

ZIVILRECHT**Problem: Auch als Vollmacht überschriebene Schriftstücke können Testamente sein**
Einordnung: Auslegung laienhafter Erklärungen

OLG Hamm, Urteil vom 11.05.2017, 10 U 64/16

Auch mit „Vollmacht“ überschriebene Schriftstücke eines Erblassers können rechtswirksam errichtete privatschriftliche Testamente darstellen. Dass sie mit „Testament“ oder „mein letzter Wille“ überschrieben sind, ist nicht erforderlich, wenn sie auf einem ernstlichen Testierwillen beruhen.

SACHVERHALT

Die Klägerin ist die Nichte der Beklagten. In einem als „Testament“ überschriebenen Schriftstück bestimmte die Erblasserin im Juni 2013, dass sie der Beklagten nach ihrem Tode das Elternhaus übertrage.

In zwei wenige Tage später im Juni 2013 datierten und mit „Vollmacht“ überschriebenen Schriftstücken erteilte die Erblasserin der Klägerin Vollmacht,

„über meinen Bausparvertrag bei der Bausparkasse über meinen Tod hinaus, zu verfügen und sich das Guthaben auszahlen zu lassen“ und

„über sämtliches Vermögen, welches bei der Volksbank auf meinem Girokonto und Ersparnissen (Sparbuch, Geldanlagen) besteht, über meinen Tod hinaus, zu verfügen“.

Umstritten ist, ob die weiteren Schriftstücke der Erblasserin aus dem Juni 2013 testamentarische Anordnungen beinhalten. Die Klägerin hat gemeint, die Erblasserin habe ihr die Guthaben als Vermächnisse zugewandt, bei den beiden Schriftstücken handele es sich nicht um bloße Vollmachten, sondern um Testamente. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Erblasserin habe der Klägerin lediglich Vollmachten erteilt und ihr keine Vermächnisse zugewandt.

LÖSUNG

Die Erblasserin hat der Klägerin ihre Guthaben bei der Volksbank und der Bausparkasse im Rahmen von Vermächnissen zugewiesen.

Die beiden mit „Vollmacht“ überschriebenen Schriftstücke der Erblasserin stellen rechtswirksam errichtete privatschriftliche Testamente dar. Sie sind von der Erblasserin eigenhändig geschrieben und unterschrieben worden und erfüllen so die formalen gesetzlichen Anforderungen an ein privatschriftliches Testament. Dass sie mit „Testament“ oder „mein letzter Wille“ überschrieben sind, ist nicht erforderlich, weil sie auf einem ernstlichen Testierwillen beruhen. Die Erblasserin hat sie als rechtsverbindliche letztwillige Verfügung angesehen und wollte der Klägerin nicht lediglich eine Verfügungsbezugnis erteilen. Hiervon ist nach der durchgeführten Beweisaufnahme auszugehen.

Zwar hat die Erblasserin die Schriftstücke mit „Vollmacht“ überschrieben. Sie hat die Schriftstücke aber nicht bei den genannten Banken verwahrt, sondern gemeinsam mit dem wenige Tage zuvor errichteten Testament in ihrer Wohnung hinterlegt. Ihr Einsatz im Rechtsverkehr war aus Sicht der Erblasserin auch nicht notwendig, nachdem sie ihrer Schwester, der Mutter der Klägerin, bereits postmortale Vollmachten für die Bankkonten erteilt hat. Die Mutter der Klägerin hat als Zeugin zudem glaubhaft bekundet, dass die Erblasserin sie und nicht (auch) die Klägerin als ihre Bevollmächtigte angesehen hat.

Dass die Erblasserin die beiden Schriftstücke nicht als „Testament“ und auch nicht als ihren „letzten Willen“ bezeichnet hat, spricht nicht entscheidend gegen ihren Testierwillen. Auch der Text ihres zuvor errichteten Testaments lässt erkennen, dass sich die Erblasserin mit den üblichen Formulierungen letztwilliger Verfügungen nicht ausgekannt hat.

Vor diesem Hintergrund sind die beiden Schriftstücke so aufzufassen, dass die Erblasserin der Klägerin ihre auf den Konten bestehenden Guthaben als Vermächnisse zuwenden wollte. Dabei hat sie mangels juristischer Beratung gemeint, dies geschehe bei den Forderungen gegen eine Bank dadurch, dass sie postmortale Vollmachten ausstellt. Die Formulierungen in dem Text, die Klägerin solle sich die Guthaben auszahlen lassen, spricht für eine Zuwendung, so auch die Formulierung, dass sie die Zuwendung behalten solle. In diesem Sinne hat die Erblasserin auch das Schriftstück aufgefasst, in dem nicht zusätzlich erwähnt ist, dass sich die Klägerin das Guthaben auszahlen lassen könne.

Problem: Zur Erstattung des Reisepreises nach Änderung der Reiseleistung durch Reiseveranstalter

Einordnung: Zur Reichweite der §§ 651a V 2, 308 Nr. 4 BGB

BGH, Urteil vom 16.01.2018, X ZR 44/17

Der Reiseveranstalter kann sich nach § 308 Nr. 4 BGB nur solche Leistungsänderungen vorbehalten, die unter Berücksichtigung der Interessen des Reiseveranstalters für den Reisenden zumutbar sind. Zumutbar sind nur Änderungen aufgrund von Umständen, die nach Vertragsschluss eintreten und für den Reiseveranstalter bei Vertragsschluss auch nicht vorhersehbar sind; zudem dürfen sie den Charakter der Reise nicht verändern.

SACHVERHALT

Die Kläger buchten bei dem beklagten Reiseveranstalter für den Zeitraum vom 30.8. bis 13.9.2015 eine China-Rundreise. Nach dem Reiseverlauf waren für die dreitägige Dauer des Aufenthalts in Peking verschiedene Besichtigungen vorgesehen. Eine Woche vor der geplanten Abreise teilte die Beklagte den Klägern per E-Mail mit, dass aufgrund einer Militärparade im September 2015 die Verbotene Stadt und der Platz des Himmlischen Friedens in Peking nicht besichtigt werden könnten. Stattdessen wurde ein Besuch des Yonghe-Tempels angeboten.

Die Kläger erklärten daraufhin den Rücktritt vom Reisevertrag. Sie machen die Rückzahlung des Reisepreises i.H.v. rd. 3.300 €, Ersatz nutzloser Aufwendungen für Impfungen und Visa und die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten geltend.

Das AG gab der Klage statt. Das LG bestätigte die Verurteilung zur Erstattung des Reisepreises und wies die Klage im Übrigen ab. Die Revision der Beklagten hatte vor dem BGH keinen Erfolg.

LÖSUNG

Das LG hat ein Rücktrittsrecht der Kläger zu Recht bejaht. Der Reisende kann nach § 651a V 2 BGB bei einer Erhöhung des Reisepreises um mehr als 5 % oder bei einer – hier zu bejahenden – erheblichen Änderung einer wesentlichen Reiseleistung vom Reisevertrag zurücktreten.

Abgesehen von geringfügigen vom Reisenden hinzunehmenden Abweichungen ist eine nachträgliche Leistungsänderung nur zulässig, wenn der Reiseveranstalter sich diese im Reisevertrag rechtswirksam vorbehalten hat, wofür regelmäßig nur eine entsprechende Klausel in den allgemeinen Reisebedingungen des Veranstalters in Betracht kommt. Im Streitfall fehlt es an einem wirksamen Vorbehalt, da die Änderungsklausel in den allgemeinen Reisebedingungen des beklagten Reiseveranstalters unwirksam ist.

Der Reiseveranstalter kann sich nach § 308 Nr. 4 BGB nur solche Leistungsänderungen vorbehalten, die unter Berücksichtigung der Interessen des Reiseveranstalters für den Reisenden zumutbar sind. Zumutbar sind nur Änderungen aufgrund von Umständen, die nach Vertragsschluss eintreten und für den Reiseveranstalter bei Vertragsschluss auch nicht vorhersehbar sind. Außerdem dürfen sie den Charakter der Reise nicht verändern. Beide Schranken kommen in der Klausel nicht zum Ausdruck, die den Ersatz nicht mehr möglicher Reiseleistungen durch vergleichbare andere zulassen.

Jedenfalls unter Berücksichtigung der fehlenden vertraglichen Grundlage für Leistungsänderungen liegt im Streitfall eine erhebliche Änderung einer wesentlichen Reiseleistung vor. Wenn sie sich mangels vertraglicher Grundlage zugleich als Mangel der Reise darstellt, kann die Änderung einer wesentlichen Reiseleistung schon dann als erheblich anzusehen sein, wenn sie das Interesse des Reisenden daran, dass die Reise wie vereinbart erbracht wird, mehr als geringfügig beeinträchtigt.

Der Besuch der Verbotenen Stadt und des Platzes des Himmlischen Friedens als einer der bekanntesten Sehenswürdigkeiten Pekings und Chinas stellte bereits für sich genommen eine wesentliche Reiseleistung dar. Sie wurde durch den Wegfall dieser Programmpunkte und ihren Ersatz durch den Besuch eines wenn auch bekannten Tempels mehr als nur geringfügig beeinträchtigt.

NEBENGEBIETE

Arbeitsrecht

Problem: Anrechnung von Prämien auf den Mindestlohn

Einordnung: § 1 MiLoG: Wann sind Sonderzahlungen mit Lohn „funktionell gleichwertig“?

BAG, Urteil vom 08.11.2017, 5 AZR 692/16

Nicht nur das dem Angestellten gezahlte Grundgehalt ist zur Erfüllung des Mindestlohnanspruchs geeignet, auch vom Arbeitgeber gewährte Prämien (hier: für durchgehende Arbeitsfähigkeit, Sauberkeit und Ordnung) können mindestlohnwirksam sein. Mindestlohnwirksam sind alle im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachten Entgeltzahlungen mit Ausnahme der Zahlungen, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung beruhen.

SACHVERHALT

Die Parteien streiten über die Erfüllung des gesetzlichen Mindestlohnanspruchs. Der Kläger ist seit 2010 bei der Beklagten als Kraftfahrer beschäftigt. Er arbeitete in den Monaten Januar sowie März bis September 2015 an fünf Tagen pro Woche jeweils 9,6 Stunden. Dabei fielen im Mai und August 21 Arbeitstage, im Juli 23 Arbeitstage und in den übrigen Monaten 22 Arbeitstage an. Die Beklagte zahlte dem Kläger ein Grundgehalt von rd. 1.600 € brutto mtl. Zusätzlich wurde bei Einhalten bestimmter Verhaltensregeln eine „Immerda-Prämie“ von 95,- € (für durchgehende Arbeitsfähigkeit), eine Prämie für Ordnung und Sauberkeit von 50,- € und eine „Leergutprämie“ von 155,- € (für korrekten Umgang mit Leergut) gezahlt. Der Kläger ist insbesondere der Ansicht, die Beklagte habe den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn nicht erfüllt. Die gezahlten Prämien seien nicht mindestlohnwirksam. Die Beklagte ist der Auffassung, die von ihr gezahlten Prämien seien im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachtes Arbeitsentgelt, die den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn miterfüllten.

LÖSUNG

Der Anspruch des Klägers auf den gesetzlichen Mindestlohn ist mit der Zahlung von rd. 1.900 € brutto in jedem der streitgegenständlichen Monate durch Erfüllung erloschen, § 362 I BGB.

Der Arbeitgeber hat den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn erfüllt, wenn die für einen Kalendermonat gezahlte Bruttovergütung den Betrag erreicht, der sich aus der Multiplikation der Anzahl der in diesem Monat tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden mit – im Streitzeitraum – 8,50 € ergibt. Das ist vorliegend der Fall. Denn nicht nur das dem Kläger gezahlte Grundgehalt von 1.600 € brutto ist zur Erfüllung des Mindestlohnanspruchs geeignet, auch die ihm von der Beklagten gewährten Prämien sind mindestlohnwirksam.

Weil der Mindestlohn nach § 1 II 1 MiLoG „je Zeitstunde“ festgesetzt ist und das Gesetz den Anspruch nicht von der zeitlichen Lage der Arbeit oder den mit der Arbeitsleistung verbundenen Umständen oder Erfolgen abhängig macht, sind mindestlohnwirksam alle im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis erbrachten Entgeltzahlungen mit Ausnahme der Zahlungen, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung beruhen. Auch die Entstehungsgeschichte des MiLoG gebietet kein anderes Verständnis. Der Begriff der „Normalleistung“ hat keinen Eingang in den Wortlaut des MiLoG gefunden.

Danach sind die streitgegenständlichen Prämien mindestlohnwirksam. Mit der Zahlung der „Immerda-Prämie“ honoriert die Beklagte nicht nur die bloße Anwesenheit des Arbeitnehmers im Betrieb, sondern die Erbringung der Arbeitsleistung. Die Prämie soll einen finanziellen Anreiz geben, auch bei (geringfügigen) gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu arbeiten und sich nicht krankzuschreiben zu lassen. Auch die Prämie für Ordnung und Sauberkeit ist Gegenleistung für eine Arbeitsleistung des Klägers. Sie honoriert Sauberhalten und Desinfektion des zum Transport von Frischfleisch benutzten Fahrzeugs. Diese Aufgaben sind Teil der vom Kläger zu verrichtenden Tätigkeiten. Dasselbe gilt für die „Leergutprämie“. Sie ist Gegenleistung für die ordnungsgemäße Abwicklung des von den belieferten Kunden an den Kläger zurückzugebenden Leerguts und unterliegt daher dem umfassenden Entgeltbegriff des MiLoG.

ÖFFENTLICHES RECHT

Problem: Verhängung von Diesel-Fahrverboten durch Städte Einordnung: Straßenverkehrsrecht/Umweltrecht

BVerwG, Urteil vom 27.02.2018, 7 C 26.16 und 7 C 30.17

Kommunen dürfen Fahrverbote für unsaubere Dieselautos aussprechen, müssen dabei aber in besonderem Maße das Verhältnismäßigkeitsprinzip beachten.

SACHVERHALT

Das Land NRW wurde im erstinstanzlichen Verfahren dazu verpflichtet, im Wege einer Änderung des Luftreinhalteplans für die Stadt Düsseldorf weitere Maßnahmen zur Beschränkung der Emissionen von Dieselfahrzeugen zu prüfen. Dazu könnten auch beschränkte Fahrverbote zählen. Eine ähnliche Verpflichtung statuierte das Verwaltungsgericht Stuttgart für das Land Baden-Württemberg mit Blick auf die Stadt Stuttgart.

Hiergegen richten sich die Sprungrevisionen der beiden Bundesländer.

LÖSUNG

Die Sprungsrevisionen (§ 134 VwGO) haben weitgehend keinen Erfolg.

Das Bundesrecht lässt zwar zonen- wie streckenbezogene Verkehrsverbote für Diesel-Kraftfahrzeuge nicht zu. Nach der sog. Plakettenregelung ist der Erlass von Verkehrsverboten, die an das Emissionsverhalten von Kraftfahrzeugen anknüpfen, nur durch Vergabe von roten, gelben und grünen Plaketten möglich.

Allerdings folgt aus dem Anwendungsvorrang des EU-Rechts, dass die sog. Plakettenregelung unangewendet bleiben muss, wenn ein Verkehrsverbot für Diesel-Kraftfahrzeuge die einzige geeignete Maßnahme ist, den Zeitraum einer Nichteinhaltung der europarechtlich vorgegebenen NO₂-Grenzwerte (= Grenzwerte für Stickstoffdioxid) so kurz wie möglich zu halten. In diesem Zusammenhang muss jedoch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet werden. Daher dürfen z.B. Fahrverbote für EURO-5-Fahrzeuge nicht vor dem 1.9.2019 greifen. Zudem sind Ausnahmen für Handwerker und bestimmte Anwohnergruppen vorzusehen.

Die StVO ermöglicht im Übrigen die Beschilderung sowohl zonaler als auch streckenbezogener Verkehrsverbote für Diesel-Kraftfahrzeuge. Der Vollzug solcher Verbote ist zwar gegenüber der „Plakettenregelung“ deutlich erschwert. Das führt aber nicht zur Rechtswidrigkeit der Regelung.

Problem: Polizeikosten bei Fußballspielen

Einordnung: Polizeirecht/Gebührenrecht

OVG Bremen, Urteil vom 01.02.2018, 2 LC 139/17

Die Deutsche Fußball Liga (DFL) muss sich grundsätzlich an Mehrkosten für Polizeieinsätze bei sog. Hochrisikospielen der Bundesliga beteiligen.

SACHVERHALT

Für den Einsatz zusätzlicher Polizeikräfte anlässlich eines Fußball-Bundesligaspiels des SV Werder Bremen gegen den Hamburger SV verlangt das Land Bremen von der DFL die Zahlung einer Gebühr i.H.v. 425.718,11 €. Hiergegen hat die DFL Klage erhoben.

LÖSUNG

Die Klage hat keinen Erfolg.

Die einschlägige Ermächtigungsgrundlage des § 4 IV des Bremischen Gebühren- und Beitragsgesetzes ist verfassungsgemäß. Die Vorschrift steht im Einklang mit den Vorgaben des GG. Zwar ist die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit eine an sich durch Steuern finanzierte Aufgabe des Staates. Jedoch hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum, für welche Leistungen er Gebühren erheben will, wenn diese individuell zurechenbar sind. Die DFL ist für den Einsatz zusätzlicher Polizeikräfte verantwortlich. Sie ist Veranstalterin der Bundesligaspiele, zieht daraus den wirtschaftlichen Vorteil und hat daher ein besonderes Interesse am störungsfreien Verlauf. Die Größe der Veranstaltung und hohe Zuschauerzahlen erhöhen die Attraktivität der Veranstaltung und sind auch bewusst angelegt.

Weiterhin verstößt die Ermächtigungsgrundlage nicht gegen das in Art. 19 I 1 GG verankerte Verbot des Einzelfallgesetzes, weil die Norm nicht nur Fußball-Bundesligaspiele, sondern auch andere Großveranstaltungen betrifft. Schließlich genügt sie dem aus Art. 20 III GG abgeleiteten Bestimmtheitsgebot. Obwohl etliche unbestimmte Rechtsbegriffe (z.B. „Gewalthandlungen“, „zusätzlich“) im Tatbestand der Norm anzutreffen sind, lässt sich der Regelungsinhalt mit den üblichen Auslegungsmethoden bestimmen. Das gilt auch für die Gebührenhöhe, die im Gesetz nicht genauer umschrieben werden kann, weil sie maßgeblich von der Zahl der eingesetzten Polizeibeamten abhängt.

Der Gebührentatbestand des § 4 IV des Bremischen Gebühren- und Beitragsgesetzes ist erfüllt. Insbesondere ist die DFL als (Mit-)Veranstalterin des Fußball-Bundesligaspiels anzusehen. Ihre Auswahl unter mehreren Gebührenschuldern durfte unter dem Blickwinkel der Verwaltungspraktikabilität erfolgen.

Die Höhe der geforderten Gebühren ist nicht zu beanstanden.

Problem: Kein Anspruch auf Aufstellung öffentlicher Toiletten

Einordnung: Kommunalrecht/Grundrechte

OVG Münster, Beschluss vom 14.12.2017, 15 E 831/17

Weder aus § 8 Abs. 2 GO NRW noch aus § 8 Abs. 1 GO NRW kann ein individueller Anspruch auf den Betrieb einer bestimmten öffentlichen Einrichtung (hier: Toilettenanlage) abgeleitet werden.

SACHVERHALT

Der Kläger will die Stadt Essen verpflichten, auf den öffentlichen Plätzen im Stadtgebiet öffentliche, kostenfrei benutzbare Toiletten zu schaffen und kostenfreien Zugang zu vorhandenen Toiletten zu ermöglichen. Übergangsweise verlangt er im Eilverfahren die Aufstellung von Dixi-Toiletten.

Hat sein entsprechender Eilantrag Erfolg?

LÖSUNG

Der Antrag hat keinen Erfolg.

Es gibt keine Rechtsvorschrift, auf deren Grundlage der Antragsteller die Aufstellung öffentlicher Toiletten von der Stadt verlangen kann. Die Regelungen der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (§ 8 I, II GO NRW) geben dem Bürger keinen Anspruch auf Schaffung bestimmter gemeindlicher Einrichtungen. Ein solcher Anspruch ergibt sich im konkreten Fall auch nicht ausnahmsweise aus den Grundrechten, insbesondere der Menschenwürde. Dem Antragsteller bieten sich andere Möglichkeiten, seinen gesundheitlichen Einschränkungen zu begegnen, um sich in der Öffentlichkeit aufhalten zu können. Dass nach der ordnungsbehördlichen Verordnung der Stadt Essen vom 15.02.2017 das Verrichten der Notdurft auf Verkehrsflächen und Anlagen der Stadt untersagt ist, führt ebenfalls nicht zu einem subjektiven Recht auf Errichtung öffentlicher Toiletten. Der Antragsteller kann auch nicht den kostenfreien Zugang zu bereits vorhandenen Toiletten verlangen, weil der Staat individuell zurechenbare Leistungen der Daseinsvorsorge nicht kostenlos erbringen muss.

STRAFRECHT

Problem: Die Grunddefinition der Heimtücke

Einordnung: Arglosigkeit, darauf beruhende Wehrlosigkeit und Ausnutzungsbewusstsein

BGH, Urteil vom 15.11.2017, 5 StR 338/17

Wendet das Opfer dem Täter im Anschluss an eine verbale Auseinandersetzung den Rücken zu, so ist darin ein wesentliches Indiz für die erhalten gebliebene Arglosigkeit des Getöteten zu erblicken.

Verbale Einwirkungsmöglichkeiten des Opfers auf den Täter können im Einzelfall ein taugliches Mittel der Gegenwehr sein, sofern die Tatbeteiligten in einem engen persönlichen Verhältnis zueinander stehen und deshalb der Täter durch die verbale Intervention von der Tat abgehalten werden kann.

SACHVERHALT

Der später getötete S war ein ehemaliger Freund, der geschiedene Ehemann der Halbschwester und der Vater der Nichte des Angekl. Dieser wollte ihn am 5.6.2016 zur Rede stellen. Er hatte bei einem Besuch in seinem Elternhaus von einer Auseinandersetzung zwischen S und seiner Halbschwester im Rahmen eines schon länger andauernden Streits über das Sorge- und Umgangsrecht für deren gemeinsame Tochter erfahren. Bei dieser Auseinandersetzung hatte S die Halbschwester des Angekl. in Anwesenheit des Kindes bedroht und körperlich angegriffen. Zwischen dem Angekl. und S war es schon in der Vergangenheit zu vielen beiderseits aggressiv und seitens des Angekl. teilweise auch körperlich geführten Streitigkeiten über den Umgang mit dem Kind gekommen. Obwohl ihm klar war, dass ein Zusammentreffen zu einer erneuten körperlichen Auseinandersetzung führen könnte, wollte der Angekl. S aufsuchen und ihn auffordern, seine Nichte und seine Halbschwester künftig in Ruhe zu lassen. Diese hatte indessen ihr Missfallen über eine Einmischung des Angekl. erklärt. Um einem Konflikt mit ihr zu vermeiden, entschied er sich, sein Vorhaben gegenüber seiner Familie zu verschweigen.

Vor seiner Begegnung mit S bewaffnete er sich mit einer mit 15 Patronen geladenen halbautomatischen Pistole. Damit wollte er sich sowohl vor möglichen Überfällen Dritter als auch gegen eventuelle Übergriffe des S schützen. Als er auf den leicht alkoholisierten S traf und äußerte, mit ihm reden zu wollen, willigte dieser in eine Aussprache ein. Zwischen den beiden entwickelte sich ein mit Beschimpfungen geführter Streit, in dem S nicht nachgab. Der Angekl. drohte, ihn umzubringen, wenn er sein Verhalten gegenüber der Halbschwester und Nichte nicht ändere. Er zeigte dem neben ihm stehenden S die im Hosenbund mitgebrachte Pistole und sagte, dass es sich um eine scharfe Waffe handle. S erkannte, dass ihn der Angekl. mit der Pistole angreifen und schwer verletzen könnte. Dennoch lenkte er nicht einmal zum Schein ein, sondern tat so, als nehme er die Drohung des Angekl. nicht ernst. Er wies das Ansinnen des von ihm als „Clown“ bezeichneten Angekl. zurück und kündigte an, er werde mit dessen Halbschwester wieder eine Partnerschaft eingehen, was den Angekl. weiter aufbrachte. Außerdem spielte S die von ihm als solche erkannte Bedrohung herunter, indem er die Waffe des Angekl. als Gaspistole bezeichnete.

Dann suchte er sich der bedrohlichen Situation zu entziehen. Er stieg unvermittelt auf das Fahrrad und fuhr los, wobei er herablassend lachte. Der Angekl. entschloss sich in diesem Moment, S zu töten. Er zog die Pistole aus dem Hosenbund, lud sie durch und gab aus etwa fünf bis sieben Metern Entfernung in Tötungsabsicht zehn gezielte Schüsse ab, von denen sechs Oberkörper und Kopf des Opfers trafen und tödliche Verletzungen herbeiführten.

Das LG hat den Angekl. wegen Totschlags in Tateinheit mit unerlaubtem Führen einer halbautomatischen Kurzwaffe zu einer Freiheitsstrafe von zwölf Jahren und drei Monaten verurteilt. Es hat das Mordmerkmal der Heimtücke nicht als erfüllt angesehen. S sei nicht arglos gewesen, da er spätestens mit der Todesdrohung durch den Angekl. noch vor dessen Tatentschluss die Vorstellung verloren habe, vor einem Angriff des Angekl. sicher zu sein. Er habe erkannt, dass der bewaffnete und aggressiv gestimmte Angekl. ihn ernsthaft angreifen und schwer verletzen könne, womit er auch konkret gerechnet habe. Dies folge aus seinen Wahrnehmungen in der betreffenden Situation und aus seinen schon zuvor gewonnenen Kenntnissen über den Angekl. So habe er aus den bisherigen in vergleichbarer Weise eskalierend verlaufenen Auseinandersetzungen mit dem Angekl. gewusst, dass dieser besonders aggressiv agiert und zu gewaltsamen Übergriffen geneigt habe, wenn es um das Wohl der Halbschwester oder Nichte gegangen sei.

Darüber hinaus habe es an dem erforderlichen Kausalzusammenhang gefehlt: Wehrlos sei das unbewaffnete Tatopfer nicht wegen einer etwaigen Arglosigkeit, sondern wegen seiner unterlegenen Verteidigungsmittel gegenüber dem bewaffneten Angekl. gewesen. Zumindest aber habe es dem Angekl. an einem Ausnutzungsbewusstsein gefehlt.

StA und Nebenkläger haben gegen das Urteil eine mit der Sachrüge erfolgreiche Revision eingelegt.

LÖSUNG

Die Verneinung einer Arg- und Wehrlosigkeit des hinterrücks erschossenen Tatopfers lässt eine erschöpfende Beurteilung des Sachverhalts durch die SchwurGerK vermissen.

Die SchwurGerK hat sich insbesondere nicht näher damit auseinandergesetzt, dass das Opfer im Anschluss an die verbalen Provokationen und noch während der laufenden Auseinandersetzung sein Fahrrad bestieg und – dem Angekl. den Rücken zuwendend – losfuhr. Die hiermit verbundene **Preisgabe von Verteidigungsmöglichkeiten** ist ein gewichtiges Indiz für seine erhalten gebliebene **Arglosigkeit**. Auch der weitere äußere Geschehensablauf legt für den Zeitpunkt unmittelbar vor Abgabe der Schüsse durch den Angekl. die Annahme nahe, dass sich das Opfer keines Angriffs mit der Waffe versah. So verwahrte der Angekl., als sich S von ihm abwandte, seine Pistole noch im Hosenbund. Das Streitgespräch und die Todesdrohungen des Angekl. hatten sich auf ein zukünftiges Verhalten des S bezogen. Seine Einschätzung der Situation, als er aus der Schlagweite des Angekl. herausfuhr, hatte S auch durch sein herablassendes Lachen zu erkennen gegeben.

Zu kurz greift auch die Erwägung zu einer fehlenden kausalen Verknüpfung von einer Arglosigkeit des Tatopfers mit dessen **Wehrlosigkeit**. S hatte sich unmittelbar vor den aus kurzer Distanz abgegebenen Schüssen von dem zuvor neben ihm stehenden Angekl. abgewandt. Es war ihm deshalb nicht mehr möglich, durch körperliche Abwehr zu versuchen, den Einsatz der kurz danach vom Angekl. gezogenen Pistole zu verhindern. Diesen Umstand hat das LG nicht erkennbar gewichtet. Zudem ist ihm bei seiner Beurteilung der Verteidigungsmöglichkeiten aus dem Blick geraten, dass der Angekl. dem ihm den Rücken zuwendenden Opfer die Möglichkeit genommen hatte, ihn verbal etwa durch Einlenken oder Bitten von seinem Tun abzuhalten. Insofern kann für die Frage der Wehrlosigkeit von Bedeutung sein, ob der Angreifer bei Ausführung der Tat dem Opfer von Angesicht zu Angesicht gegenübersteht oder der Tatbeginn vom Opfer nicht bemerkt wird. Dies gilt in besonderem Maße, wenn Täter und Opfer – wie hier – in einem engen persönlichen Verhältnis zueinander stehen. Dass ein **Versuch verbaler Einwirkung** auf den Angekl. von vornherein sinnlos gewesen sein könnte, ist den Feststellungen nicht zu entnehmen und liegt auch nicht nahe. Denn die Tötungsabsicht des Angekl. war überhaupt erst aufgrund der verbalen Provokationen und der herablassenden Haltung des Tatopfers entstanden.

Die vom LG – von seinem Ausgangspunkt folgerichtig – nicht näher begründete Annahme eines fehlenden **Ausnutzungsbewusstseins** belegt das angefochtene Urteil auch in seinem Gesamtzusammenhang nicht. Sie drängte sich nach der hier gegebenen Sachlage auch nicht auf.

Für ein Ausnutzungsbewusstsein genügt es, wenn der Täter die Heimtücke begründenden Umstände nicht nur in einer äußerlichen Weise wahrgenommen, sondern in dem Sinne in ihrer Bedeutung für die Tatbegehung erfasst hat, dass ihm bewusst geworden ist, einen durch seine Arglosigkeit gegenüber dem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen. Das Ausnutzungsbewusstsein kann bereits dem objektiven Bild des Geschehens entnommen werden, wenn dessen gedankliche Erfassung durch den Täter – wie bei Schüssen in den Rücken des Opfers – auf der Hand liegt. Das gilt in objektiv klaren Fällen bei einem psychisch normal disponierten Täter selbst dann, wenn er die Tat einer raschen Eingebung folgend begangen hat. Denn bei erhaltener Unrechtseinsicht ist die Fähigkeit des Täters, die Tatsituation in ihrem Bedeutungsgehalt für das Opfer realistisch wahrzunehmen und einzuschätzen, im Regelfall nicht beeinträchtigt. Danach hindert nicht jede affektive Erregung oder heftige Gemütsbewegung einen Täter daran, die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für die Tat zu erkennen. Allerdings kann die Spontaneität des Tatentschlusses im Zusammenhang mit der Vorgeschichte der Tat und dem psychischen Zustand des Täters ein Beweiszeichen dafür sein, dass ihm das Ausnutzungsbewusstsein fehlte.

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat unter Bezugnahme auf die Antragsschrift des GBA darauf hin, dass es bei erneuter Feststellung einer den Feststellungen des angefochtenen Urteils entsprechenden Motivlage des Angekl. geboten erscheint, die Voraussetzungen eines **niedrigen Beweggrundes** im Sinne des § 211 II StGB zu prüfen.

Problem: Die rügeverkümmerte Protokollberichtigung

Einordnung: Beweiskraft des Protokolls und § 344 II 2 StPO

BGH, Beschluss vom 20.09.2017, 1 StR 391/16

Durch eine zulässige Berichtigung des Protokolls kann auch zum Nachteil des Beschwerdeführers einer bereits ordnungsgemäß erhobenen Verfahrensrüge die Tatsachengrundlage entzogen werden.

Die Beachtlichkeit der Protokollberichtigung unterliegt im Rahmen der erhobenen Verfahrensrüge der Überprüfung durch das Revisionsgericht. Im Zweifel gilt insoweit das Protokoll in der nicht berichtigten Fassung.

SACHVERHALT

Der vorliegende Fall ist bereits in der RA Heft 3/2018 hinsichtlich der nötigen Neuerteilung des letzten Wortes besprochen worden. Hier geht es um einen anderen Teilaspekt dieser Entscheidung:

Die im Hauptverhandlungsprotokoll nach der Feststellung, dass die Angekl. das letzte Wort hatten, aufgenommene Formulierung „Mit den Verfahrensbeteiligten wurde die Sach- und Rechtslage erörtert“ wurde nachträglich dahingehend berichtigt, dass der Vorsitzende mit dem Angekl. E und seinem Verteidiger die Frage erörterte, wie die Ausführungen dieses Angekl. auf eine Vernehmung von Auslandszeugen auszulegen seien.

LÖSUNG

Das Protokoll hat gem. §§ 273, 274 StPO hinsichtlich der Einhaltung der wesentlichen Förmlichkeiten der Hauptverhandlung positive und negative Beweiskraft. Fraglich ist, ob eine Verfahrensrüge (§ 344 II 2 StPO) nachträglich ihres Erfolgs „beraubt“ werden kann, indem das Protokoll korrigiert wird.

Nach wohl h.L. ist eine solche Rügeverkümmierung aus Gründen der Verfahrensfairness und zur Erhaltung der besonderen Beweiskraft des Protokolls ausgeschlossen (Krawczyk, HRRS 2006, 344; Gaede, HRRS 2006, 409). Die Beweiskraft des in der Sitzung geführten Protokolls soll nicht einseitig zu Lasten der an der Protokollführung und -berichtigung nicht mitwirkenden Verteidigung ausgehöhlt werden. Vielmehr ist – jedenfalls solange die belastende Wirkung der Protokollberichtigung nicht gesetzlich geregelt wurde – von einem erworbenen Recht des Angeklagten auszugehen, mit der Rüge erfolgreich zu sein, zumal eine völlig sichere Erinnerung der sich bereits einmal irrenden Urkundspersonen den problematischen Eindruck einer nachträglichen Änderung infolge der Verfahrensrüge nicht hinreichend beseitigen kann. Nach dieser Ansicht ändert eine Protokollberichtigung am Erfolg der Rüge nichts.

Die jüngere Rechtsprechung hat aber durch den Großen Senat für Strafsachen nunmehr das Verbot der Rügeverkümmierung für den Fall aufgegeben, dass eine überzeugende und Anhörungspflichten beachtende Protokollberichtigung auf Grund der sicheren Erinnerung der Urkundspersonen durchgeführt wird (BGH, GSSt 1/06). Ein Recht auf die Beibehaltung der sich als unwahr erweisenden ersten Protokollierung bestehe nicht, vielmehr sei auch in der Revisionsinstanz die nach der sicheren Erinnerung der Urkundspersonen bemessene Wahrheit maßgeblich. Diese Ansicht setzt die sichere Überzeugung der Urkundspersonen zwingend voraus.

Dennoch lässt diese Protokollberichtigung den Verfahrensverstöß eines Wiedereintritts in die Verhandlung, ohne den Angekl. danach erneut Gelegenheit zum letzten Wort zu geben, nicht entfallen.

Die weiteren Ausführungen des BGH hierzu entnehmen Sie bitte der RA Heft 3/2018.