kooperation-bnd-nsa-der-eifer-des-nsa-wurmfortsatzes-bnd,1472644,27711738.html> [Stand: 13.07.2014].

### 2. PRISM / XKeyscore – Die Überwachung durch die NSA

Bei der NSA handelt es sich um den größten Auslandsgeheimdienst der USA und den namensgebenden Hauptakteur der aktuellen Geheimdienst-Affäre. In die Zuständigkeit der NSA fallen die nachrichtendienstliche Auslandsaufklärung und somit auch die Überwachung der weltweiten Fernmeldekommunikation. Sie steht darüber hinaus als Teil der so genannten „Intelligence Community“ im regen Austausch mit den übrigen US-Geheimdiensten und untersteht der Aufsicht des US-Verteidigungsministeriums (Department of Defense).

Das Programm PRISM eröffnet der NSA die Möglichkeit, auf die über die beteiligten ISPs<sup>29</sup> abgewickelten Kommunikationsvorgänge zuzugreifen und diese anhand bestimmter Kriterien zu filtern und zu analysieren. Wie jüngst bekannt wurde, hat die NSA zu diesem Zweck eine eigene Suchmaschine (ICREACH) entwickelt.<sup>30</sup> Die Software XKeyscore dagegen erweitert die bestehenden Überwachungsmöglichkeiten der NSA um verbesserte Suchalgorithmen sowie die

<sup>29</sup> Zu den beteiligten Unternehmen zählen u. a. Microsoft (insbes. der VoIP-Dienst Skype), Google, Yahoo und Facebook.

<sup>30</sup> Vgl. *Holland*, *Heise Online* v. 26.08.2014, NSA-Skandal: ICREACH durchsucht Hunderte Milliarden Kommunikationsdateien, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/NSA-Skandal-ICREACH-durchsucht-Hunderte-Milliarden-Kommunikationsdaten-2302227.html> [Stand: 27.08.2014].

Möglichkeit, derartige Suchanfragen in Echtzeit durchzuführen.

Als rechtliche Grundlagen der Überwachungspraxis der NSA sind sowohl der US Patriot Act als auch der Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA) zu nennen. Der Patriot Act stellt eine unmittelbare Reaktion des amerikanischen Gesetzgebers auf die Anschläge vom 11. September 2001 dar und dient vorwiegend der Terrorismusbekämpfung. Seither hat er zahlreiche Änderungen erfahren und wurde angesichts der ursprünglich zeitlich begrenzten Einführung mehrfach verlängert. Er räumt den US-Geheimdiensten weitreichende Rechte zur Telekommunikationsüberwachung ein und nimmt internationale Kollateralschäden in Kauf. FISA erweitert diese Befugnisse um weitreichende Auskunftsrechte gegenüber amerikanischen ISPs, die auf Anfrage der Behörden von einem geheim tagenden Sondergericht, dem sogenannten FISA Court, geprüft und entschieden werden.

Im Zusammenhang mit der NSA-Affäre haben die Amerikaner gegenüber der Bundesregierung erklärt, sich bei Überwachungsmaßnahmen auf deutschem Hoheitsgebiet an deutsches Recht zu halten.<sup>31</sup> Dies darf allerdings bezweifelt werden, zumal die USA als souveräner Staat nicht an deutsches Recht gebunden sind. Eine Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Massenüberwachung kann da-

her allenfalls auf Grundlage des Völkerrechts erfolgen.

Danach sind Überwachungsmaßnahmen nicht grundsätzlich verboten, können jedoch unter bestimmten Umständen gegen Völkerrecht verstoßen, etwa wenn durch das Handeln auf fremden Hoheitsgebiet die Souveränität des Staates verletzt wird. Dies wäre jedoch nur dann der Fall, wenn die NSA Maßnahmen in Deutschland durchgeführt hätte. Soweit sie lediglich den Internetverkehr an außerhalb Deutschlands gelegenen Internetknotenpunkten abgehört haben, scheidet eine Verletzung der Souveränität aus.<sup>32</sup>

Das Abhören des Kanzlerinnenhandys könnte dagegen eine Verletzung des völkerrechtlichen Interventionsverbots begründen, das die Einmischung in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates untersagt.<sup>33</sup> Letztendlich kommt auch eine Verletzung der menschenrechtlichen Bestimmungen des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (ICCPR) von 1966 in Betracht.<sup>34</sup>

### 3. TEMPORA – Das britische GCHQ

Beim GCHQ handelt es sich um den mit der Aufklärung der Fernmeldekommunikation befassten britischen Geheimdienst. Aus den Unterlagen Snowdens geht hervor, dass TEMPORA eine weitaus umfangreichere

<sup>31</sup> Vgl. *Ewer/Thienel*, NJW 2014, 30 (30).

<sup>32</sup> Ausführlich *Ewer/Thienel*, NJW 2014, 30 (31 f.).

<sup>33</sup> So wohl *Ewer/Thienel*, NJW 2014, 30 (31 f.).

<sup>34</sup> Vgl. *Ewer/Thienel*, NJW 2014, 30 (32).

Überwachung der Fernmeldekommunikation ermöglicht als PRISM. Der GCHQ bedient sich des Programms, um den transatlantischen Datenverkehr, der zu einem großen Teil über britische Internetknotenpunkte abgewickelt wird, zu überwachen.

Grundsätzlich gelten für die rechtliche Beurteilung der Massenüberwachung durch den GCHQ dieselben internationalen Regelungen wie im Verhältnis zu den USA (s. o.). Im Falle Großbritanniens kommt darüber hinaus jedoch noch eine Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention in Betracht. Betroffen könnten sowohl das Recht auf Privatsphäre (Art. 8 EMRK) als auch das Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 10 EMRK) sein. Zwar gelten diese Rechte nicht unbeschränkt, Eingriffe unterliegen jedoch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Angesichts des Umstandes, dass der EGMR sich bereits in zwei Entscheidungen mit der Telekommunikationsüberwachungspraxis der britischen Geheimdienste beschäftigt und diesbezüglich enge Rahmenbedingungen aufgezeigt hat, gilt es als wahrscheinlich, dass die derzeitige Praxis des GCHQ gegen die EMRK verstößt.<sup>35</sup> Ein weiteres Verfahren, angestoßen von der britischen Organisation Big Brother Watch, dem Schriftstellerverband PEN und dem Chaos Computer Club (CCC), ist derzeit beim EGMR anhängig.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> So auch *Ewer/Thienel*, NJW 2014, 30 (32 f.).

<sup>36</sup> Vgl. Application No. 58170/13, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-140713#{%22itemid%22:\[%22001-140713%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-140713#{%22itemid%22:[%22001-140713%22]}) [Stand: 27.08.2014].

Ungeachtet dessen will Großbritannien seine Überwachungskompetenzen weiter ausbauen und die gerade vom EuGH verworfene Vorratsdatenspeicherung<sup>37</sup> im Eilverfahren mit der Data Retention and Investigatory Powers Bill (DRIP) wieder einführen.<sup>38</sup>

#### 4. Die deutschen Nachrichtendienste im Überblick

Auch die Bundesrepublik verfügt über eine Vielzahl unterschiedlicher Institutionen zur Gefahrenprävention und nachrichtendienstlichen Aufklärung. Neben den Polizeibehörden des Bundes und Länder sind hier vor allem (1) der Bundesnachrichtendienst (BND), (2) das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) und die zugehörigen 16 Landesämter für Verfassungsschutz sowie (3) der Militärische Abschirmdienst der Bundeswehr (MAD) zu nennen.<sup>39</sup> Hier den Überblick über die unterschiedlichen Zuständigkeiten, Befugnisse und Kompetenzen der einzelnen Dienste im Spannungsfeld von Bund und Ländern, Polizeibehörden, Militär und Nachrichtendiensten zu behalten, dürfte wohl auch den Beteiligten in der Praxis oftmals Schwierigkeiten bereiten. Die folgende Dar-

<sup>37</sup> EuGH, Urt. v. 08.04.2014 – C-293/12 u. C-594/12, MMR 2014, 412 ff.

<sup>38</sup> *Holland*, Heise Online v. 15.07.2014, DRIP: Großbritannien will per Eilgesetz weltweit überwachen dürfen, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/DRIP-Grossbritannien-will-per-Eilgesetz-weltweit-ueberwachen-duerfen-2260801.html> [Stand: 20.07.2014].

<sup>39</sup> *Ibler*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2013, Art. 87, Rn. 135 ff.

stellung beschränkt sich daher auf die wesentlichen drei Akteure: BND, BfV und MAD, wobei im Zusammenhang der NSA-Affäre der BND in den Fokus rückt.

Die Nachrichtendienste (Geheimdienste) des Bundes stehen unter Aufsicht des parlamentarischen Kontrollgremiums (PKG) des Bundestags. Zwischen Nachrichtendiensten und Polizeibehörden wiederum herrscht eine strikte Aufgabentrennung: Die Aufgabe der Nachrichtendienste beschränkt sich dabei auf die „Sammlung und Auswertung von Informationen“ innerhalb ihres jeweiligen, vom Gesetz zugewiesenen Zuständigkeitsbereichs (beispielsweise § 8a Abs. 2 BVerfSchG). Sie werden weder im Bereich der Strafverfolgung noch zur Gefahrenabwehr aktiv tätig (Trennungsgebot).<sup>40</sup> Dies ist Aufgabe der Polizeibehörden. Ein Austausch von Informationen zwischen den unterschiedlichen Behörden ist grundsätzlich zulässig, allerdings werden hieran hohe Anforderungen gestellt.<sup>41</sup> Umstritten ist vor allem, inwiefern durch die Nachrichtendienste gewonnene Informationen im Bereich der Strafverfolgung verwertet werden dürfen.<sup>42</sup>

#### 4.a) Der Bundesnachrichtendienst (BND)

Dieser aus der militärischen Feindaufklärung der Wehrmacht hervorgegangene und 1946

<sup>40</sup> Ausführlich zum Trennungsgebot des Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG, *Ibler*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2013, Art. 87, Rn. 143.

<sup>41</sup> Ausführlich *Ibler*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2013, Art. 87, Rn. 142.

<sup>42</sup> Ausführlich hierzu *Gercke*, CR 2013, 749 ff.

unter Aufsicht der Amerikaner weitergeführte Geheimdienst wurde 1955 durch einen Kabinettsbeschluss der damaligen Bundesregierung in Bundesnachrichtendienst (BND) umbenannt und in die Bundesverwaltung integriert. Seine gesetzliche Legitimation erhielt der BND erst 1990 mit dem Gesetz über den Bundesnachrichtendienst (BNDG).<sup>43</sup> Danach ist der BND u. a. zuständig für die Sammlung von Informationen „über Vorgänge im Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind“, sofern sie nicht auf andere Weise zu erlangen sind und ihre Erhebung nicht in den Zuständigkeitsbereich einer anderen Behörde fällt (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 BNDG). Die Zuständigkeit des BND beschränkt sich demnach auf Auslandskommunikation. Dieser Umstand dürfte den Dienst bei seiner Aufklärungs- und Überwachungstätigkeit im digitalen Kontext erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten bereiten. Datenströme kennen keine Landesgrenzen, und der Anteil der Nutzung internationaler bzw. amerikanischer IT- und Kommunikationsdienste wie WhatsApp, Facebook oder Google ist in der deutschen Bevölkerung weit verbreitet.

#### 4.b) Der Verfassungsschutz

Das Bundesamt für Verfassungsschutz wurde 1950 durch Anordnung der Bundesregierung auf Grundlage des BVerfSchG mit Sitz in

<sup>43</sup> *Ibler*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2013, Art. 87, Rn. 157.

Köln gegründet und in die Bundesverwaltung integriert und untersteht dem Innenministerium (§ 2 Abs. 1 BVerfSchG). Es soll vor allem der Zusammenarbeit der unterschiedlichen Verfassungsschutzbehörden der Länder dienen (§ 2 BVerfSchG).<sup>44</sup> Aufgabe des Verfassungsschutzes ist es, Informationen u. a. über „Bestrebungen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gerichtet sind oder eine ungesetzliche Beeinträchtigung der Amtsführung der Verfassungsorgane des Bundes oder eines Landes oder ihrer Mitglieder zum Ziele haben“, sowie Erkenntnisse über „sicherheitsgefährdende oder geheimdienstliche Tätigkeiten“ und Bestrebungen „gegen den Gedanken der Völkerverständigung“ zu sammeln (§ 3 Abs. 1 BVerfSchG). Die Zuständigkeit des Verfassungsschutzes ist folglich nach innen gerichtet und erfasst ausschließlich inländische Kommunikationsvorgänge.

#### 4.c) Der Militärische Abschirmdienst

Der Militärische Abschirmdienst (MAD) ging wie auch der BND aus einer bereits zuvor bestehenden militärischen Gruppierung hervor und wurde 1956 vom Bundesverteidigungsministerium der neu gegründeten Bundeswehr zugeordnet. Seine gesetzliche Grundlage erhielt der MAD erst im Jahr 1990 (MADG). Die Aufgabenbeschreibung des MAD ist weitgehend identisch mit der des

BfV, beschränkt sich jedoch auf Informationen, die Personen, Dienststellen oder Einrichtungen des Bundesverteidigungsministeriums betreffen (§ 1 Abs. 1 MADG).<sup>45</sup>

#### 4.d) Zusammenfassung

Aufgrund des für alle Nachrichtendienste geltenden Trennungsgebots verfügt keiner der genannten Dienste über die Möglichkeit zum tatsächlichen Einschreiten. Ihre Aufgabe bleibt auf das Feld der Informationsbeschaffung, entsprechend ihrer jeweiligen Zuständigkeit, beschränkt. Nach der Intention des Gesetzgebers verfügt keiner der genannten Dienste über eine vollumfängliche Überwachungszuständigkeit für Kommunikationsvorgänge im In- und Ausland.

### V. Demokratische Überwachung oder überwachte Demokratie?

Die Legitimationsgrundlage für die Einrichtung der Nachrichtendienste des Bundes findet sich in Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG und entspricht dem Gedanken einer „streitbare(n), wehrhafte(n) Demokratie“.<sup>46</sup> Der Gesetzgeber war sich dabei der Gratwanderung bewusst, die die Einrichtung derartiger Dienste innerhalb einer freiheitlichen demokratischen Grundordnung mit sich bringt, weshalb er die Kompetenzen und Zuständigkeiten der einzelnen Nachrichtendienste deut-

<sup>44</sup> Ibler, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2013, Art. 87, Rn. 145 f.

<sup>45</sup> Ibler, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 2013, Art. 87, Rn. 158.

<sup>46</sup> Vgl. BVerfGE 28, 36 (48 f.); BVerfGE 39, 334 (369 f.); BVerfGE 63, 266 (308 ff.); Werthebach/Droste-Lehnen, DÖV 1992, 514 ff.

lich eingegrenzt und insbesondere eine Trennung von nachrichtendienstlicher Aufklärung und polizeilicher Ausführung verankert hat.

## 1. Kompetenzen der deutschen Nachrichtendienste

Zur Erhebung, Speicherung und weiteren Verarbeitung personenbezogener Daten bedarf es seit dem Volkszählungsurteil des BVerfG im Jahre 1982 einer bereichsspezifischen Ermächtigungsgrundlage.<sup>47</sup> Die Nachrichtendienste bilden hier keine Ausnahme. Daher enthalten das BNDG, das BVerfSchG sowie das MADG präzise Regelungen hinsichtlich Art, Umfang und Voraussetzungen der Erhebung, Speicherung und Verarbeitung personenbezogener Daten. Hierzu zählen neben dem Anwerben von Informanten und Verbindungsleuten die Observation Verdächtiger, vor allem aber ein Anspruch gegenüber Internetservice Providern und sonstigen Telekommunikationsdiensten (§ 113 TKG) über die Bestandsdaten (§ 3 Nr. 3 TKG) ihrer Kunden. Hierzu zählen beispielsweise Name und Anschrift des jeweiligen Anschlussinhabers, seine Telefonnummer, nicht aber die IP-Adresse, die i. d. R. einen unmittelbaren Bezug zu einem konkreten Kommunikationsvorgang aufweist und damit zu den Verkehrsdaten (§ 3 Nr. 30 TKG) zählt. Diese wiederum unterliegen dem besonderen Schutz des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10

GG, § 88 TKG). Gegenüber der Überwachung von Fernmeldekommunikationsvorgängen, also dem Abfangen von Daten während des Übertragungsvorgangs, ist der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses eröffnet.

Anders als der Wortlaut des Art. 10 GG vermuten lässt, ist das Fernmeldegeheimnis nicht „unverletzlich“ (Art. 10 Abs. 1 GG). Die Voraussetzungen für etwaige Eingriffe finden sich nämlich direkt im Anschluss in Abs. 2.<sup>48</sup> Demnach bedarf es zur Einschränkung des Fernmeldegeheimnisses einer gesetzlichen Grundlage, die den Anforderungen des Zitiiergebots (Art. 19 Abs. 1 GG) entspricht, also das Grundrecht, das eingeschränkt werden soll, benennt. Art. 10 Abs. 2 GG sieht jedoch auch vor, dass Betroffene unter bestimmten Umständen auch nachträglich nicht über den erfolgten Eingriff in ihre Grundrechte in Kenntnis gesetzt werden müssen. Sofern der Eingriff „dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes“ dient, tritt an die Stelle des Rechtswegs die Überprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane (Art. 10 Abs. 2 GG). In Anbetracht des hohen Stellenwerts des Fernmeldegeheimnisses<sup>49</sup> erscheint eine solche Umgehung der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 GG) und des Gebots eines effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) zumindest bedenklich.

<sup>47</sup> BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, NJW 1984, 419 (422 f.).

<sup>48</sup> *Schneider* spricht in diesem Zusammenhang von einer „Mogelpackung“, vgl. *Schneider*, c't 2013, Heft 21, 140 (141).

<sup>49</sup> So auch *Schneider*, c't 2013, Heft 21, 140, 141.

Gerade die Rechtsprechung des BVerfG im Bereich der Sicherheitsgesetze, etwa zur heimlichen Onlinedurchsuchung oder zur Umsetzung der Vorratsdatenspeicherung, hat gezeigt, wie weit die Vorstellungen von Exekutive, Legislative und Judikative hinsichtlich der Grenzen unserer Verfassung auseinandergehen.

Die Voraussetzungen für Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis finden sich nicht in den Gesetzen der Nachrichtendienste, sondern in dem 2001, wenige Monate vor den Ereignissen des 11. September, in Kraft getretenen Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (G10). Die Neufassung wurde notwendig, da das BVerfG Teile der vorherigen Fassung des Artikel-10-Gesetzes von 1968 für verfassungswidrig erklärt hatte.<sup>50</sup> Das G10 räumt den Nachrichtendiensten hinsichtlich der Überwachung der Fernmeldekommunikation weitreichende Befugnisse ein. Der Rechtsweg dagegen ist bis zum Abschluss der Überwachungsmaßnahme und ggf. auch darüber hinaus ausgeschlossen (Art. 10 Abs. 2 GG).

Das G10 ermächtigt die Nachrichtendienste des Bundes, unterschiedliche Überwachungsmaßnahmen in Bezug auf Fernmeldekommunikationsvorgänge durchzuführen. Erlaubt sind danach sowohl die einzelfallbezogene Überwachung als auch Maßnahmen

der strategischen Telekommunikationsüberwachung.

### **1.a) Gezielte Überwachung im Einzelfall**

Voraussetzung einer gezielten Telekommunikationsüberwachung durch die Nachrichtendienste ist die Erforderlichkeit zur Abwehr von „drohenden Gefahren für die freiheitliche Grundordnung oder den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes“ (§ 1 G10). Maßnahmen des BND müssen darüber hinaus die Aufdeckung bestimmter Aspekte internationaler Schwerekriminalität (beispielsweise terroristische Anschläge, Kriegswaffenschmuggel, Drogen- und Menschenhandel) bezwecken. Dies setzt voraus, dass der BND über tatsächliche Anhaltspunkte verfügt, die den Verdacht der Begehung einer schweren Straftat begründen, und sich die Maßnahme gegen eine verdächtige Person oder eine solche richtet, die von dieser gezielt zur Übermittlung von Nachrichten eingesetzt wurde. Eine flächendeckende Überwachung wie im Falle der NSA bzw. des GCHQ ist auf dieser Grundlage nicht zulässig.

Die Anbieter von Post- und Telekommunikationsdiensten sind gemäß § 2 G10 in gewissem Umfang zur Mitwirkung verpflichtet. So haben sie umfassend Auskunft über die näheren Umstände eines Fernmeldekommunikationsvorgangs zu erteilen, übermittelte Sendungen auszuhändigen und die Überwachung und Aufzeichnung zu ermöglichen so-

<sup>50</sup> BVerfG, Urt. v. 14.07.1999 – 1 BvR 2226/94, 2420/95 u. 2437/95, NJW 2000, 55 ff.

wie unter Umständen technische Schnittstellen zum automatisierten Abruf der Informationen bereitzustellen. Näheres regelt das Telekommunikationsgesetz (TKG) i. V. m. Telekommunikationsüberwachungsverordnung (TKÜV).

### 1.b) (strategische) Massenüberwachung

Der BND ist darüber hinaus nach § 5 G10 berechtigt, auch ohne Verdacht Maßnahmen der strategischen Telekommunikationsüberwachung („elektronische Staubsaugerfahndung“<sup>51</sup>) durchzuführen.<sup>52</sup> Voraussetzung einer derartigen präventiven, verdachtsunabhängigen Überwachung internationaler Telekommunikationsbeziehungen<sup>53</sup> ist zunächst ein Antrag des BND beim zuständigen Bundesinnenministerium sowie beim Parlamentarischen Kontrollgremium. Die Maßnahme muss dabei der Kenntniserlangung und Erkennung sowie der Abwehr von Gefahren aus dem Ausland dienen. Ein abschließender Katalog der entsprechenden Tatbestände findet sich in § 5 Abs. 1 G10 (u. a. Terrorismus, internationale Schwerekriminalität wie Kriegswaffenhandel oder Geldwäsche). Die Über-

wachung selbst erfolgt in einem dreistufigen Verfahren.

(1) Auf der ersten Stufe werden die Daten an einem (internationalen) Internetknotenpunkt, wie beispielsweise dem DE-CIX in Frankfurt am Main, durch den BND abgegriffen. Voraussetzung ist, dass die Datenübertragung gebündelt erfolgt, wodurch eine Überwachung von Einzelverbindungen ausgeschlossen werden soll. Ferner ist die Maßnahme auf einzelne Telekommunikationsbeziehungen beschränkt und darf gemäß § 10 Abs. 4 S. 4 G10 maximal bis zu 20 Prozent der Bandbreite internationaler Telekommunikationsanbieter abdecken. Hierdurch solle eine flächendeckende Überwachung der gesamten über einen bestimmten Knotenpunkt abgewickelten Kommunikation vermieden werden.<sup>54</sup> Bei entsprechend großzügig bemessenen Kapazitätsreserven könnten 20 Prozent der Bandbreite theoretisch auch die gesamte Internetkommunikation erfassen.<sup>55</sup> Die Überwachung muss sich zudem auf internationale Verbindungen beschränken, die einen Bezug zur Bundesrepublik Deutschland aufweisen müssen, also „von oder nach Deutschland geführt werden“.<sup>56</sup> Inländische Kommunikationsvorgänge müssen außen vor blei-

<sup>51</sup> *Schneider*, c't 2013, Heft 21, 140 (142); *Huber* spricht in diesem Zusammenhang von „Rasterfahndung“, *Huber*, NJW 2013, 2572 ff.

<sup>52</sup> BVerfGE 100, 313; *Huber*, NJW 2013, 2572 (2573); *Wunderlin*, PinG 2013, 52 (54); *Bäcker*, K&R 2014, 556, (557).

<sup>53</sup> Bezeichnenderweise erfasst die Definition ausschließlich Telekommunikationsverbindungen, die aus Deutschland kommen oder dorthin gehen, vgl. BT-Drs. 17/9640, S. 6; krit. *Huber*, NJW 2013, 2572 (2573); *Caspar*, PinG 2014, 1 (2).

<sup>54</sup> BT-Drs. 14/5655, S. 18.

<sup>55</sup> So auch *Heumann*, PinG 2014, 7 (8); Der Gedanke, dass dies (noch) außerhalb der technischen Möglichkeiten des BND liege (so BT-Drs. 14/5655, S. 18; *Huber*, NJW 2013, 2572 (2573)), ist angesichts des zu befürchtenden Wettrüstens der Geheimdienste (s. o.) nur wenig tröstlich; ähnlich auch *Caspar*, PinG 2014, 1 (6); *Bäcker*, K&R 2014, 556 (558).

<sup>56</sup> BT-Drs. 14/5655, S. 18, *Huber*, NJW 2013, 2572 (2573); *Caspar*, PinG 2014, 1 (2 f.).

ben. Die Umsetzung dieser Anforderung ist in der Praxis jedoch umstritten. Aufgrund der Internationalität der Internetdienste genügt es nicht bereits .de-Domains von der Erfassung auszuschließen. Derzeit schließt der BND E-Mails von der Überwachung aus, deren Absender über deine .de-Domain verfügen. Derartige rudimentäre Beschränkungen sind aber schon offensichtlich ungeeignet. Der vom BVerfG im Zusammenhang mit der Überwachung der Datenverbindungen von Journalisten entwickelte Grundsatz, wonach eine Kenntnisnahme unumgänglich und somit zulässig ist, sofern die Informationen danach unverzüglich gelöscht werden, stellt zwar einen möglichen Lösungsansatz dar, vermag aufgrund des bereits erfolgten, an sich rechtswidrigen Eingriffs in das Fernmeldegeheimnis jedoch nicht zu überzeugen.<sup>57</sup>

(2) Auf der zweiten Stufe erfolgt dann die Filterung des Datenverkehrs nach bestimmten Suchkriterien, die zunächst beim Innenministerium beantragt und von diesem genehmigt werden müssen. In Betracht kommen dabei sowohl formale (z. B. Telefonnummern, E-Mail-Adressen etc.) als auch inhaltliche Suchbegriffe (Namen, Begriffe etc.). Diese müssen grundsätzlich zur Aufklärung des Sachverhalts geeignet,<sup>58</sup> gleichzeitig aber so gewählt sein, dass sie keine personenbezogenen Individualisierungsmerkmale enthalten, es sei denn, die Betroffenheit deutscher

Staatsbürger kann mit Sicherheit ausgeschlossen werden (§ 5 Abs. 2 S. 3 GlO).<sup>59</sup> Ebenfalls unzulässig sind Suchbegriffe, die den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung berühren (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG, § 5 Abs. 2 S. 2 GlO). Auch diese Anforderungen dürften in der Praxis nur schwerlich umzusetzen sein.

(3) Auf der dritten Stufe erfolgt sodann eine manuelle Überprüfung der ausgefilterten Daten auf ihre Relevanz. Auch dieser Schritt begründet einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis, da die Auswertung in Deutschland stattfindet und somit stets einen hinreichenden territorialen Bezug staatlichen Handelns aufweist.<sup>60</sup> Der BND hat die gespeicherten Daten unverzüglich auf ihre Erforderlichkeit im Hinblick auf den Zweck der Überwachungsmaßnahme zu untersuchen und im Falle eines negativen Ergebnisses zu löschen. Diese Prüfung ist in Abständen von sechs Monaten zu wiederholen. Werden die Daten nicht länger benötigt, ist der Betroffene und damit auch notwendig dessen Kommunikationspartner über die erfolgte Überwachungsmaßnahme zu informieren, es sei denn die Mitteilung gefährde den Zweck der Überwachungsmaßnahme oder lasse „übergreifende Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines Landes“ befürchten.<sup>61</sup> In der Praxis dürf-

<sup>57</sup> Ähnlich *Schneider*, c't 2013, Heft 21, 140 (142).

<sup>58</sup> *Huber*, NJW 2013, 2572 (2573).

<sup>59</sup> Krit. gegenüber der Verfassungskonformität dieser Norm im Hinblick auf Art. 10 GG, *Huber*, NJW 2013, 2572 (2574); *Bäcker*, K&R 2014, 556 (559).

<sup>60</sup> BVerfGE 100, 313 (363 f.); *Huber*, NJW 2013, 2572 (2574).

<sup>61</sup> *Huber*, NJW 2013, 2572 (2574).

te diese Ausnahme eher der Regel entsprechen, auch wenn der BND den Verzicht auf die Benachrichtigung durch die G10-Kommission genehmigen lassen muss. Geschieht dies, ist der Rechtsweg ausgeschlossen. Eine Benachrichtigung der Kommunikationspartner sieht das Gesetz, anders als etwa im Falle strafprozessualer Überwachungsmaßnahmen, erst gar nicht vor.<sup>62</sup>

## 2. Parlamentarische Kontrolle

Die Kontrolle der nachrichtendienstlichen Tätigkeit obliegt der G10-Kommission. Sie hat zu entscheiden, ob sich die einzelnen Nachrichtendienste bei der Ausübung ihrer Tätigkeit an die gesetzlichen Vorgaben gehalten haben oder nicht. Die Kommission besteht aus acht Mitgliedern, bei denen es sich im Wesentlichen um Staatssekretäre und ehemalige Bundestagsabgeordnete handelt. Kenntnisse in den Bereichen des Informations-, Telekommunikations- oder Datenschutzrechts sind keine zwingenden Voraussetzungen und scheinen bei der Auswahl eher eine untergeordnete Rolle zu spielen.<sup>63</sup>

Der G10-Kommission übergeordnet ist das Parlamentarische Kontrollgremium (PKGr) des Bundestags (Art. 45d GG), das sich aus derzeit 11 Parlamentariern der einzelnen Fraktionen entsprechend ihrer jeweiligen

Stärke zusammensetzt.<sup>64</sup> Fachkunde scheint auch hier nicht zu den relevanten Besetzungskriterien zu zählen. Zudem ist fraglich, inwieweit die Bundesregierung den ihr von der Verfassung auferlegten Unterrichtungspflichten (Art. 45d GG) nachkommt.<sup>65</sup> Aufgabe des PKGr ist es, die Arbeit der Nachrichtendienste im Auftrag des Bundestags zu überwachen. Zu diesem Zweck sieht das PKGr entsprechende Kontrollrechte vor. Hierzu zählt das Recht auf Zutritt zu Einrichtungen der Nachrichtendienste, das Recht auf Akteneinsicht sowie zur Ladung und Befragung von Mitarbeitern der Nachrichtendienste. Die Sitzungen des parlamentarischen Kontrollgremiums finden unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt und werden als Geheimsache eingestuft (§ 10 Abs. 1 PKGr). Gleichwohl gelangten in der Vergangenheit wiederholt Informationen aus den Sitzungen an die Öffentlichkeit.

Die Arbeit des parlamentarischen Kontrollgremiums betrifft dabei vor allem auch diejenigen Überwachungsmaßnahmen des BND, die auf Grundlage der §§ 1 Abs. 2 und 2 Abs. 1 BNDG erfolgen und außerhalb des Anwendungsbereichs der G10-Kommission liegen, also die reine Ausland-zu-Ausland-Kommunikation ohne unmittelbaren territorialen Bezug zur Bundesrepublik Deutschland. Damit unterliegen diese Überwachungsmaßnahmen auch nicht den sonstigen Beschrän-

<sup>62</sup> Krit. auch *Huber*, NJW 2013, 2572 (2574).

<sup>63</sup> *Schneider* bezeichnet die G10-Kommission gar als „zahnlose Alibi-Instanz“, vgl. *Schneider*, c't 2013, Heft 21, 140 (141).

<sup>64</sup> Ausführlich zu den Befugnissen des parlamentarischen Kontrollgremiums, *Huber*, NVwZ 2009, 1321 ff.

<sup>65</sup> So auch *Huber*, NJW 2013, 2572 (2575).

kungen des G10. Grundsätzlich unterfällt aber auch diese dem Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses aus Art. 10 GG,<sup>66</sup> so dass die Überwachung in Ermangelung einer entsprechend hinreichend ausgestalteten Ermächtigungsgrundlage (Zitiergebot, Art. 19 Abs. 1 GG) im BNDG rechtswidrig erfolgt.<sup>67</sup>

### 3. Rechtsrahmen für Kooperationen

In § 7 G10 sind die Voraussetzung für die Weitergabe von Informationen durch den BND abschließend geregelt. Es gilt der Zweckbindungsgrundsatz, wonach die Daten nur für diejenigen Zwecke verwendet werden dürfen, die der Erhebung zugrunde lagen. Dies gilt auch für die Weitergabe der Informationen. Zufallsfunde dürfen folglich nur dann an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet werden, wenn sie zu den Katalogtaten zählen.

Selbst eine Weitergabe an ausländische Nachrichtendienste wie beispielsweise die NSA ist im Falle der strategischen Telekommunikationsüberwachung zulässig, wenn die Übermittlung zur Wahrung „erheblicher Sicherheitsinteressen“ des jeweiligen Staates erfolgt und dieser über ein „angemessenes“ Datenschutzniveau verfügt (§ 7a G10). Dies ist bei den USA aber gerade nicht der Fall.<sup>68</sup> Gleichwohl findet ein reger Austausch der Geheimdienste untereinander statt, was ne-

<sup>66</sup> Vgl. BVerfGE 100, 313 (363).

<sup>67</sup> Ausführlich *Huber*, NJW 2013, 2572 (2575); zumindest krit. im Hinblick auf die Tragfähigkeit der Rechtsgrundlage *Caspar*, PinG 2014, 1 (3 f.).

<sup>68</sup> *Schneider*, c't 2013, Heft 21, 140 (143).

ben der weit gefassten Erlaubnisnorm auf eine deutlich zu lasche Kontrolle seitens der zuständigen Gremien zurückzuführen ist.<sup>69</sup> Letztendlich ermöglicht ein solcher Austausch dem BND die eigenen Restriktionen in Bezug auf die Datenerhebung zu umgehen. Den Unterlagen Snowdens zufolge hat der BND allein im Dezember 2012 rund 500 Millionen Datensätze aus dem Bereich der strategischen Überwachung an die NSA weitergegeben.<sup>70</sup>

### VI. Recht auf Privatsphäre

Die massenhafte Überwachung der Fernmeldekommunikation deutscher Staatsbürger stellt einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG, § 88 TKG) sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) dar. Beide Rechte sind zwar nicht territorial beschränkt, erfordern aber einen Bezug zu inländischem staatlichen Handeln.<sup>71</sup> Soweit es die Übermittlung von Daten des BND an die NSA betrifft, läge somit ein Verstoß vor, gleiches dürfte für die Verwendung von Daten gelten, die der BND von der NSA erlangt und die deutsche Staatsbürger betreffen. Ein generelles Abwehrrecht gegen die Massenüberwachung seitens der NSA oder des GCHQ

<sup>69</sup> Krit. auch *Wunderlin*, PinG 2013, 52 (54).

<sup>70</sup> Vgl. Spiegel Online v. 03.08.2013, Überwachung: BND leitet massenhaft Metadaten an die NSA weiter,

► <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/bnd-leitet-laut-spiegel-massenhaft-metadaten-an-die-nsa-weiter-a-914682.html> [Stand: 14.07.2014].

<sup>71</sup> BVerfG, Urt. v. 14.07.1999 – 1 BvR 2226/94, 2420/95 u. 2437/95, NJW 2000, 55 ff.

lässt sich aus dem Grundgesetz dagegen nicht herleiten.<sup>72</sup> Daher stellt sich die Frage, ob dem deutschen Staatsbürger hieraus nicht ein Schutzanspruch gegenüber der Bundesrepublik erwächst, und falls ja, wie dieser Schutz aussehen könnte.

### 1. Anspruch des Bürgers auf staatlichen Schutz

Sowohl das Fernmeldegeheimnis als auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sind grundsätzlich als Abwehrrechte gegenüber staatlichen Eingriffen ausgestaltet.<sup>73</sup> Freiheitsrechte wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sollen darüber hinaus die Grundrechtsausübung ermöglichen bzw. sicherstellen. Eine objektive Pflicht des Staates, seine Bürger vor Beeinträchtigungen Dritter zu schützen, besteht lediglich in Einzelfällen.<sup>74</sup> Beide Grundrechte richten sich gegen staatliche Überwachung und legen dem Staat darüber hinaus eine Schutzpflicht im Verhältnis zu privaten Dritten auf.<sup>75</sup> Im Falle des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung manifestiert sich diese in Form des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) sowie der Landesdatenschutzgesetze, im Falle des Fernmeldegeheimnisses hat die Schutzpflicht ihren Ausdruck in § 88 TKG sowie § 206 StGB gefunden. Es ist daher lediglich

fraglich ob dies auch im Verhältnis zu anderen Staaten gilt.<sup>76</sup>

Während sich das aus den Grundrechten abgeleitete Abwehrrecht stets nur gegen die jeweilig durch die Verfassung verpflichtete Staatsgewalt richtet, ist dem daraus abgeleiteten Schutzanspruch eine derartige Beschränkung fremd. Maßgeblich ist daher immer nur die Frage, ob ein Eingriff in den grundrechtlich geschützten Bereich vorliegt, nicht von wem sie ausgeht.<sup>77</sup> Beide Grundrechte schützen die Dispositionsfreiheit des Individuums, frei von Zwang über die Preisgabe persönlicher Informationen zu entscheiden. Dies gilt sowohl für das „ob“ als auch das „wie“ und damit insbesondere im Hinblick auf den Adressatenkreis. Zur Ausübung dieser Freiheit bedarf es jedoch der Kenntnis, welche Stelle welche Informationen über mich gesammelt hat, andernfalls ist meine Freiheit erheblich eingeschränkt.<sup>78</sup> Sind jedoch bereits die rechtliche Grundlage der Datenerhebung und Auswertung wie auch die spätere Benachrichtigung über den Eingriff (Transparenz) im Verhältnis zu den deutschen Nachrichtendiensten zweifelhaft, gilt dies erst recht gegenüber ausländischen Geheimdiensten. Hier fehlt es im Hinblick auf den Grundrechtseingriff regelmäßig sowohl an der Legitimation als auch der Mög-

<sup>72</sup> Kipker/Voskamp, RDV 2014, 84 (84).

<sup>73</sup> Klein, NJW 1989, 1633 (1633); Kipker/Voskamp, RDV 2014, 84 (84).

<sup>74</sup> Ausführlich Klein, NJW 1989, 1633 (1633 ff.).

<sup>75</sup> BVerfGE 106, 28 (37); Ewer/Thienel, NJW 2014, 30 (34).

<sup>76</sup> Dafür BVerfGE 55, 349 (364); BVerfGE 66, 39 (61); BVerfGE 77, 170 (214 ff.); Ewer/Thienel, NJW 2014, 30 (34).

<sup>77</sup> Ewer/Thienel, NJW 2014, 30 (34).

<sup>78</sup> BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, NJW 1984, 419 (421).

lichkeit zur Kenntniserlangung und somit der (nachträglichen) rechtlichen Überprüfbarkeit.<sup>79</sup> Auch ist die weitere Übermittlung nicht gesichert.<sup>80</sup> Die zunehmende Beseitigung der Grenzen zwischen privaten und staatlichen Interessen,<sup>81</sup> wie sie im Zuge der NSA-Affäre deutlich hervorgetreten ist, trägt zur Steigerung der Gefährdungslage bei. Vor diesem Hintergrund wird man wohl nicht umhin kommen, eine staatliche Schutzpflicht anzunehmen.<sup>82</sup> Fraglich ist, wie eine solche Schutzpflicht in der Praxis aussehen soll und ob sie tatsächlich durchsetzbar wäre.

## 2. Wie der Staat seine Bürger schützen könnte

Der Exekutive steht bei der Umsetzung einer solchen Schutzpflicht ein weiter Ermessensspielraum zu, bei dem auch die potentiellen Auswirkungen auf die internationalen Beziehungen der Bundesrepublik zu berücksichtigen wären.<sup>83</sup> Angesichts des Zusammenspiels von staatlicher Freiheit bei der Umsetzung der Schutzpflichten und dem Freiraum bei der Gestaltung der außenpolitischen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland sprechen EWER und THIENEL daher auch von einem „doppelten Einschätzungsspielraum“.<sup>84</sup> Dies darf aber nicht dazu füh-

ren, dass sich der Staat seiner Verantwortung entzieht.<sup>85</sup> Auch wenn die Frage der technischen Realisierbarkeit und Wirksamkeit etwaiger Maßnahmen zweifelhaft erscheint,<sup>86</sup> so sollte zumindest die Grenze des Untermaßverbots einen gewissen Anreiz zum Handeln geben.

### 2.a) Schutzmaßnahmen im Verhältnis zu ausländischen Geheimdiensten

Langfristiges Ziel der Politik sollte es sein, auf den Abschluss eines internationalen Abkommens hinzuwirken, das den deutschen Staatsbürgern ein hinreichendes Maß an Schutz vor staatlicher Überwachung gewährt.<sup>87</sup> Bisher halbherzige Bestrebungen der Bundesregierung, auf ein internationales „No-Spy-Abkommen“ hinzuwirken, sind bereits gescheitert, bevor überhaupt eine ernsthafte Debatte zu diesem Thema begonnen hatte. Wie die vorangegangenen Ausführungen aber bereits gezeigt haben, fehlt es nicht an Normen, die die Tätigkeit der Geheimdienste beschränken. Selbst ein Jahr nach den Enthüllungen Snowdens mangelt es nach wie vor an der notwendigen Transparenz, die eine sachgerechte und zielführende Diskussion der Vorgänge überhaupt ermöglicht. Von einem „No-Spy-Abkommen“, das

<sup>79</sup> Kipker/Voskamp, RDV 2014, 84 (85).

<sup>80</sup> Kipker/Voskamp, RDV 2014, 84 (85).

<sup>81</sup> Hoffmann-Riem, AöR 1998, Bd. 123, 513 (514); Kipker/Voskamp, RDV 2014, 84 (85).

<sup>82</sup> Kipker/Voskamp, RDV 2014, 84 (85).

<sup>83</sup> BVerfG, Urt. v. 16.12.1980 – 2 BvR 419/80, NJW 1981, 1499 (1499); ähnlich Ewer/Thienel, NJW 2014, 30 (34).

<sup>84</sup> Ewer/Thienel, NJW 2014, 30 (34).

<sup>85</sup> Hinsichtlich der Weiterentwicklung der Schutzpflichtfunktion im Kontext des Internets sehen Hoffmann et al. vor allem die Verfassungsrechtsprechung in der Pflicht, deren Rechtsprechung oftmals den Eindruck eines judicial self-restraint erwecke; Hoffmann/Schulz/Borchers, MMR 2014, 89 (92).

<sup>86</sup> Kipker/Voskamp, RDV 2014, 84 (85).

<sup>87</sup> Ähnlich Kipker/Voskamp, RDV 2014, 84 (86 f.); krit. Ewer/Thienel, NJW 2014, 30 (34 f.).

vermutlich, wie es bei internationalen Wirtschaftsabkommen (beispielsweise TTIP) mittlerweile üblich ist, unter Ausschluss der Öffentlichkeit und weiter Teile der Legislative zustande käme, darf man ohnehin nicht allzu viel erwarten. Es darf bezweifelt werden, dass ein solches Abkommen die dringend notwendige Transparenz schafft und dem Betroffenen die Möglichkeit gibt, die Tätigkeit der Geheimdienste einer Kontrolle durch die Gerichte zu unterziehen. Stattdessen sollten bereits bestehende Vereinbarungen, wie beispielsweise das Safe Harbor-Abkommen,<sup>88</sup> das Unternehmen die Übermittlung personenbezogener Daten an entsprechend zertifizierte Stellen in den USA erlaubt, auf den Prüfstand.

Im Verhältnis zum britischen GCHQ böte sich allerdings eine viel direktere Vorgehensweise an. So steht es neben Individuen auch Staaten frei, Beschwerde beim EGMR einzureichen (Art. 33 EMRK). Von dieser Möglichkeit hat bisher allerdings weder die Bundesrepublik noch einer der übrigen der Konvention beigetretenen Staaten Gebrauch gemacht. Den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union sowie der EU-Kommission stünde zudem die Möglichkeit offen, ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258

<sup>88</sup> Entscheidung der Kommission v. 26.07.2000 gemäß der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, über die Angemessenheit des von den Grundsätzen des „sicheren Hafens“ und der diesbezüglichen „Häufig gestellten Fragen“ (FAQ) gewährleisteten Schutzes, vorgelegt vom Handelsministerium der USA (2000/520/EG), ABl. L 215/7.

AEUV vor dem EuGH gegen Großbritannien einzuleiten. In Betracht kommen hier zahlreiche Verstöße gegen die EU-Datenschutzrichtlinien wie auch die EU-Grundrechtscharta.

Einen anderen Ansatzpunkt bieten technische Sicherheitsmaßnahmen. Hier wäre es Aufgabe des Gesetzgebers, verpflichtende Sicherheitsstandards für die am hiesigen Markt tätigen Telekommunikations- und Telemediendienste zu statuieren. Die Debatte um eine verpflichtende End-to-End-Verschlüsselung im Zuge der Einführung der de-Mail hat allerdings gezeigt, dass der Staat hieran nicht das geringste Interesse hat. Vielmehr laufen derartige Bestrebungen im Hinblick auf die damit verbundene Selbstbeschränkung der Geheimdienste und Strafverfolgungsbehörden den eigenen Interessen zuwider. Derartige Maßnahmen sind ohnehin nur so lange wirksam, wie die Unternehmen nicht über eine technische Hintertür verfügen, zu deren Offenlegung sie im Zweifelsfall gezwungen werden können. Hinzu kommt: Die meisten Internetdienste und Technologieunternehmen haben ihren Sitz in den USA. Open Source Projekte erscheinen hier auf den ersten Blick vertrauenswürdiger, aber auch hier fehlt es oftmals an der notwendigen Transparenz. Wenn schon die Finanzierung derartiger Projekte durch Behörden oder Unternehmen im Umfeld der Geheimdienste stattfindet oder, wie im Falle des Peer-to-Peer (P2P) Anonymisierungsdienstes TOR (The Onion Router), ein Teil der technischen Infrastruk-

tur von den Geheimdiensten betrieben oder zumindest gezielt überwacht wird.<sup>89</sup>

Die Wirksamkeit einzelner technischer Schutzmaßnahmen mag umstritten sein, und letztendlich bietet keine Technik einen absoluten Schutz vor der Überwachung inwie ausländischer Geheimdienste. Technische Unzulänglichkeiten und die nach wie vor nur unzureichende Aufklärung in der Sache sind kein Grund, dem Treiben der Geheimdienste noch länger untätig zuzuschauen.<sup>90</sup> Die Flucht in die Untätigkeit ist dem Gesetzgeber durch das Untermaßverbot versperrt.

### 2.b) Schutzmaßnahmen gegenüber den deutschen Nachrichtendiensten

Im Verhältnis zum BND stünden dem deutschen Gesetzgeber dagegen deutlich mehr Möglichkeiten zur Verfügung. Soweit dieser an den Überwachungsprogrammen PRISM, XKeyscore oder TEMPORA, beispielsweise durch den Austausch von Informationen, mitgewirkt hat, steht dem Bürger ein Schutzanspruch aus Art. 10 GG sowie Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG zu. Dies gilt umso mehr, als nicht nur der eigentlichen Erhebung, sondern auch der nachgelagerten Kenntnisnahme, Auswertung und weiteren Verwertung

Eingriffscharakter beikommt.<sup>91</sup> Andernfalls könnten die deutschen Nachrichtendienste ihre grundrechtlichen Restriktionen durch den Austausch mit ausländischen Diensten systematisch unterlaufen.<sup>92</sup> Hier wäre der Gesetzgeber aufgerufen, für mehr Transparenz zu sorgen und den faktisch verschlossenen Zugang der Betroffenen zu den ordentlichen Gerichten zu eröffnen. Hiermit ist nach derzeitigem Stand jedoch kaum zu rechnen, weshalb eine Normenkontrollverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG wahrscheinlicher scheint. Allein das nötige Quorum von 25 Prozent der Mitglieder des Bundestags zusammenzubekommen, dürfte an der derzeit erdrückenden Mehrheit der Regierungsparteien scheitern. Insofern bleibt abzuwarten, ob die von Härting angekündigte Individualverfassungsbeschwerde<sup>93</sup> Erfolg hat, oder ob das BVerfG sich ähnlich wie zuvor das BVerwG auf die formale Position des nicht hinreichend konkret geführten Nachweises der persönlichen Betroffenheit des Beschwerdeführers zurückzieht.<sup>94</sup> Auf die Frage, wie ein solcher Nachweis angesichts eines auf Intransparenz angelegten Systems staatlicher Überwachung gelingen soll, dürfte das Gericht allerdings ebenfalls keine Antwort haben.

<sup>89</sup> Vgl. *Beuth*, Zeit Online v. 24.01.2014, Forscher entdecken Schnüffler im Tor-Netz, <http://www.zeit.de/digital/datenschutz/2014-01/spionierende-exit-nodes-im-tor-netz-entdeckt> [Stand: 27.08.2014].

<sup>90</sup> A. A. *Kipker/Voskamp*, RDV 2014, 84, 86.

<sup>91</sup> So auch *Ewer/Thienel*, NJW 2014, 30 (35).

<sup>92</sup> So auch *Ewer/Thienel*, NJW 2014, 30 (35).

<sup>93</sup> Vgl.

► <http://www.haerting.de/de/neuigkeit/bundesverfassungsgericht-soll-e-mail-ueberwachung-des-bnd-pruefen> [Stand: 27.08.2014].

<sup>94</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 28.05.2014 – 6 A 1.13, PM Nr. 35/2014.

### 3. Recht zur digitalen Selbstverteidigung

Wer sich nicht auf staatliche Hilfe verlassen oder einfach nicht so lange warten will und über ein wenig technisches Verständnis verfügt, findet im World Wide Web eine Vielzahl von Anleitungen, um seine Kommunikationsinhalte zu verschlüsseln und seine Spuren im Netz zu verschleiern. Die Begeisterung für die Nutzung verschlüsselter E-Mail-Kommunikation wird allerdings i. d. R. schnell erlahmen, wenn der Freundes- und Bekanntenkreis nicht mitzieht. Das Verwischen seiner Spuren im Netz, etwa mithilfe des Anonymisierungsdienstes TOR, macht, wie eine Quellcode-Analyse des Programms XKeyscore kürzlich gezeigt hat, in den Augen der NSA erst recht verdächtig.<sup>95</sup> Während die passive Nutzung dieses P2P-Anonymisierungsdienstes noch gefahrlos möglich ist, kann der Betrieb eines TOR-Servers durchaus rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen: Diese reichen von Fragen der zivilrechtlichen Störerhaftung für rechtsverletzende Handlungen Dritter (beispielsweise Filesharing) bis hin zur Hausdurchsuchung wegen Verdachts des Besitzes kinderpornografischen Materials.<sup>96</sup> Auch das Abschalten bestimmter Browser-Funktionen oder Plugins, die oftmals von Werbetreibenden zum

Nutzertracking verwandt werden,<sup>97</sup> erschwert den Geheimdiensten die Arbeit.<sup>98</sup> Aber auch diese Maßnahme entpuppt sich schnell als zweischneidiges Schwert, lässt sich ein derart modifizierter Browser mittels der Methode des Browser-Fingerprintings deutlich leichter individualisieren.<sup>99</sup> Eine mögliche Alternative für weniger Technikaffine stellen vermehrt kleinere deutsche (Startup-)Unternehmen dar, die beispielsweise E-Mail-Konten mit integrierter End-to-End-Verschlüsselung anbieten.<sup>100</sup>

Fraglich ist, wie weit ein etwaiges Selbstverteidigungsrecht im digitalen Umfeld reicht und ob es neben rein passiven auch aktive Maßnahmen wie beispielsweise Distributed-Denial-of-Service-Angriffe (DDoS) auf die technische Infrastruktur der Geheimdienste oder mit der Herstellung von Überwachungssoftware betrauter Unternehmen erfasst. Und ließe sich auch ein, ansonsten nach § 202c StGB strafbares, Eindringen in die Computersysteme derselben vor dem Hinter-

<sup>95</sup> Holland, Heise Online v. 03.07.2014, XKeyscore-Quellcode: Tor-Nutzer werden von der NSA als Extremisten markiert und überwacht, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/XKeyscore-Quellcode-Tor-Nutzer-werden-von-der-NSA-als-Extremisten-markiert-und-ueberwacht-2248328.html> [Stand: 14.07.2014].

<sup>96</sup> Beckedahl, Netzpolitik.org v. 17.05.2011, Wieder Hausdurchsuchung wegen Tor-Exit-Server, <https://netzpolitik.org/2011/wieder-hausdurchsuchung-wegen-tor-exit-server/> [Stand: 14.07.2014].

<sup>97</sup> Ausführlich zu den verschiedenen Tracking-Methoden, Zeidler/Brüggemann, Die Zukunft personalisierter Werbung im Internet, CR 2014, 248 ff.

<sup>98</sup> Rosenblatt, cnet v. 04.10.2013, NSA tracks Google ads to find Tor users, <http://www.cnet.com/news/nsa-tracks-google-ads-to-find-tor-users/> [Stand: 27.08.2014].

<sup>99</sup> Vgl. Zeidler/Brüggemann, Die Zukunft personalisierter Werbung im Internet, CR 2014, 248 ff.

<sup>100</sup> Z. B. der E-Mail-Dienst Posteo, <https://posteo.de/>.

grund der NSA-Affäre nach § 34 StGB bzw. aufgrund einer übergesetzlichen Notstandslage rechtfertigen oder zumindest entschuldigen? In letzter Konsequenz ließe sich sicherlich auch über das Widerstandsrecht des Art. 20 Abs. 4 GG nachdenken. Dass es sich hierbei keineswegs um ein rein theoretisches Gedankenspiel handelt, zeigt der jüngste Hack der Server des deutsch-britischen Unternehmens Gamma International GmbH mit Sitz in München, das sich auf die Herstellung von Überwachungssoftware (u. a. dem Staatstrojaner) spezialisiert hat und diese Technik auch in totalitäre Regime exportiert.<sup>101</sup> Dabei hatte der Hacker Dokumente erbeutet, die belegen, dass das Unternehmen für die Überwachungssoftware FinFisher einen Wartungsvertrag mit dem Staat Bahrain geschlossen hat. Die vorangegangene Erklärung des Unternehmens, die Software sei Ihnen auf einer Messe gestohlen<sup>102</sup> worden, dürfte damit hinfällig sein.

## VII. Fazit

Die NSA-Affäre schlägt auch noch ein Jahr nach Snowden mit immer weiteren Enthül-

lungen hohe Wellen, und es darf bezweifelt werden, dass sie schnell verebbt. Gleichwohl fehlt es für eine rechtliche Aufarbeitung der Ereignisse nach wie vor an einer gesicherten Tatsachenbasis.

Festzuhalten bleibt, die anlasslose Massenüberwachung durch die NSA und das GCHQ hat ein bis dato unvorstellbares Ausmaß erreicht, das sich nur noch schwerlich mit unserem Verständnis einer freiheitlichen demokratischen Grundordnung vereinbaren lässt.<sup>103</sup> Das ambivalente Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit ist längst einem Widerstreit der unterschiedlichen Interessen gewichen – ein Pyrrhussieg für die Demokratie. Auf dem Rücken eines vermeintlichen „Supergrundrecht(s)“ der Sicherheit<sup>104</sup> befinden wir uns längst auf bestem Weg in „postdemokratische Zustände“.<sup>105</sup>

Während vor allem die Tätigkeit der NSA im Fokus des öffentlichen Interesses steht, ist die Rolle des BND nach wie vor weitestgehend ungeklärt. Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass auch der BND über rechtliche Kompetenzen zur verdachtsunabhängigen, strategischen Telekommunikati-

<sup>101</sup> Vgl. *Borchers/Benz*, Heise Online v. 09.08.2014, FinFisher-Hack zeigt Überwachung von Oppositionellen,

► <http://www.heise.de/newsticker/meldung/FinFisher-Hack-zeigt-Ueberwachung-von-Oppositionellen-2289532.html> [Stand: 28.08.2014].

<sup>102</sup> Vgl. *Opitz*, Heise Online v. 09.02.2013, Spionagesoftware-Hersteller Gamma will besser kontrollieren,

► <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Spionagesoftware-Hersteller-Gamma-will-besser-kontrollieren-1801126.html> [Stand: 28.08.2014].

<sup>103</sup> Ähnlich *Ewer/Thienel*, NJW 2014, 30 (35).

<sup>104</sup> Krit. hierzu auch *Schellenberg*, ZRP 2014, 24 ff.

<sup>105</sup> So Hans Magnus Enzensberger im Interview mit dem ARD-Magazin „Titel Thesen Temperamente“ (tt) v. 18.08.2013, vgl. *Weidermann*, FAZ Online v. 19.08.2013, In der ARD: Enzensberger zu Snowden – Ein Held des 21. Jahrhunderts, ► <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/tv-kritik/in-der-ard-enzensberger-zu-snowden-ein-held-des-21-jahrhunderts-12537881.html> [Stand: 20.07.2014].

onsüberwachung verfügt und hiervon ausgiebig Gebrauch macht. Schwammig formulierte Ermächtigungsgrundlagen treffen hier auf Intransparenz<sup>106</sup> und mangelnde Kontrolle.<sup>107</sup> Die Rolle der Geheimdienste in einer wehrhaften Demokratie ist seit jeher umstritten, weshalb es gerade hier nötig wäre, – zumindest im Nachhinein – für Transparenz und eine unabhängige, richterliche Kontrolle zu sorgen.<sup>108</sup> Das derzeitige parlamentarische Kontrollsystem jedenfalls ist kein geeignetes Korrektiv, wachen hier doch genau diejenigen über die Einhaltung der Gesetze, die sich als Teil der Legislative und Exekutive für die entsprechenden Gesetze und ihre Ausführung verantwortlich zeichnen. Dies betrifft vor allem die Regeln zur Kooperation der inländischen Nachrichtendienste mit ausländischen Geheimdiensten.

Die wachsende Bedeutung der Internet- bzw. Fernmeldekommunikation in unserem Alltag lässt die Frage nach der Schutzpflicht des Staates umso dringlicher erscheinen. Sowohl das Fernmeldegeheimnis als auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sind in ihrem Kern Ausdruck der Menschenwürde. Hier steht der Staat in der Pflicht, seinem grundgesetzlichen Schutzauftrag nachzu-

<sup>106</sup> So auch *Heumann*, PinG 2014, 7 (8); ausführlich zum Transparenzdefizit der Kontrollorgane bei der Überwachung der nachrichtendienstlichen Tätigkeit, *Petri*, ZD 2013, 557, 561.

<sup>107</sup> So auch *Heumann*, PinG 2014, 7 (8); *Huber* hält die Überwachungspraxis der Geheimdienste gar für mit dem Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG) unvereinbar und somit für verfassungswidrig, *Huber*, NJW 2013, 2572 (2577).

<sup>108</sup> So auch *Caspar*, PinG 2014, 1 (6).

kommen, sei es durch technische Schutzmaßnahmen oder den Abschluss international verbindlicher Abkommen, die der Geheimdiensttätigkeit Grenzen setzen und sie auf dem Boden der Demokratie verankern. Zumindest gegenüber den deutschen Nachrichtendiensten wäre dies ohne weiteres möglich.<sup>109</sup> Bleibt der Gesetzgeber weiterhin untätig, riskiert er zudem seine Glaubwürdigkeit, kann er die NSA nicht für Maßnahmen kritisieren, die auch der BND verwendet.<sup>110</sup> Der bisherige Verlauf der NSA-Affäre dagegen lässt erahnen, dass sich so schnell nichts ändern wird, weder auf amerikanischer noch auf deutscher Seite. Dem betroffenen Bürger bleibt somit vorerst nichts anderes übrig, als seinen Grundrechten selbst auf technischem Wege Geltung zu verschaffen. Ist die digitale Selbstverteidigung wirklich der letzte Ausweg, und wie weit darf der Einzelne dabei gehen, ohne sich dem Risiko auszusetzen, straffällig zu werden?

Wer angesichts des Ausmaßes der NSA-Affäre resigniert oder meint, er habe ohnehin nichts zu verbergen, dem sei gesagt: Wir alle haben etwas zu verbergen, und falls Ihnen spontan nichts einfällt, fragen Sie doch einfach einen Geheimdienstmitarbeiter Ihres Vertrauens.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

<sup>109</sup> Ausführlich *Bäcker*, K&R 2014, 556 ff.

<sup>110</sup> So auch *Bäcker*, K&R 2014, 556 (561).

BEITRAG

Caprice Nina Doerbeck\*

## Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft

Mit der gesetzlichen Regelung der Verständigung im Strafverfahren wurde ein Institut in Gesetzesform gegossen, welches aus der Praxis – ungeachtet der teilweise massiven Kritik aus der Wissenschaft – nicht mehr wegzudenken ist. Dementsprechend umfangreich ist die zu diesem Thema vorhandene Literatur, die hierzu ergangene ober- und höchstrichterliche Rechtsprechung ist kaum noch überschaubar. Dieser Aufsatz soll einen kurzen Überblick über die zentrale Norm des Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren,<sup>1</sup> den § 257c,<sup>2</sup> geben, das Spannungsverhältnis, das sich

bei Absprachen im Strafprozess eröffnet, aufzeigen und sodann unter dem Eindruck desselben und unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerfG vom 19.03.2013<sup>3</sup> Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der StA von einer Verständigung darstellen.

### A. Einleitung

#### I. Entstehung des § 257c

Absprachen im Strafprozess gab es schon vor Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes.<sup>4</sup> Die Praxis urteilsbezogener Verständigungen entwickelte sich seit den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts:<sup>5</sup> Ursprünglich wurde ein heimliches Verfahren außerhalb der Hauptverhandlung betrieben. Nachdem diese Verfahrensweise durch einen anonymen Aufsatz<sup>6</sup> bekannt wurde und das BVerfG<sup>7</sup> Absprachen nicht für grundsätzlich unzulässig erklärte, nahm der BGH in den folgenden Jahren zu einzelnen Aspekten der Verständigung Stellung.<sup>8</sup> Der BGH äußerte sich aber nicht grundsätzlich zu der Zulässigkeit von Absprachen, weshalb bei den Instanzgerichten Unsicherheit über Zulässigkeit und

\* Die Autorin ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Kriminologie, Straf- und Sanktionenrecht von Prof. Dr. Kinzig an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

<sup>1</sup> Vom 29.07.2009, BGBl I S. 2353. Im Folgenden: Verständigungsgesetz

<sup>2</sup> Alle nicht gesondert gekennzeichneten Normen entstammen der StPO.

<sup>3</sup> BVerfG, NJW 2013, 1058 ff.

<sup>4</sup> Backes, Festschrift für Hassemer, 2010, 985 (986); Weigend, Festschrift für Maiwald, 2010, 829 (829).

<sup>5</sup> Vgl. BVerfG, NJW 2013, 1058 (1070) Rdnr. 119; Kubiciel, HRRS 2014, 204 (204); Landau, NStZ 2014, 425 (425).

<sup>6</sup> Deal, StV 1982, 545 ff.

<sup>7</sup> BVerfG, NJW 1987, 2662 f.

<sup>8</sup> Vgl. z. B. zur Besorgnis der Befangenheit: BGHSt 37, 99 ff.; BGHSt 37, 298 ff.

Reichweite von Verfahrensabsprachen bestand.<sup>9</sup> Am 28.08.1997 traf der BGH die von der Praxis vermisste Grundsatzentscheidung<sup>10</sup> zur Verständigung im Strafverfahren, an der sich die Instanzgerichte orientieren konnten. In der Entscheidung vom 03.03.2005 appellierte der Große Senat für Strafsachen des BGH schließlich an den Gesetzgeber, die Zulässigkeit und ggf. die Voraussetzungen der Urteilsabsprache gesetzlich zu regeln.<sup>11</sup> Nach verschiedenen Gesetzesentwürfen<sup>12</sup> trat am 04.08.2009 das Verständigungsgesetz in Kraft. Am 19.03.2013 hat das BVerfG bestätigt, dass dieses Gesetz an sich verfassungsgemäß sei<sup>13</sup> und auch der „in erheblichem Maße defizitäre Vollzug des Verständigungsgesetzes [...] derzeit nicht zur Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung“<sup>14</sup> führe. Dies begründet es damit, dass aufgrund der umfangreichen Schutzmechanismen für das Zustandekommen einer Verständigung die verfassungswidrige Praxis nicht auf die Vorschrift selbst zurückzuführen sei.<sup>15</sup> Vielmehr habe die Praxis die Bedeutung dieser Schutzmechanismen noch nicht vollständig verinnerlicht.<sup>16</sup> Jedoch gab das

BVerfG dem Gesetzgeber auf, die weitere Entwicklung im Auge zu behalten und ggf. einer andauernden Fehlentwicklung durch geeignete Maßnahmen entgegenzuwirken.<sup>17</sup>

## II. Begriff, zulässiger Gegenstand und Zustandekommen

1. Der Begriff der Verständigung ist in § 257c nicht definiert. In den Gesetzesmaterialien findet sich der Hinweis, dass das wesentliche Merkmal der Verständigung das Einvernehmen ist.<sup>18</sup> Somit kann eine Verständigung als eine auf allseitiger Freiwilligkeit beruhende Vereinbarung,<sup>19</sup> die Leistungsversprechen enthält,<sup>20</sup> definiert werden.

2. Die möglichen Gegenstände einer Verständigung sind in § 257c II 1 abschließend aufgezählt. Zulässiger Gegenstand ist danach der Strafausspruch, nicht aber der Schuldpruch oder ein Maßregelausspruch.<sup>21</sup> Das Gericht darf Ober- und Untergrenze der Strafe angeben, aber keine Punktstrafe festlegen.<sup>22</sup> Schließlich darf nicht mit einer unverhältnismäßig großen Sanktionsschere gedroht werden.<sup>23</sup> Verfahrensbezogene Maßnahmen sind Maßnahmen des Gerichts im Unterschied zum Prozessverhalten der Ver-

<sup>9</sup> Meyer-Goßner, StPO, 57. Aufl., Einl. Rdnr. 119e.

<sup>10</sup> BGH, NJW 1998, 86 ff.

<sup>11</sup> BGHSt 50, 40 (64); krit. Haas, Gedächtnisschrift für Keller, 45 (74), der den Zerfall des Strafprozesses in ein Konglomerat heterogener Regelungsfragmente befürchtete.

<sup>12</sup> Z. B. Entwürfe des Strafrechtsausschuss der BRAK (ZRP 2005, 235) und des Landes Niedersachsen (BR-Drs. 235/06).

<sup>13</sup> BVerfG, NJW 2013, 1058 (1061) Rdnr. 64.

<sup>14</sup> BVerfG, NJW 2013, 1058 (1069) Rdnr. 116.

<sup>15</sup> BVerfG, NJW 2013, 1058 (1070) Rdnr. 118.

<sup>16</sup> BVerfG, NJW 2013, 1058 (1070) Rdnr. 119.

<sup>17</sup> BVerfG, NJW 2013, 1058 (1070) Rdnr. 121.

<sup>18</sup> BT-Drs. 16/12310 S. 13.

<sup>19</sup> Vgl. v. Heintschel-Heinegg, in: KMR StPO, EL 56 § 257c Rdnr. 18.

<sup>20</sup> Velten, in: SK-StPO, 4. Aufl., § 257c Rdnr. 10.

<sup>21</sup> Velten, in: SK-StPO, 4. Aufl., § 257c Rdnr. 11.

<sup>22</sup> Altenhain/Haimerl, JZ 2010, 327 (331); Leipold, NJW-Spezial 2009, 520 (520).

<sup>23</sup> Bittmann, wistra 2009, 414 (415); Wenske, DRiZ 2011, 393 (396).

fahrens-beteiligten.<sup>24</sup> Zwar ist die Abgrenzung in der Gesetzesbegründung<sup>25</sup> unklar, da aber der Umfang des Prozessverhaltens größer ist als der der verfahrensbezogenen Maßnahmen<sup>26</sup> und er diese damit erfasst, ist davon auszugehen, dass sich die zweite Alternative nur auf das Gericht bezieht. Verfahrensbezogene Maßnahmen können Anordnungen, Beschlüsse und Erklärungen aller Art sein, die einen Verfahrensbezug aufweisen und bezüglich derer dem Gericht ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum eingeräumt wird.<sup>27</sup> Nach dem eindeutigen Wortlaut sind Entscheidungen in Strafverfahren, die bei anderen Gerichten anhängig sind, und Maßnahmen des Vollstreckungsverfahrens ausgeschlossen.<sup>28</sup> Der Begriff des Prozessverhaltens umfasst eine Vielzahl an Handlungsoptionen, die den Verfahrens-beteiligten eröffnet sind, um auf den Ausgang des Verfahrens Einfluss zu nehmen.<sup>29</sup> Ein Geständnis „soll“ gemäß § 257c II 2 Bestandteil jeder Verständigung sein. Es ist somit keine zwingende Voraussetzung einer Ver-

ständigung.<sup>30</sup> Jedoch wird es in der Praxis meistens verlangt.<sup>31</sup>

3. § 257c I 1 stellt die Initiierung einer Verständigung in das Belieben des Gerichts, obwohl alle Beteiligten die Aufnahme von Vergleichsgesprächen anregen können.<sup>32</sup> Unabdingbare Voraussetzung der Verständigung ist ihr Abschluss in der Hauptverhandlung.<sup>33</sup> Zunächst sind alle Beteiligten zu hören.<sup>34</sup> Sodann gibt das Gericht bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte (§ 257c III 1). Dieser Vorschlag stellt eine Entscheidung des Gerichts dar und ergeht durch Verkündung eines Beschlusses.<sup>35</sup> Danach erhalten die Beteiligten die Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 257c III 3). Dies kann zu einer Änderung des Vorschlags führen. Die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und StA zustimmen (§ 257c III 4).

## B. Die tatsächlichen und rechtlichen Probleme im Umfeld der Verständigung

### I. Der Zielkonflikt der Justiz

Seit den späten siebziger Jahren des vorherigen Jahrhunderts wird das Strafrecht stärker

<sup>24</sup> Stuckenberg, in: *Löwe-Rosenberg*, 26. Aufl., § 257c Rdnr. 34.

<sup>25</sup> BT-Drs. 16/12310 S. 13.

<sup>26</sup> Niemöller, in: ders./Schlothauer/Weider, 2010, § 257c Rdnr. 36.

<sup>27</sup> Vgl. Niemöller, in: ders./Schlothauer/Weider, 2010, § 257c Rdnrn. 32 f.

<sup>28</sup> Joecks, StPO, 3. Auflage, § 257c Rdnr. 6; Kirsch, StraFo 2010, 96 (97).

<sup>29</sup> Niemöller, in: ders./Schlothauer/Weider, 2010, § 257c Rdnr. 36.

<sup>30</sup> Polomski, DRiZ 2011, 315 (315); Kudlich, NJW 2010, 86 (87); krit. Meyer-Goßner, ZRP 2009, 107 (108).

<sup>31</sup> Vgl. Nistler, JuS 2009, 916 (916); König, NJW 2012, 1915 (1919).

<sup>32</sup> Nistler, JuS 2009, 916 (916).

<sup>33</sup> Schlothauer/Weider, StV 2009, 600 (604); Tsujimoto, ZIS 2012, 612 (614); Niemöller, GA 2014, 179 (181).

<sup>34</sup> Andrejtschitsch, in: Büchting/Heussen Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 10. Aufl., § 11 Rdnr. 191.

<sup>35</sup> Stuckenberg, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl., § 257c Rdnr. 48.

zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität eingesetzt.<sup>36</sup> Man denke dabei nur an die Gesetze zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, durch die Subventions- und Kreditbetrug<sup>37</sup> sowie der Tatbestand des Scheck- und Kreditkartenmissbrauchs<sup>38</sup> in das StGB eingefügt wurden. Oder an das 1997 erlassene Gesetz zur Bekämpfung der Korruption,<sup>39</sup> das Verschärfungen in diesem Bereich herbeiführte. Zeitgleich stieg aber die Verschuldung des Bundes und der Länder, weshalb die Möglichkeiten, die Strafjustiz auszubauen, sanken.<sup>40</sup> StA und Gerichte mussten die steigenden Fallzahlen mit gleichbleibenden beziehungsweise sogar geringeren Ressourcen bewältigen.<sup>41</sup> 2005 appellierte sogar der 5. Strafsenat des BGH in seiner Entscheidung zum Kölner Müllskandal<sup>42</sup> an die Politik, an Stelle bloßer Gesetzesverschärfungen die Justiz im Bereich der Wirtschaftskriminalität aufzustocken, da „bei einer Vielzahl von großen Wirtschaftsstrafverfahren [...] eine dem Unrechtsgehalt [...] adäquate Bestrafung allein deswegen nicht erfolgen kann, weil für die gebotene Aufklärung derart komplexer Sachverhalte keine ausreichenden justiziellen Ressourcen zur Verfügung stehen“.<sup>43</sup>

<sup>36</sup> Kubiciel, HRRS 2014, 204 (204).

<sup>37</sup> §§ 264 und 265b StGB eingeführt durch das 1. WiKG vom 29.07.1976, BGBl I 2034.

<sup>38</sup> § 266b StGB neu eingeführt durch das 2. WiKG vom 15.05.1986, BGBl I 721.

<sup>39</sup> Vom 13.08.1997, BGBl I 2038.

<sup>40</sup> Kubiciel, HRRS 2014, 204 (204).

<sup>41</sup> Kubiciel, HRRS 2014, 204 (204).

<sup>42</sup> BGH, NJW 2006, 925 ff.; dazu: Saliger, NJW 2006, 3377 ff.

<sup>43</sup> BGH, NJW 2006, 925 (929).

Vor diesem Hintergrund wird die Bedeutung von Verfahrensabsprachen deutlich:

Verfahrensabsprachen dienen seit jeher der Entlastung der Justiz. Deren knappe Ressourcen sollen durch die über Absprachen zu erreichenden Verfahrensverkürzungen geschont werden.<sup>44</sup> Zudem soll durch eine Verständigung die Kommunikation zwischen den Beteiligten gefördert<sup>45</sup> und der Opferschutz verbessert<sup>46</sup> werden. Der Gesetzgeber wollte die Verständigung in den Rahmen, den die Grundsätze des Strafprozessrechts ziehen, integrieren.<sup>47</sup> Insbesondere die Aufklärungspflicht sollte unberührt bleiben.<sup>48</sup> Gleichzeitig soll die Verständigung eine umfangreiche Beweisaufnahme aber gerade entbehrlich machen.<sup>49</sup> Betrachtet man die anderen durch das Verständigungsgesetz in die StPO eingefügten oder geänderten Vorschriften, so drängt sich aber die Frage auf, ob durch die Normierung der Verständigung die Justiz tatsächlich entlastet wurde, da die Protokollierungs-<sup>50</sup> und Dokumentationspflichten<sup>51</sup> einen erheblichen Mehraufwand bedeuten.<sup>52</sup>

<sup>44</sup> Vgl. BGHSt 50, 40 (54); vgl. Löffler, Die Absprache im Strafprozess, 2010, S. 16.

<sup>45</sup> BT-Drs. 16/12310 S. 2.

<sup>46</sup> Vgl. BGHSt 50, 40 (55); krit. Fischer, StraFo 2009, 177 ff.

<sup>47</sup> BT-Drs. 16/12310 S. 8.

<sup>48</sup> BT-Drs. 16/12310 S. 13.

<sup>49</sup> Theile, NStZ 2012, 666 (669); vgl. Fezer, NStZ 2010, 177 (181); vgl. Gössel, Festschrift für Fezer, 2008, 495 (511).

<sup>50</sup> § 273 I 2, Ia.

<sup>51</sup> §§ 160b S. 2, 202a S. 2, 212, 267 III 5, IV 2.

## II. Vereinbarkeit mit den Verfahrensprinzipien?

Zum Teil wird vertreten, dass tragende Verfahrensprinzipien der Zulässigkeit von Absprachen im Strafprozess entgegenstünden. Dabei wird unter anderem<sup>53</sup> vorgetragen, dass es mit dem Legalitätsprinzip, welches das Offizialprinzip flankiert, nicht zu vereinbaren sei, wenn das Gericht den staatlichen Strafanspruch und die Strafzumessung zur Disposition der Verfahrensbeteiligten stellen würde.<sup>54</sup> Zudem bestünde die Gefahr, dass der Angeklagte zum Objekt des Verfahrens zwischen Richter, StA und Verteidigung wird.<sup>55</sup> Auch sei ein In-Aussicht-Stellen von Rechtsfolgen, die in einem groben Missverhältnis zum Tatvorwurf stehen, mit dem Erfordernis schuldangemessenen Strafens unvereinbar.<sup>56</sup> Da Absprachen zudem meist vor der Hauptverhandlung oder in einer Unterbrechung stattfänden, seien Bedenken bezüglich des Öffentlichkeits-, Mündlichkeits-

und Unmittelbarkeitsgrundsatzes gegeben.<sup>57</sup> Auch könne eine frühzeitige Bindung des Gerichts in Widerspruch zum Prinzip der freien richterlichen Überzeugungsbildung treten.<sup>58</sup> Weiterhin verstoße es gegen den Untersuchungsgrundsatz, wenn das Gericht von vornherein dem Geständnis des Beschuldigten Glauben schenkt und seine Nachforschung entsprechend reduziert, um sich dadurch eine lang dauernde Beweisaufnahme zu ersparen.<sup>59</sup> Anders als grundsätzlich im Zivilprozess soll im strafrechtlichen Verfahren gerade das wirkliche Geschehen festgestellt werden.<sup>60</sup>

Die Gegenansicht, die nach den Bedürfnissen der Praxis ausgerichtet ist, hält Absprachen im Strafprozess aber grundsätzlich für zulässig.<sup>61</sup> Dafür sollen insbesondere der Beschleunigungsgrundsatz und die Prozessökonomie sprechen.<sup>62</sup> Auch der Opferschutz rechtfertige derartige Verständigungen, durch die Zeugen unangenehme Befragungen in der Hauptverhandlung erspart werden könnten.<sup>63</sup>

Der „dogmatisch zweifelhafte Spagat des Verständigungsgesetzes“<sup>64</sup> zwischen Beschleunigungs- und Entlastungswirkungen einer-

<sup>52</sup> Kubiciel, HRRS 2014, 204 (205); Schwabenbauer, NStZ 2014, 495 (500) möchte den § 273 Ia zugrundeliegenden Gedanken der Transparenz und der Ermöglichung der Nachprüfbarkeit durch Revisionsgerichte sogar verallgemeinern.

<sup>53</sup> Im Folgenden werden nur einige der vorgebrachten Einwände exemplarisch aufgezählt, da sowohl eine erschöpfende Auflistung aller Einwände als auch eine Auseinandersetzung mit den einzelnen entgegenstehenden Verfahrensgrundsätzen den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen würden.

<sup>54</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl., Rdnr. 394a; vgl. Fahl/Geraats, JA 2009, 791 (792).

<sup>55</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl., Rdnr. 394a; Fahl/Geraats, JA 2009, 791 (792).

<sup>56</sup> Vgl. Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl., Rdnr. 394a.

<sup>57</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl., Rdnr. 394a; Fahl/Geraats, JA 2009, 791 (792).

<sup>58</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl., Rdnr. 394a.

<sup>59</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl., Rdnr. 394a.

<sup>60</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl., Rdnr. 21.

<sup>61</sup> Vgl. nur die zahlreichen Nachw. bei Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl., Rdnr. 394, Fn. 84.

<sup>62</sup> Vgl. BGH, NJW 2005, 1440 (1443 f.).

<sup>63</sup> Vgl. BGH, NStZ 2004, 339 (339).

<sup>64</sup> Wenske, DRiZ 2011, 393 (397).

seits und Amtsaufklärungspflicht andererseits lässt daran zweifeln, ob die Verständigung wirklich systemgerecht integriert wurde.<sup>65</sup> Die endgültige Klärung dieser Frage kann hier aber nicht erfolgen.

### C. Die Lösungsmöglichkeiten der StA

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 19.03.2013 die Rolle der StA als „Wächter des Gesetzes“<sup>66</sup> betont. In der Verständigungssituation komme „der Kontrolle durch die StA herausgehobene Bedeutung zu“, und ihre Einbindung in die Verständigung habe „vor allem den Zweck, deren Gesetzmäßigkeit zu sichern“.<sup>67</sup> Dies rechtfertigt es, auf die – soweit ersichtlich – bislang kaum näher betrachteten Lösungsmöglichkeiten der StA einzugehen.

#### I. Ausgangspunkt: § 257c IV

§ 257c IV regelt, wann sich das Gericht von den in der Verständigung enthaltenen Zusagen lösen kann.

Denkbar ist, dass sich nicht das Gericht, sondern die StA von der Verständigung lösen möchte. Dies könnte der Fall sein, wenn Umstände des § 257c IV 1 vorliegen, das Gericht sich aber nicht dazu veranlasst sieht, die Bin-

dung an die Verständigung aufzugeben. Vorstellbar ist auch, dass das Geständnis des Angeklagten den Erwartungen der StA nicht entspricht<sup>68</sup> oder dass sie bei Abgabe der Zustimmungserklärung einem Irrtum unterlag. Als Fehlerquellen kommen zudem Verstöße gegen die nach § 257c I 2 geltende Pflicht des Gerichts zur Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen,<sup>69</sup> gegen Transparenz- und Dokumentationspflichten<sup>70</sup> sowie gegen die in § 257c V geregelte Belehrungspflicht<sup>71</sup> in Betracht.

#### II. Rechtsnatur der Verständigung

Möglicherweise lässt die Klärung der Rechtsnatur der Verständigung Schlussfolgerungen über Lösungsmöglichkeiten zu.

Hierbei drängt sich eine Parallele zum öffentlich-rechtlichen Vertrag auf. Sowohl das Zustandekommen einer Verständigung<sup>72</sup> als auch die Verkoppelung von Leistung und Gegenleistung<sup>73</sup> erinnern an vertragliche Strukturen. In der Literatur wird auf die Ähnlichkeit mit dem zivilrechtlichen Vergleich<sup>74</sup> und der Auslobung<sup>75</sup> verwiesen. Indessen werden im Zivilrecht gleichberechtigte Partner vor-

<sup>65</sup> Krit. *Hettinger*, JZ 2011, 292 (299), der § 257c I 2 als Angstklausel zur Beruhigung des BVerfG bezeichnet. Zur Wahrheitserforschung im Zuge einer Verständigung (Aufklärungspflicht versus Konsens) vgl. *Theile*, NStZ 2012, 666 ff.

<sup>66</sup> *BVerfG*, NJW 2013, 1058 (1066) Rdnr. 93.

<sup>67</sup> *BVerfG*, NJW 2013, 1058 (1066) Rdnr. 93.

<sup>68</sup> Vgl. Thüringer OLG, Beschl. v. 22.11.07 – 1 Ws 431/07 – juris Rdnr. 7.

<sup>69</sup> *BVerfG*, NJW 2013, 1058 (1063) Rdnr. 68.

<sup>70</sup> Vgl. *BVerfG*, NJW 2013, 1058 (1067) Rdnr. 97.

<sup>71</sup> Vgl. *BVerfG*, NJW 2013, 1058 (1067) Rdnr. 99.

<sup>72</sup> *Eschelbach*, in: Graf StPO, Stand: 30.09.2013, § 257c Rdnr. 5.

<sup>73</sup> Vgl. *Sinner*, Der Vertragsgedanke im Strafprozeßrecht, 1999, S. 205.

<sup>74</sup> *Eschelbach*, in: Graf StPO, Stand: 30.09.2013, § 257c Rdnr. 6; *Temming*, in: Heidelberger Kommentar StPO, 5. Aufl., § 257c Rdnr. 5.

ausgesetzt, der Angeklagte ist jedoch Unterworfener im intensivsten Sinne.<sup>76</sup> Bei öffentlich-rechtlichen Verträgen hingegen können die Vertragspartner sehr wohl in einem Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen.<sup>77</sup> Im Gesetzgebungsverfahren wurde die Rechtsnatur der Verständigung nicht ausdrücklich erörtert.<sup>78</sup> Den Materialien lässt sich aber entnehmen, dass der Begriff Verständigung gewählt wurde, um dem unzutreffenden Eindruck entgegenzuwirken, dass Grundlage des Urteils eine quasivertraglich bindende Vereinbarung sei.<sup>79</sup> Jedoch besteht der wesentliche Zweck des § 257c gerade darin, eine Bindung des Gerichts zu begründen.<sup>80</sup> Zudem finden sich in Verständigungsurteilen immer wieder Begriffe aus dem Vertragsrecht.<sup>81</sup> Mit den Prozessmaximen der StPO scheint ein Vertragscharakter aber unvereinbar, da bei Geltung dieser Grundsätze jegliche Disposition über den staatlichen Strafanspruch ausgeschlossen ist.<sup>82</sup> Schließlich ist die Verständigung zwar weder ein Ur-

teil noch ein verfahrensbeendender Beschluss, aber doch ein partieller Vorgriff auf das Verfahrensergebnis.<sup>83</sup> Die Verständigung lässt sich somit wie gezeigt nicht in den „klassischen Typenkanon individuell-vertraglicher und gerichtlicher Rechtsakte“<sup>84</sup> einordnen. Da sie sowohl Elemente eines öffentlich-rechtlichen Vertrages als auch Elemente eines Urteils enthält, stellt die Verständigung ein Zwitterwesen dar,<sup>85</sup> das von der wohl h. M.<sup>86</sup> als quasivertragliche Vereinbarung bezeichnet wird.

Da sich die Rechtsnatur somit nicht für eine pauschale Aussage über Lösungsmöglichkeiten eignet, werden im Folgenden verschiedene Möglichkeiten diskutiert, deren Voraussetzungen geklärt und die Erfolgsaussichten beurteilt.

### III. Hinweis auf Umstände des § 257c IV

Die StA kann das Gericht auf Umstände hinweisen, die nach § 257c IV zu beachten sind. Das BVerfG wies der StA in seiner Entscheidung vom 19.03.2013 ausdrücklich die Aufgabe zu, an der Sicherung der Gesetzmäßigkeit des Verfahrensablaufs und -ergebnisses mit-

<sup>75</sup> Niemöller, in: ders./Schlothauer/Weider, 2010, § 257c Rdnr. 108.

<sup>76</sup> Widmaier, StV 1986, 357 (358); vgl. Seier, JZ 1988, 683 (683).

<sup>77</sup> So genannte subordinationsrechtliche Verträge: Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Rdnr. 793.

<sup>78</sup> Stuckenberg, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl., § 257c Rdnr. 21.

<sup>79</sup> BT-Drs. 16/12310 S. 8.

<sup>80</sup> Vgl. Stuckenberg, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl., § 257c Rdnr. 21.

<sup>81</sup> So ist in BGH, NJW 1996, 3018 von einem „Dissens“ und in BGH, NStZ 2008, 620, 621 von einem „Höchststrafangebot“ die Rede.

<sup>82</sup> Vgl. Dencker/Hamm, Der Vergleich im Strafprozeß, Band 2, 1988, S. 101; Fahl/Geraats, JA 2009, 791 (792).

<sup>83</sup> Niemöller, in: ders./Schlothauer/Weider, 2010, § 257c Rdnr. 8.

<sup>84</sup> Niemöller, in: ders./Schlothauer/Weider, 2010, § 257c Rdnr. 8.

<sup>85</sup> Niemöller, in: ders./Schlothauer/Weider, 2010, § 257c Rdnr. 8.

<sup>86</sup> Eschelbach, in: Graf StPO, Stand: 30.09.2013, § 257c Rdnr. 6; Ambos/Ziehn, in: Radtke/Hohmann StPO, 2011, § 257c Rdnr. 32; Temming, in: Heidelberger Kommentar StPO, 5. Aufl., § 257c Rdnr. 4.

zuwirken.<sup>87</sup> Daraus muss man schließen, dass die StA sogar verpflichtet ist, das Gericht auf Umstände i. S. d. § 257c IV hinzuweisen. Jedoch führt nicht schon der Hinweis der StA zum Entfall der Bindung des Gerichts an die Verständigung, sondern erst ein entsprechender Beschluss, der im Interesse der Rechtssicherheit als *actus contrarius* zu dem in Beschlussform ergangenen gerichtlichen Vorschlag zu fordern ist.<sup>88</sup>

#### IV. Anfechtung und Widerruf der Zustimmungserklärung

Es ist zu klären, ob sich die StA von der Verständigung lösen kann, indem sie ihre Zustimmungserklärung ungeschehen macht.

##### 1. Anfechtung

Da die Verständigung eine quasivertragliche Vereinbarung darstellt, ist zunächst an eine Lösung anhand von vertraglichen Grundsätzen zu denken, wenn die Abgabe der Zustimmungserklärung der StA von Willensmängeln beeinflusst wurde.

Die Zustimmungserklärungen nach § 257c III 4 sind als prozessgestaltende Betätigungen<sup>89</sup> Prozesshandlungen.<sup>90</sup>

<sup>87</sup> *BVerfG*, NJW 2013, 1058 (1066) Rdnr. 92.

<sup>88</sup> *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl., § 257c Rdnr. 62; vgl. *Krawczyk/Schüler*, StRR 2014, 284 (287).

<sup>89</sup> *Pfeiffer/Hannich*, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl., Einl. Rdnr. 125.

<sup>90</sup> *BGH*, NStZ 2013, 51 (52); *Groß*, jurisPR 17/2012 Anm. 2, C.

Die §§ 119, 123 BGB<sup>91</sup> könnten entsprechend auf Prozesshandlungen anwendbar sein. Dagegen spricht jedoch, dass die öffentlich-rechtliche Natur des Prozesses die Gültigkeit der Erklärungen gebietet<sup>92</sup> und sich die Rückwirkung einer Anfechtung nicht mit dem Prinzip der Rechtssicherheit<sup>93</sup> verträgt. Prozesshandlungen können nicht aufgrund von Irrtümern angefochten werden.<sup>94</sup> Somit kann die StA ihre Zustimmungserklärung nicht wegen Irrtums anfechten.

Eine Anfechtung wegen Täuschung oder Drohung könnte aber ausnahmsweise zulässig sein. Im Einzelfall, namentlich dann, wenn das Gerechtigkeitsgebot Vorrang vor dem Prinzip der Rechtssicherheit beansprucht,<sup>95</sup> können Täuschung und Drohung Anfechtungsgründe darstellen,<sup>96</sup> die jedoch für die StA „praktisch irrelevant“<sup>97</sup> sein dürften.

##### 2. Widerruf

In Betracht kommt auch eine Lösung der StA von der Verständigung durch Widerruf ihrer Zustimmung. Diese ist wie erwähnt eine gestaltende Prozesshandlung. Im Hinblick auf

<sup>91</sup> Die §§ 119 ff. BGB gelten über den Verweis in § 62 VwVfG auch für öffentlich-rechtliche Verträge.

<sup>92</sup> Für Rechtsmittelerklärungen: *RGSt* 57, 83 (83); diese Grundsätze dürften entsprechend anwendbar sein, *Burhoff*, StRR 2012, 379 (381).

<sup>93</sup> *Kühne*, Strafprozessrecht, 8. Aufl., Rdnr. 679.

<sup>94</sup> *Kühne*, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl., Einl. Abschn. K Rdnr. 30; *Pfeiffer/Hannich*, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl., Einl. Rdnr. 129.

<sup>95</sup> *BGHSt* 17, 14 (18); vgl. *Seier*, JZ 1988, 683 (686).

<sup>96</sup> *Volk*, Grundkurs StPO, 7. Aufl., § 15 Rdnr. 8.

<sup>97</sup> *Velten*, in: SK-StPO, 4. Aufl., § 257c Rdnr. 26.

die Widerruflichkeit von Prozesshandlungen ist zwischen einfachen und tragenden Prozesshandlungen zu unterscheiden.

Tragende Prozesshandlungen sind solche, die unmittelbar Voraussetzungen für den Fortgang, die Beschränkung oder die Beendigung des Prozesses schaffen.<sup>98</sup> Sie müssen ein erhebliches Maß an Beständigkeit haben<sup>99</sup> und sind deshalb unwiderruflich.<sup>100</sup> Einfache Prozesshandlungen haben hingegen keine solche Wirkung und können widerrufen werden.<sup>101</sup>

Die Zustimmungserklärung der StA bringt die Verständigung, also eine gerichtliche Entscheidung zustande. Diese Entscheidung versetzt den Prozess in eine neue Lage: Das Urteilsergebnis hängt i. d. R. nur noch davon ab, ob der Angeklagte die ihm zur Bedingung gemachten Leistungen erbringt.<sup>102</sup> Somit handelt es sich bei der Zustimmung der StA um eine tragende Prozesshandlung,<sup>103</sup> die unwiderruflich ist. Man könnte der Unwiderrufbarkeit der Zustimmungserklärung der StA entgegenhalten, dass der Angeklagte von

einem Widerrufsrecht i. S. e. Nichterbringung seiner Handlungsbeiträge Gebrauch machen könne. Dann wäre es aber inkonsequent, der StA keine Widerrufsmöglichkeit zuzugestehen.<sup>104</sup> Die Nichterbringung der Leistungen des Angeklagten betrifft indessen nicht den Rechtsbestand der Verständigung, sondern deren Vollzug.<sup>105</sup> Somit geht diese Kritik ins Leere.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der StA (und nach richtiger Auffassung<sup>106</sup> auch dem Angeklagten) kein Widerrufsrecht zusteht.<sup>107</sup>

## V. Aufkündigung der Verständigung

Da die StA ihre Zustimmungserklärung nicht anfechten oder in Anwendung tradierter Grundsätze widerrufen kann, drängt sich die Überlegung auf, ob die StA nicht eine absprachespezifische Möglichkeit haben muss, die Verständigung aufzukündigen. Diese sollte in Betracht gezogen werden, wenn Umstände des § 257c IV 1 vorliegen oder das Geständnis nach Ansicht der StA ungläubhaft oder unvollständig ist, das Gericht sich aber weigert, die Bindungswirkung durch Beschluss aufzugeben.

Für die Möglichkeit einer Aufkündigung durch die StA spricht, dass das Ergebnis eines Prozesses ein richtiges und gerechtes Urteil

<sup>98</sup> Meyer-Goßner, StPO, 57. Aufl., Einl. Rdnr. 102.

<sup>99</sup> Kühne, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl., Einl. Abschn. K Rdnr. 23.

<sup>100</sup> Meyer-Goßner, StPO, 57. Aufl., Einl. Rdnr. 116; Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl., Rdnr. 300; vgl. Siegert, Die Prozeßhandlungen: ihr Widerruf und ihre Nachholung, 1929, S. 113, der den Widerruf bei „unverrückbaren Situationen“ ausschließt.

<sup>101</sup> Meyer-Goßner, StPO, 57. Aufl., Einl. Rdnr. 116; Volk, Grundkurs StPO, 7. Aufl., § 15 Rdnr. 17.

<sup>102</sup> Niemöller, in: ders./Schlothauer/Weider, 2010, § 257c Rdnr. 28.

<sup>103</sup> Niemöller, in: ders./Schlothauer/Weider, 2010, § 257c Rdnr. 111.

<sup>104</sup> Eschelbach, in: Graf StPO, Stand: 30.09.2013, § 257c Rdnr. 28.

<sup>105</sup> Niemöller, in: ders./Schlothauer/Weider, 2010, § 257c Rdnr. 28.

<sup>106</sup> Burhoff, StRR 2012, 379 (381).

<sup>107</sup> BGH, NStZ 2013, 51 (52).

sein muss.<sup>108</sup> Auf ein solches Urteil muss die StA hinwirken. Dies wird ihr aber gerade verwehrt, wenn sie keine Möglichkeit besitzt, im laufenden Prozess die Verständigung aufzukündigen.

Gegen eine Möglichkeit der StA, die Verständigung nachträglich aufzukündigen, spricht aber, dass die StA vor Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes der Verständigung nicht zustimmen musste, sie besaß lediglich ein Anhörungsrecht.<sup>109</sup> Diese Stärkung der Rolle der StA wurde im Gesetz festgeschrieben. Es ist davon auszugehen, dass eine wie auch immer ausgestaltete Aufkündigungsmöglichkeit der StA, hätte sich der Gesetzgeber eine solche vorgestellt, ebenfalls geregelt worden wäre. Zudem bietet das Gesetz keine Lösung für die sich im Fall einer Aufkündigung der Verständigung durch die StA aufdrängenden Verwertungsfragen an.<sup>110</sup> Dem Wortlaut des § 257c IV ist zu entnehmen, dass nur das Gericht die Verständigung nachträglich zu Fall bringen kann.<sup>111</sup>

Somit hat die StA nach geltendem Recht selbst dann keine Möglichkeit, die Verständigung mit der daraus resultierenden Bindungswirkung für das Gericht aufzukündigen, wenn sie die Voraussetzungen des § 257c IV 1, 2 für ein Entfallen der Bindung als gegeben ansieht.<sup>112</sup> Dies ist aufgrund der

<sup>108</sup> Vgl. BT-Drs. 16/12310 S. 14.

<sup>109</sup> Velten, in: SK-StPO, 4. Aufl., § 257c Rdnr. 23.

<sup>110</sup> Vgl. El-Ghazi, JR 2012, 406 (409).

<sup>111</sup> Altvater, Festschrift für Rissing-van Saan, 2011, 1 (26).

<sup>112</sup> BGH, NStZ 2013, 51 (52).

Aufgabe der StA, an der Gesetzmäßigkeit des Verfahrensergebnisses mitzuwirken,<sup>113</sup> bedenklich.

## VI. Verstoß gegen Zusagen

Nach § 257c II 1 kann das Prozessverhalten der Beteiligten Gegenstand der Verständigung sein. Als Beiträge der StA kommen insbesondere Mitwirkungshandlungen (Anträge, Zustimmungserklärungen) zu Verfahrenseinstellungen und -beschränkungen<sup>114</sup> in Betracht, es ist aber auch der Verzicht auf einzelne Beweisanträge<sup>115</sup> denkbar.

Es ist in Erwägung zu ziehen, dass sich die StA durch Nichterbringung des von ihr zugesagten Verhaltens von ihren Zusagen lösen bzw. sogar die Bindungswirkung des Gerichts an die Verständigung hinfällig werden lassen kann.

**Beispiel 1:**<sup>116</sup> A ist wegen 30 gleichgelagerter Taten angeklagt. Das Gericht unterbreitet einen Verständigungsvorschlag, in dem es u. a. in Aussicht stellt, die Taten 21-30 nach § 154 II einzustellen, sofern die StA das beantragt und A ein Geständnis in Bezug auf die Taten 1-20 ablegt. A und die StA stimmen zu. A räumt die Taten 1-20 durch bloße Verteidigererklärung im Sinne der Anklage ein. – Kann die StA erfolgreich die Einstellung verhindern?

<sup>113</sup> BVerfG, NJW 2013, 1058 (1066) Rdnr. 92.

<sup>114</sup> Niemöller, in: ders./Schlothauer/Weider, 2010, § 257c Rdnr. 38; vgl. Schlothauer/Weider, StV 2009, 600 (603).

<sup>115</sup> Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl., Rdnr. 395a.

<sup>116</sup> Die Beispiele dienen ausschließlich der Veranschaulichung der Lösungsmöglichkeiten. Sie haben nicht den Anspruch, besonders realitätsnah zu sein.

**Beispiel 2:** Es kommt eine Verständigung zustande. Der Angeklagte A hatte zugesagt, ein Geständnis abzulegen. Die StA hatte zugesagt, keine Beweisangebote mehr zu stellen. Nachdem A ein reines Formalgeständnis ablegt, möchte die StA ihre Zusage ebenfalls nicht einhalten und weitere Beweisangebote stellen.

### 1. Zusagen der StA – Bestandteil der Verständigung?

Zunächst ist zu untersuchen, inwieweit Zusagen der StA Bestandteil der Verständigung werden. Dazu ist zwischen verfahrensbezogenen Zusagen und Zusagen für andere Verfahren zu differenzieren.

Zusagen der StA für andere Verfahren konnten die Gerichte vor Inkrafttreten der gesetzlichen Regelung in die Absprache mit dem Angeklagten aufnehmen und sich so zu eigen machen.<sup>117</sup>

NIEMÖLLER<sup>118</sup> vertritt, dass dies auch nach Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes gilt. Als Begründung führt er an, dass auch Zusagen für andere Verfahren in der Hauptverhandlung gegeben würden und dadurch Prozessverhalten eines Verfahrensbeteiligten i. S. d. § 257c II 1 darstellten.<sup>119</sup> Auch der Gesetzesentwurf des BR sah die Möglichkeit der Einbeziehung verfahrensfremder Zusagen

<sup>117</sup> Vgl. BGHSt 52, 165 (172); Fezer, JZ 2008, 1059 (1059); Lindemann, JR 2009, 82 (83); Köbel, NStZ 2002, 74 (75).

<sup>118</sup> Niemöller, in: ders./Schlothauer/Weider, 2010, § 257c Rdnr. 38; vgl. Niemöller, GA 2009, 172 (182).

<sup>119</sup> Niemöller, in: ders./Schlothauer/Weider, 2010, § 257c Rdnr. 38.

vor.<sup>120</sup> Eine solche Regelung wurde in die geltende Fassung des § 257c aber nicht aufgenommen. Aus dem Wortlaut der Norm folgt, dass sich die zugesagten Maßnahmen des Gerichts nur auf das zugrundeliegende Erkenntnisverfahren beziehen dürfen. Warum für Zusagen der StA etwas anderes gelten sollte, ist nicht ersichtlich. Zudem scheint die Einstellung anderer Verfahren durch die StA im Tausch gegen ein Geständnis in der vorliegenden Sache mit dem Schuldgrundsatz unvereinbar.<sup>121</sup> Schließlich wollte der Gesetzgeber Verständigungen transparent und kontrollierbar machen, was bei Einbeziehung anderer Verfahren nicht gewährleistet wäre.<sup>122</sup> So lässt sich auch das Argument NIEMÖLLERS entkräften: Verfahrensfremde Zusagen werden zwar in der Hauptverhandlung gegeben, können aber nur außerhalb eingelöst werden. Solche Zusagen können nach dem Willen des Gesetzgebers<sup>123</sup> nicht an der Bindungswirkung des § 257c teilhaben.<sup>124</sup> Da sie nicht Bestandteil einer zulässigen Verständigung sein können,<sup>125</sup> wird auf sie im Folgenden nicht weiter eingegangen.

Streitig ist, was für verfahrensbezogene Zusagen gilt. Für BEULKE<sup>126</sup> bezieht sich die Bin-

<sup>120</sup> BR BT-Drs. 16/4197 S. 5.

<sup>121</sup> Stuckenberg, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl., § 257c Rdnr. 43.

<sup>122</sup> BVerfG, NJW 2013, 1058 (1064) Rdnr. 79.

<sup>123</sup> BT-Drs. 16/12310 S. 13.

<sup>124</sup> Seppi, Absprachen im Strafprozess, 2011, S. 161; Jahn/Müller, NJW 2009, 2625 (2628).

<sup>125</sup> Temming, in: Heidelberger Kommentar StPO, 5. Aufl., § 257c Rdnr. 28.

<sup>126</sup> Keine Differenzierung vornehmend: Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl., Rdnr. 396e.

dungswirkung des § 257c auch nicht auf verfahrensbezogene Zusagen der StA. Allerdings wird diese Ansicht den Interessen des Angeklagten nicht gerecht: Möglich ist, dass für den Entschluss, seine Zustimmung zu erklären, das zugesagte Prozessverhalten der StA ausschlaggebend war. Da sich Zusagen der StA zudem häufig auf Mitwirkungsakte beziehen, die erforderlich sind, um gerichtliche Zusagen zu erfüllen, scheint es beispielsweise bei einer Teileinstellung der angeklagten Taten nach § 154 II nicht konsequent, dass zwar die Einstellungsentscheidung des Gerichts, nicht aber der dazu nötige Antrag der StA Bestandteil der Verständigung sein soll. Dafür, dass verfahrensbezogene Zusagen der StA Gegenstand der Verständigung werden können, spricht auch, dass § 257c ihr den Status eines Verständigungspartners einräumt.<sup>127</sup> Schließlich wird auch in den Gesetzesmaterialien die Bindungswirkung nur bezüglich verfahrensfremder Zusagen verneint.<sup>128</sup>

Richtiger Auffassung nach können von der StA zugesicherte verfahrensbezogene Maßnahmen Gegenstand der in § 257c geregelten Vereinbarung sein.<sup>129</sup>

## 2. Bindung der StA an ihre Zusagen

Dies führt zu der Frage, ob die StA an ihre Zusagen rechtlich gebunden ist, was unabhängig von der Bindung des Gerichts an die

gesamte Verständigung zu beurteilen ist. Dazu müsste sie sich gegenüber dem Angeklagten überhaupt wirksam zu einem solchen Handeln verpflichten können.

Es wird vertreten, dass die StA i. R. ihres Ermessensspielraums wirksam Verpflichtungen gegenüber dem Angeklagten eingehen kann.<sup>130</sup> Danach wäre die StA an verfahrensbezogene Zusagen rechtlich gebunden.<sup>131</sup> Für eine Bindung der StA spricht ihre Vetomacht, die eine Aufwertung ihrer Position im Vergleich zum Normalverfahren darstellt. Die Kehrseite dieser Aufwertung müsste die Bindung der StA sein.<sup>132</sup> Zudem ist nicht einzu- sehen, weshalb die StA im Gegensatz zum Gericht keiner Bindung unterliegen sollte, da beide gleichermaßen an Gesetz und Recht gebunden sind und sich das Gericht i. R. der Verständigung trotzdem wirksam verpflichten kann.<sup>133</sup>

Gegen diese Auffassung spricht jedoch, dass, obwohl verfahrensbezogene Zusagen der StA Teil der Verständigung werden, nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm nur das Gericht der von der Verständigung ausgehenden Bindungswirkung unterliegt. Es steht der StA nach der jetzigen Rechtslage daher frei, ihre Leistung nicht zu erbringen.<sup>134</sup>

<sup>127</sup> Vgl. Niemöller, in: ders./Schlothauer/Weider, 2010, § 257c Rdnr. 41.

<sup>128</sup> BT-Drs. 16/12310 S. 13.

<sup>129</sup> Velten, in: SK-StPO, 4. Aufl., § 257c Rdnr. 30.

<sup>130</sup> Niemöller, in: ders./Schlothauer/Weider, 2010, § 257c Rdnr. 38.

<sup>131</sup> Velten, in: SK-StPO, 4. Aufl., § 257c Rdnr. 30.

<sup>132</sup> Velten, in: SK-StPO, 4. Aufl., § 257c Rdnr. 30.

<sup>133</sup> Niemöller, in: ders./Schlothauer/Weider, 2010, § 257c Rdnr. 38.

<sup>134</sup> Wenske, DRiZ 2012, 123 (126).

### 3. Erfolgsaussichten

Schließlich sind die Folgen einer Nichteinhaltung der im Zuge der Verständigung von der StA gemachten Zusagen zu untersuchen.<sup>135</sup>

#### a) Zugesagtes Verhalten der StA

Selbst wenn man wider den Gesetzeswortlaut eine rechtliche Bindung der StA annehmen wollte, hätte der Angeklagte keine Möglichkeit, die Einhaltung der Zusagen der StA durchzusetzen.<sup>136</sup>

Werden Anträge oder Zustimmungserklärungen unbedingt zugesagt, kann aber bereits die Zusage als Abgabe der Erklärung ausgelegt werden.<sup>137</sup>

Wenn eine Zusage nicht in dieser Weise ausgelegt werden kann, werden die Möglichkeiten des Gerichts unterschiedlich beurteilt: Von einer rechtlichen Bindung der StA an verfahrensbezogene Zusagen ausgehend, will VELTEN den Gerichten zugestehen, bedingt erteilte Prozessklärungen bei Bedingungs-

eintritt als gegeben zu behandeln.<sup>138</sup> Dies begründet sie damit, dass sich aus der von der StA eingegangenen Verpflichtung ein subjektiv-öffentliches Recht des Angeklagten ergebe, dessen Klagbarkeit durch Art. 19 IV GG generell sichergestellt<sup>139</sup> werde. Da der Angeklagte sein Recht aber nicht selbst durchsetzen könne und es sich bei der Prozessklärung nur um eine interne Voraussetzung für die Sachentscheidung des Gerichts handle, habe die Klagbarkeit bei dieser Sachentscheidung anzusetzen.<sup>140</sup> Anstelle der isolierten Feststellung bzw. Bewirkung der Prozesshandlung trete deren Ersetzung durch gerichtliche Entscheidung.<sup>141</sup>

Andere schlagen hingegen vor, den Angeklagten in Fällen, in denen die StA das angekündigte Verhalten verweigert, so zu stellen, als ob sie ihre Zusage eingehalten hätte.<sup>142</sup> Das Gericht könnte danach ein Verfahrenshindernis bezüglich der Taten annehmen, deren Einstellung die StA beantragen wollte.<sup>143</sup> Begründen lässt sich dieser Ansatz mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens.<sup>144</sup>

<sup>135</sup> Die Konsequenzen einer unvollständig eingehaltenen Absprache werden für weitgehend ungeklärt gehalten (Püschel, in: *Anwalt Kommentar StPO*, 2. Auflage, § 257c Rdnr. 15).

<sup>136</sup> Vgl. Niemöller, in: ders./Schlothauer/Weider, 2010, § 257c Rdnr. 38; vgl. Velten, in: *SK-StPO*, 4. Aufl., § 257c Rdnr. 30; a. A. wohl Kühne, *Strafprozessrecht*, 8. Aufl., Rdnr. 603, der Entscheidungen der StA als Justizverwaltungsakte nach § 23 EGGVG qualifiziert und die Einklagung der Zusage vor dem OLG für möglich hält.

<sup>137</sup> König/Harrendorf, in: *Handkommentar Gesamtes Strafrecht*, 2. Aufl., § 257c Rdnr. 22.

<sup>138</sup> Velten, in: *SK-StPO*, 4. Aufl., § 257c Rdnr. 30; i. E. wohl auch König/Harrendorf, in: *Handkommentar Gesamtes Strafrecht*, 2. Aufl., § 257c Rdnr. 22, und Sauer, *wistra* 2009, 141 (145).

<sup>139</sup> Vgl. Schmidt-Aßmann, in: *Maunz/Dürig Teil B*, EL 66 Art. 19 IV Rdnrn. 146, 149.

<sup>140</sup> Velten, in: *SK-StPO*, 4. Aufl., § 257c Rdnr. 30.

<sup>141</sup> Velten, in: *SK-StPO*, 4. Aufl., § 257c Rdnr. 30.

<sup>142</sup> Beulke, *Strafprozessrecht*, 12. Aufl., Rdnr. 396e; Altvater, *Festschrift für Rissing-van Saan*, 2011, 1 (28).

<sup>143</sup> Beulke, *Strafprozessrecht*, 12. Aufl., Rdnr. 396e.

<sup>144</sup> Niemöller, in: ders./Schlothauer/Weider, 2010, § 257c Rdnr. 39; vgl. Niemöller, *GA* 2009, 172 (182).

**Lösung Beispiel 1:** Wenn die StA sich weigert, einen Antrag nach § 154 II zu stellen, kann nach dem oben Gesagten das Gericht bereits die Zusage der StA als Antrag i. S. d. § 154 II werten. Somit kann die StA die Einstellung durch ihr Verhalten nicht erfolgreich verhindern.

## b) Aufhebung der gerichtlichen Bindung

Hatte die StA zugesagt, bestimmte Beweisanträge nicht zu stellen, und tut sie es dennoch, sind diese wirksam,<sup>145</sup> und das Gericht muss, sofern kein Ablehnungsgrund nach § 244 III, IV vorliegt, die Beweiserhebung durchführen.<sup>146</sup>

Möglicherweise könnte ein solcher vom Gericht nicht zu korrigierender Verstoß der StA zum Wegfall der Verständigung mit seiner Bindungswirkung für das Gericht führen. Hält sich die StA nicht an ihre Zusagen, führt das wohl noch nicht zum Wegfall der Bindung des Gerichts an die Verständigung. Das ergibt sich schon aus § 257c IV 2, der den Bindungsfortfall nur anordnet, wenn das Prozessverhalten des Angeklagten nicht der Prognose entspricht. Allerdings muss das Gericht abwägen, ob aufgrund der neuen Verfahrenslage der vereinbarte Strafraum noch angemessen ist. Ist dies nicht der Fall, kann es die Bindung gemäß § 257c IV aufgeben.<sup>147</sup>

<sup>145</sup> Stuckenberg, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl., § 257c Rdnr. 59.

<sup>146</sup> Eschelbach, in: Graf StPO, Stand: 30.09.2013, § 257c Rdnr. 34.

Dabei muss aber beachtet werden, dass die StA gerade nicht über die Aufgabe der Bindung des Gerichts an die Verständigung entscheidet, sondern diesem nur den Anlass dafür gibt. Somit handelt es sich strenggenommen nicht um eine Lösungsmöglichkeit der StA.

**Lösung Beispiel 2:** Die Beweisanträge der StA sind nach dem oben Gesagten wirksam. Die Bindungswirkung der gesamten Verständigung entfällt dadurch jedoch noch nicht. Dies erfordert einen Beschluss des Gerichtes.

## c) Fazit

Die StA kann sich jedenfalls faktisch von ihren Zusagen lösen. Das Gericht hat jedoch die Möglichkeit, die Zusagen der StA auszulegen und ihre Prozessklärungen zu fingieren bzw. Verfahrenshindernisse anzunehmen. Ob die StA das Gericht durch ihr Verhalten veranlassen kann, die Bindung aufzugeben, ist einzelfallabhängig.

## VII. Rechtsmittel

Schließlich ist in Erwägung zu ziehen, dass die StA gegen das Urteil Rechtsmittel einlegen könnte.

**Beispiel 3:** In erster Instanz ergeht ein Urteil, das auf einer Verständigung beruht. Der Staatsanwalt fragt sich, ob er gegen dieses Urteil überhaupt ein

<sup>147</sup> Seppi, Absprachen im Strafprozess, 2011, S. 183; vgl. Eschelbach, in: Graf StPO, Stand: 30.09.2013, § 257c Rdnr. 35.

Rechtsmittel einlegen kann und ob das Rechtsmittelgericht an den Inhalt der Verständigung gebunden ist.

### 1. Generelle Zulässigkeit

Zu klären ist, ob die StA ein Urteil, das auf einer Verständigung beruht, überhaupt mit Rechtsmitteln anfechten kann. Dies könnte man mit der Begründung verneinen, dass, wer einer Verständigung zugestimmt hat, sich zu seinem Verhalten in Widerspruch setzen würde, wenn er gegen das der Verständigung entsprechende Urteil Rechtsmittel einlegt.<sup>148</sup> Zudem war vor Einführung des Verständigungsgesetzes die Einlegung eines Rechtsmittels für die StA die einzige Möglichkeit, eine unzureichende Verständigung anzugreifen.<sup>149</sup> Durch die Neuregelung, die die Zustimmung der StA erforderlich machte, könnte dies überflüssig sein. Entgegen anderslautender Vorschläge<sup>150</sup> sieht das Verständigungsgesetz jedoch bewusst keine Einschränkung der Rechtsmittelbefugnis vor.<sup>151</sup> Der Gesetzgeber hat das Anfechtungsrecht der Beteiligten sogar aufgewertet, indem er

<sup>148</sup> Müller, Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren, 2007, S. 438; Niemöller, NStZ 2013, 19 (20).

<sup>149</sup> Knauer/Lickleder, NStZ 2012, 366 (377).

<sup>150</sup> Z. B. der Entwurf des Bundesrates in BT-Drs. 16/4197 S. 2, 11, der die Berufung gegen Verständigungsurteile ausschließen und die Revision auf Verfahrensfehler im Verständigungsverfahren und absolute Revisionsgründe beschränken wollte.

<sup>151</sup> V. Heintschel-Heinegg, in: KMR StPO, EL 56 § 257c Rdnr. 66; Jahn, JuS 2012, 470 (471); vgl. Tsujimoto, ZIS 2012, 612 (620); vgl. Weimar/Mann, StraFo 2010, 12 (15).

es in § 302 I 2 für unverzichtbar erklärt hat.<sup>152</sup> Dies scheint sachgerecht, da zu befürchten ist, dass die Vorschriften zu extensiv ausgelegt und rechtsstaatlich unhaltbare Vereinbarungen getroffen werden.<sup>153</sup> Die Notwendigkeit der Möglichkeit eines Rechtsmittelverfahrens nach einer Verständigung zeigt auch die Untersuchung Altenhains, nach der in einer Vielzahl von Fällen die gesetzlichen Vorgaben missachtet werden.<sup>154</sup> Aufgrund dieser Erwägungen muss die StA generell Rechtsmittel gegen ein auf einer Verständigung beruhendes Urteil einlegen können. Dies kann sie sowohl zu Gunsten als auch zu Lasten des Angeklagten tun.<sup>155</sup>

### 2. Bindung des Rechtsmittelgerichts

Die Rechtsmittelgerichte dürften nicht an die Verständigung gebunden sein, wenn sich die StA durch Einlegung eines Rechtsmittels von der Verständigung lösen können soll.

Nach Kuhn<sup>156</sup> bindet die erstinstanzlich getroffene Verständigung auch die Rechtsmittelgerichte, was er damit begründet, dass die Verständigung dem weiteren Fortgang des Verfahrens diene, wozu auch das Berufungsverfahren zähle. Da § 257c IV nur auf ein Gericht und nicht auf das Tatgericht abstellt,

<sup>152</sup> BGH, NJW 2012, 468 (469); Jahn, JuS 2012, 470 (471).

<sup>153</sup> Meyer-Goßner, StPO, 57. Aufl., § 257c Rdnr. 32a; vgl. Beulke/Swoboda, JZ 2005, 67 (70).

<sup>154</sup> Auf diese Bezug nehmend: BVerfG, NJW 2013, 1058 (1069) Rdnr. 117.

<sup>155</sup> Knauer/Lickleder, NStZ 2012, 366 (377).

<sup>156</sup> Kuhn, StV 2012, 10 (11).

scheint der Wortlaut der Norm dieser Auffassung nicht entgegenzustehen.<sup>157</sup>

Dagegen spricht jedoch, dass die Rechtsmittelgerichte nicht an der Verständigung beteiligt waren.<sup>158</sup> Zudem scheint eine Bindung der Rechtsmittelgerichte mit § 261 und Art. 97 GG unvereinbar.<sup>159</sup> Schließlich wollte der Gesetzgeber weder Berufungs- und Revisionsgericht noch das Gericht nach Zurückweisung an die erstinstanzliche Verständigung binden.<sup>160</sup> Dies kommt gerade auch in § 302 I 2 zum Ausdruck.<sup>161</sup>

Die Rechtsmittelgerichte unterliegen somit keiner Bindung an die Verständigung.<sup>162</sup> Dies eröffnet der StA grundsätzlich die Möglichkeit, sich durch Einlegung eines Rechtsmittels von der Verständigung zu lösen.

<sup>157</sup> *El-Ghazi*, JR 2012, 406 (410); anders *Moldenhauer*, NStZ 2014, 493 (494), der auch den Wortlaut des § 257c IV dafür anführt, dass die Rechtsmittelgerichte nicht an die erstinstanzliche Verständigung gebunden sind.

<sup>158</sup> Vgl. *OLG Düsseldorf*, StV 2011, 80 (81).

<sup>159</sup> *Eschelbach*, in: Graf StPO, Stand: 30.09.2013, § 257c Rdnr. 46; krit. *El-Ghazi*, JR 2012, 406 (410).

<sup>160</sup> BT-Drs. 16/12310 S. 15.

<sup>161</sup> Vgl. *OLG Karlsruhe*, NStZ 2014, 294 (294); dazu: *Moldenhauer*, NStZ 2014, 493 (494).

<sup>162</sup> *Altwater*, Festschrift für Rissing-van Saan, 2011, 1 (29); *OLG Karlsruhe*, NStZ 2014, 294 (294) m. w. N.; dazu: *Moldenhauer*, NStZ 2014, 493 (494). Ausnahme: Hebt das Revisionsgericht das Urteil auf eine Verfahrensrüge des Angeklagten hin auf, weil das Gericht rechtsfehlerhaft die Bindung an die ansonsten rechtsfehlerfreie Verständigung widerrief, ist das neue Tatgericht an die Verständigung gebunden (*Weider*, in: Niemöller/Schlothauer/Weider, 2010, C Rdnr. 57).

**Lösung Beispiel 3:** Der Staatsanwalt kann Rechtsmittel einlegen. Nach dem oben Ausgeführten unterliegt das Rechtsmittelgericht auch keiner Bindung an die Verständigung.

### 3. Berufung

Die Berufung ist auch dann statthaft, wenn dem Urteil eine Verständigung vorausging. Die StA ist durch jede unrichtige Entscheidung beschwert.<sup>163</sup> Geht es der StA darum, Fehler im Zusammenhang mit der Verständigung geltend zu machen, hat sie die Möglichkeit der Sprungrevision nach § 335 I in Betracht zu ziehen.<sup>164</sup>

Nachfolgend sollen, angelehnt an den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 06.10.2010,<sup>165</sup> nur die ausgewählte Problematik der alleinigen Rechtsmitteleinlegung der StA zu Ungunsten des Angeklagten und deren Folgefragen näher betrachtet werden.

#### a) Alleinige Rechtsmitteleinlegung der StA

Hat das AG den Verständigungsstrafrahmen nicht ausgeschöpft, muss der Angeklagte damit rechnen, dass die StA Rechtsmittel einlegen wird, um unter zulässiger beweisrechtlicher Verwertung des erstinstanzlichen Ge-

<sup>163</sup> *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl., Rdnr. 537, stellt klar, dass dies für alle Rechtsmittel gilt.

<sup>164</sup> Vgl. *Weider*, in: Niemöller/Schlothauer/Weider, 2010, C Rdnr. 99.

<sup>165</sup> *OLG Düsseldorf*, StV 2011, 80 ff.

ständnisses<sup>166</sup> die Höchststrafe des Strafrahmens zu erzielen.<sup>167</sup>

Wurde der Angeklagte aber zu der Höchstgrenze des Verständigungsstrafrahmens verurteilt, könnte der Zustimmung der StA die konkludent erklärte Absicht zu entnehmen sein, das Urteil nicht mit dem Ziel einer diese Grenze übersteigenden Bestrafung anzugreifen.<sup>168</sup> Wie das enttäuschte Vertrauen des Angeklagten in diesem Fall zu kompensieren ist, wird unterschiedlich beurteilt.

MOLDENHAUER und WENSKE wollen aus Art. 6 I 1 EMRK die Fortgeltung der vereinbarten Strafobergrenze für die Berufungsinstanz herleiten und dabei die Verwertung des Geständnisses des Angeklagten zulassen.<sup>169</sup> Dies würde bedeuten, dass die StA sich durch alleinige Rechtsmitteleinlegung nicht von dem Verständigungsstrafrahmen lösen könnte.

Andere nehmen analog § 257c IV 3 ein Verwertungsverbot des Geständnisses und des sonstigen Prozessverhaltens des Angeklagten an.<sup>170</sup> Zusätzlich wird z. T. eine qualifizierte Belehrung über das Verwertungsverbot gefordert.<sup>171</sup> Danach könnte die StA sich auch bei alleiniger Rechtsmitteleinlegung von der vereinbarten Strafobergrenze lösen.

<sup>166</sup> Wenske, DRiZ 2012, 123 (127); vgl. Mosbacher, JuS 2011, 708 (709).

<sup>167</sup> Vgl. BGH, NStZ 2010, 650; vgl. Moldenhauer, NStZ 2014, 493 (494).

<sup>168</sup> Moldenhauer/Wenske, NStZ 2012, 184 (186).

<sup>169</sup> Moldenhauer/Wenske, NStZ 2012, 184 (187); Wenske, DRiZ 2012, 123 (127).

Für die erste Ansicht wird vorgebracht, dass dem Angeklagten mit einem Verwertungsgebot ein Strafmilderungsgrund verloren ginge.<sup>172</sup> Dieses Argument trägt jedoch nur unter der Voraussetzung, dass von der früheren Rechtsprechung<sup>173</sup> abgewichen würde, die Geständnisse trotz Verwertungsverbots strafmildernd berücksichtigte. Zudem lässt sich nur die zweite Ansicht mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbaren, der die Rechtsmittelgerichte gerade keiner Bindung unterwerfen wollte. Somit kann die StA, auch wenn sie als alleinige Rechtsmittelführerin Berufung einlegt, ein höheres Strafmaß als die in der Verständigung vereinbarte Obergrenze erreichen.

Die Ausführungen müssen entsprechend für den Fall gelten, dass es nach erfolgreicher Revision zum Nachteil des Angeklagten zu ei-

<sup>170</sup> OLG Düsseldorf, StV 2011, 80 (81); OLG Karlsruhe, NStZ 2014, 294 (295) hat offen gelassen, worauf das Verwertungsverbot gestützt wird. Mosbacher, JuS 2011, 708 (709), führt aus, dass eine Regelungslücke vorliege, die „wegen gleicher Interessenlage wie in den Fällen des § 257c IV 1 oder 2 aus Gründen des Vertrauensschutzes und des fairen Verfahrens eine analoge Anwendung“ erfordere. Gegen jegliche Vertrauenskompensation des Angeklagten wohl BGH, StV 2011, 337 (338), wo angedeutet wird, dass ein Verwertungsverbot nur in Betracht komme, wenn sich das Gericht von der Verständigung lösen will. Dies mit überzeugenden Argumenten (Schutz der Autonomie des Angeklagten und seiner Subjektstellung im Prozess) ablehnend Velten, in: SK-StPO, 4. Aufl., § 257c Rdnr. 48.

<sup>171</sup> Eschelbach, in: Graf StPO, Stand: 30.09.2013, § 257c Rdnr. 46.

<sup>172</sup> Moldenhauer/Wenske, NStZ 2012, 184 (187); Wenske, DRiZ 2012, 123 (127).

<sup>173</sup> BGHSt 42, 191 (194).

ner erneuten tatrichterlichen Verhandlung kommt.<sup>174</sup>

### **b) Teilanfechtung – Beschränkung auf das Strafmaß**

Es stellt sich die Folgefrage, ob in diesen Fällen eine Beschränkung der Berufung auf den Rechtsfolgenausspruch wirksam ist, wenn der Schuldspruch nur auf dem unverwertbaren Geständnis beruht.

Man könnte – wie das OLG Düsseldorf – erwägen, ob eine solche Rechtsmittelbeschränkung aufgrund des fair-trial-Grundsatzes wegen Täuschung des Angeklagten unwirksam ist, wenn die StA „an der Herbeiführung eines unverwertbaren Geständnisses mitgewirkt“<sup>175</sup> hat. Dies überzeugt nicht. Zum einen kann nicht festgestellt werden, ob die StA von Beginn an beabsichtigt hatte, Berufung zum Nachteil des Angeklagten einzulegen.<sup>176</sup> Zum anderen scheint äußerst zweifelhaft, ob eine Prozessklärung wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens unwirksam sein kann.<sup>177</sup> Die Wirksamkeit einer Rechtsmittelbeschränkung muss daher auch in Fällen alleiniger Berufung der StA nach der Trennbarkeitsformel beurteilt werden. Danach ist die Beschränkung nur zulässig, wenn der angefochtene Teil vom übrigen Urteilsinhalt losgelöst

selbstständig geprüft und rechtlich beurteilt werden kann.<sup>178</sup> Ein Rechtsmittel kann folglich nicht beschränkt werden, wenn Schuldspruch und Strafzumessung so miteinander verknüpft sind, dass ein die Strafbarkeit erhöhender oder mindernder Umstand einen untrennbaren Teil der Schuldfrage (eine doppelrelevante Tatsache)<sup>179</sup> bildet.<sup>180</sup> Ein im Zuge der Verständigung abgegebenes Geständnis ist sowohl für den Schuldspruch als auch für den Rechtsfolgenausspruch relevant. Darf das Geständnis in der Rechtsmittelinstanz nicht verwertet werden, können Schuldspruch und Rechtsfolgenausspruch rechtlich und tatsächlich nicht selbstständig beurteilt werden.<sup>181</sup> Eine Rechtsmittelbeschränkung der StA auf den Rechtsfolgenausspruch ist daher unwirksam.<sup>182</sup> Die Berufung gilt als uneingeschränkt eingelegt.<sup>183</sup>

### **c) Fazit**

Die Berufung der StA führt zur vollständigen Neuverhandlung des Tatvorwurfs, ohne dass das Berufungsgericht an die Zusagen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden ist, wobei

<sup>174</sup> *Schlothauer*, StraFo 2011, 487 (494); *Wenske*, DRiZ 2012, 123 (127).

<sup>175</sup> *OLG Düsseldorf*, StV 2011, 80 (82).

<sup>176</sup> *Moldenhauer/Wenske*, NStZ 2012, 184 (185).

<sup>177</sup> Laut *Moldenhauer/Wenske*, NStZ 2012, 184 (185) sei dies von der Rspr. bislang nicht vertreten worden.

<sup>178</sup> *Gössel*, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl., § 318 Rdnr. 3; *Rautenberg*, in: Heidelberger Kommentar StPO, 5. Aufl., § 318 Rdnr. 7; vgl. *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, 5. Aufl., Rdnr. 301.

<sup>179</sup> BGHSt 29, 359 (367).

<sup>180</sup> *Dölling*, in: Kommentar zur StPO, Reihe Alternativkommentare, 1996, § 318 Rdnr. 20.

<sup>181</sup> *Kuhn*, StV 2012, 10 (12).

<sup>182</sup> *Leipold*, NJW-Spezial 2010, 760 (760); vgl. *Bittmann*, NStZ-RR 2011, 102 (103).

<sup>183</sup> *Rautenberg*, in: Heidelberger Kommentar StPO, 5. Aufl., § 318 Rdnr. 17.

ein mögliches Verwertungsverbot des Geständnisses zu beachten ist.

#### 4. Revision

Nach der Entscheidung des Gesetzgebers ist die Revision gegen Verständigungsurteile grundsätzlich zulässig. Es sind, wie im konventionellen Strafverfahren, die Voraussetzungen der Form und Frist von Revisionseinlegung und -begründung zu beachten.<sup>184</sup>

Nachfolgend soll nur das ausgewählte Problem des Ausschlusses bestimmter Verfahrensrügen bei einer Revision der StA gegen ein Verständigungsurteil dargestellt werden.<sup>185</sup>

Grundsätzlich kann die StA Rechtsmittel gegen Verständigungsurteile einlegen. Es stellt sich jedoch die Frage, ob dies bei der Revision ausnahmslos gilt. Man könnte – wie der Große Senat<sup>186</sup> – erwägen, ob nicht mit Blick auf die Besonderheiten des Abspracheverfahrens bestimmte Verfahrensrügen, namentlich Aufklärungsrügen, ausgeschlossen sind. Die Aufklärungsrüge ist statthaft, wenn das

Gericht von Ermittlungen abgesehen hat, die es aufgrund seiner Sachaufklärungspflicht hätte vornehmen müssen.<sup>187</sup>

Es wird vertreten, dass es widersprüchlich sei, nach einer Verständigung die Revision mit der Aufklärungsrüge zuzulassen.<sup>188</sup> Dies wird damit begründet, dass das Spezifische der Verständigung gerade darin liege, dass mit der Abgabe des Geständnisses durch den Angeklagten automatisch auf weitere Beweiserhebungen verzichtet werde.<sup>189</sup>

Dagegen spricht jedoch wieder der Wille des Gesetzgebers,<sup>190</sup> der gerade keine der Rügemöglichkeiten ausschließen wollte. Auch aufgrund der Gefahr der Ablegung reiner Formalgeständnisse sollte eine uneingeschränkte revisionsrechtliche Kontrolle zugelassen werden.<sup>191</sup> Zudem würde der Ausschluss der Aufklärungsrüge gegen den Grundsatz der Amtsaufklärung verstoßen, der durch die Verständigungsregelung gerade nicht angetastet werden sollte.<sup>192</sup> Da das Gericht zur uneingeschränkten Amtsaufklärung verpflichtet ist, wäre es widersinnig, die Auf-

<sup>184</sup> Eschelbach, in: Graf StPO, Stand: 30.09.2013, § 257c Rdnr. 47.

<sup>185</sup> Ein weiteres Problem stellt sich bei der Frage, ob die Rechtsfehlerhaftigkeit eines Teils der Verständigung diese insgesamt erfasst, vgl. dazu: *El-Ghazi*, JR 2012, 406 (407); *Lindemann*, JR 2009, 82 (83 f.). Zudem ist das Beruhen des Urteils auf der Gesetzesverletzung bei einer Verständigung problematisch, da StA und Angeklagter dieser zustimmten, vgl. dazu: *Weider*, in: Niemöller/Schlothauer/Weider, 2010, C Rdnr. 11; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl., § 257c Rdnr. 73.

<sup>186</sup> BGHSt 50, 40 (52).

<sup>187</sup> *Peters*, Urteilsabsprachen im Strafprozess, 2011, S. 251.

<sup>188</sup> *Altwater*, Festschrift für Rissing-van Saan, 2011, 1 (31); *Peters*, Urteilsabsprachen im Strafprozess, 2011, S. 252.

<sup>189</sup> *Peters*, Urteilsabsprachen im Strafprozess, 2011, S. 252.

<sup>190</sup> BT-Drs. 16/12310 S. 9.

<sup>191</sup> *Meyer-Goßner*, Festschrift für Böttcher, 2007, 105 (113).

<sup>192</sup> *Weider*, in: Niemöller/Schlothauer/Weider, 2010, C Rdnr. 19.

klärungsrüge von den Rügemöglichkeiten auszunehmen.

Somit bleiben im Revisionsverfahren alle Rügen der StA zulässig.<sup>193</sup>

## 5. Beschwerde

Der Vorschlag, mit dem das Gericht den möglichen Inhalt der Verständigung bekannt gibt, ergeht durch Beschluss.<sup>194</sup> Dieser stellt eine Entscheidung, die der Urteilsfällung gemäß § 305 I 1 vorausgeht, dar und ist deshalb nicht selbstständig (mittels einer Beschwerde i. S. d. §§ 304 ff.) anfechtbar.<sup>195</sup>

## 6. Erfolgsaussichten von Berufung und Revision

Schließlich sind die Erfolgsaussichten einer Lösung von der Verständigung durch die Einlegung von Berufung und Revision zu bewerten.

Es ist zu beachten, dass das Verschlechterungsverbot zugunsten des Angeklagten gemäß §§ 331 I, 358 II nicht eingreift, wenn die StA Rechtsmittel einlegt.<sup>196</sup> Die örtliche StA wird es sich jedoch gut überlegen, ob sie trotz ihrer Zustimmung Rechtsmittel einlegt, setzt sie doch so „ihren Ruf als verlässliche

Verhandlungspartnerin aufs Spiel und läuft Gefahr, sich den Vorwurf des Vertrauensbruchs gegenüber dem eigenen Gericht zuzuziehen“.<sup>197</sup> Die Aufklärungsrüge ist grundsätzlich zulässig. Beanstandet die StA aber Defizite bei der Aufklärung, wird sie sich entgegen halten lassen müssen, warum es sich dem Tatrichter hätte aufdrängen sollen, weitere Beweise zu erheben, wenn sie dies nicht für erforderlich gehalten habe.<sup>198</sup>

### a) Praxis bis zum Urteil des BVerfG vom 19.03.2013

In der Praxis war bis zum Urteil des BVerfG vom 19.03.2013<sup>199</sup> zu beobachten, dass nach einer Verständigung nur wenige Fälle die Revisionsgerichte erreichten.<sup>200</sup> Dies könnte damit zusammenhängen, dass in der Anfechtung eines Verständigungsurteils z. T. ein Verstoß gegen ungeschriebenes Gesetz gesehen wurde.<sup>201</sup> Die Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BGH zeigt, dass die revisionsgerichtliche Kontrolle nach Abschluss eines Verständigungsverfahrens erheblich beschnitten wurde. Es lassen sich zwei Fallgruppen herausarbeiten, in denen sich 1., 4. und 5. Senat über die Intention des Gesetzgebers hinwegsetzten.

<sup>193</sup> Beulke, StV 2009, 554 (557); Pfister, StV 2009, 550 (553).

<sup>194</sup> Ambos/Ziehn, in: Radtke/Hohmann StPO, 2011, § 257c Rdnr. 31.

<sup>195</sup> Vgl. Niemöller, in: ders./Schlothauer/Weider, 2010, § 257c Rdnr. 26.

<sup>196</sup> Temming, in: Heidelberger Kommentar StPO, 5. Aufl., § 257c Rdnr. 31.

<sup>197</sup> Altwater, Festschrift für Rissing-van Saan, 2011, 1 (31).

<sup>198</sup> Altwater, Festschrift für Rissing-van Saan, 2011, 1 (30).

<sup>199</sup> BVerfG, NJW 2013, 1058 ff.

<sup>200</sup> Vgl. Eschelbach, in: Graf StPO, Stand: 30.09.2013 § 257c Rdnr. 47; vgl. König, NJW 2012, 1915 (1915).

<sup>201</sup> König/Harrendorf, in: Handkommentar Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl., § 257c Rdnr. 31.

So entschied der 1. Senat, dass die Einlegung und sofortige Rücknahme eines Rechtsmittels keine unzulässige Umgehung des § 302 I 2 darstelle, solange dies nicht ausdrücklicher Gegenstand der Verständigung geworden sei.<sup>202</sup> Die beiderseitige Rechtsmittelrücknahme führte, da sie nach der Rechtsprechung des BGH den Verlust des Anfechtungsrechts bewirkt,<sup>203</sup> zum Eintritt der sofortigen Rechtskraft.<sup>204</sup> Dieses Ergebnis wollte der Gesetzgeber durch Einführung des § 302 I 2 gerade vermeiden.<sup>205</sup> Hervorzuheben ist aber, dass dieses Vorgehen nicht zum Erfolg führen kann, wenn die StA nicht daran mitwirkt.<sup>206</sup>

4. und 5. Strafsenat nahmen Einschränkungen bei der Zulässigkeit von Verfahrensrügen vor: Der 5. Senat begriff die Verständigung als konkludente Rücknahme von nicht oder fehlerhaft beschiedenen Anträgen bzw. als einen Verzicht auf die Geltendmachung von Verfahrensrechten.<sup>207</sup> In diese Fallgruppe war auch das Erfordernis eines unverzüglichen Widerspruchs gegen für unzulässig erachtete Verständigungsinhalte als Zulässig-

keitsvoraussetzung für die entsprechende Verfahrensrüge des 4. Senats<sup>208</sup> einzuordnen.

Schließlich tendierte die höchstrichterliche Rechtsprechung<sup>209</sup> dahin, ein Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen die formalen Voraussetzungen einer Verständigung (Dokumentations-, Mitteilungs- und Belegungspflichten) auszuschließen.<sup>210</sup>

### b) Das Urteil des BVerfG vom 19.03.2013

Wie oben festgestellt, wurde die uneingeschränkte revisionsrechtliche Kontrolle durch den BGH beschnitten. Das BVerfG hat zu diesem Problemkreis allgemein festgestellt, dass eine vollumfängliche Kontrolle verständigungsbasierter Urteile durch das Rechtsmittelgericht ermöglicht werden soll.<sup>211</sup> Dazu darf aber die Zulässigkeit von Verfahrensrügen nicht beschränkt werden.

Das BVerfG hat zudem der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die ein Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen formelle Voraussetzungen der Verständigung ausschließen wollte, nun eine Absage erteilt. Transparenz- und Dokumentationspflichten seien keine bloßen Ordnungsvorschriften.<sup>212</sup> Ein Verstoß führt deshalb nach dem BVerfG grundsätzlich zur Rechtswidrigkeit einer

<sup>202</sup>BGHSt 55, 82 (86); vgl. dazu nur: *Fischer*, HRRS 2014, 324 (332) und *Krawczyk/Schüler*, StRR 2014, 284 (286).

<sup>203</sup>BGH, NStZ 1995, 356 (356).

<sup>204</sup>Anders *Niemöller*, der die erneute Einlegung des Rechtsmittels innerhalb der Anfechtungsfrist für möglich hält (StV 2010, 597, 601 und NStZ 2013, 19, 24).

<sup>205</sup>Vgl. *Niemöller*, in: *ders./Schlothauer/Weider*, 2010, § 302 Rdnr. 3.

<sup>206</sup>*Niemöller*, NStZ 2013, 19 (25 Fn. 66).

<sup>207</sup>Vgl. *BGH*, StV 2010, 470 und *BGH*, NStZ 2011, 54 (55); a. A. des 3. Senats: *BGH*, NJW 2012, 468 (469).

<sup>208</sup>Vgl. *BGH*, NStZ 2010, 293; dazu: *Schlothauer*, StraFo 2011, 487 (496).

<sup>209</sup>So z. B. entschieden für § 267 III 5 in *BGH*, StV 2011, 76 ff. und § 243 IV 1 in *BGH*, StV 2011, 202 ff.

<sup>210</sup>*Jahn*, StV 2011, 497 (502).

<sup>211</sup>*BVerfG*, NJW 2013, 1058 (1066) Rdnr. 94.

<sup>212</sup>*BVerfG*, NJW 2013, 1058 (1066) Rdnr. 96.

gleichwohl getroffenen Verständigung.<sup>213</sup> Wenn sich das Gericht an eine solche Verständigung hält, soll ein Beruhen des Urteils i. S. d. § 337 I nur in besonderen Ausnahmefällen auszuschließen sein.<sup>214</sup> Das BVerfG hat damit einen den in § 338 vergleichbaren Revisionsgrund geschaffen.<sup>215</sup> Es ist nun regelmäßig davon auszugehen, dass das Urteil auf diesem Verstoß beruht.

### c) Praxis seit dem 19.03.2013

Seit dieser Entscheidung des BVerfG sind zahlreiche Urteile ergangen, die das Thema der Verständigung im Strafverfahren streifen. Nachfolgend werden daher nur einige ausgewählte Entscheidungen betrachtet.

Es ist zu beobachten, dass die Strafsenate des BGH und der OLGs bemüht sind, die Zielrichtung des Grundsatzurteils vom 19.03.2013<sup>216</sup> umzusetzen.<sup>217</sup>

So stellte der 1. Strafsenat fest, dass die Belehrung i. S. d. § 257c V eine wesentliche Förmlichkeit sei und dass ein Urteil, das unter Verstoß gegen diese Förmlichkeit zustande komme, i. d. R. darauf beruhe.<sup>218</sup> Dies könne selbst dann der Fall sein, wenn die Bindung

des Gerichts an die Verständigung nicht nach § 257c IV entfallen ist und das Gericht seine Zusagen eingehalten hat.<sup>219</sup> Somit ist festzustellen, dass der BGH in diesem Beschluss die Folgen, die das BVerfG an einen Verstoß gegen die Belehrungspflicht knüpft, übernimmt. Der 4. Strafsenat spricht ausdrücklich die Hinweispflichten an, die das Gericht i. R. einer Verständigung treffen.<sup>220</sup> Zudem geht auch er davon aus, dass das Urteil anderenfalls regelmäßig auf dem Verfahrensfehler beruht.<sup>221</sup> Diese beiden Entscheidungen des BGH zeigen beispielhaft, dass die Mahnung des BVerfG, die gesetzlichen Schutzmechanismen einzuhalten, wahrgenommen wurde. Auch in der Summe der Entscheidungen zeigt sich eine positive Tendenz, wobei jedoch einzelne Urteile „über das Ziel hinausgeschossen“ seien.<sup>222</sup> So zeigt sich LANDAU<sup>223</sup> verwundert über die Annahme, dass ein auf einer informellen Absprache beruhendes Urteil nichtig und daher unwirksam sein soll.<sup>224</sup>

Der 3. Strafsenat interpretiert in einem Beschluss vom 12.12.2013 die Vorgaben des BVerfG jedoch deutlich restriktiver. Er hält es für ausgeschlossen, dass ein Urteil auf einer unzureichenden Protokollierung beruht, da

<sup>213</sup> BVerfG, NJW 2013, 1058 (1067) Rdnr. 97.

<sup>214</sup> BVerfG, NJW 2013, 1058 (1067) Rdnr. 97.

<sup>215</sup> Es wird schon von „quasi-absoluten“ Revisionsgründen gesprochen: vgl. nur Fischer, HRRS 2014, 324 (334).

<sup>216</sup> BVerfG, NJW 2013, 1058 ff.

<sup>217</sup> Landau, NStZ 2014, 425 (429) mit Verweis auf die informative Übersicht bei Schneider, NStZ 2014, 192 ff. und 252 ff.

<sup>218</sup> Vgl. BGH, NStZ-RR 2013, 350.

<sup>219</sup> Vgl. BGH, NStZ-RR 2013, 350.

<sup>220</sup> BGH, Beschl. v. 29.01.2014 – 4 StR 254/13 – juris Rdnrn. 10 ff.

<sup>221</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 29.01.2014 – 4 StR 254/13 – juris Rdnrn. 16 f.

<sup>222</sup> Landau, NStZ 2014, 425 (429).

<sup>223</sup> Landau, NStZ 2014, 425 (429).

<sup>224</sup> So aber OLG München, NJW 2013, 2371 (2375).

die Fertigstellung des Protokolls der Verkündung des Urteils nachgehe.<sup>225</sup>

Der 5. Strafsenat des BGH verneinte in seiner Entscheidung vom 07.08.2013 die Ursächlichkeit eines Belehrungsfehlers für das abgelegte Geständnis.<sup>226</sup> Dies begründet er damit, dass ein vom BVerfG anerkannter Ausnahmefall<sup>227</sup> vorgelegen habe, da eine die Selbstbelastungsfreiheit des verteidigten Angeklagten berührende Drucksituation ausgeschlossen werden könne.<sup>228</sup> Dieses Urteil hat das BVerfG aufgehoben, da eine solche, vom Einzelfall losgelöste Beruhensprüfung es erlauben würde, Verstöße gegen die Belehrungspflicht des § 257c V unbeanstandet zu lassen und keine auf den tatsächlichen Informationsstand des Angeklagten und seine Motivation zur Geständnisabgabe bezogenen Feststellungen getroffen werden müssten.<sup>229</sup>

Auch zwei weitere Revisionsentscheidungen des BGH,<sup>230</sup> in denen unter anderem ein Verstoß gegen § 243 IV 1 gerügt wurde, hat das BVerfG aufgehoben.<sup>231</sup> Es bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung entwickeln

wird. Die angeführten Urteile des BVerfG<sup>232</sup> zeigen ebenso wie dessen Grundsatzentscheidung vom 19.03.2013,<sup>233</sup> dass es eine „Verletzung der Verfassung im Einzelfall“<sup>234</sup> nicht tolerieren wird.

### VIII. Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens

Ist das Urteil materiell rechtskräftig<sup>235</sup> geworden, ist daran zu denken, dass die StA die Verständigung durch den Rechtsbehelf des Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens beseitigen könnte. Die StA ist durch jede unrichtige Entscheidung beschwert.<sup>236</sup> Als Wiederaufnahmegrund sind nach einem Verständigungsurteil für die StA vor allem §§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 3 in Betracht zu ziehen. Gemäß § 364 muss eine rechtskräftige Verurteilung eines Richters oder Schöffen z. B. wegen Rechtsbeugung, Nötigung oder Strafvereitelung im Amt vorliegen, es sei denn, die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens könnte aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweisen nicht erfolgen. Grundsätzlich ist die StA gemäß §§ 365, 296 antragsberechtigt. Sie könnte das Antragsrecht aber durch ihre Zustimmung verwirkt haben. Dies liefe jedoch auf eine Verwirkung der Geltendmachung der Wahrheit hinaus,

<sup>225</sup>BGH, NJW 2014, 1254 (1255); dem zustimmend: Deutscher, StRR 2014, 288 (294); anders noch der 2. Senat BGH, NStZ 2013, 667 (668).

<sup>226</sup>BGH, NStZ 2013, 728 (728).

<sup>227</sup>Vgl. dazu BVerfG, NJW 2013, 1058 (1071) Rdnr. 127.

<sup>228</sup>BGH, NStZ 2013, 728 (729).

<sup>229</sup>BVerfG, BeckRS 2014, 56151 Rdnr. 17.

<sup>230</sup>BGH, BeckRS 2013, 16036 und BGH, BeckRS 2013, 17066.

<sup>231</sup>BVerfG, BeckRS 2014, 56152 und BVerfG, BeckRS 2014, 56153; dazu: Redaktion FD-StrafR, 2014, 361822.

<sup>232</sup>BVerfG, BeckRS 2014, 56152 und BVerfG, BeckRS 2014, 56153.

<sup>233</sup>Vgl. BVerfG, NJW 2013, 1058 ff.

<sup>234</sup>Landau, NStZ 2014, 425 (428).

<sup>235</sup>Vgl. zur Unterscheidung zwischen formeller und materieller Rechtskraft Gössel, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl., Vor § 359 Rdnrn. 34 ff.

<sup>236</sup>Loos, in: Kommentar zur StPO, Reihe Alternativkommentare, 1996, Vor § 359 Rdnr. 20.

was mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem Schuldgrundsatz unvereinbar wäre.<sup>237</sup> Zudem darf die Aufklärung von Straftaten nicht unter der Verständigungspraxis leiden.<sup>238</sup> Somit ist gerade nach einer Verständigung eine Kontrolle durch Wiederaufnahme des Verfahrens geboten.<sup>239</sup> Die StA hat ihr Antragsrecht nicht durch ihre Zustimmung verwirkt.

Zu klären ist, ob eine Bindung des Wiederaufnahmegerichts an die Verständigung vorliegt, da der StA in diesem Fall ein Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens nichts nützen würde. Zuständig ist gemäß § 367 I 1 StPO, § 140 a I GVG ein anderes Gericht mit gleicher sachlicher Zuständigkeit. Eine Bindung dieses Gerichts ist aufgrund derselben Erwägungen, die auch zu einer Ablehnung der Bindung der Rechtsmittelgerichte geführt haben, zu verneinen. Zudem geht es für die StA vorwiegend um die Fälle der §§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 3 bei verbotenen Absprachen. Solche Absprachen entfalten aber gerade keine Bindungswirkung,<sup>240</sup> weder für das Tatgericht noch für ein anderes. In diesen Fällen stellt sich die Frage nach der Bindungswirkung nicht.

Schließlich sind die Erfolgsaussichten zu bewerten. Die Wiederaufnahme eröffnet der StA die Möglichkeit, sich bei rechtskräftigen Urteilen von der Verständigung zu lösen. Die

Gerichte sind jedoch schon grundsätzlich „wiederaufnahmefeindlich“<sup>241</sup> eingestellt. Diese Haltung ist erst recht festzustellen, wenn es sich um die Wiederaufnahme eines Verfahrens nach einer Urteilsabsprache handelt.<sup>242</sup>

#### **D. Fazit – Lösungsmöglichkeiten der StA**

Die Möglichkeiten der StA, sich nachträglich von einer Verständigung zu lösen, sind begrenzt.

Zwar kann sie das Gericht auf Umstände des § 257c IV hinweisen, dieser Hinweis hat jedoch keine direkte Auswirkung auf die Verständigung. Anfechtung und Widerruf der Zustimmungserklärung scheiden aus. Von sich aus hat die StA auch sonst keine Möglichkeit, die Verständigung mit der daraus resultierenden Bindungswirkung für das Gericht aufzukündigen. Der StA steht es grundsätzlich frei, ihre Zusagen nicht zu erfüllen. Dies ist aber mit erheblichen Ungewissheiten verbunden. Die nach hier vertretener Ansicht effektivste Möglichkeit, sich nachträglich von der Verständigung zu lösen, ist es, Berufung oder Revision gegen das Verständigungsurteil einzulegen, da die Rechtsmittelgerichte nicht an die Verständigung gebunden sind und das BVerfG<sup>243</sup> der StA ausdrücklich die Aufgabe zugewiesen hat, Rechtsmittel gegen gesetzwidrige Verständigungen einzulegen. Dabei muss jedoch im Auge behalten werden, wie

<sup>237</sup> Eschelbach, HRRS 2008, 190 (203).

<sup>238</sup> Vgl. Eschelbach, HRRS 2008, 190 (204).

<sup>239</sup> Vgl. Wasserburg/Eschelbach, GA 2003, 335 (341).

<sup>240</sup> Eschelbach, in: Graf StPO, Stand: 30.09.2013, § 257c Rdnr. 30.

<sup>241</sup> Eschelbach, HRRS 2008, 190 (202).

<sup>242</sup> Eschelbach, HRRS 2008, 190 (202).

<sup>243</sup> BVerfG, NJW 2013, 1058 (1066) Rdnr. 93.

sich die höchstrichterliche Rechtsprechung in diesem Bereich entwickelt. Liegen die Voraussetzungen der §§ 359 Nr. 3, 362 Nr. 3 vor, kommt bei rechtskräftigen Urteilen eine Lösung der StA von der Verständigung durch Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens in Betracht.

### E. Änderungsvorschlag

Es wurde gezeigt, dass in der heutigen Fassung des Verständigungsgesetzes nicht alle Aspekte einer Lösung der StA vollumfänglich bedacht wurden: Es ergeben sich Probleme in Bezug darauf, inwieweit Zusagen der StA Bestandteil der Verständigung werden, ob die StA an diese gebunden ist, und was bei der Nichterfüllung der Zusagen geschieht. Es wurde herausgearbeitet, wie unbefriedigend es ist, dass eine Aufkündigung der Verständigung durch die StA am Wortlaut der Norm scheitert. Unter dem Eindruck dessen erscheint eine Änderung der jetzigen Gesetzeslage angezeigt. Folgender Änderungsvorschlag betrifft § 257c IV.<sup>244</sup> Er hat nicht den Anspruch, alle verbesserungsfähigen Aspekte des Verständigungsgesetzes zu regeln. Er greift lediglich die aufgezeigten Probleme im Zusammenhang mit Lösungsmöglichkeiten der StA von einer Verständigung auf und möchte als Reaktion auf dieselben verstanden werden.

„<sup>1</sup> Das Tatgericht ist an die Verständigung gebunden. <sup>2</sup> Die Bindungswirkung er-

<sup>244</sup>Änderungen wurden *kursiv* gekennzeichnet.

*streckt sich auf verfahrensbezogene Zusagen der StA.* <sup>3</sup> Die Bindung von Gericht und StA an eine Verständigung entfällt, wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und das Gericht oder die StA deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafraum nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. <sup>4</sup> Gleiches gilt, wenn das weitere Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose des Gerichtes oder der StA zugrunde gelegt worden ist. <sup>5</sup> Das Geständnis des Angeklagten darf in diesen Fällen nicht verwertet werden. <sup>6</sup> *Gericht und StA haben eine Abweichung unverzüglich mitzuteilen.*“

Die Neuregelung könnte dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit ausgesetzt sein, wertet sie doch die Position der StA weiter auf. Das Zustimmungserfordernis der StA des geltenden § 257c ist mit Art. 92 GG zu vereinbaren,<sup>245</sup> da dieser den Gerichten nicht das Recht auf eine bestimmte Art der Entscheidungsfindung, sondern nur auf eine letztverbindliche Entscheidung<sup>246</sup> gibt. Dann aber kann der Änderungsvorschlag nicht verfas-

<sup>245</sup>Altenhain/Haimerl, JZ 2010, 327 (332) Fn. 66; BVerfG, NJW 2013, 1058 (1061) Rdnr. 64, hat die Vereinbarkeit des Verständigungsgesetzes mit dem GG nun ausdrücklich bestätigt.

<sup>246</sup>Vgl. BVerfG, NJW 2001, 1048 (1052); dazu: Jahn, StV 2011, 497 (499); vgl. Jahn, ZStW 2006, 427 (438) Fn. 47.

sungswidrig sein, da auch er „die letztverbindliche Klärung der Rechtslage“<sup>247</sup> dem Gericht überlässt.

Zudem scheinen die Änderungen zwingend geboten:

Die Zustimmung der StA ist gleichermaßen wie die des Angeklagten Voraussetzung für das Zustandekommen einer Verständigung. Der Angeklagte hat jedoch die Möglichkeit, kein Geständnis abzulegen und sich dadurch jedenfalls faktisch von der Verständigung zu lösen. Die Nichterfüllung einer Zusage der StA hingegen soll durch Auslegung, Fiktion oder die Annahme von Verfahrenshindernissen durch das Gericht umgangen werden können. Dies ist nicht gerechtfertigt.

Zudem können sowohl das Gericht als auch die StA dem Angeklagten Zusagen machen, die richtiger Auffassung nach (solange sie einen Verfahrensbezug aufweisen) schon nach der jetzigen Regelung gleichermaßen Verständigungsbestandteil werden. Warum sich das Gericht, nicht aber die StA bei nicht erkannten bzw. sich neu ergebenden Umständen oder einem von der Prognose abweichenden Prozessverhalten des Angeklagten von der Verständigung lösen können soll, ist nicht ersichtlich.

Das BVerfG betont zudem die herausgehobene Bedeutung der Kontrolle der Verständigung durch die StA und deren Aufgabe, die Gesetzmäßigkeit des Verfahrensergebnisses

<sup>247</sup>BVerfG, NJW 2001, 1048 (1052).

zu sichern.<sup>248</sup> Dann muss die StA aber die Möglichkeit haben, eine tat- oder schuldunangemessene Verständigung noch während des Prozesses zu Fall zu bringen.

Schließlich wäre dem hier vorgeschlagenen § 257c eindeutig zu entnehmen, welche Zusagen der StA eine Bindung erzeugen und wie sie sich von der Verständigung lösen kann.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

<sup>248</sup>BVerfG, NJW 2013, 1058 (1066) Rdnr. 93.



## 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 ZIVILRECHT

---

Mag. iur. Janina Valeska Strecker\*

## „Die Untervermietung an Touristen“

### Übungsklausur für Anfänger

Die Klausur behandelt den aktuell neu entschiedenen Klausurklassiker der Untervermietung. Mit Urteil des Bundesgerichtshof vom 08.01.2014 – VIII ZR 210/13 – wurden neue Gesichtspunkte im Hinblick auf die Zulässigkeit der Untervermietung entschieden. In der Entscheidung ging es um die Frage, ob eine Untervermietungsbeziehung den Mieter auch zur Überlassung der Wohnung an Touristen berechtigt. Die Probleme der Untervermietung sind aktuell und die ergangene Entscheidung wird sich auf die bisherige Rechtslage bezüglich der Untervermietung auswirken.

### Sachverhalt

Emil Eigen (E) ist Eigentümer eines Mehrfamilienhauses im Speckgürtel der Stadt H. In dem Mietshaus befindet sich eine geräumige und möblierte Zwei-Zimmer-Wohnung, die E an den vielreisenden Markus Mietsack (M) vermietet hat. In dem schriftlichen Mietvertrag ist zwischen M und E vereinbart worden,

dass M zur Untervermietung „ohne vorherige Überprüfung“ berechtigt sein soll. So heißt es unter anderem:

„Sie verpflichten sich, Ihren Untervermietern Postvollmacht zu erteilen. Das bedeutet, dass alle Willenserklärungen, Betriebskostenabrechnungen, Mieterhöhungsverlangen etc. (...) als ordnungsgemäß zugestellt werden, wenn sie in Ihrem Briefkasten (...) landen, auch wenn sie vielleicht durch Ihre Untermieter nicht an Sie weitergegeben sein sollten.“

M, der geschäftlich und privat viel verreist, gerät unerwartet in Geldnot und beschließt daher im Oktober die Wohnung im Internet zur tageweisen Anmietung an Touristen anzubieten, um so an Geld zu gelangen. Hierzu wurden von M Bilder der Wohnung ins Internet gestellt und die touristischen Vorzüge der Umgebung hervorgehoben. M ist ohnehin selbst nur alle zwei Wochen in der Stadt H und sieht daher ein lohnendes Geschäft in der Untervermietung.

E erfährt nach einiger Zeit von dem Untervermietungsgeschäft von M, nachdem sich die anderen Bewohner des Hauses über die zum Teil unordentlichen Touristen beschwert haben. Der entrüstete E fühlt sich von M ausgenutzt und möchte von diesem die Nutzungsgebühren der Touristen haben.

Welche Ansprüche hat E gegen M im Hinblick auf den Untermieterlös?

---

\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg.

## Lösungsvorschlag

### I. Anspruch von E gegen M auf den Untermieterlös aus § 535 BGB<sup>1</sup>

Fraglich ist, ob E gegen den Mieter M einen Anspruch auf den Untermieterlös aus dem Mietvertrag selbst haben könnte. E und M haben einen Mietvertrag i. S. d. §§ 535, 145 ff. BGB geschlossen und darin wurde mit M auch eine Berechtigung zur Untervermietung vereinbart. Damit E von M jedoch den Untermieterlös beanspruchen könnte, müsste eine entsprechende Regelung vorliegen.<sup>2</sup>

#### 1.) Rechtmäßigkeit der Untervermietung und Regelungen zum Untermieterlös

Aus § 540 BGB geht zunächst hervor, dass eine Untervermietung unzulässig ist. Der Vermieter kann jedoch mit dem Mieter eine entsprechend berechtigende Regelung vereinbaren.<sup>3</sup> Vorliegend haben E und M eine solche Regelung bezüglich der Untervermietung der Wohnung vereinbart. Dabei ist jedoch nicht ersichtlich, ob die Parteien auch eine Regelung hinsichtlich des Untermieterlöses getroffen haben. Demnach könnten die Parteien womöglich eine Regelung vereinbart haben, nach dieser M berechtigt untervermieten kann und den Mieterlös nicht herausgeben muss. Hierbei ist jedoch der Partei-

wille nach §§ 133, 157 I BGB auszulegen und die Reichweite der Erlaubnis zu überprüfen.<sup>4</sup> Vorliegend hat M die Wohnung tagesweise an „Touristen“ vermietet. Fraglich ist daher, ob diese Nutzung durch die Erlaubnis der Untervermietung gedeckt ist. In der vorliegenden vereinbarten Regelung wurde festgelegt, dass die Untermieter unter anderem „Postvollmacht“ erhalten sollen und ihnen dadurch alle Willenserklärungen, Betriebskostenabrechnungen, sowie Mieterhöhungsverlangen zugehen sollen. Dabei spricht diese Regelung gegen eine tageweise Untervermietung, bei derer Touristen üblicherweise keinen Einblick in die Vertragsbeziehungen des Vermieters erhalten. Die Regelung wäre insbesondere im Hinblick auf die nur sehr kurzen Aufenthalte der Touristen unausführbar. Es fehlen dabei zum Teil sogar bereits die sprachlichen Kenntnisse bei ausländischen Touristen. Es ist auch davon auszugehen, dass sich M weder auf die Zuverlässigkeit fremder Feriengäste verlassen noch diese fremden Personen verpflichten will (im Hinblick auf die Postvollmacht).

Insgesamt geht auch der BGH in seiner neuesten Rechtsprechung davon aus, dass sich eine Überlassung der Wohnung an beliebige Touristen von einer gewöhnlich auf gewisse Dauer angelegten Untervermietung unterscheidet und deshalb nicht ohne Weiteres von einer Erlaubnis zur Untervermietung umfasst sei.<sup>5</sup> Bereits die Regelung bezüglich

<sup>1</sup> Nicht näher bezeichnete §§ sind solche des BGB.

<sup>2</sup> BGHZ 131, 297 = NJW 1996, 838 = JuS 1996, 648; *Sternel*, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl. 2009, Rdnr. VI 58 ff.

<sup>3</sup> *Emmerich*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2011, § 540 BGB Rdnr. 9.

<sup>4</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 08.01.2014, VIII ZR 210/13.

<sup>5</sup> Vgl. dazu BGH, Urteil vom 08.01.2014, VIII ZR 210/13.

der Erteilung der Postvollmacht lässt erkennen, dass sich die Erlaubnis nicht auf die Vermietung an Touristen bezieht, die diese Verpflichtung nicht wahrnehmen können.<sup>6</sup> Demnach ist die Untervermietung unrechtmäßig.

Vorliegend haben sich E und M außerdem nicht darüber geeinigt, eine untervermietungsbedingte Mieterhöhung festzusetzen (§ 553 II BGB). Demnach hat E keinen Anspruch gegen M auf den Untermieterlös aus § 535 BGB.

## 2.) Ergebnis

E hat gegen M keinen Anspruch auf den Untermieterlös aus § 535 BGB.

## II. Anspruch von E gegen M auf Zahlung des Untermieterlöses gemäß § 280 I BGB

### 1.) Schuldverhältnis

E und M haben wie bereits dargestellt einen Mietvertrag im Sinne des § 535 BGB geschlossen. Ein Schuldverhältnis i. S. v. § 280 I BGB liegt damit vor.

### 2.) Pflichtverletzung

Fraglich ist, ob eine Pflichtverletzung vorliegt. Eine solche könnte in der unrechtmäßigen Untervermietung an Touristen liegen. Der Mieter ist gemäß § 540 I BGB ohne die Erlaubnis des Vermieters grundsätzlich nicht

<sup>6</sup> Vgl. dazu BGH, Urteil vom 08.01.2014, VIII ZR 210/13.

zur Untervermietung berechtigt. Wie bereits dargestellt war die tageweise Untervermietung an Touristen unrechtmäßig, sodass diese nicht von der Berechtigung erfasst war. In der unrechtmäßigen Untervermietung liegt daher ebenso eine Pflichtverletzung wie in einer unerlaubten Untervermietung. Eine Pflichtverletzung liegt somit vor.

### 3.) Verschulden, § 276 BGB

Weiter müsste M die Pflichtverletzung auch zu vertreten haben, § 276 BGB. Zwar war M zur Untervermietung berechtigt, jedoch nicht in diesem Ausmaße an Touristen. Ohne ausdrückliche Erlaubnis einer Überlassung an Touristen durfte M nicht davon ausgehen, dass die ihm erteilte Erlaubnis eine solche ungewöhnliche Nutzung umfasst.<sup>7</sup> Dies müsste M aufgrund der Vereinbarung bezüglich der „Postvollmacht“ auch bewusst gewesen sein. Das Verschulden wird gemäß § 280 I 2 widerlegbar vermutet, sodass der Schuldner M vorliegend die Beweislast trägt.

### 4.) Kausaler Schaden

Fraglich ist, ob durch die Pflichtverletzung von M ein Schaden bei E entstanden ist. E könnte zunächst durch die unrechtmäßige Untervermietung ein Schaden entstanden sein, etwa aufgrund erhöhter Abnutzung der Mietsache. Vorliegend ist jedoch nicht ersichtlich, dass E ein solcher Schaden entstanden sein könnte. Die Mietsache wurde insbe-

<sup>7</sup> So BGH, Urteil vom 08.01.2014, VIII ZR 210/13.

sondere dem ursprünglichen Zweck nach als Wohnung verwendet.<sup>8</sup>

E könnte weiterhin ein Schaden aus dem entgangenen Vermögensvorteil entstanden sein, § 252 BGB, wenn dieser den Mietvertrag mit M bei Kenntnis der Untervermietung an Touristen mit einem höheren Mietzins vereinbart hätte, § 553 II BGB. Ob ein Schaden vorliegt, kann anhand der so genannten Differenzhypothese ermittelt werden. Nach § 249 I BGB ist der Zustand wiederherzustellen, der bestünde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Es wird demnach der tatsächliche Zustand (mit dem schädigenden Ereignis) mit einem hypothetischen Zustand (ohne schädigendes Ereignis) verglichen. Demnach ist zu vergleichen, wie E ohne die Untervermietung stünde und wie er mit der Untervermietung steht. E würde ohne die Untervermietung den mit M vereinbarten Mietzins erhalten. Daran ändert die Untervermietung jedoch nichts, denn E erhält weiterhin den vereinbarten Mietzins. Demnach unterscheidet sich (nach der Differenzhypothese) der hypothetische Zustand nicht von dem tatsächlichen Zustand. Der Ersatz von Gebrauchsvorteilen ist demzufolge mit der Differenzhypothese nicht vereinbar.<sup>9</sup> Lässt man statt der Diffe-

renzhypothese des Schadensersatzrechtes eine einfache „Vorher-Nachher-Betrachtung“ gelten, dann dürften dennoch nur Einbußen bereits bestehender Vermögenswerte in die Betrachtung einfließen.<sup>10</sup> Die Nutzungsmöglichkeit der Mietsache steht dem Mieter als rechtmäßigem Besitzer zu, sodass das Nutzungsrecht nicht länger im Zuweisungsgehalt des Eigentümers steht. Nach der Differenzhypothese sowie der „Vorher-Nachher-Betrachtung“ liegt demnach kein kausaler Schaden vor. Es entsteht dem Vermieter E durch die Kommerzialisierung der Mietsache durch M kein kausaler Schaden.<sup>11</sup>

## 5.) Ergebnis

Ein Anspruch aus § 280 I BGB scheidet mangels eines kausalen entstandenen Schadens aus. Vertragliche Ansprüche bestehen folglich nicht.

<sup>8</sup> BGH, ZIP 1996, S. 232 ff. (235).

<sup>9</sup> Keuk, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S. 213 ff.; D. Nörr, Zum Ersatz des immateriellen Schadens nach geltendem Recht, S. 6; Larenz, Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 14. Auflage 1987, S. 499 ff.; Schiemann, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, 1981, S. 208, 297 ff.

<sup>10</sup> Vgl. auch Bertram Ebert, Die Geschäftsanmaßung, 2000, S. 485.

<sup>11</sup> Vgl. auch Nils Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik, 2003, S. 513.

### III. Anspruch von E gegen M auf den Untermieterlös aus §§ 687 II S. 1, 681 II, 667 BGB.<sup>12</sup>

E könnte gegen M einen Anspruch aus der angemäßen Eigengeschäftsführung gemäß §§ 687 II S. 1, 681 II, 667 BGB haben. Dafür müsste der Mieter M ein objektiv fremdes Geschäft ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung als eigenes geführt haben.

#### 1.) Geschäftsführung

Zunächst müsste M ein Geschäft geführt haben. Geschäftsführung ist jedes rechtsgeschäftliche und tatsächliche Handeln<sup>13</sup> und somit auch die Untervermietung der Wohnung an Dritte.

#### 2.) Fremdheit des Geschäfts

Weiter müsste die Untervermietung für M auch ein fremdes Geschäft sein. Ein Geschäft ist fremd, wenn es in den Interessen- und Pflichtenkreis eines anderen fällt.<sup>14</sup> Fraglich ist daher, ob die Untervermietung der Wohnung ein Geschäft von E darstellen könnte.

<sup>12</sup> Die Stellung der unechten Eigengeschäftsführung ist umstritten, daher muss diese nicht unbedingt in der Prüfungsreihenfolge als vertragsähnlicher Anspruch geprüft werden. Die §§ entsprechen eher denen des Deliktsrechts und Bereicherungsrechts und können nicht als Rechtsgrundlagen für primäre Ausschließlichkeitsrechte angewendet werden, vgl. dazu auch *Alexander Peukert*, Güterzugordnung als Rechtsprinzip, Tübingen 2008, S. 473.

<sup>13</sup> BGHZ 38, 270 (275); *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts II/1, 13. Aufl. 1986, § 57 1a

<sup>14</sup> Vgl. *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl., § 677 Rdnr. 4.

Dabei darf jedoch nicht unbeachtet bleiben, dass die Nutzung der Mietsache, bei laufendem Mietverhältnis, dem Mieter zusteht und nicht dem Vermieter. Eine etwaige unberechtigte Untervermietung wäre demnach lediglich als vertragswidrige Gebrauchsausübung des Mieters einzuordnen.<sup>15</sup> Demnach hat M kein fremdes Geschäft besorgt, sondern sein eigenes.<sup>16</sup>

#### 3.) Ergebnis

Ein Anspruch von E gegen M auf den Mieterlös aus §§ 687 II S. 1, 681 II, 667 BGB liegt demnach nicht vor.

### IV. Anspruch von E gegen M auf Zahlung des Untermieterlöses aus §§ 987 I, 990 I BGB

E könnte gegen M einen Anspruch auf Herausgabe des Untermieterlöses<sup>17</sup> aus §§ 987 I, 990 I BGB haben, wenn zwischen E und M eine Vindikationslage vorliegt und M kein Recht zum Besitz hat.

#### 1.) Vindikationslage

Voraussetzung für die Anwendung der §§ 987 ff. ist eine Vindikationslage. Diese

<sup>15</sup> *BGH*, NJW 1964, 1853.

<sup>16</sup> *BGH*, NJW 1964, 1853; *BGH*, WM 1969, 298, 300; BGHZ 59, 51, 57 f.; BGHZ 131, 297, 306; *BGH*, NJW 2002, 60, 61; *OLG Celle*, ZMR 1995, 159, 160; *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, Tübingen 2007, S. 163.

<sup>17</sup> Die erzielten Einnahmen sind Nutzungen i. S. v. § 99 III i. V. m. § 100 BGB (sog. „mittelbare Sachfrüchte“), vgl. *BGH* v. 12.08.2009 – XII ZR 76/08 = NJW-RR 2009, 1522.

setzt voraus, dass im maßgeblichen Zeitpunkt zwischen E und M ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (Vindikationslage) gemäß §§ 985 f. vorlag. E ist Eigentümer und M ist Besitzer. Der Mieter M hat jedoch vorliegend mit E einen Mietvertrag i. S. d. § 535 BGB geschlossen, der ihm gegenüber dem Eigentümer E zum Besitz berechtigt, § 986 I 1 BGB.<sup>18</sup> Demnach scheidet eine Vindikationslage aus.

### 2.) Rechtsfigur des „Nicht-so-berechtigten-Besitzers“

Nach einer älteren Lehre sollen die §§ 987 ff. BGB auch auf einen berechtigten Besitzer Anwendung finden. Dies soll in solchen Fällen möglich sein, in denen der Besitzer sein Besitzrecht überschreitet (so genannter Fremdbesitzer-Exzess).<sup>19</sup> Vorliegend war M nicht derart berechtigt, die Wohnung auch an Touristen unterzuvermieten, sodass dieser Ansicht nach ein Fremdbesitzer-Exzess angenommen werden kann und die §§ 987 ff. anwendbar wären.

### 3.) Entscheidung durch Diskussion

Die überwiegende Ansicht<sup>20</sup> lehnt die Rechtsfigur des „Nicht-so-berechtigten-Besitzers“ ab. Gegen die Annahme einer An-

<sup>18</sup> Vgl. dazu auch BGH NJW 1996, 838, 840, wonach bei einer Tatbestandsverwirklichung durch den berechtigten Fremdbesitzer die §§ 987 ff. BGB sogar im Falle eines Fremdbesitzerexzesses nicht anwendbar sind, da das Besitzrecht des Fremdbesitzers zu diesem Zeitpunkt noch andauert, sodass demzufolge keine Vindikationslage besteht.

<sup>19</sup> Vgl. *Bassenge*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl., Vor § 987 Rdnr. 3 f.

wendbarkeit auf einen berechtigten Besitzer spricht die bewusste Privilegierung des gutgläubig unrechtmäßigen Besitzers in den §§ 987 ff. BGB. Eine Anwendung auf berechtigte Besitzer sprengt Sinn und Zweck der Normen sowie den Wortlaut. Der berechtigte Besitzer kann ohnehin bereits nach Vertrags- oder Deliktsrecht haften, sodass eine Anwendung der §§ 987 ff. nicht notwendig ist.<sup>21</sup>

Demgemäß ist die Rechtsfigur des „Nicht-so-berechtigten-Besitzers“ abzulehnen. Es bleibt demnach dabei, dass M ein Recht zum Besitz hat, sodass keine Vindikationslage vorliegt.

### 4.) Ergebnis

E hat gegen M keinen Anspruch auf Zahlung des Mieterlöses aus §§ 987 I, 990 BGB.

### V. Anspruch von E gegen M auf Zahlung von Schadensersatz gemäß § 823 I BGB

Möglicherweise hat E gegen M einen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz aus § 823 I BGB. In Ermangelung einer Vindikationslage wäre solch ein Anspruch jedenfalls nicht durch das EBV<sup>22</sup> gesperrt.

<sup>20</sup> BGHZ 59, 51, 58; *Gursky*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2011, Vor § 987 Rdnr. 16; *Bassenge*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl., Vor § 987 Rdnr. 3 f.

<sup>21</sup> Vgl. auch *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Auflage 2009, § 11 Rdnr. 24; *Schellhammer*, Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen, 3. Auflage 2009, Rdnr. 157; Vgl. allgemein zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis auch *Roth*, JuS 1997, 518, 710, 1087.

<sup>22</sup> Abkürzung für das „Eigentümer-Besitzer-Verhältnis“.

### 1.) Haftungsbegründender Tatbestand

Für einen Anspruch aus § 823 I BGB müsste zunächst der haftungsbegründende Tatbestand erfüllt sein.

#### a.) Rechtsgutverletzung

Fraglich ist, ob eine Rechtsgutsverletzung vorliegt. In Betracht kommt eine Eigentumsverletzung. Diese liegt vor, wenn ein Eingriff in die Befugnisse des Eigentümers aus § 903 BGB vorliegt. M hat vorliegend nicht die Substanz der Mietsache beschädigt, jedoch hat er die Mietsache ohne derartige Berechtigung an Touristen und somit Dritten überlassen. Wie bereits dargestellt war die Untervermietungs Erlaubnis im Hinblick auf die tageweise Vermietung an Touristen unrechtmäßig, sodass M die Mietsache ohne den Willen von E untervermietet hat. Dies greift aufgrund der Verlängerung der Besitzkette in das Eigentumsrecht von E ein. Aus dem berechtigten einstufigen mittelbaren Besitz des Vermieters E (durch M) wird ein mehrstufiger Besitz, § 871 BGB, des Vermieters (durch Touristen).<sup>23</sup> Es bestünde außerdem die Gefahr für E, dass eine Haftungszuweisung für etwaige Vermögensschäden kaum noch möglich ist.

#### b.) Weitere Voraussetzungen

Weiter ist die Eigentumsverletzung M auch zuzurechnen. Die Rechtswidrigkeit wird durch die Verwirklichung des Tatbestandes

indiziert und es liegen keine Rechtfertigungsgründe vor. M hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. M hat bewusst an Touristen untervermietet und handelte mithin vorsätzlich und mithin schuldhaft.

#### c.) Zwischenergebnis

Der haftungsbegründende Tatbestand ist erfüllt.

### 2.) Haftungsausfüllender Tatbestand

Weiterhin müsste auch der haftungsausfüllende Tatbestand verwirklicht worden sein. Ein solcher ersatzfähiger Schaden könnte lediglich in der vermehrten Abnutzung der Wohnung bestehen. Dafür ist jedoch nichts ersichtlich. Sonstige Risiken, wie ein Räumungsprozess, liegen ebenfalls nicht vor. Demnach liegt kein kausaler Schaden vor.

### 3.) Ergebnis

E hat gegen M keinen Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB.

### VI. Anspruch von E gegen M aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB

E könnte gegen M einen Anspruch auf Herausgabe des aus der Untervermietung Erlangten aus der Leistungskondition des § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB haben. Dazu müsste M durch die Leistung von E etwas ohne rechtlichen Grund erlangt haben.

<sup>23</sup> Siehe auch Söllner, JuS 1967, 449 (450).

### 1.) Etwas erlangt

„Etwas“ i. S. d. § 812 BGB ist dabei jeder vermögenswerte Vorteil.<sup>24</sup> Vorliegend hat M den Untermieterlös und somit „etwas“ i. S. d. § 812 BGB erlangt.

### 2.) Durch Leistung des E

Dieses „Etwas“ müsste M durch Leistung von E erlangt haben. Leistung ist dabei jede bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens.<sup>25</sup> M hat den Mieterlös vorliegend von den Touristen erhalten und nicht von E. Der Mieterlös erfolgte auch zweckgerichtet an M, sodass keine Leistung von E vorliegt.

### 3.) Ergebnis

E hat gegen M keinen Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB.

## VII. Anspruch von E gegen M auf Herausgabe des Mieterlöses aus § 816 I S. 1 BGB

Weiter kommt ein Anspruch von E gegen M auf Herausgabe des Untermieterlöses aus § 816 I S. 1 BGB in Betracht. Voraussetzung des § 816 I S. 1 ist, dass ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung trifft. Dann müsste der Mieter M zunächst Nichtberechtigter sein. Nichtberechtigter ist, wer

<sup>24</sup> Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl., § 812 Rdnr. 16; Schulze, in: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. 2007, § 812 Rdnr. 3.

<sup>25</sup> BGHZ 111, 382 (386).

weder Rechtsinhaber noch zur Verfügung über das Recht Ermächtigter ist.<sup>26</sup> Wie bereits dargestellt ist die Untervermietungsbeziehung unrechtmäßig, sodass M nicht dazu berechtigt wurde, an Touristen zu vermieten. Etwaige andere Berechtigungen sind nicht ersichtlich. Insgesamt stellt eine Untervermietung jedoch ohnehin keine Verfügung über die Mietsache dar. Eine Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht aufgehoben, übertragen, belastet oder inhaltlich verändert wird.<sup>27</sup> Dies liegt insbesondere in Fällen vor, in denen das Eigentum an einer Sache übertragen wird (§§ 929 ff.), oder wenn die Sache mit einem Pfandrecht belastet wird (§§ 1204 ff.). Eine unberechtigte Untervermietung stellt jedoch keine dingliche Verfügung in diesem Sinne dar und greift daher nicht in die dingliche Verfügungsbefugnis des Vermieters ein.<sup>28</sup> Demnach liegt keine Verfügung in diesem Sinne vor, sodass ein Anspruch aus § 816 I S. 1 BGB nicht vorliegt.

## VIII. Anspruch von E gegen M auf Herausgabe des Untermieterlöses aus § 816 I S. 1 BGB analog

Ein direkter Anspruch aus § 816 I S. 1 BGB scheidet an einer fehlenden dinglichen Verfügung. Es könnte jedoch bezüglich der Untervermietung eine analoge Anwendung des § 816 I S. 1 BGB in Betracht kommen. Dazu

<sup>26</sup> Schulze, in: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. 2007, § 816 Rdnr. 5.

<sup>27</sup> Vgl. BGHZ 1, 294, 304; RGZ 90, 395, 399; Dilcher, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2011, Einl. zu §§ 104-185 Rdnr. 44.

<sup>28</sup> Vgl. dazu Theuffel, JuS 1997, 886, (887).

müssten eine vergleichbare Interessenlage sowie eine Regelungslücke vorliegen.<sup>29</sup> Dazu hat sich in der Rechtsprechung<sup>30</sup> eine ablehnende Haltung manifestiert, während in der Literatur unterschiedlichste Auffassungen<sup>31</sup> bestehen. So wird teilweise angenommen, dass § 816 I S. 1 BGB analog anwendbar sein sollte.<sup>32</sup> Bei Annahme einer Analogiefähigkeit wird die Untervermietung mit einer Verfügung über die Mietsache gleichgestellt. Dabei wird vernachlässigt, dass eine Untervermietung kein Geschäft ist, das dem Vermieter zusteht. Er hat den unmittelbaren Besitz an der Wohnung bereits an M übertragen, sodass selbst bei Annahme einer „Verfügung“ durch die Untervermietung keine dinglichen Rechte des Vermieters betroffen wären. Es wird durch die unrechtmäßige Untervermietung daher nur das dem Mieter M bereits zugestandene Benutzungsrecht betroffen.<sup>33</sup> Der Untermieter erhält kein unmittelbares Recht zum Besitz.<sup>34</sup> Insgesamt kann auch die gesetzliche Normierung des § 540 I BGB nicht dafür sprechen, dass eine Untervermietung eine verfügungsähnliche Handlung darstellt. Sie eröffnet gerade die Möglichkeit einer au-

ßervertraglichen Haftung, sodass keine Regelungslücke vorliegt. Eine vergleichbare Interessenlage liegt daher insgesamt ebenso wenig vor wie eine Regelungslücke, sodass es keiner Analogie bedarf.

### **IX. Anspruch von E gegen M auf Herausgabe des Erlangten aus § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB**

Weiter kommt die Eingriffskondiktion des § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB in Betracht. Für die Eingriffskondiktion ist vorliegend Voraussetzung, dass der Mieter M die Untermiete in sonstiger Weise auf Kosten des Eigentümers E und ohne rechtlichen Grund erlangt hat.

#### **1.) Etwas erlangt**

Hierfür müsste M etwas erlangt haben. Wie bereits dargestellt ist darunter jeder vermögenswerte Vorteil zu verstehen.<sup>35</sup> Vorliegend hat M durch die Möglichkeit der Untervermietung den Mieterlös und somit „Etwas“ i. S. v. § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB erlangt.<sup>36</sup>

#### **2.) In sonstiger Weise auf Kosten von E**

Wie bereits dargestellt hat M den Untermieterlös nicht durch Leistung von E erlangt. Es

<sup>29</sup> Vgl. dazu BVerfGE 82, 6, 11 ff.

<sup>30</sup> Vgl. *BGH*, NJW 1964, 1853; NJW 1996, 838, 840; *Lorenz*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2011, § 816 BGB Rdnr. 7

<sup>31</sup> Zur Vertiefung der Problematik der vorteilsorientierten Haftung, siehe *BGH*, NJW 1996, 838, 839 f.; *Mutter*, in MDR 1993, 303, 304 f.

<sup>32</sup> Vgl. *Diederichsen*, NJW 1964, 2296; *Emmerich*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearb. 2011, § 540 BGB Rdnr. 31.

<sup>33</sup> Siehe auch *BGH*, NJW 1964, 1853; NJW 1996, 838, 840.

<sup>34</sup> Ebenso auch *Diederichsen*, NJW 1964, 2296.

<sup>35</sup> *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl., § 812 Rdnr. 16; *Schulze*, in: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. 2007, § 812 Rdnr. 3.

<sup>36</sup> Der Untermietzins als solcher kann nicht das erlangte „Etwas“ im Sinne von § 812 I S. 1 2. Alt. BGB sein, da dieser durch Leistung der Touristen erlangt wurde. Erlangtes Etwas kann daher nur der Gebrauchswert der untervermieteten Mietsache sein, Vgl. dazu auch *Eichel*, ZJS 2009, 702 (703).

dürfte auch keine andere Leistung vorliegen, stattdessen müsste M den Mieterlös in sonstiger Weise auf Kosten von E erlangt haben. Dabei wird die Erlangung „in sonstiger Weise“ überwiegend dann angenommen, wenn diese durch einen Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts geschah.<sup>37</sup> Demnach ist vorliegend fraglich, ob die Untervermietung einen Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines Rechts des Eigentümers E darstellt. Dazu müsste das Untervermietungsrecht dem Eigentümer zugewiesen sein.

Zum Teil wird in der Literatur angenommen, dass dem Eigentümer das Untervermietungsrecht zugewiesen ist.<sup>38</sup> Es obliegt demnach dem Vermieter, einer Untervermietung zuzustimmen, sodass eine unerlaubte, aber auch unrechtmäßige Untervermietung die Entscheidungskompetenz des Vermieters tangiert und somit in dessen Zuweisungshalt eingreift.<sup>39</sup> Dieser Ansicht nach liegt ein Eingriff in das Recht von E vor. Einer anderen Meinung folgt dagegen die Rechtsprechung.<sup>40</sup> Diese nimmt an, dass die Nutzung der Wohnung aufgrund des Mietvertrages bereits dem Mieter zugewiesen wurde, sodass E ohnehin kein Recht hat, die Wohnung

an einen Dritten zu überlassen.<sup>41</sup> Selbst wenn M daher unrechtmäßig die Mietsache einem Dritten überlassen hat, greift dies nicht in ein zugewiesenes Recht des Vermieters ein. Insbesondere berührt die unrechtmäßige oder unerlaubte Untervermietung nicht die Wirksamkeit des Untervermietungsvertrages.<sup>42</sup>

Beide Ansichten erscheinen zunächst schlüssig, jedoch ist der ablehnenden Ansicht zunächst entgegenzuhalten, dass diese ein unrechtmäßiges oder unerlaubtes vertragswidriges Verhalten des Mieters toleriert. Jedoch kann § 540 I BGB auch nicht allein dafür sprechen, dass dem Vermieter das Recht zusteht, eine Untervermietung zu erlauben, und somit durch unerlaubtes Untervermieten in den etwaigen Zuweisungsgehalt des Vermieters eingegriffen wird. § 540 I BGB normiert zwar das Erfordernis einer Erlaubnis zur Untervermietung und somit ein Zustimmungsgewalt des Vermieters, jedoch normiert es kein Nutzungsrecht des Vermieters zur Untervermietung an Dritte.<sup>43</sup> Demnach unterscheidet sich der Zuweisungsgehalt des Vermieters bezüglich des Zustimmungsgewalt vom Nutzungsrecht des Mieters. Die Untermiete wird jedoch geradewegs für die Nutzung der Mietsache entrichtet, sodass die un-

<sup>37</sup> So BGH, NJW 2002, 60, 61; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 37. Aufl., § 38 Rdnr. 5; Musielak, Grundkurs BGB, 12. Aufl., Rdnr. 714; Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl., § 812 Rdnr. 10-15.

<sup>38</sup> Lieb, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 812 Rdnr. 265 ff.; Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl., § 812 Rdnr. 34.

<sup>39</sup> Lieb, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 812 Rdnr. 222; Theuffel, JuS 1997, 886, 888.

<sup>40</sup> BGHZ 131, 297, 206; BGH, NJW 2002, 60, 61.

<sup>41</sup> Vgl. BGHZ 131, 297, 306; Vgl. auch Neumann-Duesberg, Ansprüche des Eigentümers gegen Mieter wegen unberechtigter Untervermietung, Baden-Baden 1965, S. 730; vgl. dazu bei Interesse auch Ellger, Bereicherung durch Eingriff, Tübingen 2002, S. 522.

<sup>42</sup> BGH, Urteil v. 09.10.1985, NJW 1986, 308 f.

<sup>43</sup> Vgl. auch Theuffel, JuS 1997, 886 (887 f.); ZJS 6/2009 S. 704.

rechtmäßige oder auch unerlaubte Untervermietung nicht in ein unmittelbar dem Vermieter E zugewiesenes Recht eingreift.<sup>44</sup> Insgesamt ist der Meinung der Rechtsprechung daher zu folgen und ein Eingriff in den Zuweisungsgehalt des Vermieters abzulehnen.

Selbst bei Annahme einer Erlangung in sonstiger Weise würde diese nicht auf Kosten von E vorliegen. Dabei bedeutet „auf Kosten“, dass der Vermögensvorteil von M aus dem Vermögensnachteil von E resultiert.<sup>45</sup> Der Vermögensvorteil von M resultiert jedoch nicht aus einem Vermögensnachteil von E. E hat M den Besitz an der Mietsache übergeben, um seine Pflichten aus dem Mietvertrag zu erfüllen, daher fehlt es bereits an der Möglichkeit, die Mietsache anderweitig zu vermieten. Diese Möglichkeit hatte demnach nicht E, sondern nur M.<sup>46</sup> Es kann dem Mieter auch nicht nachteilig angelastet werden, wenn der Vermieter im Verhältnis zum untervermietenden Mieter weniger Gewinn erzielt. Es besteht kein kausaler Zusammenhang, sodass kein Vermögensnachteil von E resultiert, wenn M durch die Untervermietung einen Erlös erzielt. Demnach scheidet ein Anspruch spätestens an dieser Stelle.

### 3.) Ergebnis

E hat gegen M keinen Anspruch auf Herausgabe des Untermieterlöses aus § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

<sup>44</sup> So auch BGH, Urteil v. 13.12.1995, NJW 1996, 840, 838 = JuS 1996, 648 = JA 1996, 827.

<sup>45</sup> Vgl. *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 812 Rdnr. 43.

<sup>46</sup> Vgl. BGHZ 131, 297 (306) = NJW 1996, 838 (840) = JuS 1996, 648; *Mutter*, MDR 1993, 303 (304).

---

KLAUSUR STRAFRECHT

---

Prof. Dr. Joachim Renzikowski\*

## „Venedig seh'n und erben“

Examensklausur\*\*

Norbert Neid ist seiner jüngeren Schwester Silvia in herzlicher Abneigung zugetan. Während er sich in seiner Anwaltskanzlei mühsam mit Mandaten von Falschparkern über die Runde quält, hat sie offensichtlich den Erfolg gepachtet. Glänzende Examina verhalfen ihr zum Einstieg in eine große international tätige law firm. Inzwischen ist sie sogar schon zur Juniorpartnerin aufgestiegen. Schlimmer noch: Zur letzten Betriebsweihnachtsfeier hat sie ihn eingeladen, um, wie er meint, mit ihrem Erfolg zu protzen. Um sich an seiner Schwester zu rächen, plant er einen Einbruch in ihre Penthousewohnung. Dabei malt er sich aus, wie er ihre Originalgrafik von M. C. Escher mit der Aufschrift „Die fetten Jahre sind vorbei“ verziert und wie er ihre heißgeliebte Espressomaschine mitgehen lässt. Allerdings ist Norbert ein rechter Feigling, und so stiftet er seinen Kumpel, den Kleinganoven Zacharias Zech, an, der ihm noch einen Gefallen schuldig ist, weil Norbert ihn weiland als Strafverteidiger herausgepaukt hat. Norbert empfiehlt Zecha-

rias, die Tat zu begehen, während seine Schwester beruflich in Kapstadt zu tun hat. Er selbst will sich in dieser Zeit in Venedig aufhalten, damit auch nicht der geringste Verdacht auf ihn fällt. Was die Ausführung der Tat betrifft, so vertraue er ganz auf die kriminellen Fähigkeiten von Zacharias.

Zacharias begibt sich absprachegemäß zu Silvias Appartement und öffnet die Tür mit einem Dietrich. In der Wohnung findet er sofort die Espressomaschine, die er in seinen Rucksack steckt. Allerdings hat der Kunstkundige große Schwierigkeiten, die Grafik von Escher zu finden. Schließlich beschmiert er ein Werk eines bislang unbekanntes Vertreters des abstrakten Neo-Surrealismus. Dabei glaubt Zacharias, es sei das richtige Bild, während es sich in Wirklichkeit um die Leihgabe von Peter Pinsel, einem Freund von Silvia, handelt. Silvia wollte erst nach ihrer Rückkehr über einen Kauf des Kunstwerkes entscheiden.

Als Zacharias das Appartement verlassen will, öffnet sich die Tür der Nachbarwohnung. Bevor Erna Ehrlich, die Nachbarin, so recht weiß, wie ihr geschieht, versetzt ihr Zacharias ein paar heftige Ohrfeigen. Danach drängt er die benommene Nachbarin in Silvias Appartement und fesselt sie mit einem Telefonkabel, das er zuvor aus der Anschlussbuchse gerissen hat. Nun steht einem erfolgreichen Abschluss der Tat nichts mehr im Weg. Aufgrund einer plötzlichen Eingebung beschließt Zacharias, die günstige Gelegen-

---

\* Der Autor ist Inhaber der Professur für Strafrecht, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

\*\* Die Klausur wurde im Land Sachsen-Anhalt im ersten Staatsexamen gestellt.

heit zu nutzen, und reißt Erna etwas grob ihre Perlenkette vom Hals. Au revoir, Madame!

Drei Tage später kehrt Norbert aus Venedig zurück und lässt sich von Zacharias die Espressomaschine aushändigen. Mal sehen, welche Augen sein Schwesterlein machen wird, wenn er sie demnächst zum Kaffee einlädt. Von der Nachbarin erzählt Zacharias nichts, weil er Norbert nicht verärgern will. Eine derartig überraschende Wendung der Dinge war nämlich nicht zwischen ihnen abgesprochen worden. Drei Wochen später erhält Norbert Post aus Südafrika. In einem schwarzumrandeten Brief wird ihm mitgeteilt, dass Silvia einen Tag, bevor Zacharias bei ihr eingestiegen ist, bei einer kleinen Safari von einem großen Löwen angefallen und getötet worden ist. Da Silvia ihren großen Bruder immer verehrt hatte, hat sie ihren einzigen Verwandten testamentarisch zum Alleinerben eingesetzt.

Es kommt, wie es schließlich kommen muss, wenn die Gerechtigkeit ihren Lauf nimmt. Zacharias wird geschnappt, nicht zuletzt aufgrund der sehr präzisen Personenbeschreibung von Erna, der es nach dem ersten Schreck alsbald gelungen war, sich von der stümperhaften Fesselung zu befreien und die Polizei zu informieren. Allerdings verdächtigt man ihn, mehrere Wertgegenstände und einiges Bargeld aus der Wohnung entwendet zu haben. – Hat etwa die Nachbarin die günstige Gelegenheit ausgenutzt? – Wie

auch immer: Im „Café Dobler“ fühlt sich Zacharias bald einsam, was den Ermittlern nicht verborgen bleibt. Deshalb bekommt er eines Tages einen Zellengenossen, der Zacharias aushorchen soll. Karl Konopatzki, wie sich der andere vorstellt, sitzt nicht nur wegen Betrugsverdachts, sondern er wurde von dem ermittelnden Kommissar zuvor präpariert, in welche Richtung er Zacharias fragen soll. Als Gegenleistung für seine Kooperation wurde ihm eine mildere Strafe in Aussicht gestellt. Nach mehreren Wochen Einsamkeit ist das Mitteilungsbedürfnis von Zacharias enorm angewachsen, und so weicht er seinen Zellennachbarn, zu dem er schon bald Vertrauen gefasst hat, in die Einzelheiten des Einbruchs bei Silvia ein. Kurze Zeit später wird Karl verlegt. Gegen Zacharias und gegen Norbert wird Anklage erhoben.

1. Wie haben sich Norbert Neid und Zacharias Zech strafbar gemacht?
2. Kann die Zeugenaussage von Karl Konopatzki in dem Strafverfahren gegen Neid und Zech verwertet werden?

### Lösungshinweise

Die Schwerpunkte der Arbeit liegen im Allgemeinen und im Besonderen Teil des Strafrechts. Aus dem Allgemeinen Teil ist zu erörtern, wie es sich auswirkt, dass der Anstifter letztlich sein eigenes Opfer wird (vgl. NOWAK, JuS 2004, S. 197 ff.), sowie um die Folgen eines error in objecto des Täters auf den Vorsatz des Anstifters. Die Fragen aus dem Besonderen Teil betreffen die § 249 ff. StGB. So ist zu

untersuchen, ob Gewalt bei einem Wechsel der ursprünglichen Zielrichtung noch zur Wegnahme eingesetzt wird (vgl. BGH, JR 2004, S. 252 ff. m. Anm. GÖSSEL). Die prozessuale Zusatzfrage betrifft den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit und seine Grenzen für verdeckte Ermittlungen, wie sie der Bundesgerichtshof im „Zellenspitzel“-Fall behandelt hat (vgl. BGHSt 34, S. 362 ff.; dazu auch EGMR, StV 2003, S. 257 ff. m. Anm. GAEDE und Bespr. von ESSER, JR 2004, S. 98 ff.). Der Schwierigkeitsgrad der Klausur ist hoch, denn die Aufgabenstellung enthält einige Fallstricke, die ein sehr genaues Hinsehen erfordern.

## Frage 1: Die Strafbarkeit von Norbert Neid (N) und Zacharias Zech (Z)

### A. Strafbarkeit von Z

#### I. Das Geschehen in der Wohnung der S

##### 1. § 242 StGB: Diebstahl der Espressomaschine

##### Objektiver Tatbestand:

aa) Z hat in der – ehemaligen – Wohnung der S die Espressomaschine eingesteckt. Zwar war aufgrund des Erbfalles N Eigentümer der Maschine geworden, § 1922 Abs. 1 BGB. Das ändert nichts daran, dass es sich für Z um eine fremde Sache handelte.

bb) Die Maschine muss Z weggenommen haben. Fraglich ist hier, wer Gewahrsam an der Maschine hatte. S scheidet als Gewahrsamsinhaberin aus, denn ihre Sachherrschaft war mit ihrem Tode erloschen. Als Gewahrsamsinhaber kam dagegen N in Betracht. Aller-

dings schlagen die zivilrechtlichen Konsequenzen der Gesamtrechtsnachfolge nicht auf den strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff durch. Besitz und Gewahrsam decken sich nicht, so dass § 857 BGB, wonach der Besitz auf den Erben übergeht, für den Gewahrsam nicht gilt. Da S ihre Wohnung allein bewohnte, wurden ihre Sachen zunächst gewahrsamslos, bis jemand z. B. durch Verbringen in die eigene Gewahrsamssphäre neuen Gewahrsam daran begründete – ob zu Recht oder zu Unrecht, spielt keine Rolle.<sup>1</sup> Ein näheres Eingehen auf den Streit zwischen dem faktischen Gewahrsamsbegriff der h. L. und dem sozial-normativen Gewahrsamsbegriff ist hier nicht erforderlich, weil beide Auffassungen diesen Sachverhalt gleich beurteilen.

Somit scheidet ein Gewahrsamsbruch aus.

##### 2. §§ 242, 22 StGB: Versuchter Diebstahl der Espressomaschine

a) In Betracht kommt jedoch ein versuchter Diebstahl, der nach § 242 Abs. 2 StGB strafbar ist.

##### b) Tatentschluss:

aa) Z handelte mit Diebstahlsvorsatz. Denn er ging davon aus, dass die Maschine der S gehörte und für ihn fremd war. Außerdem stellte er sich Umstände vor, die unter den Begriff der Wegnahme zu subsumieren sind. Aus seiner Sicht war die S Gewahrsamsinhab-

<sup>1</sup> Vgl. Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 242 Rn. 30.

berin. Ihre längere Abwesenheit ändert nichts daran, dass ihr nach der Verkehrsauffassung der Gewahrsam an allen Sachen zugeschrieben wird, die sich innerhalb ihrer Wohnung befinden.<sup>2</sup>

**bb)** Bei der Zueignungsabsicht könnte man diskutieren, ob Z mit Selbstzueignungsabsicht oder nur mit Drittzueignungsabsicht gehandelt hat. Selbstzueignungsabsicht wird etwa damit bejaht, dass sich die eigenverantwortliche Weitergabe des weggenommenen Gegenstands als angemessene Verfügungsmacht darstelle.<sup>3</sup> Demgegenüber verlangt die h. L., dass der Täter zumindest einen eigenen wirtschaftlichen Vorteil aus der Tat zieht, damit von einem Sich-Zueignen gesprochen werden kann.<sup>4</sup> Der Gesetzgeber hat diese Problematik durch die Erweiterung des § 242 StGB im 6. StrRG entschärfen wollen. Drittzueignungsabsicht ist hier deshalb zu bejahen, weil es dem Z darauf ankam, die Espressomaschine dem N zu verschaffen.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Vgl. *Wessels/Hillenkamp*, BT-2, 37. Aufl. 2014, Rn. 92.

<sup>3</sup> Vgl. *Roxin*, AT-2, 2003, § 25 Rn. 154; *Wolfslast*, NStZ 1994, S. 542 (544); abl. *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 242 Rn. 151: nach dem 6. StrRG unhaltbar.

<sup>4</sup> Vgl. BGHSt 41, S. 187 (194 ff.); *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 242 Rn. 57. Auf diese Weise wird freilich § 242 StGB von einem Zueignungs- in ein Bereicherungsdelikt umgedeutet, s. *Mitsch*, BT-2/1, 2. Aufl. 2003, § 1 Rn. 132.

<sup>5</sup> Teilweise wird angenommen, dass sich Selbstzueignung und Drittzueignung gegenseitig ausschließen, vgl. *Kindhäuser*, BT-2, 7. Aufl. 2013, § 2 Rn. 111; abl. *Rengier*, BT-1, 16. Aufl. 2014, § 2 Rn. 73a.

Die Abgrenzung von Selbstzueignungsabsicht und Drittzueignungsabsicht sollte daher nur ganz kurz angesprochen werden.

### c) Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB:

Da Z nach seiner Vorstellung die Tat bereits vollendet hat, liegt ein Versuch vor.

### d) Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

### e) Regelbeispiele:

Da Z bei seiner Tat eines der in § 243 Abs. 1 StGB genannten Regelbeispiele – Eindringen in einen umschlossenen Raum (Nr. 1) – verwirklicht hat, stellt sich die Frage, ob Z wegen eines versuchten Diebstahls in einem besonders schweren Fall zu bestrafen ist. Wenn wie im vorliegenden Fall das Grunddelikt versucht und das Regelbeispiel verwirklicht ist, so ist nach allgemeiner Auffassung von der Regelwirkung auszugehen.<sup>6</sup>

### 3. §§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 22 StGB: Versuchter Wohnungseinbruchsdiebstahl

Z ist zur Ausführung der Tat in die Wohnung der S eingedrungen, indem er das Türschloss mit einem Dietrich überwunden hat.

<sup>6</sup> S. *Schmitz*, in: MüKo-StGB, § 243 Rn. 86.

#### 4. § 246 Abs. 1 StGB: Unterschlagung der Espressomaschine

##### a) Tatbestand:

Die Espressomaschine war für Z fremd. Einer Zueignung könnte entgegenstehen, dass N den Z dazu aufgefordert hat, ihm seine eigene Sache zu verschaffen. In Betracht kommt somit ein tatbestandsausschließendes Einverständnis. Ein solches Einverständnis scheidet jedoch daran, dass N nicht wusste, dass er Eigentümer geworden war. Er hat gerade nicht sein Einverständnis damit erklärt, dass *seine* Verfügungsmacht aufgehoben werden sollte. Auch der Unterschlagungsvorsatz liegt vor.

b) § 246 StGB greift jedoch nur dann ein, wenn die Tat nicht nach anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. Die Strafdrohung für den Versuch des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB liegt über der in § 246 Abs. 1 StGB angeordneten Rechtsfolge. § 246 StGB tritt deshalb zurück, obwohl der Diebstahl nur versucht worden ist.

#### 5. § 303 StGB: Sachbeschädigung des Bildes von P

Nach dem Sachverhalt hat Z ein ihm nicht gehörendes Bild beschmiert und somit zumindest beschädigt. Die Aufforderung durch den Eigentümer N ändert daran nichts. Man könnte bereits deshalb an einem Einverständnis zweifeln, weil sich die Aufforderung auf ein anderes Bild bezog. Im übrigen fehlt

es aber auch hier an einem wirksamen Einverständnis, weil N nicht wusste, dass er über eine ihm gehörende Sache disponierte.

Am Vorsatz bestehen keine Zweifel. Die Verwechslung der Bilder stellt wegen der Gleichwertigkeit der Tatobjekte einen unbeachtlichen *error in objecto* dar.

Die Tat ist gemäß § 303c StGB ein Antragsdelikt.

#### 6. § 123 StGB: Hausfriedensbruch

Z ist ohne wirksame Zustimmung des N in das Appartement eingedrungen. Mit dem Erbfall ist das Hausrecht ebenfalls auf N übergegangen. Trotz der Aufforderung fehlt es an einem wirksamen Einverständnis, weil N nicht wusste, dass Z in *sein* Appartement einsteigen würde. Somit hat sich Z nach § 123 StGB strafbar gemacht.

Zur Strafverfolgung ist gemäß § 123 Abs. 2 StGB ein Strafantrag seitens N (§ 77 Abs. 2 S. 2 StGB) erforderlich.

#### 7. Zwischenergebnis:

Der versuchte Diebstahl in einem besonders schweren Fall wird vom Versuch des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB als *lex specialis* verdrängt. Ebenfalls wird der Hausfriedensbruch durch § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB verdrängt.<sup>7</sup> Die Sach-

<sup>7</sup> Vertretbar wäre auch die Annahme von Tateinheit, weil aus der Versuchsstrafbarkeit noch nicht hervorgeht, dass Z tatsächlich in die fremde Wohnung eingedrungen ist.

beschädigung steht dazu in Tateinheit, § 52 Abs. 1 StGB („natürliche Handlungseinheit“).

## II. Der Angriff auf die Nachbarin

### 1. §§ 252, 22 StGB: Versuchter räuberischer Diebstahl

a) § 252 StGB setzt als Vortat einen vollendeten Diebstahl voraus, an dem es hier fehlt. Deshalb kommt nur ein nach §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbarer Versuch in Betracht.

#### b) Tatentschluss:

Z stellte sich Umstände vor, die die Voraussetzungen eines vollendeten Diebstahls erfüllen. Bereits im Appartement hatte er nach seiner Vorstellung den Diebstahl vollendet, weil er durch das Einstecken der Espressomaschine in seinen Rucksack eine Gewahrsamsenklaue begründet hatte. Dass er sich dabei noch in einem fremden Herrschaftsbereich befand, ist unschädlich, denn die Verkehrsauffassung ordnet die Gegenstände in einem Tragebehältnis seinem Besitzer zu.

Z wusste ferner, dass er gegen E Gewalt anwendete. Zwar sind ganz unwesentliche Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit noch keine qualifizierte Gewalt gegen eine Person i. S. v. § 252 StGB.<sup>8</sup> Die Ohrfeigen waren jedoch so erheblich, dass E davon benommen wurde. Das genügt auf jeden Fall. Ferner hat Z die E gefesselt.

<sup>8</sup> Vgl. BGHSt 7, S. 252 (254).

Diese Gewalt wendete Z an, um ungestört mit der vermeintlichen Diebesbeute zu verschwinden und so die Tat zu beenden. Vereinzelt wird vertreten, dass der Einsatz von Raubmitteln im Stadium zwischen Vollendung und Beendigung des Diebstahls als Raub zu beurteilen sei.<sup>9</sup> Diese Meinung hat jedoch zu Recht keine Zustimmung gefunden. Handlungen nach Vollendung der Wegnahme können nicht mehr als Wegnahmehandlungen angesehen werden. Deshalb würde der Charakter des § 249 StGB verfälscht, der den Finalzusammenhang zwischen Nötigung und Wegnahme als spezifischen Unwert tatbestandlich vertypt. Die weite Auslegung des § 252 StGB überschreitet schließlich die Wortlautgrenze (Art. 103 Abs. 2 GG), weil das Ausführungs- mit dem Abwicklungsstadium des Diebstahls gleichgesetzt wird. Nach einem beendeten Diebstahl ist aber ein Betreffen „bei einem Diebstahl“ ausgeschlossen. Zudem bliebe für § 252 StGB kein sinnvoller Anwendungsbereich mehr übrig, weil nach Beendigung des Diebstahls die Beute nicht mehr gesichert werden muss.<sup>10</sup>

Fraglich ist, ob Z nach seiner Vorstellung von E bei seinem Diebstahl auf frischer Tat betroffen worden ist. Zwar wurde er von E in

<sup>9</sup> Dreher, MDR 1976, S. 529 ff.; 1979, S. 529 ff.; immerhin kann sich diese Ansicht auf die Rechtsprechung stützen, die seit jeher die Verwirklichung von Raubqualifikationen im Beendigungsstadium für möglich hält, vgl. BGHSt 20, S. 194 ff.; 38, S. 295 ff.; zust. Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, § 250 Rn. 10 ff.

<sup>10</sup> Vgl. Wessels/Hillenkamp, BT-2, Rn. 398; ebenso BGHSt 16, S. 271 (277).

unmittelbarer Nähe des Tatorts wahrgenommen. Die h. L. lässt es ausreichen, dass der Täter mit seiner Gewaltanwendung dem Bemerkwerden zuvor kommt. § 252 StGB ist somit bereits dann erfüllt, wenn das Opfer den Täter noch nicht einmal wahrgenommen hat.<sup>11</sup> Demgegenüber wird gefordert, dass das Opfer den Täter zumindest bemerkt haben muss.<sup>12</sup> Auf diesen Streit kommt es hier nicht an. Nach der engsten Auslegung muss darüber hinaus das Opfer bereits einen entsprechenden Verdacht gebildet haben. Demnach hätte die E den Z nicht „bei einem Diebstahl“ betroffen.<sup>13</sup> Ob der Wortlaut der Auslegung so enge Grenzen setzt, ist jedoch zu bezweifeln. Zudem entspricht es dem Normzweck der Vorschrift mehr, auf einen Verdacht, der lediglich Voraussetzung eines prozessualen Handelns pro magistratu (§ 127 StPO) ist, zu verzichten. Unerheblich ist, dass E durch die Gewaltanwendung des Z überrascht wurde. Es kommt nicht darauf an, ob E tatsächlich gegen die Flucht eingeschritten wäre, sondern nur darauf, dass sie aus der Sicht des Täters ein potentiell Fluchthindernis darstellte.

Die Gegenansicht gelangt lediglich zu einer vollendeten Nötigung.

<sup>11</sup> S. BGHSt 26, S. 95 ff.; *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 252 Rn. 4; Rengier, BT-1, § 10 Rn. 8 ff.

<sup>12</sup> S. *Mitsch*, BT-2/1, § 4 Rn. 32; *Sander*, in: MüKo-StGB, § 252 Rn. 9 ff.; *Wessels/Hillenkamp*, BT-2, Rn. 401.

<sup>13</sup> So *Haas*, FS Maiwald, 2003, S. 145 (167 ff.); *Lask*, Das Verbrechen des räuberischen Diebstahls, 1999, S. 124.

Nach dem Sachverhalt handelte Z, um den vermeintlichen Diebstahl erfolgreich abzuschließen, mithin mit der von § 252 StGB vorausgesetzten Beutesicherungsabsicht.

### c) Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB:

Z hat nach seiner Vorstellung die Tat sogar vollendet, so dass ein Versuch unproblematisch vorliegt.

### 2. §§ 252, 250 Abs. 1 Nr. 1b, 22 StGB: Versucher schwerer räuberischer Diebstahl

Z hat E bei der Ausführung der Tat mit einem Telefonkabel gefesselt. Beisichführen i. S. d. § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB bedeutet zufällige Griffnähe am Tatort.<sup>14</sup> Es ist nicht erforderlich, dass der Täter den Gegenstand zur Tatausführung mitbringt. Hier hat Z das Telefonkabel sogar verwendet, so dass die Voraussetzungen der Qualifikation vorliegen. Dabei handelte Z, um den Widerstand der E zu überwinden.

Nicht einschlägig ist dagegen § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB, weil die Fesselung für die E keinerlei Gefahren mit sich gebracht hat.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Vgl. BGHSt 31, S. 105 f.; bei *Holtz*, MDR 1980, S. 106; *Sander*, in: MüKo-StGB, § 250 Rn. 32.

<sup>15</sup> Etwas anderes könnte man nur annehmen, wenn man Telefonkabel bereits unter die gefährlichen Gegenstände nach Abs. 1 Nr. 1a subsumiert, etwa weil man damit auch jemanden erdrosseln kann. Eine derart weite Auslegung, die praktisch keinen Raum mehr für die sonstigen Mittel nach Abs. 1 Nr. 1b lässt, wird aber zu Recht von niemandem vertreten.

### 3. §§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB: Raub der Perlenkette

#### a) Objektiver Tatbestand:

Z hat die Fesselung auch dazu ausgenutzt, der E ihre Perlenkette wegzunehmen.<sup>16</sup> Allerdings wollte Z ursprünglich nur den Widerstand der E gegen den die Beendigung seines vermeintlichen Diebstahls brechen. Zweifelhafte ist deshalb, ob die von § 249 StGB geforderte Finalität zwischen Gewalt und Wegnahme vorliegt, oder ob Z die Perlenkette nur anlässlich einer anderweitig motivierten Nötigung weggenommen hat. Der BGH hat jüngst diese Frage bejaht. Der Täter setze durch das Aufrechterhalten des rechtswidrigen Zustands die Gewalthandlung fort. Da die Gewalt also noch andauere, könne sie auch zu einer Wegnahme ausgenutzt werden. Dies gelte jedenfalls bei einem engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang.<sup>17</sup> Die Kritik wendet ein, dass auf diese Weise der Unterschied zwischen einem finalen Gewalteinsetz und dem bloßen Ausnutzen von Gewalt verwischt werde.<sup>18</sup> Die Replik, dass ein Abstellen allein auf die aktive Gewaltanwendung dem Charakter der Freiheitsberaubung als Dauerdelikt nicht gerecht werde, überzeugt nicht, da § 249 StGB gerade kein

<sup>16</sup> An dieser Stelle wäre eine Abgrenzung zur räuberischen Erpressung nach §§ 253, 255 StGB völlig abwegig, da auch nach der Rechtsprechung wegen des offenkundigen Fehlens eines Gebeaktes § 249 StGB als *lex specialis* anzuwenden ist.

<sup>17</sup> BGH, JR 2004, S. 252 (253 f.); anders BGHSt 32, S. 88 ff.

<sup>18</sup> S. Rengier, BT-1, § 7 Rn. 32; Wessels/Hillenkamp, BT-2, Rn. 361.

Dauerdelikt ist. Allerdings wird als Ausweg vorgeschlagen, die Nötigung in einem Unterlassen aufgrund pflichtwidriger Nichtbeendigung der Fesselung zu erblicken. In diesem Fall wäre die Kongruenz zwischen Nötigung und Wegnahme gegeben.<sup>19</sup>

Wer der Gegenansicht folgt, gelangt lediglich zu einem Diebstahl in einem besonders schweren Fall gemäß §§ 242, 243 Abs. 1 Nr. 6 StGB, weil Z bei seiner Wegnahme die Hilflosigkeit der gefesselten E ausgenutzt hat.

#### b) Subjektiver Tatbestand:

Wenn man sich dem BGH anschließt, bereitet der subjektive Tatbestand keine Probleme: Nötigungs- und Wegnahmenvorsatz sowie Zueignungsabsicht liegen vor.

#### c) Qualifikation:

Wie gezeigt hat Z durch die Fesselung das qualifizierte Unrecht nach § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB verwirklicht.

### 4. § 239 Abs. 1 StGB: Freiheitsberaubung

Durch die Fesselung hat Z die E zeitweise an der Fortbewegung gehindert. Somit hat er sich auch wegen Freiheitsberaubung strafbar gemacht.

<sup>19</sup> Vgl. Gössel, JR 2004, S. 254 (255); Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, § 249 Rn. 6b. Demgegenüber wird eingewendet, dass das Unterlassen nicht der Verwirklichung durch ein aktives Tun entspreche (vgl. § 13 StGB), s. Sander, in: MüKo-StGB, § 249 Rn. 32.

## 5. § 223 StGB: Körperverletzung

Die heftigen Ohrfeigen stellen eine üble Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit der E dar und sind somit als körperliche Misshandlung gemäß § 223 StGB zu qualifizieren.

Gelegentlich wird vertreten, dass der Fäusteschwingende Preisboxer ein gefährliches Werkzeug i. S. v. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB verwende.<sup>20</sup> Nach dem Sachverhalt haben die Ohrfeigen bei E eine Benommenheit hervorgerufen. Eine nähere Auseinandersetzung mit dieser Mindermeinung ist deshalb nicht geboten.

## 6. § 123 StGB: Hausfriedensbruch

Schließlich hat Z einen erneuten Hausfriedensbruch begangen, als er nochmals in das Appartement zurückkehrte, um die E dort zu fesseln.

## 7. Zwischenergebnis:

§§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1b, 223 und 123 StGB stehen zueinander in Tateinheit. Der Versuch des schweren räuberischen Diebstahls und der schwere Raub stehen zueinander in Tatmehrheit, § 53 Abs. 1 StGB. Die Tathandlung bei §§ 252, 22 StGB ist nicht identisch mit der Gewaltanwendung bei § 249 StGB. Im ersten Fall wurde an das Tun, im zweiten Fall an das Unterlassen angeknüpft. Zwar werden beide Delikte durch die Freiheitsberaubung als Dauerdelikt verklammert. Jedoch ist die

verbindende Tat leichter als die verbundenen Taten, so dass eine Idealkonkurrenz durch Klammerwirkung ausscheidet.<sup>21</sup> Die Freiheitsberaubung selbst war zwar jeweils das Nötigungsmittel. Jedoch war die Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit keine bloße Begleiterscheinung des versuchten räuberischen Diebstahls oder des Raubes, sondern es kam dem Z darauf an, die E an einer Aufenthaltsveränderung zu hindern. Deshalb liegt jeweils Tateinheit zwischen § 239 StGB und den §§ 252, 250 Abs. 1 Nr. 1b, 22; 249, 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB vor.

## III. Konkurrenzen:

Die Taten von Z im ersten und im zweiten Handlungsabschnitt stehen zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit, § 53 Abs. 1 StGB.

### B. Strafbarkeit von N

#### 1. §§ 242, 22, 26 StGB: Anstiftung zum versuchten Diebstahl der espressomaschine

An sich lassen sich die Voraussetzungen der Anstiftung ohne große Mühe bejahen. N hat Z zu dessen vorsätzlichem und rechtswidrigem Diebstahlversuch bestimmt. Der doppelte Anstiftervorsatz liegt ebenfalls vor.

Eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Ansichten zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme ist hier nicht veranlasst, da N nach dem

<sup>20</sup> S. etwa Hilgendorf, ZStW 112 (2000), S. 811 ff.

<sup>21</sup> Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönke/Schröder, § 52 Rn. 17.

Sachverhalt keinen Einfluss auf die konkrete Art und Weise genommen hat, wie Z die Haupttat begangen hat.

Fraglich ist aber, wie es sich auswirkt, dass N den Z zur Wegnahme *eigener* Sachen angestiftet hat. Diese Frage kann nicht ohne Rückbesinnung auf den Strafgrund der Anstiftung beantwortet werden.

Die frühere „Schuldteilnahmetheorie“ erblickte den Strafgrund der Anstiftung darin, dass der Anstifter das Schuldigwerden des Täters zu verantworten habe, weil er ihn „in Schuld und Schande verstrickt“ habe.<sup>22</sup> Demnach hätte sich N nach §§ 242, 26 StGB zu verantworten, denn er hat erst durch seine Einwirkung den Entschluss des Z, den Diebstahl zu begehen, hervorgerufen. Die Schuldteilnahmetheorie wird heute nicht mehr vertreten, weil sie mit dem Grundsatz der limitierten Akzessorietät nicht vereinbar ist. Aus den §§ 26, 29 StGB geht hervor, dass eine Teilnahme auch an einer schuldlosen Haupttat möglich ist. Aber auch die Modifikation, die „Unrechtsteilnahmetheorie“<sup>23</sup> überzeugt nicht, weil sie vernachlässigt, dass jeder für sein Verhalten zunächst einmal selbst verantwortlich ist. Nicht der Anstifter verstrickt den Täter in Schuld, sondern der Täter sich selbst, weil es seine Entscheidung ist, ob er den Einflüsterungen des Anstifters folgt.<sup>24</sup> Herrschend ist die „akzessorietätsorientierte

<sup>22</sup> So H. Mayer, AT, 1953, S. 301, 319; ders., FS Rittler, 1957, S. 243 (254 ff.).

<sup>23</sup> Vgl. Less, ZStW 69 (1957), S. 43 (45 ff.); Trechsel, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 12 f., 32, 55.

Verursachungstheorie“, wonach der Teilnehmer bestraft wird, weil er fremdes rechtswidriges Verhalten verursacht hat.<sup>25</sup> Ohne dass dies aus der Begriffsbestimmung hinreichend deutlich wird, soll ferner erforderlich sein, dass das durch die Haupttat angegriffene Rechtsgut auch gegenüber dem Teilnehmer Schutz genießt.<sup>26</sup> Hier richtete sich die angelegene Haupttat gegen das Eigentum des Anstifters. Es ist strittig, welche Konsequenzen daraus zu ziehen sind.

Die h. L. geht von einer Strafbarkeit des N wegen Anstiftung zum versuchten Diebstahl aus. Da sich die Haupttat gegen ein eigenes disponibles Rechtsgut richtete, solle lediglich der – hier bereits aus anderen Gründen nicht vorliegende – Erfolgsunwert der Haupttat gegenüber dem Anstifter entfallen, während das Handlungsunrecht der Haupttat bestehen bleibe. Denn der – unbeachtliche – Irrtum des Haupttäters über die Eigentums- und Gewahrsamsverhältnisse sei auch für den Anstifter irrelevant. Im Kontext der Anstiftung könne der Irrtum keine weitergehende Wirkung haben, als wenn N die Haupttat selbst begangen und sich dann wegen eines

<sup>24</sup> S. Renzikowski, in: Maurach/Gössel/Zipf, BT-2, 8. Aufl. 2014, § 50 Rn. 12; ferner Roxin, BT-2, § 26 Rn. 18 ff.

<sup>25</sup> Vgl. Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Vorbem §§ 25 ff. Rn. 15 f.; Joecks, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, Vor §§ 26, 27 Rn. 10, 16; Roxin, BT-2, § 26 Rn. 11.

<sup>26</sup> Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, AT, 44. Aufl. 2014, Rn. 552.

untauglichen Versuchs strafbar gemacht hätte.<sup>27</sup>

Demgegenüber nimmt eine Mindermeinung lediglich eine versuchte Anstiftung an, die nach § 30 Abs. 1 StGB nur bei einem Verbrechen als Haupttat strafbar ist. Es sei nämlich zu berücksichtigen, dass N an einer Tat mitwirke, die in ihrer Gesamtheit überhaupt kein Rechtsgut angreife, denn untauglich sei für ihn nicht nur das Rechtsgutsobjekt, sondern die gesamte Verletzungshandlung. Deshalb bleibe lediglich der Vorwurf übrig, einen auf eine Anstiftung gerichteten Willen betätigt zu haben.<sup>28</sup>

Tiefer gehende Ausführungen zu dieser schwierigen Problematik sind nur von überdurchschnittlichen Kandidaten zu erwarten. Allerdings sollten die Bearbeiter das Problem erkennen, dass sich die Anstiftung gegen eigene Rechtsgüter richtet.

## 2. §§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 22, 26 StGB: Anstiftung zum versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahl

Folgt man der h. L., so hat sich N ebenfalls wegen einer Anstiftung zum versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahl strafbar gemacht.

<sup>27</sup> S. Joecks, in: MüKo-StGB, § 26 Rn. 9; Mitsch, JuS 1999, S. 372 (374); Nowak, JuS 2004, S. 197 (199); Renzikowski, in: Maurach/Gössel/Zipf, BT-2, § 51 Rn. 6.

<sup>28</sup> S. Hake, Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“, 1994, S. 71 f.

## 3. §§ 303, 26 StGB: Anstiftung zur Sachbeschädigung des Bildes

### a) Objektiver Tatbestand:

Die Haupttat ist eine vollendete rechtswidrige Sachbeschädigung. Z hat das Bild von P aufgrund der Aufforderung durch N beschädigt.

### b) Subjektiver Tatbestand:

Allerdings zielte die Anstiftung des N nicht darauf ab, ein Bild des P, sondern eine andere Grafik zu beschädigen, die, wie er dachte, seiner Schwester S gehörte. Deshalb stellt sich das Problem, wie sich ein error in objecto des Haupttäters auf den Vorsatz des Anstifters auswirkt.

Vielfach wird der error in objecto des Haupttäters als aberratio ictus für den Anstifter angesehen. Der vom Anstifter ausgehende Rechtsgutsangriff habe sein Ziel verfehlt. Ein bloßer Anstoß der Haupttat rechtfertige keine tätergleiche Bestrafung. Vielmehr sei eine Kongruenz zwischen Haupttat und Anstiftersvorsatz erforderlich. Die Gegenansicht führe zudem zu der absurden Konsequenz, den Anstifter für sämtliche Rechtsgutsverletzungen verantwortlich zu machen, wenn der Haupttäter seinen Irrtum schließlich bemerke und erst nach einigen Versuchen das richtige Tatobjekt erwische.<sup>29</sup> In der Konsequenz führt diese Ansicht zur Straflosigkeit, denn eine fahrlässige Sachbeschädigung – ausge-

<sup>29</sup> Vgl. Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. 1996, S. 690.

hend von einem extensiven Täterbegriff bei den Fahrlässigkeitsdelikten – ist ebenso wenig strafbar wie die versuchte Anstiftung zu einem Vergehen.<sup>30</sup>

Demgegenüber beurteilt der BGH den Irrtum des Anstifters nach denselben Grundsätzen wie den Irrtum des Haupttäters. Ein unbeachtlicher error in persona des Haupttäters sei deshalb auch für den Anstifter irrelevant, denn es bestehe kein Grund, denjenigen zu privilegieren, der die Tatausführung einem anderen überlasse. Anders sei es allenfalls dann, wenn der Haupttäter sich nicht an die vereinbarte Identifizierungsregel halte.<sup>31</sup> Dafür gibt der Sachverhalt indes nichts her, denn es ist gerade nicht so, dass N dem Z das anvisierte Tatobjekt näher beschrieben hätte. Infolge dessen hat sich N wegen Anstiftung zur Sachbeschädigung strafbar gemacht.

#### 4. §§ 259, 22 StGB: Hehlerei

a) § 259 StGB verlangt zwar nicht die Fremdheit des Tatobjekts. Jedoch muss sich die Vortat gegen fremdes Vermögen richten. Da die espressomaschine im Wege des Erbfalls in das Eigentum des N übergegangen war, richtete sich der versuchte Diebstahl des Z in Wirklichkeit gegen das Vermögen des N. Daher kommt nur ein Versuch in Betracht, der nach § 259 Abs. 2 StGB strafbar ist.

<sup>30</sup> Teilweise wird auch vollendete Anstiftung zur versuchten Haupttat erwogen, vgl. *Freund*, AT, 2. Aufl. 2009, § 10 Rn. 132.

<sup>31</sup> BGHSt 37, S. 214 ff.; *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, § 26 Rn. 26.

#### b) Tatentschluss:

Nach der Vorstellung des N hat Z die espressomaschine der S gestohlen. Dass N zur Vortat angestiftet hat, steht der Strafbarkeit nicht entgegen, weil ein Teilnehmer an der Vortat tauglicher Täter einer Hehlerei sein kann. Ferner ist gemäß der Vorstellung des N die Verfügungsgewalt an der espressomaschine einverständlich auf ihn übergegangen. N hatte also Vorsatz im Hinblick auf das Sichverschaffen. Ebenfalls liegt die Absicht vor, sich zu bereichern, weil N die Maschine behalten und verwenden wollte.

#### c) Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB:

Da N nach seiner Vorstellung die Tat bereits vollendet hatte, liegt eine versuchte Hehlerei vor.

#### 5. §§ 252, 26 StGB: Anstiftung zum räuberischen Diebstahl

Eine Teilnahme an den Straftaten des Z gegen E scheidet aus, da es sich um einen Exzess handelt, zu dem K nicht angestiftet hat.

#### 6. Konkurrenzen:

N hat sich, je nach vertretener Auffassung, wegen Anstiftung zum versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahl strafbar gemacht. Die Anstiftung zur Sachbeschädigung steht dazu in Tateinheit, § 52 Abs. 1 StGB. Zu diesen Taten steht die versuchte Hehlerei in Tateinheit, § 53 Abs. 1 StGB.

## Frage 2: Verwertbarkeit des erschlichenen Geständnisses

### I. Einführung der Angaben des K

K kann als „Zeuge vom Hörensagen“ gemäß § 69 StPO vernommen werden. Gegenstand seiner Aussage ist das, was er von Z über die Tat gehört hat. Ein Verstoß gegen das Unmittelbarkeitsprinzip liegt hierin nicht.

### II. Verwertbarkeit der Angaben des K

Die Prüfung eines Verwertungsverbot es liegt deshalb nahe, weil die Ermittlungsbehörden nur durch einen „Trick“ an ein Geständnis des Z gekommen sind. Der Beschuldigte ist jedoch nicht zur Mitwirkung an seiner eigenen Strafverfolgung verpflichtet und braucht sich insbesondere nicht selbst zu belasten. Dieser Grundsatz („nemo tenetur se ipsum accusare“) ist allgemein anerkannt und wird aus der Menschenwürde<sup>32</sup> bzw. aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet.<sup>33</sup> Die Freiheit, sich nicht selbst zu belasten, ist immer dann berührt, wenn, wie im vorliegenden Fall, der Beschuldigte durch Irreführung nicht merkt, dass er zu seiner Überführung beiträgt.

Ein ausdrückliches Beweisverwertungsverbot enthält § 136a Abs. 3 S. 2 StPO. Diese Vorschrift dient dem Schutz des einzelnen, nicht

als Mittel der staatlichen Verbrechensbekämpfung missbraucht zu werden.<sup>34</sup> Allerdings ist § 136a StPO auf den ersten Blick nicht anwendbar, da es sich bei dem Gespräch zwischen K und Z nicht um eine Vernehmung durch die Polizei, den Staatsanwalt oder den Untersuchungsrichter gehandelt hat.<sup>35</sup> Jedoch ist umstritten, ob § 136a StPO seinem Zweck nach auf Vernehmungen im formellen Sinn beschränkt ist. Dem Schutzzweck widerspräche es jedenfalls, wenn die Ermittlungsbehörden das Verbot bestimmter Vernehmungsmethoden dadurch umgehen könnten, dass sie sich zur Erlangung ihrer Erkenntnisse Privatpersonen bedienen. Deshalb wird in der Literatur die unmittelbare – oder analoge – Anwendung des § 136a StPO auf jede amtliche Herbeiführung von Aussagen befürwortet. Demzufolge kommt es hier darauf an, dass der Anstoß für die Ermittlungstätigkeit des K von den Strafverfolgungsbehörden ausging, und K nicht etwa aus eigenem Antrieb tätig wurde.<sup>36</sup>

Der BGH kam in einem vergleichbaren Fall zu einer analogen Anwendung. Die Richter erblickten die nach § 136a Abs. 1 StPO verbotene Einwirkung im Missbrauch der Untersuchungshaft zur Erlangung einer Aussage und bejahte das Merkmal „Zwang“. Mit der Einwirkung auf die Willensentschlussfreiheit

<sup>32</sup> BVerfGE 56, S. 37 (41 f.); Gleß, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2007, § 136a Rn. 3.

<sup>33</sup> S. BVerfGE 56, S. 42 (49); zum Ganzen Rogall, in: SK-StPO, Vor § 133 Rn. 130 ff.; in Betracht kommt auch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, vgl. BVerfGE 65, S. 1 (46).

<sup>34</sup> Vgl. Rogall, in: SK-StPO, § 136a Rn. 2.

<sup>35</sup> S. BGHSt 34, S. 39 (52); 40, S. 211 (213); 42, S. 139 (145 ff.).

<sup>36</sup> Für einen materiellen Vernehmungsbegriff z. B. Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 481g; Renzikowski, JZ 1997, S. 710 (713 ff.).

heit durch Aushorchen werde das Zwangsmittel der Untersuchungshaft zu einem prozessordnungswidrigen Zweck ausgenutzt.<sup>37</sup>

Die Literatur stimmt dieser Entscheidung im Ergebnis zu. Die unzulässige Einwirkung auf den Beschuldigten liegt indes nicht im Zwang, denn die Untersuchungshaft als solche berührt die Aussagefreiheit nicht. Vielmehr wird von einem materiellen Vernehmungsbegriff ausgehend eine Täuschung angenommen.<sup>38</sup>

Vereinzelt wird dagegen eine Verwertung der Aussage als unbedenklich angesehen. § 136a StPO sei auf den vorliegenden Fall mangels einer amtlichen Vernehmung nicht anwendbar. Ebenfalls fehle es an einer den Strafverfolgungsbehörden zurechenbaren rechtswidrige Einwirkung des K auf Z, weil sich das bloße Verheimlichen des Ausforschungscharakters nicht auf den Inhalt der Aussage ausgewirkt haben soll.<sup>39</sup>

Im Fall *Allan gegen Großbritannien* hat inzwischen auch der EGMR zu einer derartigen Konstellation Stellung genommen.<sup>40</sup> Obwohl

die Entscheidungen des EGMR nur inter partes wirken, ist seine Auslegung der Konvention, die innerstaatlich auf dem Rang eines Bundesgesetzes steht, auch von den deutschen Gerichten zu beachten.<sup>41</sup> Der EGMR entnimmt die Selbstbelastungsfreiheit dem in Art. 6 MRK niedergelegten Prinzip des fairen Verfahrens. Das gezielte Ausforschen widerspreche dem Schweigerecht und dem Selbstbelastungsprivileg. Im Ergebnis nähert sich der EGMR damit einem materiellen Vernehmungsbegriff zumindest an.

Die Feinheiten der MRK können von den Bearbeitern natürlich nicht erwartet werden. Ebenfalls kommt es nicht auf Detailwissen, sondern auf ein entsprechendes Problembewusstsein an.

► [Inhaltsverzeichnis](#)

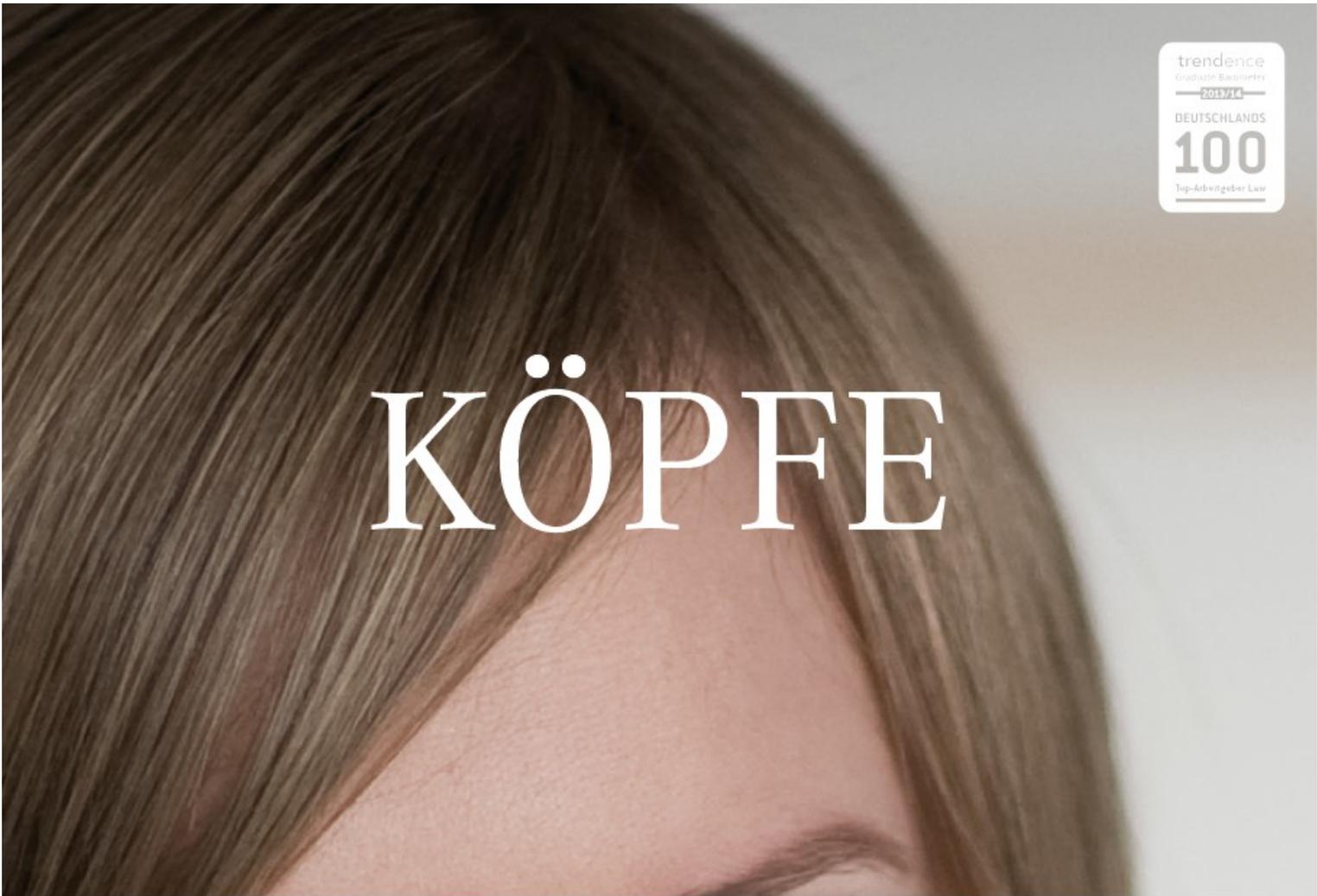
<sup>37</sup> BGHSt 34, S. 362 (363 f.); i. Erg. auch *Schneider*, NStZ 2001, S. 8 (9).

<sup>38</sup> Einen Verstoß gegen das Täuschungsverbot des § 136a Abs. 1 StPO bejahen *Grünwald*, StV 1987, S. 470 f.; *Rogall* in: SK-StPO, § 136a Rn. 56; *Seebode*, JR 1988, S. 427 (430); anders für Verletzung des fair-trial-Prinzips *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, S. 299 (307 Fn. 121); bzw. des informationellen Selbstbestimmungsrechts *Wolter*, GA 1988, S. 49 (132).

<sup>39</sup> So *Lesch*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2002, 3/131 f.

<sup>40</sup> EGMR, StV 2003, S. 257 ff. (insbes. §§ 50-52) m. Anm. *Gaede* und Bespr. von *Esser*, JR 2004, S. 98 ff.

<sup>41</sup> Dazu *BVerfG*, NJW 2004, S. 3407 ff. m. Bespr. *Meyer-Ladewig/Petzold*, NJW 2005, S. 15 ff.



KÖPFE

GESUCHT

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

Thümmel, Schütze & Partner  
RECHTSANWÄLTE

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Brüssel | Singapur

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

---

Bundesgerichtshof

## Verschuldensunabhängige Erstattung von Privatgutachterkosten im Kaufrecht

Urteil vom 30.04.2014 – VIII ZR 275/13

1. § 439 Abs. 2 BGB erfasst verschuldensunabhängig auch Sachverständigenkosten, die einem Käufer entstehen, um die Ursache der Mangelercheinungen des Kaufgegenstandes aufzufinden und auf diese Weise zur Vorbereitung eines die Nacherfüllung einschließenden Gewährleistungsanspruchs die Verantwortlichkeit für den Mangel zu klären.
2. Stehen der Mangel und die Mangelverantwortlichkeit des Verkäufers fest, besteht der Erstattungsanspruch für die „zum Zwecke der Nacherfüllung“ aufgewandten Sachverständigenkosten auch dann fort, wenn der Käufer später zur Minderung übergeht.

(amtliche Leitsätze)

### Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)

Der K kaufte von V im Herbst 2012 Parkettstäbe, die K anschließend durch einen Schreiner in sein Wohnhaus einbauen ließ. Der Schreiner ging dabei gemäß einer von V mitgelieferten und vom Hersteller H verfassten Anleitung zum Verlegen der Parkettstäbe vor. In der Folgezeit traten an dem verlegten Parkett Verformungen und andere Veränderungen auf. Die von K erhobene Mängelrüge wies der V nach Rücksprache mit H zurück, weil nach ihrer Auffassung die Verformungen auf eine zu geringe Raumfeuchte zurückzuführen seien. K beauftragte daraufhin einen Privatgutachter mit der Begutachtung der Mängelursache und wandte hierfür 1.200 Euro auf.

Als Ergebnis des Gutachtens stellte sich heraus, dass die Veränderung des Bodenbelags auf eine in diesem Fall ungeeignete Art der Verlegung zurückzuführen war, die jedoch so in der Anleitung als zulässig beschrieben wurde. Gestützt auf dieses Privatgutachten begehrte der K anschließend eine Minderung des Kaufpreises um 30 Prozent, die von V gewährt wurde. Die Erstattung der 1.200 Euro für das Privatgutachten lehnte V jedoch ab.

Hat K gegen V einen Anspruch auf Erstattung der Kosten für das Privatgutachten in Höhe von 1.200 Euro?

## Falllösung

### A. Anspruch des K gegen V auf Erstattung der 1.200 Euro gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB

Voraussetzung für einen Anspruch gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB (Schadensersatz neben der Leistung) ist, dass zwischen den Parteien ein Kaufvertrag geschlossen wurde, eine Pflichtverletzung des V vorliegt und dieser die Pflichtverletzung zu vertreten hat.

Ein Kaufvertrag liegt hier unproblematisch vor. Eine Pflichtverletzung des V liegt hier in der Lieferung einer fehlerhaften Montageanleitung, was gemäß § 434 Abs. 2 BGB einem Sachmangel gleich steht. Da die Montageanleitung jedoch von H bereitgestellt wurde, kann sich V hier ohne weiteres gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB exkulpieren, da eine Pflicht zur Prüfung der Montageanleitung durch den Verkäufer nicht besteht. Dem V wird auch nicht das Verschulden des H gemäß § 278 BGB zugerechnet, da der Hersteller H nicht Erfüllungsgehilfe des V ist.

Ein Anspruch des V gegen K gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB besteht somit nicht.

### B. Anspruch des K gegen V auf Erstattung der 1.200 Euro gemäß § 439 Abs. 2 BGB

Ein solcher Anspruch könnte jedoch gemäß § 439 Abs. 2 BGB bestehen. Wie bereits festgestellt, liegen sowohl wirksamer Vertrags-

schluss als auch Sachmangel unproblematisch vor.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob § 439 Abs. 2 BGB überhaupt eine eigene Anspruchsgrundlage darstellt. Dies ist umstritten und wird in der Literatur teilweise abgelehnt. Der BGH tritt dem nunmehr entgegen und ordnet § 439 Abs. 2 BGB als eigenständige Anspruchsgrundlage ein.

*„Teilweise wird angenommen, dass § 439 Abs. 2 BGB keine Anspruchsgrundlage bilde für Aufwendungen des Käufers, die lediglich der Vorbereitung von Gewährleistungsansprüchen dienen; derartige Aufwendungen seien, da sie mit der Behebung des Mangels nicht zusammenhängen, nur auf der Grundlage von § 280 Abs. 1 BGB ersatzfähig [...]. Überwiegend wird jedoch die Auffassung vertreten, dass darunter auch Aufwendungen zur Klärung einer unklaren Mängelursache fielen, weil das damit verbundene Kostenrisiko grundsätzlich dem Verkäufer zugewiesen sei [...]. Letztgenannte, der Senatsrechtsprechung zum früheren Recht [...] entsprechende Ansicht verdient den Vorzug.*

*§ 439 Abs. 2 BGB stellt entgegen Faust [...] eine eigenständige Anspruchsgrundlage dar [...]. Der Wortlaut lässt es ohne Weiteres zu, darunter auch die zur Klärung der Mangelursache erforderlichen Sachverständigenkosten zu fassen. Denn letztere werden mit der Zielrichtung, dem Käufer die Durchsetzung eines daran anknüpfenden Nacherfüllungsan-*

spruchs zu ermöglichen, und damit ‚zum Zwecke der Nacherfüllung‘ aufgewandt.

Dieses Verständnis spiegelt sich bereits in der Entstehungsgeschichte der Norm wider. Denn es war die Absicht des Gesetzgebers, mit Schaffung des § 439 Abs. 2 BGB den auf das vereinbarte Nachbesserungsrecht bezogenen, ansonsten aber weitgehend wortlautidentischen bisherigen § 476a Satz 1 BGB aF zu übernehmen und darin aufgehen zu lassen [...]. Für diesen war durch die höchstrichterliche Rechtsprechung [...] geklärt, dass es sich um eine eigenständige, von einem Verschulden des Verkäufers unabhängige Anspruchsgrundlage des Käufers auf Erstattung seiner notwendigen Aufwendungen handelt. Dazu zählen auch Kosten, die für ein die Schadensursache untersuchendes und der Vorbereitung der Nachbesserung dienendes Gutachten aufgewandt werden. Dass der Gesetzgeber von dem so geprägten Normverständnis abrücken wollte, ist nicht ersichtlich.

Zu Unrecht geht die Revision davon aus, dass die in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie [Richtlinie 1999/44/EG, Anmerkung des Verfassers] aufgeführten Rechtsbehelfe keine verschuldensunabhängige Haftung für die in § 439 Abs. 2 BGB genannten Aufwendungen zuließen, sondern dass es dazu einer in Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie angesprochenen Verschuldenshaftung bedürfe. Diese Sichtweise verkennt nicht nur den gegenüber den sonstigen Rechten und Pflichten der Kaufvertragsparteien eigenständigen Anspruchscharakter des § 439

Abs. 2 BGB und die hiermit verbundene Absicht des nationalen deutschen Gesetzgebers, mit dieser Norm die von Art. 3 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 der Richtlinie geforderte Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung verschuldensunabhängig zu gewährleisten [...]. Sie lässt auch außer Acht, dass der deutsche Gesetzgeber, nicht gehindert gewesen wäre, die Richtlinie durch die Übernahme der in § 476a Satz 1 BGB aF vorgefundenen Regelung überschießend umzusetzen, ohne dabei auf die von der Revision angenommenen gesetzessystematischen Grenzen zu stoßen. Denn Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie hat es – wie in Erwägungsgrund 24 eigens hervorgehoben ist – den Mitgliedstaaten freigestellt, im Anwendungsbereich der Richtlinie strengere Bestimmungen zu erlassen oder aufrechtzuerhalten, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher sicherzustellen. Das schließt es ein, den nach bisherigem Recht gemäß § 476a Satz 1 BGB aF für das vertraglich vereinbarte Nachbesserungsrecht enthaltenen Schutzstandard beizubehalten und auf das gesetzliche Nacherfüllungsrecht gemäß § 439 Abs. 1 BGB auszuweiten.“

Nach Auffassung des BGH steht dem auch nicht entgegen, dass der K nunmehr Minderung des Kaufpreises und nicht mehr Nacherfüllung geltend macht.

„Dem Ersatzanspruch der Kläger aus § 439 Abs. 2 BGB steht – anders als die Revision meint – nicht entgegen, dass sie nach der Erstellung des Privatgutachtens nicht mehr ge-

mäß § 439 Abs. 1 BGB Nacherfüllung verlangt, sondern den Kaufpreis gemäß § 441 BGB gemindert haben. Dies ändert nichts daran, dass die angefallenen Sachverständigenkosten jedenfalls zum Zeitpunkt ihrer für den Ersatzanspruch maßgeblichen Entstehung nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts zumindest auch zum Zwecke der Nacherfüllung als dem anderen Gewährleistungsrechten vorgeschalteten Gewährleistungsrecht aufgewandt worden sind und aus damaliger Sicht zur Klärung der Ursache des Mangels und seiner Zurechnung erforderlich waren [...]. Ob derartige Aufwendungen anschließend tatsächlich zu einer (erfolgreichen) Nacherfüllung führen, ist für den zuvor bereits wirksam entstandenen Ersatzanspruch ohne Bedeutung [...]. Das gilt insbesondere auch dann, wenn der Verkäufer – wie hier nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts geschehen – anschließend weiterhin jegliche Mängel bestritten hat und deshalb der Käufer eine Nacherfüllung auch im Falle einer Fristsetzung unter keinen Umständen erwarten konnte, so dass für ihn gemäß § 437 Nr. 2, § 440, § 323 Abs. 2 Nr. 1, § 441 Abs. 1 BGB der letztlich eingeschlagene Weg zur Kaufpreisminderung eröffnet war.“

### Ergebnis

Damit steht dem K ein Anspruch gegen V auf Zahlung von 1.200 Euro gemäß § 439 Abs. 2 BGB zu.

### Hinweise:

Eine höchst examensrelevante Entscheidung, die man unbedingt kennen sollte. Noch zu meiner (noch nicht lange zurückliegenden!) Studienzeit war es gängige Lehrmeinung, dass es sich bei § 439 Abs. 2 BGB nicht um eine eigene Anspruchsgrundlage handle, sondern lediglich um eine Zuweisungsnorm, die dem Verkäufer diejenigen Kosten zuweist, die bei der (durch ihn durchgeführten) tatsächlichen Nacherfüllung entstehen. Diese Auffassung kann nunmehr guten Gewissens als überholt bezeichnet werden.

Nicht nur fürs Examen, sondern auch für die Praxis ist die Entscheidung höchst relevant, da den Verkäufer in Fällen der vorliegenden Art typischerweise kein Verschulden bezüglich des Mangels trifft. Eine Prüfpflicht bezüglich jedes einzelnen Produkts besteht nicht, so dass Schadensersatzansprüche regelmäßig ausscheiden. Die verschuldensunabhängige Haftung hilft dem Käufer hier weiter.

(Dr. Julius Forschner)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

---

Bundesgerichtshof

## Konkludenter Vertragsschluss bei Energielieferungsverträgen

Urteil vom 02.07.2014 – VIII ZR 316/13

**Empfänger der Realofferte zum Abschluss eines Versorgungsvertrags ist typischerweise derjenige, der die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss am Übergabepunkt ausübt.** (Teil des amtlichen Leitsatzes)

**Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt)**

Die K ist ein Energieversorgungsunternehmen und bietet unter anderem die Lieferung von Strom und Gas an Endkunden an. Im Zeitraum vom 01.02.2007 bis 30.11.2010 wurden an dem Übergabepunkt (dem Stromanschluss) auf dem Grundstück des B Strom im Wert von 32.000 Euro verbraucht. Das Grundstück war in diesem Zeitraum vollständig an S verpachtet, der dort eine Pizzeria betrieb. Nach § 3 des Pachtvertrags sollte der S die Kosten der Stromversorgung aufgrund eines von ihm zu schließenden Vertrags mit einem Versorgungsunternehmen tragen. Einen schriftlichen Vertrag schloss der S jedoch mit der K im betroffenen Zeitraum nicht ab.

Die K sieht den B als ihren Vertragspartner an und verlangt von ihm Zahlung der 32.000 Euro.

Zu Recht?

Falllösung

**A. Anspruch der K gegen B auf Zahlung von 32.000 Euro aus einem Versorgungsvertrag zwischen K und B**

Voraussetzung für einen solchen Versorgungsvertrag zwischen K und B sind zwei korrespondierende Willenserklärungen. Zweifelhaft ist hier schon, ob hier eine Willenserklärung der K auf Abschluss eines Versorgungsvertrages vorliegt. Schließlich ist fraglich, an wen sich das Vertragsangebot der K richtet. Der BGH sieht eine Willenserklärung in Form einer so genannten „Realofferte“ gegeben. Diese richte sich nach Auffassung des BGH vorrangig an den Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft, hier also S.

*„In dem Leistungsangebot eines Versorgungsunternehmens ist grundsätzlich ein Vertragsangebot zum Abschluss eines Versorgungsvertrags in Form einer sogenannten Realofferte zu sehen. Diese wird von demjenigen konkludent angenommen, der aus dem Leitungsnetz des Versorgungsunternehmens Elektrizität, Gas, Wasser oder Fernwärme entnimmt. Dieser Rechtsgrundsatz, der in § 2 Abs. 2 der Verordnungen über die Allgemeinen Bedingungen für die (Grund-)Versorgung mit Energie und Wasser (StromGKV, GasGKV, AVB-*

WasserV, AVBFernwärmeV) lediglich wiederholt wird, trägt der Tatsache Rechnung, dass in der öffentlichen leitungsgebundenen Versorgung die angebotenen Leistungen vielfach ohne ausdrücklichen schriftlichen oder mündlichen Vertragsschluss in Anspruch genommen werden. Er zielt darauf ab, einen ersichtlich nicht gewollten vertragslosen Zustand bei den zugrunde liegenden Versorgungsleistungen zu vermeiden [...] und berücksichtigt die normierende Kraft der Verkehrssitte, die dem sozialtypischen Verhalten der Annahme der Versorgungsleistungen den Gehalt einer echten Willenserklärung zumisst. Aus Sicht eines objektiven Empfängers stellt sich typischerweise die Vorhaltung der Energie und die Möglichkeit der Energieentnahme an den ordnungsgemäßen Entnahmeverrichtungen nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte als Leistungsangebot und damit als Vertragsangebot dar. Die Inanspruchnahme der angebotenen Leistungen beinhaltet – auch bei entgegenstehenden ausdrücklichen Äußerungen – die schlüssig erklärte Annahme dieses Angebots, weil der Abnehmer weiß, dass die Lieferung nur gegen eine Gegenleistung erbracht zu werden pflegt [...].

Kommen mehrere Adressaten des schlüssig erklärten Vertragsangebots des Versorgungsunternehmens in Betracht, ist durch Auslegung aus Sicht eines verständigen Dritten in der Position des möglichen Erklärungsempfängers zu ermitteln, an wen sich die Realofferte richtet. Weichen der vom Erklärenden

beabsichtigte Inhalt der Erklärung und das Verständnis des objektiven Empfängers voneinander ab, hat die – dem Erklärenden zurechenbare – objektive Bedeutung des Verhaltens aus der Sicht des Erklärungsgegners Vorrang vor dem subjektiven Willen des Erklärenden [...]. Es kommt mithin nicht auf die subjektive Sicht des Erklärenden an, sondern darauf, an wen sich nach dem objektiven Empfängerhorizont das in der Bereitstellung von Gas liegende Vertragsangebot richtet.“

Im Ergebnis sieht der BGH im Falle der Vermietung bzw. Verpachtung den Mieter bzw. Pächter als Adressat des Angebots auf Abschluss eines Versorgungsvertrags an.

„Empfänger der im Leistungsangebot des Versorgungsunternehmens liegenden Realofferte zum Abschluss eines Versorgungsvertrags ist hiernach typischerweise derjenige, der die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss am Übergabepunkt ausübt [...].

Inhaber dieser Verfügungsgewalt ist grundsätzlich der Eigentümer. Wie das Berufungsgericht insoweit zu Recht angenommen hat, kommt es dabei jedoch nicht auf die Eigentümerstellung selbst, sondern auf die hierdurch vermittelte Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss am Übergabepunkt an [...].

Inhaber der tatsächlichen Verfügungsgewalt kann deshalb auch eine andere Person sein, etwa der Mieter oder Pächter eines Grund-

stücks, da diesem aufgrund des Miet- oder Pachtvertrags die tatsächliche Verfügungsgewalt über die ihm überlassenen Miet- oder Pachtsache eingeräumt wird [...]. Ob dem Energieversorger die Identität des Inhabers der tatsächlichen Verfügungsgewalt bekannt ist, er also etwa weiß, dass das zu versorgende Grundstück sich im Besitz eines Mieters oder Pächters befindet und dieser die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss ausübt, ist unerheblich. Denn bei einer am objektiven Empfängerhorizont unter Beachtung der Verkehrsauffassung und des Gebots von Treu und Glauben ausgelegten Auslegung der Realofferte eines Energieversorgers geht dessen Wille – ähnlich wie bei unternehmensbezogenen [...] – im Zweifel dahin, den – möglicherweise erst noch zu identifizierenden – Inhaber der tatsächlichen Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss zu berechtigen und zu verpflichten. Jede andere Sichtweise würde dem in § 2 Abs. 2 der Verordnungen über die Allgemeinen Bedingungen für die (Grund-)Versorgung mit Energie (StromGKV, GasGKV, AVBFernwärmeV) zum Ausdruck gekommenen, an den beiderseitigen Interessen orientierten Verkehrsverständnis zuwiderlaufen, zur Vermeidung eines vertragslosen Zustands einen Vertrag mit demjenigen zustande zu bringen, der die angelieferte Energie oder das angelieferte Wasser entnimmt.“

Damit stellt sich das Angebot der K aus Sicht eines objektivierten Empfängers als Angebot an S und nicht an B dar. Ein Vertrag zwi-

schen K und B ist damit nicht zustande gekommen, da es schon an einer Willenserklärung der K fehlt, mit B einen Vertrag abzuschließen.

### B. Ergebnis

K hat keinen Anspruch gegen B auf Zahlung von 32.000 Euro.

### Hinweise:

Der vom BGH wiederholt zitierte § 2 Abs. 2 der Verordnung über die Allgemeinen Bedingungen für die (Grund-)Versorgung lautet:

„Kommt der Grundversorgungsvertrag dadurch zustande, dass Elektrizität aus dem Elektrizitätsversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung entnommen wird, über das der Grundversorger die Grundversorgung durchführt, so ist der Kunde verpflichtet, dem Grundversorger die Entnahme von Elektrizität unverzüglich in Textform mitzuteilen. [...]“

Bei dieser Verordnung handelt es sich um eine vom (zum Zeitpunkt des Erlasses noch existenten) Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie erlassene Rechtsverordnung, die in der Normenhierarchie unter den Bundesgesetzen steht und somit grundsätzlich nicht zur Auslegung des höherrangigen BGB herangezogen werden kann.

Die Entscheidung zeigt aber schön, wie die gesamte Rechtsordnung Einfluss auf das tatsächliche Verständnis von Willenserklärungen

gen haben kann, weil sie den objektiven Empfängerhorizont prägt. Wie ein Empfänger eine Willenserklärung berechtigterweise verstehen darf, bestimmt sich eben auch nach den rechtlichen Rahmenbedingungen.

Die Entscheidung ist höchst examensrelevant, da sie eine der seltenen BGH-Entscheidungen zum Kernbereich des BGB, zum Allgemeinen Teil, ist.

(Dr. Julius Forscher)

▶ [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ZIVILRECHT

---

Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

## Kündigung – Veröffentlichen von Patientenfotos in sozialen Netzwerken

Urteil vom 11.04.2014 – 17 Sa 2200/13, NZA-  
RR 2014, 468

**Veröffentlicht eine Mitarbeiterin eines Krankenhauses unerlaubt Fotografien eines Patienten in einem sozialen Netzwerk, kann dies – je nach Einzelfall – zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses führen.**

**Sachverhalt (vereinfacht und verkürzt):**

Die im Jahr 1985 geborene und bislang nicht abgemahnte K, die keine Unterhaltspflichten hat, ist seit dem 01.05.2010 als Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin bei B, einem kommunalen Krankenhausbetreiber, beschäftigt. B setzt K auf der Kinderintensivstation im Krankenhaus N ein. Am 28.04.2010 unterzeichnete K eine Verschwiegenheitserklärung sowie eine Niederschrift über die Verpflichtung zur datenschutzrechtlichen Geheimhaltung nach § 5 BDSG. Ferner erhielt K ein „Merkblatt über die Schweigepflicht“.

K betreute auf der Kinderintensivstation den am 03.02.2014 geborenen und am 09.05.2014 verstorbenen Patienten G.

Auf der Startseite ihres Facebook-Auftritts veröffentlichte K unter anderem eine Fotografie von sich und G sowie für ihre „Facebook-Freunde“ aufrufbare weitere Fotografien, auf denen G allein oder gemeinsam mit ihr zu erkennen war. Die Fotografien waren jedenfalls am 10.04.2014, am 21.04.2014, am 09.05.2014, am 20.05.2014, am 21.05.2014 und am 22.05.2014 zu sehen und von K teilweise mit „So ist Arbeit doch schön“, „Kuschelstunde – ich freue mich“ und „Rip kleines engelchen, flieg schön mit deiner schwester durch die wolken und sei ein schutzengel für die ganzen anderen pupsis. Du bist ein tapferer kleiner mann, dicken knutscher“ kommentiert worden. Auf einer der seitens K veröffentlichten Fotografien war der Vorname des G zu erkennen.

Mit Schreiben vom 23.05.2014 teilte B der K mit, es bestehe wegen der veröffentlichten Fotografien der dringende Verdacht schwerwiegender Vertragspflichtverletzungen und bat K, zu einer Anhörung am 29.05.2014 zu erscheinen. Unmittelbar nach Erhalt dieses Schreibens entfernte K die Fotografien von ihrem Facebook-Auftritt, dessen Namen sie am 28.05.2014 in „Melli Gehnurmichwasan“ änderte.

Mit Schreiben vom 24.05.2014 stellte B die K von ihrer Verpflichtung zur Arbeitsleistung

frei. In der Anhörung am 29.05.2014 äußerte K gegenüber B unter anderem, es sei ihre Privatsache, „was sie auf Facebook posten würde“. Daraufhin erklärte B gegenüber K, er habe „kein Vertrauen mehr“ in sie, und kündigte nach ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats mit Schreiben vom 03.06.2014 das Arbeitsverhältnis der K außerordentlich fristlos, wobei sowohl eine Tatkündigung als auch eine Verdachtskündigung erklärt wurde. Mit weiterem Schreiben vom 07.06.2014 kündigte B das Arbeitsverhältnis der K nach ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats zudem hilfsweise fristgemäß. Im Hinblick auf sämtliche Kündigungen erhob K rechtzeitig Kündigungsschutzklage beim zuständigen Arbeitsgericht.

Hat die außerordentliche fristlose Tatkündigung vom 03.06.2014, die außerordentliche fristlose Verdachtskündigung vom 03.06.2014 oder zumindest die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung vom 07.06.2014 das Arbeitsverhältnis zwischen K und B wirksam beendet?

### **I. Wirksamkeit der außerordentlichen fristlosen Tatkündigung**

Die außerordentliche fristlose Tatkündigung vom 03.06.2014 hätte das zwischen K und B bestehende Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung beendet, wenn die Voraussetzungen des § 626 BGB vorlägen.

### **1. Voraussetzungen des § 626 I BGB**

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg führt zu den Voraussetzungen des § 626 I in seiner Entscheidung lehrbuchartig wie folgt aus:

*„Das Arbeitsverhältnis kann gemäß § 626 Abs. 1 BGB aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände ‚an sich‘, d. h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist oder nicht. Es ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen. Dabei ist der Einzelfall unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu bewerten, wobei regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des*

*Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf zu berücksichtigen sind. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber mildere Reaktionsmöglichkeiten wie insbesondere eine Abmahnung oder eine ordentliche Kündigung unzumutbar sind.*

*Beruhet die Vertragspflichtverletzung auf einem steuerbaren Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Eine außerordentliche (oder ordentliche) Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzt deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Diese ist nur dann nicht erforderlich, wenn bereits von vornherein erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Umständen unzumutbar und damit offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist.“*

## **2. Wichtiger Grund „an sich“**

Nach diesen Grundsätzen müsste zur Rechtfertigung der außerordentlichen fristlosen Tat Kündigung vom 03.06.2014 zunächst ein „an sich“ wichtiger Kündigungsgrund vorlie-

gen. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg kommt insoweit zu dem Ergebnis, dass K mit der Veröffentlichung und den Bildern des Patienten G in ihrem Facebook-Auftritt ihre Schweigepflicht als medizinische Mitarbeiterin der B verletzt habe. Dieses Verhalten ist „an sich“ ohne Weiteres geeignet, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darzustellen:

*„Die Klägerin (...) war sowohl arbeitsvertraglich als auch nach § 203 StGB, § 5 BDSG gesetzlich verpflichtet, die Behandlung des Patienten sowie deren nähere Umstände geheim zu halten. Die Klägerin hatte keine Genehmigung zur Veröffentlichung der Bilder. Eine ungenehmigte Verbreitung von Patientenbildern in einem sozialen Netzwerk wie Facebook stellt einen erheblichen Verstoß gegen die Schweigepflicht dar. Durch sie können die Persönlichkeitsrechte des betroffenen Patienten schwerwiegend verletzt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass letztlich der Personenkreis, der Zugang zu den unerlaubt veröffentlichten Bildern erhalten kann, nicht zu begrenzen ist. Denn selbst wenn der Zugriff auf die Bilder zunächst nur bestimmten Nutzern erlaubt wird, besteht doch keinerlei Möglichkeit, einer weiteren Verbreitung der Bilder durch diese Nutzer entgegen zu wirken. Die Persönlichkeitsrechtsverletzung, die bereits in der unberechtigten Weitergabe eines Patientenbildes liegt, kann deshalb bei einer Veröffentlichung auf Facebook im Grunde nicht zuverlässig eingegrenzt werden. Ein derartiges Verhalten ist deshalb ‚an sich‘ ohne weiteres*

*geeignet, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darzustellen.“*

Für sich genommen keinen wichtigen Grund im Sinne des § 626 I BGB stellt dagegen der Umstand dar, dass B nach eigener Aussage „kein Vertrauen mehr“ in K hat. Entscheidend ist insoweit nämlich allein,

*„ob ein – einmal angenommener – Vertrauensverlust aufgrund objektiver Umstände gerechtfertigt ist und ob deshalb dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Ein fehlendes Vertrauen des Arbeitgebers zu dem Arbeitnehmer kann mit anderen Worten nur dann zu einer außerordentlichen Kündigung führen, wenn Gründe für den Vertrauensverlust vorliegen und diese den Arbeitgeber zur sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigen.“*

### **3. Kein wichtiger Grund bei Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls**

Darüber hinaus müsste das Verhalten der K aber auch unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls einen wichtigen Grund für eine außerordentliche fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses darstellen. Unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls kommt das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg zu dem Ergebnis, dass der Ausspruch einer außerordentlichen fristlosen Kündigung gegenüber K nicht gerechtfertigt ist, das Verhalten der K also letztlich keinen wichtigen Grund für den Aus-

spruch einer außerordentlichen Kündigung darstellt. Für diese Rechtsauffassung zieht das Gericht zunächst den Umstand als Argument heran, dass das Persönlichkeitsrecht des Patienten G nicht schwerwiegend verletzt wurde und K keine unlauteren Ziele verfolgte:

*„Auch wenn die Pflichtverletzung der Klägerin nicht verharmlost werden soll, hat die Veröffentlichung der Bilder des Patienten doch zu keiner schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzung geführt. Die Bilder zeigen ein Kind in sehr jungem Alter, dessen Gesichtszüge wenig ausgeprägt sind und die sich – wenn der Patient nicht verstorben wäre – sehr bald verändert hätten. Der Patient war auf den Bildern nicht zu individualisieren, er konnte durch einen Betrachter nur dann erkannt werden, wenn er ihm ohnehin bekannt war. Dass auf einem Bild der Vorname des Patienten zu erkennen war, ändert hieran nichts Wesentliches; denn auch mit dieser Namensnennung war eine nähere Individualisierung nicht möglich. Der Patient wurde auf den Bildern ferner nicht verächtlich gemacht oder in sonstiger Weise herabgewürdigt. Zwar erfährt der Betrachter, dass der Patient schwer erkrankt war und schließlich gestorben ist. Die Kommentare der Klägerin zu den Bildern waren jedoch geeignet, den Betrachter für den Patienten einzunehmen und Mitleid für ihn zu wecken; keinesfalls konnte sich ein Betrachter durch die Bilder angeregt fühlen, sich über den Patienten lustig zu machen oder sonstige negative Gefühle zu entwickeln.“*

*Auch wenn auch derart positiv besetzte Bilder natürlich nicht ohne Genehmigung veröffentlicht werden dürfen, kann die Art der Aufnahmen bei der Bewertung der Pflichtverletzung der Klägerin nicht außer Betracht bleiben.*

*Die Klägerin hat (...) mit der Veröffentlichung der Bilder keine unlauteren Ziele verfolgt. Sie hatte – was sich insbesondere aus den Kommentaren zu den Bildern ergibt – ganz offensichtlich eine emotionale Bindung zu dem Patienten aufgebaut, der sie Ausdruck verliehen hat. (...) Die Persönlichkeitsrechte des Patienten werden durch den Facebook-Auftritt der Klägerin nicht mehr verletzt, nachdem die Aufnahmen dort nicht mehr enthalten sind; ob und inwieweit [sich] der Persönlichkeitsrechtsschutz nach einem Tod des Betroffenen ändert, kann dabei dahinstehen. Der Beklagten ist zwar zuzugeben, dass eine weitere Veröffentlichung der Bilder durch Dritte nicht ausgeschlossen ist. Denn jeder Besucher des Facebook-Auftritts der Klägerin konnte bis zum Löschen der Bilder zumindest das auf der Startseite vorhandene Bild des Patienten einsehen, kopieren und weiter verwenden. Die weiteren Bilder des Patienten waren dem vorgesehenen Nutzerkreis, der – was zugunsten der Beklagten unterstellt werden kann – aus allen ca. 170 Facebook-Freunden der Klägerin bestanden haben mag, zugänglich und konnten insoweit ebenfalls durch Dritte genutzt werden. Es ist jedoch (...) wenig wahrscheinlich, dass die Bilder noch weiter verbreitet werden. Die Aufnahmen weisen einen besonderen Bezug zur Klägerin auf und sind für*

*sich genommen wenig aussagekräftig. Mit der Löschung der Bilder war deshalb die wesentliche Gefahr für eine weitere Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Patienten beseitigt.“*

Weiterhin zieht das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg zugunsten der K den Umstand heran, dass B aufgrund des Verhaltens der K weder mit einer Rufschädigung noch mit Schadensersatzansprüchen rechnen musste:

*„Die Beklagte musste aufgrund der Veröffentlichung der Bilder weder mit einer Rufschädigung noch mit Schadensersatzansprüchen rechnen. Auf den Bildern ist nicht erkennbar, dass der Patient bei der Beklagten behandelt wurde. Auch konnte keiner der Betrachter darauf schließen, dass die Aufnahmen unrechtmäßig gemacht und veröffentlicht wurden und dass die Beklagte ein derartiges Verhalten billigt. Schließlich trägt die Beklagte in keiner Weise Verantwortung für die Veröffentlichung der Bilder und kann deshalb insoweit auch nicht haftbar gemacht werden.“*

Zudem sieht das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg keine Wiederholungsgefahr:

*„Die Beklagte musste nicht damit rechnen, dass die Klägerin bei einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und nach Erhalt einer Abmahnung erneut zu Unrecht Bilder von Patienten bei Facebook veröffentlichen werde. Die Berufungskammer teilt dabei nicht die Auffassung der Beklagten, die Klägerin halte ihr Verhalten letztlich weiterhin für zulässig*

und könne durch eine Abmahnung nicht zuverlässig von weiteren Veröffentlichungen abgehalten werden. Die Klägerin hat die Bilder des Patienten noch vor der Anhörung durch die Beklagte von ihrem Facebook-Auftritt entfernt und damit unmittelbar nach den ersten Vorhaltungen durch die Beklagte das ihr Mögliche getan, um den von ihr verursachten rechtswidrigen Zustand zu beseitigen. Auch wenn die Klägerin möglicherweise vor der Veröffentlichung der Bilder über die Bedeutung ihrer Schweigepflicht reflektiert und gleichwohl von der Veröffentlichung nicht Abstand genommen hat, bedeutet dies nicht, dass sie nach der Erteilung einer Abmahnung ihre Schweigepflicht zukünftig nicht beachten werde. Denn mit der Abmahnung werden dem Arbeitnehmer die Vertragswidrigkeit seines Handelns und die möglichen Auswirkungen auf den Inhalt oder Bestand des Arbeitsverhältnisses noch einmal deutlich vor Augen geführt. Dass eine derartige Abmahnung nicht zur Änderung eines steuerbaren Verhaltens wie der erfolgten Veröffentlichung der Bilder führen kann, ist – wie ausgeführt – nur bei Vorliegen besonderer Umstände anzunehmen, die im vorliegenden Fall fehlen. So kann sich die Beklagte insbesondere nicht darauf berufen, die Klägerin habe bei ihrer Anhörung zum Ausdruck gebracht, ‚es sei ihre Sache, was sie bei Facebook poste‘. Selbst wenn sich dieses auf die Bilder des Patienten bezog, rechtfertigte diese Äußerung doch nur die Annahme, dass die Klägerin während des Anhörungsgesprächs noch nicht von der Unzulässigkeit ihres Verhaltens überzeugt war; dies

bedeutet jedoch nicht, dass eine Abmahnung zu keiner Sinnesänderung bei der Klägerin führen konnte. Gleiches gilt für die Änderung des Facebook-Namens der Klägerin in ‚Melli Gehtnurmichwasan‘, die vor der Anhörung (...) erfolgte. (...) Schließlich ist weder vorgebracht noch ersichtlich, dass die Klägerin bereits vor dem Kündigungsgeschehen ihrer Schweigepflicht nicht genügt hat oder auf sonstige Weise zu erkennen gegeben hat, sie werde sich ohnehin an diese Pflicht nicht halten. Nach alledem geht die Berufungskammer davon aus, dass es sich bei der streitigen Veröffentlichung der Bilder um einen einmaligen Vorgang handelt, der sich aus der besonderen emotionalen Bindung der Klägerin zu dem Patienten erklärt und keinen Anlass zu der Annahme bietet, die Klägerin werde ohnehin weiterhin ihre Schweigepflicht verletzen; ihm kann grundsätzlich mit dem Ausspruch einer Abmahnung begegnet werden.“

Schließlich war der vorherige Ausspruch einer Abmahnung gegenüber K nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts auch nicht etwa unter dem Gesichtspunkt der Schwere der Pflichtverletzung entbehrlich:

„Eine Abmahnung ist auch nicht wegen der besonderen Schwere der Pflichtverletzung entbehrlich. Es handelt sich nicht um ein Verhalten, bei dem von der Beklagten unter keinen Umständen erwartet werden kann, dass sie es ohne Ausspruch einer Kündigung hinnimmt. Die Veröffentlichung der Bilder erfolgte im Hinblick auf eine besondere Bezie-

hung der Klägerin zu dem Patienten, ohne dass es zu einer schwerwiegenden Verletzung der Persönlichkeitsrechte oder zu einer Beeinträchtigung der Belange der Beklagten gekommen ist. Die Klägerin hat ferner die Bilder unmittelbar nach den ersten Vorhaltungen seitens der Beklagten gelöscht. Bei dieser Sachlage war es nicht offensichtlich und für die Klägerin erkennbar, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Beklagte objektiv ausgeschlossen ist.

Die außerordentliche Kündigung erweist sich auch nicht deshalb als gerechtfertigt, weil das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Kündigung erst ca. vier Jahre bestand und die Klägerin angesichts ihres Alters und ihrer Ausbildung vermutlich wenig Mühe hätte, eine neue Beschäftigung zu finden. Zwar fallen diese Umstände nicht zugunsten der Klägerin ins Gewicht, d. h., die Klägerin kann nicht mit Erfolg geltend machen, sie verliere bei einer Kündigung ein besonders lang bestehendes Arbeitsverhältnis und werde nur unter Schwierigkeiten ein neues Arbeitsverhältnis begründen können. Dies ändert jedoch nichts daran, dass bei der Gesamtwürdigung aller übrigen Umstände von der Beklagten erwartet werden kann, die Veröffentlichung der Bilder nicht zum Anlass für eine außerordentliche Kündigung zu nehmen.“

#### 4. Zwischenergebnis

Die gegenüber K erklärte außerordentliche fristlose Tatkündigung vom 03.06.2014 ist demnach nicht nach § 626 I BGB wirksam.

#### II. Wirksamkeit der außerordentlichen fristlosen Verdachtskündigung

Es könnte jedoch sein, dass die gegenüber K erklärte außerordentliche fristlose Verdachtskündigung gemäß § 626 I BGB wirksam ist.

##### 1. Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung als Kündigungsgrund

Auch der Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung kann unter bestimmten Voraussetzungen einen wichtigen Grund für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung darstellen. Ein solcher Verdacht stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Pflichtverletzung tatsächlich begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar. Eine auf ihn gestützte Kündigung kann gerechtfertigt sein, wenn sich der Verdacht auf objektive Tatsachen gründet, die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat.

## 2. Nichtvorliegen der Voraussetzungen einer Verdachtskündigung

Allerdings liegen hinsichtlich der gegenüber K ausgesprochenen Kündigung die Voraussetzungen einer Verdachtskündigung nicht vor:

*„Zum einen ist nicht umstritten, dass die Klägerin für das Kündigungsgeschehen verantwortlich ist, so dass von einem bloßen Verdacht gegen die Klägerin nicht die Rede sein kann. Zum anderen stellt im vorliegenden Fall – wie ausgeführt – selbst der Tatvorwurf keinen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar; dies gilt erst recht für einen gegen die Klägerin gerichteten Verdacht der Pflichtverletzung. Von der Beklagten kann auch insoweit verlangt werden, von dem Ausspruch der außerordentlichen Kündigung abzusehen und das Arbeitsverhältnis nach Ausspruch einer Abmahnung fortzusetzen.“*

## 3. Zwischenergebnis

Insgesamt ist daher auch die gegenüber K erklärte außerordentliche fristlose Verdachtskündigung vom 03.06.2014 nicht nach § 626 I BGB wirksam.

## III. Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung

Möglicherweise hat jedoch zumindest die ordentliche Kündigung vom 07.06.2014 das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis wirksam beendet.

Dies würde indes voraussetzen, dass die ordentliche Kündigung gemäß § 1 II 1 KSchG durch Gründe, „die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt“ wäre. Das Veröffentlichen der Patientenfotos auf Facebook könnte einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund im Sinne des § 1 II 1 KSchG darstellen.

Das Verhalten der K stellt, wie bereits ausgeführt, einen „an sich“ wichtigen Grund im Sinne des § 626 I BGB dar. Erst recht stellt das Veröffentlichen der Patientenfotos auf Facebook in diesem Fall grundsätzlich einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund im Sinne des § 1 II 1 KSchG dar. Allerdings setzt der Ausspruch einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung in aller Regel den vorherigen Ausspruch einer Abmahnung gegenüber dem Arbeitnehmer voraus. Der vorherige Ausspruch einer Abmahnung gegenüber der K war aus den oben bereits genannten Gründen auch nicht etwa entbehrlich. Die gleichwohl ausgesprochene ordentliche Kündigung ist vor diesem Hintergrund unverhältnismäßig und damit ebenfalls unwirksam.

## IV. Gesamtergebnis

Sowohl die außerordentliche fristlose Tat- kündigung als auch die außerordentliche fristlose Verdachtskündigung vom 03.06.2014

sind unwirksam und haben das zwischen K und B bestehende Arbeitsverhältnis nicht wirksam mit sofortiger Wirkung beendet. Auch die ordentliche Kündigung vom 07.06.2014 ist mangels vorheriger Abmahnung im Ergebnis nicht gemäß § 1 II 1 KSchG sozial gerechtfertigt.

### Hinweise:

1. Die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg ist außerordentlich examensrelevant. Die Prüfung der Wirksamkeit sowohl einer außerordentlichen fristlosen Kündigung (Tatkündigung und Verdachtskündigung) gemäß § 626 BGB als auch die Prüfung einer ordentlichen Kündigung gehören zum arbeitsrechtlichen Pflichtprüfungstoff der staatlichen Pflichtfachprüfung.
2. In der Klausur sind zunächst die Voraussetzungen einer außerordentlichen fristlosen Tatkündigung gemäß § 626 BGB darzustellen und anschließend unter Verwertung der Sachverhaltsinformationen zu prüfen. Sodann sind die Tatbestandsmerkmale einer außerordentlichen fristlosen Verdachtskündigung darzustellen und das Vorliegen der Voraussetzungen einer Verdachtskündigung abzulehnen. Zuletzt ist die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung am Maßstab des Kündigungsschutzgesetzes auf ihre soziale Rechtfertigung hin zu prüfen.
3. Ergänzend eignet sich insbesondere für eine mündliche Prüfung die Frage, ob das Verhalten der K einen Auflösungsantrag des

B gemäß § 9 I 1, 2 KSchG rechtfertigt. Stellt das Arbeitsgericht auf die Kündigungsschutzklage der K nämlich fest, dass das zwischen K und B bestehende Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung vom 07.06.2014 nicht aufgelöst worden ist, so ist das Arbeitsverhältnis auf Antrag des Arbeitgebers gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung durch das Arbeitsgericht selbst aufzulösen, wenn eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen K und B nicht zu erwarten ist. Das Landesarbeitsgericht gelangte hierbei im Ergebnis zu der Einschätzung, dass das Verhalten der K auch keinen Auflösungsantrag rechtfertigt. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass eine den Betriebszwecken gedeihliche Zusammenarbeit zwischen K und B nicht erwartet werden könne.

4. Ein guter Überblick über mögliche Rechtsfolgen bei der Veröffentlichung von Fotos in sozialen Netzwerken findet sich bei KLINKHAMMER/MÜLLEJANS, ArbRAktuell 2014, 503 ff. Mit Facebook-Aktivitäten als Kündigungsgrund setzen sich GÖPFERT/WILKE, ArbRAktuell 2011, 159 ff. auseinander.

(RA Dr. Nikolaus Polzer)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Auf der Suche nach  
besten Perspektiven?



Wir sind eine unabhängige partnerschaftlich strukturierte Rechtsanwalts- und Notarkanzlei mit 60 Berufsträgern in Stuttgart. Unsere Kernkompetenz ist die wirtschaftsrechtliche Beratung von Unternehmen und Unternehmern sowie der öffentlichen Hand. Wir bilden

## Referendare (w/m)

in den Anwaltsstationen und der Wahlstation aus.

Von Ihnen erwarten wir ein hervorragendes juristisches Fachwissen, gute Englischkenntnisse, Verständnis für wirtschaftliche Zusammenhänge sowie Team- und Sportsgeist. Im Rahmen einer Nebentätigkeit bieten wir eine attraktive Vergütung.

Möchten Sie in einem Team mitarbeiten, das Ihnen ausgezeichnete Perspektiven bietet? Dann sind Sie bei uns richtig. Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung an Frau Sandra Vollmann, Menold Bezler Rechtsanwälte, Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart, Telefon +49 711 86040-00, Sandra.Vollmann@menoldbezler.de, www.menoldbezler.de

**MENOLD BEZLER**  
RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt

RECHTSPRECHUNG STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

## Rücktritt vom Versuch und außertatbestandliche Zweckerreichung

Beschluss vom 06.05.2014 – 3 StR 134/14 = NStZ 2014, 450

1. Einem Rücktritt vom unbeendeten Versuch steht nicht entgegen, dass der Täter sein verfolgtes außertatbestandliches Ziel erreicht hat.
2. Unfreiwillig ist der Rücktritt vom Versuch, wenn der Täter sich aufgrund äußerer Zwänge oder psychischer Hemmungen nicht mehr in der Lage sieht, den tatbestandlichen Erfolg herbeizuführen.

(Leitsätze des Bearbeiters)

### Sachverhalt:

Der „mit einer Sturmhaube maskierte Angeklagte [betrat] durch eine offen stehende Terrassentür die Wohnung der Geschädigten. In der einen Hosentasche trug er griffbereit ein Pfefferspray, in der anderen einen Elektroschocker bei sich. Diese Gegenstände wollte er erforderlichenfalls einsetzen, um etwaigen Widerstand gegen die geplante Wegnahme von Geld aus der Wohnung zu brechen. Als die Geschädigte den Angeklagten bemerkte,

drückte er ihr mit dem Elektroschocker mehrmals auf den Arm und versuchte, einen Stromschlag auszulösen. Dies scheiterte jedoch, weil der Sicherungsstift nicht eingeführt war, den der Angeklagte möglicherweise gar nicht bei sich hatte. Die Geschädigte fürchtete dennoch weitere körperliche Übergriffe und wies den Angeklagten deshalb auf Geld in ihrer Handtasche hin, in der er einen Umschlag mit 1.000 € und ein Portemonnaie mit 285 € fand, die er an sich nahm. Zudem öffnete die Geschädigte auf Aufforderung des Angeklagten den Tresor, dem er weitere 900 € entnahm.“

### Prozessgeschichte und Entscheidung:

In erster Instanz wurde der Angeklagte u. a. „wegen schweren Raubes in Tateinheit mit versuchter gefährlicher Körperverletzung“ verurteilt. Auf seine Revision hin hatte der Bundesgerichtshof zu entscheiden. Dort hatte die „Verurteilung wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung keinen Bestand“. Der Senat bemängelt die Ausführungen des Erstgerichts zur Frage eines Rücktritts vom Körperverletzungsversuch, insbesondere hält er die diesbezüglichen Feststellungen für nicht ausreichend.

### Entscheidung und Hinweise:

Auch wenn aufgrund der nicht ausreichenden Feststellungen die Frage nach der Strafbarkeit des Angeklagten (A) wegen versuchter (gefährlicher) Körperverletzung nicht abschließend geklärt werden kann, aus diesem

Gründe auch mancherorts auf die Subsumtion des Sachverhaltes verzichtet werden muss, sollen aus didaktischen Gründen die – komprimierten – höchstrichterlichen Ausführungen in eine klausurmäßige Prüfung integriert und mit weiteren Anmerkungen versehen werden.

**Strafbarkeit As nach §§ 223 Abs. 1 und 2, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 und Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Hs. 2, 12 Abs. 2 StGB**

Indem A der Geschädigten (G) mit dem Elektroschocker mehrmals auf den Arm drückte und versuchte, einen Stromschlag auszulösen, kann er sich wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht haben.

## I) Tatbestand

### 1) Tatentschluss

A muss Tatentschluss auf eine gefährliche Körperverletzung der G gehabt haben.

a) Hinsichtlich des Grunddeliktes, § 223 Abs. 1 StGB, ist dies unproblematisch zu bejahen: A hatte Tatentschluss, G durch den Einsatz des Elektroschockers körperlich zu misshandeln (§ 223 Abs. 1 Var. 1 StGB), also sie übel und unangemessen zu behandeln und dadurch ihr körperliches Wohlbefinden mehr als nur unerheblich zu beeinträchtigen. Zudem hatte er Tatentschluss darauf, G in ihrer Gesundheit zu schädigen (§ 223 Abs. 1 Var. 2 StGB), also durch den Einsatz dieses

Gegenstands einen pathologischen Zustand hervorzurufen, der nachteilig vom Normalzustand abweicht und der einen Heilungsprozess nötig macht.

b) Auch kann ein Tatenschluss dahingehend, die Körperverletzung mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB) zu begehen, angenommen werden: Insbesondere wird als gefährliches Werkzeug, also als Gegenstand, der aufgrund seiner Verwendung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen, ein Elektroschocker, der am Arm des Opfers angewendet, betrachtet (dazu STREE/STERNBERG-LIEBEN, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 224 Rn. 5 m. N.).

### 2) Unmittelbares Ansetzen

A hat gemäß § 22 StGB unmittelbar zur Tat angesetzt. Jedenfalls in dem Moment, in dem er den Elektroschocker der G auf den Arm drückte, hat er subjektiv die Schwelle zum Jetzt-geht-es-los überschritten und objektiv in einer Weise zur Tatbegehung angesetzt, die nach seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollte und das geschützte Rechtsgut gefährdet erscheinen ließ (vgl. zu diesem Kombinationsansatz der h. M. ERNST, AL 2014, 131 (140) m. N.; zur so genannten Teilverwirklichung des Tatbestandes durch Vornahme der tatbestandlichen Ausführungshandlung vertiefend BOSCH, JURA 2011, 909 (911)).

II) **Rechtswidrigkeit und Schuld** sind gegeben.

### III) Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB

Denkbar ist ein Rücktritt vom Versuch seitens des A.

#### 1) Rücktrittsfähigkeit

Zunächst ist (ungeschriebene) Voraussetzung des Rücktritts, dass der Versuch nicht fehlgeschlagen ist (h. M., vgl. EISELE, JSE 1/2011, 89 (117)). Ein Fehlschlagen ist gegeben, wenn der Täter erkennt oder irrig annimmt, dass er die Vollendung der geplanten Tat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht oder nicht ohne zeitlich relevante Zäsur herbeiführen kann (PERRON/BOTT/GUTFLEISCH, JURA 2006, 706 (712)).

Das Landgericht hatte vorliegend einen Fehlschlag angenommen, was der Senat bemängelt, da „*die Feststellungen [dies] nicht tragen*“. Der Senat verweist darauf, dass dem A das Auslösen eines Stromstoßes aus technischen Gründen zwar nicht gelungen sei. Jedoch hatte er damit „*ersichtlich noch nicht alles getan, um den Körperverletzungserfolg herbeizuführen. Den Urteilsgründen lassen sich keine Umstände entnehmen, die ihn daran gehindert haben konnten, mit dem griffbereit zur Verfügung stehenden und von ihm von vornherein zum Einsatz vorgesehenen Pfefferspray weitere körperliche Angriffe gegen die Geschädigte zu führen; ein Fehlschlag*

*des Körperverletzungsversuchs ist daher nicht belegt.*“

#### Anmerkung:

Als problematisch stellen sich Fälle dar, in denen der Täter erkennt, dass die Tatvollendung durch eine Änderung seiner ursprünglichen Vorgehensweise möglich ist. Obgleich der erste Versuchsakt fehlgeschlagen ist (BOCK, JuS 2006, 603 (605), spricht von einem erfolglosen Einzelakt), bleibt der tatbestandliche Erfolg für den Täter mit anderen Mitteln erreichbar (s. dazu HOVEN, JuS 2013, 305 (307 f.) mit Fallbeispiel).

Nach der so genannten *Einzelaktstheorie* sei jeder einzelne Ausführungsakt, der vom Täter bei Beginn der Tat als erfolgsgeeignet betrachtet wurde, separat zu untersuchen und im Falle des Scheiterns als selbständiger fehlgeschlagener Versuch zu erfassen (dazu JAKOBS, JuS 1980, 714 (715, 717); vgl. auch die Nachw. bei HOVEN, JuS 2013, 305 (308)). Die h. M. lehnt diese Betrachtungsweise als zu restriktiv ab. Die Rücktrittsmöglichkeiten des Täters würden beschnitten und ein einheitlicher Lebensvorgang unnatürlich zerstückelt (BOTT, JURA 2008, 753 (754)).

Herrschend wird eine *Gesamtbetrachtung* vorgenommen: Es wird darauf abgestellt, ob verschiedene Einzelakte durch ein gemeinsames subjektives Element verbunden sind und ob zwischen ihnen ein derart unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang existiert, so dass das gesamte Täterhandeln objektiv auch für einen Dritten als ein einheitliches, zusammengehöriges Tun erscheint (dazu BGH, Urteil vom 25.11.2004 – 4 StR 326/04 = NSTZ 2005, 263 (264)). Für die Frage nach einem fehlgeschlagenen Versuch (s. die oben eingangs unter III) 1) genannte Definition) ist danach der *Zeitpunkt der letzten Ausführungshandlung* (so genannter *Rücktrittshorizont*, vgl. ENGLÄNDER, NSTZ

2014, 450 (451)) entscheidend. Vorgebracht für diese Betrachtungsweise wird, dass sie das Auseinanderreißen eines einheitlichen Lebensvorganges verhindere, eine umfassende Beurteilung des Einzelfalles ermögliche und dass der Verzicht auf die naheliegende Fortführung dem Täter zu Gute gehalten werden müsse, beweise er doch insofern Rechtstreue sowie seine geringere Gefährlichkeit durch die Unfähigkeit, die Tat zu beenden (so BOCK, JuS 2006, 603 (606)).

Würde man nach alledem zu dem Zwischenergebnis gelangen, dass kein fehlgeschlagener Versuch vorliegt, ist weiter zu prüfen:

### 2) Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch

Erneut rügt der Senat, dass „*das Landgericht [...] nicht erörtert [hat], ob der Angeklagte vom unbeendeten Versuch der gefährlichen Körperverletzung zurückgetreten ist (§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB)*“. Festgehalten werden kann insofern das Folgende:

Für diese Abgrenzung ist die Vorstellung des Täters vom Verwirklichungsgrad seiner Tat (sein Rücktrittshorizont) maßgeblich (KÜHL, StrR AT, 7. Aufl. (2012), § 16 Rn. 24; HOVEN, JuS 2013, 403 (403) je m. w. N.). Unbeendet ist der Versuch, wenn der Täter noch nicht alles getan hat, was nach seiner Vorstellung von der Tat zu deren Vollendung notwendig ist. Demgegenüber ist er beendet, wenn der Täter alles getan zu haben glaubt, was nach seiner Vorstellung von der Tat zu ihrer Vollendung notwendig oder möglicherweise

ausreichend ist (ERNST, JSE 1/2012, 35 (48) m. w. N.).

#### Anmerkung:

Es kommt hierbei nach h. M. nicht etwa auf die Perspektive des Täters zu Beginn der Tat an (zu der von der Rechtsprechung aufgegebenen so genannten Tatplantheorie vertiefend TIMPE, AL 2014, 236 (236 f.)); (wiederum) entscheidend ist (nach der *Gesamtbetrachtungslehre*) seine Vorstellung im Zeitpunkt des Abschlusses der letzten Ausführungshandlung, also sein Rücktrittshorizont (KÜHL, StrR AT, 7. Aufl. (2012), § 16 Rn. 27 m. w. N.; vertiefend PUPPE, ZIS 2011, 524 ff.; zur auch mehrfachen Korrektur des Rücktrittshorizonts BGH, Urteil vom 01.12.2011 – 3 StR 337/11 = JSE 1/2013, 106 ff. (ERNST), und Urteil vom 26.05.2011 – 1 StR 20/11 = JSE 1/2012, 105 f. (BAUR)).

Die bisherigen – vom Senat als nicht ausreichend bemängelten – Feststellungen mögen auf das Vorliegen eines unbeendeten Versuchs hindeuten. Läge ein solcher vor, wäre weiter zu prüfen:

### 3) Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB

#### a) Aufgabe der weiteren Tatausführung

Das Aufgeben der Tat verlangt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung den Entschluss, „auf deren Durchführung im Ganzen und endgültig zu verzichten“. Solange der Täter mit dem Versuch der Tatbegehung lediglich vorübergehend innehält, ist die Tat danach nicht aufgegeben (BGH, Urteil vom 01.04.2009 – 2 StR 571/08 = NStZ 2009, 501

(502); vertiefend HOVEN, JuS 2013, 403 (405) m. w. N.).

Ein Aufgeben erscheint vorliegend denkbar, ließ A doch von G ab und sah vom von vornherein vorgesehenen Einsatz des Pfeffersprays ab. Er kann die weitere Tatausführung aufgeben haben.

Fallkonstellationen, in denen der Täter sein eigentliches Handlungsziel (hier die Wegnahme des Geld der G, die außerhalb des Tatbestands des § 224 Abs. 1 StGB liegt; in Klausuren geht es oftmals um einen so genannten „Denkzettel“) schon durch einen bloßen Versuch erreicht hat (so genannte *außertatbestandliche Zweckerreichung*), sind umstritten (vertiefend ENGLÄNDER, NStZ 2014, 450 (451); TIMPE, AL 2014, 236 (238 f.); BOTT, JURA 2008, 753 (753 ff.)).

### Anmerkung:

Diese Thematik wird im Prüfungsaufbau uneinheitlich verortet, dazu SCHUSTER, JURA 2008, 228 (231), und eingehend BOTT, JURA 2008, 753 (753 ff.).

**aa)** Teilweise wird von einem aus Tätersicht abgeschlossenen Versuch ausgegangen mit der Folge, dass ein Rücktritt nicht möglich sei. Mit der Zielerreichung sei ein Weiterhandeln für den Täter zwecklos, weswegen eine honorierbare Rücktrittsleistung nicht gegeben sei. Wer auf nichts verzichte, könne auch nichts aufgeben (KÜHL, in: Lackner/ders., StGB, 28. Aufl. (2014), § 24 Rn. 12).

Danach käme eine Aufgabe der Tatausführung seitens A nicht in Betracht, ein Rücktritt entfielen.

**bb)** Anderer Ansicht nach soll die Erreichung eines außertatbestandlichen Ziels die Rücktrittsmöglichkeit nicht ausschließen (BGH, Beschluss vom 19.05.1993 – GSSt 1/93 = BGHSt 39, 221 (231); FISCHER, StGB, 61. Aufl. (2014), § 24 Rn. 9). – Der Senat vorliegend: Einem „Rücktritt vom unbeeendeten Versuch [...] steht nicht entgegen, dass der Angeklagte sein mit der Verwendung des Elektroschockers verfolgtes außertatbestandliches Ziel, an das Geld der Geschädigten zu gelangen, erreicht hatte“. Danach hätte A die weitere Tatausführung aufgegeben.

**cc)** Für die letztgenannte Betrachtungsweise wird vorgebracht, es diene dem Opferschutz, der Erhaltung des durch den Tatbeginn gefährdeten Rechtsgutes, dem Täter, der sein außertatbestandliches Ziel erreicht hat, die Rücktrittsmöglichkeit zu bieten (vgl. BGH, Beschluss vom 19.05.1993 – GSSt 1/93 = BGHSt 39, 221 (231)). Auch wird für diese Ansicht der Wortlaut des § 24 Abs. 1 StGB angeführt: Unter „Tat“ wird „eine Straftat im Sinne eines materiell-rechtlichen Straftatbestandes“ verstanden (GÜNTHER, in: GS für Armin Kaufmann (1989), S. 541 (543); BGH, Beschluss vom 13.02.1985 – 3 StR 481/84 = BGHSt 33, 142 (144)), also „die in den gesetzlichen Straftatbeständen umschriebene tatbestandsmäßige Handlung und der tatbestandsmäßige Erfolg“ (BGH, Beschluss vom

19.05.1993 – GSSt 1/93 = BGHSt 39, 221 (230)). Demzufolge beziehe sich die Entscheidung, die weitere Ausführung der Tat aufzugeben, einzig auf die Verwirklichung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale sowie auf die Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolges (vgl. v. LEWINSKI, JuS 2006, 431 (432)). Außer-tatbestandliche Motivationen seien nach dem Gesetzeswortlaut unbeachtlich (HOVEN, JuS 2013, 403 (404) m. N.).

Dieser Argumentation folgend verhindert die Erreichung seines außertatbestandlichen Ziels nicht, dass A die weitere Tatausführung aufgeben haben kann.

### b) Freiwilligkeit

Schlussendlich muss der Rücktritt freiwillig erfolgen.

aa) In der Literatur wird zum Teil eine *normative Bewertung* der Freiwilligkeit vorgenommen: Für einen freiwilligen Rücktritt sei ein Wille des Täters zur Rückkehr in die Legalität und seine Bereitschaft, das Gesetz zu befolgen, vorausgesetzt (in diese Richtung BLOY, JR 1989, 70 (71, 72); BECKEMPER, in: BeckOK/StGB (Stand: 01.07.2014), § 24 Rn. 33 f.). Diese restriktive Auslegung des § 24 StGB wird allerdings herrschend als mit dem Gesetzeswortlaut unvereinbar abgelehnt (s. nur BGH, Beschluss vom 13.01.1988 – 2 StR 665/87 = NStZ 1988, 404 (405)).

bb) Vielmehr wird das subjektive Element von der h. M. aufgrund einer *psychologisier-*

*renden Betrachtungsweise* bestimmt, indem auf das den Täter beherrschende Motiv abgestellt wird (dazu BGH, Beschluss vom 13.01.1988 – 2 StR 665/87 = NStZ 1988, 404 (405); KUDLICH/SCHUHR, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 24 Rn. 64 f. m. w. N.). Freiwillig handelt danach, wer durch autonome (situationunabhängige) Motive zum Rücktritt veranlasst wurde (KÜHL, StrR AT, 7. Aufl. (2012), § 16 Rn. 55 m. w. N.). Der Rücktritt darf nicht durch zwingende Hinderungsgründe dem Täter aufgezwungen worden sein. Er muss mithin eine echte Wahlmöglichkeit zwischen Aufgabe und Durchführung der Tat gehabt haben. Er muss „Herr seiner Entschlüsse“ bleiben (st. Rspr., s. BGH, Urteil vom 22.10.2013 – 5 StR 229/13 = NStZ-RR 2014, 9 (10)).

#### Anmerkung:

Motive für die Freiwilligkeit können z. B. regelmäßige Mitleid mit dem Opfer, Reue, Gewissensbisse oder Scham sein (KÜHL, StrR AT, 7. Aufl. (2012), § 16 Rn. 62 m. w. N.; HOVEN, JuS 2013, 403 (407)).

Demgegenüber handelt dieser h. M. nach un-freiwillig, wer durch heteronome Gründe zur Aufgabe der Tat veranlasst wurde (KUDLICH/SCHUHR, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. (2014), § 24 Rn. 64).

Vorliegend moniert der Senat ganz in diesem Sinne, dass sich das erstinstanzliche Urteil nicht „zu der Frage [verhält], ob der Angeklagte nur unfreiwillig davon absah, die Ge-

*schädigte doch noch körperlich zu verletzen. Dies wäre nur dann der Fall gewesen, wenn er sich aufgrund äußerer Zwänge oder psychischer Hemmungen nicht mehr in der Lage gesehen hätte, die Geschädigte nunmehr unter Einsatz des Pfeffersprays anzugreifen.“ A kann also freiwillig zurückgetreten sein.*

4) Es bleibt dem neuen Tatrichter vorbehalten, nach entsprechenden Feststellungen zu klären, ob A tatsächlich gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB strafbefreiend zurückgetreten ist. Der Prüfungsweg in einer Klausur, deren Sachverhalt die nötigen Angaben beinhalten wird, konnte hier aber immerhin vorgezeichnet werden. Denn der Sachverhalt eignet sich bestens als Vorlage für interessante Prüfungsaufgaben insbesondere aus dem beliebten Themenkreis „Rücktritt vom Versuch“ (zur weiteren Vertiefung HOVEN, JuS 2013, 305 ff. und 403 ff., sowie SCHEINFELD, JuS 2002, 250 ff.).

(Richter Guido Philipp Ernst)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG STRAFRECHT

Bundesgerichtshof

## Dem Angeklagten gebührt das letzte Wort!

Beschluss vom 24.06.2014 – 3 StR 185/14 = BeckRS 2014, 15076

1. Bei einem Wiedereintritt in die Hauptverhandlung müssen die in § 258 StPO vorgeschriebenen Worterteilungen – mit hin auch das letzte Wort des Angeklagten im Sinne von § 258 Abs. 2 Hs. 2 StPO – wiederholt werden.

2. Voraussetzung eines Wiedereintritts in die Hauptverhandlung ist weder ein Gerichtsbeschluss noch eine sonstige ausdrückliche Anordnung. Der Wiedereintritt kann auch stillschweigend geschehen. Er liegt insbesondere bei allen Prozesshandlungen vor, die ihrer Natur nach in den Bereich der Beweisaufnahme gehören.

(Leitsätze des Bearbeiters)

### Sachverhalt:

„In der Hauptverhandlung vom 16. Dezember 2013 schloss der Angeklagte mit dem Nebenkläger im Adhäsionsverfahren einen Vergleich über die Zahlung von 15.000 €, wobei ein Teilbetrag von 5.000 € am 18. Dezember 2013 fäl-

lig war. Nachdem die Vertreterin der Staatsanwaltschaft und die Verteidiger des Angeklagten an demselben Prozesstag ihre Schlussvorträge gehalten und ihre Anträge gestellt hatten, hatte der Angeklagte das letzte Wort. Am darauffolgenden Sitzungstag, dem 18. Dezember 2013, übergab der Angeklagte an den Nebenkläger 5.000 € in bar. Nach Beratung wurde sodann das angefochtene Urteil verkündet, ohne dass dem Angeklagten (erneut) das letzte Wort gewährt wurde.“

Der Angeklagte, der die „Täterschaft [...] nach den Gesamtumständen eingeräumt“ hatte, wendet sich gegen seine Verurteilung mit seiner (zulässigen) Revision. – Mit Erfolg?

### Hinweis:

Im schriftlichen Urteil des Landgerichts ist die Zahlung der 5.000 € am 18.12.2013 festgestellt.

### Die Entscheidung:

Die zulässige Revision ist begründet, sofern das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (vgl. § 337 StPO).

I. Einzig in Frage kommt eine Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren. Es muss also formelles Recht verletzt worden sein.

a) Nach dem Senat verstieß die beschriebene „Verfahrensweise [...] gegen § 258 Abs. 2 Halbsatz 2, Abs. 3 StPO“.

Bei einem Wiedereintritt „in die Hauptverhandlung müssen die in § 258 StPO vorgeschriebenen Worterteilungen – mithin auch das letzte Wort des Angeklagten im Sinne des § 258 Abs. 2 Halbsatz 2 StPO – wiederholt werden“. Voraussetzung eines Wiedereintritts in die Hauptverhandlung ist weder ein Gerichtsbeschluss noch eine sonstige ausdrückliche Anordnung. Der Wiedereintritt „kann auch stillschweigend geschehen. Er liegt insbesondere bei allen Prozesshandlungen vor, die ihrer Natur nach in den Bereich der Beweisaufnahme gehören.“

Hiervon geht der Senat vorliegend aus: „Die sich aus den Urteilsgründen ergebende Feststellung des Landgerichts über die Barzahlung von 5.000 € war ein – selbständiges, nicht nur einen Annex zum Vergleichsschluss darstellendes – zur Beweisaufnahme im ‚materiellen Sinne‘ [Nachw.] über die Wiedergutmachung des vom Angeklagten angerichteten Schadens gehörendes Prozessgeschehen. Es führte daher – auch ohne eine förmliche Anordnung der Fortsetzung der Beweisaufnahme – zum Wiedereintritt in die Hauptverhandlung und machte eine Wiederholung der in § 258 StPO vorgeschriebenen Worterteilungen einschließlich der Gewährung des letzten Wortes des Angeklagten erforderlich.“

**b)** Auf diesem Verfahrensverstoß muss das Urteil beruhen.

Nach dem Senat hat dieser „Rechtsfehler [...] die Aufhebung des Strafausspruches zur Fol-

ge. Die Nichterteilung des letzten Wortes begründet nicht ausnahmslos die Revision, sondern nur dann, wenn und soweit das Urteil darauf beruht. Dies kann indes nur in besonderen Ausnahmefällen ausgeschlossen werden.“

**Anmerkung:**

Bei gleichen Verfahrensverstößen konnte der Bundesgerichtshof ein solches Beruhen nicht ausschließen: Bei einem den Tatvorwurf bestreitenden Angeklagten hielt er es für nicht ausschließbar, „dass der Angeklagte zu den Schuldvorwürfen erneut Stellung genommen und möglicherweise weitere für die Beweismäßigkeit maßgebliche, ihn entlastende Umstände vorgetragen hätte“ (BGH, Beschluss vom 04.06.2013 – 1 StR 193/13 = NStZ 2013, 612 (613)). Und im Falle eines zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen schweigenden Angeklagten hielt der Bundesgerichtshof es für möglich, dass er sich erstmalig zur Sache geäußert hätte, wenn ihm die Gelegenheit zum letzten Wort noch einmal eingeräumt worden wäre (BGH, Beschluss vom 11.03.2014 – 5 StR 70/14 – juris, Rn. 5).

Hier geht der Senat aber von einem Ausnahmefall (zum Teil) aus:

„Vorliegend kann [...] im Hinblick auf die Beweislage zur Täterschaft des Angeklagten, der diese nach den Gesamtumständen eingeräumt hat, und die Tatsache, dass das nach dem letzten Wort des Angeklagten stattgefunden Prozessgeschehen ausschließlich für die Strafzumessung relevant war“, ausgeschlossen werden, „dass der Schuldspruch auf dem Verfahrensverstoß beruht. Dies gilt indes nicht für den Strafausspruch [Nachw.]“.

*Dieser bedarf daher neuer Verhandlung und Entscheidung.“*

II. Infolgedessen hatte die Revision teilweise Erfolg: Der Senat hob das erstinstanzliche Urteil „im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen“ auf. Im Umfang der Aufhebung verwies er „die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts“ zurück. „Die weitergehende Revision“ verwarf er.

### Hinweise:

1. § 258 I StPO bestimmt, dass nach dem Schluss der Beweisaufnahme der Staatsanwalt und sodann der Angeklagte das Wort zu ihren Schlussvorträgen erhalten. § 258 II StPO gewährt dem Staatsanwalt das Recht der Replik (Hs. 1), dem Angeklagten das letzte Wort (Hs. 2). Durch letzteres (und § 258 III StPO) soll sichergestellt werden, dass der Angeklagte in jedem Fall die Gelegenheit hat, sich als Letzter persönlich zu äußern, noch unmittelbar vor der Urteilsberatung und -verkündung seine Ansicht sowie für ihn günstige Umstände darzulegen (OTT, in: KK/StPO, 7. Aufl. (2013), § 258 Rn. 14 m. w. N.). Selbst wenn er schon (womöglich unmittelbar) zuvor einen Schlussvortrag gehalten hat, ist ihm als Letztem das Wort zu erteilen (MOSBACHER, JuS 2014, 702 (704) m. N.). Ob der Angeklagte davon Gebrauch macht, ist ihm überlassen. Der Senat stellt vorliegend einmal mehr klar, dass bei einem

Wiedereintritt in die Hauptverhandlung die in § 258 StPO vorgeschriebenen Worterteilungen zu wiederholen sind, wobei (nach BGH, Beschluss vom 04.02.2010 – 1 StR 3/10 = NStZ-RR 2010, 152 (152)) anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bestimmen ist, wann von einem Wiedereintritt auszugehen ist. Ganz ausnahmsweise soll eine solche Wiederholung nicht verpflichtend sein, „wenn nach dem letzten Wort ausschließlich Vorgänge erörtert werden, die auf die gerichtliche Entscheidung keinen Einfluss haben können“ (BGH, Beschluss vom 18.09.2013 – 1 StR 380/13 = NStZ-RR 2014, 15 (15 f.)). Notwendig ist eine Wiederholung nach höchstrichterlicher Rechtsprechung etwa (weitere Beispiele bei MEYER-GOSSNER, in: ders./Schmitt, StPO, 57. Aufl. (2014), § 258 Rn. 29), wenn (nach den Schlussvorträgen und dem letzten Wort des Angeklagten und vor Urteilsverkündung)

- einem anderen Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zu einem (ergänzenden) Schlussvortrag erteilt wird (OTT, in: KK/StPO, 7. Aufl. (2013), § 258 Rn. 14 m. w. N.),
- das Gericht wieder in die Beweisaufnahme eintritt, indem es Beweisanträge entgegennimmt, hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme gibt und die Anträge durch Beschlüsse zurückweist (jüngst BGH, Beschluss vom 11.03.2014 – 5 StR 70/14 – juris, Rn. 4),

- das Tatgericht noch einen rechtlichen Hinweis (vgl. § 265 StPO) erteilt (BGH, Beschluss vom 04.06.2013 – 1 StR 193/13 = NStZ 2013, 612 (612)), einen Antrag bescheidet (z. B. einen Adhäsionsantrag wie bei BGH, Beschluss vom 18.09.2013 – 1 StR 380/13 = NStZ-RR 2014, 15 (15); s. auch MOSBACHER, JuS 2014, 702 (705)) oder einen Beschluss verkündet (wie die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis gemäß § 111a StPO, dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.10.2013 – III-1 RVs 51/13 = NStZ-RR 2014, 16).

2. Ein kleiner Übungsfall zu diesem für beide Examina relevanten Thema findet sich bei KUDLICH, JA 2005, 429 (429, 431 f.). Zur Vertiefung aus der Ausbildungsliteratur: GUBITZ/BOCK, JA 2009, 136 ff.

(Richter Guido Philipp Ernst)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG STRAFRECHT

Landgericht Stuttgart

## Verwertbarkeit von Spontanäußerungen i. R. e. Notrufs im Falle späterer Zeugnisverweigerung

Beschluss vom 20.10.2014 – 7 Qs 52/14 =  
BeckRS 2014, 19703 = Blutalkohol 51  
(2014), 373

**1. Zu von den Beschränkungen des § 252 StPO ausgenommenen Spontanäußerungen können auch Mitteilungen im Rahmen von Notrufen zählen.**

**2. Der Übergang von der (bloßen) Entgegennahme spontaner Äußerungen zu einer Vernehmung (mit Pflicht zur Belehrung) bestimmt sich anhand objektiver und subjektiver Kriterien. Demnach muss neben dem Moment, in welchem der Beamte subjektiv von einem Anfangsverdacht ausgeht, auch berücksichtigt werden, wie sich das Verhalten des Beamten nach Außen in der Wahrnehmung des Befragten darstellt bzw. ob aus dem Verhalten des Beamten für den Befragten auf das Vorliegen eines Anfangsverdachts geschlossen werden kann (BGH NJW 1992, 1663, 1666).**

(Amtliche Leitsätze)

### Sachverhalt:

Die Zeugin, die Ehefrau des Angeklagten, meldete sich mit einem telefonischen Notruf beim Führungs- und Lagezentrum des Polizeipräsidiums:

Polizei: „Polizeinotruf.“

Zeugin: „Ja, guten Tag, ... [Nachname] hier. Und zwar ähm: Ich hab, ich war, wir ziehen gerade um und ich war in unserer neuen Wohnung und in der Zeit sollte mein Mann auf unser Baby aufpassen, ... Monate alt. Kam ich nach Hause – also er ist bekannt dafür, dass er trinkt – jetzt hat er währenddessen er auf sie aufpassen sollte, wie er sagt, zwei Weißweinschorle getrunken – sah aber nicht danach aus. Und dann ist er jetzt gegangen, hat mir den Schlüssel von meinem Auto – ist zwar auf ihn gemeldet, aber ist mein Auto – hat er mir genommen. Da ist der Kinderwagenaufsatz drin, alle meine Sachen und ist einfach abgeschwirrt ins Café, also sein Café.“

Polizei: „Ja, und um was geht es Ihnen jetzt?“

Zeugin: „Äh, mir geht's darum, das es erstens äh Beweis ist, weil wenn jetzt die Scheidung kommt, ich möchte nicht, dass er mit meiner Tochter ohne Aufsicht ist, weil jetzt hat man gesehen, er passt auf sie auf und trinkt. – So.“

Polizei: „Ja und wie wollen sie das jetzt nachweisen, dass er aufgepasst hat und getrunken hat. Weil sie jetzt hier angerufen haben, oder was? Oder wie jetzt – versteh jetzt net? Also, ist er jetzt betrunken mit dem Auto unterwegs oder was?“  
(Min. 1:14) ...

Im weiteren Fortgang des insgesamt 3:54 Minuten andauernden Gesprächs wurde die Zeugin „unbelehrt gezielt bezüglich der Trun-

kenheitsfahrt befragt“. Sie gab dabei auf Nachfrage u. a. an, wie ihr Ehemann und „sein Café“ heißt sowie wo sich dieses befindet. Aufgrund dessen wurde der Angeklagte von Polizeibeamten im Café angetroffen, den Autoschlüssel in der rechten Hosentasche. Die nach Feststellung des Angeklagten bei diesem entnommenen Blutproben ergaben im Mittelwert Blutalkoholkonzentrationen von 1,32 und 1,25 Promille. Daraufhin wurde der Angeklagte wegen Trunkenheit im Verkehr angeklagt. Das Amtsgericht entzog dem Angeklagten nach § 111a StPO vorläufig die Fahrerlaubnis. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner Beschwerde. Dabei be ruft er sich insbesondere auf die Unverwertbarkeit der Angaben seiner Ehefrau im Rahmen des Notrufs, die mittlerweile von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 Nr. 2 StPO Gebrauch gemacht hat. – Mit Aussicht auf Erfolg?

### **Die Entscheidung:**

Die Kammer entschied, dass die Beschwerde zulässig, aber unbegründet ist.

### **Im Einzelnen wird ausgeführt:**

„Die zulässige Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts [...] hat in der Sache – auch unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens – keinen Erfolg.“

### **Anmerkung:**

Die Beschwerde (§ 304 StPO) unterliegt als Rechtsmittel den bei diesen geltenden Zulässigkeitsvoraussetzungen. Sie muss beim zuständigen Gericht eingereicht werden und statthaft sein. Weiter muss der Beschwerdeführer zur Einlegung der Beschwerde berechtigt und beschwert sein. Auch muss die Form und gegebenenfalls eine Frist beachtet werden:

I. *Zuständiges Gericht:* Nach §§ 73 I, 76 I GVG ist hier die Große Strafkammer des Landgerichts zuständig (in der Besetzung von drei Mitgliedern (= Berufsrichtern)). (In anderen Fällen kann auch nach §§ 120 III, IV, 121 I Nr. 2 GVG das OLG und nach § 135 II GVG der BGH zuständig sein).

II. *Statthaftigkeit* (genaue Darstellung getrennt nach Verfahrensabschnitten bei KLESCZEWSKI, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Rdnrn. 552-555; weitergehende Ausführungen zum Unterlassen in dieser Konstellation und zur Unstatthaftigkeit bei KINDHÄUSER, Strafprozessrecht, 3. Aufl., § 32 Rdnrn. 7-12): Nach § 304 I StPO ist die Beschwerde grundsätzlich statthaft gegen alle Beschlüsse, die von Gerichten im ersten Rechtszug (so hier) oder im Berufungsverfahren erlassen werden, und gegen alle Verfügungen des Vorsitzenden, des Richters im Vorverfahren und eines beauftragten oder ersuchten Richters.

III. *Rechtsmittelberechtigter und Beschwer:* Nach § 296 StPO i. V. m. § 304 II StPO ist der Kreis der Beschwerdebefugten größer als bei Berufung und Revision. Neben der Staatsanwaltschaft und (wie vorliegend) dem Beschuldigten sind alle Personen befugt, die durch die richterliche Entscheidung in der Wahrnehmung ihrer geschützten Rechte und Interessen beschränkt werden und damit durch sie beschwert sind.

IV. *Form und Frist*: Die Beschwerde ist nach § 306 I StPO beim Ausgangsgericht, also beim iudex a quo, schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle einzulegen. Eine Begründung ist nicht erforderlich. Die (wie hier) einfache Beschwerde kann jederzeit und damit ohne Berücksichtigung einer Frist eingelegt werden. Anders verhält es sich bei der sofortigen Beschwerde nach § 311 II StPO. Hier gilt eine einwöchige Frist.

Die Beschwerde entfaltet als Rechtsmittel einen Devolutiveffekt, da sich die nächsthöhere Instanz mit ihr beschäftigt. Dagegen tritt kein Suspensiveffekt ein, der das Verfahren zwischenzeitlich hemmt, vgl. § 307 I StPO. Allerdings besteht die Möglichkeit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 307 II StPO. Neben der einfachen Beschwerde (§ 304 StPO) gibt es die sofortige Beschwerde (§ 311 StPO) und die weitere Beschwerde (§ 310 StPO) (ausführlichere Darstellung hierzu bei KINDHÄUSER, Strafprozessrecht, 3. Aufl., § 32; BEULKE, Strafprozessrecht, 12. Aufl., § 30; KLESCZEWSKI, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Rdnrn. 551-562).

Die Beschwerde ist unbegründet:

a) *„Die Voraussetzungen des § 111a StPO liegen vor. Es liegt der dringende Tatverdacht, dass der Angeklagte zum Vorfallzeitpunkt das Kraftfahrzeug ..., amtliches Kennzeichen ..., gesteuert hat, obwohl er infolge vorausgegangenen Alkoholgenusses – wie er bei zumutbarer und selbstkritischer Prüfung vor Fahrtritt hätte erkennen können und müssen – fahruntüchtig war, und damit auch einer Anlasstat nach § 69 Abs. 2 Nr. 2 StGB vor.“*

b) Das Landgericht führt aus, dass die im Notruf getätigten Angaben teilweise verwertbar bleiben:

*„Hieran ändert sich auch nichts aufgrund des Umstands, dass die Ehefrau des Angeklagten als Zeugin mittlerweile von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 Abs. 1 Nr. 2 StPO Gebrauch gemacht hat. Die von ihr im Rahmen des [...] Notrufs getätigten Angaben bleiben zumindest teilweise verwertbar.“*

(1) Zunächst wendet sich das Landgericht der Reichweite des in § 252 StPO statuierten Verlesungsverbots zu. Es stellt fest, dass § 252 StPO ein selbständiges Verwertungsverbot darstellt: *„Zwar darf nach § 252 StPO die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, nicht verlesen werden. Die Vorschrift ist nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung über ihren Wortlaut hinaus auch dahingehend auszulegen, dass jede andere Verwertung der bei einer nicht-richterlichen Vernehmung gemachten Angaben einer zeugnisverweigerungsberechtigten Person, insbesondere die Vernehmung nicht-richterlicher Verhörpersonen zum Inhalt der früheren Angaben unzulässig ist.“*

**Anmerkung:**

Grundsätzlich setzt der Wortlaut die äußere Grenze im Rahmen der Auslegung. Bei § 252 StPO wird diese Grenze jedoch deutlich überschritten, denn „verlesen“ ist von der reinen Wortbedeutung her

betrachtet verschieden zu „verwerten“. Allerdings ist hier zu berücksichtigen, dass der Wortlaut des § 252 StPO zu Gunsten des Täters ausgeweitet wird. Dies ist jederzeit möglich, denn die Interessen des Täters werden durch eine Ausweitung des Verlesungsverbots in § 252 StPO nicht beeinträchtigt, sondern in besonders weitem Umfang geschützt. Grund dafür ist der Sinn und Zweck des § 252 StPO. Dieser soll den über § 52 StPO geschützten familiären Frieden nicht durch eine vorzeitige Aussage des Angehörigen zerstören, sondern die Wirkung des Zeugnisverweigerungsrechts auch zu einem späteren Zeitpunkt in der Hauptverhandlung gewährleisten (vgl. PUTZKE, ZJS 2012, 838; JAHN, JuS 2012, 369 m. w. N.). Zudem wäre § 252 StPO angesichts der in § 250 S. 2 StPO enthaltenen Regelung überflüssig (vgl. JAHN, JuS 2012, 369; PUTZKE, ZJS 2012, 838 (839)). Eine Ausnahme liegt nur bei richterlichen Verhörspersonen vor, die grundsätzlich als Zeugen über die Vernehmung aussagen können (weiterführend SANDER/CIRENER, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 252 Rdnrn. 9 f.; beachte aber auch aktuell den Anfragebeschluss des 2. Strafsenates BGH, NJW-Spezial 2014, 665).

Da nur Äußerungen im Rahmen einer Vernehmung dem Verwertungsverbot aus § 252 StPO unterfallen, stellt sich dem Landgericht weiter das Problem, ob der Notruf der Ehefrau eine „Vernehmung“ ist: *„Als ‚Vernehmung‘ in diesem Sinne ist dabei nicht nur eine förmlich durchgeführte Vernehmung anzusehen. Der Begriff der Vernehmung ist vielmehr weit auszulegen und umfasst alle früheren Bekundungen auf Grund einer amtlichen Befragung, also auch Angaben bei einer informatorischen Befragung durch die Polizei. Entscheidend ist, dass die Auskunftsperson von einem Staatsorgan in amtlicher Eigen-*

*schaft zu dem den Gegenstand des Strafverfahrens bildenden Sachverhalt gehört worden ist.“*

Allerdings gibt das Landgericht zu bedenken, dass es Fälle gibt, in denen keine Vernehmung gegeben ist, obwohl die Frageperson in amtlicher Funktion auftritt: *„Von den Beschränkungen des § 252 StPO ausgenommen“* – und damit verwertbar sowie der Beweiserhebung zugänglich – sind *„auch Erklärungen gegenüber Amtspersonen, die ein Zeuge von sich aus außerhalb einer Vernehmung, etwa bei der Bitte um polizeiliche Hilfe, bei einer nicht mit einer Vernehmung verbundenen Strafanzeige oder sonst ungefragt, ‚spontan‘ und ‚aus freien Stücken‘ abgegeben hat [...]“. Als spontane Bekundungen aus freien Stücken kommen demnach auch Mitteilungen im Rahmen von Notrufen in Betracht.“*

**Anmerkung:**

Zu beachten ist an dieser Stelle, dass der Vernehmungsbegriff in § 252 StPO vom Vernehmungsbegriff in den §§ 133 ff. StPO leicht differiert und in einem weiten Sinn zu verstehen ist. Von diesem weiten Vernehmungsbegriff werden „alle Bekundungen über wahrgenommene Tatsachen auf Grund einer amtlichen, von einem Staatsorgan veranlassten Befragung“ umfasst (vgl. nur SANDER/CIRENER, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 252 Rdnr. 12 m. w. N.). Deshalb zählen zum weiten Vernehmungsbegriff nach § 252 StPO bereits informatorische Befragungen, die beim Vernehmungsbegriff in den §§ 133 ff. StPO noch ausgeklammert sind (vgl. BGH, NJW 1980, 1533). Informatorische Befragungen liegen vor, wenn von ei-

nem Staatsorgan geklärt werden soll, ob überhaupt eine Straftat begangen worden ist oder ob jemand als Zeuge oder Verdächtiger in Frage kommt (vgl. GUNDLACH, NJW 1980, 2142 (2143); JOACHIM, NStZ 1990, 95). Grund für diese Ausweitung des Vernehmungsbegriffs ist die Intention des § 252 StPO, das Verhältnis zwischen Zeuge und Angeklagtem von jeder Belastung freizuhalten, die sich für den Angeklagten aus den Aussagen des Zeugen ergeben kann (vgl. JOACHIM, NStZ 1990, 95). Schließlich soll der familiäre Frieden gewährleistet werden und der Zeuge bereits zu einem frühen Zeitpunkt vor Konfliktsituationen zwischen Wahrheitspflicht und Angehörigenverbundenheit geschützt werden (vgl. SCHLÜCHTER/RADBRUCH, NStZ 1995, 354 (355)).

Bei beiden Vernehmungsbegriffen sind jedoch *Spontanäußerungen* nicht mehr erfasst. Spontanäußerungen sind Erklärungen, die durch ein Strafverfolgungsorgan weder erfragt noch provoziert wurden (vgl. SANDER/CIRENER, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 252 Rdnr. 12).

Fraglich ist nun, bis zu welchem Zeitpunkt noch von einer „spontanen“ Äußerung der Zeugin gesprochen werden kann, also wann schon *„eine informatorische Befragung“* vorliegt und nicht mehr eine *„(bloße) Entgegennahme von spontanen Äußerungen [...]“*. Die Tatsache, dass der Zeuge von sich aus Kontakt zu einer Behörde aufnimmt, reicht jedenfalls in den Fällen, in denen die staatliche Stelle von Amts wegen tätig werden muss, für sich allein nicht ohne Weiteres aus, die Verwertbarkeit der entsprechenden Angaben zu begründen. Denn die Eigeninitiative des Zeugen kann lediglich Anlass und Grund für die Verfahrenseinleitung mit anschließender Vernehmung sein, die dann dem Schutz des § 252

*StPO unterliegt.*“ Das Landgericht zieht *„objektive und subjektive Kriterien“* heran: Es *„muss neben dem Moment, in welchem der Beamte subjektiv von einem Anfangsverdacht ausgeht, auch berücksichtigt werden, wie sich das Verhalten des Beamten nach Außen in der Wahrnehmung des Befragten darstellt bzw. ob aus dem Verhalten des Beamten für den Befragten auf das Vorliegen eines Anfangsverdachts geschlossen werden kann [...]“*. Würde man demgegenüber allein [objektiv] auf die Eigenschaft des Notrufs abstellen, bestünde die Gefahr, dass der Schutz der §§ 52, 252 StPO durch stetiges Nachfragen entwertet werden könnte.“

Es muss sich also der subjektiv beim Beamten gebildete Anfangsverdacht (hier gegenüber des Ehemanns bezüglich einer Trunkenheitsfahrt) nach Außen in seinem Handeln widerspiegeln. Nimmt dieser nur spontane Äußerungen entgegen, so genügt dies noch nicht. Fragt der Beamte dagegen gezielt nach, so zeigt sich sein gebildeter Anfangsverdacht nach Außen hin, den er durch konkrete Fragestellungen zu erhärten versucht. Ab diesem Zeitpunkt liegt eine Vernehmung i. S. v. § 252 StPO vor, zudem greift die Belehrungspflicht aus §§ 52 I Nr. 2, III S. 1, 163 III 1 StPO für die Zeugin.

**Anmerkung:**

Das Landgericht scheint hier bei der Grenzziehung eine Parallele zu den Kriterien zur Feststellung der Beschuldigteneigenschaft zu ziehen: Nach der ge-

*mischt subjektiv-objektiven Beschuldigtentheorie muss sich der subjektiv beim Beamten gebildete Anfangsverdacht und damit der Verfolgungswille nach Außen in seinem Handeln widerspiegeln. Deutlich wird dies nach Außen besonders durch die Einleitung eines förmlichen Ermittlungsverfahrens. Bei weniger deutlichen Handlungen ist die Wahrnehmung des von der Handlung Betroffenen ausschlaggebend.*

Daneben werden noch weitere Theorien vertreten. Zum einen wird die so genannte *objektive Beschuldigtentheorie* vertreten, die allein einen objektiv gegen die betreffende Person bestehenden Tatverdacht ausreichen lässt. Zum anderen wird mit der so genannten *subjektiven Beschuldigtentheorie* nur auf einen entsprechenden Willensakt der zuständigen Strafverfolgungsbehörde abgestellt (ausführlich zu allen Theorien ERNST, JSE 2/2014, 224 (225 f.) m. w. N.).

(2) Somit sind *„die bis zu Min. 1:14 getätigten Aussagen der Zeugin verwertbar. Diese erfolgten außerhalb einer förmlichen Vernehmung oder informatorischen Befragung spontan und aus freien Stücken und unterliegen daher nicht dem Verwertungsverbot des § 252 StPO. Die Zeugin schilderte zunächst von sich aus und ungefragt den wesentlichen Sachverhalt, ohne dass zu diesem Zeitpunkt ein Anfangsverdacht gegen ihren Ehemann bestanden hätte. Ein Anfangsverdacht und somit eine Pflicht zur Belehrung der Zeugin nach § 52 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 S. 1 StPO bestand frühestens nach diesen Angaben. Trotz überschreiten der ‚Belehrungsschwelle‘ wurde die Zeugin im weiteren Verlauf des Gesprächs unbelehrt gezielt bezüglich der Trunkenheitsfahrt be-*

*fragt, weshalb die nachfolgenden Angaben nicht mehr verwertbar sind.“*

c) *„Nach alledem ist derzeit davon auszugehen, dass dem Angeklagten die angeklagte Trunkenheitsfahrt nachgewiesen werden kann. Die angeklagte Fahrt im alkoholisierten Zustand ergibt sich schon aufgrund der Angaben der Zeugin bis zu Min. 1:14 des Notrufs. Auch konnte aufgrund der insoweit verwertbaren Angaben der Zeugin [...] der Autoschlüssel“ in der rechten Hosentasche des Angeklagten aufgefunden werden, bei ihm entnommene Blutproben ergaben im Mittelwert Blutalkoholkonzentrationen von 1,32 und 1,25 Promille. Der weitere Fortgang des Gesprächs war somit für den Erlass eines § 111a StPO-Beschlusses nicht mehr ausschlaggebend. Deshalb konnte eine Auseinandersetzung über die Verwertbarkeit des ab Minute 1:14 folgenden Gesprächsteils seitens der Kammer unterbleiben.*

Abschließend weist die Kammer darauf hin, dass *„eine Fernwirkung bezüglich der Beweismittel, deren Erlangung auf eine unverwertbare Aussage zurückzuführen ist, in der Regel nicht“* besteht. *„Unabhängig davon wäre es für die Polizei bereits aufgrund der bis zu Min. 1:14 gemachten Angaben ohne Weiteres möglich gewesen, die Person des Angeklagten sowie dessen Aufenthalt zügig zu ermitteln. So werden etwa bei Eingabe der Wörter ‚[Nachname]‘ ‚Café‘ und ‚[Stadt]‘ in die Internet-Suchmaschine Google auf Anhieb mehrere Ergebnisse angezeigt, die auf den Ange-*

*klagten sowie das ‚Café ...‘ in [Adresse] in [Stadt] hinweisen.“*

**Anmerkung:**

Ob es eine *Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten* gibt, ist heftig umstritten. Dabei geht es um die Frage, ob ein Beweisverwertungsverbot nur für das unmittelbar durch das Verbot betroffene Beweismittel greift oder weiter zur Unverwertbarkeit von mittelbar aufgrund des verbotenen Beweismittels gefundenen Beweismitteln führt (vgl. KINDHÄUSER, Strafprozessrecht, 3. Aufl., § 23 Rdnrn. 38 ff.). Die strengste Ansicht lehnt sich an die aus dem amerikanischen Recht entwickelte „fruit of the poisonous tree doctrine“ an. Danach wirken Beweisverwertungsverböte im weiteren Strafverfahren fort. Begründet wird dies damit, dass anderenfalls der Sinn und Zweck der Beweisverwertungsverböte unterlaufen werde. Dagegen verneint die Rechtsprechung (wie hier das Landgericht) in der Regel eine Fernwirkung, da sonst ein Verfahrensverstöß das gesamte Strafverfahren lahmlegen könne. Eine dritte Ansicht will im jeweiligen Einzelfall das Gewicht des ursprünglichen Verfahrensverstößes gegen die Schwere der verfolgten Tat abwägen (ausführlich zu diesem Themenkomplex BEULKE, Strafprozessrecht, 12. Aufl., Rdnrn. 482 f. m. w. N.).

Mit der weiteren Erwägung, dass die Person des Angeklagten und sein Aufenthaltsort auch auf andere Weise (einzig mit den Angaben der Ehefrau bis Min. 1:14) zügig hätte ermittelt werden können, spricht die Kammer die Figur des so genannten *hypothetischen Ermittlungsverlaufs* an. Mit dieser Überlegung wird im Einzelfall die Verwertbarkeit trotz Verfahrensverstößes bejaht (eingehend ROGALL, NStZ 1988, 385 ff.; krit. dagegen WESSLAU, StV 2003, 483 (484)). Gefordert wird eine konkrete Betrachtung dahingehend, ob die Möglichkeit legalen Handelns nach den Umständen des betref-

fenden Falles tatsächlich existierte (MEYER-GOSSNER, in: ders./Schmitt, StPO, 57. Aufl., Einl Rdnr. 57c m. w. N.).

Nach alledem hat die Kammer die „*Beschwerde des Angeklagten [...] kostenpflichtig als unbegründet verworfen*“, wobei die „*Kostenentscheidung [...] aus § 473 StPO*“ folgt.

**Hinweise:**

1. Der prozessuale Rahmen (Prüfung des Rechtsmittels der Beschwerde) mag besonders für Rechtsreferendare interessant sein, denn in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung erfreuen sich in letzter Zeit eher ungewöhnliche Einkleidungen größerer Beliebtheit. Daneben behandelt die Entscheidung sowohl für Studierende als auch für Referendare einen wichtigen Examensklassiker – die Reichweite des § 252 StPO: Als interessant erweisen sich in diesem Zusammenhang insbesondere der weite Vernehmungsbegriff, dessen Voraussetzungen und das automatische Eingreifen des Verwertungsverböts.

Die Entscheidung zeigt sehr anschaulich, wo die Schwelle von der Spontanäußerung zur Vernehmung liegt. Das Landgericht scheint für diese Abgrenzung eine Parallele zu den Grundsätzen der Beschuldigteneigenschaft zu ziehen. Ein kompletter Rückgriff auf die Grundsätze der Beschuldigteneigenschaft ist nicht möglich, da bei dieser der nemo-tenetur-Grundsatz im Vordergrund steht. Zudem unterliegt der Beschuldigte keiner

Wahrheitspflicht. Beim Zeugen steht dagegen der Schutz vor einer Zwangslage im Mittelpunkt, bei der er im Konflikt zwischen Wahrheitspflicht und familiären Banden steht (vgl. SCHLÜCHTER/RADBRUCH, NStZ 1995, 354 (355)). Fraglich ist nun, anhand welcher Kriterien diese Konfliktlage zu bestimmen ist. Grundsätzlich wird hierbei darauf abgestellt, ob das fragende Strafverfolgungsorgan in seiner „amtlichen Funktion“ auftritt, da sich der Zeuge ab diesem Zeitpunkt in der beschriebenen Zwangslage befindet (vgl. BGH, NStZ 1994, 593 (594)). Allerdings ist dieses Kriterium vorliegend nicht hilfreich, da sich die Zeugin aus eigenem Antrieb an den Polizeinotruf und damit an ein Strafverfolgungsorgan in seiner „amtlichen Funktion“ wendet. Daher stellt sich vielmehr die Frage, ab wann sie sich in der Zwangslage befindet, die das Verwertungsverbot des § 252 StPO zu verhindern versucht. Hierbei hilft eine Parallele zur Beschuldigteneigenschaft. Erst wenn ein Anfangsverdacht und damit ein Beschuldigter gegeben ist, kann überhaupt eine entsprechende Konfliktlage des Zeugen entstehen, da ab diesem Zeitpunkt die besonderen Zeugnisverweigerungsrechte nach § 52 I StPO greifen. Diese Zeugnisverweigerungsrechte aus persönlichen Gründen ergeben sich aus der Stellung des Zeugen zum Beschuldigten. Ergibt sich nun aus den Äußerungen des Zeugen eine Beschuldigteneigenschaft eines Dritten (hier des Ehemannes), der in einem der in § 52 I StPO aufgezählten Verhältnisse zum Zeugen steht, so greift ab diesem Zeitpunkt auch das Zeugnis-

verweigerungsrecht. Deshalb besteht eine enge Verbindung zwischen Zeugnisverweigerungsrecht und der Beschuldigteneigenschaft, die die Parallele an dieser Stelle rechtfertigt: Steht die Beschuldigteneigenschaft fest, befindet sich der Zeuge in der Zwangslage und damit in einer Vernehmung im weiteren Sinne. Zusätzlich muss der Zeuge nach § 52 III S. 1 StPO belehrt werden. Wird dieser Zeitpunkt ohne Belehrung überschritten, entsteht ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot für alle nachfolgenden Äußerungen.

Wenn das Landgericht weiter feststellt, dass die Zeugin trotz Überschreiten der „Belehrungsschwelle“ im weiteren Verlauf des Gesprächs unbelehrt gezielt bezüglich der Trunkenheitsfahrt befragt wurde und deshalb die nachfolgenden Angaben nicht mehr verwertbar sind, könnte dies missverständlich erscheinen. Es ist richtig, dass das Zeugnisverweigerungsrecht hier gleichzeitig mit Überschreiten der Belehrungsschwelle entsteht, da ab diesem Zeitpunkt keine Spontanäußerung mehr vorliegt und aufgrund der nun bestehenden Konfliktlage der Zeugin eine Vernehmung im weiten Sinne des § 252 StPO gegeben ist. Jedoch ist der Grund für die mangelnde Verwertbarkeit nicht die fehlende Belehrung der Zeugin im Rahmen des Notrufs, sondern vielmehr das Eingreifen von § 252 StPO und die Fortwirkung des mittlerweile ausgeübten Zeugnisverweigerungsrechts nach § 52 I Nr. 2 StPO. Gerade dieses Zeugnisverweigerungsrecht und der damit ver-

bundene Schutz vor der familiären Konfliktlage soll durch das Verwertungsverbot des § 252 StPO geschützt werden, unabhängig von einer fehlenden Belehrung. Schließlich kann das Zeugnisverweigerungsrecht auch später geltend gemacht werden, wodurch eine bisher aufgrund ordnungsgemäßer Belehrung nach § 52 III S. 1 StPO verwertbare Zeugenaussage plötzlich nicht mehr verwertet werden kann. § 252 StPO begründet ein selbständiges Beweisverwertungsverbot, welches auch die Verwertung von rechtmäßig erhobenen Beweisen verbietet (KINDHÄUSER, Strafprozessrecht, 3. Aufl., § 23 Rdnrn. 43 f.; SANDER/CIRENER, in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 252 Rdnr. 1). Ebenfalls ergibt sich aus der fehlenden Zeugenbelehrung nach § 52 III S. 1 StPO ein weiteres Verwertungsverbot. Allerdings entsteht dies, ohne dass der Zeuge von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, allein durch den Verstoß gegen die Belehrungspflicht.

Neben dem weiten Vernehmungsbegriff in § 252 StPO gilt für die §§ 133 ff. StPO ein anderer Vernehmungsbegriff (vgl. BGH, NStZ, 2005, 468 (469)). Bei diesem sind neben Spontanäußerungen auch informatorische Befragungen nicht erfasst und können selbst ohne entsprechende Belehrung verwertet werden. Allerdings werden zwei Ansichten zum Vernehmungsbegriff vertreten – der formelle und der funktionale Vernehmungsbegriff. Der von der Rechtsprechung und von einem Teil der Literatur vertretene formelle Vernehmungsbegriff stellt auf die amtliche

Funktion des Befragenden ab, der dem Befragten gerade in dieser amtlichen Funktion gegenübertritt, um eine Aussage zu gewinnen. Eine Vernehmung ist demnach nicht gegeben, wenn die Frageperson nach Außen hin keine amtliche Eigenschaft aufweist, sondern verdeckt in amtlicher Funktion oder im Auftrag eines Staatsorgans Erkundigungen einholt (BGHSt (GrS) 42, 139 (145); 55 (314); BEULKE, Strafprozessrecht, 12. Aufl., Rdnr. 115). Von einem anderen Teil der Literatur wird hingegen der funktionale Vernehmungsbegriff vertreten. Eine Vernehmung ist hiernach bereits gegeben, sobald ein Staatsorgan in irgendeiner Weise versucht, Erkundigungen einzuholen. Es ist dabei egal, ob das Organ nach Außen hin in seiner amtlichen Funktion erkennbar wurde (vgl. SEEBODE, JR 1988, 426 (428); GLESS, in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 136 Rdnr. 12 m. w. N.).

2. Gerade aufgrund der besonderen Verknüpfung von Zeugnisverweigerungsrecht, weitem Vernehmungsbegriff und selbständigem Verwertungsverbot aus § 252 StPO bietet sich die Entscheidung als Prüfungsaufgabe im schriftlichen wie im mündlichen Examen an.

(Wiss. Ang. Ass. iur. Isabelle Grüner-Blatt)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

RECHTSPRECHUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Oberverwaltungsgericht Münster

## **Festsetzung einer Asylbewerberunterkunft im Bebauungsplan**

Urteil vom 10.04.2014 – 7 D 100/12.NE

1. Der Plangeber kann auch unter dem Gesichtspunkt des Abwägungsgebots bei der Festsetzung von Gemeinbedarfsflächen nach § 9 Abs. 1 Nr. 5 BauGB in besonderer Weise „planerische Zurückhaltung“ üben und zugrunde legen, dass eine den Nachbarbelangen genügende bauliche Nutzung der Gemeinbedarfsfläche durch Anwendung des Rücksichtnahmegebots aus § 15 BauNVO im Baugenehmigungsverfahren hinreichend sicher gestellt ist.

2. Die von einer Erstaufnahmeeinrichtung für Asylbewerber ausgehenden Störungen und Belästigungen sind nur insoweit in die Abwägung des Plangebers einzubeziehen, als sie typischerweise bei der bestimmungsgemäßen Nutzung auftreten und von bodenrechtlicher Relevanz sind. Anderweitige Belästigungen sind nicht Gegenstand baurechtlicher Betrachtung, sondern nach Maßgabe des jeweiligen Einzelfalles möglicherweise von

**Relevanz für das Polizei- und Ordnungsrecht oder das zivile Nachbarrecht.**

(Amtliche Leitsätze)

### **I. Sachverhalt**

#### **(1) Bebauungsplan**

Das OVG Münster hatte sich mit einem Normenkontrollantrag gemäß § 47 VwGO gegen einen Bebauungsplan der Innenentwicklung im Sinne des § 13a BauGB zu befassen. Mit dem Bebauungsplan sollten die planungsrechtlichen Grundlagen für eine Erstaufnahmeeinrichtung für Asylbewerber sowie die zugehörige Verwaltung geschaffen werden. Der Bebauungsplan wurde am 29.09.2011 vom Gemeinderat als Satzung beschlossen und anschließend am 14.10.2011 öffentlich bekannt gemacht. Er setzt eine „Erstaufnahmeeinrichtung für Asylbewerber (EAE)/Verwaltung“ fest. Mit dem Betrieb der Erstaufnahmeeinrichtung war bereits früher aufgrund bestandskräftiger Baugenehmigung vom 28.02.2011 und bestandskräftigen Befreiungsbescheides vom 28.02.2011 begonnen worden. Die Erforderlichkeit der Befreiung hatte sich daraus ergeben, dass vor Erlass des streitgegenständlichen Änderungsbebauungsplans ein Bebauungsplan bestanden hatte, der die Art der Nutzung als „Gehörlosenschule“ festgesetzt hatte. Da die Gehörlosenschule seit geraumer Zeit nicht mehr genutzt worden war, war geplant worden, dieses Gebäude als Erstaufnahmeeinrichtung für Asylbewerber zu nutzen, nachdem die weitere Nutzung ei-

ner ehemaligen Kaserne, die vormals der Unterbringung der Asylbewerber gedient hatte, aus mietrechtlichen Gründen unmöglich geworden war.

## **(2) Einwendungen der Antragstellerin**

Gegen diesen Änderungsbebauungsplan wandte sich die Antragstellerin, die hälftige Miteigentümerin eines außerhalb des Gebietes des Änderungsbebauungsplans liegenden und mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks ist. Nachdem sie bereits im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung (§§ 13a Abs. 3 Nr. 2, 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 3 Abs. 2 BauGB) Einwendungen erhoben hatte, wendete sie im Normenkontrollverfahren insbesondere die Verletzung des Abwägungsgebots gemäß § 1 Abs. 7 BauGB im Hinblick auf ihre Belange ein.

Im Wesentlichen machte sie erhöhte Lärmimmissionen geltend. Die Behauptung der Plangeberin, die planbedingte Steigerung des Verkehrslärms liege unterhalb der Wahrnehmbarkeitsschwelle, sei unrichtig, da sich das Verkehrsaufkommen gegenüber dem Verkehr der Gehörlosenschule deutlich erhöht habe. Des Weiteren habe die Antragsgegnerin die mit dem Betrieb der Erstaufnahmeeinrichtung typischerweise verbundenen Störungen und Belästigungen nicht hinreichend ermittelt und in die Abwägung eingestellt. Dies betreffe insbesondere Lärmimmissionen wie lauten Unterhaltungen der Asylbewerber und deren Besucher, Alkoholkon-

sum im Bereich vor der Einrichtung etc. Diese mit dem Betrieb einer Erstaufnahmeeinrichtung typischerweise verbundenen verhaltensbedingten Störungen seien abwägungserheblich. Man könne diese Konflikte auch nicht einfach auf den Vollzug des Polizei- und Ordnungsrechts verweisen.

## **II. Die Entscheidung des OVG Münster**

Das OVG Münster bewertet den Normenkontrollantrag als zulässig aber unbegründet. In beiden Prüfungsabschnitten werden ausbildungsrelevante Fragestellungen behandelt.

### **(1) Zur Zulässigkeit**

Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung hatte das OVG insbesondere die Frage zu entscheiden, ob die Antragstellerin die gemäß § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO erforderliche Antragsbefugnis besitzt.

### **(a) Prüfungsmaßstab**

In Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung stellt das OVG Münster zunächst fest, dass im Rahmen des § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO keine höheren Anforderungen zu stellen seien als im Rahmen des § 42 Abs. 2 VwGO (vgl. BVerwG, U. v. 11.12.2003, 4 CN 10/02). Danach ist also es ausreichend, wenn die Antragstellerin hinreichend konkret Tatsachen vorträgt, die es zumindest als möglich erscheinen lassen, dass sie durch die angegriffene Norm in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt wird. Dies ent-

spricht auch der herrschenden Auffassung in der Literatur (vgl. ZIEKOW, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 47 VwGO Rdnr. 202). Nicht gefolgt werden kann der Sichtweise, die darauf abstellt, ob die geltend gemachte Verletzung eines abwägungserheblichen Belangs im ergänzenden Verfahren nach § 214 BauGB beachtlich wäre oder nicht (vgl. BVERWG, NVwZ 2010, 1246, 1248).

### **(b) § 1 Abs. 7 BauGB als subjektiv-öffentliches Recht**

Das OVG Münster zieht als einschlägiges subjektiv-öffentliches Recht das in § 1 Abs. 7 BauGB enthaltene Abwägungsgebot heran. Dieses habe drittschützenden Charakter hinsichtlich solcher privaten Belange, die für die planerische Abwägung erheblich seien. Insofern steht die Entscheidung des OVG Münster auf einer Linie mit der ganz herrschenden Meinung, die das Abwägungsgebot insoweit als drittschützend einstuft, als dieses das Recht beinhaltet, dass die Belange der Betroffenen ihrem Gewicht entsprechend abgearbeitet werden (vgl. DIRNBERGER, in: BeckOK BauGB, Edition 27, § 1 BauGB Rdnr. 160; BVERWG, NJW 1999, 592).

Zu beachten ist allerdings, dass diese Belange auch einen städtebaulich relevanten Bezug in der konkreten Planungssituation haben müssen, d. h. sie nur dann in die konkrete Abwägung Eingang finden können (vgl. BVERWG, NJW 1999, 592).

### **(aa) Eigentümer außerhalb des Plangebietes können antragsbefugt sein**

Dies zugrunde gelegt, hatte sich das OVG Münster auch mit der Frage zu beschäftigen, ob auch ein Eigentümer eines Grundstücks, welches nicht im Plangebiet gelegen ist, antragsbefugt sein kann. Das Grundstück der Antragstellerin befindet sich nämlich außerhalb des Plangebietes (vgl. oben I.). Das OVG Münster kommt mit dem Bundesverwaltungsgericht zum Ergebnis, dass auch Eigentümer von Grundstücken außerhalb des Plangebietes einen Anspruch auf gerechte Abwägung haben können. Maßgeblich sei, ob sie Belange vorbringen, die als Teil des Abwägungsmaterials zu berücksichtigen seien (vgl. auch BVerwG, U. v. 21.07.1989, 4 NB 18/88). Dies ist zutreffend, denn die durch den Bebauungsplan erfolgende Inhaltsbestimmung des Eigentums kann sich auch auf Grundstücke außerhalb des Plangebietes auswirken, etwa wenn die im Plangebiet vorgesehene Nutzung Immissionen verursacht, die außerhalb des Plangebietes spürbar sind.

Insofern kann bzw. muss ein Bebauungsplan also auch das regeln, was an Immissionen infolge der Festsetzung bestimmter Nutzungen im Plangebiet außerhalb desselben hinzunehmen ist (so SÖFKER, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 113. EL 2014, § 1 BauGB Rdnr. 224).

**(bb) Geltend gemachte abwägungsrelevante Belange**

Auf dieser Grundlage geht das OVG Münster sodann auf den immer wieder im Zusammenhang mit der Ansiedlung von Asylbewerberunterkünften vorgebrachten Einwand der Verminderung des Wohnwertes ein und bejaht die grundsätzliche Abwägungsrelevanz dieses Aspektes:

*„Nach diesen Grundsätzen ist die Antragsbefugnis bereits im Hinblick auf das aus § 1 Abs. 7 BauGB folgende Abwägungsgebot gegeben. Die Antragstellerin macht substantiiert eine Minderung des Wohnwertes ihres Grundstücks und damit einem abwägungsrelevanten Belang geltend. Die Antragsgegnerin hat im Rahmen der ihr aufgetragenen Abwägung der öffentlichen und der privaten Belange auch zu bedenken, die beabsichtigte Ausweisung zu einer Minderung des Wohnwertes der angrenzenden Grundstücke führen könnte (vgl. BVerwG, Beschluss vom 27.01.1994, 4 NB 1/94). Eine solche Minderung kommt hier schon wegen der Belastung durch zusätzlichen Straßenverkehr allein in Betracht.“*

Das OVG Münster hat also konsequent die Antragsbefugnis bejaht, gerade unter dem weiteren Aspekt des zusätzlichen Straßenverkehrslärms.

**(c) Keine Präklusion**

Des Weiteren hatte sich das OVG Münster mit der Präklusionsvorschrift des § 47

Abs. 2a VwGO zu beschäftigen, da die Antragstellerin im Normenkontrollverfahren auch solche Einwendungen geltend machte, die sie zuvor im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung gemäß § 3 Abs. 2 BauGB nicht vorgebracht hatte. Insoweit führt das OVG Münster mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. BVerwG, U. v. 24.03.2010, 4 CN 3/09) aus, dass eine Präklusion bereits dann nicht in Betracht komme, wenn der Antragsteller bei der Planaufstellung überhaupt rechtzeitig Einwendungen erhoben habe und jedenfalls eine dieser Einwendungen im Normenkontrollverfahren geltend mache. Der Antragsteller sei überdies nicht gehindert, sich im Normenkontrollverfahren auch auf solche Einwendungen zu berufen, die er zuvor nicht geltend gemacht habe. Anders ausgedrückt gilt also mit dem OVG Münster: Die Präklusion im Sinne des § 47 Abs. 2a VwGO tritt nur ein, wenn ausschließlich solche Einwendungen geltend gemacht werden, die bereits im Einwendungsverfahren hätten geltend gemacht werden können, jedoch nicht geltend gemacht wurden. Werden hingegen über diese Einwendungen hinaus Einwendungen geltend gemacht, so ist der Normenkontrollantrag zulässig und führt zu einer umfassenden objektiven Rechtskontrolle (vgl. auch UNRUH, in: Fehling/Kastner/Störmer, VwGO, 3. Aufl. 2013, § 47 VwGO Rdnr. 90).

**(d) Ergebnis**

Im Ergebnis war die Zulässigkeit des Normenkontrollantrages daher zu bejahen.

**(2) Zur Begründetheit**

Im Rahmen der objektiven Rechtskontrolle kam das OVG Münster zum Ergebnis, dass der Normkontrollantrag unbegründet sei. Der Bebauungsplan erweise sich unter allen rechtlichen Gesichtspunkten als rechtmäßig.

**(a) Kein Verstoß gegen § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB**

Der Bebauungsplan ist aus Sicht des OVG Münster erforderlich, d. h. die notwendige Planrechtfertigung liege vor. Das OVG Münster definiert die Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB schulmäßig und grenzt den Tatbestand des § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB von demjenigen des § 1 Abs. 7 BauGB ab:

„Nach § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB haben die Gemeinden die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Dem Kriterium der städtebaulichen Rechtfertigung kommt dieselbe Funktion zu wie demjenigen der Planrechtfertigung im Planfeststellungsrecht, nämlich die Planung, die ihre Rechtfertigung nicht in sich selbst trägt, im Hinblick auf die damit verbundenen Rechtseinwirkungen in Einklang mit den gesetzlich zulässigen Planungszielen zu bringen und auf diese Weise grundsätzlich zu rechtfertigen. Nicht erfor-

derlich im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB sind danach Pläne, die einer positiven Planungskonzeption entbehren und ersichtlich der Förderung von Zielen dienen, für deren Verwirklichung die Planungsinstrumente des Baugesetzbuchs nicht bestimmt sind; [...]. In dieser Auslegung setzt § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB der Bauleitplanung eine erste, wenn auch strikt bindende Schranke, die lediglich grobe und einigermaßen offensichtliche Missgriffe ausschließt. Sie betrifft die generelle Erforderlichkeit der Planung, nicht hingegen die Einzelheiten einer konkreten planerischen Lösung. Dafür ist das Abwägungsgebot maßgeblich, das im Hinblick auf gerichtliche Kontrolldichte, Fehlerunbeachtlichkeit und heranzuziehende Erkenntnisquellen abweichenden Maßstäben unterliegt. Deswegen kann die Abgewogenheit einer Bauleitplanung und ihrer Festsetzungen nicht bereits zum Maßstab für deren städtebauliche Erforderlichkeit gemacht werden. [...] Gemessen an diesen Grundsätzen liegt dem Bebauungsplan eine hinreichende positive Planungskonzeption zugrunde. [...] Die Notwendigkeit der Umsiedlung der bislang auf dem Gelände der ehemaligen britischen Kaserne am Westfalendamm betriebenen Erstaufnahmeeinrichtung habe sich aufgrund der im Jahr 2009 erfolgten Kündigung des Mietverhältnisses zum Ablauf des Jahres 2010 ergeben. Im Rahmen der Standortsuche sei die ehemalige Gehörlosenschule als geeigneter Standort ermittelt worden. Damit einer Wiederaufnahme der Nutzung des Standortes als Gehörlosenschule nicht mehr zu rechnen sei, solle aus Gründen der Plan-

*klarheit und Planwahrheit der geänderte Bebauungsplan erlassen werden.“*

Das OVG Münster stellt also deutlich heraus, dass die Frage der Erforderlichkeit der Bauleitplanung deutlich von der Frage der fehlerfreien Abwägung der relevanten Belange zu trennen sei. Dies ist bereits normsystematisch zwingend, da die Erforderlichkeit in § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB geregelt ist, die Abwägung hingegen in § 1 Abs. 7 BauGB. Im Übrigen unterliegt das Abwägungsgebot im Hinblick auf die gerichtliche Kontrolldichte und die Fehlerunbeachtlichkeit anderen Maßstäben als das Erforderlichkeitsgebot (BVerwG, U. v. 27.03.2013, 4 CN 7.11), so dass eine „Vermischung“ der Prüfungsmaßstäbe auch zu fehlerhaften Ergebnissen führen kann.

### **(b) Kein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz**

Des Weiteren sei die Festsetzung als „Erstaufnahmeeinrichtung für Asylbewerber (EAE)/Verwaltung“ auch hinreichend bestimmt. Sie entspreche den Anforderungen des § 9 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, dem die Festsetzung unterfiele:

*„Bei der Festsetzung von Gemeinbedarfsflächen nach § 9 Abs. 1 Nr. 5 BauGB fordert der Bestimmtheitsgrundsatz eine hinreichend exakte Zweckbestimmung [...]. Danach ist die getroffene Festsetzung ‚Erstaufnahmeeinrichtung für Asylbewerber (EAE)/Verwaltung‘ hinreichend bestimmt. Die Zweckfestsetzung ‚Erstaufnahmeeinrichtung/Verwaltung‘ be-*

*trifft funktionell zusammenhängende Einrichtungen und muss deswegen auch gelesen werden als ‚Erstaufnahmeeinrichtung mit Verwaltung‘. Auch die auf der zweiten Entwicklungsstufe angedachte Ansiedlung der zwei Bundesamtsreferate steht mit der Erstaufnahmeeinrichtung in enger funktioneller Verbindung, [...]“*

Auch insofern ist die Entscheidung des OVG Münster ausbildungsrelevant, weil sie den Bestimmtheitsgrundsatz, der in baurechtlichen Fallbearbeitungen häufig ein „Schattendasein“ fristet, behandelt. Der Bestimmtheitsgrundsatz folgt aus Art. 20 Abs. 3 GG und hat demnach Verfassungsrang. Er ist regelmäßig auch deswegen besonders bedeutsam, weil nur dann, wenn die Nutzung hinreichend konkret bestimmt ist, die Auswirkungen der Festsetzung auf die Nachbargrundstücke beurteilt werden können. Ohne die nähere Zweckbestimmung wären bei einer reinen Festsetzung von „Vorhaben des Gemeinbedarfs“ verschiedenste Nutzungen mit ganz unterschiedlichen Auswirkungen denkbar (Sporthallen, Schulen, Dorfplätze etc.) (BRÜGELMANN, BauGB-Kommentar, Band 2, 57. EL 2005, § 9 BauGB Rdnr. 149.), die ein Nachbar kaum daraufhin überprüfen könnte, ob sie ihn in seinen Rechten beeinträchtigen oder nicht. Ebenso arbeitet die Entscheidung heraus, dass in den Fällen so genannter „Doppelnutzung“, von denen man spricht, wenn eine Nutzung zu mehreren öffentlichen Zwecken vorgesehen ist, diese auch konkret festzusetzen seien (vgl. auch

BRÜGELMANN, a. a. O.). Dies war vorliegend mit der ausdrücklichen Festsetzung der „Erstaufnahmeeinrichtung“ einerseits und der funktionell zugehörigen „Verwaltung“ andererseits der Fall.

### **(c) Kein Verstoß gegen § 1 Abs. 7 BauGB**

Zuletzt verneinte das OVG Münster auch das Vorliegen von Abwägungsfehlern.

#### **(aa) Abwägungsgebot als Rahmen**

Das OVG Münster stellt zunächst klar, dass das Abwägungsgebot nicht besage, dass der Bebauungsplan sämtliche Probleme, die sich aus der in ihm enthaltenen grundsätzlichen Zulassung bestimmter Nutzungen im Plangebiet im Einzelfall für andere, insbesondere für nachbarliche Belange ergeben könnten, schon selbst abschließend zu bewältigen habe (so auch bereits ausdrücklich BVERWG, NVwZ 1989, 659, 660). Zu Recht stellt das OVG heraus, dass insoweit § 15 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BauNVO ein geeignetes Instrumentarium zur Konfliktbewältigung im Einzelfall darstelle:

*„Der Plangeber kann auch unter dem Gesichtspunkt des Abwägungsgebots bei der Festsetzung von Gemeinbedarfsflächen nach § 9 Abs. 1 Nr. 5 BauGB in besonderer Weise ‚planerische Zurückhaltung‘ üben und zugrunde legen, dass eine den Nachbarbelangen genügende bauliche Nutzung der Gemeinbedarfsfläche durch Anwendung des Rücksichtnahmegebots aus § 15 BauNVO im Baugeneh-*

*migungsverfahren hinreichend sicher gestellt ist.“*

Wenn jedoch – wie hier – die angegriffene Nutzung bereits stattfindet, so obliege es dem Plangeber grundsätzlich, sich mit den nachbarrechtsrelevanten Auswirkungen der jeweiligen Nutzung konkret auseinander zu setzen. Daraufhin hat das OVG Münster die Abwägung überprüft und insoweit zutreffend zwischen den verschiedenen Einwendungen differenziert und diese teilweise aus dem Abwägungsvorgang ausgeschlossen.

#### **(bb) Keine Abwägungsfehler**

Auf dieser Grundlage verneint das OVG Münster das Vorliegen von Abwägungsfehlern, wobei insofern zwischen den verschiedenen, von der Antragstellerin als abwägungsrelevant genannten, Aspekten zu unterscheiden war.

Diese Differenzierung beruht auf dem erforderlichen städtebaulich und bodenrechtlich relevanten Bezug der Aspekte, auf die im Rahmen des § 1 Abs. 7 BauGB abzustellen ist. Abwägungsbeachtlich können nur solche Belange und Interessen sein, die in Bezug auf die städtebauliche Entwicklung und Ordnung, also die Regelung der baulichen und sonstigen Nutzung der Grundstücke, von Bedeutung sind (BVERWG, NJW 1999, 592; SÖFKER, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 113. EL 2014, § 1 BauGB Rdnr. 188). Dies folgt bereits aus der städtebaulichen „Stoßrichtung“ des BauGB, das die

städtebauliche Entwicklung und Ordnung zum Gegenstand hat.

Das bedeutet, dass solche Belange und Interessen nicht in die Abwägung einzustellen sind, die nicht zumindest auch einen bodenrechtlichen Bezug haben (SÖFKER, a. a. O.). Gemessen daran kommt das OVG Münster zu dem Ergebnis, dass die geltend gemachten Verkehrsbelastungen und der Verkehrslärm abwägungsrelevant seien, die Abwägung insofern aber in rechtmäßiger Weise erfolgt sei. Im Gegensatz dazu seien die übrigen gerügten Lärmimmissionen wie laute Unterhaltungen der Asylbewerber und deren Besucher, Alkoholkonsum vor dem Tor der Erstaufnahmeeinrichtung etc. nicht abwägungsrelevant:

*„Die Antragsgegnerin hat sich mit den für die Bewohner des angrenzenden Wohngebiets relevanten Auswirkungen [...] hinreichend auseinandergesetzt.*

*Dies gilt insbesondere hinsichtlich der von der Antragstellerin gerügten Verkehrs- und Lärmproblematik. Die den Feststellungen über Verkehrsbelastungen und Verkehrslärm zugrunde liegenden tatsächlichen Voraussetzungen decken das durch die Baugenehmigungen gestattete Nutzungsspektrum hinreichend ab. Insbesondere durfte die Antragsgegnerin von der geplanten Regelbelegung ausgehen. Die darauf fußende Abwägung, die feststellbaren Lärmzuwächse sowie die übrigen verkehrlichen Auswirkungen seien hinzu-*

*nehmen, wobei auch die Vorbelastung durch die an dem Standort der Erstaufnahmeeinrichtung vorher befindliche Gehörlosenschule zu berücksichtigen sei, ist nicht zu beanstanden. [...]*

*Der Einwand der Antragstellerin, die schalltechnische Untersuchung [...] sei deshalb nicht brauchbar, weil lediglich der Verkehrslärm, nicht aber sonstige mit der Erstaufnahmeeinrichtung verbundene Lärmimmissionen – wie z. B. laute Unterhaltungen der Asylbewerber und deren Besucher [...] auch nach 22:00 Uhr, stundenlangem Aufenthalt von Personen vor ihrem Grundstück, Vorbeiziehen größerer Fußgängergruppen Richtung Stadt mit nächtlicher Rückkehr und Alkoholkonsum vor dem Tor der Erstaufnahmeeinrichtung – untersucht worden seien, ist unbeachtlich. Es fehlt an der planungsrechtlichen Abwägungsrelevanz solcher Verhaltensweisen der Asylbewerber. Die von der Erstaufnahmeeinrichtung ausgehenden Störungen und Belästigungen sind nur insoweit in die Abwägung des Plangebers einzubeziehen, als sie typischerweise bei der bestimmungsgemäßen Nutzung auftreten und von bodenrechtlicher Relevanz sind. Anderweitige Belästigungen sind nicht Gegenstand baurechtlicher Betrachtung, sondern nach Maßgabe des jeweiligen Einzelfalles möglicherweise von Relevanz für das Polizei- und Ordnungsrecht oder das zivile Nachbarrecht. [...]*

*Insoweit brauchte der Plangeber im Rahmen seiner Abwägungsentscheidung nur die Tat-*

sachen ermitteln, die dem bestimmungsge-  
mäßigen Gebrauch der Erstaufnahmeeinrich-  
tung entsprechen. Dazu gehören eindeutig  
nicht der Alkoholkonsum vor dem Tor, ‚stun-  
denlanges Verharren‘ sowie nächtliche Ge-  
spräche bzw. Telefonate vor dem Haus der  
Antragstellerin. Bei den ‚normalen‘ Lebensäu-  
ßerungen der Passanten handelt es sich um  
ebenfalls nicht abwägungsrelevante und von  
der Antragstellerin hinzunehmende Ge-  
räusche. [...]

Aus diesen Gründen kommt auch den sonsti-  
gen von der Antragstellerin geltend gemach-  
ten ‚sozialen Aspekten‘ wie z. B. Müll im Gar-  
ten und aggressives Verhalten einzelner Per-  
sonen keine bodenrechtliche Relevanz zu.“

Zutreffend weist das OVG Münster darauf  
hin, dass die letztgenannten Konflikte mit  
den Instrumenten des Polizeirechts oder des  
Zivilrechts zu lösen sind, jedoch keinen städ-  
tebaulichen Bezug haben. Des Weiteren wird  
inzident auch dem verbreiteten Einwand, die  
Ansiedlung von Asylbewerberunterkünften  
führe stets zu einer Verminderung des  
Wohnwertes, eine Absage erteilt. Unter dem  
Gesichtspunkt der Wertminderung kommt  
ein Abwehranspruch nur in Betracht, wenn  
dieser die Folge einer unzumutbaren Beein-  
trächtigung der Nutzungsmöglichkeiten des  
Grundstücks ist (vgl. VG Augsburg, U. v.  
29.11.2012, Au 5 K 11.1606, 11.1967).

### **(cc) Ergebnis**

Ein Verstoß gegen § 1 Abs. 7 BauGB scheidet  
mit dem OVG Münster aus.

### **(3) Ergebnis**

Der Normenkontrollantrag ist demnach un-  
begründet.

### **III. Hinweise für Studierende**

Die Entscheidung hat einen praxisrelevanten  
Lebenssachverhalt zum Gegenstand, da die  
Frage der Unterbringung von Asylbewerbern  
zum einen angesichts der Tatsache, dass es in  
Europa derzeit so viele Flüchtlinge wie seit  
dem Zweiten Weltkrieg nicht mehr gibt und  
sogar *Die Welt* „Deutschland ist das Flücht-  
lingsheim Europas“ titelt, tagesaktuell ist.  
Zum anderen werden im Zusammenhang mit  
der Errichtung bzw. Nutzung von Asylbewer-  
berunterkünften zahlreiche bauplanungs-  
rechtliche Probleme aufgeworfen. Neben den  
hier dargestellten Fragestellungen sind dies  
regelmäßig Fragen nach der Zulässigkeit der  
Art der baulichen Nutzung, z. B. bei der ge-  
planten Umnutzung von Bestandsgebäuden  
im Gewerbegebiet (VGH Mannheim, B. v.  
14.03.2013, 8 S 2504/12; OVG Hamburg, B. v.  
17.06.2013, 2 Bs 151/13), und Fragen nach den  
nachbarrechtlichen Abwehrmöglichkeiten.

Wie dieser Fall zeigt, lassen sich derartige  
Fragestellungen überdies ohne weiteres in  
klassische prozessuale „Gerüste“ einkleiden,

was die Ausbildungs- und Examensrelevanz unterstreicht.

(Rechtsanwalt Dr. Jan Knöbl, Stuttgart,  
Kanzlei Thümmel, Schütze & Partner)

► [Inhaltsverzeichnis](#)

## Impressum

### Redaktion

Benjamin Baisch  
Alexander Bechtel  
Dominique Beck  
Pius Dolzer  
Richter Guido Philipp Ernst  
RA Steffen Follner  
RAin Karin Hummel, M. A.  
Lina Kammerer  
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL. M.  
RA Dr. Andreas Lohbeck  
Philipp Louis  
(*Stellvertretender Schriftleiter*)  
Prof. Dr. Christian F. Majer  
(*Schriftleiter*)  
RA Dr. Paul Popescu  
Gabriel Schmidt  
(*Stellvertr. Schriftleiter*)  
Amela Schön  
Philipp Trautmann  
Richterin Anna Vögelein  
Stephanie Walz  
Julian Weippert  
Julia Zaiser

### Herausgeber

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

### Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer  
(*Vorsitzender*)  
Philipp Louis  
(*Stellvertretender Vorsitzender*)  
Gabriel Schmidt  
(*Schatzmeister*)  
Richter Guido Philipp Ernst  
(*Ressortleiter Strafrecht*)

4. Jahrgang (2014)

ISSN 2195-044X

### Beirat

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

**Webseite:** ▶ [www.zeitschrift-jse.de](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

3/2014 | *Alexander Bechtel:*

Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?

2/2014 | *Christian F. Majer:*

Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung

2/2014 | *Philipp K. Kauffmann:*

In dubio pro – Selbstanzeige?

1/2014 | *Andreas Lohbeck:*

Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?

4/2013 | *Philipp Kauffmann:*

Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat

4/2013 | *Stanyo Dinov:*

Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan

3/2013 | *Sebastian Brüggemann:*

Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit

2/2013 | *Joachim Renzikowski:*

Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.

1/2013 | *Andreas Lohbeck:*

Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht

1/2013 | *Hartmut Kilger / Christian F. Majer:*

Die Ethik und die Rechtsanwälte

4/2012 | *Tobias Rist:*

Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern

3/2012 | *Christian F. Majer:*

Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten

2/2012 | *Paul Popescu:*

Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe

1/2012 | *Julius Forschner:*

Die Haftung von Ratingagenturen

1/2012 | *Nicolas Sonder:*

Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?

1/2011 | *Dominik Skauradszun / Felix Hornfischer:*

Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten

1/2011 | *Werner Walk / Nils Wiese:*

Wer klagt, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichsten 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