

## ZIVILRECHT

### Problem: Zur Eigentumsvermutung beim Vermieterpfandrecht gegenüber Dritten

Einordnung: Reichweite des § 106 BGB

BGH, Versäumnisurteil vom 03.03.2017, V ZR 268/15

Dem Vermieter kommt zur Verteidigung seines Vermieterpfandrechts gegenüber Dritten die für seinen Mieter nach § 1006 BGB streitende Eigentumsvermutung zugute. Nach ständiger BGH-Rechtsprechung kann sich auf die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB nicht nur der durch die Vermutung begünstigte Besitzer selbst, sondern - im Verhältnis zu Dritten - jeder berufen, der sein Recht von dem Besitzer ableitet.

### SACHVERHALT

Die Beklagte hatte ab 01.12.2011 u.a. an die M-GmbH (Mieterin) Gewerberäume in Berlin zum Betrieb eines italienischen Restaurants vermietet. Am 09.01.2012 schloss die Klägerin mit der Mieterin einen als „Leihvertrag und entgeltliche Gebrauchsüberlassung“ bezeichneten Vertrag, dessen Wirksamkeit die Beklagte bestreitet. Danach überließ die Klägerin der Mieterin Inventargegenstände für die Zeit vom 28.02.2012 bis 31.08.2012 zur unentgeltlichen Leihe. Danach sollte die Mieterin die Gegenstände unter Eigentumsvorbehalt von der Klägerin für 127.682 € erwerben und den Kaufpreis in monatlichen Raten von 5.320,09 € abzahlen. Die Mieterin stattete die angemieteten Gewerberäume mit Inventar aus und eröffnete Anfang März 2012 in den Mieträumen der Beklagten ein Restaurant.

Im Juli 2012 kündigte die Beklagte das Mietverhältnis wegen unregelmäßiger und unvollständiger Mietzahlungen fristlos, machte zudem ihr Vermieterpfandrecht geltend und verlangte im September die Räumung und Herausgabe des Mietobjektes bis Oktober. Als die Mieterin das Inventar abtransportieren wollte, ließ die Beklagte die Mieträume durch die Polizei unter Verschluss nehmen und setzte sich im November 2012 auf Grund eines notariellen Zwangsvollstreckungstitels gegen die Mieterin wieder in den Besitz der Mieträume.

Die Klägerin erwirkte gegen die Beklagte eine einstweilige Verfügung auf Herausgabe der Einrichtungsgegenstände an einen Gerichtsvollzieher, vollzog diese aber nicht. Danach ließ die Beklagte einen Teil der Einrichtungsgegenstände versteigern. Mit der Klage verlangte die Klägerin Herausgabe des nicht versteigerten Inventars und Schadensersatz wegen der Versteigerung der übrigen Einrichtungsgegenstände.

LG und KG verurteilten die Beklagte zur Herausgabe der Gegenstände und zur Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 94.631 € nebst Zinsen. Die Berufung der Beklagten hat das KG durch Beschluss gemäß § 522 II ZPO zurückgewiesen. Auf die Revision der Beklagten hob der BGH die Vorentscheidungen auf und wies die Sache zur Verhandlung und neuen Entscheidung an das KG zurück.

### LÖSUNG

Der Beklagten kam die zugunsten ihrer Mieterin streitende Eigentumsvermutung nach § 1006 BGB zugute, welche die Klägerin nach den von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht widerlegt hatte.

Umstritten ist, ob sich der Vermieter zur Verteidigung seines Vermieterpfandrechts auf die zugunsten des Mieters streitende Eigentumsvermutung nach § 1006 BGB berufen kann. Nach einer auf das Reichsgericht (RGZ 146, 334, 339 f.) zurückgehenden Meinung ist diese Frage zu verneinen. Nach der Gegenmeinung kommt allerdings die zugunsten des Mieters streitende Eigentumsvermutung auch dem Vermieter zugute, der sein Vermieterpfandrecht gegen Dritte verteidigen will.

Der Senat entscheidet sie i.S.d. der zweiten Meinung. Denn dem Vermieter kommt zur Verteidigung seines Vermieterpfandrechts gegenüber Dritten die für seinen Mieter nach § 1006 BGB streitende Eigentumsvermutung zugute. Nach ständiger BGH-Rechtsprechung kann sich auf die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB nicht nur der durch die Vermutung begünstigte Besitzer selbst, sondern – im Verhältnis zu Dritten – jeder berufen, der sein Recht von dem Besitzer ableitet.

Unzutreffend war zudem die Annahme des Berufungsgerichtes, die Anwendung der Eigentumsvermutung des § 1006 BGB setze den Nachweis von Eigenbesitz voraus. Für den unmittelbaren Besitzer einer beweglichen Sache wird nämlich nach § 1006 I BGB auch vermutet, dass er mit der Erlangung des Besitzes Eigenbesitzer geworden ist.

## ÖFFENTLICHES RECHT

### **Problem: Verurteilung wegen Beleidigung** Einordnung: Grundrechte

BVerfG, Beschluss vom 13.03.2017, 1 BvR 1438/15

Zu den Grenzen der Meinungsfreiheit (Bezeichnung abgebildeter Personen als „dumm“ und „dreist“).

### **SACHVERHALT**

B veröffentlichte im Internet einen Beitrag unter der Überschrift „Jamel ehrt die ‚Helden des Nordens““. Dem Beitrag war ein Foto eines am Ortsrand von Jamel (Mecklenburg-Vorpommern) aufgestellten Schildes beigefügt. Die Seite des Schildes, die man beim Verlassen des Ortes sieht, zeigt ein in Jamel lebendes Ehepaar als Karikatur, das um einen Topf mit Gold tanzt und die Aufschrift trägt: „Die Faulen und die Dreisten bekommen am meisten“. Auf der anderen Seite sind die karikierten Köpfe der Eheleute abgebildet. Die Köpfe werden von dem Text „Die Dorfgemeinschaft grüßt: Die ‚Helden‘ des Nordens“ umrahmt. Das Amtsgericht verurteilte B wegen Beleidigung zu einer Geldstrafe. Die hiergegen gerichtete Revision zum Oberlandesgericht blieb erfolglos. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt B die Verletzung seiner Meinungs- und Pressefreiheit.

### **LÖSUNG**

Die angegriffenen Entscheidungen bewegen sich im fachgerichtlichen Wertungsrahmen und verletzen nicht die Meinungsfreiheit des B. Der Beitrag selbst wurde zutreffend als zulässige Meinungsäußerung eingeordnet. Demgegenüber sind die Gerichte im Hinblick auf die Abbildung des am Ortseingang aufgestellten Schildes nach Vornahme der gebotenen Abwägung zu dem verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Ergebnis gekommen, dass die Belange der persönlichen Ehre der Abgebildeten überwiegen. Der Text auf der Rückseite des Schildes und die Bezeichnung als „dumm“ und „dreist“ enthält keinerlei spezifische politische Aussage und beschränkt sich ausschließlich darauf, die Abgebildeten menschlich schlecht zu machen. Durch das an prominenter Stelle am Ortseingang aufgestellte Schild und die verzerrte Darstellung werden die Abgebildeten an den Pranger gestellt und aus der Dorfgemeinschaft ausgegrenzt. Vor diesem situativen Hintergrund und in Verbindung mit der entpolitisierten Aussage ist die Annahme eines Überwiegens der Belange der persönlichen Ehre gut vertretbar und verletzt die Meinungsfreiheit des Beschwerdeführers nicht.

## **Problem: Ausschluss der NPD von städtischen Fraktionszuwendungen**

### **Einordnung: Art. 21 GG/Parteienprivileg**

VGH Kassel, Urteil vom 05.04.2017, 8 C 459/17.N

Die Bestimmung der Entschädigungssatzung der Stadt Büdingen, nach der Fraktionen aus Vertretern erkennbar verfassungsfeindlicher Parteien/Vereinigungen in der Stadtverordnetenversammlung keine Fraktionszuwendungen erhalten, ist unwirksam.

### **SACHVERHALT**

Die Stadtverordnetenversammlung der Stadt Büdingen hatte am 27.01.2017 beschlossen, ihre Entschädigungssatzung zu ändern, die jährliche Zahlungen an die Fraktionen für den bei der Fraktionsarbeit entstehenden Aufwand vorsieht. Fraktionen aus Vertretern erkennbar verfassungsfeindlicher Parteien/Vereinigungen sind danach von den jährlichen Zahlungen eines Sockelbetrages in Höhe von 150 Euro und eines weiteren Betrages in Höhe von 40 Euro je Fraktionsmitglied ab 01.02.2017 ausgenommen. Diese Änderung der Entschädigungssatzung wurde am 31.01.2017 von der Stadt Büdingen bekannt gemacht. Gegen diese Änderung haben die NPD-Fraktion in der Stadtverordnetenversammlung und ihre vier Mitglieder am 01.02.2017 einen Normenkontrollantrag beim VG Kassel mit dem Ziel gestellt, diese Änderung für unwirksam zu erklären.

### **LÖSUNG**

Der Ausschluss von Fraktionen aus Vertretern erkennbar verfassungsfeindlicher Parteien/Vereinigungen von Fraktionszuwendungen verstößt gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Grundgesetzes. Ein solcher Ausschluss stellt eine Ungleichbehandlung entsprechender Fraktionen gegenüber den von einem solchen Ausschluss nicht betroffenen Fraktionen in der Stadtverordnetenversammlung der Stadt Büdingen dar, ohne dass es dafür eine sachliche Rechtfertigung gibt. Bereits das gewählte Unterscheidungskriterium der erkennbaren Verfassungsfeindlichkeit von Parteien/Vereinigungen ist unzulässig. Denn nach Art. 3 III 1 GG darf niemand wegen seiner politischen Anschauungen benachteiligt werden. Eine zulässige Durchbrechung dieses sog. Diskriminierungsverbots wegen politischer Anschauungen zu Lasten einer Partei bzw. Vereinigung ist erst dann möglich, wenn die erkennbare Verfassungsfeindlichkeit zu einem Verbot der Partei durch das BVerfG bzw. zu einem behördlichen Verbot der Vereinigung geführt hat. Bis dahin ist selbst eine erkennbare Verfassungsfeindlichkeit kein zulässiges Unterscheidungskriterium. An dieser Rechtslage hat sich auch durch das Urteil des BVerfG vom 17.01.2017 (2 BvB 1/13, RA 2017, 85 ff.) nichts geändert. Hinzu komme, dass der Ausschluss von Fraktionszuwendungen nach Zielrichtung und Wirkung die dem staatlichen Bereich zuzurechnende Fraktion in der Stadtverordnetenversammlung und nicht die dem gesellschaftlichen Bereich zuzuordnende Partei/Vereinigung betrifft. Fraktionszuwendungen sind zweckgebunden und sollen die Aufwendungen für die Arbeit in der Stadtverordnetenversammlung ganz oder teilweise decken. Für eine Finanzierung oder eine sonstige Unterstützung der „hinter“ den Fraktionen stehenden Parteien/Vereinigungen stehen sie gerade nicht zur Verfügung. Die politische Anschauung von gewählten Stadtverordneten, die sich zu Fraktionen zusammengeschlossen haben, ist daher auch kein sachgerechtes Kriterium für die Zuteilung von Fraktionszuwendungen.

## **Problem: Versammlung auf einer Bundesautobahn**

### **Einordnung: Versammlungsrecht**

OVG Münster, Beschluss vom 30.01.2017, 15 A 296/16

Das Interesse des Veranstalters einer Versammlung und der Versammlungsteilnehmer an der ungehinderten Nutzung einer Bundesfernstraße hat je nach Lage der Dinge im Einzelfall hinter die Belange der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs zurückzutreten. Für Bundesautobahnen gilt dies in herausgehobener Weise, weil sie nur für den Schnellverkehr mit Kfz bestimmt sind.

### **SACHVERHALT**

Die Kläger wollten gegen den Bau zweier Autobahnbrücken über den Rhein bei Leverkusen demonstrieren und meldeten dafür eine Versammlung bei dem Beklagten an, die an einem Sonntagnachmittag erst auf der Bundesautobahn (BAB) 1 und dann auf der BAB 59 stattfinden sollte. Der Beklagte lehnte diese Anmeldung wegen möglicher Unfallgefahren ab. Hiergegen erhob die Klägerin Klage mit dem Antrag festzustellen, dass die Ablehnung der Anmeldung rechtswidrig war. Die Unfallgefahr bei Durchführung der Versammlung sei durch entsprechende Abspermaßnahmen abwendbar. Ferner träten aufgrund von Baustellen oder Unfällen permanent vergleichbare Unfallgefahren auf, die auch beherrschbar seien.

### **LÖSUNG**

Die Klage bleibt ohne Erfolg.

Sie ist zwar als Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO zulässig. Insbesondere mangelt es nicht am erforderlichen Fortsetzungsfeststellungsinteresse, da eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Versammlungsfreiheit vorliegt. Die Klage ist jedoch unbegründet, da der streitgegenständliche Bescheid des Beklagten rechtmäßig war. Er stützt sich auf § 15 I VersG. Es ist bereits fraglich, ob die Wahl des Versammlungsortes im konkreten Fall von der Versammlungsfreiheit gedeckt ist. Vertretbar wäre es, Bundesfernstraßen wie Bundesautobahnen generell als versammlungsfreie Räume zu betrachten, weil sie ausschließlich dem Straßenverkehr gewidmet sind. Unabhängig davon rechtfertigt jedenfalls die vom Beklagten erstellte Gefahrenprognose ein Verbot der Versammlung auf dem betreffenden Autobahnabschnitt. Dort herrscht auch an einem Sonntagnachmittag ein hohes Verkehrsaufkommen. Selbst eine nur kurzfristige Sperrung würde zu erheblichen Rückstaus führen, die trotz eines mobilen Staumanagements nicht unerhebliche Unfallgefahren hervorrufen. Das ist in Anbetracht der gefährdeten Rechtsgüter der Verkehrsteilnehmer, die auf das Stauende zufahren, nicht hinnehmbar. Hinzu tritt die Ablenkungsgefahr für die Kraftfahrer auf der Gegenfahrbahn. Es fehlt auch an der von den Klägern geltend gemachten Vergleichbarkeit mit Stauungen an Bau- und Unfallstellen. Diese sind nämlich betriebsbedingt und damit unvermeidlich.

## **Problem: Politische Äußerungen einer Oberbürgermeisterin**

### **Einordnung: Kommunalrechts/Staatshaftungsrecht**

VG Köln, Beschluss vom 30.03.2017, 4 L 750/17

Eine Oberbürgermeisterin darf zwar als Privatperson politische Statements abgeben, zu deren Erarbeitung aber keine Sach- und Personalmittel der Stadt einsetzen.

### **SACHVERHALT**

Die AfD (Antragstellerin) beehrte von der Stadt Köln (Antragsgegnerin) die Unterlassung, ein Word-Dokument mit einem darin enthaltenen persönlichen Statement von Oberbürgermeisterin Henriette Reker zum geplanten Parteitag der AfD erneut zu verbreiten.

### **LÖSUNG**

Der Antrag hat teilweise Erfolg.

Zwar ist die Oberbürgermeisterin befugt, sich im politischen Meinungskampf zu dem geplanten Parteitag auch pointiert kritisch zu äußern. Bei einer solchen Äußerung darf sie aber nicht auf städtische Personal- oder Sachmittel zurückgreifen, die ihr zur Erfüllung amtlicher Aufgaben zur Verfügung stehen. Denn diese Mittel werden grundsätzlich von allen Bürgern ohne Rücksicht auf ihre politischen Anschauungen erbracht und dürfen daher nicht für die Teilnahme am politischen Wettbewerb zugunsten oder zulasten einer bestimmten Partei eingesetzt werden. Andernfalls wird das Recht der Parteien auf gleichberechtigte Teilhabe am Prozess der politischen Meinungs- und Willensbildung verletzt. Das Neutralitätsgebot ist hier nicht eingehalten worden, weil städtische Mitarbeiter an der Erstellung des Statements dienstlich mitgewirkt haben. Da es sich im Übrigen um ein persönliches Statement der Oberbürgermeisterin gehandelt hat, das sich die Antragsgegnerin weder zu eigen gemacht noch veröffentlicht hat, unterliegt die Antragstellerin mit ihrem weiteren Antrag, der Antragsgegnerin die Äußerung und Veröffentlichung zu untersagen. Erfolglos bleibt die Antragstellerin auch mit dem Anliegen, der Antragsgegnerin zu untersagen, das Statement durch Dritte äußern, verbreiten oder veröffentlichen zu lassen. Journalistische Entscheidungen, das Statement zu verwenden, liegen außerhalb des Verantwortungsbereichs der Antragsgegnerin.

## STRAFRECHT

## Problem: Zur Einheitlichkeit des Tatgeschehens bei mehraktigem Geschehen

### Einordnung: Abgrenzung zum „Scheunenmord-Fall“ (BGH, 4 StR 223/15, RA 2016, 101)

BGH, Beschluss vom 17.11.2016, 3 StR 402/16

Nimmt der Täter in einem Zeitpunkt, in dem er davon ausgeht, dem Opfer noch keine tödlichen Verletzungen zugefügt zu haben, zunächst von einem Tötungsvorhaben Abstand und fasst er kurz darauf erneut einen Tötungsentschluss, in dessen Umsetzung er nunmehr sein Opfer in einem weiteren Geschehensakt tötet, kommt hinsichtlich des ersten Einzelakts ein Rücktritt vom Versuch des Tötungsdelikts gemäß § 24 I 1 Alt. 1 StGB unabhängig davon in Betracht, ob beide Akte als natürliche Handlungseinheit anzusehen und daher tateinheitlich verknüpft sind.

### SACHVERHALT

T attackierte seine arg- und wehrlose Frau F mit einem Messer, um diese zu töten. Als T erkannte, dass das gemeinsame Kind K mit entsetztem Gesicht das Geschehen verfolgt hatte, ließ er von der noch nicht lebensgefährlich verletzten F ab und wollte die Wohnung verlassen. Nunmehr ergriff F das Messer und griff T an. T gelang es, ihr das Messer abzunehmen. Nunmehr fasste er erneut Tötungsvorsatz und erstach F.

### LÖSUNG

#### I. Mord gem. § 211 II 2. Gruppe 1. Fall StGB (durch das Gesamtgeschehen)

Das LG hat einen einheitlichen Mord mit der Begründung bejaht, dass ausschlaggebend die Lage zu Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs unter Ausnutzung der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit des Opfers gewesen sei. Die Tatsache, dass A seinen Entschluss zur Tötung seiner Frau kurzfristig aufgegeben habe, sei demgegenüber irrelevant, da es sich insgesamt um eine Tat im Rechtssinne gehandelt habe, die als einheitlicher Heimtückemord zu bewerten sei.

Der BGH geht jedoch davon aus, dass sich das Geschehen nicht als einheitliches Tötungsdelikt darstellt.

Zur Abgrenzung: Der Täter des Scheunenmord-Falles (bitte nachlesen!) hatte mit den zweiten tödlichen Handlungen an das Erstgeschehen angeknüpft, ohne dass ein Fallenlassen des Tötungsentschlusses zu irgendeinem Zeitpunkt erkennbar gewesen wäre. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall vom Scheunenmord-Sachverhalt in dem maßgeblichen Gesichtspunkt einer zwischenzeitlichen Aufgabe des Tötungsentschlusses. Es ist daher zutreffend, wenn der BGH eine Bestrafung aus einem einheitlichen Mord verneint und F bei den zweiten Stichen des T als nicht mehr arglos angesehen hat.

#### II. Versuchter Mord gem. §§ 211 II 2. Gruppe 1. Fall, 22, 23 I StGB (durch die ersten Stiche)

Auch wenn man hier mit dem BGH eine endgültige Aufgabe verlangt (BGHSt 7, 296 ff.), dürfte in dubio pro reo anzunehmen sein, dass A zunächst freiwillig (sofern ihm ein Weiterhandeln vor seinem Sohn nicht psychisch unmöglich war) von weiteren Stichen auf Z absah und er erst durch deren Gegenangriff zur erneuten Tat veranlasst wurde. Folglich liegt ein strafbefreiender Rücktritt vor.

#### III. Gefährliche Körperverletzung gem. § 224 I Nr. 2, 5 StGB (durch die ersten Stiche) (+)

#### IV. Totschlag gem. § 212 I StGB (durch die 2. Stiche)

Eine Rechtfertigung gem. § 32 StGB scheidet aus. Nachdem T der F das Messer abgenommen hatte, war der Angriff wohl schon nicht mehr gegenwärtig; jedenfalls waren die Stiche aber nicht erforderlich.

#### V. Konkurrenzen

Der BGH geht bzgl. § 224 I Nr. 2, 5 StGB und § 212 I von Tateinheit gem. § 52 StGB aus: Weder eine Änderung oder eine Erweiterung des Tatplanes noch eine kurzfristige Aufgabe des Tatentschlusses stünden der Annahme einer natürlichen Handlungseinheit notwendig entgegen, wenn die Handlungen in dem vorausgesetzten engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen. Jedoch vermöge die Zusammenfassung mehrerer für sich strafrechtlich relevanter Einzelakte eines Gesamtgeschehens zu einer natürlichen Handlungseinheit nicht die strafrechtliche Bewertung des jeweiligen Einzelaktes zu modifizieren. Dieser sehr gekünstelt wirkenden, unterschiedlichen Betrachtung von Tat- und Konkurrenzfrage muss man nicht folgen. Im Rahmen einer einheitlichen Handlung könnte man § 224 StGB als subsidiär hinter § 212 I StGB zurücktreten lassen. Oder man könnte § 224 StGB bei Annahme einer Handlungsmehrheit gem. § 53 StGB als mitbestrafte Nachtat ansehen.

## Problem: Absprachewidrige Verwendung einer überlassenen Bankkarte mit PIN Einordnung: Auslegung des Merkmals „unbefugt“ bei § 263a I 3. Fall StGB

BGH, Beschluss vom 23.11.2016, 4 StR 464/16

Wer vom berechtigten Karteninhaber die Bankkarte und die Geheimnummer durch dessen (täuschungs- und irrtumsbedingte) Verfügung erhält und damit absprachewidrige Abhebungen an Geldautomaten vornimmt, kann nach bisher h.M. keinen Computerbetrug begehen.

### SACHVERHALT

O hatte T seine Bankkarte mit PIN überlassen. T hatte dies ausgenutzt, um am Geldautomaten absprachewidrig Geld abzuheben.

### LÖSUNG

Die bisher vorherrschende Meinung hat in den hier in Rede stehenden Fällen Computerbetrug unter Hinweis auf die betrugsspezifische Auslegung dieses Tatbestandes (BGH, 1 StR 418/12, RA 2013, 213, 213; Schumacher, JI-Skript Strafrecht BT I, Rn 601) mit der Begründung abgelehnt, die missbräuchliche Benutzung der vom Berechtigten mitsamt der Geheimnummer erlangten Bankkarte durch den Täter bei Abhebungen am Geldautomaten entspreche nicht einem Betrug am Bankschalter. Dies sei jedenfalls dann anzunehmen, wenn es bei dem fiktiven Prüfungsvorgang eines Bankmitarbeiters um dieselben Aspekte ginge, die auch der Geldautomat abarbeite (vgl. BGHSt 47, 160, 163). Für den Automaten seien Identität und Berechtigung des Abhebenden mit der Eingabe der echten Bankkarte und der zugehörigen Geheimnummer jedoch hinreichend festgestellt. Vielmehr liege schon in der Erlangung von Karte und PIN ein Betrug in der Fallgruppe des Gefährdungsschadens. Anders sei aber der Fall zu werten, dass der Täter dem Opfer die PIN abpresse; hier sei § 263a I 3. Fall zu bejahen (BGH, 2 StR 16/15, RA 2015, 617).

Von dieser Ansicht scheint sich der 4. BGH-Senat entfernen zu wollen. Zwar kam es im konkreten Fall hierauf nicht mehr an, dennoch ließ es sich der 4. Senat nicht nehmen, seine Zweifel anzumelden:

Gegen die bisherige Rspr. können in Fällen wie dem vorliegenden aus folgenden Gründen Bedenken bestehen:

Die Zahlungskarte und die zugehörige Geheimzahl sind ein personalisiertes Zahlungsauthentifizierungsinstrument, das von dem Bankkunden im Rahmen der Bestimmungen des zu Grunde liegenden Bankkartenvertrags (§ 675j I 4 BGB) dazu eingesetzt werden kann, der Bank einen Zahlungsauftrag (§ 675f III BGB) zu erteilen. Ist nach dem zwischen dem Bankkunden und der Bank geschlossenen **Bankkartenvertrag** bei der Nutzung des personalisierten Zahlungsauthentifizierungsinstruments, das ohnehin nach § 675l BGB geheim zu halten ist, eine **Bevollmächtigung Dritter ausnahmslos ausgeschlossen**, kann die Verwendung von Karte und Geheimzahl durch einen Dritten einen Zahlungsauftrag auch dann nicht autorisieren und damit i.S. von § 675j I 1 BGB wirksam machen, wenn deren Einsatz mit Zustimmung des Kontoinhabers erfolgt. Soll ein Bevollmächtigter das Recht erhalten, für den Kontoinhaber mit einem Zahlungsauthentifizierungsinstrument Zahlungsvorgänge zu autorisieren, muss ihm ein eigenes Zahlungsauthentifizierungsinstrument einschließlich gesonderter personalisierter Sicherheitsmerkmale zugewiesen werden (vgl. BGH, XI ZR 91/14). Dies könnte es rechtfertigen, in Fällen der hier in Rede stehenden Art das Tatbestandsmerkmal der unbefugten Verwendung von Daten gem. § 263a I 3. Fall StGB als verwirklicht anzusehen.

#### Anmerkung:

*Hier wird man die weitere Entwicklung abwarten müssen. Bisher hat sich der 4. Senat nur im Konjunktiv geäußert und die o.g. Ausführungen sind ein reines „obiter dictum“. Jedenfalls beschränken sich die Ausführungen des 4. Senats auf den Fall, dass der zugrundeliegende Bankkartenvertrag eine Bevollmächtigung Dritter ausnahmslos ausschließt. Hieran ist zumindest merkwürdig, dass sich der BGH bisher in ständiger Rechtsprechung gerade gegen die subjektive Theorie entschieden hatte, welche das Merkmal „unbefugt“ tatsächlich von dem Hintergrund des zugrundeliegenden Vertrags auslegen will. Insofern will die Begründung des 4. Senats hierzu nicht so richtig passen und erscheint inkonsequent. Zudem: Für die absprachewidrige Verwendung einer Kreditkarte (Täter erklärt bei der Bezahlung bewusst wahrheitswidrig, der Karteninhaber habe ihm die Ermächtigung zum Einsatz der Kreditkarte erteilt), will der 4. Senat § 263a I 3. Fall StGB hingegen weiterhin ablehnen (BGH, 4 StR 470/16).*

## Problem: Vorgetäuschte („legendierte“) Polizeikontrolle zulässig Einordnung: Richtervorbehalt bei Kollision von Polizeirecht und StPO

BGH, Urteil vom 26.04.2017, 2 StR 247/16

Der Anwendung präventiv-polizeilicher Ermächtigungsgrundlagen steht nicht entgegen, dass zum Zeitpunkt einer Fahrzeugdurchsuchung bereits der Anfangsverdacht einer Straftat bestanden hat, der auch ein Vorgehen nach §§ 102, 105 StPO ermöglicht hätte.

*(Anmerkung: Die vorliegende Entscheidung des BGH ist von besonderer Prüfungsrelevanz. Da sie leider erst kurz nach dem Redaktionsschluss der Mai-Ausgabe der RA erging, wir unseren Lesern diese Entscheidung aber besonders zeitnah zur Verfügung stellen wollen, haben wir uns für eine Veröffentlichung im RA-Telegramm entschieden. Wir widmen dieser Entscheidung im Rahmen des RA-Telegramms deshalb auch ausnahmsweise zwei Seiten.)*

### SACHVERHALT

Nach den landgerichtlichen Feststellungen war der Angeklagte Beschuldiger in einem Ermittlungsverfahren der StA Frankfurt a.M., das diese gegen eine marokkanische Tätergruppierung wegen Verdachts von Betäubungsmittelstraftaten führte. Aufgrund von verdeckten Ermittlungsmaßnahmen hatte die Kriminalpolizei Frankfurt a.M. konkrete Hinweise auf einen Betäubungsmitteltransport des Angeklagten erhalten, den der zu diesem Zeitpunkt vorübergehend in Marokko befindliche „Chef“ der Gruppe organisiert hatte. Tatsächlich hatte der Angeklagte von einer unbekannt Person in den Niederlanden Kokain übernommen und beabsichtigte, dieses zwecks gewinnbringenden Weiterverkaufs nach Deutschland einzuführen. Als die Kriminalpolizei Frankfurt a.M. über einen am Fahrzeug des Angeklagten angebrachten Peilsender feststellte, dass sich der Angeklagte nach Grenzübertritt wieder auf der Autobahn in Deutschland befand, entschloss sie sich, das Fahrzeug von der Verkehrspolizei Wiesbaden im Rahmen einer Verkehrskontrolle anhalten und durchsuchen zu lassen, um die mitgeführten Betäubungsmittel sicherzustellen. Dabei wurden im Inneren des Fahrzeugs mehrere Päckchen Kokain (insgesamt knapp 8 kg) aufgefunden. Ein richterlicher Beschluss für die Durchsuchung des Fahrzeugs, der die Offenbarung der im Hintergrund geführten verdeckten Ermittlungen zwangsläufig zur Folge gehabt hätte, wurde nicht eingeholt, um den vorübergehend in Marokko weilenden Hintermann nicht zu warnen. Der Ermittlungsrichter in Limburg erließ gegen den Beschuldigten Haftbefehl in Unkenntnis der im Hintergrund laufenden Ermittlungen in Frankfurt. Erst nach Festnahme des wieder nach Deutschland eingereisten Hintermanns, aber noch vor Anklageerhebung gegen den Beschuldigten, wurden die Erkenntnisse aus dem in Frankfurt geführten Ermittlungsverfahren offengelegt.

### LÖSUNG

Der BGH hat die gegen dieses Urteil gerichtete Revision des Angeklagten, mit der er insbesondere einen Verstoß gegen den Richtervorbehalt aus §§ 102, 105 I StPO und ein daraus resultierendes Beweisverwertungsverbot geltend gemacht hat, als unbegründet verworfen.

Der BGH hat entschieden, dass die Durchsuchung des Fahrzeugs des Angeklagten auf § 37 I Nr. 1 und Nr. 3 HSOG i.V.m. § 36 I Nr. 1 HSOG bzw. § 40 Nr. 1 und 4 HSOG (Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) gestützt werden konnte, die eine vorherige richterliche Anordnung (im Gegensatz zur Durchsuchung von Wohnungen) nicht voraussetzen.

Der Anwendung präventiv-polizeilicher Ermächtigungsgrundlagen steht nicht entgegen, dass zum Zeitpunkt der Fahrzeugdurchsuchung bereits ein Anfangsverdacht einer Straftat gegen den Angeklagten vorlag, der auch ein Vorgehen nach §§ 102, 105 StPO ermöglicht hätte. Es besteht weder ein allgemeiner Vorrang der Strafprozessordnung gegenüber dem Gefahrenabwehrrecht noch umgekehrt. Bei Gemengelagen, in denen sowohl repressives als auch präventives polizeiliches Handeln in Betracht kommt, bleiben strafprozessuale und gefahrenabwehrrechtliche Ermächtigungsgrundlagen grundsätzlich nebeneinander anwendbar.

Die im Rahmen der Fahrzeugdurchsuchung sichergestellten Betäubungsmittel waren gemäß § 161 II 1 StPO als Beweismittel im Strafprozess gegen den Angeklagten verwertbar. Dieser Vorschrift liegt der Gedanke des hypothetischen Ersatzeingriffs zugrunde. Danach setzt die Verwendung polizeirechtlich gewonnener Erkenntnisse im Strafverfahren voraus, dass diese – wie hier – rechtmäßig erhoben wurden und zur Aufklärung einer Straftat dienen, aufgrund derer eine solche Maßnahme nach der Strafprozessordnung hätte angeordnet werden dürfen. Es ist nicht erforderlich, dass die formellen Anordnungsvoraussetzungen nach der Strafprozessordnung, wie etwa das Vorliegen einer richterlichen Durchsuchungsanordnung, gewahrt worden sind.

Geht die Polizei nach Gefahrenabwehrrecht vor und besteht gleichzeitig der Anfangsverdacht einer Straftat gegen den Beschuldigten, ist zur Gewährleistung eines rechtsstaatlich fairen Verfahrens vor dem Hintergrund der Leitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ allerdings sicherzustellen, dass diese zeitnah, wahrheitsgemäß und vollständig über die Hintergründe der polizeilichen Maßnahmen informiert wird. Nur so ist gewährleistet, dass die Staatsanwaltschaft auf einer vollständigen Tatsachengrundlage über ihr weiteres strafprozessuales Vorgehen (etwa Beantragung eines Haftbefehls) und über eine mögliche Beschränkung von Akteneinsicht entscheiden kann. Im Ermittlungsverfahren obliegt es allein der Staatsanwaltschaft zu entscheiden, ob und ggf. welche Erkenntnisse gegen den Beschuldigten wegen einer Gefährdung des Untersuchungszwecks zunächst zurückgehalten werden. Spätestens mit Anklageerhebung muss der für den Anklagevorwurf maßgebliche prozessuale Sachverhalt vollständig offen gelegt werden; dies war hier geschehen.

## HINWEIS

Mit dieser Entscheidung stellt sich der BGH – zum Glück?! – gegen eine weit verbreitete Literaturansicht. Diese wollte auch hier den Ermittlungsorganen Knüppel zwischen die Beine werfen, was z.B. wie folgt begründet wurde (zitiert aus Müller/Römer, NStZ 2012, 543, 547):

Das bei bestehendem Anfangsverdacht eingesetzte Ermittlungsinstrument der legendierten Kontrolle sei seiner Rechtsnatur nach eine Durchsuchung und damit eine offene Ermittlungsmaßnahme, die den Regelungen der §§ 102, 105 StPO und damit dem strengen Richtervorbehalt unterliege.

Im Regelfall könnten die Strafverfolgungsbehörden aufgrund vorheriger Erkenntnisse aus einer Telekommunikationsüberwachung oder dem Einsatz eines verdeckten Ermittlers oder einer Vertrauensperson rechtzeitig einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss erwirken. Die willkürliche Annahme einer Eilkompetenz führe dabei zu einem Beweisverwertungsverbot.

Von diesen Grundsätzen könne nicht abgewichen werden. Eine heimliche und damit den Betroffenen täuschende Durchführung lasse sich weder unter Hinweis auf einzelne in der Strafprozessordnung gesondert geregelte heimliche Ermittlungsmaßnahmen noch unter Berufung auf das Bedürfnis einer effizienten Strafverfolgung rechtfertigen. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz der Strafprozessordnung, der ein solches Verhalten gestatten würde, sei nicht erkennbar.

Auch Auffassungen, die versuchen würden, zwischen dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit und dem Erfordernis der Effizienz der Strafverfolgung mittels Maßnahmen wie dem Absehen von der Aushändigung eines erwirkten Durchsuchungsbeschlusses oder dem Aushändigen eines Beschlusses ohne Begründung zu vermitteln, seien derzeit – unabhängig vom fraglichen Nutzen eines derartigen Vorgehens – mit der bestehenden Rechtslage nicht vereinbar.

Die alleinige Anwendung des Gefahrenabwehrrechts sei nicht möglich, wenn ein Straftatverdacht bereits vor der polizeilichen Maßnahme bestehe und sodann zielgerichtet zu Zwecken der Strafverfolgung (Beweiserhebung) in die Rechte des Betroffenen eingegriffen werde.