

# **Fälle zum Strafrecht I**

**Allgemeiner Teil  
Technik der Fallbearbeitung**

**von**

**Dr. jur. Rolf Schmidt**

**Professor an der Hochschule  
der Polizei Hamburg**

**und**

**Dr. jur. Klaus Priebe**

**Rechtsanwalt in Berlin**

**3. Auflage 2010**

# Fallübersicht

## Fall 1: Und dann kam Pawel

AT-Schwerpunkte: Vorsatztheorien; mittelbare Täterschaft, § 25 I Var. 2; Einschränkungen der Notwehr, § 32; Anstiftung, § 26; Beihilfe, § 27 und Tatbestandsverschiebung, § 28

BT-Schwerpunkte: Tötungsdelikte, §§ 212, 222; gefährliche Körperverletzung mit einem Messer und mit fahrlässiger Todesfolge, §§ 223, 224 I Nr. 2 und 5, 227, 18; Mord aus Habgier in mittelbarer Täterschaft, §§ 211 II Var. 3, 25 I Var. 2; Schwerer Raub mittels Gewalt durch Unterlassen, §§ 249, 250 I Nr. 1b, II Nr. 3a; Hausfriedensbruch, § 123; gefährliche Körperverletzung, §§ 223, 224 I Nr. 2 und 5; Freiheitsberaubung, § 239

## Fall 2: Ein toter Surfer im Teufelsmoor

AT-Schwerpunkte: Aufbau des Fahrlässigkeitsdelikts; Objektive Zurechnung; Unterlassen; Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe

BT-Schwerpunkte: § 315b: Zweckentfremdung des Pkw als Vergnügungsmittel; Fahrlässige Tötung, § 222; Totschlag durch Unterlassen, §§ 212, 13 I

## Fall 3: Der Gesang des Teufels

AT-Schwerpunkte: Verabredung zu einem Verbrechen, § 30 II, Versuchsaufbau, §§ 22, 23 I; Versuch eines Regelbeispiels, § 243; Beendigung und Vollendung beim Diebstahl, § 242; Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme; Rücktritt eines Tatbeteiligten, § 24 II (analog?); Objektive Zurechnung bei herausfordernder Selbstgefährdung

BT-Schwerpunkte: Diebstahlsdelikte, §§ 242 ff.; Tötungsdelikte, §§ 211 ff.

## Fall 4: Studentenstadl

AT-Schwerpunkte: Versuch eines Regelbeispiels, § 243; Vorsatzwechsel beim Diebstahl, § 242 ff.; Erlaubnistatbestandsirrtum und Exzess (Putativnotwehrexzess)

BT-Schwerpunkte: Vollstreckungsvereitelung, § 288; Pfandkehr, § 289; Wohnungseinbruchdiebstahl, §§ 242 ff.; Körperverletzungsdelikte, § 223 f.

## Fall 5: Dr. Faustus is back in town

AT-Schwerpunkte: Mittelbare Täterschaft, § 25 I Var. 2 und straflose Beihilfe zur Selbsttötung; Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft; Tatherrschaft bei fehlgeschlagener Doppelselbsttötung

BT-Schwerpunkte: Tötungsdelikte, §§ 211, 212, 216

## Fall 6: Zivis im Altenheim

AT-Schwerpunkte: Abgrenzung Vorsatz/Fahrlässigkeit; Gefährdungsvorsatz; Grenzen der rechtfertigenden Einwilligung – Sittenwidrigkeit von Körperverletzungen im Rahmen sadomasochistischer Sexualpraktiken, § 228; Selbst- und Fremdgefährdung, Tatherrschaft

BT-Schwerpunkte: Tötung auf Verlangen, § 216; Aussetzung mit Todesfolge, § 221 III; Verhältnis zur Körperverletzung mit Todesfolge, § 227; fahrlässige Tötung; Konkurrenzverhältnis

### **Fall 7: pacta nuda**

AT-Schwerpunkte: Versuch, § 22, 23 I; Tatbestandsirrtum bei normativen Tatbestandsmerkmalen; Irrtumslehre; Mittäterexzess

BT-Schwerpunkte: Betrug, § 263; Vermögensbegriff des Betrugs in Bezug auf Drogenkauf; schwere räuberische Erpressung, §§ 253, 255, 250; Unrechtmäßigkeit der erstrebten Bereicherung bei Drogengeschäften; Körperverletzungsdelikt, § 223, 224 Nr. 2, 4 und 5

Betäubungsmittel(straf)recht: illegale Drogen; Genehmigungsvorbehalt; Handel-treiben; Strafnormen

Zivilrecht: Nichtigkeit eines Kaufvertrags (§ 433 BGB) gem. § 134 BGB; Grundzüge des Bereicherungs- und Schadensersatzrechts, §§ 812, 823 BGB

### **Fall 8: Die Kneipe des Todes**

AT-Schwerpunkte: Rechtfertigungsgründe aus dem BGB und dem StGB, § 227 BGB (Notwehr), § 859 BGB Besitzkehr, §§ 32, 34 StGB; aberratio ictus und error in persona: Gleichwertigkeits- und Konkretisierungstheorie, Folgen für die Vorsatzstrafbarkeit; mittelbare Täterschaft, § 25 I Var. 2; Probleme und Grenzen der Notwehrlage/Gebotenheit: Einschränkungen des Notwehrrechts durch Vorsatzprovokation des Angegriffenen; keine Drittwirkung der Notwehr

BT-Schwerpunkte: Raub und Erpressung, §§ 249, 253 ff.; Totschlag, § 212, fahrlässige Tötung, § 222; Freiheitsberaubung mit Todesfolge, § 239 I, IV; Nötigung, § 240

Zivilrecht: Zivilrechtliche Rechtfertigungsgründe, §§ 227, 859 BGB

### **Fall 9: Albaner Toni und Kongo Bongo**

AT-Schwerpunkte: Grenzen der Gegenwärtigkeit bei Notwehr, § 32 und rechtfertigendem Notstand, § 34; Präventivnotwehr, § 32; entschuldigender Notstand, § 35; Nötigungsnotstand; Erfordernis der Garantenstellung bei einer Drohung mit einem Unterlassen; Rücktritt des Einzeltäters vom beendeten und unbeendeten Versuch, § 24 – Denkkettelfälle; Unmittelbarkeit bei Versuchsbeginn: unmittelbare Opfergefährdung

BT-Schwerpunkte: Erpressung, § 253; Betrug, § 263; Konkurrenzverhältnis zwischen Erpressung und Betrug bei einer Drohung mit einem Unterlassen; Tötungsdelikte: versuchter Totschlag, §§ 212, 22, 23 I; Aussagedelikte, §§ 153 ff.; Rechtspflegedelikte

### **Fall 10: Schloss Mortville**

AT-Schwerpunkte: Anstiftung bei verschiedenen Mordmotiven, § 26; doppelte Tatbestandsverschiebung, § 28 II; Anwendungsvoraussetzungen des Erlaubnistatbestandsirrtums; Rechtfertigung nach Maßgabe öffentlich-rechtlicher Vorschriften, § 66 II BbgPolG und § 9 II UZwG Berlin; Verhältnis des POR zum Strafrecht; Anwendung der Notwehr gem. § 32 auf Polizeidienstkräfte; Grundsätze der mittelbaren Täterschaft bei Irrtumsherrschaft, § 25 I Var. 2

BT-Schwerpunkte: Verhältnis von Mord, § 211, zu Totschlag, § 212; Freiheitsberaubung mit Todesfolge, § 239 I, IV

Öffentliches Recht: Anforderungen für den Einsatz von Schusswaffen, § 66 II BbgPolG und § 9 II UZwG Berlin

### **Fall 11: Alec und die a.l.i.c.**

AT-Schwerpunkte: Aufbau der Schuld; Schuldmerkmale; actio libera in causa (a.l.i.c.); Erlaubnistatbestandsirrtum; Schuldunfähigkeit infolge von Alkoholintoxikation, § 20; Promillegrenzen; krankhafte seelische Störung und tiefgreifende Bewusstseinsstörung, § 20

BT-Schwerpunkte: Straßenverkehrsdelikte, § 315c; Trunkenheit im Verkehr, § 316; mangelnde Kausalität der Alkoholisierung für das Unfallgeschehen; unvorsätzliches unerlaubtes Entfernen vom Unfallort, § 142; Körperverletzungs- und Tötungsdelikte, §§ 223, 229, 212, 222; Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, § 113; Vollrausch, § 323a

### **Fall 12: Kleina Gängsta**

AT-Schwerpunkte: 25 II; Beihilfe, § 27; Formen der Beihilfe, psychische Beihilfe; Tatzeitpunkt der Beihilfehandlung; Hehlerei, § 259; Geldwäsche, § 261; Begünstigung, § 257

BT-Schwerpunkte: Raub, § 249; Raubqualifikationen, § 250; ungeladene Schreckschusswaffe als sonstiges, nicht erhöht gefährliches Werkzeug, § 250 I Nr. 1b; Hehlerei, § 259; Geldwäsche, § 261; Begünstigung, § 257

## Fall 1: Und dann kam Pawel

Elektroinstallateur T und die Millionärsgattin F haben seit geraumer Zeit ein Verhältnis. Ihr Mann M, ein Großindustrieller aus dem Ruhrgebiet, weiß hiervon nichts. T und F treffen sich gelegentlich in der luxuriösen Waldhütte des M. So auch an diesem Tage. F versichert dem zur Vorsicht neigenden T, dass M heute einen wichtigen Termin in Wanne-Eickel habe und nicht vor 19 Uhr zu Hause anzutreffen sei. Schon gar nicht werde er in der Waldhütte auftauchen. T solle nur pünktlich um 14.30 Uhr an der Hütte sein.

An der Hütte angekommen, hat T den Eindruck, dass F sich ein wenig merkwürdig benimmt. So fordert sie T auf, sich seiner Kleidung bis auf die Hose zu entledigen und sich mit einem speziellen Öl den Oberkörper einzureiben. T zieht sich – recht verwundert – bis auf seine Arbeitshose aus, an der ein sehr scharfes ca. 25 cm langes Kabelmesser baumelt. Als er gerade dabei ist, sich für sein „Frauzie“ mit Öl einzureiben, bemerkt er, wie ein Luxusgeländewagen vor der Waldhütte hält.

Aus dem Fahrzeug entsteigt M, der, einer Einladung seiner Frau folgend, um 15 Uhr die Waldhütte betritt. Seine Pkw-Schlüssel legt er an der Garderobe ab.

F hatte M angeboten, in die von ihm gewünschte Scheidung einzuwilligen, was jedoch in finanzieller Hinsicht einiger Klärungen bedürfe. Ein Gespräch sollte an diesem Tag pünktlich gegen 15 Uhr geführt werden. M solle alleine erscheinen, F hingegen wolle ihren Anwalt mitbringen. Schließlich wolle sie nicht von dem geschäftserfahrenen M übervorteilt werden. M hat jedoch schon seit längerer Zeit das Gefühl, dass F ihn hintergeht und will eine weitestgehend „entschädigungslose“ Scheidung.

Als M die Hütte betritt, will T die F warnen. So läuft er in das Wohnzimmer und findet, auf dem Teppich liegend, die ebenfalls eingölte F nackt vor. Das überrascht selbst T, der nun den Atem des wild schnaubenden und gehörnten M in seinem Nacken verspürt. Etwas verwundert, warum F nicht reagiert, versucht T dem M die Situation zu erklären. Es sei nicht so wie er – M – denke, immerhin sei noch nichts passiert. M hält, wie von F beabsichtigt, das Öl für Schweiß. Der Anblick seiner nackten Frau auf dem Boden reicht ihm als weiterer Beweis für deren sexuelle Untreue. M verpasst T wutentbrannt mehrere heftige Ohrfeigen und schreit beide an. F lacht M aus und genießt sichtlich die Situation. T, der trotz seiner schwächtigen Erscheinung zu körperlicher Gewalt neigt, versucht aber nicht einfach, den Ohrfeigen des M auszuweichen, obgleich ihm dies ohne weiteres möglich gewesen wäre. T hätte die Hütte durch den unverschlossenen Hintereingang verlassen können. Nein, er will sich wehren, was ihm aufgrund der Konstitution des M aber nicht gelingt. Wutentbrannt ohrfeigt M den T weiter. Nun hat T die Nase voll und zieht sein Kabelmesser. Ohne Vorwarnung rammt er es M der Länge nach zweimal in den Unterbauch. Beide Stiche sind tödlich. M verstirbt sofort. T ist verwirrt, als er den toten M sieht, denn er hatte gehofft, die Verletzung werde schon nicht so schlimm sein. Bei der Polizei gibt er später an, dass er dies an sich nicht so gewollt habe, obgleich er um die Gefährlichkeit der Messerstiche gewusst habe. M sei einfach zu stark und zu flink gewesen. Nur durch Stiche in den Bauch habe er eine Chance gehabt, auch mal einen „Treffer“ zu erzielen. Er – M – habe ihn ja nicht angreifen müssen.

Zu seiner Verwunderung bleibt F ganz ruhig. Diese hatte geplant, dass T den M töten würde, zumal er ein vorbestrafter Gewalttäter mit Minderwertigkeitskomplexen ist und gerne damit prahlt, sich nichts gefallen zu lassen. Das Ableben ihres Ehemannes sichert F eine hohe Erbschaft, die sie im Falle einer Scheidung nie erhalten hätte. Sie hatte zeitlich alles so arrangiert, dass T in seiner Arbeitskleidung erscheinen und damit auch sein Arbeitsmesser bei sich haben würde. M sollte beide so antreffen, dass er seine Wut an T auslassen musste, was auch geschah. Insoweit offenbar ein perfekter Plan.

## Fall 1: Und dann kam Pawel

Nach dem Geschehen verlässt F die Waldhütte wortlos. T indes nimmt den Wagenschlüssel des M an sich und rollt den toten M in einen Teppich, um ihn im Wald zu vergraben. Er läuft zu einer Stelle, die ihm geeignet erscheint, um zu sondieren, ob eine Beerdigung des M ohne Zeugen stattfinden könne.

Nun kommt Pawel (P), der gerade geschäftsmäßig im Wald unterwegs ist, an der Waldhütte vorbei. Er möchte sich ein wenig aufwärmen und dringt in das unverschlossene Gebäude ein. Im Wohnzimmer bemerkt er einen großen aufgerollten Teppich, auf den er sich setzt. Wenige Minuten vergehen. P bemerkt nun, wie T die Eingangstür öffnet. P gerät in Panik und stürmt auf T los, um unerkannt zu entkommen. P versetzt T einen Faustschlag. T stürzt, blockiert aber den Ausgang. Als er sich wieder aufrappelt, nimmt P die von F bereitgestellte Sektflasche und zerschlägt sie auf dem Kopf des T. P rennt aus der Tür, er wird jedoch von T festgehalten, der wider Erwarten nicht k.o. ging. P und T prügeln sich vor der Hütte weiter, bis P einen schweren Stein greift und diesen T auf den Kopf schlägt. T erleidet einen Schädelbruch, bleibt jedoch – stark geschwächt – bei Bewusstsein. P fesselt ihn an einen Stuhl in der Hütte mit einigen Kabelschlingen, die er am Gürtel des T findet. Er erhofft sich hierdurch einen Fluchtvorteil. P verlässt das Haus und sieht nun den schönen Mercedes-Geländewagen des M. Vor allem registriert er, dass die Türen nicht verschlossen sind. P vermutet richtigerweise, dass die Schlüssel des Wagens bei T sind. Er kehrt zurück zum Haus und durchsucht T, der benommen auf dem Stuhl hängt. P nimmt die Fahrzeugschlüssel an sich und fährt Richtung polnische Grenze. T wird von F nach einigen Stunden befreit und belastet die F schwer.

### **Aufgabe**

Begutachten Sie das Verhalten von T, F und P unter strafrechtlichen Gesichtspunkten!

### **Bearbeitervermerk**

Sofern hinsichtlich eines Tatgeschehens Tötung bejaht werden sollte, ist die gleichzeitig mitverwirklichte Körperverletzung ebenfalls zu prüfen. Strafanträge sind, soweit erforderlich, gestellt.

## Gliederung

<b>1. Handlungsabschnitt: Die Tötung des M .....</b>	<b>25</b>
<b>- Strafbarkeit des T .....</b>	<b>25</b>
<b>A. Strafbarkeit des T gemäß § 212 I .....</b>	<b>25</b>
I. Tatbestandsmäßigkeit.....	25
1. Objektiver Tatbestand .....	25
2. Subjektiver Tatbestand.....	25
II. Rechtswidrigkeit.....	26
1. Notwehr, § 32.....	26
a. Notwehrlage: Gegenwärtiger rechtswidriger Angriff .....	26
b. Notwehrhandlung: Erforderlichkeit und Gebotenheit .....	27
aa. Erforderlichkeit: Einschränkungen des Notwehrrechts .....	27
bb. Gebotenheit: Sozialethische Schranke des Notwehrrechts .....	27
2. Rechtfertigender Notstand, § 34 .....	28
III. Schuld.....	29
1. Entschuldigender Notstand, § 35.....	29
2. Notwehrexzess, § 33 .....	29
IV. Ergebnis .....	29
<b>B. Strafbarkeit des T gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 und 5 .....</b>	<b>29</b>
I. Tatbestandsmäßigkeit.....	30
1. Objektiver Tatbestand des § 223 I .....	30
2. Subjektiver Tatbestand des § 223 I .....	30
3. Objektiver Tatbestand des § 224 I Nr. 2 .....	30
a. Kabelmesser als Waffe?.....	30
b. Kabelmesser als gefährliches Werkzeug?.....	30
4. Objektiver Tatbestand des § 224 I Nr. 5 .....	30
5. Subjektiver Tatbestand des § 224 I .....	31
II. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	31
III. Ergebnis .....	31
<b>C. Strafbarkeit des T gem. § 227 .....</b>	<b>32</b>
<b>D. Konkurrenzen.....</b>	<b>32</b>
<b>E. Ergebnis für T .....</b>	<b>32</b>
<b>- Strafbarkeit der F .....</b>	<b>33</b>
<b>A. Strafbarkeit der F gem. §§ 212 I, 211 I, II Var. 3, 25 I Var. 2 .....</b>	<b>33</b>
I. Tatbestandsmäßigkeit.....	33
II. Ergebnis .....	34

<b>B. Strafbarkeit der F gem. §§ 212 I, 26.....</b>	<b>34</b>
<b>C. Strafbarkeit der F gem. §§ 212 I, 27 I .....</b>	<b>34</b>
I. Tatbestandsmäßigkeit.....	35
1. Objektiver Tatbestand .....	35
a. Hilfeleisten .....	35
b. Kausalität und Zurechnung.....	35
2. Subjektiver Tatbestand.....	35
II. Tatbestandsverschiebung gem. § 28 II zuungunsten der F?.....	36
1. Mordmerkmal der Habgier, § 211 II Var. 3.....	36
2. Anwendbarkeit des § 28 .....	36
a. Habgier als täterbezogenes oder tatbezogenes Merkmal.....	36
b. Habgier als strafbegründendes oder strafschärfendes Merkmal.....	37
3. Ergebnis .....	38
III. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	39
<b>D. Ergebnis für F.....</b>	<b>39</b>
<b>2. Handlungsabschnitt: Das weitere Geschehen im Haus.....</b>	<b>39</b>
<b>- Strafbarkeit des P.....</b>	<b>39</b>
<b>A. Strafbarkeit des P gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1a oder b, II Nr. 3a .....</b>	<b>39</b>
I. Tatbestandsmäßigkeit.....	39
1. Objektiver Tatbestand des § 249 I .....	39
2. Subjektiver Tatbestand des § 249 I .....	43
3. Objektiver Tatbestand des § 250 I Nr. 1a Var. 2 oder 1b .....	43
4. § 250 II Nr. 3a – schwere körperliche Misshandlung.....	44
5. Subjektiver Tatbestand des § 250 I Nr. 1b.....	44
II. Rechtswidrigkeit und Schuld .....	44
III. Ergebnis.....	44
<b>B. Strafbarkeit des P gem. § 123.....</b>	<b>44</b>
<b>C. Strafbarkeit des P gem. §§ 223 I, 224 Nr. 2 und 5 .....</b>	<b>44</b>
<b>D. Strafbarkeit des P gem. § 239 I Var. 2.....</b>	<b>45</b>
<b>E. Ergebnis und Konkurrenzen für P .....</b>	<b>45</b>
<b>Fazit zum Fall.....</b>	<b>46</b>

## Lösungsvorschlag Fall 1

**Schwerpunkte:** Abgrenzung Vorsatz/Fahrlässigkeit, speziell bei Tötungsdelikten, §§ 212, 222; Vorsatztheorien; gefährliche Körperverletzung mit einem Messer, § 224 I Nr. 2 und 5; Mord aus Habgier in mittelbarer Täterschaft, §§ 211 I, II Var. 3, 25 I Var. 2; Abgrenzung zur Anstiftung, § 26, und zur Beihilfe, § 27; Tatbestandsverschiebung nach § 28 II; schwerer Raub mittels Gewalt durch Unterlassen, §§ 249, 250 I Nr. 1b, II Nr. 3a; Hausfriedensbruch, § 123; gefährliche Körperverletzung, § 224 I Nr. 2 und 5; Freiheitsberaubung, § 239

### 1. Handlungsabschnitt: Die Tötung des M

#### - Strafbarkeit des T

#### A. Strafbarkeit des T gemäß § 212 I

Durch das zweimalige Einstechen auf M könnte T sich wegen Totschlags gem. § 212 I <sup>1</sup> strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestandsmäßigkeit

##### 1. Objektiver Tatbestand

Durch die beiden Stiche des T in den Unterbauch des M ist ein Mensch gestorben. Dieser Taterfolg ist dem T auch objektiv zuzurechnen. Mithin hat T den objektiven Tatbestand des § 212 I verwirklicht. <sup>2</sup>

##### 2. Subjektiver Tatbestand

T müsste aber auch den Vorsatz gehabt haben, M zu töten. Eine Legaldefinition des Vorsatzes besteht nicht. § 15 bestimmt nur, dass ausschließlich vorsätzliches Handeln strafbar ist, wenn das Gesetz fahrlässiges Handeln nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht. Die Beantwortung der Frage, was unter Vorsatz zu verstehen ist, bleibt somit Rechtsprechung und Literatur überlassen. Durchgesetzt hat sich die Definition, wonach unter Vorsatz der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestands in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände zu verstehen ist.<sup>1</sup> <sup>3</sup>

Analysiert man diese Definition, erkennt man zwei Elemente, das kognitive (intellektuelle) und das voluntative Element. Das kognitive Element fordert die Kenntnis aller zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden objektiven Merkmale. Das voluntative Element setzt eine Willensentscheidung des Täters zur Vornahme der tatbestandlichen Handlung voraus. Je nachdem, wie stark die Elemente ausgeprägt sind, werden drei verschiedene Vorsatzformen unterschieden, die Absicht („zielgerichteter Wille“), der direkte Vorsatz („sicheres Wissen“) und der Eventualvorsatz („den Eintritt des Taterfolgs für möglich halten und dennoch handeln“). Nur wenn der Täter den Erfolgseintritt will oder ihn zumindest billigend in Kauf nimmt, handelt er also vorsätzlich. Welche der drei Vorsatzformen erforderlich ist, hängt vom jeweiligen Tatbestand ab. Stellt das Gesetz (wie § 212 I) keine Anforderung an die subjektive Seite, genügt Eventualvorsatz („bedingter Vorsatz“). <sup>4</sup>

Da nicht davon auszugehen ist, dass T den Tod des M wollte bzw. bezweckte, kommt die schwächste Vorsatzform, bedingter Tötungsvorsatz, in Betracht. Selbst dies scheint fraglich, weil aufgrund der Sachverhaltsangaben auch nicht ausgeschlossen werden kann, dass T den Tod noch nicht einmal billigend in Kauf nahm. Daher ist eine Abgrenzung zwischen bedingtem Tötungsvorsatz und Fahrlässigkeit erforderlich. <sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. BGHSt 36, 1, 10; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 203; *Joecks*, § 15 Rn 6. Die ebenfalls gebräuchliche Kurzfassung „Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung“ ist unpräzise und sollte vermieden werden. Denn wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden, kann auch ohne das „Wollen“ Vorsatz vorliegen.

- 6 Für vorsätzliches Handeln spricht, dass T – von der Gefährlichkeit der Ausführungshandlung ausgehend – den Todeseintritt für möglich gehalten hat, dagegen spricht, dass er ihn nicht wollte. Zur Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und Fahrlässigkeit – speziell bei den Tötungsdelikten – ist nach Auffassung des BGH wegen der hohen Hemmschwelle gegenüber der Tötung eines Menschen die offen zu Tage tretende Lebensgefährlichkeit bestimmter Handlungen zwar ein gewichtiges Indiz, nicht aber ein zwingender Beweisgrund für die Billigung eines Todeserfolgs.<sup>2</sup> Angesichts der hohen Hemmschwelle sei im Rahmen einer **Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Umstände** im Einzelfall immer die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass der Täter die Gefahr der Tötung nicht erkannt oder darauf vertraut hat, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten. Habe der Täter ernsthaft und nicht nur vage auf das Ausbleiben des Tötungserfolgs vertraut, liege Fahrlässigkeit vor.
- 7 T wusste um die generelle Gefährlichkeit des Messereinsatzes. Auch war ihm klar, dass Stiche mit einem 25 cm langen Messer in den Abdominalbereich sehr gefährlich sind. Dies hat ihn aber nicht davon abgehalten, zweimal nicht nur oberflächlich, sondern der Länge der Klinge nach auf das Opfer einzustechen. Der Abdominalbereich eines Menschen ist im Vergleich zum Brustbereich weitaus empfindlicher, da ein Schutz durch Rippen oder Knochen nicht gegeben ist. Des Weiteren ist dieser Bereich stark durchblutet und auch deswegen im Falle einer Verletzung stark sepsisgefährdet. So nimmt nach der Rechtsprechung trotz der höheren Hemmschwelle den Todeserfolg billigend in Kauf, wer einem anderen ein Messer (mit einer Klingenlänge von 12 cm) oder Esstävchen kräftig in den Hals, Brustkorb oder Unterleib rammt.<sup>3</sup> Daran ändert sich auch nichts, wenn der Täter hofft, das Opfer werde schon nicht sterben. Denn wenn der Täter nur hofft, der Erfolg werde ausbleiben, hat er sich mit dem Erfolgseintritt bereits abgefunden und handelt (bedingt) vorsätzlich.<sup>4</sup>
- 8 Mithin handelte T bedingt vorsätzlich. Dies genügt für die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands des § 212 I.

## II. Rechtswidrigkeit

- 9 Fraglich ist jedoch, ob T auch rechtswidrig handelte. Dies wäre nicht der Fall, wenn sich T auf einen anerkannten Rechtfertigungsgrund stützen könnte.

### 1. Notwehr, § 32

- 10 In Betracht kommt der Rechtfertigungsgrund Notwehr gem. § 32.

#### a. Notwehrlage: Gegenwärtiger rechtswidriger Angriff

- 11 Dann müsste zunächst eine Notwehrlage bestanden haben. Erforderlich wäre ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff des M. Unter einem **Angriff** i.S.d. § 32 versteht man das Verhalten eines Menschen, welches ein rechtlich geschütztes Interesse zu verletzen droht oder verletzt.<sup>5</sup> Zu den rechtlich geschützten Interessen gehört insbesondere die körperliche Unversehrtheit. M hat T mehrfach geohrfeigt und damit dessen körperliche Unversehrtheit verletzt; mithin T angegriffen. Dieser Angriff war auch gegenwärtig.

<sup>2</sup> Vgl. BGH StraFo **2009**, 78 f.; NSTz **2009**, 91; NSTz **2007**, 639, 640; NSTz **2007**, 331, 332; NSTz **2006**, 685; NJW **2006**, 386, 387; NSTz **2006**, 169, 170; NSTz **2006**, 98, 99; NSTz **2004**, 330, 331; NSTz **2002**, 541; NSTz **2001**, 475, 476.

<sup>3</sup> Richtig BGH NSTz **2008**, 393, 394 f.; NSTz **2007**, 331, 332; NSTz **2006**, 685; NSTz **2006**, 169, 170; NSTz **2006**, 98, 99 (kaum zu glauben die Vorinstanz, die trotz eines Messerstiches in den Hals nur einen Körperverletzungsvorsatz annehmen wollte!). Vgl. aber auch BGH NSTz **2008**, 278, wo das Gericht bei einem Stich mit einem 20 cm langen Küchenmesser in den Rücken lediglich einen Körperverletzungsvorsatz angenommen hat.

<sup>4</sup> BGH, Beschluss v. 31.1.2001 – 3 StR 537/00.

<sup>5</sup> Vgl. BGH NJW **2003**, 1955, 1956 ff.; BGH NSTz-RR **2002**, 73; *Gropp*, AT, § 6 Rn 68.

Fraglich ist allenfalls die Rechtswidrigkeit des Angriffs. Denn ist der Angreifer seinerseits gerechtfertigt, ist der Angriff nicht rechtswidrig („keine Notwehr gegen Notwehr“). Vorliegend könnte sich T auf die Verletzung des Hausrechts berufen. Allerdings scheidet eine Notwehr seitens des M wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 letztlich aus, da F den T in die Hütte einließ. Deren Einverständnis muss sich M zurechnen lassen. Eine Notwehrlage zugunsten des T liegt daher vor.

12

**Hinweis:** Das vorstehende Beispiel hat nicht nur gezeigt, dass Notwehr gegen ein seinerseits gerechtfertigtes Verhalten (hier ebenfalls Notwehr) nicht möglich ist, sondern auch verdeutlicht, dass in derartigen Fällen regelmäßig eine Schachtelprüfung erforderlich wird. ☞ Die Prüfung, ob ein Rechtssatz ein Verhalten rechtfertigt und damit eine Notwehr gegen dieses Verhalten ausschließt, nennt man „**Notwehrprobe**“.

13

## b. Notwehrhandlung: Erforderlichkeit und Gebotenheit

Zweifel bestehen an der Notwehrhandlung des T. Die Verteidigungshandlung müsste erforderlich und geboten gewesen sein.

14

### aa. Erforderlichkeit: Einschränkungen des Notwehrrechts

§ 32 II spricht von der Erforderlichkeit der Notwehr. Erforderlich ist grundsätzlich jede Handlung, welche zu einer wirksamen Verteidigung beiträgt, eine möglichst sofortige Beendigung des Angriffs erwarten lässt und die endgültige Beseitigung der Gefahr am besten gewährleistet. Eine Güterabwägung findet grundsätzlich nicht statt („Das Recht muss dem Unrecht nicht weichen“).<sup>6</sup> Stehen dem Notwehrrübenden allerdings mehrere gleich wirksame Abwehrmittel zur Verfügung, muss er dasjenige wählen, das den geringsten Schaden verursacht (Vorrang des relativ mildesten Mittels, wozu auch das Herbeirufen der Polizei gehören kann).<sup>7</sup> Daher ist auch der Einsatz von (auch unerlaubt mitgeführten) Schusswaffen oder anderen gefährlichen Werkzeugen (Messer o.ä.<sup>8</sup>) äußerst problematisch. In Ermangelung anderer, ebenso geeigneter Mittel können zwar auch sie in rechtlich nicht zu beanstandender Weise eingesetzt werden, bei einer Waffe (Schusswaffe, aber auch Messer<sup>9</sup> o.ä.) muss deren Einsatz aber grundsätzlich zunächst angedroht werden (jedenfalls dann, wenn der Angreifer selbst unbewaffnet ist oder wenn dem Verteidiger die Androhung nach der Kampfplage möglich ist).

15

Für den vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass T lediglich mit Ohrfeigen attackiert wurde, mithin eine schwere, körperlich bedrohliche Zwangslage für ihn nicht bestand und ihm auch nicht drohte. Die lebensgefährlichen bzw. tödlichen Stiche in den Unterbauch ohne jegliche Androhung auszuführen, war daher nicht erforderlich.

16

### bb. Gebotenheit: Sozialethische Schranke des Notwehrrechts

Selbst wenn man zugunsten des T von der Erforderlichkeit der Abwehrhandlung ausgeht, muss ihm das „schneidige“ Notwehrrecht insbesondere dann versagt werden, wenn er sich rechtsmissbräuchlich verhält – sozialethische Schranke des Notwehrrechts. Als gesetzliche Grundlage für diese Einschränkung zieht die h.M.<sup>10</sup> den Begriff der *Gebotenheit* in § 32 I heran. Folgende Fallgruppen werden diskutiert:

17

<sup>6</sup> Vgl. BGH NSTZ 2002, 140; BGH NSTZ 2001, 143, 144; BGH NSTZ 2002, 425 (mit Bespr. v. Heger, JA 2003, 8 ff.); Sch/Sch-Lenckner/Perron, § 32 Rn 34 f.; Erb, NSTZ 2004, 369, 371.

<sup>7</sup> BGH NSTZ 2006, 152, 153 f.; NJW 2003, 1955, 1956 ff.; NSTZ 2002, 73 und 140; NJW 2001, 3200, 3201; NSTZ 2001, 530; BGHSt 42, 97, 100.

<sup>8</sup> Zur Notwehr durch lebensgefährlichen Messerstich vgl. BGH StV 2006, 234 f.; BGH NSTZ 2006, 152, 153 f.; NSTZ 2004, 615; NJW 2003, 1955, 1956 ff.; NSTZ 2002, 73, 140 und 425. Vgl. auch Altvater, NSTZ 2003, 21, 24; Heger, JA 2003, 8 ff.; BGH StV 1999, 145; NSTZ-RR 1999, 40, 41.

<sup>9</sup> BGH NSTZ 2004, 615.

<sup>10</sup> Vgl. BGH NSTZ 2002, 425 (mit Bespr. v. Heger, JA 2003, 8 ff.); BGHSt 39, 374, 377; BSGe 84, 54, 56 ff.; Fischer, § 32 Rn 36; Lackner/Kühl, § 32 Rn 13 ff.; Roxin, AT, § 15 Rn 56; Joecks, § 32 Rn 18. Vgl. aber BGH NJW 2003, 1955, 1956 ff., der zwischen Gebotenheit der Verteidigungshandlung und Einschränkung des Notwehr-

- fehlendes Rechtsbewährungsinteresse
- Bagatelangriff/krasses Missverhältnis
- schuldhafte Herbeiführung der Notwehrlage
  - absichtliche Herbeiführung der Notwehrlage
  - sonstige vorwerfbare Herbeiführung der Notwehrlage
- extreme Konfliktsituation („Rettungsfolter“)

18 Vorliegend kommt eine Versagung des Notwehrrechts unter dem Aspekt des fehlenden Rechtsbewährungsinteresses bzw. des krassen Missverhältnisses, aber auch unter dem Aspekt der vorwerfbaren Herbeiführung der Notwehrlage in Betracht. T hatte sexuellen ehebrecherischen Kontakt mit der Ehefrau des M. In concreto unterlag M zwar einem Motivirrtum, da er von einem gerade stattfindenden Sexualkontakt ausging, mithin die konkrete Situation verkannte. Dies erkannte jedoch T. Er reizte M in doppelter Hinsicht. Zum einen befand er sich auf dem Grund und Boden des M, mithin provozierte er ihn, indem er auch dessen „häuslichen Frieden“ störte. Zum anderen wusste er, dass M einem Irrtum unterlegen war.

19 Daher scheint es insgesamt angemessen, eine Rechtfertigung wegen Notwehr gem. § 32 jedenfalls wegen fehlender Gebotenheit der Abwehrhandlung zu verneinen. T wäre es zuzumuten gewesen, dem Angriff auszuweichen. Bei fehlender Ausweichmöglichkeit hätte er sich bis zur Grenze des noch Zumutbaren auf defensive Verteidigungshandlungen beschränken müssen; solange diese Schutzwehr zur Abwehr ausreichte, durfte er nicht zur Trutzwehr übergehen.

20

**Hinweis:** Im Fall der unbeabsichtigten, aber vorwerfbar herbeigeführten Notwehrlage ist in der Fallbearbeitung zunächst darzulegen, dass dem Notwehrübenden das Notwehrrecht nicht von vornherein versagt wird. Bei der Frage, welche Abwehrmaßnahmen zulässig sind, ist nach folgendem „Stufenmodell“ vorzugehen:

- Zunächst muss der Verteidiger versuchen, dem Angriff **auszuweichen**.<sup>11</sup>
- Ist ein Ausweichen nicht möglich, muss er sich zumindest auf **Schutzwehrmaßnahmen** beschränken. Dabei sind sogar leichtere Verletzungen zumutbar.
- Führen auch Schutzwehrmaßnahmen nicht zur Beendigung des Angriffs, sind – um schwerere Verletzungen abzuwenden – schließlich **Trutzwehrmaßnahmen** gestattet. Dabei hat die Ausübung aber desto zurückhaltender auszufallen, je schwerer die rechtswidrige und vorwerfbare Provokation der Notwehrlage wiegt. Sein Leben muss der die Notwehrlage Herbeiführende aber nicht riskieren. Daher ist auch der Einsatz von **Waffen** und (anderen) **gefährlichen Werkzeugen** nicht ausgeschlossen.<sup>12</sup>

## 2. Rechtfertigender Notstand, § 34

21 Möglicherweise ist die Tat jedoch wegen rechtfertigenden Notstands gem. § 34 gerechtfertigt. Eine Notstandslage bezüglich des Rechtsguts Leib bestand. Bezüglich der Notstandshandlung ist es erforderlich, dass die Gefahr nicht anders als durch die vorgenommene Handlung abwendbar sein darf. Insoweit muss die Handlung – wie bei § 32 –

---

rechts unterscheidet, dann aber bei der Prüfung der Einschränkung des Notwehrrechts Kriterien der Gebotenheit prüft.

<sup>11</sup> Selbstverständlich gehören das Ausweichen oder das Hochhalten der Arme, um einen Schlag des Angreifers abzufangen, nicht zum Notwehrrecht, weil Flucht oder Schutzwehr keine strafrechtlich relevanten Handlungen darstellen und somit auch nicht rechtfertigungsbedürftig sind. Gleichwohl wurden sie im vorliegenden Zusammenhang mit dem „Stufenmodell“ genannt, um zu veranschaulichen, dass der Verteidiger, der die Notwehrlage zuvor schuldhaft herbeigeführt hat, zunächst versuchen muss, dem Angriff auszuweichen bzw. sich auf Schutzwehr zu beschränken, bevor er von seinem Notwehrrecht Gebrauch macht. Unberechtigt ist daher die Kritik von *Bosch*, JA **2006**, 490 f.

<sup>12</sup> Vgl. dazu BGH NSTz **2002**, 425 (mit Bespr. v. *Heger*, JA **2003**, 8 ff.).

erforderlich gewesen sein. Da T auch hier mildere Mittel als Stiche in den Bauch zur Verfügung gestanden hätten – notfalls Flucht oder Inkaufnahmen weiterer leichter Ohrfeigen – ist die Erforderlichkeit zu verneinen.

Mithin handelte T rechtswidrig.

22

### III. Schuld

T müsste auch schuldhaft gehandelt haben. An der Schuldfähigkeit bestehen keine Bedenken. Möglicherweise kommt T aber der Entschuldigungsgrund des § 35 zugute.

23

#### 1. Entschuldigender Notstand, § 35

Der entschuldigende Notstand setzt eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr für die Rechtsgüter Leben, Leib oder Freiheit voraus. Die Gefahr war jedoch anders als durch Niederstechen des M abwendbar (s.o.). Mithin scheidet der entschuldigende Notstand nach § 35 aus.

24

#### 2. Notwehrexzess, § 33

Als weiterer Entschuldigungsgrund könnte T jedoch der Notwehrexzess gem. § 33 zugute kommen. Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, wird er gem. § 33 nicht bestraft. Erste Voraussetzung der Norm ist, dass ein rechtswidriger Angriff vorliegt. Dieser ist hier gegeben. Darüber hinaus muss der Täter die Grenzen der Notwehr überschreiten. Da der Gesetzeswortlaut mehrdeutig ausgelegt werden kann, ist streitig, ob § 33 nur den Fall erfasst, in dem der Täter die Grenzen des Erforderlichen oder Gebotenen überschreitet (sog. intensiver Notwehrexzess) oder ob auch die Fälle erfasst werden, in denen ein Angriff überhaupt nicht, noch nicht oder nicht mehr vorliegt (sog. extensiver Notwehrexzess). Dieser Streit braucht vorliegend nicht entschieden zu werden, da ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff auf die Gesundheit des T vorlag.

25

**Hinweis:** Auch wenn eine Streitentscheidung nicht notwendig ist, zeigen Sie durch die gewählte Formulierung dem Prüfer jedoch, dass Sie das Problem kennen.

26

Da die Notwehrhandlung des T nicht erforderlich war, hat er die Grenzen der Notwehr überschritten. Dies müsste er aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken getan haben. Diese Erscheinungsformen der Gemütsbewegung werden asthenische Affekte genannt (asthenisch = aus der Schwäche kommend). Der Gegensatz hierzu wird von den sthenischen Affekten gebildet (sthenisch = aus der Stärke kommend). Hier werden Gemütsregungen wie Wut, Hass, Zorn oder Kampfes-eifer erfasst. Auf den vorliegenden Fall angewendet bedeutet dies, dass T nicht gem. § 33 entschuldigt sein kann, da er aus einer Position der Stärke heraus auf M einstach. Eine Entschuldigung nach § 33 liegt somit nicht vor. Mithin handelte T auch schuldhaft.

27

### IV. Ergebnis

T ist wegen Totschlags gem. § 212 I strafbar.

28

#### B. Strafbarkeit des T gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 und 5

Durch das Einstechen auf M könnte sich T auch wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 und 5 strafbar gemacht haben.

29

## I. Tatbestandsmäßigkeit

### 1. Objektiver Tatbestand des § 223 I

- 30 Indem T auf M einstach, hat er ihn in seiner körperlichen Integrität und an seiner Gesundheit geschädigt, § 223 I.

### 2. Subjektiver Tatbestand des § 223 I

- 31 T hat M vorsätzlich in dessen körperlicher Integrität und der Gesundheit geschädigt.

### 3. Objektiver Tatbestand des § 224 I Nr. 2

- 32 Weiterhin könnte die Tat nach § 224 I Nr. 2 Var. 1 oder 2 qualifiziert sein.

#### a. Kabelmesser als Waffe?

- 33 Das Messer könnte eine Waffe i.S.d. § 224 I Nr. 2 Var. 1 sein. Die eine Waffe kennzeichnende Zweckbestimmung ist bei solchen Gegenständen zu bejahen, die *bestimmungsgemäß* geeignet sind, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.<sup>13</sup> Das ist insbesondere bei Gegenständen anzunehmen, die nach dem WaffG als Waffen gelten. In Anlehnung an § 1 II WaffG i.V.m. der Anlage 1 zum WaffG zählen dazu Schusswaffen, ihnen gleichgestellte Geräte, Hieb-, Stoß- oder Stichwaffen, Gaspistolen, Schreckschusswaffen etc. Messer sind Waffen, wenn sie nach ihrer konkreten Bauart zum Einsatz als Verletzungsmittel bestimmt sind. Zu weit ginge es aber, sonstige Messer sowie Schneid- oder Stichwerkzeuge, die zwar wie eine Waffe eingesetzt werden können, denen die Funktion als Angriffs- oder Verteidigungswerkzeug jedoch nicht bestimmungsgemäß zukommt (Küchenmesser, Taschenmesser und dergleichen), als Waffen zu bezeichnen.<sup>14</sup> Die gegenteilige Annahme würde den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 II GG) missachten, da solche Gegenstände nicht mehr vom möglichen Wortsinn des Begriffs „Waffe“ umfasst sind. Diese mögen zwar geeignet, nicht aber dazu bestimmt sein, Menschen zu verletzen.
- 34 Bei dem Messer des T handelt es sich um ein Kabelmesser, welches offenbar dazu bestimmt ist, Kabel zu durchtrennen und Isolierungen abzutrennen, nicht aber Menschen zu verletzen. Die objektive Gefährlichkeit genügt nicht, das Messer als Waffe einzustufen. Dementsprechend hat T nicht den Tatbestand des § 224 I Nr. 2 Var. 1 verwirklicht.

#### b. Kabelmesser als gefährliches Werkzeug?

- 35 Möglicherweise ist das Kabelmesser des T aber als gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 I Nr. 2 Var. 2 einzustufen. Gefährlich ist ein Werkzeug, das nach objektiver Beschaffenheit und nach Art der Benutzung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.<sup>15</sup>
- 36 Dass das Kabelmesser des T im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen, hat der Sachverhalt anschaulich präsentiert. Mithin hat T den M mittels eines gefährlichen Werkzeugs verletzt, § 224 I Nr. 2 Var. 2.

### 4. Objektiver Tatbestand des § 224 I Nr. 5

- 37 Des Weiteren könnte T die Körperverletzung auch mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen haben, § 224 I Nr. 5.

<sup>13</sup> Vgl. BVerfG NSTZ **2009**, 83, 84; BGHSt **4**, 125, 127; LK-Lilie, § 224 Rn 19; Lackner/Kühl, § 244 Rn 3 i.V.m. § 224 Rn 2.

<sup>14</sup> Vgl. bereits die Voraufgaben; nahezu wortgleich nunmehr auch BVerfG NSTZ **2009**, 83, 84.

<sup>15</sup> BGH NSTZ **2007**, 405; NSTZ **2002**, 597, 598; NSTZ **2002**, 594 und 30; NZV **2001**, 352; Ellbogen, JuS **2002**, 151, 155; Sch/Sch-Stree, § 224 Rn 4; Lackner/Kühl, § 224 Rn 5; LK-Lilie, § 224 Rn 20; Wallschläger, JA **2002**, 390, 393; Baier, JA **2003**, 362, 363.

Es besteht Streit darüber, ob der Täter das Leben des Opfers tatsächlich, d.h. konkret gefährdet haben muss, oder ob es genügt, wenn die Handlung generell, d.h. abstrakt geeignet ist, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen.<sup>16</sup> Allein der Wortlaut der Norm, der von „gefährdender Behandlung“ und nicht von „in Gefahr bringender Behandlung“ spricht, deutet auf das Genügenlassen einer abstrakten Gefährlichkeit hin. Dieser Streit muss für den vorliegenden Fall jedoch nicht entschieden werden, da M in konkrete Lebensgefahr geriet und sogar verstarb.

38

**Hinweis:** Ein Streit kann immer dann offenbleiben, wenn die engste der vertretenen Auslegungen greift. Denn dann kommt es nicht auf eine Entscheidung an. Aus diesem Grund wird es häufig als Fehler angesehen, wenn dennoch eine Streiterörterung (mit gegenübergestellten Argumenten) erfolgt. Diese Kritik ist streng genommen verfehlt, da ein Gutachten ausführlich zu sein hat. Dennoch sei ausdrücklich empfohlen, nur kurz darzulegen, dass Streit besteht, eine Entscheidung aber überflüssig ist.

39

## 5. Subjektiver Tatbestand des § 224 I

Weiterhin ist fraglich, ob T auch vorsätzlich hinsichtlich des Qualifikationstatbestands des § 224 I handelte. Bezüglich der Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs liegt Vorsatz vor. Welche Anforderungen an den Vorsatz der lebensgefährlichen Handlung zu stellen sind, ist indes streitig.

40

- Die Rechtsprechung<sup>17</sup> stellt lediglich auf die Umstände ab, die das Verhalten als lebensgefährliche Behandlung kennzeichnen. Demnach ist es nicht erforderlich, dass der Täter das Werkzeug für gefährlich oder sein Verhalten für lebensgefährdend hält.
- Die herrschende Literatur<sup>18</sup> lehnt diesen Ansatz als zu generalisierend ab und vermutet eine vorschnelle Vorsatzunterstellung zu Lasten des Täters. Der Täter müsse vielmehr die Tat als lebensgefährlich einschätzen, um zu einer Vorwerfbarkeit zu gelangen.

Die Ansicht der Rechtsprechung ist als Reaktion auf Beweisprobleme zu sehen. Der Nachweis, dass der Täter sein Verhalten für lebensgefährlich hielt, kann selten erbracht werden, v.a. wenn es um Affekthandlungen geht. Insoweit stellt die Rechtsprechung auf eine Art Parallelwertung in der Laiensphäre ab und kommt so zu gewünschten Ergebnissen, ohne diese nachweisen zu müssen. Allein schon der Umstand, dass eine abstrakte Gefährlichkeit für § 224 I Nr. 5 ausreicht, nimmt dem Täter in doppelter Hinsicht den Schutz. Den Tatbestand des § 224 I Nr. 5 derart auszuulegen verstößt gegen das Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 II GG. Der Literatur ist somit zu folgen. Das ändert jedoch nichts an der Strafbarkeit des T gem. § 224 I Nr. 5, da dieser sich der Gefahr seiner Handlung für M bewusst war.

41

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft (s.o.).

42

## III. Ergebnis

T ist wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 und 5 strafbar.

43

<sup>16</sup> Vgl. dazu *Schmidt/Priebe*, BT I, Rn 343.

<sup>17</sup> OLG Düsseldorf NJW **1989**, 920; BGHSt **19**, 352, 353; **36**, 1 und 15; BGH NJW **1990**, 3156.

<sup>18</sup> *Wessels/Hettinger*, BT/1, Rn 284; *Backmann*, MDR **1976**, 969, 976.

### C. Strafbarkeit des T gem. § 227

- 44 T könnte sich zudem durch die zwei Stiche in den Unterbauch des B wegen Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 strafbar gemacht.

Der Grundtatbestand des § 223 I liegt vor. Die schwere Folge (der Tod eines Menschen) ist auch durch eine kausale und objektiv zurechenbare Handlung des T verursacht worden. Fraglich könnte allenfalls sein, ob sich die dem Grundtatbestand anhaftende spezifische Gefahr gerade in dem tödlichen Tatausgang niedergeschlagen hat. Dieser sog. tatbestandsspezifische Gefährdungszusammenhang ist erforderlich, um die im Vergleich zu § 222 hohe Strafandrohung und den Verbrechenscharakter des § 227 I (3-10 Jahre Freiheitsstrafe) zu rechtfertigen.

Zwei Messerstiche in den Unterleib weisen ein so hohes Gefährdungspotential auf, dass der Tod des Opfers sehr nahe liegt.

Der Tod des T hätte wenigstens fahrlässig verursacht worden sein müssen (§ 18 i.V.m. § 227). „Wenigstens“ bedeutet, dass auch eine vorsätzliche Begehung nicht ausgeschlossen ist. Somit greift § 227 I auch dann, wenn – wie vorliegend – der Täter mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt hat.

T hat sich auch wegen Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 I strafbar gemacht. Die Voraussetzungen für einen minder schweren Fall gem. § 227 II liegen nicht vor.

### D. Konkurrenzen

- 45 Verwirklicht der Täter den objektiven Tatbestand des Totschlags, begeht er damit gleichzeitig (sozusagen als „notwendiges Durchgangsstadium“) auch eine Körperverletzung. Eine Ideal- oder Realkonkurrenz zwischen Tötungs- und Körperverletzungsdelikten kann es daher schon begrifflich nicht geben. Entsprechendes gilt für den Vorsatz: Wer jemanden töten will, will ihn auch in dessen körperlicher Integrität verletzen (Einheitstheorie). Die vollendeten Körperverletzungsdelikte treten dann im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Subsidiarität) hinter dem vollendeten Tötungsdelikt zurück.<sup>19</sup>

- 46 **Hinweis:** In der Fallbearbeitung brauchen die Körperverletzungsdelikte i.d.R. daher auch nicht neben den Tötungsdelikten geprüft zu werden. Es sollte der Hinweis: „die gleichzeitig verwirklichte Körperverletzung tritt subsidiär zurück“ genügen. Etwas anderes gilt aber dann, wenn (wie vorliegend) im Bearbeitervermerk ausdrücklich vorgesehen ist, die Körperverletzung neben dem Tötungsdelikt zu prüfen.

### E. Ergebnis für T

- 47 T ist wegen Totschlags gem. § 212 I strafbar. Anhaltspunkte für die Annahme eines minder schweren Falls gem. § 213 liegen nicht vor. Insbesondere kann in dem Ohrfeigen durch M keine Provokation gesehen werden, zumal T nicht ohne eigene Schuld gereizt worden ist.

<sup>19</sup> Einhellige Auffassung, vgl. nur BGH NJW 2005, 1876, 1877 f.; BGH NSTZ 2005, 332, 333; BGHSt 16, 122; 21, 265; 44, 196, 199; NJW 2001, 980; Lackner/Kühl, § 212 Rn 8; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn 320.

## - Strafbarkeit der F

### A. Strafbarkeit der F gem. §§ 212 I, 211 II Var. 3, 25 I Var. 2

Indem F ihren Mann M durch T töten ließ, um die Erbschaft anzutreten, könnte sie sich wegen Mordes aus Habgier in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212 I, 211 I, II Var. 3, 25 I Var. 2<sup>20</sup> strafbar gemacht haben. 48

#### I. Tatbestandsmäßigkeit

Unabhängig davon, ob man in § 211 eine Qualifikation zu § 212 oder eine eigenständige Strafnorm sieht, bedarf es des Todes eines Menschen. Dieser liegt vor (s.o.). Des Weiteren müssten die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft vorliegen. Mittelbarer Täter gem. § 25 I Var. 2 ist, wer eine Straftat „durch einen anderen“ begeht. Der Täter benutzt kraft seines Wissens und/oder kraft seiner Willensherrschaft ein in die Kausalkette eingeschaltetes menschliches Werkzeug (den Tatmittler), um mit dessen Einsatz den gesetzlichen Tatbestand zu verwirklichen. Kennzeichen ist somit, dass der Tatmittler eine unterlegene Stellung einnimmt und der Hintermann das Gesamtgeschehen kraft seines planvoll lenkenden Willens in der Hand hat.<sup>21</sup> Das ist i.d.R. der Fall, wenn der Tatmittler nicht volldeliktisch handelt, weil bei ihm ein Strafbarkeitsmangel vorliegt, namentlich wenn er 49

- objektiv tatbestandslos oder nicht voll tatbestandsmäßig,
- ohne Tatbestandsvorsatz,
- seinerseits rechtmäßig oder
- schuldunfähig bzw. schuldlos handelt.

Bei T trifft allerdings keine der genannten Fallgruppe zu. Vielmehr hat er den Tatbestand des § 212 I eigenverantwortlich, d.h. vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht. Die Bewertung des Gesetzes, die den Vordermann für seine Tat verantwortlich macht, schließt es grundsätzlich aus, ihn zugleich als Werkzeug eines anderen anzusehen (**Verantwortungsprinzip**). Gleichwohl erkennt die h.M auch bei einem strafrechtlich uneingeschränkt verantwortlichen Vordermann eine mittelbare Täterschaft des Hintermanns an, wenn der steuernde Einfluss durch den Hintermann nur stark genug ist. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Hintermann infolge seiner Überlegenheit den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs in seiner konkreten Erscheinungsform steuert (**Steuerungsprinzip**).<sup>22</sup> 50

Zu klären ist damit, worin eine überlegene Tatverantwortung der F liegen könnte. F hat T (und M) über die konkrete Situation getäuscht und hierdurch M zu einer gewaltvollen Reaktion bewegen wollen. M sollte denken, er habe T und F in flagranti überrascht, was in concreto nicht der Fall war. Nach dem Plan der F sollte M den T angreifen und dieser sich zur Wehr setzen. Ob deswegen bei F aber eine derartige Steuerungsmacht gesehen werden kann, dass sie bildlich gesprochen die „Fäden in der Hand gehalten“ und T als Marionette bewegt hat, ist doch sehr fraglich. T hat sich durch F zwar täuschen lassen, hielt aber jederzeit das Tatgeschehen bzgl. der Messerstiche selbst in den Händen. Er war frei in der Entscheidung, sich weiter von M ohrfeigen zu lassen, sich zu wehren oder den Ort zu verlassen. Auf diese Entscheidungsmöglichkeiten hatte F keinen realen Einfluss. Mithin ist eine Steuerungsmacht der F, die eine mittelbare Täterschaft hätte begründen können, nicht gegeben. 51

<sup>20</sup> Zum Verhältnis zwischen Mord und Totschlag vgl. *Schmidt/Priebe*, BT I, Rn 2 und 146 ff.

<sup>21</sup> *Roxin*, AT II, § 25 Rn 45 ff.; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 535 ff.; *R. Schmidt*, AT, Rn 949 ff.

<sup>22</sup> BGHSt 40, 218 ff.; 42, 65 ff.; 45, 270 ff.; BGH NStZ 2001, 475, 476; *Lackner/Kühl*, § 25 Rn 2; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 542; *Gropp*, AT, § 10 Rn 42/70.

## II. Ergebnis

- 52 Eine Strafbarkeit der F wegen Mordes aus Habgier in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212, 211 II Var. 3, 25 I Var. 2 scheidet aus.

### B. Strafbarkeit der F gem. §§ 212 I, 26

- 53 F könnte sich jedoch wegen Anstiftung des T zum Totschlag gem. §§ 212 I, 26 strafbar gemacht haben.
- 54 Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat des T gem. § 212 liegt vor. F müsste T zur Tötung des M bestimmt haben. Hierunter versteht man das Hervorrufen des Tatent schlusses<sup>23</sup>, wobei eine Mitursächlichkeit genügt<sup>24</sup>. Ob aber eine *geistige Willensbeeinflussung* des Haupttäters bzw. eine *kommunikative Beziehung* zum Haupttäter vorliegen muss, ist streitig.
- Die h.M.<sup>25</sup> würde nach der **psychischen Beziehung** zwischen F und T fragen. Da eine solche aber nicht besteht, würde demzufolge eine Anstiftung ausscheiden. In Betracht käme dann aber eine Beihilfe, da es bei dieser nach h.M. auf den geistigen Kontakt zwischen Gehilfen und Haupttäter nicht ankommt.<sup>26</sup>
  - Die Gegenauffassung fordert diese Einschränkung nicht und lässt beispielsweise das **bloße Schaffen einer sozialinadäquaten, zur Tat anreizenden Sachlage** genügen.<sup>27</sup> Dies wäre z.B. bei jemandem anzunehmen, der einen Wagen unverschlossen am Straßenrand abstellt und noch dazu absichtlich den Zündschlüssel stecken lässt. Aber auch im vorliegenden Fall müsste man auf der Basis dieser Überlegung eine Anstiftung annehmen, da F gerade die beschriebene sozialinadäquate, zur Tat anreizende Sachlage geschaffen hat.
- 55 Da gem. § 26 der Anstifter gleich dem Täter zu bestrafen ist, muss zur Bejahung einer Anstifterhandlung mehr gefordert werden als das bloße Schaffen einer sozialinadäquaten, zur Tat anreizenden Sachlage. Anderenfalls wäre ein Verstoß gegen das verfassungsrechtlich verankerte Schuldprinzip unausweichlich. Zudem darf bezweifelt werden, ob das Genügenlassen einer bloßen sozialinadäquaten, zur Tat anreizenden Sachlage ohne jegliche psychische Beziehung zwischen Tatveranlasser und Täter überhaupt von dem möglichen Wortsinn des Begriffs „Bestimmen“ in § 26 umfasst ist. Vor diesem Hintergrund ist die Gegenauffassung abzulehnen. Zu fordern sind vielmehr eine *geistige Willensbeeinflussung* des Haupttäters bzw. eine *kommunikative Beziehung* zum Haupttäter.
- 56 F hat sich daher nicht wegen Anstiftung zum Totschlag gem. §§ 212 I, 26 strafbar gemacht.
- ### C. Strafbarkeit der F gem. §§ 212 I, 27 I
- 57 F könnte sich jedoch wegen Beihilfe zum Totschlag gem. §§ 212 I, 27 I strafbar gemacht haben, indem sie Tatanreize für T schuf.

<sup>23</sup> R. Schmidt, AT, Rn 1053; vgl. auch BGH NJW **2005**, 996 ff. (Anstiftung zum Auftragsmord); Valerius, JA **2005**, 682 ff.; Valerius, JA **2005**, 412 ff.; Kudlich, JuS **2005**, 1051 ff.

<sup>24</sup> BGHSt **45**, 373, 374; BGH NSTZ **2000**, 421; Lackner/Kühl, § 26 Rn 2; Fischer, § 26 Rn 3.

<sup>25</sup> Schlüchter/Duttge, NSTZ **1997**, 595; LK-Schünemann, § 26 Rn 8 und 10; Jescheck/Weigend, AT, § 64 II 1; Wessels/Beulke, AT, Rn 568; Sch/Sch-Cramer/Heine, § 26 Rn 4 f.; Fischer, § 26 Rn 3.

<sup>26</sup> Vgl. LK-Schünemann, § 27 Rn 10; Lackner/Kühl, § 27 Rn 4; Geppert, Jura **1999**, 266, 268; anders Heghmanns, GA **2000**, 473, 479, der einen „Beistandspakt“ verlangt.

<sup>27</sup> Heghmanns, GA **2000**, 473, 487; Lackner/Kühl, § 26 Rn 2; Ignor, Strafverteidigerforum **2001**, 42. Allerdings geht es auch dieser Auffassung zu weit, eine reine Rechtsauskunft als Anstifterhandlung anzusehen.

## I. Tatbestandsmäßigkeit

### 1. Objektiver Tatbestand

Eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat des T liegt vor. F müsste zur Haupttat des T Hilfe geleistet haben. 58

#### a. Hilfeleisten

Ein Hilfeleisten kann in jedem Tatbeitrag gesehen werden, der die Haupttat **ermöglicht** oder **erleichtert** oder die vom Haupttäter begangene Rechtsgutverletzung **verstärkt**.<sup>28</sup> Hilfeleisten kann physischer und/oder psychischer Natur sein. Ob der Haupttäter von der Hilfeleistung Kenntnis hat, ist jedenfalls bei der physischen Beihilfe unerheblich.<sup>29</sup> Auch eine geistige Willensbeeinflussung des Haupttäters bzw. eine kommunikative Beeinflussung ist (im Gegensatz zur Anstiftung) nicht erforderlich. 59

Dementsprechend ist es für die Strafbarkeit der F irrelevant, dass T nichts von den Absichten der F vor und während der Tat merkte. Durch das Schaffen der Tatsituation hat sie insoweit Hilfe geleistet.

#### b. Kausalität und Zurechnung

Umstritten ist, ob der Helfenbeitrag kausal für den Erfolgseintritt sein muss. Insbesondere die Rspr. lässt es genügen, wenn die Hilfeleistung die Handlung des Haupttäters irgendwie gefördert (sog. Verstärker- oder Förderkausalität) bzw. eine Erhöhung des Risikos der Tatbestandsverwirklichung bewirkt hat.<sup>30</sup> Demgegenüber muss nach wohl h.L.<sup>31</sup> die Hilfeleistung *condicio sine qua non* für den Erfolgseintritt der Haupttat gewesen sein. Darüber hinaus sei eine weitere Begrenzung der Helfenstrafbarkeit durch Heranziehung von Elementen der objektiven Zurechnung erforderlich (tatbestandsrelevante Gefahr der Förderung der Haupttat und Verwirklichung dieser Gefahr durch chancenerhöhende Förderung). 60

Die Kausalität der Handlung der F für den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs wird man nicht bestreiten können. Aus diesem Grunde kann der Streit offenbleiben. Bedenken können allenfalls im Rahmen der (eingeschränkten) objektiven Zurechnung entstehen. Denn T handelt – wie gesehen – freiverantwortlich. Fordert man mit der h.L. lediglich eine (abgeschwächte) tatbestandsrelevante Gefahr der Förderung der Haupttat, ist diese jedoch im Rahmen einer gesamtwertenden Betrachtung gegeben (a.A. ist in Anlehnung an die Ausführung zur mittelbaren Täterschaft vertretbar; dann aber wäre F straflos, zumal § 222 nicht greift).

### 2. Subjektiver Tatbestand

Der Vorsatz der F hätte die Unterstützungshandlung als solche (d.h. gerade in ihrer unterstützenden Wirkung) umfassen und sich außerdem auf eine bestimmte, nicht in allen Einzelheiten konkretisierte, vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat beziehen müssen.<sup>32</sup> Dies ist gegeben. 61

<sup>28</sup> BGH NJW **2003**, 3212, 3213; NSTz **2001**, 364, 365; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 582; *Lackner/Kühl*, § 27 Rn 2; *Beckemper*, Jura **2001**, 163, 164.

<sup>29</sup> BGH StV **1981**, 72; *Lackner/Kühl*, § 27 Rn 4; LK-*Schünemann*, § 27 Rn 10; anders *Heghmanns*, GA **2000**, 474, 479, der einen „Beistandspakt“ verlangt.

<sup>30</sup> BGH NSTz **2001**, 364, 365; BGHSt **42**, 135, 136; BGH StV **2000**, 492, 493; OLG Stuttgart wistra **2000**, 392; zustimmend *Fischer*, § 27 Rn 2 u. 2c; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 582; *Murmann*, JuS **1999**, 548, 550.

<sup>31</sup> LK-*Schünemann*, § 27 Rn 2 ff.; Sch/Sch-*Cramer/Heine*, § 27 Rn 10; *Lackner/Kühl*, § 27 Rn 2; *Jescheck/Weigend*, AT, § 64 III 2 c; *Geppert*, Jura **1999**, 266, 268.

<sup>32</sup> Vgl. BGH NJW **2007**, 384, 389 f.; BGH wistra **2000**, 382; BGHSt **42**, 135, 138; *Schlehofer*, StV **1997**, 412; *Büschler*, JuS **1998**, 384; *Loos*, JR **1997**, 297; *Scheffler*, JuS **1997**, 598; BGH NSTz-RR **2000**, 326; *Lackner/Kühl*, § 27 Rn 7. Vgl. auch *Murmann*, JuS **1999**, 548, 552 und nun auch *Gaede*, JA **2007**, 757, 759 f.

## II. Tatbestandsverschiebung gem. § 28 II zuungunsten der F?

- 62 Möglicherweise kommt es zuungunsten der F zu einer Tatbestandsverschiebung gem. § 28 II.<sup>33</sup>

### 1. Mordmerkmal der Habgier, § 211 II Var. 3

- 63 F könnte das Mordmerkmal der Habgier erfüllt haben. Habgier ist das ungezügeltere und rücksichtslosere Gewinnstreben um jeden Preis, auch um den eines Menschenlebens.<sup>34</sup> Kriterium ist also die besondere Maßlosigkeit. Im Gegensatz zu T hat F das Mordmerkmal der Habgier gem. § 211 II Var. 3 erfüllt, da sie den Tod ihres Ehemannes M wollte, um in den Genuss einer Erbschaft zu kommen.

### 2. Anwendbarkeit des § 28

- 64 Der Erschwerungsgrund der Habgier kann bei F gem. § 28 II aber nur greifen, wenn es sich bei dem Mordmerkmal der Habgier um ein besonderes persönliches Merkmal handelt, das die Strafe schärft.

#### a. Habgier als täterbezogenes oder tatbezogenes Merkmal

- 65 Bei den besonderen persönlichen Merkmalen ist zwischen tat- und täterbezogenen Merkmalen zu differenzieren. § 28 erfasst lediglich die täterbezogenen Merkmale. Nach ganz überwiegender Auffassung sind damit *nicht* solche i.S.d. § 14 I gemeint. Vielmehr sind die „besonderen persönlichen Merkmale“ i.S.d. § 28 von den tatbezogenen Merkmalen, d.h. solchen Merkmalen, die nur der sachlichen Charakterisierung der Tat (der Rechtsgutverletzung) dienen, abzugrenzen, für die der Anwendungsbereich des § 28 konsequenterweise nicht eröffnet ist und bei denen dementsprechend eine Akzessorienlockerung nicht stattfinden kann.
- 66 **Täterbezogene** (und somit dem Anwendungsbereich des § 28 unterfallende) Merkmale sind solche, die eine besondere Pflichtenstellung höchstpersönlicher Art umschreiben. Das betrifft insbesondere die Stellung des Täters als Erzieher in den §§ 174 und 180 I S. 2, als Amtsträger in den §§ 331 ff., als Garant in den unechten Unterlassungsdelikten (str.<sup>35</sup>), als Bandenmitglied in den §§ 244 I Nr. 2, 250 I Nr. 2 (str.<sup>36</sup>), als denjenigen, dem die Vermögensbetreuungspflicht im Bereich der Untreue (§ 266) obliegt oder dem die Sache im Bereich der veruntreuenden Unterschlagung (§ 246 II) anvertraut war.<sup>37</sup> Auch die Ermöglichungsabsicht in § 306b II Nr. 2 gehört dazu.<sup>38</sup>
- 67 Zu den **tatbezogenen** (und daher nicht dem Anwendungsbereich des § 28 unterfallenden) Merkmalen gehören insbesondere die Mordmerkmale der 2. Gruppe des § 211 II, also die Heimtücke, die Grausamkeit und die Gemeingefährlichkeit.
- 68 Problematisch ist die Einordnung von reinen **schuldtypisierenden subjektiven Merkmalen**, zu denen die Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe des § 211 II gehören<sup>39</sup>,

<sup>33</sup> Zu Rechtsnatur und Anwendbarkeit des § 28 II vgl. ausführlich R. Schmidt, AT, Rn 1127 ff.

<sup>34</sup> BGH NJW 2001, 763 (mit Bespr. v. Martin, JuS 2001, 613); Krahl, JuS 2003, 57, 60; Fischer, § 211 Rn 10; Lackner/Kühl, § 211 Rn 4; Sch/Sch-Eser, § 211 Rn 17. Vgl. auch Altwater, NSTZ 2006, 86, 90.

<sup>35</sup> Wie hier Fischer, § 28 Rn 6; NK-Seelmann, § 13 Rn 90; SK-Hoyer, § 28 Rn 35; LK-Schünemann, § 28 Rn 58; Wessels/Beulke, AT, Rn 558; Grunst, NSTZ 1998, 548, 551; Hinderer, JA 2009, 25, 28; a.A. Lackner/Kühl, § 28 Rn 6; Jescheck/Weigend, AT, § 61 VII 4 a; Sch/Sch-Cramer/Heine, § 28 Rn 19.

<sup>36</sup> Wie hier BGHSt 46, 120, 128; Fischer, § 244 Rn 22; Lackner/Kühl, § 28 Rn 9; a.A. Sch/Sch-Eser, § 244 Rn 28; LK-Roxin, § 28 Rn 73; SK-Hoyer, § 244 Rn 7 u. § 28 Rn 34.

<sup>37</sup> Zur aktuellen Diskussion über die Einordnung eines Tatbestandsmerkmals entweder als täter- oder als tatbezogen vgl. BGHSt 41, 1 ff.; 46, 62, 64 (mit Anm. v. Joerden, JZ 2001, 310); OLG Düsseldorf NJW 2001, 85 f.; Sch/Sch-Cramer/Heine, § 28 Rn 15 ff.

<sup>38</sup> BGH NSTZ 2000, 197.

<sup>39</sup> Vgl. nur BGHSt 22, 375, 378; 23, 103, 105; 24, 106, 108; Lackner/Kühl, § 211 Rn 16. Jedenfalls stellen die Mordmerkmale der 2. Gruppe – wie gesagt – tatbezogene Merkmale dar und sind sowohl dem Anwendungsbereich des § 28 als auch dem des § 29 entzogen. Wie hier nunmehr auch Kraatz, Jura 2006, 613 ff.

da sie einerseits spezielle Schuldmerkmale i.S.v. § 29 darstellen, andererseits aber auch den Deliktstatbestand mit konstituieren und somit strafbegründende bzw. strafmodifizierende besondere persönliche Merkmale i.S.v. § 28 darstellen. Nach der hier vertretenen Auffassung unterfallen sie dem Anwendungsbereich des § 28, nicht dem des § 29. Der Vorrang des § 28 vor § 29 ist vor allem deshalb vorzugswürdig, weil die Rechtsnatur der Gesinnungsmerkmale überwiegend umstritten ist und ihre Verwirklichung regelmäßig auch auf das Unrecht ausstrahlt.<sup>40</sup>

Da Habgier zur 1. Gruppe des § 211 II zählt, handelt es sich bei ihr folglich um ein täterbezogenes Merkmal, sodass § 28 anwendbar ist.

69

## b. Habgier als strafbegründendes oder strafscharfendes Merkmal

Ob nun § 28 I oder § 28 II Anwendung findet, hängt wiederum entscheidend davon ab, ob es sich bei der Habgier um ein strafbegründendes (dann § 28 I) oder um ein strafscharfendes (dann § 28 II) Merkmal handelt.

70

- **Strafscharfend** wären die Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe (und damit die Habgier), wenn es sich bei § 211 um eine Qualifikation des § 212 handelte.<sup>41</sup> Folge wäre eine Anwendbarkeit des **§ 28 II**; es läge eine Tatbestandsverschiebung vor, was bedeutete, dass die Strafmodifizierung für den Beteiligten gelten würde, bei dem das besondere persönliche Merkmal vorliegt. Das ist bei F der Fall, sodass zu ihren Ungunsten § 28 II griffe, folgte man der Einordnung des § 211 als Qualifikation zu § 212.
- Handelte es sich bei § 211 hingegen um ein eigenständiges Delikt (*delictum sui generis*)<sup>42</sup>, wären die Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe (und damit die Habgier) konsequenterweise **strafbegründend**. Das führte zur Anwendbarkeit des **§ 28 I**, wenn der Teilnehmer die täterbezogenen Mordmerkmale des Haupttäters zwar kennt, selbst aber nicht erfüllt. Rechtsfolge wäre eine Verschiebung des Strafrahmens, was bedeutet, dass der Teilnehmer trotz fehlenden Mordmerkmals wegen Teilnahme am Mord schuldig zu sprechen, seine Strafe jedoch gem. §§ 28 I, 49 I zu mildern wäre. Da bei F aber gerade das Motivmerkmal der Habgier vorliegt, ist eine Strafrahmensverschiebung zugunsten der F nicht möglich.

Da die beiden Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, ist eine Streitentscheidung erforderlich. Für die Eigenständigkeit des § 211 spricht die systematische Stellung der beiden Vorschriften. Es ist ungewöhnlich, dass eine Qualifikation vor dem Grundtatbestand steht. Außerdem kommt durch den jeweiligen Wortlaut „Mörder“ bzw. „Totschläger“ die grundsätzliche Andersartigkeit der beiden Delikte zum Ausdruck. Daraus allerdings eine eindeutige Stellungnahme des Gesetzgebers zu entnehmen ginge zu weit. Dem lässt sich wiederum entgegenhalten, dass diese Begriffsunterscheidung vor dem Hintergrund der schon seit längerer Zeit zu Recht abgelehnten Lehre vom Tätertyp entstanden ist. Demnach können diese Begriffe nicht der entscheidende Anhaltspunkt sein. Zudem führt die (bisherige) Rechtsprechung des BGH im Einzelfall zwangsläufig zu in sich widersprüchlichen Ergebnissen im Bereich der Teilnahme. Da er die Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe als strafbegründend ansieht, kommt er beim Teilnehmer gegebenenfalls zur Anwendung des § 28 I. Diese Lösung führt aber zu diversen Ungereimtheiten. Wenn beispielsweise der Teilnehmer um das Vorliegen eines Mordmerkmals nicht

71

<sup>40</sup> Wie hier BGH NSTZ-RR **2002**, 139; BGH NJW **2002**, 3559, 3560; *Detter*, NSTZ **2003**, 133; *Lackner/Kühl*, § 28 Rn 9; *Sch/Sch-Cramer/Heine*, § 28 Rn 3 ff., 11; a.A. *Wessels/Beulke*, AT, Rn 559. Da aber auch nach der Gegenauffassung stets eine teilnahmefähige Haupttat vorausgesetzt wird, ändert sich im Ergebnis freilich kaum etwas.

<sup>41</sup> So die einhellige Auffassung im Schrifttum, vgl. nur *Lackner/Kühl*, Vor § 211 Rn 22; *Sch/Sch-Eser*, Vorbem §§ 211 ff. Rn 5; *SK-Horn*, § 211 Rn 2; *LK-Jähnke*, Vor § 211 Rn 39; *Krahl*, JuS **2003**, 57, 60; *Geppert*, Jura **2000**, 651, 654; *Wessels/Hettinger*, BT/1, Rn 69.

<sup>42</sup> So die bisherige Rspr., vgl. nur BGHSt **1**, 235, 238; **1**, 368, 371; **22**, 375, 377; BGH NJW **1998**, 619, 620; BGH NSTZ-RR **2002**, 139; BGH NJW **2002**, 3559, 3560; BGH NJW **2005**, 996, 997; vgl. dazu auch die Übersicht bei *Altwater*, NSTZ **2003**, 21, 22 f. sowie *Otto*, Jura **2004**, 469 ff.

weiß, kann der BGH seine Lösung nicht mehr dogmatisch korrekt herbeiführen, weil der Teilnehmer nicht wegen Teilnahme am Mord und wegen der Eigenständigkeit des § 211 eigentlich auch nicht wegen Teilnahme am Totschlag bestraft werden kann. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, benutzt der BGH eine konditionale Argumentationskette: Er wirft die Frage auf, welche Strafbarkeit vorliegen würde, wenn die Haupttat *kein* Mordmerkmal gehabt hätte. In diesem Fall wäre die fragliche Person wegen Teilnahme am Totschlag zu bestrafen gewesen. Da der Teilnehmer aber nicht besser dastehen darf, wenn der Haupttäter auch Mordmerkmale verwirklicht, wird er so bestraft, als hätte der Haupttäter ohne Mordmerkmale getötet, also gem. §§ 212, 26 (bzw. 27). Auch in Konstellationen, in denen der Teilnehmer ein anderes Mordmerkmal verwirklicht als der Haupttäter, spiegelt sich die dogmatische Schwäche der Rechtsprechung des BGH wider: Wenn beispielsweise der Haupttäter in Verdeckungsabsicht handelt und der Teilnehmer selbst aber einen niedrigen Beweggrund hat, müsste der BGH konsequenterweise gleichwohl zur Strafmilderung nach §§ 28 I, 49 I kommen. Das nur beim Teilnehmer vorliegende Merkmal lässt sich über § 28 I nicht zurechnen. In einer solchen Konstellation „gekreuzter“ Mordmerkmale<sup>43</sup> soll § 28 I indes aus unerfindlichen Gründen nicht anwendbar sein. Ein sachgerechtes und dogmatisch korrektes Ergebnis lässt sich nur mit der h.L. über die Anwendung des § 28 II herbeiführen. Richtigerweise stellt daher der Mord eine Qualifikation zum Totschlag dar.

- 72 Nunmehr hat der 5. Strafsenat des BGH dieses von allen Senaten des BGH bisher ausnahmslos praktizierte Verständnis vom Verhältnis von Mord und Totschlag erstmals in Frage gestellt. In seinem Urteil vom 10.1.2006<sup>44</sup> hält er der bisherigen Rspr. des BGH zum Verhältnis von Mord und Totschlag gerade die eben genannten Argumente entgegen. Die bisherige Rspr. führe zu schwer überbrückbaren Wertungswidersprüchen und unausgewogenen Ergebnissen, widerspreche der sonst üblichen Systematik und sei unnötig kompliziert. Der Mord stelle sich als ein Tötungsunrecht i.S.v. § 212 dar, zu dem (in den Varianten der 1. und 3. Gruppe des § 211 II) lediglich besonders schwerwiegende persönliche Umstände beim Täter hinzuträten. Ein solches Verhältnis entspreche nach der üblichen Systematik demjenigen zwischen Grunddelikt und Qualifikation. Dies werde besonders deutlich, wenn es um die Bewertung des Tatbeitrags von Teilnehmern gehe.

### 3. Ergebnis

- 73 Da die Habgier ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 ist und dieses mit dem hier gefundenen Ergebnis strafscharfend wirkt, kommt es zuungunsten der F zu einer Tatbestandsverschiebung gem. § 28 II. Mithin liegt eine Beihilfe zum Mord nach §§ 211 II Var. 3, 27 I, 28 II vor.

- 74 **Hinweis:** Auf der Basis der noch geltenden Rspr. bietet sich für die Fallbearbeitung folgende Vorgehensweise an:

- Zunächst ist die Strafbarkeit des Haupttäters zu prüfen und die verwirklichten Mordmerkmale sind zu benennen.
- Sodann ist die Strafbarkeit des Teilnehmers zu untersuchen. Dabei darf nicht gleich auf § 28 eingegangen werden, sondern es muss zunächst der objektive und subjektive Teilnahmetatbestand festgestellt werden. Der Grund hierfür liegt darin, dass § 28 zwar eine Akzessorietätslockerung anordnet, nicht aber die allgemeinen Akzessorietätsregeln der §§ 26, 27 beseitigt.
- Als Nächstes erfolgt die Feststellung, dass es sich bei den Mordmerkmalen der 1. und 3. Gruppe des § 211 II um besondere persönliche Merkmale handelt und somit § 28 überhaupt anwendbar ist.

<sup>43</sup> Vgl. dazu R. Schmidt, AT, Rn 1146 ff.

<sup>44</sup> NJW 2006, 1008 ff.

Schließlich ist zu prüfen, ob es zu einer Tatbestandsverschiebung nach § 28 II kommen kann. Das ist nur dann der Fall, wenn § 211 eine Qualifikation des § 212 darstellt. Stellt § 211 gegenüber § 212 dagegen ein eigenständiges Delikt dar, ist allenfalls § 28 I anwendbar. Voraussetzung dafür ist, dass der Teilnehmer von den Mordmerkmalen des Haupttäters weiß (akzessorische Wissenszurechnung), selbst aber keine Mordmerkmale erfüllt.

### III. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte rechtswidrig und schuldhaft.

75

### D. Ergebnis für F

F ist wegen Beihilfe zum Mord gem. §§ 211 I, II Var. 3, 27 I, 28 II strafbar.

76

## 2. Handlungsabschnitt: Das weitere Geschehen im Haus

### - Strafbarkeit des P

#### A. Strafbarkeit des P gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1a oder b, II Nr. 3a

Durch die Ansichnahme der Schlüssel und des Geländewagens sowie das Fahren in Richtung polnische Grenze könnte sich P wegen schweren Raubs gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1a oder b, II Nr. 3a strafbar gemacht haben.

77

### I. Tatbestandsmäßigkeit

#### 1. Objektiver Tatbestand des § 249 I

Dazu müsste P mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben. Bei den Schlüsseln und dem Wagen handelt es sich um bewegliche Sachen. Diese müssten aber auch für P fremd gewesen sein. Fremd sind die Sachen, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters stehen noch herrenlos sind. Die Frage nach dem *Alleineigentum* beantwortet sich ausschließlich nach den Vorschriften des *Bürgerlichen Rechts* über den Erwerb und den Verlust von Eigentum. Nicht im Alleineigentum stehen daher Sachen bei Mit- oder Gesamthandseigentum oder bei Vorbehalts- und Sicherungseigentum.

78

Vorliegend war M zum Zeitpunkt der Tat schon tot, sodass hinsichtlich der Schlüssel und des Wagens eine Herrenlosigkeit angenommen werden könnte. Da bei der Frage nach der Fremdheit jedoch auf die Regelungen des Zivilrechts zurückgegriffen werden muss, kommt die Regelung des § 1922 BGB zum Tragen, wonach das Eigentum auf den oder die Erben, vorliegend F, übergeht. Der Eigentumsübergang nach § 1922 BGB gilt unabhängig von der Kenntnis des Erben (die Möglichkeit der Erbausschlagung soll hier nicht weiter erörtert werden); auf die Besonderheiten der §§ 2339 ff. BGB (Erbenwürdigkeit) kann in Ermangelung entscheidungsrelevanter Informationen nicht weiter eingegangen werden.

Schlüssel und Wagen müssten von P auch weggenommen worden sein. Wegnahme bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.<sup>45</sup> Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache.<sup>46</sup> M war im Zeitpunkt der Wegnahmehandlung bereits tot und konnte folgerichtig auch keinen Gewahrsam mehr ausüben. Solchen hat aber T ausgeübt, da er die Wagenschlüssel bei sich trug. Dieser Gewahrsam erstreckte sich auch auf den draußen stehenden Geländewagen, weil eine

79

<sup>45</sup> Vgl. nur BGH NSTZ **2008**, 624, 625.

<sup>46</sup> BGHSt **8**, 273, 274; **40**, 23; BGH NSTZ **2008**, 624, 625; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 8a; *LK-Rub*, § 242 Rn 17 ff.

Person auch dann Gewahrsam über eine Sache ausübt, wenn ihr die Herrschaftsmacht über die Sache sozial-normativ zugeordnet wird („sozial-normativer Gewahrsamsbegriff“).<sup>47</sup> Das kann bei jemandem, der die Wagenschlüssel bei sich trägt, hinsichtlich des dazugehörigen Wagens angenommen werden.

- 80** P hat den Gewahrsam an Schlüssel und Pkw auch gebrochen, indem er beides an sich nahm und Richtung polnische Grenze fuhr. Eine Wegnahme liegt damit vor.
- 81** Um § 249 I zu verwirklichen, müsste die Wegnahme aber unter Einsatz von „Gewalt gegen eine Person“ oder unter Anwendung von „Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben“ erfolgt sein. In Betracht kommt Gewalt, da P dem T einen Faustschlag versetzte, eine Sektflasche und später auch noch einen Stein auf dessen Kopf schlug und ihn am Stuhl fesselte und unter Gewalt jeder durch körperliche Kraftentfaltung vermittelte Zwang zu verstehen ist, der auch beim Opfer körperlich (und nicht nur psychisch) wirkt und der Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstands dient.
- 82** Wie aus der zitierten Formulierung in § 249 hervorgeht, muss die Gewalt oder Drohung gerade das Mittel sein, das die Wegnahme ermöglicht. Ob damit (ähnlich wie bei §§ 253, 255) ein **Kausalzusammenhang** dergestalt gemeint ist, dass die Nötigung objektiv die Wegnahme ermöglichen muss<sup>48</sup>, lässt sich nicht eindeutig sagen. Fordert man einen Kausalzusammenhang zwischen Nötigung und Wegnahme, ist vorliegend die Annahme eines Raubes fraglich, da P, als er auf T einschlug, ihm die Sektflasche und den Stein über den Schädel zog und ihn an den Stuhl band, noch keine Wegnahmeabsicht hatte. Erst als er das Gebäude verließ, bemerkte er den Geländewagen und entschloss sich, diesen zu entwenden. Insofern wäre die angewendete Gewalt nicht als Mittel der Wegnahme zu verstehen.
- 83** Für ein solches Verständnis des § 249 spricht, dass damit eine einengende Wortlautinterpretation verbunden ist und eine Kollision mit dem Bestimmtheitsgrundsatz von vornherein ausscheidet. Die h.M.<sup>49</sup> versteht den Wortlaut des § 249 jedoch final und lässt es genügen, wenn die Nötigung *zum Zweck der Wegnahme* erfolgt. Danach muss also **objektiv** nur ein bestimmter *räumlich-zeitlicher Zusammenhang* zwischen der Nötigung und der Wegnahme bestehen. **Subjektiv** muss dafür aber ein **Finalzusammenhang** bestehen, d.h. die Nötigung muss zumindest *nach der Vorstellung des Täters* den Zweck haben, die Wegnahme zu ermöglichen (**subjektiv-finales Kriterium**).
- 84** Hinsichtlich der Beantwortung der Frage, welcher Auffassung zu folgen ist, ist ein Vergleich mit dem Wortlaut des § 240 hilfreich. Sowohl in § 240 als auch in § 249 heißt es: „mit Gewalt“. Ist es bei § 240 einhellige Auffassung, dass die Nötigungshandlung kausal für den Taterfolg sein muss<sup>50</sup>, dürfte für § 249 daher an sich nichts anderes gelten. Dennoch hat sich die subjektiv-finale Auslegung durchgesetzt. Hauptgrund dürfte sein, dass bei einem Raub selbst bei einem aussagetüchtigen Zeugen (i.d.R. das Opfer) nachträglich nur schwer feststellbar ist, ob die ausgeübte Gewalt oder die angewendete Drohung tatsächlich erst die Wegnahme ermöglichte oder ob das Opfer schon vorher zu eingeschüchtert war, um bei der Wegnahme Widerstand zu leisten. Der Täter wäre dann in dubio pro reo lediglich wegen versuchten (schweren) Raubs (mit der fakultativen

<sup>47</sup> Vgl. dazu *Schmidt/Priebe*, BT II, Rn 33.

<sup>48</sup> So vertreten von NK-*Kindhäuser*, § 249 Rn 28 ff.; SK-*Günther*, § 249 Rn 36 u. 43; *Joeks*, § 249 Rn 22.

<sup>49</sup> BGHSt 4, 210, 211; 18, 329, 331; 30, 375, 377; 41, 123, 124; BGH NSTZ-RR 2002, 304, 305; NSTZ 2003, 431, 432; NSTZ 2004, 152, 153; NJW 2008, 3651 f.; NSTZ 2009, 325 f.; *Walter*, NSTZ 2004, 153; *Lackner/Kühl*, § 249 Rn 4; *Sch/Sch-Eser*, § 249 Rn 7; *Fischer*, § 249 Rn 6; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 322.

<sup>50</sup> Vgl. nur BGH NSTZ 2004, 385, 386; *Fischer*, § 240 Rn 55.

Strafmilderung nach § 23 II) in Tateinheit mit den genannten anderen Delikten zu bestrafen.<sup>51</sup>

Ob Beweisschwierigkeiten über die Auslegung eines Straftatbestands entscheiden können, ist jedenfalls dann zweifelhaft, wenn die besseren Argumente ein anderes Ergebnis (hier: Erfordernis eines Kausalzusammenhangs) verlangen.

**Hinweis:** Dem Leser wird nicht entgangen sein, dass der nach h.M. erforderliche, aber auch ausreichende Finalzusammenhang, bei dem es ja auf die Sicht des Täters ankommt, im Rahmen des objektiven Tatbestands geprüft wurde. Eine solche „Durchmischung“ von objektiven und subjektiven Merkmalen lässt sich aber nicht vermeiden, wenn man mit der h.M. die Gesetzesfassung des § 249 I final versteht, zumal das Kriterium „mit Gewalt“ den objektiven Tatbestand des Raubs entscheidend prägt. In jedem Fall dürfte klar geworden sein, dass der Raub den Einsatz des Nötigungsmittels vor der Vollendung des Diebstahls fordert.<sup>52</sup>

Aber auch wenn man der h.M. folgt, die einen Finalzusammenhang genügen lässt, ist fraglich, ob dieser im vorliegenden Fall gegeben ist. Denn P hatte im Zeitpunkt der genannten Gewaltausübung noch keinen Wegnahmeentschluss bezüglich der Schlüssel und des Geländewagens gefasst. Die von P ausgeübte Personengewalt diente ihm somit nicht als Mittel zur Wegnahme. Es fehlte insoweit die finale Verknüpfung.

Möglicherweise gilt jedoch etwas anderes, wenn man auf den Zeitpunkt abstellt, in dem P dem gefesselten T Schlüssel und Fahrzeug wegnahm. Feststehen dürfte: Fasst der Täter einen Wegnahmeentschluss während der noch **fortdauernden Gewaltanwendung**, verwirklicht er einen Raub, weil er die zunächst zu anderen Zwecken verübte Gewalt aufgrund eines neuen Tatentschlusses unter **aktiver Aufrechterhaltung der körperlichen Zwangswirkung** nunmehr als Mittel zum Zweck der Wegnahme **benutzt**.<sup>53</sup> Fraglich ist allerdings, ob beim Bestehlen eines zuvor gefesselten Opfers überhaupt von einer zum Zweck der Wegnahme eingesetzten fortdauernden Gewaltanwendung ausgegangen werden kann oder ob in einem solchen Fall lediglich die andauernden faktischen Wirkungen der zuvor **raubneutral**, d.h. ohne Wegnahmevorsatz verübten Gewalt lediglich **ausgenutzt** werden.

- In der Literatur wird teilweise vertreten: Dadurch, dass der Täter aufgrund seines vorangegangenen pflichtwidrigen Tuns verpflichtet sei, die von der Fesselung ausgehenden körperlichen Zwangswirkungen zu beenden, könne die pflichtwidrige Nichtbeendigung der Gewaltsituation als ein der fortdauernden aktiven Gewaltanwendung entsprechendes **Unterlassen** (§ 13 I) angesehen werden. Setze der Täter dieses begehungsgleiche Unterlassen zur Verwirklichung seiner Wegnahmeabsicht ein, werde er sodann genauso zum Räuber, als hätte er sein Opfer mit nachträglich hinzutretendem Wegnahmevorsatz fortlaufend misshandelt.<sup>54</sup>

P hat die von ihm zuvor geschaffene Situation – zwar lediglich, aber immerhin – ausgenutzt, sodass er nach der genannten Auffassung den objektiven Tatbestand des § 249 I verwirklicht hat.

- Diese dogmatisch durchaus mögliche Unterlassungstäterschaft wird jedoch von der h.L. **abgelehnt**. Sie passe nicht zu der finalen Struktur des Raubtatbestands. Denn wer eine Sache lediglich mit dem Bewusstsein wegnehme, eine Zwangslage beseitigen zu müssen,

<sup>51</sup> Vgl. *Jahn*, JuS **2008**, 741, 742.

<sup>52</sup> Freilich ist zu beachten, dass der BGH das Beisichführen qualifizierender Raubmittel i.S.d. § 250 auch während der Beendigungsphase zulässt, vgl. dazu *Schmidt/Priebe*, BT II, Rn 207/391.

<sup>53</sup> *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 334.

<sup>54</sup> *Sch/Sch-Eser*, § 249 Rn 6; *Lackner/Kühl*, § 249 Rn 4; *Mitsch*, BT 2/1, § 3 Rn 26; *Jakobs*, JR **1984**, 385, 386; *Seelmann*, JuS **1986**, 203; *Schünemann*, JA **1980**, 349 ff.

könne nicht mit dem aktiv gewalttätigen Täter gleichgestellt werden. Eine andere Auffassung sei mit der „Entsprechungsklausel“ des § 13 I Halbs. 2 kaum vereinbar.<sup>55</sup>

Auf der Grundlage dieser Auffassung hat P somit *nicht* den objektiven Tatbestand des Raubs verwirklicht.

- 91 ■ Der BGH hatte vor geraumer Zeit über einen ähnlichen Fall (Einsperren des Hotelrezeptionisten in ein Hinterzimmer, um anschließend ohne zu bezahlen das Hotel verlassen zu können) zu entscheiden, hat dabei aber die Möglichkeit der Gewaltanwendung durch Unterlassen nicht erwähnt.<sup>56</sup>
- 92 ■ Nun aber sah sich der BGH veranlasst, zur genannten Problematik Stellung zu beziehen. Die Auffassung, dass das Ausnutzen einer ohne Wegnahmevorsatz begonnenen andauernden Freiheitsberaubung zum Zweck der Wegnahme schon sprachlich nicht als „Gewalt“ angesehen werden könne oder dass jedenfalls der Raubtatbestand von seiner Struktur her ein aktives Handeln erfordere, überzeuge in dieser Allgemeinheit nicht. Sie sei – worauf *Jakobs* zu Recht hinweise (JR 1984, 385, 386) – naturalistischen Bildern der Gewaltausübung verhaftet. Dass **Gewalt durch Unterlassen** jedenfalls dann verwirklicht werden könne, wenn körperlich wirkender Zwang aufrechterhalten oder nicht gehindert werde, entspreche im Übrigen der h.M. zum Nötigungstatbestand des § 240. Das Abstellen allein auf die aktive Gewaltanwendung werde aber auch dem Charakter der Freiheitsberaubung als Dauerdelikt nicht gerecht. Wer einen anderen einschleife oder fessele, übe gegen diesen Gewalt aus, und zwar in Form von vis absoluta. Durch das Aufrechterhalten des rechtswidrigen Zustands, den der Täter zurechenbar bewirkt habe, setze sich – anders als etwa beim Niederschlagen des Opfers – die Gewalthandlung fort. Beendet sei sie erst mit dem Aufschließen oder dem Lösen der Fesselung. Ob dieses Verhalten, das auf eine schuldhaft Verursachung eines rechtswidrigen Zustands durch den Täter aufbaut, als Gewaltanwendung durch positives Tun oder durch Unterlassen bei aus Ingerenz folgender Garantenpflicht des Täters anzusehen sei, bedürfe vorliegend keiner Entscheidung. Denn auch wenn der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit im Unterlassen gesehen werde, bestünden gegen die Annahme eines Raubs durch Ausnutzung einer durch Freiheitsberaubung (mit anderer Zielrichtung) geschaffenen Zwangslage keine Bedenken. Auch soweit in der Literatur teilweise vertreten werde, dass es jedenfalls an der Finalität des Nötigungsverhaltens fehle<sup>57</sup>, stelle sich dies letztlich nur als Konsequenz des verkürzten Gewaltbegriffs dar, wonach Gewalt nur als aktives Handeln begriffen werde. Tatsächlich schlossen sich Unterlassen und Finalität nicht aus. Durchaus könne der Unterlassungstäter die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustands wollen, um die Wehrlosigkeit des Opfers zur Wegnahme auszunutzen. Auch der Einwand, dass der Unrechtsgehalt bei einem so begangenen Raub nicht dem der aktiven Tatbestandsverwirklichung entspreche, erscheine jedenfalls für Fallgestaltungen wie der vorliegenden nicht begründet. Gerade wenn – wie hier – die aus anderen Gründen erfolgte Gewaltanwendung durch positives Tun und die Ausnutzung zur Wegnahme durch den Täter, der das Opfer durch die Fesselung in seine Gewalt gebracht hatte, zeitlich und räumlich dicht beieinanderliegen, könne von einem unterschiedlichen Unrechtsgehalt je nachdem, wann sich der Täter zur Wegnahme entschlossen hat, nicht ausgegangen werden.<sup>58</sup>
- 93 Folgt man der Auffassung des BGH, ergeben sich keine Unterschiede zur zuerst genannten Mindermeinung in der Literatur. P hat die Schlüssel und den Wagen gewaltsam weggenommen, indem er die von ihm zuvor geschaffene und fortwirkende Zwangslage ausnutzte. Mithin liegt der objektive Tatbestand des § 249 I vor.

<sup>55</sup> Müko-Sander, § 249 Rn 32; LK-Herdeggen, § 249 Rn 16; SK-Günther, § 249 Rn 34; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 333-336; Krey/Hellmann, BT II, Rn 193. Nach Joerden, JuS 1985, 20, 27 kennt die deutsche Sprache ausschließlich ein gewaltsames Handeln, ein gewaltsames Unterlassen kenne sie nicht. Vgl. zum Ganzen auch Walter, NStZ 2005, 240 ff.

<sup>56</sup> BGHSt 32, 88, 92.

<sup>57</sup> NK-Kindhäuser, § 249 Rn 36-38; Graul, Jura 2000, 204, 205.

<sup>58</sup> BGHSt 48, 365, 368 f.

**Hinweise:**

- Die h.M. fordert keinen Kausalzusammenhang zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme. Objektiv muss nur ein bestimmter *räumlich-zeitlicher Zusammenhang* zwischen der Nötigung und der Wegnahme bestehen. Subjektiv muss dafür aber ein Finalzusammenhang bestehen, d.h. die Nötigung muss zumindest *nach der Vorstellung des Täters* den Zweck haben, die Wegnahme zu ermöglichen (*subjektiv-finales Kriterium*).
- Dieser nach h.M maßgebliche Finalzusammenhang besteht auch dann, wenn eine zuvor ausgeübte *Gewalt* als aktuelle *Drohung erneuter Gewaltanwendung* fortwirkt.<sup>59</sup> Die finale Verknüpfung ist aber fraglich und i.d.R. zu **verneinen**, wenn der Täter den Wegnahmeentschluss erst zu einem Zeitpunkt fasst, in dem die aus anderen Gründen verübte Gewaltanwendung selbst nicht mehr andauert, sondern allenfalls noch in der Weise fortwirkt, dass sich das Opfer im Zustand allgemeiner Einschüchterung befindet.<sup>60</sup>
- Fraglich ist schließlich, ob es auch an dem nach h.M. maßgeblichen Finalzusammenhang **fehlt**, wenn die Wegnahme nur „gelegentlich“ der Nötigungshandlung erfolgt oder wenn der Täter zunächst **ohne Wegnahmevorsatz nötigt** und die Situation anschließend (lediglich) **ausnutzt** (Problem der Raubgewalt durch **Unterlassen**). Diese Problematik war Gegenstand des vorliegenden Falls.

**2. Subjektiver Tatbestand des § 249 I**

P handelte in Bezug auf die objektiven Tatbestandsmerkmale vorsätzlich und in der Absicht, sich Fahrzeug und Schlüssel rechtswidrig zuzueignen. Demzufolge hat er auch den subjektiven Tatbestand des Raubs verwirklicht.

95

**3. Objektiver Tatbestand des § 250 I Nr. 1a Var. 2 oder 1b**

Die Tat könnte nach § 250 I Nr. 1a oder 1b als schwerer Raub qualifiziert sein. Ein Anknüpfen an die Sektflasche oder den Stein als „gefährliches oder sonstiges Werkzeug“ ist nicht möglich, da sich hierdurch eine die Wegnahme ermöglichende Freiheitsberaubung nicht ergab.<sup>61</sup>

96

Als taugliches Tatmittel kommen aber die Kabelschlingen in Betracht. Diese könnten ein „anderes“ gefährliches Werkzeug i.S.d. § 250 I Nr. 1a Var. 2 sein. Gefährlich ist ein Werkzeug, das nach objektiver Beschaffenheit und nach Art der Benutzung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.<sup>62</sup>

97

Prägend für die Gefährlichkeit des Werkzeugs ist zunächst einmal, dass dieses „andere“ Werkzeug eine (objektive) Gefährlichkeit aufweisen muss, die der einer ebenfalls in der Vorschrift genannten *Waffe* im Wesentlichen nicht nachsteht, also ebenfalls ein erhebliches Verletzungspotential aufweist, ohne jedoch eine Waffe im technischen Sinn darzustellen. Diese erhöhte objektive Gefährlichkeit liegt etwa nahe bei Schneide- und Stichwerkzeugen (Teppichmesser o.ä.), Handwerksgeräten (Hammer, größerer Schraubenzieher, Meißel, Stemmeisen) und Schlaggeräten (Metallstangen oder -rohre, Baseballschläger, Ketten usw.). Nicht unter den Begriff des gefährlichen Werkzeugs fällt etwa ein Schnürsenkel, mit dem das Opfer gefesselt wird und welches dabei lediglich leichte Verletzungen davonträgt. Denn bei dieser Art der konkreten Verwendung ist der Schnürsenkel weder geeignet, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen, noch besteht

98

<sup>59</sup> Vgl. zu dieser Konstellation *Schmidt/Priebe*, BT II, Rn 350.

<sup>60</sup> Vgl. zu dieser Konstellation *Schmidt/Priebe*, BT II, Rn 351.

<sup>61</sup> So auch BGH NSTZ **2004**, 152, 153 in dem Fall, an den der vorliegende angelehnt ist.

<sup>62</sup> BGH NSTZ **2007**, 405; NSTZ **2002**, 597, 598; NSTZ **2002**, 594 und 30; NZV **2001**, 352; *Ellbogen*, JuS **2002**, 151, 155; *Sch/Sch-Stree*, § 224 Rn 4; *Lackner/Kühl*, § 224 Rn 5; *LK-Lilie*, § 224 Rn 20; *Wallschläger*, JA **2002**, 390, 393; *Baier*, JA **2003**, 362, 363.

eine mit einer Waffe vergleichbare Gefährlichkeit.<sup>63</sup> Dasselbe kann hinsichtlich der Kabelschlingen angenommen werden.

- 99 Diese könnten aber „sonst ein Werkzeug oder Mittel“ i.S.d. § 250 I Nr. 1b sein, um den Widerstand durch Gewalt zu verhindern.
- 100 Im Rahmen der Nr. 1b sind Werkzeuge oder Mittel gemeint, die objektiv keine Gefährlichkeit i.S.d. § 250 I Nr. 1a aufweisen, jedoch vom Täter mit der Absicht bei sich geführt werden, erforderlichenfalls zur Überwindung von Widerstand eingesetzt zu werden. Als taugliche Tatmittel in diesem Sinne kommen bspw. Handschellen, Klebeband, Schnüre, Kabelstücke und Tücher sowie andere objektiv ungefährliche Werkzeuge/Mittel in Betracht, die eingesetzt werden (sollen), um Widerstand „durch Gewalt“ zu überwinden, und sei es auch nur als Fesselungs- und Knebelwerkzeuge.<sup>64</sup>
- 101 Nur durch den Einsatz der Kabelschlingen als Fesselungsmittel konnte eine fortdauernde Zwangslage geschaffen werden. Mithin liegen die Voraussetzungen des § 250 I Nr. 1b vor.

#### **4. § 250 II Nr. 3a – schwere körperliche Misshandlung**

- 102 Fraglich ist weiter, ob nicht auch die Voraussetzungen des § 250 II Nr. 3a vorliegen. Dann müsste P den T bei der Tat körperlich schwer misshandelt haben. Da diesbezüglich nur an die Fesselung mittels der Kabelschlingen anzuknüpfen ist, muss eine schwere körperliche Misshandlung ausscheiden. Nicht durch die Fesselung, sondern durch die vorhergehenden körperlichen Misshandlungen wurde T erheblich verletzt. Diese sind jedoch nicht Mittel der Wegnahme gewesen (s.o.). Fortwirken konnte nur die Fesselung.

#### **5. Subjektiver Tatbestand des § 250 I Nr. 1b**

- 103 P handelte vorsätzlich.

#### **II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

- 104 P handelte rechtswidrig und schuldhaft.

#### **III. Ergebnis**

- 105 P ist wegen schweren Raubes gem. §§ 249, 250 I Nr. 1b strafbar.

#### **B. Strafbarkeit des P gem. § 123**

- 106 P hat sich wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 I strafbar gemacht, indem er das nunmehr der F zustehende Hausrecht verletzt hat.

#### **C. Strafbarkeit des P gem. §§ 223 I, 224 Nr. 2 und 5**

- 107 Durch den Faustschlag und die Schläge mit der Sektflasche und dem Stein auf den Kopf des T hat sich P wegen gefährlicher Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs und einer das Leben gefährdenden Behandlung strafbar gemacht, §§ 223, 224 I Nr. 2 und 5. Die Körperverletzungshandlungen sind im Sinne einer tatbestandlichen Bewertungseinheit als eine Handlung anzusehen.

---

<sup>63</sup> BGH NSTZ 2002, 594 (mit Bespr. v. *Baier*, JA 2003, 362). Möglicherweise liegt aber eine „das Leben gefährdende Behandlung“ i.S.v. § 224 I Nr. 5 vor, sofern das Opfer über eine längere Zeit ohne Flüssigkeitszufuhr gefesselt wird.

<sup>64</sup> Vgl. BT-Drs. 13/9064, S. 18; SK-*Günther*, § 250 Rn 20; *Lackner/Kühl*, § 244 Rn 4; *Fischer*, § 244 Rn 10; *Renner*, BT I, § 4 Rn 26.

**D. Strafbarkeit des P gem. § 239 I Var. 2**

Durch die Fesselung des T hat sich P wegen Freiheitsberaubung gem. § 239 I Var. 2 strafbar gemacht. **108**

**E. Ergebnis und Konkurrenzen für P**

Der schwere Raub und die Freiheitsberaubung stehen in Tateinheit zueinander. Die gefährliche Körperverletzung und der Hausfriedensbruch stehen in Tatmehrheit hierzu. **109**

## Fazit zum Fall

- 110 Die vorliegende Klausur setzt sich in erster Linie mit der Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit sowie mit den Grundsätzen der mittelbaren Täterschaft, der Anstiftung und der Beihilfe auseinander. Auch eine Tatbestandsverschiebung nach § 28 II im Rahmen der Beihilfe war zu problematisieren.

## Weiterführende Hinweise zu den behandelten Themen

### I. Erläutern Sie Sinn und Zweck von Strafe und die Straftheorien!

- 111 Strafe stellt eine Antwort auf die begangene schuldhaftige Tat dar. Das geht unproblematisch aus dem gesetzlichen Rechtsfolgesystem hervor, das der Gesetzgeber in §§ 38 ff. i.V.m. der jeweiligen Strafandrohung des konkreten Tatbestands aufgestellt hat. Fraglich ist sind lediglich, welchen Zwecken die Strafe dienen soll.
- 112 Die **absoluten Straftheorien** sind zweckfrei, da sie ihre Legitimation allein aus dem Grund (der Straftat) beziehen. Sie suchen nach keinem Zweck und sind deshalb absolut. Sie möchten entweder das durch die Handlung des Täters geschaffene Unrecht durch die Strafe aufwiegen (so die **Vergeltungstheorie**) oder erreichen, dass der Täter die Tat „sühne“, um sein Fehlverhalten wiedergutzumachen (so die „**Sühnethorie**“). Der Vorteil der absoluten Straftheorien besteht darin, dass sich die Strafe nach der begangenen Tat richtet („Auge um Auge“). Dies kann richterliche Willkür verhindern. Jedoch fehlen die Aspekte der Resozialisierung und Prävention hier vollkommen. Die verhängte Strafe hindert den Täter nicht notwendigerweise, weitere Straftaten zu verüben.
- 113 Die **relativen Strafzwecktheorien** hingegen sind präventiv orientiert und unterteilt in Generalprävention und Spezialprävention.
- Die **Generalprävention** zielt auf die Gesellschaft ab und unterteilt sich weiter in positive und negative Generalprävention:
    - Die positive Generalprävention soll das Vertrauen der Gesellschaft in die Rechtsordnung stärken.
    - Die negative Generalprävention soll die Gesellschaft von der Begehung einer Tat abschrecken, indem ins Bewusstsein gerufen wird, welche Strafen folgen können.
  - Die **Spezialprävention** zielt auf den Täter selbst ab und unterteilt sich (ebenfalls) in positive und negative Spezialprävention:
    - Die positive Spezialprävention soll zur Besserung des Täters und seiner Resozialisierung führen. Ihm soll gerade in Aussicht gestellt werden, dass er nach Verbüßung der Strafe ein „normales“ Leben führen kann.
    - Die negative Spezialprävention möchte die Allgemeinheit vor dem Täter schützen und den Täter durch Strafe davon abbringen, nochmals eine Tat zu begehen.
- § 46 stellt auf eine Vereinigung dieser Theorien ab („Vereinigungstheorie“).
- ⇒ Vgl. näher *R. Schmidt*; AT, Rn 12 ff.

## II. Was versteht man unter „Garantiefunktion des Strafrechts“?

Art. 103 II GG (vgl. auch § 7 I EMRK, §§ 1 u. 2 StGB) bestimmt, dass eine Person nur dann bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit (d.h. der gesetzliche Tatbestand einer Strafnorm und die Rechtsfolgen) gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde (**keine Strafe ohne Gesetz** – *nulla poena/nullum crimen sine lege*). Aus dieser Verfassungsbestimmung werden allgemein vier Unterprinzipien abgeleitet<sup>65</sup>:

114

- das Rückwirkungsverbot,
- das Bestimmtheitsgebot,
- das Verbot strafbegründenden oder strafschärfenden Gewohnheitsrechts und
- das Verbot strafbegründender oder strafschärfender Analogie.

⇒ Vgl. näher *R. Schmidt*, AT, Rn 16 ff.

## III. Erläutern Sie das Rechtsfolgensystem des StGB! Welche Strafen und Maßregeln kennt das StGB?

Das StGB sieht in den §§ 38 ff. ein zweispuriges, **dualistisches Rechtsfolgensystem** vor. Danach stehen den Strafen die Maßregeln der Besserung und Sicherung gegenüber.

115

- Die **Strafe** stellt die Antwort auf die begangene schuldhaftige Tat dar. Sie dient dem Schuldausgleich und der Vorbeugung (s.o.). Kommt eine **Strafe** in Betracht, ist zwischen den drei Hauptstrafen **Freiheitsstrafe** (§§ 38 f.), **Geldstrafe** (§§ 40-43) und **Vermögensstrafe** (§ 43a)<sup>66</sup> zu unterscheiden. **Nebenstrafe** ist das Fahrverbot (§ 44). Zu den **Nebenfolgen** des Verlustes der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts vgl. §§ 45 ff.
- Da das Strafrecht ein Schuldstrafrecht ist (Voraussetzung für eine Strafe ist die Schuld des Täters – *nulla poena sine culpa*)<sup>67</sup>, kann es vorkommen, dass ein tatbestandliches und rechtswidriges Täterverhalten strafrechtlich nicht sanktioniert werden kann. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tat **nicht schuldig** war. Um dennoch dem Schutzbedürfnis der übrigen Bevölkerung nachzukommen und dem Täter eine Resozialisierungsmöglichkeit zu eröffnen, sieht das StGB in den §§ 61 ff. ein System von **Maßregeln der Besserung und Sicherung** vor.

Wichtigste **Maßregeln** sind

- ⇒ die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63),
- ⇒ die Sicherungsverwahrung (§ 66)<sup>68</sup>,
- ⇒ die Entziehung der Fahrerlaubnis (§§ 69)
- ⇒ und das Berufsverbot (§ 70).

**Maßnahmen** sind

- ⇒ der Verfall (§§ 73 ff.),
- ⇒ die Einziehung (§§ 74 ff.)
- ⇒ und die Unbrauchbarmachung (§ 74d).

Gegen Strafunmündige dürfen Maßregeln nach §§ 61 ff. nicht angeordnet werden. Gegen Kinder, die rechtswidrige Taten begangen haben, kommen aber Maßnahmen nach §§ 1631 III, 1666 BGB oder nach dem SGB VIII in Betracht.

<sup>65</sup> Vgl. nur *Gropp*, AT, § 2 Rn 7 ff.; *Sch/Sch-Eser*, § 1 Rn 1 ff.; *Fischer*, § 1 Rn 1 ff.

<sup>66</sup> Zu beachten ist, dass das BVerfG § 43a für verfassungswidrig und nichtig erklärt hat (BGBl I 2002, S. 1340).

<sup>67</sup> BVerfGE 23, 127, 132. Vgl. auch *Werle*, JuS 2001, L 49, 51.

<sup>68</sup> Vgl. dazu BGH NSTz 2002, 535 f., 536 f. und 537 f.

#### IV. Was bedeuten Kausalität und Zurechnung bei Erfolgsdelikten?

- 116 Bei den Erfolgsdelikten wie z.B. Mord, Totschlag und Körperverletzung muss zwischen der Handlung und dem konkreten Erfolg ein Kausalzusammenhang (Verursachungszusammenhang) bestehen. Das geht zwar nicht explizit aus den Strafnormen hervor, erklärt sich aber von selbst, wenn man bedenkt, dass jemand nur dann Täter sein kann, wenn sich der in der Außenwelt sichtbare Erfolg auf den Täter zurückführen lässt. Ein Kausalzusammenhang muss nur dann nicht bestehen, wenn der Taterfolg des in Frage kommenden Delikts kein Außenweltereignis voraussetzt (wie das bei den schlichten Tätigkeitsdelikten wie beispielsweise dem Meineid, § 154, der Fall ist).
- 117 Bei der Frage, ob ein bestimmtes Täterverhalten den Taterfolg verursacht hat, ist die im Strafrecht als maßgeblich angesehene **Äquivalenztheorie** (Bedingungstheorie) von Bedeutung. Nach dieser Theorie ist jede Handlung ursächlich für den Eintritt eines Erfolgs, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Form entfele (*conditio sine qua non*).<sup>69</sup> Kennzeichnend dabei ist, dass alle Bedingungen **gleichwertig** (äquivalent) sind, wenn sie für den konkreten Erfolgseintritt auch nur **mitursächlich** sind. Es gibt also keine „überwiegenden“ Bedingungen. Konsequenz dieses Ansatzes ist, dass der Ursachenkreis sehr weit gefasst ist und auch ganz atypische, unwahrscheinliche Kausalverläufe zur Bejahung der Kausalität führen.

**Beispiel:** Wenn Autofahrer A den Fußgänger F aufgrund eines Verkehrsunfalls tödlich verletzt, ist nicht nur das Autofahren des A für den Tod des F äquivalent kausal, sondern auch das Verhalten von A's Eltern, nämlich dergestalt, dass sie A gezeugt bzw. geboren haben. Dass im vorliegenden Fall A's Eltern strafrechtlich nicht verantwortlich sein können, kann keinem vernünftigen Zweifel unterliegen.

- 118 Da die Äquivalenztheorie zu weit greift, bedarf sie einer Korrektur. Hierzu vertritt die herrschende Literatur die **Lehre von der objektiven Zurechnung**. Ausgangspunkt dieser Lehre ist die Prämisse, dass bei der Kausalität nur ein Bedingungs-zusammenhang als *naturwissenschaftliche* Mindestvoraussetzung zwischen Handlung und Erfolg geprüft wird, während im Rahmen eines Zurechnungszusammenhangs *normativ* (also wertend) festgestellt wird, ob sich der Erfolg als das „Werk des Täters“ darstellt. Die Grundformel, deren Prüfung sich demnach unmittelbar an die Kausalitätsfeststellung anschließt, lautet allgemein:

**Objektiv zurechenbar** ist ein Erfolg dem Täter dann, wenn dieser eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich gerade im konkreten Erfolg realisiert.<sup>70</sup>

- 119 So ist der Erfolg dem Täter nur dann zuzurechnen, wenn er **nicht völlig außerhalb dessen liegt, was nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung noch in Rechnung zu stellen ist**.<sup>71</sup>

**Beispiel 1:** Auf dem Weg ins Krankenhaus wird O infolge der durch T mit Tötungsvorsatz herbeigeführten Schussverletzung ohnmächtig und erstickt infolge einer Unachtsamkeit des Begleitpersonals am eigenen Erbrochenen. **Variante:** O stirbt nach gelungener Operation an einer Wundinfektion.

In diesen Fällen hat sich der konkrete Erfolg erst durch das Hinzukommen weiterer, an das vorausgegangene Kausalgeschehen anknüpfender Komplikationen, ja sogar durch das

<sup>69</sup> Ganz herrschend; vgl. nur die st. Rspr. seit BGHSt 1, 332 (aus jüngerer Zeit etwa BGH NStZ 2001, 29, 30), und aus der Lit. *Rothenfußer*, Kausalität und Nachteil, 2003, S. 13 ff.; *Gropp*, AT, § 5 Rn 13; *Fischer*, Vor § 13 Rn 21; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 156.

<sup>70</sup> Vgl. *Jescheck/Weigend*, AT, § 28 IV; *SK-Rudolphi*, vor § 1 Rn 57; *Gropp*, AT, § 5 Rn 40 ff.; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 179; *Fischer*, Vor § 13 Rn 25; *Sch/Sch-Lenckner/Eisele*, Vorbem §§ 13 ff. Rn 91 ff.

<sup>71</sup> Vgl. BGH NJW 2002, 1057; *Otto*, Jura 2001, 275, 276; *Trüg*, JA 2001, 365; *Roxin*, AT, § 11 Rn 63; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 196; vgl. auch *Fischer*, Vor § 13 Rn 25.

Fehlverhalten Dritter verwirklicht. Dass aber ein Verletzter bewusstlos wird und in diesem Zustand am Erbrochenen erstickt, steht nicht völlig außerhalb dessen, was nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung noch in Rechnung zu stellen ist. Gleiches gilt für das Erlangen der (tödlichen) Wundinfektion. Der darauf beruhende Tod des O ist T als Verursacher objektiv zuzurechnen (etwas anderes würde nur bei grober Fahrlässigkeit des Begleitpersonals bzw. des behandelnden Arztes gelten).<sup>72</sup>

**Beispiel 2:** Beabsichtigt der Täter, das Opfer zunächst mit Schlägen wehrlos zu machen und sodann durch die Injektion von Luft zu töten, tritt der Tod aber bereits durch die Schläge ein, ohne dass die Injektion ursächlich wird, liegt ebenfalls eine **unbeachtliche Abweichung** des Kausalverlaufs vor. Der Täter macht sich wegen vollendeten Totschlags, nicht etwa wegen Totschlagversuchs in Tateinheit mit Körperverletzung mit Todesfolge strafbar. Die Divergenz zwischen Vorstellung und Wirklichkeit ist unbeachtlich, weil beide Kausalverläufe gleichwertig sind.<sup>73</sup>

**Gegenbeispiel:** T wird von seinem Onkel O als Alleinerbe eingesetzt. Da er aber nicht bis zum natürlichen Todeseintritt seines Onkels warten möchte, überlegt er, wie er dessen Tod herbeiführen kann, ohne in Verbindung mit dem Todeseintritt gebracht zu werden. Er überredet O zu häufigen Flugreisen in der Hoffnung, dass über kurz oder lang eine Maschine abstürzen wird. Bereits beim fünften Flug hat er „Glück“. Die Maschine, in der sich O befindet, stürzt aufgrund eines für T nicht vorhersehbaren Unwetters ab. Alle an Bord befindlichen Personen kommen ums Leben.

Hier findet keine Erfolgszurechnung statt, weil sich durch den Flugzeugabsturz nur das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht hat. Der Flugzeugabsturz stand außerhalb von T's Beherrschungsvermögen.<sup>74</sup> Aus demselben Grund liegt auch eine Strafbarkeit wegen Versuchs nicht vor.

Eine wichtige Fallgruppe, in der die objektive Zurechnung eine entscheidende Rolle spielt, ist die **eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung** des Opfers. 120

**Beispiel:** O ist heroinabhängig. Nachdem er wieder zu etwas Geld gekommen ist, bekommt er von T – einem Drogendealer – eine bestimmte Menge Heroin nebst Spritze überreicht. Dabei weist T ihn darauf hin, dass es sich bei dem Heroin um solches sehr reiner Qualität handele, dessen Genuss sehr gefährlich sei. Trotz dieser Warnung injiziert sich O eine Heroinmenge, die seinen Tod herbeiführt.

Sofern O eigenverantwortlich handelte, kann sein Tod T nicht zugerechnet werden. Dieser ist dann weder nach § 212 noch nach § 222 strafbar.

Der BGH hat sich bis auf die Fälle der Fahrlässigkeit und der **eigenverantwortlichen Selbstschädigung und -gefährdung** nicht der Lehre von der objektiven Zurechnung angeschlossen, sondern korrigiert unbillige Ergebnisse bei den Vorsatzdelikten im Rahmen des Vorsatzes. Danach ist der Vorsatz nur zu bejahen, wenn sich die Abweichung des wirklichen Kausalverlaufs vom vorgestellten Kausalverlauf noch in den Grenzen des **nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren hält und keine andere Bewertung der Tat rechtfertigt**.<sup>75</sup> Weicht der wirkliche Kausalverlauf jedoch wesentlich vom vorgestellten ab, ist dieser wesentlich abweichende Kausalverlauf nicht mehr vom Vorsatz umfasst und lässt diesen nach § 16 I S. 1 entfallen. Es liegt ein sog. „Irrtum über den Kausalverlauf“ vor. 121

---

<sup>72</sup> *Wessels/Beulke*, AT, Rn 152.

<sup>73</sup> Vgl. BGH NSTZ **2002**, 475, 476; *Altwater*, NSTZ **2003**, 21.

<sup>74</sup> Vgl. nur *Gropp*, § 5 Rn 43; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 184.

<sup>75</sup> Ganz herrschend, vgl. nur BGHSt **7**, 325, 329 (Blutausch); **14**, 193, 194 (Jauchegrube); **23**, 133, 135; **38**, 32, 34; BGH NSTZ **2001**, 29, 30 (Gnadenschuss II); BGH NJW **2002**, 1057 (mit Bespr. v. *Fad*, JA **2002**, 745); *Altwater*, NSTZ **2003**, 21; *Sch/Sch-Cramer/Sternberg-Lieben*, § 15 Rn 55. Vgl. auch *Henn*, JA **2008**, 843, 857 f.

- 122 Zu beachten ist aber, dass die Kriterien, die zum Irrtum über den Kausalverlauf und damit zum Vorsatzausschluss führen, *dieselben* sind wie diejenigen, die die objektive Zurechnung aufgrund eines atypischen Kausalverlaufs entfallen lassen. Folgt man also der Lehre von der objektiven Zurechnung und verneint den objektiven Tatbestand, weil sich der Kausalverlauf nicht mehr in den Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren hält, kann es auch keinen Irrtum über den Kausalverlauf geben, der zum Vorsatzausschluss führt.<sup>76</sup>

⇒ Vgl. näher *R. Schmidt*, AT, Rn 144 ff. und 164 ff.

## V. Erläutern Sie den Vorsatz!

- 123 Eine Legaldefinition des Vorsatzes besteht nicht. § 15 bestimmt nur, dass ausschließlich vorsätzliches Handeln strafbar ist, wenn das Gesetz fahrlässiges Handeln nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht. Die Beantwortung der Frage, was unter Vorsatz zu verstehen ist, bleibt somit Rechtsprechung und Literatur überlassen. Daher verwundert es nicht, dass der Begriff unterschiedlich verstanden wird.

### 1. Komponenten des Vorsatzes

- 124 Jedenfalls besteht der Vorsatz aus einem **Wissenselement (intellektuelles/kognitives Element)**. Das geht bereits aus § 16 I S. 1 hervor. Es leuchtet ein, dass der Täter aus einem Vorsatzdelikt nur dann strafbar sein kann, wenn er bei Begehung der Tat alle strafbegründenden und strafschärfenden Umstände des objektiven Tatbestands gekannt hat. Kenntnisvorsatz i.S.d. § 16 I S. 1 ist daher anzunehmen, wenn der Täter hinsichtlich der konkreten Tatumstände mit Wissen handelt und sich seine Vorstellung auf die fiktiven Umstände (insb. den späteren Erfolgseintritt) erstreckt. Allgemein wird verlangt, dass die innere Tatseite des Täters
- die konkrete Tat in ihren Grundzügen,
  - die tatbestandsrelevanten Besonderheiten der Ausführungshandlung,
  - den von ihm herbeigeführten (bzw. herbeizuführenden) Taterfolg,
  - den Kausalverlauf in seinen wesentlichen Grundzügen sowie
  - alle sonstigen Merkmale umfasst, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören.

- 125 Dagegen ist unklar, ob und inwieweit der Vorsatz auch ein **Wollenselement (voluntatives Element)** erfordert. Es ist zwischen den Vorsatzformen zu unterscheiden.

### 2. Vorsatzformen

- 126 Vorwiegend nach Art und Beschaffenheit der Willensbeziehung des Täters zur Tatbestandsverwirklichung unterscheidet man verschiedene Arten des Vorsatzes, die als Absicht i.e.S. (*dolus directus* 1. Grades), direkter bzw. unmittelbarer Vorsatz (*dolus directus* 2. Grades) und als Eventualvorsatz (*dolus eventualis*) bezeichnet werden.
- 127
- **Absicht:** Die Vorsatzform „Absicht“ (*dolus directus* 1. Grades) ist dadurch gekennzeichnet, dass es dem Täter gerade darauf ankommt, den Taterfolg herbeizuführen oder den Umstand zu verwirklichen, für den das Gesetz absichtliches Handeln (z.B. in § 211 bezüglich der Verdeckungsabsicht) voraussetzt. Unter Absicht ist der **zielgerichtete Erfolgswille** zu verstehen. Hinsichtlich des Wollenselements genügt bloßes Für-möglich-Halten.

Ob eine Strafnorm bzgl. aller oder einzelner Tatbestandsmerkmale *dolus directus* 1. Grades fordert, ist durch Auslegung zu ermitteln. Zwar bilden dabei der gesetzliche Ausdruck „Absicht“ (Bsp.: § 226 II Var. 1) und die gleichbedeutende Formulierung „um zu“ bzw. „um“ (Bsp.: § 211 II Var. 8 und 9) Indizien, aber – da das Gesetz sie nicht einheitlich verwendet – keine definitive Aussage. Es ist stets eine Frage des Einzelfalls.

<sup>76</sup> Richtig *Gropp*, AT, § 13 Rn 66-68; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 259.

Die Absicht als Vorsatzform ist mit den in einigen Strafvorschriften genannten „**besonderen Absichten**“ (wie z.B. Zueignungsabsicht in § 242 oder Bereicherungsabsicht in §§ 253, 259, 263) nicht identisch. Letztere sind subjektive Tatbestandsmerkmale eigenständigen Charakters und werden eigenständig neben dem eigentlichen Tatbestandsvorsatz geprüft.

**Beispiel:** Beim Diebstahl ist mit „Absicht“, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, nicht die Vorsatzform i.S.d. *dolus directus* 1. Grades in Bezug auf die Verwirklichung eines objektiven Tatbestandsmerkmals gemeint, sondern die bloße Intention der Zueignung.<sup>77</sup> Ob und inwieweit die Zueignung tatsächlich erfolgt, ist für die Strafbarkeit nach § 242 also irrelevant. Da bezüglich der Zueignungsabsicht keine Entscheidung im objektiven Tatbestand existiert, handelt es sich bei dem Diebstahl um ein Delikt mit „**überschießender Innentendenz**“ und gleichzeitig um ein **erfolgskupiertes Delikt**.

- **Direkter Vorsatz:** Während beim *dolus directus* 1. Grades allein das voluntative Element entscheidet mit der Folge, dass hinsichtlich des kognitiven Elements ein bloßes Für-möglich-Halten genügt, ist es im Bereich des direkten Vorsatzes (*dolus directus* 2. Grades) gerade umgekehrt: Der Täter weiß oder setzt als sicher voraus, dass sein Handeln zur Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands führt („**sicheres Wissen**“), lässt sich aber trotzdem nicht davon abbringen, die Tathandlung auszuführen, möge ihm der Taterfolg auch noch so unerwünscht sein.<sup>78</sup> Ein Wollenselement ist also nicht erforderlich.

128

Ob eine gesetzliche Strafnorm mit einer bestimmten Formulierung *dolus directus* 2. Grades erfordert, muss durch Auslegung des Wortlauts ermittelt werden. Das StGB verwendet den Ausdruck „wissentlich“ (z.B. in §§ 226 II Var. 2, 134, 145, 258) oder ähnliche Wendungen wie „wider besseres Wissen“ (z.B. in §§ 145d, 164, 187, 278), um diese Vorsatzform vorzuschreiben.

- Die schwächste Form des Vorsatzes wird als **Eventualvorsatz** bezeichnet. Dieser muss regelmäßig von der (**bewussten**) **Fahrlässigkeit abgegrenzt** werden. Diese Abgrenzung ist für die Einteilung der Straftatkatgorie (vorsätzliches – fahrlässiges Begehungsdelikt) und des damit verbundenen Strafmaßes von entscheidender Bedeutung. Darüber hinaus ist fahrlässiges Handeln nur in bestimmten Fällen strafbar (vgl. § 15). In Abhängigkeit von dem Verständnis des bedingten Vorsatzes handelt der Täter also entweder vorsätzlich oder (lediglich) fahrlässig bzw. macht sich strafbar oder nicht. Daher verwundert es nicht, dass eine Vielzahl von Abgrenzungstheorien vertreten wird, die unterschiedliche Voraussetzungen an den bedingten Vorsatz stellen.<sup>79</sup> Das betrifft zum einen die Frage, wie viel der Täter vom Erfolgseintritt wissen muss, und zum anderen, ob er den Erfolgseintritt auch wollen muss. Jedenfalls ist allen diesen Theorien gemeinsam, dass der Täter – um vorsätzlich zu handeln – den Erfolgseintritt zumindest **für möglich halten muss**.<sup>80</sup>

129

Nach der für die Praxis allein maßgeblichen Rspr. des BGH liegt *dolus eventualis* vor, wenn der Täter den **für möglich gehaltenen Erfolg** (intellektuelles Element) „**gebilligt**“ oder „**billigend in Kauf**“ genommen hat (voluntatives Element), auch wenn er ihm an sich unerwünscht war – sog. **Billigungstheorie**. Erst recht kann demnach bei einer **Gleichgültigkeit** gegenüber der Erfolgsherbeiführung auf eine Billigung geschlossen

<sup>77</sup> Die „Zueignung“ in § 242 besteht aus zwei Komponenten, der *Aneignung* und der *Enteignung*. Bezüglich der Aneignungskomponente ist Absicht erforderlich. Hingegen genügt bei der Enteignungskomponente Eventualvorsatz. Hinsichtlich der „Rechtswidrigkeit“ der Zueignung ist *dolus directus* 2. Grades erforderlich.

<sup>78</sup> St. Rspr. seit BGHSt **21**, 283, 285; vgl. auch *Fischer*, § 15 Rn 7.

<sup>79</sup> Vgl. nur die Auflistung der nahezu unüberschaubaren Zahl von Ansätzen und Auffassungen zu diesem Thema bei Sch/Sch-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn 72-87b; *Fischer*, § 15 Rn 9-9f und *Hillenkamp*, AT, S. 1 ff. Bei deren Studium gewinnt man zuweilen den Eindruck, jeder Verfasser wolle der Problematik eine eigenständige Note geben. In der juristischen Praxis spielen diese Theorien keine große Rolle. Dort ist allein die Auffassung des BGH maßgeblich. Vgl. dazu instruktiv BGH NSTZ **2001**, 475, 476; OLG Celle NJW **2001**, 2647; *Altwater*, NSTZ **2002**, 20 ff.; *Fahl*, JA **2002**, 100; *Hermanns/Hülsmann*, JA **2002**, 140 ff.

<sup>80</sup> Eine Kurzübersicht über die Vorsatztheorien findet sich bei *R. Schmidt*, AT, Rn 240 ff.

werden. Dagegen liegt **bewusste Fahrlässigkeit** vor, wenn der Täter darauf **vertraut**, dass der als möglich angesehene Erfolg **nicht eintritt**.<sup>81</sup>

Die Annahme einer „Billigung“ des Erfolgeintritts liegt demzufolge nahe, wenn der Täter sein Vorhaben trotz äußerer Gefährlichkeit durchführt, ohne auf einen glücklichen Ausgang vertrauen zu können, oder wenn er es dem Zufall überlässt, ob sich die von ihm erkannte Gefahr verwirklicht oder nicht. Auch in Fällen, in denen der Täter trotz Erkennens der Möglichkeit des Erfolgeintritts gleichwohl sein gefährliches Handeln aufnimmt oder sein Verhalten fortsetzt, liegt der Nachweis für eine Billigung des Erfolgs nahe. Deshalb ist i.d.R. der Schluss von der **äußerlich erkennbaren objektiv gefährlichen Handlung des Täters auf bedingten Vorsatz** möglich. Das gilt dem Grunde nach **auch bei Tötungsdelikten**.<sup>82</sup> Diesbezüglich verlangt der BGH aber wegen der auch bei Gewalttaten grundsätzlich bestehenden **höheren Hemmschwelle zur Tötung**<sup>83</sup> und des Umstands, dass auch der Gesetzgeber bei einer das Leben gefährdenden Behandlung regelmäßig nur von einem Körperverletzungsvorsatz ausgeht (sonst hätte er den Tatbestand des § 224 I Nr. 5 nicht eingeführt), dass die Instanzgerichte im Rahmen einer **Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Umstände** im Einzelfall zu prüfen haben, ob und warum der Täter die Hemmschwelle überwunden hat. Da nämlich hinsichtlich der Tötung eine viel höhere Hemmschwelle bestehe als hinsichtlich einer Gefährdungs- oder Verletzungshandlung, bestehe auch die Möglichkeit, dass der Täter den Tötungserfolg entweder überhaupt nicht erkannt oder aber ihn zwar als möglich vorausgesehen, aber dennoch ernsthaft und nicht nur vage auf einen guten Ausgang vertraut und damit bewusst fahrlässig gehandelt habe.

130

#### **Beispiele für die Annahme von *dolus eventualis*.**<sup>84</sup>

- (1) Trotz der höheren Hemmschwelle nimmt den Todeserfolg billigend in Kauf, wer einem anderen ein **Messer** (mit einer Klingenlänge von 12 cm) oder **Esstübchen kräftig in den Hals, Brustkorb oder Unterleib rammt**.
- (2) Ein gewichtiges Beweisanzeichen für bedingten Tötungsvorsatz liegt auch vor, wenn der Täter dem hilflos am Boden liegenden Opfer mit einem **Gartenrechen mehrmals heftig auf den Kopf schlägt**. Das Gleiche gilt beim mehrfachen Eintreten mit festem Schuhwerk auf den Kopf oder in das Gesicht eines wehrlos am Boden liegenden Opfers.
- (3) **Verbale Äußerungen** des Täters vor, während oder unmittelbar nach der Tat haben allenfalls geringes Gewicht; dass eine objektiv ungefährliche Handlung mit den Worten „**ich bring´ dich um**“ begleitet wird, ist weder zwingendes noch hinreichendes Beweisanzeichen für das Vorliegen eines Tötungsvorsatzes. Völlig ohne Bedeutung sind solche Bekundungen allerdings nicht; sie können vielmehr als zusätzliches Indiz gewertet werden. Die Androhung, einen anderen „**abstechen**“ oder „**plattmachen**“ zu wollen, soll jedenfalls mit der Annahme von Körperverletzungsvorsatz vereinbar sein.

<sup>81</sup> Vgl. zu dieser Abgrenzung etwa BGH NStZ **2008**, 93; NStZ **2006**, 169, 170; NStZ **2006**, 98, 99.

<sup>82</sup> Vgl. BGH NStZ **2009**, 91; NStZ **2007**, 639, 640; NStZ **2007**, 331, 332; NStZ **2006**, 685; NJW **2006**, 386, 387; NStZ **2006**, 169, 170; NStZ **2006**, 98, 99; NStZ **2004**, 330, 331; NStZ **2002**, 541; NStZ **2001**, 475, 476.

<sup>83</sup> Vgl. hierzu BGH StraFo **2009**, 78 f.; NStZ **2009**, 91; NStZ **2003**, 603; NStZ **2003**, 431; NStZ **2003**, 369, 370; NStZ **2002**, 541; NStZ **2001**, 475, 476.

<sup>84</sup> Vgl. zu den Nachweisen *R. Schmidt*, AT, Rn 248.

**Übersicht über die Anforderungen an die subjektive Seite des Täters**

131

	Absicht <i>dolus directus</i> I	unmittelbarer Vorsatz <i>dolus directus</i> II	Eventualvorsatz <i>dolus eventualis</i>	bewusste Fahrlässigkeit <i>luxuria</i>	unbewusste Fahrlässigkeit <i>negligencia</i>
Wissen	bloßes Für- möglich-Halten genügt	hervorgehobener Wissensfaktor	bloßes Für- möglich-Halten genügt	bloßes Für- möglich-Halten genügt	Täter hält Erfolgseintritt nicht für möglich
Wollen	zielgerichteter Erfolgswille	keine Anforderungen	Täter nimmt Folge billigend in Kauf	Täter vertraut auf Nichteintritt der Folge	keine Anforderungen

⇒ Vgl. näher *R. Schmidt*, AT, Rn 200 ff.