

Strafrecht – Allgemeiner Teil

**Grundlagen der Strafbarkeit
Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens**

von

Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt

**Hochschule für Angewandte Wissenschaften
Hamburg**

22. Auflage 2021

Schmidt, Rolf: Strafrecht – Allgemeiner Teil (Grundlagen der Strafbarkeit;
Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens)
22. völlig neu bearbeitete und aktualisierte Auflage – Grasberg bei Bremen 2021
ISBN 978-3-86651-241-2; Preis: 24,80 EUR

© Copyright 2021: Dieses Lehrbuch ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen und Prüfungsschemata, der Funksendung, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben, auch bei nur partieller Verwertung, dem Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH vorbehalten.

Autor: Prof. Dr. Rolf Schmidt c/o Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH
Druck: Leinebergland Druck GmbH & Co. KG, 31061 Alfeld (Leine)
Verlag: Dr. Rolf Schmidt GmbH, Wörpedorfer Ring 40, 28879 Grasberg bei Bremen
Tel. (04208) 895 299; Fax (04208) 895 308; www.verlag-rolf-schmidt.de
E-Mail: verlagsr@t-online.de

Für Verbraucher erfolgt der deutschlandweite Bezug über den Verlag versandkostenfrei.

Vorwort

Mit der vorliegenden 22. Auflage wurde das Buch wieder auf den aktuellen Stand gebracht. Für die Neuauflage galt auf Rechtsprechungsebene insbesondere einzupflegen:

- BVerfG NVwZ-RR 2020, 569 (Verfassungsmäßigkeit von Blankettstrafvorschriften)
- BGH 12.8.2021 – 3 StR 441/20 (Mittäterschaft bei Unterstützungshandlungen)
- BGH NJW 2021, 645 (Geburtsbeginn bei Kaiserschnitt)
- BGH NZV 2021, 316 („Moerser Raserfall“)
- BGH NSTz 2021, 33 (Gebotenheit der Notwehrhandlung)
- BGH NSTz 2021, 38 (mittäterschaftlich begangene Amtsanmaßung)
- BGH NSTz 2021, 92 (Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft)
- BGH NSTz 2021, 164 (mutmaßliche Einwilligung in Schmerzmedikation)
- BGH NSTz 2021, 231 (Gefahrzusammenhang bei Raub mit Todesfolge)
- BGH NSTz 2021, 236 (§ 323c I StGB: Erforderlichkeit der Hilfeleistung)
- BGH NSTz 2021, 354 (Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe)
- BGH NSTz 2021, 419 (Alternativvorsatz)
- BGH NSTz 2021, 423 (versuchter Schwangerschaftsabbruch im besonders schweren Fall)
- BGH NSTz 2021, 494 (Sittenwidrigkeit einer Körperverletzung trotz Einwilligung)
- BGH NSTz 2021, 540 (Kraftfahrzeugrennen mit Todesfolge)
- BGH NJW 2020, 559 (versuchter Betrug in mittelbarer Täterschaft bei Bandendelikten)
- BGH NJW 2020, 2971 (tätige Reue nach Brandstiftung – Rettung des Opfers)
- BGH NSTz 2020, 22 (mittäterschaftliche Tatbeteiligung)
- BGH NSTz 2020, 82 (fehlgeschlagener Versuch in einem mehraktigen Geschehen)
- BGH NSTz 2020, 147 (Gegenwärtigkeit des Angriffs bei Notwehr)
- BGH NSTz 2020, 217 (bedingter Tötungsvorsatz)
- BGH NSTz 2020, 221 (Rücktritt vom Versuch der räuberischen Erpressung mit Todesfolge)
- BGH NSTz 2020, 288 (bedingter Tötungsvorsatz)
- BGH NSTz 2020, 291 (Anstellungsbetrug – „konkrete Vermögensgefährdung“)
- BGH NSTz 2020, 340 (beendeter Versuch)
- BGH NSTz 2020, 341 (Freiwilligkeit des Rücktritts vom versuchten Delikt)
- BGH NSTz 2020, 344 (Abgrenzung Mittäterschaft/Beihilfe)
- BGH NSTz 2020, 345 (mehraktiges Tatgeschehen)
- BGH NSTz 2020, 349 (bedingter Tötungsvorsatz)
- BGH NSTz 2020, 598 (Versuchsbeginn)
- BGH NSTz 2020, 602 („Berliner Raserfall“)
- BGH NSTz 2020, 725 (Erlaubnistatbestandsirrtum)
- BGH NSTz 2020, 727 (sukzessive Mittäterschaft)
- BGH NSTz 2020, 729 (Versuchsbeginn beim Diebstahl)
- BGH NSTz 2020, 730 (Abgrenzung Mittäterschaft/Beihilfe)
- OLG Frankfurt 20.4.2021 – 4 U 184/19 (Zum error in persona vel objecto)

Hinweisen möchte ich an dieser Stelle auch auf meine beiden Fallsammlungen: Die Fälle zum Strafrecht I beschäftigen sich mit dem Allgemeinen Teil und der Technik der Fallbearbeitung. Die Fälle zum Strafrecht II beinhalten den Besonderen Teil des StGB und prozessuale Zusatzaufgaben.

Meinem Mitarbeiter, Herrn Marc Bieber, danke ich herzlich für die zuverlässige Korrektur.

Kritik und Verbesserungsvorschläge sind unter verlagsr@aol.com willkommen.

Hamburg, im September 2021

Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt

Gliederung

1. Kapitel – Aufgaben und Zwecke des Strafrechts.....	1
I. Rechtsgüterschutz	1
II. Sinn und Zweck von Strafe; Straftheorien.....	4
III. Materielles und formelles Strafrecht	8
IV. Kernstrafrecht und Nebenstrafrecht	8
V. Begriff der Straftat und der rechtswidrigen Tat.....	8
2. Kapitel – Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts.....	9
3. Kapitel – Garantiefunktion des Strafgesetzes.....	14
I. Das Rückwirkungsverbot	14
II. Das Gesetzlichkeitsprinzip/Bestimmtheitsgebot	16
III. Das Verbot strafbegründenden/strafschärfenden Gewohnheitsrechts.....	22
IV. Das Verbot strafbegründenden Richterrechts	22
V. Das Verbot strafbegründender oder strafschärfender Analogie	23
1. Begriff und Bedeutung der Analogie.....	23
2. Analogie und Auslegung.....	26
3. Auslegungsmethoden	27
VI. <i>In dubio pro reo</i> , Wahlfeststellung, Post- und Präpendenz.....	31
4. Kapitel – Grundlagen der Strafbarkeit	33
I. Der Begriff der Handlung.....	33
II. Die strafrechtlichen Handlungslehren	34
III. Lehre vom zwei- und dreistufigen Deliktsaufbau	37
IV. Systematik des Strafgesetzbuchs	39
V. Der prüfungstechnische Aufbau von Grundtatbestand und Qualifikation	42
VI. Die Rechtsfolgen der Tat/Strafzwecke	43
5. Kapitel - Strafrechtliche Grundbegriffe; Einteilung der Delikte.....	46
I. Strafrechtliche Grundbegriffe	46
II. Die Einteilung der Delikte.....	46
1. Verbrechen und Vergehen.....	46
2. Erfolgs- und Tätigkeitsdelikte	48
3. Verletzungs- und Gefährungsdelikte.....	49
4. Dauer- und Zustandsdelikte	51
5. Begehungs- und Unterlassungsdelikte.....	52
6. Allgemeindelikte, Sonderdelikte, Pflichtdelikte und eigenhändige Delikte	53
7. Vollendungs- und Unternehmensdelikte	55
8. Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikte	57
9. Besonders schwere Fälle/Regelbeispiele.....	57

6. Kapitel – Das vorsätzlich begangene Erfolgsdelikt..... 60

I. Tatbestand.....	61
1. Objektiver Tatbestand	61
a. Anforderungen an den Täter und das Tatobjekt	61
b. Tathandlung (willensgetragenes sozialerhebliches menschliches Verhalten)	62
c. Kausalität zwischen Handlung und Erfolg (Verursachung des Erfolgs).....	62
aa. Keine Kausalität	62
bb. „Normale“ Kausalität	62
cc. Alternative Kausalität (Doppelkausalität; Mehrfachkausalität).....	64
dd. Kumulative und atypische Kausalität.....	65
ee. Hypothetische Kausalität.....	65
ff. Abbrechende (überholende) Kausalität.....	66
gg. Mehraktige Geschehensabläufe	67
d. Erfolgszurechnung (Lehre von der objektiven Zurechnung).....	69
2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz	94
a. Der Tatbestandsvorsatz.....	94
aa. Das Wissen um die Tatbestandsverwirklichung	94
bb. Arten des Vorsatzes	103
a.) Die Absicht i.e.S. (<i>dolus directus</i> 1. Grades).....	103
b.) Der direkte Vorsatz (unmittelbarer Vorsatz – <i>dolus directus</i> 2. Grades)	105
c.) Der Eventualvorsatz (bedingter Vorsatz – <i>dolus eventualis</i>)	105
cc. Zusammenfassung.....	112
dd. Zusammentreffen mehrerer Vorsatzformen	114
b. Exkurs: Fahrlässigkeit	117
aa. Die bewusste Fahrlässigkeit (<i>luxuria</i>).....	117
bb. Die unbewusste Fahrlässigkeit (<i>negligentia</i>).....	118
cc. Leichtfertigkeit	118
c. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen des Vorsatzes	118
d. Sonstige subjektive Tatbestandsmerkmale.....	119
e. Irrtümer im Rahmen des subjektiven Tatbestands.....	119
aa. Der Irrtum über das Handlungsobjekt (<i>error in persona vel obiecto</i>).....	123
bb. Die Abirrung der Tat (<i>aberratio ictus</i>).....	126
cc. Zusammentreffen von <i>error in persona</i> und <i>aberratio ictus</i>	129
dd. Irrtum über den Kausalverlauf und die objektive Zurechnung.....	129
ee. Irrtum über Tatbestandsvarianten	134
3. Objektive Bedingungen der Strafbarkeit - Tatbestandsannexe.....	136
II. Rechtswidrigkeit	137
1. Einführung.....	137
2. Das Erfordernis subjektiver Rechtfertigungselemente.....	138

3. Einzelne Rechtfertigungsgründe.....	141
a. Notwehr (§ 32 StGB, § 15 OWiG, § 227 BGB)	144
b. Rechtfertigender Notstand (§§ 228, 904 BGB, §§ 218a II, III, 34 StGB, § 16 OWiG).....	178
aa. Zivilrechtlicher Notstand	178
a.) Defensivnotstand (§ 228 BGB)	178
b.) Aggressivnotstand (§ 904 BGB)	183
bb. Der nicht rechtswidrige Schwangerschaftsabbruch (§ 218a II, III)	187
cc. Allgemeiner rechtfertigender Notstand (§§ 34 StGB, 16 OWiG)	188
c. Einwilligung/Einverständnis.....	200
d. Die rechtfertigende Pflichtenkollision.....	220
e. Kein Züchtigungsrecht der Eltern und bestimmter Erzieher	221
f. Festnahmerecht nach § 127 StPO.....	223
g. Selbsthilferecht nach § 229 BGB	227
III. Schuld.....	229
1. Schuld(un)fähigkeit	230
2. Die Schuldform: Vorsatzschuld (das Unrechtsbewusstsein i.w.S.).....	241
a. Der Erlaubnistatbestandsirrtum.....	241
b. Aufbauhinweise und Formulierungshilfen.....	247
c. Möglichkeitsvorstellungen von einer rechtfertigenden Sachlage	251
d. Sonderproblem: Spezielle „Schuldmerkmale“	252
3. Die persönliche Vorwerfbarkeit (das Unrechtsbewusstsein i.e.S.)	253
a. Der Irrtum über die Verbotsnorm (direkter Verbotsirrtum) - § 17	254
b. Der Erlaubnisirrtum (indirekter Verbotsirrtum)	258
c. Der Doppelirrtum	259
4. Entschuldigungsgründe.....	261
a. Notwehrexzess (§ 33)	261
b. Entschuldigender Notstand, § 35	266
c. Übergesetzlicher Notstand	274
d. Handeln auf Anordnung oder Befehl.....	277
e. Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens.....	278
f. Der Irrtum über die Entschuldigungsgründe	278
IV. Weitere Strafbarkeitsbedingungen/Rechtsfolgevoraussetzungen.....	280
1. Strafzumessungsebene (Strafrahmenverschiebung)	280
2. Strafverfolgungsvoraussetzungen i.w.S.	280
a. Persönliche Strafausschließungsgründe	280
b. Persönliche Strafaufhebungsgründe	280
c. Strafverfolgungsvoraussetzungen i.e.S.	281
aa. Strafantrag (§§ 77-77d StGB, § 158 II StPO).....	281

bb. Ermächtigung, § 194 IV.....	282
d. Strafverfolgungshindernisse	282
3. (Weitere) Strafeinschränkungsgründe	282
7. Kapitel - Das versuchte Begehungsdelikt	283
I. Einführung	283
II. Stadien der Deliktsverwirklichung	284
III. Vorprüfung	290
1. Fehlen der Vollendung	290
2. Strafbarkeit des Versuchs, §§ 22, 23 I, 12.....	291
IV. Tatbestand.....	291
1. Subjektiver Tatbestand - Tatentschluss.....	291
a. Tatentschluss als unwertbegründendes Element des Versuchs	291
b. Untauglicher Versuch	293
c. Strafrechtlich irrelevanter Tatplan	294
d. Grob unverständiger Versuch (§ 23 III).....	294
e. Abergläubischer Versuch (irrealer Versuch) und Wahndelikt.....	295
2. Objektiver Tatbestand	297
a. Unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung	297
b. Unmittelbares Ansetzen beim <i>unechten</i> Unterlassungsdelikt.....	307
c. Unmittelbares Ansetzen bei mittelbarer Täterschaft.....	307
d. Unmittelbares Ansetzen bei Mittäterschaft	308
e. Unmittelbares Ansetzen bei vermeintlicher Mittäterschaft	309
f. Unmittelbares Ansetzen bei der versuchten Anstiftung	311
g. Tatbestandliche Abwandlungen und Regelbeispiele	311
h. Unmittelbares Ansetzen bei erfolgsqualifizierten Delikten.....	315
i. Unmittelbares Ansetzen bei der <i>actio libera in causa</i>	315
V. Rechtswidrigkeit und Schuld	316
VI. Persönlicher Strafaufhebungsgrund <i>Rücktritt</i>	316
1. Einordnung des § 24 und Rechtsgrund für die Straflosigkeit	316
2. Anwendbarkeit des § 24/Fehlgeschlagener Versuch	317
3. Der Rücktritt des Alleintäters, § 24 I.....	327
4. Der Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten, § 24 II.....	335
5. Aufbauhinweise.....	339
6. Übungsfall zum Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten	340
7. Rücktritt vom Versuch bei besonderen Handlungs- und Deliktsformen	341
a. Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts	341
b. (Teil-)Rücktritt vom Versuch einer Qualifikation?.....	341
c. Rücktritt vom Versuch eines erfolgsqualifizierten Delikts	342

d. Rücktritt vom Versuch bei mittelbarer Täterschaft.....	342
e. Rücktritt vom Versuch der Anstiftung, § 31 I Nr. 1, II	342
f. Rücktritt vom Versuch einer Rauschtat (<i>actio libera in causa</i> - Fälle)	343
g. Rücktritt vom bedingt vorsätzlichen Versuch bei Erreichen eines primär angestrebten, außertatbestandlichen Handlungsziels („Denkzettelfall“).....	343
h. Rücktritt bei sinnlos gewordenem Tatplan.....	344
i. Rücktritt trotz Vollendung?	345
j. Rücktritt bei Unternehmensdelikten	345
k. Die tätige Reue.....	345
8. Kapitel – Das vorsätzliche Unterlassungsdelikt	347
1. Abschnitt - Das vorsätzliche <i>unechte</i> Unterlassungsdelikt.....	348
I. Tatbestand.....	349
II. Rechtswidrigkeit und „rechtfertigende Pflichtenkollision“	372
III. Schuld.....	374
IV. Konkurrenzen	375
2. Abschnitt - Das vorsätzliche <i>echte</i> Unterlassungsdelikt.....	376
3. Abschnitt - Das <i>versuchte</i> Unterlassungsdelikt.....	378
I. Fehlen der Vollendung	378
II. Tatentschluss	379
III. Unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung.....	379
IV. Rücktritt vom versuchten Unterlassungsdelikt	380
4. Abschnitt – Beteiligung am Unterlassen/durch Unterlassen	384
9. Kapitel – Die Fahrlässigkeitstat.....	385
1. Abschnitt – Das fahrlässige Begehungsdelikt.....	385
A. Einführung	385
B. Die Merkmale des fahrlässigen Begehungsdelikts	388
I. Tatbestand.....	388
1. Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs durch eine (mögliche) Handlung des Täters... 388	
2. Kausalität des Verhaltens für den Erfolgseintritt.....	388
3. Objektive Sorgfaltspflichtverletzung	388
4. Objektive Zurechnung.....	391
II. Rechtswidrigkeit	397
1. Verwirklichung des Tatbestands in Unkenntnis der Rechtfertigungslage.....	397
2. Ungewollte Auswirkungen des Handelns bei Wahrnehmung eines Rechtfertigungsgrundes.....	398
III. Schuld.....	400
2. Abschnitt – Das fahrlässige Unterlassungsdelikt	401

10. Kapitel – Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen	402
I. Allgemeines.....	402
II. Insbesondere: Das erfolgsqualifizierte Delikt	403
1. Aufbau	403
2. Besondere Probleme in Bezug auf das erfolgsqualifizierte Delikt	404
III. (Fahrlässige) Teilnahme an Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen	418
11. Kapitel – Täterschaft und Teilnahme.....	421
A. Strafrechtliche Beteiligungsformen	421
B. Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme	422
C. Formen der Täterschaft (§ 25 I und II).....	428
I. Unmittelbare Täterschaft (§ 25 I Var. 1).....	428
II. Mittelbare Täterschaft (§ 25 I Var. 2).....	428
1. (Übergeordnete) Wissens- und/oder Willensherrschaft	428
2. Mittelbare Täterschaft durch Unterlassen?.....	432
3. Mittelbare Täterschaft durch Strafbarkeitsmangel des Werkzeugs	434
4. Sonderproblem „Täter hinter dem Täter“.....	441
5. Versuch im Rahmen der mittelbaren Täterschaft.....	444
6. Exzess und Irrtümer im Rahmen der mittelbaren Täterschaft.....	446
7. Aufbaufragen und Prüfungsschema.....	449
III. Mittäterschaft (§ 25 II)	451
1. Gemeinsamer Tatentschluss/Tatplan.....	451
2. (Objektiver) Tatbeitrag	453
3. Sukzessive Mittäterschaft	454
4. Exzess und Irrtümer im Rahmen der Mittäterschaft.....	457
5. Versuch eines Delikts in Mittäterschaft	462
6. Fahrlässige Mittäterschaft?.....	462
7. Hinweise für die Fallbearbeitung/Aufbaufragen	464
8. Abschlussfall zur Mittäterschaft	466
D. Teilnahme (§§ 26, 27).....	469
I. Akzessorietät der Teilnahme	469
II. Teilnehmer ist zugleich Tatopfer	471
III. Notwendige Teilnahme	472
IV. Anstiftung (§ 26)	473
1. Bestimmen zu einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat	473
2. Subjektiver Tatbestand: „Doppelter“ Anstiftervorsatz	479
3. Teilnahme an einer Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination	481
4. Exzess und Irrtümer im Rahmen der Anstiftung	481
5. Verknüpfung <i>error in persona</i> mit <i>Anstifter ist zugleich Tatopfer</i>	486

6. Versuch und Rücktritt	488
7. Aufbaufragen	492
V. Beihilfe (§ 27).....	493
1. „Hilfeleisten“	493
2. Kausalität und Zurechnung.....	494
3. Beihilfe auch durch neutrale, alltägliche Verhaltensweisen?	495
4. Beihilfe zum Unterlassen/durch Unterlassen	497
5. Zeitpunkt der Hilfeleistung/sukzessive Beihilfe	498
6. „Doppelter“ Gehilfenvorsatz	500
7. Erlaubnistatbestandsirrtum beim Haupttäter.....	500
8. Beihilfe zur versuchten Tat/versuchte Beihilfe/Beihilfe zur Teilnahme	501
9. Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt	502
10. Exzess und <i>error in persona</i> beim Haupttäter	502
E. Akzessorietätslockerung durch § 28.....	504
I. Problemstellung	504
II. Regelungsgehalt des § 28 I.....	505
III. Regelungsgehalt des § 28 II	506
IV. Verhältnis des § 28 I zu § 28 II bei Tötungsdelikten.....	507
V. Zusammenfassung und Aufbauhinweise.....	513
12. Kapitel – Konkurrenzen	514
A. Problemstellung	514
B. Die Konkurrenzlehre nach den §§ 52-55.....	514
I. Handlungseinheit und Handlungsmehrheit	516
1. Handlungseinheit	516
2. Handlungsmehrheit	521
II. Gesetzeskonkurrenz (nur bei Handlungseinheit).....	521
1. Spezialität.....	522
2. Subsidiarität.....	523
3. Konsumtion	525
III. Idealkonkurrenz (Tateinheit)	527
IV. Realkonkurrenz (Tatmehrheit)	529
V. Abschlussfall zu den Konkurrenzen	531
Anhang – Übersicht über die Irrtümer.....	532

1. Kapitel – Aufgaben und Zwecke des Strafrechts

Das Strafrecht ist neben dem öffentlichen Recht und dem Zivilrecht das dritte Teilrechtsgebiet der deutschen Rechtsordnung.¹ Es gehört zum Pflichtstoff der juristischen Ausbildung; Studierende werden vom ersten Semester an mit ihm konfrontiert. Diesem Umstand Rechnung tragend behandeln die vorliegenden drei Lehrbücher zum Strafrecht (AT, BT I und BT II) die Materie in einer Tiefe und Breite, wie sie Gegenstand von Prüfungen ist. Dabei gehen die Bücher von der Prämisse aus, dass es für die erfolgreiche Bearbeitung von Übungs- und Examenklausuren weniger auf die unreflektierte Wiedergabe von Theorien und Meinungsständen ankommt, sondern auf die problemorientierte Auslegung von Tatbestandsmerkmalen am Maßstab des geschützten Rechtsguts einerseits und der Höhe der angedrohten Strafe andererseits. Dementsprechend werden im Folgenden zunächst der Rechtsgüterschutz und die Straftheorien erläutert, um sodann die Grundlagen der Strafbarkeit aufzuzeigen und die einzelnen Deliktstypen vorzustellen.

1

I. Rechtsgüterschutz

Die Aufgabe des Strafrechts besteht in dem **Schutz bestimmter Rechtsgüter** vor Angriffen anderer.² Zwar stellt auch das Zivilrecht Schutzzvorschriften bereit, indem es dem Geschädigten bzw. Übervorteilten bestimmte Leistungs-, Schadensersatz-, Schmerzensgeld-, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gewährt, die mit Hilfe der Justiz durchgesetzt werden können. Jedoch ist allgemein bekannt, dass ohne (zusätzliche) strafrechtliche Reaktionsmittel ein geordnetes Zusammenleben in einer Gesellschaft undenkbar wäre. Chaos und Anarchie wären die Folge, gäbe es keine strafrechtlichen Sanktionen. Das Strafrecht mit seinen Sanktionen ist mithin unentbehrlich für die Aufrechterhaltung der Ordnung in einer Gesellschaft. Bereits die Androhung von Sanktionen ist geeignet, sozialschädliche Übergriffe auf schützenswerte Güter vorzubeugen (Furcht vor Strafe). Ziel der Verwirklichung des Angedrohten ist es dann, dem Angedrohten das nötige Gewicht zu verleihen.³

2

Jedoch kommt dem Strafrecht nicht die Aufgabe zu, sämtliches menschliches Fehlverhalten zu sanktionieren. Das BVerfG betont den **fragmentarischen Charakter** des Strafrechts, indem es ihm die Aufgabe zuweist, lediglich besonders gefährliches und gemeinschädliches Fehlverhalten („Kriminalunrecht“) zu sanktionieren.⁴ Ziel des Strafrechts könne nur sein, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen.⁵ Freilich bedeutet dies nicht, dass sozialetisch weniger gravierende Rechtsverstöße hinzunehmen wären. Vielmehr steht es dem Gesetzgeber frei, diese als **Ordnungswidrigkeiten** („Verwaltungsunrecht“) zu ahnden. Mit dem Erlass des Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG) und zahlreicher Spezialgesetze (etwa das StVG) hat er eine Reihe von Tatbeständen geschaffen, die auf ihrer Rechtsfolgeseite die Verhängung einer Geldbuße (oder anderer Sanktionen wie Fahrverbote) vorsehen.

3

Beispiel: Wer falsch parkt, die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschreitet oder eine Rotlicht zeigende Ampel missachtet, handelt rechtswidrig. Diese Verstöße sind jedoch nicht so gravierend, dass sie mit einer Strafe belegt werden müssten. Vielmehr sind sie dem weiten Begriff des Bagatellunrechts zuzuordnen und können als Ordnungswidrigkeiten geahndet und mit einem Bußgeld belegt werden.

¹ Im weiteren Sinne ist das Strafrecht ein Teilgebiet des öffentlichen Rechts. Es wird jedoch allgemein als selbstständiges Rechtsgebiet behandelt.

² Das ist wohl einhellige Auffassung, vgl. nur BVerfGE 45, 187, 253 und aus der Literatur *Roxin*, AT I, § 3 Rn 7 ff.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 1 III; *W/B/S*, AT, Rn 9; *Kudlich*, JA 2010, 681.

³ *Heinrich*, AT, Rn 3 ff.

⁴ BVerfGE 96, 245, 249 (Ultima Ratio strafrechtlicher Sanktionierung).

⁵ BVerfGE 45, 187, 253 f.; 45, 272, 289.

Aufgaben und Zwecke des Strafrechts

Das Recht der Ordnungswidrigkeiten verfolgt also eine ähnliche Zielsetzung wie das Strafrecht, sieht als Sanktion gegen Rechtsverstöße aber keine Strafe vor, sondern eine Geldbuße, auch wenn im Einzelfall die Geldbuße (aufgrund ihrer Höhe⁶) wie eine Strafe empfunden werden mag. Rechtlich und sozialetisch ist das Ordnungswidrigkeitenrecht als Verwaltungsunrecht aber vom Strafrecht zu unterscheiden. Jemand, der im Straßenverkehr die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschreitet oder eine Verkehrsregelungsanlage („rote Ampel“) missachtet, muss zwar mit (erheblichen) verwaltungsrechtlichen Sanktionen rechnen, ist aber gerade kein Straftäter.

- 4 Bei der Abgrenzung zwischen Kriminalunrecht und Verwaltungsunrecht hat der Gesetzgeber – bis auf einen Kernbereich notwendigerweise durch das Strafrecht zu schützender Rechtsgüter – einen gewissen Spielraum. Welche konkreten Rechtsgüter besonders schützenswert sind und mit Mitteln des Strafrechts sanktioniert werden sollen, obliegt grundsätzlich der Entscheidung der Gemeinschaft, die durch den parlamentarischen Gesetzgeber repräsentiert wird.

Beispiel: Führt jemand im öffentlichen Straßenverkehr ein Kraftfahrzeug, obwohl er eine Blutalkoholkonzentration (BAK) von über 0,5 ‰ aufweist, hat der Gesetzgeber dies im Grundsatz nur als Ordnungswidrigkeit angesehen, vgl. § 24a StVG. Kommt aber erschwerend hinzu, dass der unter Alkoholeinfluss stehende Fahrzeugführer nicht in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen (was bei einer BAK von 1,1 ‰ unwiderlegbar vermutet wird, aber auch ab 0,3 ‰ nicht ausgeschlossen ist, wenn alkoholbedingte Ausfallerscheinungen auftreten), gebietet es die Gefährlichkeit der „Rauschfahrt“, diese als Straftat zu sanktionieren. Je nachdem, ob vom Fahrer eine abstrakte oder konkrete Gefahr für andere ausgeht, macht er sich aus § 316⁷ oder aus § 315c I Nr. 1a Var. 1 strafbar.

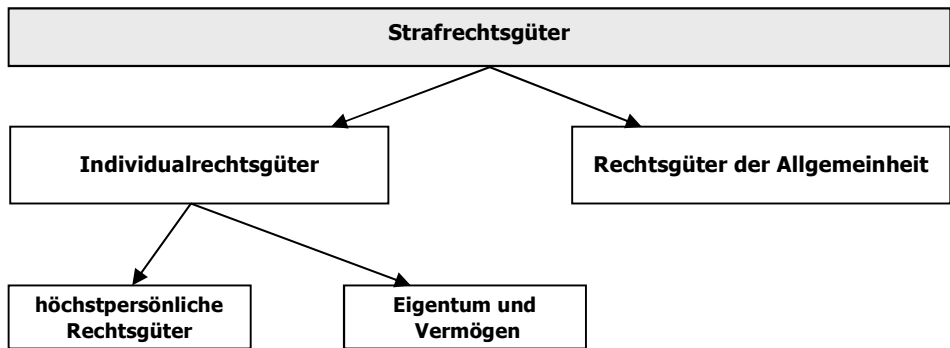
- 5 Verwirklicht der Täter mit ein und derselben Handlung sowohl einen Straftatbestand als auch eine Ordnungswidrigkeit, wird dieses Konkurrenzverhältnis von § 21 OWiG gelöst: Der Ordnungswidrigkeitentatbestand tritt zurück.

Ist im Straßenverkehr § 316 (oder sogar § 315c I Nr. 1a Var. 1) gegeben, gilt § 21 OWiG, sodass § 24a StVG praktisch ausscheidet.

- 6 Entsprechend dem Leben einzelner Menschen in einer Gemeinschaft lassen sich zwei Gruppen von **Rechtsgütern** ausmachen: Individualrechtsgüter, die dem Schutz des einzelnen Bürgers dienen (Leib, Leben, Gesundheit, Ehre, Freiheit, Eigentum und Vermögen) und die Allgemeinrechtsgüter, die primär den Schutz von Gemeinschaftswerten (Staat, Rechtspflege, Umwelt, Sicherheit des Straßenverkehrs, Tierschutz) bezwecken. Freilich darf der Begriff „Allgemeinrechtsgut“ nicht dahin missverstanden werden, als finde überhaupt kein Schutz der einzelnen Person statt. Denn auch der Schutz von Gemeinschaftswerten besteht nicht um seiner selbst willen, sondern dient dem Einzelnen, wenn auch als Teil des Kollektivs. Die Individualrechtsgüter kann man dabei nochmals in zwei große Gruppen unterteilen und zwar in solche, die einzelne Persönlichkeitswerte schützen (Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit, Ehre) und solche, die dem Schutz des Eigentums bzw. des Vermögens der einzelnen Personen dienen.

⁶ So kann gem. § 24 II StVG ein Regelverstoß im Straßenverkehr mit bis zu 2.000 € geahndet werden. Im Umweltrecht sind Geldbußen sehr viel höher (vgl. etwa § 38 II GentechnikG: bis zu 50.000 €).

⁷ Nachfolgend angegebene §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.



Die Unterscheidung, ob ein Straftatbestand ein Individualrechtsgut, die Allgemeinheit oder beide Rechtsgüter schützt, ist vor allem im Hinblick auf die **Einwilligung** relevant. Es leuchtet ein, dass der Inhaber eines Individualrechtsguts – zumindest im Grundsatz – über sein Schutzgut frei bestimmen und daher in eine Rechtsbeeinträchtigung einwilligen kann. Folge einer solchen Einwilligung ist der Ausschluss des Tatbestands bzw. der Rechtswidrigkeit des Täterhandelns.

7

Beispiel: Fühlt sich ein Nachbar durch die Hecke, die in der Nähe zu seinem Grundstück steht, in seiner freien Sicht gestört und fällt diese eigenmächtig, macht er sich wegen Sachbeschädigung (§ 303 I) strafbar. Willigt aber der Eigentümer der Hecke in deren Beseitigung ein, besteht kein Anlass, das Beseitigen strafrechtlich zu sanktionieren. Denn der Rechtsgutininhaber hätte die Hecke auch selbst entfernen können, ohne dass dies jemand hätte beanstanden können (vgl. § 903 BGB). Daher ist es nur folgerichtig, dass ein anderer, der die Handlung mit dem Einverständnis des Rechtsgutininhabers vornimmt, ebenfalls keine strafrechtlichen Sanktionen befürchten muss.

Lediglich dann, wenn durch das Individualrechtsgut zugleich fundamentale öffentliche Interessen mitberührt werden bzw. wenn dem Individuum die Einsicht oder Reife fehlt, die Tragweite des Rechtsgüterverzichts zu überschauen, ist eine Einwilligung ausgeschlossen.

8

Beispiele:

- (1) Das menschliche Leben stellt das höchste Rechtsgut dar. Daher kann der Rechtsgutininhaber – trotz des grundgesetzlich garantierten Selbstbestimmungsrechts (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) – nicht darüber verfügen. Man spricht von der Indisponibilität des menschlichen Lebens. Die Tötung eines Menschen ist daher selbst dann nicht gerechtfertigt, wenn sie auf Verlangen des Betroffenen geschieht (vgl. § 216). So ist etwa ein Arzt, der seinen schwerstkranken oder sterbenden Patienten auf Verlangen tötet, um ihm unerträgliches Leid zu ersparen, gem. § 216 strafbar. Strafflos ist hingegen der Suizid, da die Tötungsdelikte nicht die Selbsttötung unter Strafe stellen, sondern den Schutz eines anderen Menschen absichern. Scheitert die Selbsttötung, kann der überlebende Suizidwillige daher strafrechtlich nicht sanktioniert werden.⁸
- (2) Demgegenüber ist die Einwilligung in die Verletzung der körperlichen Integrität grundsätzlich möglich (zur Ausnahme vgl. § 228). Wenn etwa ein Tätowierer beauftragt wird, ein Piercing durchzuführen, ist er unter dem Gesichtspunkt der Einwilligung gerechtfertigt. Lediglich, wenn dem Kunden die Einsicht oder Reife fehlt, die Tragweite des Rechtsgüterverzichts zu überschauen, ist die Einwilligung unbeachtlich und der Tätowierer macht sich (sofern er den Umstand der fehlenden Einwilligungs-

⁸ Auf die Sonderfälle des § 109 StGB und des § 17 WStG soll hier ebenso wenig eingegangen werden wie auf die Fälle des nicht freiverantwortlichen Suizids, der eine Strafbarkeit des Veranlassers zur Folge haben kann (vgl. dazu R. Schmidt, BT I, Rn 190 ff.).

fähigkeit erkennt) wegen gefährlicher Körperverletzung (§§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2) schuldig. Das ist etwa der Fall, wenn der Kunde erst 5 Jahre alt ist.

- 9 Erst recht ist die Einwilligung in Rechtsgüter, die ausschließlich im Interesse der Allgemeinheit stehen, unbeachtlich. Niemand kann in die Verletzung derartiger Rechtsgüter einwilligen bzw. darauf verzichten.

Beispiel: Die Umwelt steht allen Menschen gemeinsam zu. Sinn und Zweck des Umweltschutzes ist die Erhaltung natürlicher Ressourcen sowie der humanen Lebensbedingungen der gegenwärtigen und künftigen Generationen (vgl. Art. 20a GG). Daher kann z.B. das Gießen von Altöl in das Erdreich auch für den Grundstückseigentümer nicht sanktionslos bleiben; er macht sich wegen Bodenverunreinigung (§ 324a) bzw. wegen unerlaubten Umgangs mit gefährlichen Stoffen (§ 326 I Nr. 4a) strafbar.

- 10 Schließlich gibt es Straftatbestände, die sowohl Individualrechtsgüter als auch Rechtsgüter der Allgemeinheit schützen. Ob hier eine Einwilligung möglich ist, hängt davon ab, welches Gewicht man dem die Allgemeinheit schützenden Teil beimisst.

Beispiel: § 306a I (schwere Brandstiftung) schützt bestimmte, in der Norm aufgeführte Wohn- und Aufenthaltsstätten von Menschen, und zwar nach dem Willen des Gesetzgebers ohne Rücksicht darauf, ob im Einzelfall eine konkrete Gefahr für Menschen entstanden ist. Vielmehr gelten nach Auffassung des Gesetzgebers schon allein die Tathandlungen als erfahrungsgemäß **generell gefährlich** („gemeingefährlich“) für Leben oder körperliche Unversehrtheit von Menschen, sofern sie sich auf die von der Vorschrift erfassten Objekte beziehen. Deshalb spielen weder die Eigentumsfrage noch die Einwilligung des Eigentümers in die Brandlegung eine Rolle. Denn es geht um den (im Interesse der Allgemeinheit stehenden) Schutz vor den abstrakten Gefahren, die von einem Brand ausgehen. Ähnliche Überlegungen ergeben sich hinsichtlich §§ 316 bzw. 315c.

- 11 Schließlich kann die Bestimmung des Rechtsguts im Rahmen der strafrechtlichen **Konkurrenzlehre** eine gewisse Rolle spielen.

Beispiel: Der Raub (§ 249) ist ein aus Diebstahl (§ 242) und Nötigung (§ 240) zusammengesetztes Delikt. Geschützte Rechtsgüter sind dementsprechend das Eigentum und die persönliche Freiheit. Daher müssen der Diebstahl und die Nötigung neben dem Raub nicht mehr separat gewürdigt werden. Sie treten hinter den vollendeten Raub zurück.

Verletzt der Täter bei dem Raub aber auch die körperliche Unversehrtheit des Opfers (etwa indem er dieses mit einem Pfefferspray an der Verteidigung hindert), macht er sich zusätzlich zum Raub wegen Körperverletzung gem. § 223 strafbar. Denn § 223 schützt die körperliche Unversehrtheit und damit ein anderes Rechtsgut als § 249. § 249 und § 223 stehen in Tateinheit (§ 52) zueinander und finden beide im Urteilsausspruch (im Tenor) Berücksichtigung.

II. Sinn und Zweck von Strafe; Straftheorien

- 12 Strafe stellt eine Antwort auf die begangene schuldhaft 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 sind lediglich, welchen Zwecken die Strafe dienen soll.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Zwar wird die Frage, ob die Bestrafung von Menschen für das von ihnen begangene Unrecht sinnvoll ist und welchen Zwecken die verhängte Strafe dienen soll, regelmäßig nicht im Rahmen der Lösung juristischer Fälle thematisiert. Jedoch sind in letzter Zeit Zwischenprüfungen anzutreffen, die die Beantwortung von Fragen zum Gegenstand haben (sog. Fragenklausuren). Bei diesen kann es durchaus zum Thema gemacht werden, sich zu den verschiedenen Strafzwe-

6. Kapitel – Das vorsätzlich begangene Erfolgsdelikt

- 137 Zunächst soll das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt in Form des Erfolgsdelikts behandelt werden. Dabei werden auch deliktsübergreifende, d.h. von einer bestimmten Deliktskategorie unabhängige Aspekte ausführlich und abschließend erörtert, sodass bei der Darstellung der nachfolgenden Deliktskategorien auf diese Ausführungen verwiesen werden kann. Im Übrigen folgt die Darstellung dem Aufbau einer Klausur. Dabei wird zunächst jeweils ein Aufbauschema vorangestellt, dem ausführliche Erläuterungen und Ergänzungen folgen. Hinsichtlich aller Aufbauschemata ist aber zu beachten, dass niemals alle dort angesprochenen Punkte in einer Klausur gleichermaßen zu problematisieren sind. In einer Klausur muss jedenfalls das geprüft werden, was problematisch ist. Alles Übrige wird weggelassen oder nur kurz (am besten im Urteilsstil) angesprochen. Das hat zwei Gründe: Zum einen müssen in Abhängigkeit von der strafrechtlichen Relevanz des Täterverhaltens Schwerpunkte gesetzt werden. Zum anderen fehlt schlicht die Bearbeitungszeit, alle möglichen Prüfungspunkte detailliert darzustellen.
- 138 Kommt die Verwirklichung eines vollendeten vorsätzlichen Begehungsdelikts in Form eines Erfolgsdelikts (etwa §§ 223 ff., 242 ff., 249 ff., 263 ff.) in Betracht, sollte die mögliche Strafbarkeit des Täters folgendermaßen geprüft werden:

Vollendetes vorsätzliches Begehungsdelikt in Form eines Erfolgsdelikts

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- Tatsubjekt (der Täter) und Tatobjekt (das Opfer bzw. der Geschädigte)
- Tathandlung (strafrechtlich relevantes Verhalten)
- Eintritt des Erfolgs und Verbindung zwischen Handlung und Erfolg (Kausalität)
- Erfolgzurechnung (Lehre von der objektiven Zurechnung)

2. Subjektiver Tatbestand

- Tatbestandsvorsatz (§ 15); Eventualvorsatz genügt, soweit nicht anders geregelt
- Sonstige subjektive Tatbestandsmerkmale (Absichten, Motive etc.)
- Irrtümer im Rahmen des subjektiven Tatbestands (§ 16 I S. 1)

3. Tatbestandsannexe (objektive Bedingungen der Strafbarkeit)

Objektive Bedingungen der Strafbarkeit sind Umstände, die außerhalb des Straftatbestands liegen, aber Voraussetzung für eine Bestrafung sind. Daher brauchen sie auch nicht vom Tatbestandsvorsatz umfasst zu sein. Beispiele sind: Nichterweislichkeit der ehrenrührigen Tatsache in § 186 oder der Tod eines Menschen bzw. die schwere Körperverletzung in § 231 I Var. 1.

II. Rechtswidrigkeit

Grundsätzlich ist die Rechtswidrigkeit durch Erfüllung des Tatbestands indiziert. Allerdings ist eine Rechtfertigung möglich. Das ist dann der Fall, wenn (objektiv) ein anerkannter Rechtfertigungsgrund greift und der Täter (subjektiv) mit Rechtfertigungswillen handelt. Anerkannte Rechtfertigungsgründe sind z.B.:

- Notwehr (§ 227 BGB, § 32 StGB) – Rn 324 ff.
- Rechtfertigender Notstand (§§ 228, 904 BGB, § 34 StGB) – Rn 380 ff.
- Rechtfertigende Einwilligung – Rn 428 ff.
- Rechtfertigende Pflichtenkollision – Rn 473
- Festnahmerechte (insb. § 127 StPO) – Rn 490 f.
- Sonstige Rechtfertigungsgründe (vgl. etwa § 81a StPO, §§ 229, 562b I, 859, 1029 BGB, §§ 758, 808, 909 ZPO, §§ 177, 178 GVG, Art. 20 IV GG)
- Dagegen ist die Züchtigung durch Eltern, Lehrer und Erzieher nicht mehr anzuerkennen (teilweise str.). – Rn 474 ff.

III. Schuld

Grundsätzlich ist von einem schuldhaften Verhalten auszugehen. Bei Zweifel kommen folgende Prüfungspunkte in Betracht:

1. Schuld(un)fähigkeit (§§ 19-21; *actio libera in causa*) – Rn 495 ff.
2. Schuldform: Vorsatzschuld (Unrechtsbewusstsein i.w.S.: Prüfungsstandort des Erlaubnistatbestandsirrtums) – Rn 531 ff.
3. Unrechtsbewusstsein (vorsätzlich fehlerhafte Einstellung des Täters; § 17) – Rn 554 ff.
4. Entschuldigungsgründe (Schuldausschließungsgründe)
 - a. Notwehrexzess (§ 33) – Rn 572 ff.
 - b. Entschuldigender Notstand (§ 35) – Rn 582 ff.
 - c. Übergesetzlicher Notstand – Rn 605 ff.

IV. Weitere Strafbarkeitsbedingungen/Rechtsfolgevoraussetzungen

1. Regelbeispiele (etwa § 243 I S. 2)
2. Strafaufhebungsgründe (etwa Rücktritt, § 24)
3. Tätige Reue (etwa §§ 83a, 306e, 314a)
4. Prozessvoraussetzungen (etwa Strafantrag, § 77, oder Verjährung, § 78)

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a. Anforderungen an den Täter und das Tatobjekt

Der objektive Tatbestand beschreibt die Tatbestandsmerkmale, die der Täter erfüllen muss, um (aus objektiver Sicht) nach der betreffenden Strafnorm strafbar zu sein. Dabei enthält die einschlägige Strafnorm nicht selten Eingrenzungen hinsichtlich des **Tatsubjekts**, d.h. des möglichen Täterkreises (etwa bei Sonderdelikten, Pflichtdelikten oder bei eigenhändigen Delikten).

139

Beispiel: Nach § 316 (Trunkenheit im Straßenverkehr) kann sich nur strafbar machen, wer selbst das Fahrzeug führt (eigenhändiges Delikt). Andere Personen (etwa der Wirt, der den Alkoholkonsum bagatellisiert und den angetrunkenen Gast ermutigt, noch nach Hause zu fahren) können weder Mittäter noch mittelbare Täter sein. In Betracht kommen aber Anstiftung und Beihilfe. Zu den Sonderdelikten, Pflichtdelikten und eigenhändigen Delikten vgl. Rn 116 ff.

Darüber hinaus werden das Tatobjekt und der Taterfolg beschrieben. **Tatobjekt** ist der Gegenstand, der notwendigerweise das Ziel der Aktivität des Täters ist, damit der Tatbestand erfüllt werden kann. **Taterfolg** ist nichts anderes als die Veränderung in der Außenwelt, die durch die Tathandlung in Erscheinung tritt.

140

Beispiele: Beim Diebstahl (§ 242) ist Tatobjekt eine fremde bewegliche Sache, bei § 303 I, II eine fremde Sache, bei § 176 I eine Person unter 14 Jahren (Kind). Taterfolg sind etwa der Verlust der Herrschaftsgewalt über die Sache des Bestohlenen, der veränderte Zustand bei der beschädigten Sache oder der in seiner (sexuellen) Integrität verletzte Körper (und natürlich die Psyche) des sexuell missbrauchten Kindes.

Vom Tatobjekt zu unterscheiden ist das **Tatmittel** (Tatwerkzeug). Darunter versteht man das Mittel, dessen sich der Täter bedient, um den Taterfolg herbeizuführen.

141

Beispiele: Beim Nachschlüsseldiebstahl (§§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1) ist der falsche Schlüssel das Tatmittel, bei der Urkundenfälschung in Form des Gebrauchs einer unechten oder verfälschten Urkunde zur Täuschung im Rechtsverkehr (§ 267 I Var. 3) die unechte oder verfälschte Urkunde, während der Getäuschte das Tatobjekt darstellt.

142

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die Feststellung des Taterfolgs bei deskriptiven Tatbestandsmerkmalen bereitet kaum Schwierigkeiten und bedarf diesbezüglich kaum einer Anmerkung. Problematischer ist die Feststellung des Taterfolgs bei normativen Tatbestandsmerkmalen, also etwa der Vermögensschaden beim Betrug (§ 263). Vgl. hierzu ausführlich *R. Schmidt*, BT II, Rn 601 ff.

b. Tathandlung (willensgetragenes sozialerhebliches menschliches Verhalten)

143 Nach der heute herrschenden sozialen Handlungslehre kommt als Tathandlung nur ein *willensgetragenes sozialerhebliches menschliches Verhalten* in Betracht. Vgl. dazu ausführlich Rn 59 ff.

Beispiel: Bei einer Körperverletzung (§ 223) sind Tathandlung die körperliche Misshandlung des Opfers und/oder dessen Schädigung an der Gesundheit.

c. Kausalität zwischen Handlung und Erfolg (Verursachung des Erfolgs)

144 Bei den **Erfolgsdelikten** muss zwischen der Handlung und dem konkreten Erfolg ein **Kausalzusammenhang** 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).

145

Hinweis für die Fallbearbeitung: Bereits an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass in unproblematischen Fallkonstellationen Kausalität und objektive Zurechnung (Rn 164 ff.) nicht zu erörtern sind. Wenn also an der Kausalität und an der objektiven Zurechenbarkeit des Erfolgs nicht die geringsten Zweifel bestehen, dürfte in einer Klausur nach Bejahung des ursächlichen Zusammenhangs die kurze Feststellung genügen, dass „Gründe, welche der objektiven Zurechnung des konkreten Erfolgs entgegenstehen könnten, nicht ersichtlich sind“. Aber auch in problematischen Fällen sollte es vermieden werden, langatmig das Für und Wider der Kausalitätstheorien zu diskutieren. Vielmehr ist zu empfehlen, die erforderliche Korrektur der Äquivalenztheorie entweder mit Hilfe der im Laufe der nachfolgenden Ausführungen vorgestellten **Lehre von der objektiven Zurechnung** (h.L.) oder über den **Irrtum über den Kausalverlauf** (BGH) vorzunehmen.

aa. Keine Kausalität

146 Fehlt die erforderliche innere Beziehung zwischen der Tathandlung und dem Erfolg in der Außenwelt, liegt der objektive Tatbestand nicht vor.

Beispiel: Wünscht T dem O den Tod und verunglückt dieser später bei einem Verkehrsunfall tödlich, steht dieser Todeseintritt außerhalb jeden Bezugs zum Wunsch des T. Nach menschlichem Beherrschungsvermögen kann der Wunsch des T nicht kausal sein für den Todeseintritt bei O.

bb. „Normale“ Kausalität

147 Liegt hingegen der innere Zusammenhang zwischen der Handlung und dem Erfolg in der Außenwelt, der von der Tathandlung als solcher gedanklich abgrenzbar ist, klar vor, ist die Kausalität unproblematisch gegeben. Ein Eingehen auf die Kausalität erübrigt sich nicht nur, sondern wäre darüber hinaus in einer Klausur sogar verfehlt.

Beispiel: Schlägt T mit einem Baseballschläger auf den Kopf des O und erleidet dieser dadurch einen Schädelbruch, bedarf es keiner Diskussion, ob der Schlag mit dem Baseballschläger kausal war für die Kopfverletzung bei O.

In problematischen Fällen muss jedoch auf die folgenden Kausalitätstheorien eingegangen werden.

a.) Äquivalenztheorie

Bei Straftatbeständen, die als „Ergebnis“ der Tathandlung einen „Taterfolg“ fordern (sog. **Erfolgsdelikte**), ist die im Strafrecht als maßgeblich angesehene **Äquivalenztheorie** (Bedingungstheorie) von Bedeutung. Nach dieser Theorie ist jede Bedingung **gleichwertig** (äquivalent), die dazu führt, dass eine Handlung dann Ursache für den Eintritt eines Erfolgs ist, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Form entfiel (*conditio sine qua non*).²⁰⁸

148

Beispiel: Schlägt T mit einer Axt auf O ein und stirbt O infolge der Schlagverletzung, kann der Schlag nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Tod entfiel. Das Einschlagen mit der Axt war also äquivalent kausal für den Tod des O.

Kennzeichnend für die Äquivalenztheorie ist, dass jede Bedingung ursächlich für den Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolgs ist, wenn sie nur den Erfolg herbeigeführt hat. Dabei betont der BGH, dass es gleichgültig sei, ob neben der Tathandlung noch andere Umstände, Ereignisse oder Geschehensabläufe zur Herbeiführung des Erfolgs beigetragen haben.²⁰⁹ Daraus folgt: Alle Bedingungen sind gleichwertig, solange sie nur für den konkreten Erfolgseintritt **mitursächlich** sind. Konsequenz dieses Ansatzes ist, dass der Ursachenkreis sehr weit gefasst ist und auch ganz atypische, unwahrscheinliche Kausalverläufe zur Bejahung der Kausalität führen.

Beispiel: Autofahrer A missachtet an einer Kreuzung die Vorfahrtsregel, wodurch Autofahrer B scharf abbremsen muss. Dieser kann dann aber die Fahrt fortsetzen. Bedingt durch dieses Manöver erreicht B jedoch die nächste, 2 km entfernte Kreuzung erst einige Sekunden später, wo er aufgrund einer eigenen Unaufmerksamkeit den Radfahrer R tödlich verletzt. Fest steht: Hätte B die Kreuzung einige Sekunden früher erreicht, wäre er nicht mit R kollidiert.

Hier ist nicht nur das Fehlverhalten des B für den Tod des R äquivalent kausal, sondern auch das des A. Denn hätte A nicht die Vorfahrt missachtet, hätte B nicht scharf abbremsen müssen, sodass dieser die Kreuzung, an der er mit R kollidiert ist, früher erreicht hätte und nicht mit R kollidiert wäre. Dass aber A strafrechtlich für den Tod des R verantwortlich sein soll, ist nicht gerade naheliegend. ⇒ vgl. dazu Rn 170.

Die Äquivalenztheorie greift daher zu weit und bedarf einer Korrektur, die in verschiedenen Stadien des Deliktsaufbaus erfolgen kann. Zunächst kann die Äquivalenztheorie von abweichenden Kausalitätstheorien eingeschränkt werden.

149

b.) Adäquanztheorie

Nach der (im Zivilrecht herrschenden) Adäquanztheorie sind nur solche Folgen einer Tat verursacht, mit deren Eintritt nach *allgemeiner menschlicher Lebenserfahrung* vom Standpunkt des kundigen, nachträglich urteilenden Richters gerechnet werden konnte

150

²⁰⁸ Ständige Rspr. seit BGHSt 1, 332, 333 ff.; aus jüngerer Zeit vgl. etwa BGH NSTZ 2001, 29, 30 („Pflegemutter-Fall“ - dazu Bsp. 2 bei Rn 160 und Rn 196); BGH NSTZ 2016, 721, 722 („Scheunenmord-Fall“). Aus der Lit. vgl. *Rothfuß*, Kausalität und Nachteil, 2003, S. 13 ff.; *Sch/Sch-Eisele*, Vorbem §§ 13 ff. Rn 73; *Gropp*, AT, § 4 Rn 35; *Fischer*, Vor § 13 Rn 21; *W/B/S*, AT, Rn 226; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 8 Rn 17 ff.

²⁰⁹ BGH NSTZ 2016, 721, 722 („Scheunenmord-Fall“).

(objektiv-nachträgliche Prognose).²¹⁰ Der Erfolg muss also der gesetzten Bedingung angemessen (adäquat) sein. **Verneint** wird demnach der adäquate Kausalzusammenhang, wenn der Erfolgseintritt auf einem **regelwidrigen, atypischen Kausalverlauf** beruht, mit dem nach **allgemeiner Lebenserfahrung** nicht zu rechnen war.

Beispiel: Nach einer heftigen Diskussion zwischen T und O gehen T die Argumente aus. Erzürnt schlägt er dann mit seiner rechten Hand heftig gegen die linke Schläfe des O. Dieser taumelt daraufhin und bricht anschließend bewusstlos zusammen. Der herbeigerufene Notarzt kann nur noch den Tod feststellen. Die spätere gerichtsmedizinische Obduktion ergibt, dass durch den Schlag des T bei O eine Blutader der weichen Hirnhäute gerissen ist, was letztlich zum Tod geführt hat.

T könnte sich eines Totschlags (§ 212) schuldig gemacht haben. Bei Anwendung der Adäquanztheorie muss man allerdings den Ursachenzusammenhang verneinen, da mit der eingetretenen Folge nach allgemeiner Lebenserfahrung kaum zu rechnen war. Selbstverständlich bleibt Raum für eine Körperverletzung mit Todesfolge (§§ 223, 227).

- 151 Wie das Beispiel zeigt, liefert die Adäquanztheorie durchaus brauchbare Ergebnisse. Dennoch wird sie im Strafrecht ganz herrschend abgelehnt. Zwar schränke sie in begrüßenswerter Weise die Äquivalenztheorie ein, im Strafrecht gehe es aber nicht um eine Verkürzung des Kausalzusammenhangs, sondern um das Prinzip der (Erfolgs-) Zurechnung. Die Adäquanztheorie nehme also dadurch, dass sie Verursachung (Kausalität) und Zurechnung des Erfolgs nicht auseinanderhalte, den Kampf gegen die uferlose Weite der Äquivalenztheorie an der falschen Stelle auf.²¹¹

c.) Relevanztheorie

- 152 Als weitere Möglichkeit, die Äquivalenztheorie einzuschränken, wird die Relevanztheorie genannt. Auch nach dieser Theorie ist jede Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Form entfele, für den Erfolg zunächst kausal. Die nötige Einschränkung der Äquivalenztheorie erzielt sie dadurch, dass zwischen der Tathandlung und dem Erfolg ein strafrechtlich „relevanter“ Kausalzusammenhang bestehen muss.²¹² Zwar hebt sie damit die Bedeutsamkeit der Ursache für den Erfolgseintritt hervor, verharrt aber terminologisch weiterhin im Denkmodell des Kausalzusammenhangs und trifft nicht die im Strafrecht erforderliche Differenzierung zwischen Kausalität und Erfolgszurechnung. Auch sie ist daher abzulehnen. Sie bietet aber eine Basis für die Lehre von der objektiven Zurechnung (dazu gleich).

- 153 **Zusammenfassung zu den Kausalitätstheorien:** Trotz aller Kritik an der uferlosen Weite der Äquivalenztheorie schaffen es die korrigierenden Ansätze nicht, in überzeugender Weise die gebotene Einschränkung herbeizuführen. Daher ist im Rahmen der Kausalität der Äquivalenztheorie zu folgen und zu untersuchen, ob eine Einschränkung der Täterverantwortlichkeit nicht auf einer anderen Ebene erreicht werden kann. Diesbezügliche Möglichkeiten werden bei Rn 164 ff. (objektive Zurechnung) und Rn 215/297 ff. (Irrtum über den Kausalverlauf) untersucht. Zunächst sollen aber häufig auftretende, problematische Fälle im Bereich der Kausalität dargestellt werden.

cc. Alternative Kausalität (Doppelkausalität; Mehrfachkausalität)

- 154 Im Fall der alternativen Kausalität (Doppelkausalität; Mehrfachkausalität) führen zwei (oder mehrere) voneinander unabhängige Handlungen *gleichzeitig* den Erfolg herbei. *Jede* Handlung für sich hätte bereits ausgereicht.

²¹⁰ Grapp, AT, § 4 Rn 79; Joecks/Jäger, Vor § 13 Rn 24; Fischer, Vor § 13 Rn 23.

²¹¹ Vgl. nur W/B/S, AT, Rn 250.

²¹² Fischer, Vor § 13 Rn 23; W/B/S, AT, Rn 256.

Beispiel²¹³: A und B mischen beide mit Tötungsvorsatz unabhängig und von einander nicht wissend eine jeweils tödlich wirkende Menge Gift in das Essen des O, bei dem daraufhin der Tod eintritt.

In einem solchen Fall muss folgende Überlegung angestellt werden: Zwar können die Bedingungen alternativ, nicht aber kumulativ hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Form entfele, weil sonst keine der Bedingungen ursächlich wäre. Daher wird die Äquivalenztheorie insoweit modifiziert, als jede der Bedingungen *conditio sine qua non* und somit ursächlich für den Erfolgseintritt ist.²¹⁴ Daraus folgt: Jede Handlung ist kausal. Daher sind A und B jeweils wegen eines Tötungsdelikts strafbar (Nebentäterschaft).

dd. Kumulative und atypische Kausalität

Im Fall der **kumulativen** Kausalität führen zwei voneinander unabhängige Handlungen *zusammen (kumulativ)* den Erfolg herbei. Jede Tathandlung für sich hätte *nicht* ausgereicht.²¹⁵ Oder anders ausgedrückt: Erst durch ihr Zusammentreffen führen zwei Handlungen zum Erfolg. Daraus folgt: Jede Handlung ist kausal.

155

Beispiel²¹⁶: Wieder mischen A und B jeweils mit Tötungsvorsatz unabhängig und von einander nicht wissend eine jeweils objektiv **nicht** tödlich wirkende Menge Gift in das Essen des O. Nur das Zusammenwirken (-wirken) der beiden Gifte führt zu dessen Tod.

Zwar hätte keine der beiden Bedingungen isoliert zum Erfolg geführt, nach der Äquivalenztheorie genügt aber eine Mitursächlichkeit (s.o.). Danach war *jede* Handlung allein kausal für den Erfolgseintritt.²¹⁷ Das wird in dem o.g. Beispiel besonders deutlich: Würde man A's Tatbeitrag wegdenken, hätte auch B's Tatbeitrag nicht zum Erfolg geführt, da die jeweilige Giftmenge gerade nicht ausgereicht hätte. Der Tod des O ist aber nun einmal eingetreten – verursacht von A und B (jeweils als Nebentäter). Wird in diesem Ergebnis eine Unbilligkeit gesehen, kann im Stadium der Zurechnung eine Korrektur über die Lehre von der objektiven Zurechnung (dazu gleich) oder im Stadium des subjektiven Tatbestands durch die Annahme eines Irrtums über den Kausalverlauf erfolgen (siehe dort).

Daher sind die jeweiligen Handlungen von A und B nach der Bedingungstheorie zwar kausal für den Erfolgseintritt, dieser ist aber nicht objektiv zurechenbar. A und B sind daher jeweils *nicht* wegen eines vollendeten Tötungsdelikts strafbar. Sie sind jedoch in Nebentäterschaft jeweils wegen Versuchs strafbar.

Der kumulativen Kausalität verwandt ist die **atypische Kausalität**. Auch bei dieser tritt der Taterfolg zwar auf ungewöhnliche Weise ein, die Handlung ist aber dennoch kausal.

156

Beispiel: T droht O Schläge an. Aufgrund einer Überreaktion springt O aus dem Fenster und verletzt sich dabei tödlich.

Wenngleich die Reaktion des O völlig überzogen ist, rührte sie dennoch äquivalent kausal von der Drohung des T her.

ee. Hypothetische Kausalität

Von einer hypothetischen Kausalität spricht man, wenn die Handlung des Täters zwar den Erfolg herbeiführt, dieser Erfolg aber wenig später auch durch eine andere Ursache – hypothetisch – herbeigeführt worden wäre.²¹⁸ Da bei der Frage nach der Kausalität aber auf den konkreten Taterfolg abzustellen ist, muss eine Reserveursache, also eine Ursa-

157-159

²¹³ Nach *W/B/S*, AT, Rn 230.

²¹⁴ BGHSt 39, 195, 198; *Sch/Sch-Eisele*, Vor § 13 Rn 82; *Gropp*, AT, § 4 Rn 57.

²¹⁵ *Sch/Sch-Eisele*, Vor § 13 Rn 83; *Gropp*, AT, § 4 Rn 61 ff.

²¹⁶ Nach *W/B/S*, AT, Rn 231.

²¹⁷ *SK-Rudolphi*, vor § 1 Rn 51.

²¹⁸ Vgl. BGHSt 49, 1, 4; 45, 270, 295; 2, 20, 24; *Kühl*, AT, § 4 Rn 12; *Jahn/Ebner*, JuS 2007, 923, 925.

che, die zu einem späteren Zeitpunkt den Erfolg auf gleiche oder andere Weise herbeigeführt hätte, unberücksichtigt bleiben.

Beispiel (aus der Lehrbuchkriminalität): T erschießt den todkranken O, der aufgrund der Krankheit ohnehin nur noch wenige Tage zu leben hatte.

In Fällen dieser Art entfällt beim Hinwegdenken von T's Handlung der Erfolg an sich nicht, sodass nach der Äquivalenztheorie der Kausalzusammenhang verneint werden müsste. Mit der Äquivalenztheorie ist aber auf den **konkreten** Erfolg abzustellen. Eine Reserveursache, die zu einem späteren Zeitpunkt den Erfolg auf gleiche oder andere Weise herbeigeführt hätte, muss somit unberücksichtigt bleiben. Daher ist die Handlung des T *conditio sine qua non* für den Tod des O.

ff. Abbrechende (überholende) Kausalität

160 Ein Fall der abbrechenden (überholenden) Kausalität liegt vor, wenn die Erstbedingung **nicht** zum Erfolgseintritt führen kann, weil ein späteres Ereignis eine **neue** Ursachenreihe eröffnet, die **ausschließlich** bzw. **früher** den Erfolg herbeiführt. Der Kausalzusammenhang zwischen der Erstursache und dem Erfolg wurde sozusagen „abgebrochen“ bzw. die Erstursache wurde von der Zweitursache „überholt“ oder „verdrängt“. Daraus folgt: Keine Kausalität der Ersthandlung! Der Ersttäter kann für den Erfolgseintritt nicht verantwortlich gemacht werden²¹⁹) in Betracht kommt aber eine Versuchsstrafbarkeit).

Beispiel: A mischt eine tödlich wirkende Menge Gift in das Essen des O. Bevor dieser daran stirbt, wird er von B erschossen.

Von zwei miteinander „konkurrierenden“ Kausalreihen kann also die erste nicht mehr zum Erfolg führen. Sie ist fehlgeschlagen und im Ergebnis absolut wirkungslos geblieben. Demgegenüber hat die zweite Handlung eine **neue** Ursachenreihe in Gang gesetzt, die **ganz allein** (als *conditio sine qua non*) den Erfolg herbeigeführt hat. A hat keine Bedingung gesetzt, die für den konkreten Erfolg ursächlich war. Bei seiner Handlung fehlt es am Erfolgsunrecht. Da dieses von A aber angestrebt war, kommt bezüglich seiner Handlung eine Versuchsstrafbarkeit in Betracht.

Demnach hat sich B eines vollendeten Tötungsdelikts schuldig gemacht. A hat sich wegen eines versuchten Tötungsdelikts zu verantworten.

161 Der ursächliche Zusammenhang wird aber **nicht** abgebrochen, wenn das **Opfer** oder ein **Dritter in ein Kausalgeschehen eingreift** und die Tathandlung des Ersttäters **noch fortwirkt**. Die Tathandlung des später Eingreifenden darf an die vorausgehende Bedingung also lediglich anknüpfen (insbesondere die dadurch geschaffene Lage ausnutzen), diese aber nicht verdrängen.²²⁰ Etwaige Korrekturen sind dann aber im Rahmen der objektiven Zurechnung erforderlich.

Beispiel: O wird von T zusammengeschlagen und daraufhin stationär behandelt. Krankenpfleger K verwechselt die Infusionslösung, woraufhin O stirbt.

Hier bleibt es bei Anwendung der Äquivalenztheorie dabei, dass die ursprüngliche Verletzungshandlung des T ursächlich für den Tod des O war, weil die Handlung nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiel (K wäre sonst nicht in die Situation gekommen, die Infusionslösung zu verwechseln). Die Ersthandlung wirkt also noch fort bis zum Erfolgseintritt. Folglich ist die Handlung des T äquivalent kausal für den Tod des O. Freilich eine andere Frage ist es, ob der Tod des O dem T auch (objektiv) zugerechnet werden kann, vgl. dazu Rn 195.

²¹⁹ Vgl. OLG Celle StV 2002, 366; Jescheck/Weigend, AT, § 28 II 5; Kühl, AT, § 4 Rn 33.

²²⁰ Vgl. BGH NStZ 2001, 29 f. („Pflegermutter-Fall“); Jescheck/Weigend, AT, § 28 II Fn 15; W/B/S, AT, Rn 242; Ellbogen, JuS 2002, 151, 153; Jahn/Ebner, JuS 2007, 923, 925; Rengier/Braun, JuS 2012, 999, 1000.

gg. Mehraktige Geschehensabläufe

Der ursächliche Zusammenhang zwischen Tathandlung und Taterfolg wird schließlich auch dann nicht abgebrochen, wenn sich ein Tatgeschehen in mehreren Akten vollzieht. Denn nach der maßgeblichen Bedingungstheorie sind ja alle Bedingungen gleichwertig, solange sie nur für den konkreten Erfolgseintritt **mitursächlich** sind.²²¹ Allerdings kann es (unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgrundsatzes und des Analogieverbots) problematisch sein, bei mehraktigen Geschehensabläufen den Taterfolg einem bestimmten Täterverhalten zuzurechnen. Eine Korrektur der Weite der Bedingungstheorie ist im Rahmen der objektiven Zurechnung (h.L.) bzw. der Figur des Irrtums über den Kausalverlauf (Rspr.) vorzunehmen.

Beispiele:

(1) Jauchegrube-Fall²²²: T hatte sich mit O zunächst ein Wortgefecht geliefert, in dessen Folge er sie zu würgen begann. Sodann stopfte er ihr zwei Hände voll Sand in den Mund, um sie am Schreien zu hindern. Den Tod nahm er dabei billigend in Kauf. Als O sodann regungslos am Boden lag, wurde sie von T für tot gehalten; tatsächlich war sie lediglich bewusstlos. Um die vermeintliche Leiche zu beseitigen, schmiss T die O in eine Jauchegrube. Erst dort verstarb sie infolge Ertrinkens.

Unter Anwendung der Äquivalenztheorie war die ursprüngliche Verletzungshandlung des T ursächlich für den späteren Tod der O, weil das Stopfen von zwei Händen voll Sand in den Mund nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiel (T wäre sonst nicht in die Situation gekommen, die für tot gehaltene O in die Jauchegrube zu werfen). Die Ersthandlung wirkt also noch fort bis zum Erfolgseintritt. Folglich ist die Handlung des T äquivalent kausal für den Tod der O. Freilich eine andere Frage ist es, ob der Tod der O dem T auch (objektiv) zugerechnet werden kann, vgl. dazu Rn 197a Bsp. 1.

(2) Pflegemutter-Fall²²³: Im Kampf um die Liebe zu ihrer Pflegemutter stach die Pflegetochter T mit Tötungsvorsatz das Pflegekind O nieder. T hielt O irrümlich für tot und bat ihren Freund F, vorbeizukommen, um die Spuren zu beseitigen. Dieser fand die O jedoch noch röchelnd vor und schlug ihr mit einer vollen Glasflasche kräftig auf den Kopf, woraufhin O starb.²²⁴ Die spätere gerichtsmedizinische Obduktion kann nicht eindeutig klären, ob O auch an den Folgen der Messerstiche gestorben wäre.

Hier ist die Ursächlichkeit des Handelns der T nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein weiteres Verhalten an der Herbeiführung des Erfolgs mitgewirkt hat. Ursächlich bleibt das Verhalten der T selbst dann, wenn ein später handelnder Dritter durch ein auf denselben Erfolg gerichtetes Tun vorsätzlich zu dessen Herbeiführung beiträgt, sofern er nur dabei an das Handeln des Täters anknüpft, dieses also die Bedingung seines eigenen Eingreifens ist. Demgemäß ist das Verhalten der T auch dann äquivalent kausal für den Tod der O, wenn ein Dritter ihr den „Gnadenschuss“ gegeben hat.²²⁵ Zur Frage nach der objektiven Zurechnung vgl. Rn 196 Bsp. 1.

(3) Scheunenmord-Fall²²⁶: Die beiden befreundeten T und O waren abends mit dem Auto des T unterwegs. Nachdem sie bei einem Autohof etwas gegessen hatten und sodann in der Umgebung herumgefahren waren, bogen sie von der Landstraße in einen Feldweg ab und hielten dort zunächst an einer Scheune an, um nachzusehen, was sich in der Scheune befand. Anschließend setzten sie ihre Fahrt über die Feldwege fort, bis sie an einer weiteren Scheune erneut anhielten. Beide stiegen aus und gingen zu der Längsseite der Scheune, an der sich ein großes, massives und verschlossenes Tor be-

²²¹ Vgl. BGH NSTZ 2001, 29 f. („Pflegemutter-Fall“); Jescheck/Weigend, AT, § 28 II Fn 15; W/B/S, AT, Rn 242; Ellbogen, JuS 2002, 151, 153; Jahn/Ebner, JuS 2007, 923, 925; Rengier/Braun, JuS 2012, 999, 1000.

²²² BGHSt 14, 193 ff.

²²³ Vgl. BGH NSTZ 2001, 29 f.

²²⁴ Vgl. BGH NSTZ 2001, 29 f.

²²⁵ BGH NSTZ 2001, 29, 30.

²²⁶ BGH NSTZ 2016, 721.

fand. Beim Versuch des T, mit einer mitgebrachten schweren Eisenstange das Scheunentor aufzubrechen, gerieten T und O in einen Streit, in dessen Verlauf O dem T vorwarf, dass er nichts geregelt und „kein Mädchen an den Start“ bekomme, weswegen er ein „armes Würstchen“ sei. Als O sich mit dem Rücken zu T bückte, um sich am Tor zu schaffen zu machen, stellte sich T hinter O und schlug diesem mit Tötungsvorsatz und unter bewusster Ausnutzung von dessen Arg- und Wehrlosigkeit mehrmals mit der Eisenstange auf den Kopf, wobei O bereits durch den ersten Schlag bewusstlos wurde und umfangreiche Schädelbrüche erlitt, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nach einiger Zeit zu dessen Tod geführt hätten. Nach dem letzten Schlag fuhr T zurück zum Autohof, wobei er irrig davon ausging, O bereits tödlich verletzt zu haben. Am Autohof angekommen, kamen ihm Bedenken, dass der Verdacht auf ihn fallen würde. Daher fasste er den Entschluss, zurück zur Scheune zu fahren, die Polizei zu informieren und wahrheitswidrig anzugeben, er habe O dort überraschend getötet aufgefunden, als er ihn dort wieder habe abholen wollen. Als er nach der Rückkehr zur Scheune jedoch feststellte, dass O noch lebte, zog er sein Messer aus der Tasche und durchtrennte mit erheblicher Kraftentfaltung den Hals des O bis zur Wirbelsäule. O verblutete infolge dieser Handlung.

Auch in diesem zweiaktigen Tatgeschehen ist die Ursächlichkeit des ersten Akts (die Schläge mit der Eisenstange) für den Tod des O nicht dadurch ausgeschlossen, dass erst ein weiterer Akt des T (der spätere Messereinsatz) unmittelbar den Tod herbeiführte. Denn dieser zweite Akt wäre von T nicht ausgeführt worden, wenn bereits dessen erster Akt den Tod des O herbeigeführt hätte. Dass O ohnehin infolge der massiven Gewalteinwirkung gestorben wäre, ändert nichts an dem Bedingungs Zusammenhang zwischen dem Erstakt und dem Todeseintritt. Zur Frage nach der objektiven Zurechnung vgl. Rn 197a Bsp. 2.

- (4) **„Kinderüberlassungs-Fall“²²⁷**: Die von T getrennt lebende O kam am frühen Morgen des Tattages gemeinsam mit ihrer Bekannten B in die Ehemwohnung, um ihre bei T lebenden Kinder zu besuchen. Zunächst saßen die drei auf dem Balkon und diskutierten sachlich. Doch schon nach kurzer Zeit begannen T und O über das Aufenthaltsbestimmungsrecht bzgl. der Kinder zu streiten. Während einer kurzen Abwesenheit vernahm T, dass O zu B sagte, sie werde die Kinder niemals diesem „Zuhälter“ überlassen. T, der darüber sehr aufgebracht war, griff ein Küchenmesser mit einer Klingenlänge von 12 cm und eilte auf den Balkon. Unterwegs steckte er das Messer in den Hosenbund oder Ärmel, sodass es nicht sichtbar war. Er setzte sich wieder zu den Frauen auf den Balkon. O fuhr sogleich damit fort, den äußerlich ruhig wirkenden T zu beschimpfen und massiv zu beleidigen. Spätestens jetzt fasste T – geleitet von Wut, aber auch, um zu verhindern, dass er in Zukunft ohne seine Kinder leben müsse – den Entschluss, O zu töten. Völlig unvermittelt und plötzlich stach er mit dem Messer gezielt und mit Wucht auf ihr Gesicht ein, wobei ihm bewusst war, dass sie in dem Moment nicht mit einem Angriff rechnete. Er versetzte ihr sodann mehrere Stiche in den Oberkörper und stach auch weiter auf sie ein, als O zu Boden ging. Die um Hilfe rufende B flüchtete mit dem Sohn des T, der an der Balkontür stand, ins Kinderzimmer. Als T erkannte, dass das Kind mit entsetztem Blick das Geschehen verfolgt hatte, hielt er inne, ließ das Messer fallen und wollte die Wohnung verlassen. Jedoch ergriff O das Messer und versuchte, nach T zu stechen. In dem folgenden Gerangel gelang es T jedoch, den „Angriff“ abzuwehren; O ließ das Messer zunächst los, ergriff es aber sogleich wieder. Das Geschehen verlagerte sich sodann in die Küche. Dort ergriff T ein Küchenmesser mit einer Klingenlänge von 7,5 cm und stach damit nach O. Auch als diese in dem nachfolgenden Kampf ihr Messer verloren hatte und zu Boden gegangen war, stach T weiter auf O ein und brachte seinen ursprünglich gefassten Plan, O zu töten, zu Ende. Insgesamt fügte T der O mindestens 67 Stiche zu, die zu deren Tod führten.

Auch dieses Tatgeschehen vollzieht sich mehraktig, wobei die Ursächlichkeit des ersten Akts (die Messerstiche auf dem Balkon) für den Tod der O nicht dadurch ausgeschlos-

²²⁷ Nach BGH StV 2017, 673.

sen ist, dass erst ein weiterer Akt des T (der spätere Messereinsatz in der Küche) unmittelbar den Tod herbeiführte. Denn dieser zweite Akt wäre von T nicht ausgeführt worden, wenn bereits dessen erster Akt den Tod der O herbeigeführt hätte. Der erste Akt war also äquivalent kausal für den Todeseintritt. Zur Frage nach der objektiven Zurechnung vgl. Rn 197a Bsp. 3.

- (5) „Wut-Fall“²²⁸: T und O waren einige Zeit zusammen. Weil O u.a. ihren früheren Lebensgefährten finanziell unterstützte, kam es öfter zum Streit zwischen T und O, woraufhin sich die beiden denn auch trennten. Gleichwohl besuchte T die O weiterhin. Nach einem Streit in der Wohnung der O, der eskalierte, ergriff O ein Küchenmesser mit ca. 14 cm langer Klinge und verletzte damit T mit einer Stichbewegung leicht an der Beugeseite des rechten Unterarms. T schlug ihr das Messer aus der Hand. Auch durch den Messerangriff nunmehr „rasend vor Wut“ entschloss sich T, O zu töten. Er ergriff das Messer und stach es O in den Hals. Dann warf er O rücklings aufs Bett und stach weitere 17 Mal auf sie ein. Der dadurch bewirkte Blutverlust war bereits tödlich. T ergriff nun aber noch eine metallene Schnur, knotete sie um den Hals der O und würgte sie kräftig. Auch dieses Vorgehen war für sich genommen tödlich.

Dieses Tatgeschehen lässt sich ebenfalls in zwei Akte unterteilen. Dass bereits die erste Tathandlung (die 17 Messerstiche) zum Tod geführt hätte, ändert nichts daran, dass letztlich die zweite Tathandlung (das Erdrosseln) den Tod herbeigeführt hat. Gleichwohl war die Ersthandlung äquivalent kausal für den Tod der O. Denn die Ursächlichkeit des ersten Akts (die 17 Messerstiche) wird für den Tod der O nicht dadurch ausgeschlossen, dass erst ein weiterer Akt des T (das spätere Erdrosseln) unmittelbar den Tod herbeigeführt hat. Dass O ohnehin infolge der 17 Messerstiche gestorben wäre, ändert nichts an dem Bedingungszusammenhang zwischen dem Erstakt und dem Todeseintritt. Zur Frage nach der objektiven Zurechnung vgl. Rn 197a Bsp. 4.

hh. Zusammenfassung

Aufgrund der mit der **Äquivalenztheorie** verbundenen **uferlosen Weite** der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ist im Einzelfall eine **Korrektur** erforderlich. Diese Korrektur kann – wie bereits dargestellt – bereits im Stadium der Kausalitätsprüfung mit Hilfe der Adäquanz- oder Relevanztheorie erfolgen. Zu beachten ist jedoch, dass diese Vorgehensweise kaum noch vertreten wird. Die **Literatur** korrigiert vornehmlich über die **Lehre von der objektiven Zurechnung** (also ebenfalls im Rahmen des objektiven Tatbestands, dazu sogleich), während die **Rechtsprechung** bis auf die Fälle der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und der Fahrlässigkeit eine Korrektur beim subjektiven Tatbestand im Rahmen des **Irrtums über den Kausalverlauf** (Vorsatzausschluss gem. § 16 I S. 1) durchführt. Welche der Möglichkeiten in einer Klausur zu wählen ist, sollte vom Einzelfall und der Auffassung des Bearbeiters abhängig gemacht werden.

163

d. Erfolgszurechnung (Lehre von der objektiven Zurechnung)

aa. Problemstellung

Es genügt nicht, wenn die Tathandlung kausal für den Taterfolg ist. Vielmehr muss sich der konkrete Erfolgseintritt als „das Werk des Täters“ darstellen.

164

Hierzu vertritt die **herrschende Literatur** die **Lehre von der objektiven Zurechnung**. Ausgangspunkt dieser Lehre ist die Relevanztheorie. Im Unterschied zu ihr nimmt die Lehre von der objektiven Zurechnung die Korrektur aber nicht auf der Ebene der Kausalität, sondern im Rahmen der Erfolgszurechnung vor. Sie verkennt somit nicht den Unterschied zwischen Kausalität und Zurechnung und unterscheidet strikt zwischen der Prüfung des Kausalzusammenhangs und der Prüfung des objektiven Zurechnungszusam-

165

²²⁸ Nach BGH NSTZ 2019, 408.

menhangs. Während bei der Kausalität ein Bedingungszusammenhang als *naturwissenschaftliche* Mindestvoraussetzung zwischen Handlung und Erfolg geprüft wird, wird beim Zurechnungszusammenhang *normativ* (also wertend) festgestellt, ob sich der Erfolg als das „Werk des Täters“ darstellt. Die Grundformel, deren Prüfung sich demnach unmittelbar an die Kausalitätsfeststellung anschließt, lautet allgemein:

166 **Objektiv zurechenbar** ist ein Erfolg dem Täter dann, wenn dieser eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich gerade im konkreten Erfolg realisiert.²²⁹

167 Diese Grundformel liest sich zwar schön, beantwortet aber die Frage nicht, wann denn nun eine rechtlich missbilligte Gefahr, die sich im konkreten Erfolgseintritt realisiert, vorliegt. Diesbezüglich sind einige Kriterien und Fallgruppen entwickelt worden, welche im Folgenden erörtert werden.²³⁰

bb. Kriterien und Fallgruppen

168 Allgemein anerkannt sind folgende Kriterien bzw. Fallgruppen, anhand derer sich die Frage nach der objektiven Zurechnung methodisch geordnet beantworten lässt.

- a.) Schaffung bzw. Fehlen eines rechtlich relevanten Risikos (insbesondere atypischer Kausalverlauf – Rn 169 ff.),
- b.) Risikozusammenhang (Schutzzweck der Norm – Rn 170),
- c.) Risikoverringerung (Rn 171 f.),
- d.) kein Pflichtwidrigkeitszusammenhang (rechtmäßiges Alternativverhalten) ⇒ nur bei Fahrlässigkeitsdelikten (Rn 173 f.),
- e.) eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung des Opfers (Rn 175 ff.) und
- f.) eigenverantwortliches Dazwischentreten eines Dritten (Rn 195 ff.).

a.) Schaffung bzw. Fehlen eines rechtlich relevanten Risikos

169 Mit dieser Fallgruppe sollen ganz **atypische, unvorhersehbare und unbeherrschbare** Kausalverläufe ausgeschlossen werden. Danach 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.**²³¹

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 des Rettungswagens 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 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 beru-

²²⁹ Vgl. *Jescheck/Weigend*, AT, § 28 IV; *SK-Rudolphi*, vor § 1 Rn 57; *Gropp*, AT, § 4 Rn 87; *W/B/S*, AT, Rn 258; *Fischer*, Vor § 13 Rn 25; *Sch/Sch-Eisele*, Vor § 13 Rn 91 ff.

²³⁰ Siehe die Nachweise in der vorigen Fn. Auch die nachfolgenden Beispiele sind an die dortigen Ausführungen angelehnt. Zu beachten ist jedoch, dass die (identischen und sich teilweise inhaltlich überschneidenden) Fallgruppen von den genannten Autoren teilweise unterschiedlich benannt werden und dass auch die Einordnung von (identischen) Beispielen unterschiedlich erfolgt. Das kann auf den studentischen Leser äußerst verwirrend wirken. Davon sollte man sich aber nicht abschrecken lassen. Wichtig ist nur, dass man in der Lage ist, aufgrund einer überzeugenden Argumentation die objektive Zurechnung im konkreten Fall zu bejahen oder zu verneinen. Die Vermittlung der Fähigkeit, in der Fallbearbeitung überzeugend aufzutreten, ist Aufgabe der folgenden Darstellung.

²³¹ Vgl. *BGH NJW* 2002, 1057; *Otto*, *Jura* 2001, 275, 276; *Trüg*, *JA* 2001, 365; *Roxin*, AT, § 11 Rn 63; *W/B/S*, AT, Rn 259 ff./289; vgl. auch *Fischer*, Vor § 13 Rn 25.

hende Tod des O ist T als Verursacher objektiv zuzurechnen (etwas anderes würde nur bei grober Fahrlässigkeit des Begleitpersonals bzw. des behandelnden Arztes gelten).²³²

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.²³³

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 Erfolgzurechnung statt, weil sich durch den Flugzeugabsturz nur das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht hat. Der Flugzeugabsturz stand außerhalb von T's Beherrschungsvermögen.²³⁴ Aus demselben Grund liegt auch eine Strafbarkeit wegen Versuchs nicht vor.

b.) Risikozusammenhang (Schutzzweck der Norm)

Diese Fallgruppe dient dazu, eine Erfolgzurechnung nur dann zuzulassen, wenn die Tat handlung überhaupt vom Schutzzweck der verletzten Norm umfasst ist. Denn nur wenn der Täter eine gerade dem Schutz des betreffenden Rechtsguts dienende Verhaltensnorm missachtet, liegt überhaupt eine rechtlich relevante Gefahrschaffung vor.²³⁵

170

Beispiele:

(1) Auf dem Weg zur Arbeit missachtet Autofahrer T eine Rotlicht zeigende Ampel. Kurze Zeit später läuft ihm unvermittelt ein Kind in das Auto. T kann nicht ausweichen; es kommt zu einem für das Kind tödlichen Unfall.

Hier kann dem T nicht vorgehalten werden, er habe sich zwar im zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit dem Unfall korrekt verhalten, hätte den Unfall jedoch vermeiden können, wenn er zuvor die Rotlicht zeigende Ampel nicht missachtet hätte und somit an der Unfallstelle später angekommen wäre. Denn die Ampelanlage soll lediglich die Verkehrsteilnehmer im unmittelbaren Verkehrsbereich schützen. Dass Fahrzeuge bestimmte Orte früher oder später erreichen, ist nicht vom Schutzzweck der StVO-Vorschriften über Ampelanlagen umfasst. Die Vorfahrtsregeln einer Kreuzung dienen nicht dem Zweck, einen anderen Ort früher oder später zu erreichen.

(2) Zwei Radfahrer fahren nachts auf einer Straße ohne Beleuchtung schräg hintereinander. Der vorausfahrende Radfahrer A wird von einem entgegenkommenden Auto erfasst und tödlich verletzt. Der hinter A fahrende Radfahrer B kann noch ausweichen.

Die Frage, ob sich B nach § 222 strafbar gemacht hat, muss verneint werden. Zwar hat B gegen § 17 StVO (Pflicht zur ordnungsgemäßen Beleuchtung von Fahrrädern) verstoßen, diese Vorschrift dient aber dazu, Unfälle zu vermeiden, die darauf zurückzuführen sind, dass der betreffende Radfahrer andere Verkehrsteilnehmer aufgrund von Dunkelheit nicht sieht oder er selbst von anderen Verkehrsteilnehmern nicht gesehen wird. Dagegen dient die Vorschrift nicht dazu, andere Verkehrsteilnehmer anzuleuchten, damit diese wiederum von anderen Verkehrsteilnehmern gesehen werden.

²³² W/B/S, AT, Rn 259.

²³³ Vgl. BGH NSTz 2002, 475, 476; *Altwater*, NSTz 2003, 21.

²³⁴ Vgl. nur *Gropp*, AT, § 4 Rn 90; W/B/S, AT, Rn 261 f.

²³⁵ W/B/S, AT, Rn 261 f.; *Sch/Sch-Eisele*, Vor § 13 Rn 95/96.

c.) Risikoverringering

- 171 Die sog. Risikoverringering betrifft den Fall, dass der Täter **einen Erfolg abschwächt oder (zeitlich) hinausschiebt und auf diese Weise einen lediglich schwächeren oder späteren Erfolgseintritt verursacht**.²³⁶ In der Praxis relevant sind vor allem Fälle der sog. Abstiftung. Ein Abstiften oder Abwiegeln liegt vor, wenn ein zur Begehung eines gefährlichen qualifizierten Delikts (z.B. § 244) entschlossener Täter zur Begehung eines weniger gefährlichen (Grund-) Delikts („Minus“ - z.B. § 242) veranlasst wird. Hier ist zwar an psychische Beihilfe zum weniger gefährlichen Delikt (§§ 242, 27) zu denken. Überzeugender scheint es jedoch, bereits die objektive Zurechnung zwischen Rechtsgutverletzung und Gehilfenhandlung wegen ausschließlicher Risikoverringering zu verneinen. Sofern man diesem Gedanken nicht folgt (und damit die objektive Zurechnung bejaht), ist an eine Rechtfertigung nach § 34 zu denken.

Beispiel: T will einen bewaffneten Banküberfall begehen. Seine fürsorgliche Ehefrau E kann ihm das Mitführen der Pistole aber ausreden. T befolgt den Rat und begeht die Tat ohne Waffe. Strafbarkeit der Beteiligten?

T ist wegen Raubs (§ 249) oder wegen räuberischer Erpressung (§ 255) strafbar. E ist dagegen straflos. Eine Anstiftung (§ 26) scheidet aus, da T hinsichtlich des (einfachen) Raubs oder der räuberischen Erpressung ohnehin fest entschlossen war (sog. *omni-modo facturus*). Nach h.L. kommt eine Beihilfe (§ 27) ebenfalls nicht in Betracht. Zwar hat E eine kausale Hilfe zum Grunddelikt geleistet, infolge der ausschließlichen Risikoverringering hat sie aber keine tatbestandliche Gefahr geschaffen, sodass ihr das Ergebnis ihrer Hilfeleistung objektiv nicht zurechenbar ist. Die Rspr., welche die Lehre von der objektiven Zurechnung in diesem Fall ablehnen würde, könnte auch keine Korrektur ihres Ergebnisses auf der Ebene des subjektiven Tatbestands herbeiführen, sodass nach ihr allenfalls eine Rechtfertigung nach § 34 erfolgen würde.

Anders würde es im Ergebnis für E aussehen, wenn sie die leichtere Tatform nicht notgedrungen in Kauf genommen hätte, sondern sie diese dem T schmackhaft gemacht hätte. Dann wäre sie wegen psychischer Beihilfe zum (einfachen) Raub zu bestrafen.

- 172 Anders sieht es aus, wenn der Täter zwar risikoverringeringend tätig sein möchte, aber durch sein Verhalten **eine neue, eigenständige (rechtlich relevante) Gefahr schafft**, die den von ihm verursachten Verletzungserfolg begründet.²³⁷

Beispiele:

(1) A möchte in der Nachbarstadt einen Banküberfall verüben. Da ihn seine Ehefrau E nicht davon abbringen kann, zerstückt sie kurzerhand die Reifen des Autos, das A als Transportmittel gebraucht hätte. Hierdurch kann A seinen Plan nicht durchführen.

(2) B sieht, wie im Nachbarhaus die obere Etage brennt. Gleichzeitig hört er von dort Hilferufe eines Kindes. Um dieses zu retten, begibt er sich in das Haus, findet das Kind, wird dann aber zusammen mit dem Kind von den Flammen eingeschlossen, sodass ihm der Rückweg über die Treppe versperrt ist. Ihm bleibt daher nur die Wahl, entweder zusammen mit dem Kind in den Flammen umzukommen oder sich und das Kind aus dem Fenster in die Arme unten stehender Retter fallen zu lassen. B entscheidet sich für Letzteres. Während er unverletzt bleibt, zieht sich das Kind durch den Sturz einen Armbruch zu.

In beiden Beispielen kann die jeweilige Tathandlung nicht hinweggedacht werden, ohne dass der konkrete Erfolgseintritt entfiel. Auch haben E und B jeweils eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen, die sich im konkreten Erfolg realisiert. Daran ändern auch die ehrenwerten Motive nichts. Es besteht daher keine Möglichkeit, die Tatbestände der Sachbeschädigung (Beispiel 1) und der Körperverletzung (Beispiel 2) zu verneinen. Um

²³⁶ Sch/Sch-Eisele, Vor § 13 Rn 94; W/B/S, AT, Rn 291.

²³⁷ Sch/Sch-Eisele, Vor § 13 Rn 94; W/B/S, AT, Rn 294.

dennoch eine Strafbarkeit zu verneinen, muss daher nach anderen Aspekten gesucht werden. So bietet sich in Beispiel (1) an, E aufgrund rechtfertigenden Notstands (§ 34) für gerechtfertigt zu erklären und in Beispiel (2) bei B den Körperverletzungsvorsatz zu verneinen (bei diesem ist mit Blick auf die unten stehenden Helfer zu unterstellen, dass er hoffte, das Kind würde unbeschadet bleiben). Zwar ist bei B dann auf eine fahrlässige Körperverletzung (§ 229) einzugehen, hier aber gerade aufgrund der ausschließlichen Risikoverringerung die Sorgfaltspflichtverletzung zu verneinen, oder doch zumindest § 34 anzuwenden.

d.) Kein Pflichtwidrigkeitszusammenhang (rechtmäßiges Alternativverhalten)

Diese Fallgruppe hat ausschließlich bei **Fahrlässigkeitsdelikten** Bedeutung, soll aber wegen des Sachzusammenhangs an dieser Stelle behandelt werden. Bei Fahrlässigkeitsdelikten ist die objektive Zurechnung zu verneinen, wenn der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch bei pflichtgemäßem Verhalten des Täters eingetreten wäre. Denn in diesem Fall wird der Erfolg nicht durch „Fahrlässigkeit“ herbeigeführt.

173

Beispiel: Autofahrer T fährt mit einer Geschwindigkeit von 100 km/h durch eine Autobahnbaustelle, in der lediglich 80 km/h erlaubt sind. Plötzlich setzt sich ein an der Seite stehendes Baustellenfahrzeug in Bewegung und gelangt auf die Fahrbahn. T weicht geistesgegenwärtig aus, gerät dabei aber auf die Gegenfahrbahn und kollidiert frontal mit dem Wagen des O. Dieser verstirbt aufgrund der Verletzungen, die er infolge des Aufpralls erleidet. Aus einem späteren Sachverständigengutachten geht hervor, dass von T der Unfall auch dann nicht hätte vermieden werden können, wenn dieser die zulässige Höchstgeschwindigkeit eingehalten hätte.

Hier hat sich also das Risiko des zu schnellen Fahrens nicht im konkreten Erfolg niederschlagen, sodass T nicht wegen fahrlässiger Tötung (§ 222) bestraft werden kann.

Fraglich ist, wie Fälle zu entscheiden sind, in denen der Erfolg *nicht* mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch bei pflichtgemäßem Verhalten des Täters eingetreten wäre. Hier verneint die überwiegende Meinung²³⁸ aus dem Grundsatz *in dubio pro reo* die objektive Zurechnung, wenn der Erfolg nur möglicherweise durch ein rechtmäßiges Alternativverhalten ausgeblieben wäre. Hingegen soll es nach einer Minderheitsmeinung²³⁹ für die Zurechnung genügen, wenn der Täter durch sein Verhalten das Risiko des Erfolgseintritts (auch nur marginal) vergrößert hat (sog. **Risikoerhöhungslehre**).

174

Beispiel²⁴⁰: Lkw-Fahrer T überholt den am Straßenrand fahrenden Radfahrer O mit einem viel zu geringen Seitenabstand. Als sich der Lkw des T dicht neben dem Fahrrad des O befindet, schwankt dieser und wird von der Flanke des Lkw erfasst und dabei unter die Räder des Lkw gerissen. O stirbt noch am Unfallort. Bei der späteren gerichtsmedizinischen Untersuchung des O stellt sich heraus, dass dieser während des Unfallzeitpunkts eine Blutalkoholkonzentration (BAK) von 1,9 ‰ hatte. Ein Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass O auch bei Einhaltung des erforderlichen Seitenabstands getötet worden wäre.

Folgt man der wohl h.M., greift der Grundsatz *in dubio pro reo*, da der Sachverhalt nicht eindeutig aufgeklärt werden kann. T ist hiernach nicht (aus § 222) strafbar. Hingegen würde die Gegenauffassung zu einer Strafbarkeit (aus § 222) kommen, da nach ihr allein im nicht eingehaltenen Seitenabstand ein risikogesteigertes Element liegt, das ausreicht, um trotz der verbleibenden Zweifel über das hypothetische Geschehen dem T den Tod des

²³⁸ BGHSt 11, 1, 3; 33, 61, 63; Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn 177; SK-Hoyer, Anh. § 16 Rn 26; Fischer, vor § 13 Rn 35; LK-Vogel/Bülte, § 15 Rn 182 ff.; Joecks/Jäger, § 222 Rn 20.

²³⁹ Entwickelt von Roxin, FS Honig, 1970, S. 133 ff.; ders.: ZStW 1974, S. 411 ff.; dem sich anschließend SK-Rudolph, vor § 1 Rn 65 ff.; Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 8 Rn 37, § 13 Rn 54 ff.; NK-Puppe, vor § 13 Rn 205; Jescheck/Weigend, AT, § 55 II 2b.

²⁴⁰ Nach BGHSt 11, 1 (dargestellt in nahezu allen Lehrbüchern, vgl. nur Gropp, AT, § 4 Rn 98 und W/B/S, AT, Rn 302).

O zuzurechnen. Das macht eine Streitentscheidung erforderlich. Die Vertreter der Risikoerhöhungslehre machen vor allem geltend, die aufgestellten Sorgfaltspflichten seien dafür gedacht, auch dann beachtet zu werden, wenn nicht sicher sei, ob durch die Beachtung des Sicherheitsabstands Gefahren vermieden werden könnten. Das ist problematisch, weil dadurch die Bedeutung des Grundsatzes *in dubio pro reo* verkannt wird. Darüber hinaus deutet die Risikoerhöhungslehre durch die Anknüpfung an das erhöhte Risiko die Verletzungsdelikte in konkrete Gefährdungsdelikte um. Das ist mit der Systematik des StGB nicht vereinbar. Die Risikoerhöhungslehre ist daher abzulehnen.

Im Ergebnis bleibt somit festzustellen, dass T sich wegen des Grundsatzes *in dubio pro reo* nicht wegen fahrlässiger Tötung strafbar gemacht hat.

e.) Eigenverantwortliche Selbstschädigung/Selbstgefährdung des Opfers

175 Da das Gesetz in den Körperverletzungs- bzw. Tötungsdelikten lediglich die Verletzung bzw. Tötung eines *anderen* Menschen erfasst, handelt derjenige, der sich selbst gefährdet, verletzt oder gar tötet, regelmäßig tatbestandslos.²⁴¹ Andere, die dazu anstiften bzw. Hilfe leisten, handeln ebenfalls regelmäßig tatbestandslos, weil es insoweit an einer erforderlichen vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat i.S.d. §§ 26, 27 fehlt.²⁴² Etwas anderes gilt nur dann, wenn – neben dem Sonderfall des § 217²⁴³ – der „Anstiftende“ bzw. „Helfende“ nicht nur eine Hilfsfunktion ausübt, sondern in Wahrheit das Geschehen in den Händen hält, etwa weil er kraft überlegenen Sachverständnisses das Risiko besser erfasst oder sogar das tatbestandsmäßige Geschehen maßgeblich (mit-)bestimmt.²⁴⁴ Gleiches gilt, wenn das Opfer zwar zunächst eigenverantwortlich handelte, dann aber seine Tatherrschaft verlor (und diese auf den Täter „übergang“). In solchen Fällen kann von einer eigenverantwortlichen Selbstschädigung des Opfers nicht mehr gesprochen werden. Vielmehr ist derjenige, der das Geschehen (nunmehr) in den Händen hält, mittelbarer Täter i.S.v. § 25 I Var. 2 und benutzt den Handelnden als „Tatwerkzeug“ (vgl. Rn 949 ff.).²⁴⁵ In Betracht kommt in solchen Fällen auch Unterlassungstäterschaft, sofern das Verhalten desjenigen, der das Geschehen (nunmehr) in den Händen hält, in einem Nichtstun besteht.²⁴⁶

Beispiel²⁴⁷: T und O sind verheiratet. Infolge Mobbing am Arbeitsplatz, aber auch wegen ehelicher Probleme ging es O zunehmend schlecht. Sie verlor rasant an Körpergewicht und litt an extremer Unterzuckerung. Zuletzt wog sie nur noch 33,5 kg, war leichenblass und stark unterkühlt. T, dem dies nicht entgangen war, kümmerte sich gleichwohl nicht um O. Erst als sie kaum noch ansprechbar war und ihr Zustand für T erkennbar lebensbedrohlich war, alarmierte er – nach einigem Zögern – den Notarzt.²⁴⁸ In der Klinik wies O eine Blutzuckerkonzentration von 21 mg/dl auf; ihre Körperkerntemperatur betrug weniger als 33 Grad, die Temperatur der Haut war sogar deutlich geringer. Aus medizinischer Sicht war zu diesem Zeitpunkt nicht sicher, dass ihr Leben gerettet werden kann. Tatsächlich stabilisierte sich der Zustand aber und O überlebte.

In Betracht kommt eine Strafbarkeit des T wegen gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen (hier: §§ 223 I, 224 I Nr. 5, 13 I). T's Verhalten müsste dazu aber tatbestandlich gewesen sein. Daran fehlte es, wenn O eigenverantwortlich handelte. Denn wer lediglich eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, kann nicht

²⁴¹ Klarstellend BGH NSTZ 2017, 219, 221; NSTZ 2013, 43, 44. Vgl. aber § 109 und Sondervorschriften des Wehrstrafrechts. Zwar ist es für die sich selbst tötende Person irrelevant, ob sie sich strafbar gemacht hat, allerdings kann es für einen Beteiligten einen Unterschied machen, ob es sich bei der Selbsttötung um eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Tat (i.S.v. §§ 26, 27) handelt. Für den Suizidenten sind § 109 und die Sondervorschriften des Wehrstrafrechts dann aber von Bedeutung, wenn die Selbsttötung fehlschlägt.

²⁴² Klarstellend BGHSt 24, 342 ff.; 32, 262 ff.; 32, 367, 371; 46, 279, 288; BGH NSTZ 2013, 43, 44; NSTZ 2017, 219, 221.

²⁴³ Siehe dazu R. Schmidt, BT I, Rn 219.

²⁴⁴ BGHSt 32, 262, 265; BGH NSTZ 2017, 219, 221.

²⁴⁵ Vgl. dazu auch BGH NJW 2014, 1680, 1681 ff.

²⁴⁶ BGH NSTZ 2017, 219, 221.

²⁴⁷ Nach BGH NSTZ 2017, 219.

²⁴⁸ Im Originalfall war das Geschehen noch drastischer und zog sich noch länger hin.

wegen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts verantwortlich sein (st. Rspr.). Allerdings macht der BGH auch deutlich, dass sich die bloße Teilnahme am Geschehen in eine Täterschaft wandelt, sobald die Eigenverantwortlichkeit nicht mehr besteht. Entwickle sich das allein auf Selbstgefährdung angelegte Geschehen erwartungswidrig in Richtung auf den Verlust des Rechtsguts, umfasse die ursprüngliche Entscheidung des Rechtsgutshabers für die Gefährdung seines Rechtsguts nicht zugleich den Verzicht auf Maßnahmen zum Erhalt des nunmehr in einen Zustand konkreter Gefahr geratenen Rechtsguts.²⁴⁹

Da sich O in akuter Lebensgefahr befand und aufgrund ihres Zustands nicht mehr eigenverantwortlich handeln konnte, ging die Tatherrschaft auf T über. Sein Untätigbleiben verwirklichte daher den Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 5, 13 I. Die gem. § 13 I erforderliche Garantenstellung ergab sich aus seiner Stellung als Ehemann (siehe dazu Rn 780 ff.). Dass die Ehe offensichtlich nicht mehr intakt war, ändert daran nichts, weil § 1353 BGB jedenfalls bis zur Trennung gegenseitige Beistands- und Hilfspflichten begründet.

Insoweit lässt sich festhalten: Eigenverantwortliche Selbstgefährdung bzw. -verletzung schließt die Verantwortlichkeit Dritter grundsätzlich aus.²⁵⁰ Denn der Schutzbereich einer Strafnorm, die (wie etwa §§ 211, 212, 223 ff. oder §§ 222, 229) den Rechtsgutshaber vor Angriffen Dritter schützt, macht dort halt, wo der eigene Verantwortungsbereich des Betroffenen besteht (Autonomieprinzip, Menschenwürde).²⁵¹ Jedoch setzt Eigenverantwortlichkeit die Kenntnis des eingegangenen Risikos und die Fähigkeit, die Folgen des selbstgefährdenden oder -verletzenden Verhaltens zu erkennen, voraus. Fehlt diese Kenntnis oder irrt sich der sich selbst Gefährdende bzw. Verletzende über den Grad des eingegangenen Risikos, schließt dies in Drittbeteiligungsfällen eine Eigenverantwortlichkeit aus. In solchen Fällen ist Raum für eine Strafbarkeit von Dritten:

- Hat der „Anstiftende“ oder „Helfende“ die Tatherrschaft inne, folgt dessen Strafbarkeit ohne weiteres aus dem entsprechenden Vorsatzdelikt (bei Tötungsdelikten also aus § 211 oder § 212, ggf. i.V.m. § 13 I²⁵²).
- Hat der „Anstiftende“ oder „Helfende“ keine Tatherrschaft inne, stellt sich die Frage nach der Strafbarkeit unter dem Aspekt des Fahrlässigkeitsdelikts (§ 222 oder § 229). Dies wiederum hängt davon ab, ob ihm der Taterfolg zugerechnet werden kann, was in Fällen, in denen der sich selbst Gefährdende oder Verletzende eigenverantwortlich handelt, jedoch grundsätzlich nicht der Fall ist. Denn kann sich derjenige, der sich *vorsätzlich* an einer fremden eigenverantwortlichen Selbstschädigung beteiligt, mangels tauglicher Haupttat nicht strafbar machen, muss dies bei der schwächeren Deliktsform „Fahrlässigkeit“ erst recht gelten.²⁵³ Vgl. dazu auch Rn 179 ff.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die Abgrenzung zwischen der straflosen Unterstützung einer eigenverantwortlichen Selbstschädigung/Selbstverletzung des Opfers und der strafbaren Handlung wegen Innehabens der Tatherrschaft stellt ein **wichtiges Klausurproblem** dar. Prüfungstechnisch ist zu beachten, dass bei der Beteiligung an einer eigenverantwortlichen Selbstschädigung/Selbstverletzung gerade kein Abbruch des Kausalzusammenhangs zwischen der Tathandlung und dem Taterfolg stattfindet. In der Fallbearbeitung muss die Kausalität also regelmäßig festgestellt werden. Erst im Rahmen der objektiven Zurechnung (die im Fall der eigenverantwortlichen Selbstge-

²⁴⁹ BGH NStZ 2017, 219, 221.

²⁵⁰ Vgl. auch BGH NJW 2016, 176, 177; NStZ 2017, 219, 221.

²⁵¹ Vgl. BGH NJW 2016, 176, 177 f.; NStZ 2013, 43, 44; NStZ 2004, 204 f.; NJW 2003, 2326, 2327; NStZ 2001, 205 (mit abl. Anm. von *Hardtung*, zust. aber *Renzikowski*, JR 2001, 246); BGHSt 46, 279, 288; Sch/Sch-Eisele, Vor § 13 Rn 101c; SK-Rudolph, vor § 1 Rn 72; LK-Hilgendorf/Walter, vor § 13 Rn 114; W/B/S, AT, Rn 272; Eisele, JuS 2012, 577, 578. Zur Fahrlässigkeitsstrafbarkeit vgl. BGH NJW 2003, 2326, 2327 f.; OLG Nürnberg NJW 2003, 454; Küpper, JA 2004, 757 ff.

²⁵² So in den Fällen BGH NJW 2016, 176; NStZ 2017, 219.

²⁵³ So auch BGHSt 32, 262, 263 ff.; BGH NStZ 2009, 504; NStZ 2013, 43, 44. Vgl. auch BGH NJW 2016, 176, 177.

fährdung/Selbstverletzung auch von der sonst ablehnenden Rspr. angewendet wird) ist dann auf die eigenverantwortliche Selbstschädigung/Selbstverletzung einzugehen²⁵⁴: Das durch den vermeintlichen Täter initiierte oder geförderte Kausalgeschehen wird durch das eigenverantwortliche Opferverhalten überlagert, was dazu führt, dass eine Zurechnung des Taterfolgs nicht erfolgen kann. Im Ergebnis verwirklicht sich also nicht das Täter-, sondern das Opferverhalten. Problematisch kann im Einzelfall die Feststellung sein, ob eine Eigenverantwortlichkeit vorliegt oder nicht. Das betrifft insbesondere die sog. Drogenkonsumfälle, aber auch Selbstgefährdungen/Selbstverletzungen von Kindern, unreifen Jugendlichen, geistig Erkrankten, seelisch bzw. psychisch Gestörten und Personen, die (aus anderen Gründen) die Tragweite ihres Verhaltens nicht mehr einschätzen können und bei denen deshalb kein eigenverantwortliches Handeln angenommen werden kann.

178

(Weitere) Beispiele:

- (1) 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 auch nicht wegen Anstiftung oder Beihilfe strafbar, weil es insoweit an einer teilnahmefähigen Haupttat fehlt. Auch eine mittelbare Täterschaft muss vorliegend ausgeschlossen werden. Schließlich ist auch eine Strafbarkeit nach § 222 abzulehnen, weil es einen Wertungswiderspruch darstellte, eine Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit anzunehmen, wenn vorsätzliches Handeln nicht strafbar ist.

Gleiches gilt hinsichtlich des gemeinsamen Heroinkonsums zweier Heroinsüchtiger und des daraus resultierenden Todes von einem der beiden. Auch hier liegt keine Strafbarkeit des Überlebenden durch aktives Tun vor, wenn das Opfer sich das Heroin selbst injizierte und dabei eigenverantwortlich handelte.

- (2) Die 17-jährige O weiß von der **HIV-Infektion** ihres Freundes T und von der Infektiosität des Virus. Dennoch hat sie mit T aufgrund eines freiwilligen und eigenverantwortlichen Entschlusses ungeschützten Geschlechtsverkehr.

In diesem Fall ist bei O aufgrund ihres Alters davon auszugehen, dass sie sich der Tragweite ihrer Entscheidung bewusst ist. Sie handelt eigenverantwortlich. T ist somit wegen Fehlens einer Haupttat straflos. Die Grenze einer straflosen Beteiligung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung zu einer (mittelbaren) Täterschaft wäre jedoch dann überschritten, wenn T kraft seines überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfasste als die sich selbst gefährdende O. Das wäre jedenfalls dann anzunehmen, wenn nur T, nicht jedoch auch O, um die HIV-Infektion gewusst hätte. In diesem Fall wäre von einer Tatherrschaft des T auszugehen gewesen²⁵⁵; insbesondere wäre kein Raum für eine rechtfertigende Einwilligung durch O.²⁵⁶ Vgl. dazu auch Rn 180 (HIV).

- (3) T, ein auf psychotherapeutische Behandlungen spezialisierter Arzt, der früher als Suchtberater tätig war, führte sog. psycholytische Sitzungen durch. Bei dieser in Deutschland wissenschaftlich nicht anerkannten Methode werden Patienten in Gruppensitzungen unter Einsatz von Psychodrogen in ein „Wachtraumerleben der Objektumgebung“ versetzt. Ziel dieser Therapie soll es sein, unbewusste Inhalte der Psyche freizusetzen. Im Rahmen einer „Intensivsituation“ erklärten sich mehrere Gruppenmitglieder zur Einnahme des **Rauschgifts MDMA**, ein Grundstoff der Partydroge Ecstasy,

²⁵⁴ Vgl. bereits die 1. Aufl. 2002; später auch *Hecker/Witteck*, JuS 2005, 397.

²⁵⁵ Vgl. zu § 223 R. *Schmidt*, BT I, Rn 292, zu § 224 und § 212 dort Rn 309, 343, 345 ff. und zu § 226 dort Rn 381.

²⁵⁶ Der BGH hat bislang offengelassen, ob die Grundsätze der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung/Selbstverletzung auf den sexuellen Umgang mit HIV-Infizierten anwendbar sind (vgl. BGHSt 36, 1, 17). Nach Auffassung des BayObLG können diese Grundsätze aber herangezogen werden (vgl. BayObLG NStZ 1990, 81, 82; zust. Lackner/Kühl-Kühl, vor § 211 Rn 12a; W/H/E, BT 1, Rn 270).

bereit. T legte daraufhin eine Einzeldosis von 120 mg fest und wog diese ab. Dabei wunderte er sich zwar über das Volumen der Menge, verließ sich jedoch auf die Angabe seiner (tatsächlich fehlerhaft arbeitenden) Waage. Infolge dieses Defekts gab er mindestens die zehnfache Dosis ab, worauf es zu heftigen körperlichen Reaktionen der Teilnehmer wie Spasmen oder Erbrechen kam. Trotz der Hilfe des herbeigerufenen Notarztes verstarben zwei Gruppenmitglieder an multiples Organversagen, während die übrigen nach intensivmedizinischer Behandlung gerettet werden konnten.²⁵⁷

Hier kommt (von einer Strafbarkeit nach dem BtMG einmal abgesehen) eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227) in mittelbarer Täterschaft (§ 25 I Var. 2) in Betracht. Jedoch ist dies zu verneinen, wenn sich die Geschädigten eigenverantwortlich selbst gefährdet haben und sich das mit der Gefährdung bewusst eingegangene Risiko realisiert hat.

Ist entscheidendes Kriterium also die Eigenverantwortlichkeit des Opfers, ist zu beachten, dass gerade bei Drogensüchtigen (und bei sonstigen Personen mit physischen und/oder psychischen Labilitäten, s.o.) die Voraussetzungen fraglich sind, unter denen eine Eigenverantwortlichkeit überhaupt angenommen werden kann. Eine schematische Betrachtung verbietet sich. Vielmehr kommt es auf den Einzelfall an. Maßgeblich ist, ob der sich selbst Gefährdende/selbst Verletzende Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung zu erkennen und nach dieser Erkenntnis zu handeln vermag. Ob man sich dabei an einer den **Exkulpationsregeln** (§ 3 JGG, §§ 19, 20, 35 I S. 1 StGB) vergleichbaren Situation orientiert²⁵⁸, auf die (vermeintlich strengeren) Kriterien über die **rechtfertigende Einwilligung** abstellt²⁵⁹ oder die Situation nach **Inhalt und Tragweite der Einflussnahme** beurteilt²⁶⁰, ist i.d.R. nicht entscheidend. Kann der Betroffene frei von psychischen Störungen oder anderen, das Beurteilungsvermögen einschränkenden Umständen Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung erkennen und nach dieser Erkenntnis handeln, liegt Freiverantwortlichkeit vor. Veranlasser oder Förderer sind in diesem Fall straflos. Fehlt es nach den genannten Kriterien indes an der Freiverantwortlichkeit, liegt eine Täterschaft beim Veranlasser oder Förderer nahe.

179

Die Straflosigkeit des Mitwirkenden endet mithin dort, wo dieser **kraft seines überlegenen Wissens** das Risiko besser erfasst als das sich selbst gefährdende/verletzende Opfer. Gleiches gilt, wenn der Betroffene **nicht frei von psychischen Störungen** oder anderen, **das Beurteilungsvermögen einschränkenden Umständen Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung erkennen und nach dieser Erkenntnis handeln kann**. In diesem Fall ist die Eigenverantwortlichkeit des Rechtsgutinhabers eingeschränkt, d.h. durch die Verantwortung des Mitwirkenden überlagert, sodass eine Strafbarkeit des Mitwirkenden aus einem Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsdelikt durchaus in Betracht kommt.²⁶¹

180

Beispiele:

(1) Wenn also der Drogendealer T des Beispiels (1) von Rn 178 erkennt, dass der Heroinabhängige O (insbesondere aufgrund seines physischen und psychischen Zustands) nicht (mehr) das Risiko abschätzen kann, das mit dem Konsum von sehr reinem Heroin verbunden ist, macht er sich wegen fahrlässiger Tötung strafbar. Das Gleiche würde erst recht gelten, wenn O mangels eigener Kraft nicht in der Lage wäre, sich selbst die Spritze zu setzen, und T gerade darum bäte. Dann übte der „Helfer“ T Täterschaft

²⁵⁷ Fall nach BGH NSTZ 2011, 341.

²⁵⁸ Vgl. LK-Hilgendorf/Walter, vor § 13 Rn 113; Sch/Sch-Heine/Weißer, § 25 Rn 10; MüKo-Schneider, Vorb §§ 211 ff. Rn 54 f.

²⁵⁹ LK-Rosenau, Vor § 211 Rn 25 f.; Lackner/Kühl-Kühl, Vor § 211 Rn 13a; Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, Vorbem § 211 Rn 36; W/H/E, BT 1, Rn 48; K/H/H, BT 1, Rn 89.

²⁶⁰ So hat der BGH im sog. **Sirius-Fall** (BGHSt 32, 38) einen Mordversuch in mittelbarer Täterschaft angenommen. Dort versuchte das Tatwerkzeug unter dem übermächtigen Einfluss eines Hintermanns und aufgrund einer gezielten Irreführung durch diesen sich selbst zu töten. Der Täter habe das Opfer kraft überlegenen Wissens zum Werkzeug gegen sich selbst gemacht. Vgl. auch Meurer, NJW 2000, 2936 ff.

²⁶¹ Vgl. BGH NSTZ 2009, 504 f.; BGH NSTZ 2001, 205 (jeweils Rauschgiftabgabe); BGH NJW 2014, 1680, 1681 ff.

aus und wäre Täter (je nach Fallkonstellation nach § 222 oder §§ 223 ff.).²⁶² Vgl. dazu Rn 186 ff. Eine Strafbarkeit nach § 222 kommt auch dann in Betracht, wenn sich das Opfer in einer Intoxikationspsychose befindet oder einem die Selbstverantwortlichkeit betreffenden Irrtum (etwa über die Wirkung oder die Konzentration des Rauschgifts) unterliegt. Dann kann der Täter einer Prüfungspflicht unterliegen und sich nach § 222 strafbar machen, wenn er dieser Pflicht nicht nachkommt.²⁶³ Verursacht der Täter auf diese Weise sogar leichtfertig den Tod des Opfers, ist die Spezialvorschrift des § 30 I Nr. 3 BtMG zu beachten, die einen höheren Strafraum enthält.

- (2) Im HIV-Fall von Rn 178 (Bsp. 2) ist bei O aufgrund ihres Alters von der Einwilligungsfähigkeit auszugehen. Insbesondere ist bei der Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit – wie bereits gesagt – nicht auf die Geschäftsfähigkeit (diese beginnt gem. § 2 BGB und im Umkehrschluss aus § 106 BGB erst mit Vollendung des 18. Lebensjahres), sondern auf die geistige und sittliche Reife abzustellen. Die Grenze der straflosen Beteiligung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung wäre jedoch dann überschritten, wenn T kraft seines überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfasste als die sich selbst gefährdende O. Das wäre jedenfalls dann anzunehmen, wenn nur T, nicht jedoch auch O, von der HIV-Infektion wüsste. In diesem Fall wäre von einer Tatherrschaft des T auszugehen.²⁶⁴ Dieser wäre dann möglicherweise aus §§ 223 I, 224 I Nr. 1 u. 5 strafbar (vgl. *R. Schmidt*, BT I, Rn 309, 343 und 345 ff.).
- (3) Auch im MDMA-Fall von Rn 178 (Bsp. 3) ist wohl bereits der objektive Tatbestand des § 223 nicht gegeben. Denn vieles spricht dafür, dass sich die Gruppenmitglieder eigenverantwortlich gefährdet bzw. geschädigt haben. Sämtliche Mitglieder der Gruppe haben das Betäubungsmittel MDMA eigenhändig und wissentlich zu sich genommen. Das schließt eine Strafbarkeit des T wegen einer vorsätzlichen Körperverletzung (in mittelbarer Täterschaft) aus. Eine strafrechtlich relevante Handlungsherrschaft wäre nur dann anzunehmen gewesen, wenn und soweit die Freiverantwortlichkeit des Selbstgefährdungsentschlusses der Gruppenteilnehmer beeinträchtigt gewesen wäre. Eine solche besondere Situation ist aber nicht anzunehmen. Sämtliche Mitglieder der Gruppe haben das Betäubungsmittel MDMA willentlich zu sich genommen. Ungeachtet der Tatsache, dass T die Dosierung bestimmte und die Betäubungsmittelportionen auch selbst abwog, war ihnen ohne jede Einschränkung die letzte Entscheidung über die Einnahme geblieben. Eine Tatherrschaft auf Seiten des T wird auch nicht dadurch begründet, dass er als Arzt und ehemaliger Suchtberater das Risiko besser erfasse als seine Gruppenmitglieder, die ihm vertraut haben. Denn alle Gruppenmitglieder kannten die Illegalität der Droge und verfügten bereits über Erfahrungen mit der Droge.

Das schließt eine Verantwortung wegen fahrlässiger Körperverletzung und fahrlässiger Tötung jedoch nicht aus. Auch wenn T die maßgebliche Risikohöherung durch die Falschdosierung nicht erkannt hat, hätte er diese doch aufgrund des Volumens der Dosis erkennen können. Er selbst räumte ja ein, sich über das Volumen der Menge gewundert zu haben. Damit unterlag er einer Prüfungspflicht, der er nicht nachgekommen ist. Mithin hat er sich nach § 222 bzw. § 229 strafbar gemacht. Eine leichtfertige Todesverursachung kann wohl nicht angenommen werden, sodass eine Strafbarkeit nach § 30 I Nr. 3 BtMG im Ergebnis ausscheidet.

- (4) Zum sog. **Tequila-Fall** (Wetttrinken mit tödlichem Ausgang) vgl. Rn 193a.

181 Des Weiteren ist fraglich, ob jemand, der einem anderen das **Tatmittel** (etwa Rauschgift oder eine Waffe) **überlassen** oder diesem zumindest **verfügbar** gemacht hat, als Garant (i.S.d. § 13 I) verpflichtet ist, Rettungsmaßnahmen einzuleiten (etwa Alarmierung des Notarztes), wenn sich das Risiko der Selbstgefährdung/Selbstverletzung zu realisieren

²⁶² So zutreffend BGH NSTZ 2004, 204 f. Zur Frage, ob der Täter wg. Einwilligung gerechtfertigt ist, vgl. Rn 428 ff.

²⁶³ BGH NSTZ 2009, 504 f.

²⁶⁴ Vgl. zu den Aids-Fällen BGHSt 36, 1, 17; LG Würzburg JuS 2007, 772 ff.; zu den Rauschgift-Fällen vgl. BGH NSTZ 2001, 205 ff.

droht bzw. wenn der Betroffene das Bewusstsein verliert, wodurch sich eine Gefahr für sein Leben entwickelt.

Beispiel²⁶⁵: T, O und X trafen sich nachmittags in der Wohnung des T und begannen, gemeinsam Alkohol, Amphetamin und Cannabis zu konsumieren. Im Verlaufe des Abends bot T den Anwesenden an, Gammabutyrolacton (GBL) zu konsumieren. Dieser Stoff befand sich unverdünnt in einer im Besitz des T befindlichen Glasflasche. Lediglich X ging auf das Angebot ein. Nachdem T und X jeweils etwa 2-3 ml GBL, verdünnt in einem halben Liter Wasser, konsumiert hatten, blieb die Flasche mit dem GBL frei zugänglich in der Wohnung des T stehen. Spätestens nach dem eigenen Konsum wies T seine Gäste darauf hin, dass GBL nicht unverdünnt zu sich genommen werden dürfe. Einige Zeit danach setzte O die Flasche mit dem unverdünnten GBL direkt an und trank eine gewisse Menge. T und X, die von der Aufnahme einer tödlich wirkenden Menge ausgingen, versuchten erfolglos, O zum Erbrechen zu veranlassen. Dieser verlor vielmehr das Bewusstsein. Nachdem T und X den O in eine stabile Seitenlage gebracht hatten, beschränkten sie sich darauf, die Atemfrequenz des bewusstlosen O zu kontrollieren. Spätestens als T wahrnahm, dass O lediglich noch alle sechs bis acht Sekunden atmete, nahm er billigend in Kauf, dass O ohne das unverzügliche Herbeirufen von ärztlicher Hilfe an den Folgen der Einnahme des unverdünnten GBL sterben werde. Dennoch blieb er untätig. Hätte er zu diesem Zeitpunkt medizinische Hilfe angefordert, wäre das Leben des Geschädigten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gerettet worden. Auch nachdem – von T wahrgenommen – die Atemfrequenz von O noch niedriger, die Atmung zudem unregelmäßig und geräuschintensiv geworden war, leitete T zunächst weiterhin keine Rettungsmaßnahmen ein. Erst später verständigte T den Rettungsdienst. Dieser unternahm sofort nach dem Eintreffen Wiederbelebungsversuche, die jedoch nicht zum Erfolg führten. O verstarb an einem durch den Konsum von GBL ausgelösten Atemstillstand und der dadurch bewirkten Sauerstoffunterversorgung des Gehirns. Strafbarkeit des T nach dem StGB?

T könnte sich durch den anfänglichen Verzicht, einen Rettungsdienst zu verständigen, wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I strafbar gemacht haben. O wäre mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit durch eine rechtzeitige Verständigung des Rettungsdienstes nicht gestorben. Insoweit war das anfängliche Unterlassen quasikausal (dazu Rn 774) für den Todeseintritt. Fraglich ist allein, wodurch sich die für § 13 I erforderliche Garantenstellung (dazu Rn 780 ff.) ergibt.

- ⇒ Insbesondere die frühere Rechtsprechung begründete die Garantenstellung aus dem Verstoß gegen § 29 I BtMG bzw. aus dem pflichtwidrigen Vorverhalten (Ingerenz) und knüpfte an den Zeitpunkt der erforderlich gewesenenen, aber unterlassenen Rettungshandlung an. In diesem Moment gehe die Tatherrschaft auf den Unterlassungstäter über, sodass dieser verpflichtet sei, den drohenden Erfolg abzuwenden.²⁶⁶ Folgte man dieser Auffassung, wäre T wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I strafbar. Das pflichtwidrige Vorverhalten wäre darin zu sehen, dass T dem O das GBL zugänglich gemacht hatte.
- ⇒ Die Literatur vertritt einen gegensätzlichen Standpunkt. Sie ist der Auffassung, dass nach der (früheren) Rechtsprechung die Straffreistellung des an freiverantwortlicher Selbstgefährdung Mitwirkenden quasi durch die Hintertür über die Unterlassungstäterschaft wieder rückgängig gemacht würde.²⁶⁷ Danach wäre T nicht gem. §§ 212, 13 I strafbar.
- ⇒ Im vorliegenden Fall hat der BGH seine frühere Auffassung insofern modifiziert, als er hinsichtlich des eine Garantenstellung begründenden Vorverhaltens nicht mehr auf Ingerenz abstellt, sondern eine Überwachungsgarantenstellung (unter dem Aspekt der Verkehrssicherungspflicht) herleitet. T habe durch das Abstellen der Flasche GBL diese

²⁶⁵ Nach BGHSt 61, 21 (= NJW 2016, 176) - abgewandelt und vereinfacht. Vgl. auch den ganz ähnlichen Fall BGH NJW 2017, 418 ff. (siehe dazu R. Schmidt, BT I, Rn 416).

²⁶⁶ Vgl. BGHSt 32, 367, 374 ff.; BGH NStZ 1984, 452; 1985, 319, 320.

²⁶⁷ Roxin, AT, § 11 Rn 96; SK-Rudolphi, vor § 1 Rn 79a; Fischer, Vor § 13 Rn 36; W/B/S, AT, Rn 275 ff.

frei zugänglich gemacht und damit eine Gefahrenquelle geschaffen. Dies habe für ihn eine Pflicht begründet, dem von dieser Quelle für die Rechtsgüter Dritter ausgehenden Gefahrpotential durch geeignete und ihm zumutbare Maßnahmen zu begegnen.²⁶⁸ Folge dieser Auffassung ist also lediglich eine andere Begründung der Garantenstellung. T wäre gleichwohl wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I strafbar.

182 Stellungnahme: Gegen die (frühere) Rechtsprechung spricht, dass es merkwürdig anmutet, wenn der spätere Garant dem eigenverantwortlich handelnden Drogenkonsumenten zunächst das Tatmittel im Rahmen einer straflosen Beihilfe zur Verfügung stellen darf, dieses zunächst straflose Vorverhalten später aber bei der Frage der Unterlassungstäterschaft eine Pflichtwidrigkeit darstellen und eine Ingerenz begründen soll.²⁶⁹ Insofern ist es begrüßenswert, dass der BGH neuerdings nicht mehr auf die Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens abstellt. Wenn der BGH dann allerdings die Grundsätze der Überwachungsgarantie heranzieht und dabei auf die Schaffung oder Unterhaltung einer Gefahrenquelle abstellt, überwindet auch diese Vorgehensweise nicht den Widerspruch, der sich daraus ergibt, dass eine zunächst straflose Beteiligung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung zum Anknüpfungspunkt für eine Garantenstellung gemacht wird. Der BGH nivelliert insoweit also das Eigenverantwortlichkeitsprinzip. Gerade aber wegen dieses Prinzips muss bei T die Überwachungsgarantie verneint werden.²⁷⁰ T war also nicht zur Erfolgsabwendung i.S.v. § 13 I verpflichtet (a.A. freilich der BGH). Aber auch nach der hier vertretenen Auffassung ist T selbstverständlich nicht straffrei. Neben der Strafbarkeit nach dem BtMG kommt nämlich eine solche nach § 323c I in Betracht. Letzterem steht insbesondere nicht das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht (siehe Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) des O entgegen, weil nicht erkennbar ist, dass O selbstbestimmt und eigenverantwortlich aus dem Leben scheiden wollte.

183 Die vorgenannten Ausführungen sind nicht (uneingeschränkt) auf die **Suizid-Fälle** übertragbar, da hierbei das genannte verfassungsrechtlich verankerte Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG eine herausgehobene Rolle spielt. Auch in Fällen **ärztlich assistierter Selbsttötungen** erhalten die aufgestellten Grundsätze erhebliche Bedeutung, insbesondere, wenn ein (behandelnder) Arzt dem Suizidwilligen ein tödlich wirkendes Mittel überlässt. Neben der Frage nach einer Strafbarkeit durch aktives Tun (= Überlassung des todbringenden Mittels) stellt sich das Problem der Tötung durch Unterlassen bzw. der unterlassenen Hilfeleistung, wenn der Fördernde nach Eintritt der Bewusstlosigkeit auf Seiten des Suizidanten keine Rettungsversuche unternimmt.

Beispiel²⁷¹: Die beiden miteinander befreundeten, 85 und 81 Jahre alten suizidwilligen Frauen litten an mehreren zwar nicht lebensbedrohlichen, aber ihre Lebensqualität und persönlichen Handlungsmöglichkeiten zunehmend einschränkenden Krankheiten. Sie wandten sich an einen Sterbehilfeverein, der seine Unterstützung bei ihrer Selbsttötung von der Erstattung eines neurologisch-psychiatrischen Gutachtens zu ihrer Einsichts- und Urteilsfähigkeit abhängig machte. Dieses erstellte T, ein Facharzt für Neurologie und Psychiatrie. Er hatte an der Festigkeit und Wohlerwogenheit der Suizidwünsche keine Zweifel. Auf Verlangen der beiden Frauen überließ er ihnen ein tödlich wirkendes Mittel und unterließ es auf ihren ausdrücklichen Wunsch, nach Eintritt ihrer Bewusstlosigkeit Rettungsmaßnahmen einzuleiten.

Das LG Hamburg hatte T vom Vorwurf der Tötung auf Verlangen (durch Unterlassen) freigesprochen. Der auf Revision der StA hin angerufene BGH bestätigte das Urteil des LG

²⁶⁸ BGHSt 61, 21 Rn 9 (= NJW 2016, 176, 177). Dies hat sich bereits in BGH NSTZ 2012, 319, 320 angedeutet und wurde durch BGH NJW 2017, 418 ff. bestätigt.

²⁶⁹ Vgl. bereits die 1. Aufl. 2002 dieses Buches sowie *Eisele*, JuS 2016, 276, 277 (mit Verweis u.a. auf *Eisele*, BT, 3. Aufl. 2014, Rn 190 ff.).

²⁷⁰ Etwas anderes ergibt sich, wenn man eine Garantenstellung herleiten kann, die sich nicht aus dem Vorverhalten ergibt, sondern anderen Ursprungs ist, z.B. familiärer Beziehung (vgl. dazu Rn 780 ff.).

²⁷¹ Nach BGH NJW 2019, 3092 ff. (Bestätigung von LG Hamburg NSTZ 2018, 281).

Hamburg. Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des T hätte vorausgesetzt, dass die Frauen nicht in der Lage gewesen wären, einen freiverantwortlichen Selbsttötungswillen zu bilden. Einen solchen konnten sie aber gerade bilden. Es hätten keine die Eigenverantwortlichkeit der Suizidantinnen einschränkenden Umstände vorgelegen. Deren Sterbewünsche beruhten vielmehr auf einer im Laufe der Zeit entwickelten, bilanzierenden „Lebensmüdigkeit“ und waren nicht Ergebnis psychischer Störungen.

T sei nach Eintritt der Bewusstlosigkeit der Suizidantinnen auch nicht zur Rettung ihrer Leben verpflichtet gewesen. T hatte schon nicht die ärztliche Behandlung der beiden sterbewilligen Frauen übernommen, was (ggf.) ihn zu lebensrettenden Maßnahmen hätte verpflichten können.²⁷² Auch die Erstellung des seitens des Sterbehilfevereins für die Erbringung der Suizidhilfe geforderten Gutachtens sowie die vereinbarte Sterbebegleitung hätten keine Schutzpflicht für deren Leben begründet.

T war daher nicht strafbar gem. § 216 bzw. §§ 216, 13.

Hinsichtlich der Frage nach der Strafbarkeit nach § 323c, der zur Hilfeleistung nach Eintritt eines Unglücksfalls (der mit Eintritt in die Bewusstlosigkeit gesehen werden kann) verpflichtet, hat der BGH entschieden, dass auch hier das Selbstbestimmungsrecht der sterbewilligen Frauen überwogen habe. Rettungsmaßnahmen entgegen deren Willen seien daher nicht geboten gewesen.

Bezüglich des Straftatbestands der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (§ 217) durfte der BGH schließlich keine Entscheidung treffen, da § 217 zur Zeit der Suizide noch nicht in Kraft war (siehe dazu *R. Schmidt*, BT I, Rn 219).

Der schon in den Voraufgaben dieses Buches vertretene Standpunkt, der auf eine Stärkung des durch Art. 2 I i.V.m. 1 I GG verfassungsrechtlich verbürgten und zu respektierenden Selbstbestimmungsrechts eines Menschen abzielt, das den Entschluss umfasst, freiwillig und eigenverantwortlich aus dem Leben zu scheiden, wird seit einiger Zeit auch vom BGH in Zivilsachen angenommen. Wenn ein Patient einwilligungsunfähig geworden sei und sein Grundleiden einen irreversiblen tödlichen Verlauf genommen habe, müssten lebenserhaltende oder lebensverlängernde Maßnahmen unterbleiben, wenn dies einem zuvor – etwa in Form einer Patientenverfügung – geäußerten Willen entspreche. Dies folge aus der Würde des Menschen, die es gebiete, sein im einwilligungsfähigen Zustand ausgeübtes Selbstbestimmungsrecht auch dann noch zu respektieren, wenn er zu einer eigenverantwortlichen Entscheidung nicht mehr in der Lage sei.²⁷³ Dem hat sich jüngst auch der 5. Strafsenat des BGH angeschlossen. Sei der Entschluss, aus dem Leben zu scheiden, freiwillig und eigenverantwortlich erfolgt, überwiege das Selbstbestimmungsrecht. Rettungsmaßnahmen entgegen dem Willen seien daher nicht geboten i.S.d. § 323c I.²⁷⁴ Das überzeugt. Es ist schlicht nicht zumutbar, sich dem Willen, nicht gerettet werden zu wollen, der auch nach Eintritt in die Bewusstlosigkeit fortwirkt, zu widersetzen und Rettungsbemühungen einzuleiten.

184-190

Von den bisherigen Konstellationen wiederum zu unterscheiden ist diejenige, in welcher der Täter zwar **einen Kausalverlauf in Gang setzt**, der Erfolg aber letztlich doch durch ein **eigenverantwortliches Verhalten des Opfers** eintritt.

191

Beispiel²⁷⁵: T fährt frühmorgens in den Bereich einer Straßenkreuzung ein, übersieht sowohl das deutlich sichtbar angebrachte Stopp-Schild als auch das Fahrzeug des ebenfalls in

²⁷² Aber auch im Fall LG Berlin NSTZ-RR 2018, 246 f. hat der BGH (NJW 2019, 3089, 3091 f.) entschieden, dass der angeklagte Arzt jedenfalls durch die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts des später Verstorbenen von der aufgrund seiner Stellung als behandelnder Hausarzt grundsätzlich bestehenden Pflicht zur Rettung des Lebens seines Patienten entbunden gewesen sei.

²⁷³ BGHZ 154, 205 ff.

²⁷⁴ BGH NJW 2019, 3092, 3095 f. (Bestätigung von LG Hamburg NSTZ 2018, 281). Die Garantienstellung war im zu entscheidenden Fall zweifelhaft, da der Arzt keine Mittel empfohlen oder gar überlassen hatte. Daher erfolgte die Strafbarkeitsprüfung nach Maßgabe des § 323c – siehe oben Rn 183.

²⁷⁵ Nach OLG Celle StV 2002, 366.

die Kreuzung einfahrenden und vorfahrtsberechtigten O. Die beiden Fahrzeuge kollidieren. O erleidet starke Prellungen am Brustkorb und klagt über heftige Schmerzen im Brustbereich. Bei der stationären Behandlung im Krankenhaus vermuten die Ärzte, dass die Hauptschlagader des O verletzt sei und raten dringend zu einer Operation. Angesichts der bei diesem Eingriff bestehenden Mortalitätsrate von (nur) 5 bis 15 % lehnt O die Operation sowie eine weitere kardiologische Diagnostik ab und drängt darauf, nach Hause entlassen zu werden. Sieben Wochen später verstirbt O infolge unfallbedingter Herzinsuffizienz.

Die bei dem Unfall erlittene Verletzung der Hauptschlagader kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Tod des O entfiel. Dieser Ursachenzusammenhang wurde auch nicht dadurch abgebrochen, dass O sich weigerte, sich einer gebotenen Heilbehandlung zu unterziehen. Denn eine Kausalkette wird nur dann abgebrochen, wenn ein späteres Ereignis die Fortwirkung der ursprünglichen Bedingung beseitigt und seinerseits allein unter Eröffnung einer neuen Ursachenreihe den Erfolg herbeiführt. Das ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Vielmehr hat die Weigerung des O, sich operieren zu lassen, (lediglich) dazu beigetragen, dass sich die bei dem Unfall erlittene Verletzung todbringend auswirken konnte.

Indem T das an der Kreuzung deutlich sichtbar aufgestellte Stopp-Schild missachtete, hat er auch eine objektive Sorgfaltspflicht verletzt.

Fraglich ist jedoch, ob der Tod des O dem T auch zugerechnet werden kann. Zuzurechnen ist der Erfolg dem Täter immer dann, wenn er nicht völlig außerhalb dessen liegt, was nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung noch in Rechnung zu stellen ist.²⁷⁶ Vorliegend lag der Tod des O im Rahmen der möglichen Wirkungen einer verkehrswidrigen Handlung und bewegte sich innerhalb des durch die pflichtwidrige Erstverletzung geschaffenen Ausgangsrisikos. Insoweit ist die objektive Zurechnung gegeben.

Möglicherweise ist die Zurechnung aber unter dem Aspekt der Eigenverantwortlich zu verneinen. Wenn sich das Opfer eigenverantwortlich selbst tötet oder zumindest schädigt, kann demjenigen, der diese Handlung fahrlässig ermöglicht oder fördert, grds. kein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden. Denn der Schutzbereich einer Strafnorm, die (wie etwa §§ 211, 212, 223 oder §§ 222, 229) den Rechtsgutinhaver vor Eingriffen Dritter schützt, endet dort, wo der eigene Verantwortungsbereich des Betroffenen beginnt.²⁷⁷

Ob in Fällen der Operationsverweigerung von einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des Opfers gesprochen werden kann, ist fraglich. Immerhin hat O die Ausgangsgefahr für sein Leben nicht durch seine eigene, von dritter Seite lediglich geförderte Handlung geschaffen, sondern sie in Gestalt der Unfallverletzung bereits vorgefunden.²⁷⁸ Die Frage kann jedoch dahinstehen, wenn die Zurechnung trotz Anwendung des Eigenverantwortlichkeitsprinzips gegeben ist. Der Grundsatz der Straffreiheit wegen bewusster Selbstschädigung unterliegt nämlich dann einer Einschränkung, wenn der Täter durch seine deliktische Handlung ein Rechtsgut des Opfers ohne dessen Mitwirkung oder Einverständnis gefährdet und damit für dieses ein einsichtiges Motiv für anschließende selbstgefährdende Handlungen schafft.²⁷⁹

Vorliegend hat O das maßgebliche Ausgangsrisiko des Verkehrsunfalls zwar nicht gebilligt, allerdings hat er eigenverantwortlich die weitere stationäre Heilbehandlung abgelehnt. Dies ist unter Berücksichtigung der festgestellten Mortalitätsquote für die Operation von lediglich 5 bis 15 % als offenkundig unvernünftig anzusehen (a.A. vertretbar). Teilt man diesen Standpunkt, ist der Tod des O dem T als Folge seines pflichtwidrigen Handelns objektiv nicht zuzurechnen. Demzufolge hat T sich nicht wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 strafbar gemacht.

²⁷⁶ *W/B/S, AT*, Rn 256 ff.; *Fischer*, Vor § 13 Rn 25.

²⁷⁷ Vgl. BGH NSTZ 2011, 341, 342; NJW 2000, 2286, 2287; Sch/Sch-Eisele, Vor § 13 Rn 101c; SK-Rudolphi, vor § 1 Rn 72; LK-Hilgendorf/Walter, vor § 13 Rn 114; *W/B/S, AT*, Rn 266 ff. Vgl. auch *Trüg*, JA 2002, 214, 218.

²⁷⁸ Verneinend deshalb *Walter*, StV 2002, 367, 368 f.

²⁷⁹ BGHSt 39, 322, 325; OLG Celle StV 2002, 366. Vgl. auch BGH NSTZ 2009, 92, 93, wo das Gericht die bislang weitreichend praktizierte Zurechnung einzuschränken scheint. Im konkreten Fall hatte das Opfer trotz 18 Rippenfrakturen ärztliche Hilfe zu spät in Anspruch genommen, obwohl sich der Gesundheitszustand drastisch verschlechterte. Zudem lag ein schwerer Behandlungsfehler seitens der Krankenhausärzte vor.

Zusammenfassung: Wer lediglich eine **eigenverantwortliche Selbstschädigung oder -tötung** veranlasst, ermöglicht oder fördert, macht sich grds. *nicht* wegen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts strafbar. Eigenverantwortlich handelt das Opfer, wenn es sich der Bedeutung und der Tragweite seines Handelns bewusst ist (bzw. die Kriterien der Tatherrschaft erfüllt). Hierzu ist auf die geistige und sittliche Reife bzw. den aktuellen geistigen Zustand des Opfers abzustellen, nicht dagegen auf dessen Geschäftsfähigkeit. Die Strafflosigkeit des Mitwirkenden endet aber dort, wo dieser **kraft seines überlegenen Wissens** das Risiko besser erfasst als das sich selbst gefährdende Opfer. Dann kann von einem eigenverantwortlichen Handeln des Opfers nicht mehr gesprochen werden. Das Gleiche gilt, wenn der Täter in zurechenbarer Weise beim Opfer einen Irrtum über den Grad der Gefährlichkeit herbeiführt.

Ob in Fällen der **Operationsverweigerung (Behandlungsverweigerung)** von einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung gesprochen werden kann, ist fraglich. Sachgerecht ist es darauf abzustellen, ob die Entscheidung des Opfers auf einem „**einsichtigen Motiv**“ basiert oder „**offenkundig unvernünftig**“ ist. Nur im letzteren Fall scheint eine Verneinung der objektiven Zurechnung sachangemessen.

Auch ist fraglich, ob jemand, der einem anderen das **Tatmittel** (etwa Rauschgift oder eine Waffe) **überlassen** oder diesem zumindest **verfügbar** gemacht hat, als Garant (i.S.d. § 13) verpflichtet ist, Rettungsmaßnahmen einzuleiten (etwa Alarmierung des Notarztes), wenn sich das Risiko der Selbstgefährdung/Selbstverletzung zu realisieren droht bzw. wenn der Drogenkonsument das Bewusstsein verliert und dadurch in akute Lebensgefahr gerät. Während der BGH das bejaht, ist das nach der hier vertretenen Auffassung nicht der Fall. Es wäre widersprüchlich, zunächst eine Strafflosigkeit des Täters wegen Eigenverantwortlichkeit des Opfers anzunehmen, um dann später nach Eintritt der Hilflosigkeit des Opfers das zunächst als straffrei angesehene Verhalten des Täters zum Anknüpfungspunkt einer Garantstellung zu machen. Lässt sich also die für eine Strafbarkeit aus einem unechten Unterlassungsdelikt erforderliche Garantstellung nicht aus einem anderen Grund herleiten, entfällt eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts. Das gilt auch für den assistierten Suizid; maßgeblich ist der geäußerte freiverantwortliche Wille des Sterbewilligen.

Führt der „Helfer“ **selbst die Tathandlung** aus, übt er regelmäßig Tatherrschaft aus und ist **Täter**, nicht bloß strafloser Unterstützer.

f.) Einverständliche Fremdgefährdung

Von der bislang behandelten eigenverantwortlichen Selbstschädigung/Selbstgefährdung ist die von Roxin²⁸⁰ entwickelte Lehre von der **einverständlichen Fremdgefährdung** zu unterscheiden. Der Unterschied besteht darin, dass bei der eigenverantwortlichen Selbstschädigung/Selbstgefährdung der Geschädigte (das Opfer) das Geschehen beherrscht und sich selbst gefährdet bzw. schädigt, wohingegen nach der Lehre von der einverständlichen Fremdgefährdung die gefährdende Tathandlung von einer anderen Person begangen wird, jedoch die objektive Zurechnung und damit der Tatbestand ausgeschlossen wird, weil sich das Opfer einverständlich den Wirkungen der gefährlichen Täterhandlung aussetzt.²⁸¹ Die Rechtsprechung und die h.L., die der Lehre von der einverständlichen Fremdgefährdung nicht folgen, stellen dagegen in erster Linie darauf ab, ob der Täter das Opfer mit dessen Einwilligung gefährdet und damit gerechtfertigt ist (sog. Einwilligungslösung).²⁸²

Beispiel: Überlässt der heroinabhängige T dem heroinabhängigen O nicht lediglich die Spritze, sondern injiziert diesem auf Wunsch das Heroin, kommt eine Strafbarkeit aus § 222 in Betracht (sofern kein Vorsatz vorliegt, anderenfalls §§ 211 oder 212), wenn O an

²⁸⁰ Roxin, Zum Schutzzweck der Norm bei Fahrlässigkeitsdelikten, Gallas-FS, 1973, S. 241 ff.; vgl. auch Roxin, GA 2012, 655 ff.; Roxin, AT, § 11 Rn 105 ff.; Sch/Sch-Sternberg-Lieben, Vorb. §§ 32 ff. Rn 102.

²⁸¹ Vgl. Roxin a.a.O.

²⁸² BGH NSTZ 2009, 148, 150 (mit Bespr. v. Kühl, NJW 2009, 1158); W/B/S, AT, Rn 272 ff.; vgl. auch Langer/Wagner, NSTZ 2011, 67 ff.; Grünwald, GA 2012, 364 ff.; Walter, NSTZ 2013, 673 ff.

den Folgen des Heroins stirbt (s.o.). Folgt man der Auffassung Roxins, ist im Rahmen der objektiven Zurechnung zu prüfen, ob eine einverständliche Fremdgefährdung vorliegt und die objektive Zurechnung verneinen lässt. Nach der Gegenauffassung ist die Frage im Rahmen der Rechtswidrigkeit (Rechtfertigungsgrund Einwilligung) zu beantworten.²⁸³ Der maßgebliche Unterschied dieser beiden Ansätze besteht darin, dass die Einwilligungslösung die Einwilligungsschranke des § 228 zwingend berücksichtigen muss (vgl. Rn 194a).

193a Im Einzelfall kann die Abgrenzung zwischen eigenverantwortlicher Selbstschädigung/Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung schwierig sein.

Beispiel²⁸⁴: Der 16-jährige, alkoholerfahrene O ging mit dem 28-jährigen, ebenfalls alkoholerfahrenen T eine Wette ein, wer von ihnen mehr Alkohol verträgt. Beiden sollte hochprozentiger Alkohol (Tequila) in einzelnen Gläsern serviert werden, die Zahl der getrunkenen Gläser auf einer Strichliste vermerkt werden. Dies sollte bis zur Aufgabe, zum Erbrechen oder bis zum Eintritt der Bewusstlosigkeit eines der Teilnehmer fortgeführt werden. Um eine Niederlage zu vermeiden, ließ sich T zunächst durch einen Eingeweichten Wasser in seine Gläser füllen. Dies bemerkte O erst, als er bereits 45 Gläser Tequila getrunken hatte. Mit einer BAK von 4,4 ‰ fiel er ins Koma und verstarb schließlich.

In Betracht kommt eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§§ 223, 227). Möglicherweise ist jedoch die Tat nach § 223 wegen Einwilligung gerechtfertigt (wobei die Einwilligungssperre des § 228 zu beachten wäre) und hinsichtlich des § 227 ist die Zurechnung der Todesfolge fraglich. Gerade die Zurechnung der Todesfolge könnte zu verneinen sein, da O wusste, dass er in großer Menge hochprozentigen Alkohol trank, sich somit selbst gefährdete. Es könnte mithin eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung vorliegen, die eine Zurechnung zu Lasten des T ausschließt.

Auf der anderen Seite darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass T den O über den eigenen Alkoholkonsum täuschte, sodass O das ihm drohende Risiko schwerer Trunkenheit erheblich unterschätzte. T hat dem O kraft überlegenen Wissens die Möglichkeit genommen, sein Verhalten an dem des Gegners zu orientieren und seine Risikobewertung zu korrigieren. Es ist daher davon auszugehen, dass sich O, hätte er die wahren Voraussetzungen des Wetttrinkens gekannt, nicht auf ein solches eingelassen oder es zumindest rechtzeitig abgebrochen hätte.

Dennoch ist fraglich, ob tatsächlich eine Zurechnung zu erfolgen hat. Denn O war einerseits alkoholerfahren, andererseits wurde kein Druck ausgeübt, überhaupt an dem Wettkampf teilzunehmen bzw. diesen fortzusetzen.

Allerdings hat T den O getäuscht und damit in gewisser Weise die Tatherrschaft ausgeübt. Denn eine Tatherrschaft kann auch durch das Erregen und Unterhalten eines Irrtums auf den Täter übergehen. Der bei O hervorgerufene und unterhaltene Irrtum lag in der Annahme, den Wettkampf mit geringem Risiko der Trunkenheit gewinnen zu können. Ab dem Zeitpunkt, in dem O aufgrund seiner Alkoholisierung nicht mehr in der Lage war, das Risiko des weiteren Trinkens einzuschätzen, begründete das weitere Servieren von Alkohol die Täterschaft bei T; der ab diesem Zeitpunkt schuldunfähige O wurde als Werkzeug gegen sich selbst eingesetzt, sodass ab diesem Zeitpunkt die Zurechnung der Todesfolge zu bejahen ist. Diese Wertung wird auch von § 3 JGG gestützt, der davon ausgeht, dass Jugendliche nicht (stets) vollverantwortlich handeln. T hätte auch dies berücksichtigen müssen. Er ist daher wegen Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 strafbar.

194 Da die Strafbarkeit des Täters bei der einverständlichen Fremdgefährdung gerade dadurch begründet wird, dass *er* das Geschehen beherrscht, ergibt sich für ihn im Ergebnis

²⁸³ So auch *Walter*, NSTZ 2013, 673, 674.

²⁸⁴ In Anlehnung an LG Berlin ZJJ 2010, 78 ff.; vgl. auch *Langer/Wagner*, NSTZ 2011, 67 ff.; *Krawczyk/Neugebauer*, JA 2011, 264 ff.

freilich kein Unterschied zu dem Fall, in dem er bei einer Selbstschädigung des Opfers das Geschehen beherrscht.²⁸⁵

Beispiel: Würde im vorigen Beispiel O sich selbst das Heroin spritzen, wäre T dennoch wegen fahrlässiger Tötung strafbar, sofern er **kraft seines überlegenen Wissens** das Risiko besser erfasst hätte als der sich selbst gefährdende O. Denn dann könnte gerade nicht mehr von einer Eigenverantwortlichkeit des O gesprochen werden. Vielmehr würde T das Geschehen beherrschen.

Entsprechendes gilt in den Fällen des einverständlich vorgenommenen ungeschützten Geschlechtsverkehrs eines HIV-Infizierten mit einem nicht infizierten Sexualpartner (Rn 177) und bei der Ausübung sadomasochistischer Sexualpraktiken (Rn 189).

Da sich die einverständliche Fremdgefährdung gerade dadurch auszeichnet, dass sich das Opfer mit der Gefährdung durch den Täter einverstanden zeigt, was bei diesem zur Verneinung der objektiven Zurechnung führt, stellt sich die Frage, ob sich etwas anderes ergibt, wenn man mit der Einwilligungslösung den Täter wegen Einwilligung rechtfertigt. In der Regel ergibt sich im Ergebnis kein Unterschied, da die Kriterien des § 228 letztlich auch die objektive Zurechnung bestimmen. Wird das Opfer **verletzt**, greift wegen §§ 216, 228 eine Einwilligungssperre. Eine Einwilligung wäre dann unbeachtlich (bei § 216 zwingend und bei § 228, wenn die Tat gegen die guten Sitten verstößt). Fraglich ist, ob das auch gilt, wenn das Opfer nur **gefährdet** wird. Die bislang wohl weit überwiegende Auffassung verneinte dies mit Blick auf den klaren Wortlaut der §§ 216, 228 und deren systematische Stellung. Der BGH hat jedoch anders entschieden. Er ist der Auffassung, dass die Einwilligungssperre zumindest auch für konkrete Lebensgefährdungen gilt.²⁸⁶

194a

Beispiel²⁸⁷: B nahm als Beifahrer an einem **illegalen Autorennen** teil.²⁸⁸ Der Fahrer F verlor die Kontrolle über das Fahrzeug und verursachte einen Verkehrsunfall, bei dem B starb. Ist F für den Tod des B verantwortlich?

Geht man davon aus, dass nicht B, sondern ausschließlich F Tatherrschaft ausübte²⁸⁹, liegt keine eigenverantwortliche Selbstschädigung/Selbstgefährdung des B vor, sondern ein Fall der einverständlichen Fremdgefährdung bzw. der rechtfertigenden Einwilligung: F gefährdet als Inhaber der Tatherrschaft den B mit dessen Einverständnis/Einwilligung.

Verstirbt in Fällen dieser Art der Beifahrer aufgrund des Fehlverhaltens des Fahrers, muss sich dieser nicht nur wegen § 315c (hier: Abs. 1 Nr. 2b), sondern möglicherweise auch wegen § 222 verantworten. Ein Ausschluss der objektiven Zurechnung erscheint unangebracht. In diesem Zusammenhang stellt sich dann aber die Frage, ob der Beifahrer in die Tat einwilligen konnte.²⁹⁰ Eine Einwilligung kommt jedenfalls bei Individualrechtsgütern (wie z.B. Leib, Leben und Gesundheit) in Betracht und ist bei Allgemeinrechtsgütern (wie sie z.B. von §§ 315c und 316 geschützt werden) fraglich.²⁹¹ Jedoch sind auch bei Individualrechtsgütern die Einwilligungssperren der §§ 216, 228 zu beachten. Ob diese Einwilligungssperren im vorliegenden Fall greifen und eine wirksame Einwilligung des B ausschließen, ist angesichts des Umstands, dass keine vorsätzliche, sondern nur eine fahrlässige Tö-

²⁸⁵ Daher wird der Sinn der Unterscheidung teilweise auch in Frage gestellt, vgl. etwa *Geppert*, Jura 2001, 490.

²⁸⁶ BGH NSTZ 2009, 148, 150.

²⁸⁷ BGH NSTZ 2009, 148 ff. (mit Bespr. v. *Kühl*, NJW 2009, 1158).

²⁸⁸ Zur Einführung des neuen § 315d siehe *R. Schmidt*, BT I, Rn 634 ff.

²⁸⁹ Die Annahme, dass allein F Tatherrschaft ausübte, kann mit dem Charakter der §§ 315c, 316 als eigenhändige Delikte begründet werden, da Täter dieser Delikte nur sein kann, wer selbst das Fahrzeug steuert. Bei Rallyes wird teilweise vertreten, dass nicht nur der Fahrer, sondern *auch* der Beifahrer Tatherrschaft ausübe, weil dieser die Navigation betreibe und dem Fahrer ganz konkrete Handlungs- und Fahrweisungen gebe. In diesen Fällen könne durchaus eine eigenverantwortliche Selbstschädigung/Selbstgefährdung des Beifahrers vorliegen (so *Kühl*, NJW 2009, 1158 f.). Das ist abzulehnen, weil auch bei Rallyes das Letztentscheidungsrecht beim Fahrer liegt (so auch *Jahn*, JuS 2009, 370 f.). Gerade wegen der alleinigen Tatherrschaft des Fahrers ist auch an § 222 zu denken, wenn der Beifahrer aufgrund eines vom Fahrer verursachten Unfalls ums Leben kommt.

²⁹⁰ Zur Einwilligung vgl. ausführlich Rn 433 ff.

²⁹¹ Vgl. dazu *R. Schmidt*, BT I, Rn 623 f.

tung durch F begangen wurde, fraglich, denn die §§ 216, 228 beziehen sich auf vorsätzliche Taten. Dennoch wendet der BGH die Einwilligungssperren auch auf § 222 an. Er geht sogar so weit, dass er die Möglichkeit einer rechtfertigenden Einwilligung sogar bereits bei konkreter Todesgefahr, unabhängig von der tatsächlich eingetretenen Rechtsgutverletzung, ablehnt.²⁹² Hätte B bei dem Unfall also nur Knochenbrüche erlitten, wäre auf der Basis des BGH eine Einwilligung aufgrund der konkreten Todesgefahr trotzdem unwirksam gewesen.

Kernaussage der BGH-Entscheidung ist also, dass es auf die tatsächlich eingetretene Rechtsgutverletzung nicht ankommt. Wenn auch das Ergebnis dieser Entscheidung einen Beitrag zur Bekämpfung (und Verhinderung) lebensgefährlicher Verhaltensweisen im Straßenverkehr geleistet haben mag, ist es doch in rechtlicher Hinsicht bedenklich. So bezieht sich § 216 ausdrücklich nur auf die vorsätzliche, nicht auch auf die fahrlässige Tötung, und § 228 bezieht sich nur auf die vorsätzliche Körperverletzung, nicht auch auf die fahrlässige Körperverletzung und schon gar nicht auf die fahrlässige Tötung. Selbst wenn man dies anders sähe, bliebe die Frage, ob man die in § 228 genannte „Sittenwidrigkeit“ mit „Lebensgefährlichkeit“ gleichsetzen darf.

Weder Wortlaut noch systematische Stellung der §§ 216, 228 können eine Einwilligungssperre bei konkreten Lebensgefährdungen begründen.²⁹³ Möchte man die Möglichkeit einer rechtfertigenden Einwilligung bei einer konkreten Lebensgefährdung ausschließen, ist allein der Gesetzgeber legitimiert, ein allgemeines Lebensgefährdungsdelikt einzuführen. Die Rspr. einschließlich des BGH ist hierzu nicht befugt, auch nicht über den Umweg der Konstruktion einer Einwilligungssperre.

Ergebnis: Nach der hier vertretenen Auffassung konnte B zwar nicht in die Verwirklichung des § 315c einwilligen, da diese Strafvorschrift zumindest *auch* dem Schutz von Allgemeininteressen dient und F zudem auch andere Personen konkret gefährdet hat, allerdings konnte B mit rechtfertigender Wirkung in die Gefährdung und auch Verletzung seines Lebens einwilligen. F ist daher lediglich aus § 315c, nicht aber auch aus § 222 strafbar.²⁹⁴

g.) Eigenverantwortliches Dazwischentreten eines Dritten

195 Bereits bei Rn 161 wurde herausgearbeitet, dass der Kausalzusammenhang nicht unterbrochen wird, wenn ein Dritter in ein Tatgeschehen eingreift und dabei an das vorangegangene Kausalgeschehen anknüpft, ohne die Erstursache zu verdrängen, also keine neue, selbstständig auf den Erfolg hinwirkende Gefahr begründet. Möglicherweise entfällt in diesen Fällen aber die objektive Zurechnung. Das ist dann anzunehmen, wenn der Ausgangstäter zwar eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, *diese* Gefahr sich aber nicht im konkreten Fall realisiert hat, weil sie völlig außerhalb dessen liegt, was nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung noch in Rechnung zu stellen ist. Beim Eingreifen Dritter in den Geschehensablauf nimmt die h.M. dies an, wenn der Dritte (zumindest bedingt) vorsätzlich in das Tatgeschehen eingegriffen hat. Dann soll eine Zurechnung zum Ersttäter zu verneinen sein.

Beispiel: Wenn also im Beispiel bei Rn 161 O zwar aufgrund einer falschen Infusionslösung den Tod findet, jedoch erst durch die (nicht lebensgefährliche) Körperverletzung des T in diese Situation gebracht wurde, war das Verhalten des T zunächst kausal für den Todeintritt. Der Tod des O ist jedoch kein Erfolg, der sich als das Werk des T darstellt. Denn durch das grob fahrlässige Verhalten des K liegt der Erfolg völlig außerhalb dessen, was nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung noch in Rechnung zu stellen ist (a.A. wohl vertretbar). T kann der Tod des O also nicht zuge-

²⁹² BGH NStZ 2009, 148, 150.

²⁹³ Vgl. dazu auch Rn 448.

²⁹⁴ A.A. freilich der BGH (NStZ 2009, 148, 150). Auf andere möglicherweise verwirklichte Delikte soll hier nicht eingegangen werden.

rechnet werden.²⁹⁵ Er ist aber wegen eines Körperverletzungsdelikts schuldig. Wegen eines Tötungsdelikts (hier: fahrlässige Tötung gem. § 222) zu verantworten hat sich aber K.

Eine Zurechnung des Erfolgs zum Erstatteter kann aber gegeben sein, wenn (1) der Erstatteter die rechtlich missbilligte Gefahr durch Verletzung von Sicherheitsvorschriften schafft, die gerade dem Schutz vor Vorsatz- oder Fahrlässigkeitstaten Dritter dienen²⁹⁶, (2) der Dritte lediglich fahrlässig in den Geschehensablauf eingegriffen hat oder (3), wenn das Verhalten des Dritten so spezifisch mit der Ausgangsgefahr verbunden ist, dass es bereits typischerweise in der Ausgangsgefahr begründet erscheint (rechtswidrige und schuldhaft Herbeiführung des Drittverhaltens durch den Erstatteter).²⁹⁷

Beispiele:

(1) So hat im **Pflegemutter-Fall** (Bsp. 2 von Rn 162) T bereits den Grundstock für F's späteres Handeln gelegt; sie hat die spätere Tötung der O durch F kausal bewirkt. Dessen Handeln war nach Auffassung des BGH so spezifisch mit der Ausgangsgefahr verbunden, dass es bereits typischerweise in der Ausgangsgefahr begründet erscheine. Daher bejahte der BGH eine Strafbarkeit der T wegen Totschlags. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass F vorsätzlich handelte (a.A. vertretbar). Daher ist T wegen vollendeter Tötung zu bestrafen (a.A. vertretbar).

(2) Eine schwierige Beurteilung bringen auch die sog. **Massenauffahrunfälle** auf Autobahnen mit sich. Hier sind verschiedene Konstellationen anzutreffen: Wenn beispielsweise der Autofahrer X einen Unfall verursacht, dabei den Y lebensgefährlich verletzt, dieser aber noch vor Todeseintritt von dem von hinten auffahrenden unachtsam handelnden Z überrollt wird und daraufhin sofort stirbt, ist jedenfalls Z wegen fahrlässiger Tötung strafbar. Dass Y wenig später auch an den Folgen des von X verursachten Erstunfalls gestorben wäre, bleibt außer Betracht. Eine Reserveursache ist bedeutungslos. Fraglich ist dagegen die Strafbarkeit des X. Zunächst könnte aufgrund des freiverantwortlichen Dazwischentretens des Z an einen Abbruch des Kausalzusammenhangs gedacht werden. Allerdings hat X eine Ursache gesetzt, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Todeseintritt bei Y entfiele. Denn hätte X den Unfall nicht verursacht, hätte es keine Unfallstelle gegeben, in die Z hätte einfahren können. Das Verhalten des X war also *conditio sine qua non* für den Todeseintritt bei Y.²⁹⁸ Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Todeseintritt bei Y dem X auch zugerechnet werden kann. Diese Frage wäre zu bejahen, wenn X das (Fehl-)Verhalten des Z rechtswidrig und schuldhaft herbeigeführt hätte. Über diese Zurechnung kann man verschiedener Auffassung sein. Sofern sie angenommen wird, kann den X das eigenverantwortliche Handeln des Z nicht entlasten, weil es nur Teil seiner eigenen Tat ist. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn das Verhalten des Z für X nicht vorhersehbar und auch nicht beherrschbar wäre. Davon kann vorliegend jedoch nicht ausgegangen werden. Bejaht man also bei X die Verantwortung für das Verhalten des Z, hat X sich wegen fahrlässiger Tötung (§ 222) strafbar gemacht.

Variante: Y hätte den von X verursachten Erstunfall mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit überlebt, ist also ausschließlich durch das Auffahren seitens des Z getötet worden. Die Strafbarkeit des Z aus § 222 ist auch hier unproblematisch gegeben. Bei X muss auch hier gesagt werden, dass er eine Bedingung gesetzt hat, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolgseintritt (der Tod des Y) entfiele. Er war also kausal für den Todeseintritt. Auch bei der Frage nach der Zurechnung kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

²⁹⁵ Vgl. dazu auch OLG Rostock NSTz 2001, 199; *Roxin*, AT, § 11 Rn 26; *Sch/Sch-Eisele*, Vor § 13 Rn 100; *W/B/S*, AT, Rn 282; *Kühl*, AT, § 4 Rn 49, 85, 98; *Frisch/Murmann*, JuS 1999, 1196, 1198 und nunmehr auch *Jahn/Ebner*, JuS 2007, 923, 925 sowie *Rengier/Braun*, JuS 2012, 999, 1001. Auch der BGH (NSTz 2009, 92, 93) tendiert dazu, den Zurechnungszusammenhang in Frage zu stellen, wenn ein grober Behandlungsfehler des verantwortlichen Arztes vorliegt.

²⁹⁶ Als Beispiel sei hier § 5 AtomG über die Verwahrung spaltbaren Materials genannt.

²⁹⁷ Vgl. *W/B/S*, AT, Rn 282 ff.; *Otto*, § 6 Rn 58; *Schünemann*, GA 1999, 207, 224.

²⁹⁸ Es liegt also kein Fall der überholenden Kausalität vor, wie das bei Vorsatzdelikten angenommen werden könnte.

h.) Eigenverantwortliches Dazwischentreten von Rettern

- 197 Fragen werfen auch die Fälle auf, in denen ein Retter in das Geschehen eingreift, um den vom Täter eingeleiteten Kausalverlauf zu stoppen und den Erfolgseintritt abzuwenden. Insbesondere bei der Brandstiftung kommt es regelmäßig vor, dass sich Feuerwehrleute, Rettungssanitäter oder Polizeibeamte in die Gefahrenlage bewusst hineinbegeben und sich (mehr oder weniger) freiwillig selbst gefährden. Gerade aufgrund dieser freiwilligen Selbstgefährdung ist es fraglich, ob es dem Täter noch zur Last gelegt werden kann, wenn ein Retter Schaden erleidet (etwa zu Tode kommt). Das gilt insbesondere in den Fällen der §§ 306b I und 306c, da diese Vorschriften nicht voraussetzen, dass sich der zu Tode Gekommene zur Tatzeit in der Räumlichkeit aufgehalten haben muss. Da die Brandstiftungsdelikte und die mit ihnen zusammenhängenden Fragen des tatbestandspezifischen Gefährdungs Zusammenhangs eingehend bei *R. Schmidt*, BT I, Rn 546 ff. behandelt sind, sei insoweit darauf verwiesen.

i.) Mehraktige Geschehensabläufe

- 197a Wie bereits bei Rn 162 ausgeführt, wird bei einem Tatgeschehen, das sich in mehreren Akten vollzieht, der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Erstakt und dem Taterfolg auch dann nicht abgebrochen, wenn der Taterfolg letztlich unmittelbar durch den Zweitakt herbeigeführt wird. Denn nach der maßgeblichen Bedingungstheorie sind alle Bedingungen gleichwertig, solange sie nur für den konkreten Erfolgseintritt **mitursächlich** sind (Rn 148). Auch hier sind erforderliche Korrekturen entweder im Rahmen der objektiven Zurechnung (so die Literatur) oder im Rahmen der Vorsatzprüfung („Irrtum über den Kausalverlauf“ – so meist der BGH) vorzunehmen. Vgl. zur letzteren Möglichkeit auch Rn 297 ff.

Beispiele:

- (1) Im **Jauchegrube-Fall** (Bsp. 1 von Rn 162)²⁹⁹ stellt das Erstverhalten des T (Stopfen von zwei Händen voll Sand in den Mund der O, um diese am Schreien zu hindern) nach der Äquivalenztheorie eine kausale Ursache für den späteren Tod der O durch Ertrinken dar. Denn ohne diese Ersthandlung hätte T die (irrtümlich für tot gehaltene) O nicht in die Jauchegrube geworfen.

Fraglich sind hingegen die objektive Zurechnung und/oder der Vorsatz in Bezug auf die Zweithandlung.

- ⇒ Die (früher vertretene) Lehre vom **dolus generalis**³⁰⁰ lehnt hier eine wesentliche und damit beachtliche Abweichung vom Kausalverlauf ab. Sie argumentiert, der Täter habe einen anderen Menschen töten wollen und habe dies, wenn auch auf eine andere Art und Weise, erreicht. Er sei somit wegen vollendeter Tötung strafbar. Diese Lehre ist abzulehnen, weil sie die strafrechtliche Verantwortung zu sehr ausdehnt und letztlich immer zur Bejahung des Vorsatzes führt.³⁰¹ Das überzeugt auf dem Boden des geltenden Strafrechts nicht.
- ⇒ Denkbar wäre demgegenüber, die beiden Akte getrennt voneinander zu beurteilen und darauf abzustellen, dass der Ersthandlung nicht die tatbestandspezifische Gefahr des konkreten Erfolgseintritts anhafte. Folge dieses Ansatzes wäre, dass es an der Zurechnung bzw. der erforderlichen (zeitlichen) Koinzidenz zwischen Verletzungshandlung und Erfolgseintritt fehlte. Dann läge in der Ersthandlung lediglich ein versuchter Totschlag (bzw. Mord). Da im Zeitpunkt der Zweit-

²⁹⁹ BGHSt 14, 193 ff.

³⁰⁰ Sie ist etwa bei *Seiler*, ÖJZ 1994, 85, 86 nachzulesen.

³⁰¹ Das hat auch der BGH im Jauchegrube-Fall (St 14, 193 ff.) so gesehen.

Das vorsätzlich begangene Erfolgsdelikt – Objektiver Tatbestand

handlung dann kein Tötungsvorsatz mehr bestünde, läge diesbezüglich nur fahrlässige Tötung (§ 222) in Tatmehrheit vor.³⁰²

- ⇒ Die Lehre von der objektiven Zurechnung fragt auch in diesen Fällen danach, ob eine wesentliche Abweichung des tatsächlichen Kausalverlaufs vom Vorstellungsbild des Täters vorliegt. Anknüpfungspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist die mit Tötungsvorsatz begangene Ersthandlung. Vertreter dieser Lehre nehmen eine unwesentliche Abweichung des wirklichen Kausalverlaufs vom vorgestellten Kausalverlauf an für den Fall, dass die durch die Ersthandlung ausgelöste Zweithandlung den Taterfolg unmittelbar herbeiführt, diese beiden Handlungen aber ein **einheitliches Geschehen** bilden, der Erfolgseintritt sich in den Grenzen des Vorhersehbaren hält und auch im Hinblick auf den Verwirklichungswillen des Täters kein „inadäquates“ Ereignis darstellt. Damit werde der Erfolg objektiv zugerechnet.³⁰³ Folgt man dieser Auffassung, wäre im subjektiven Tatbestand dann nur noch klarzustellen, dass der Tätersvorsatz auch den Kausalverlauf in seinen wesentlichen Grundzügen umfasst. Somit ist der Erfolg auch subjektiv zurechenbar. T hätte sich somit wegen vorsätzlicher Tötung strafbar gemacht.

Bewertung: Streng genommen knüpft die h.L. an der heute abgelehnten (BGHSt 14, 193 ff.) Lehre vom *dolus generalis* an. Wenn sich der Gesamtvorgang als einheitliches Geschehen darstellt, ist es nach dieser Lehre zulässig, den Tötungsvorsatz auf das Gesamtgeschehen zu erstrecken. Die Lehre vom *dolus generalis* berücksichtigt aber nicht differenziert genug, dass im Zeitpunkt der eigentlichen Erfolgsherbeiführung kein Tötungsvorsatz mehr vorhanden ist.³⁰⁴

- ⇒ Der BGH, der bei Vorsatzdelikten bis auf die Fallgruppe der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung oder Selbstverletzung die Lehre von der objektiven Zurechnung nicht vertritt, sondern Problemlagen im Rahmen des Vorsatzes („Irrtum über den Kausalverlauf“) löst, würde unter Anwendung der Äquivalenztheorie den (objektiven) Tatbestand bejahen. Bei der Frage nach dem Vorsatz würde er dann die Möglichkeit einer normativen Begrenzung des Tatbestandsvorsatzes bei wesentlichen Abweichungen des Kausalverlaufs diskutieren. Da sich die Abweichung im vorliegenden Fall aber noch in den Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren hält und sie somit keine andere Bewertung der Tat rechtfertigt, würde auch der BGH (wie i.d.R.) zu demselben Ergebnis gelangen (im vorliegenden Jauchegrube-Fall hatte der BGH den Vorsatz bejaht, indem er dem Täter bis zum Zeitpunkt des Versenkens des Opfers einen *dolus eventualis* bezüglich der Tötung unterstellte).

Anmerkung: Freilich würde etwas anderes gelten, wenn der Täter hinsichtlich der Ersthandlung fahrlässig oder leichtfertig handelt und dann das vermeintlich noch lebende, in Wahrheit aber bereits tote Opfer mit Tötungsvorsatz „beseitigt“. In diesem Fall läge eine Körperverletzung mit Todesfolge bzw. eine fahrlässige Tötung in Tatmehrheit mit versuchtem Totschlag bzw. versuchtem (Verdeckungs-)Mord vor.³⁰⁵

- (2) Untergliedert man im **Scheunenmord-Fall** (Bsp. 3 von Rn 162)³⁰⁶ das Tatgeschehen in *zwei Akte*, liegt hinsichtlich des ersten Akts (die Schläge mit der Eisenstange) ein versuchter Heimtückemord (§§ 211 I, II Var. 5, 22) in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (§ 224 I Nr. 5) und hinsichtlich des zweiten Akts jedenfalls ein vollendeter Totschlag (§ 212 I) vor. Heimtückemord scheidet bzgl. des zweiten Akts aus, weil zum Zeitpunkt des Messereinsatzes O bewusstlos war und ein Bewusstloser sich keines Angriffs versehen kann, was aber für die Annahme von Heimtücke er-

³⁰² So Freund, AT, § 7 Rn 142; Kühl, AT, § 13 Rn 48; Maurach/Zipf, AT, § 28 Rn 35; Hruschka, JuS 1982, 317, 319 f.; wohl auch Jerouschek/Kölbl, JuS 2001, 417, 422 ff. Dagegen hat Gropp, AT (1. Aufl. 1998), § 5 Rn 77, diese Auffassung mit der 2. Aufl. 2001, § 5 Fn 17, aufgegeben. Ablehnend auch Altwater, NSTZ 2002, 20, 21.

³⁰³ So W/B/S, AT, Rn 296 ff.; Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn 58; SK-Rudolphi, § 16 Rn 35; Fischer, § 16 Rn 7; NK-Puppe, § 16 Rn 102 ff.; Jescheck/Weigend, AT, § 29 V 6d.

³⁰⁴ Zur Kritik vgl. auch Jerouschek/Kölbl, JuS 2001, 417, 422 ff.

³⁰⁵ BGH 25.4.2001 – 5 StR 12/01; Altwater, NSTZ 2002, 20, 21.

³⁰⁶ BGH NSTZ 2016, 721.

Das vorsätzlich begangene Erfolgsdelikt – Objektiver Tatbestand

forderlich wäre. Auch ein Verdeckungsmord liegt dann nicht vor, weil es sich bei dem ersten Tatgeschehen nicht um eine „andere“ Tat i.S.v. § 211 II Var. 9 handelt. In Betracht kommt aber Mord aus niedrigen Beweggründen (§ 211 I, II Var. 4), der nach der hier vertretenen Auffassung jedenfalls nicht durch den (nicht vorliegenden) Verdeckungsmord ausgeschlossen ist. Denn ein Mordmerkmal der 3. Gruppe (Absichtsmerkmale), worunter der Verdeckungsmord fällt, kann keine Sperrwirkung gegenüber einem Mordmerkmal der 1. Gruppe (Motivmerkmale), wozu auch die sonstigen niedrigen Beweggründe zählen, entfalten.³⁰⁷

Stellt man indes auf das Gesamtgeschehen (einheitliches Tatgeschehen) ab, kann ein heimtückischer Mord angenommen werden, weil zu Beginn des dann anzunehmenden einheitlichen Geschehensablaufs O arg- und wehrlos war und T dies bewusst zur Tatbestandsverwirklichung ausgenutzt hat.

Fraglich ist, welcher Standpunkt vorzuziehen ist. Stellt man auf einen einheitlichen Geschehensablauf ab, müsste der durch den zweiten Akt herbeigeführte Tod der Handlung des ersten Akts (also der Handlung, die das Heimtückemerkmal erfüllt) der Literatur folgend objektiv zuzurechnen sein. Das wäre der Fall, wenn T durch die Schläge mit der Eisenstange eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich gerade in dem durch den Messereinsatz herbeigeführten Tod realisiert hat. Das kann man gut vertreten.

Da – wie aufgezeigt – der BGH aber bei den Vorsatzdelikten bis auf die Fallgruppe der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung oder Selbstverletzung die Lehre von der objektiven Zurechnung nicht vertritt, sondern überwiegend von einer Bejahung des objektiven Tatbestands allein aufgrund der Äquivalenztheorie ausgeht und etwaige Unbilligkeiten im Rahmen des Irrtums über den Kausalverlauf korrigiert, wäre demzufolge danach zu fragen, ob sich vorliegend die Abweichung im Kausalverlauf noch in den Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren hält und sie somit keine andere Bewertung der Tat rechtfertigt. Der BGH steht auf dem Standpunkt, T habe den wider Erwarten noch nicht verstorbenen O, der bereits durch die Schläge mit der Eisenstange tödlich verletzt worden war, mit gleicher Angriffsrichtung zwecks Tatverschleierung durch die Messerstiche getötet. Dies liege nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit und rechtfertige somit keine andere Bewertung der Tat. Folgt man dieser Auffassung, ergibt sich im Ergebnis kein Unterschied zur oben bejahten, von der Lit. vertretenen objektiven Zurechnung. Auf dieser Basis lag ein einheitliches Tatgeschehen vor mit dem Ergebnis der Strafbarkeit des T wegen Mordes.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist in Konstellationen der vorliegenden Art der „Umweg“ über die Figur des Irrtums über den Kausalverlauf nicht zwingend, wenn man auf eine Gesamtbetrachtung abstellt. Denn dann vollendet der Täter durch den Messereinsatz nur die Tat, die er mit dem Einsatz der Eisenstange begonnen hat.³⁰⁸ Im Ergebnis ist T aber so oder so wegen Heimtückemordes strafbar.

- (3)** Auch im „**Kinderüberlassungs-Fall**“ (Bsp. 4 von Rn 162)³⁰⁹ stellt sich die Frage, ob das Tatgeschehen in *zwei Akte* zu unterteilen ist oder ob man eine *natürliche Handlungseinheit* anzunehmen hat.

Betrachtet man das Tatgeschehen als natürliche Handlungseinheit, liegt *eine* Tat im Rechtssinne, namentlich ein Heimtückemord (§ 211 I, II Var. 5) vor, da O zum Zeitpunkt des Beginns der Messerattacke auf dem Balkon arg- und wehrlos war und T dies bewusst zur Tatbestandsverwirklichung ausgenutzt hat. Dass T die Tat zwischenzeitlich aufgegeben haben könnte, ist dann ohne Belang, da auf der Grundlage der natürlichen Handlungseinheit die beiden Teillakte ja gerade zusammengezogen und als *ein* Tatgeschehen betrachtet werden.³¹⁰

³⁰⁷ Anders offenbar *Jäger*, JA 2016, 549, 550 und wohl auch BGH NSTz 2016, 721, 723, der anderenfalls (nicht zwingend) einen einheitlichen Geschehensablauf hätte annehmen müssen, um Mord zu bejahen.

³⁰⁸ Ähnlich auch *Jäger*, JA 2016, 549, 551.

³⁰⁹ BGH StV 2017, 673.

³¹⁰ Davon ging die Vorinstanz LG Kleve (Urt. v. 24.6.2016 – 140 Ks 5/15) aus.

Unterteilt man das Tatgeschehen indes in zwei Akte, kommt hinsichtlich des ersten Akts (die Messerattacke auf dem Balkon) ein versuchter Heimtückemord (§§ 211 I, II Var. 5, 22) in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (§ 224 I Nr. 2 und 5) und hinsichtlich des zweiten Akts (Messerattacke in der Küche) jedenfalls ein vollendeter Totschlag (§ 212 I) in Betracht. Heimtückemord scheidet bzgl. des zweiten Akts aus, weil zum Zeitpunkt des Messereinsatzes in der Küche O nicht mehr arglos war.

Fraglich ist dann aber, ob T nicht gem. § 24 I S. 1 Var. 1 bzgl. des Tatgeschehens auf dem Balkon vom versuchten Heimtückemord strafbefreiend zurückgetreten ist. Der BGH hält dies unter Zugrundelegung des überaus rücktrittsfreundlichen Rücktrittshorizonts³¹¹ und in Anbetracht des Umstands, dass T nach dem letzten Stich davon ausgegangen sein könnte, O werde an den ihr bis dahin zugefügten Verletzungen nicht versterben, und dass der Anblick seines Sohnes bei ihm auch keine unüberwindliche psychische Blockade auslöste (die das Freiwilligkeitskriterium verneinen würde), die es ihm unmöglich machte, mit seinem Tun fortzufahren³¹², für nicht ausgeschlossen, dass er freiwillig von weiteren Stichen absah und damit strafbefreiend vom unbeendeten Mordversuch zurückgetreten ist.

Weiterhin stellt sich unter Zugrundelegung dieses Ansatzes die Frage, ob der in der Küche verwirklichte Totschlag nicht wegen Notwehr (§ 32) gerechtfertigt oder zumindest wegen Notwehrexzesses (§ 33) entschuldigt sein könnte.

Angesichts dieses doch sehr ergebnisrelevanten Unterschieds stellt sich die Frage, welcher Standpunkt vorzuziehen ist. Die Vorinstanz, das LG Kleve, ging ganz offenbar von einem einheitlichen Tatgeschehen aus und nahm folgerichtig eine Bestrafung wegen Heimtückemordes vor. Der BGH hat dies jedoch insofern beanstandet, als das LG verkannt habe, dass aufgrund der zwischenzeitlichen Tataufgabe ein strafbefreiender Rücktritt vorgelegen haben könnte. In einem solchen Fall seien die beiden Teilakte selbst dann getrennt zu prüfen, wenn sie zueinander in einer natürlichen Handlungseinheit stünden.

In der Tat hat das LG die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts verkannt. Selbst wenn man diesen im Ergebnis ablehnt (was in Anbetracht des vom BGH vertretenen – nichts stets überzeugenden – Rücktrittshorizonts³¹³ aber nur schwerlich begründbar wäre), hätte das LG ihn prüfen müssen. Es darf daher davon ausgegangen werden, dass das LG in der neuen Verhandlung unter Zugrundelegung des Rücktrittshorizonts einen strafbefreienden Rücktritt vom Heimtückemord annimmt und T wegen gefährlicher Körperverletzung gem. § 224 I Nr. 2 (Messer als gefährliches Werkzeug) und Nr. 5 (eine das Leben gefährdende Behandlung) in Tatmehrheit³¹⁴ mit einem Totschlag gem. § 212 I schuldig sprechen wird.

- (4) Und im „Wut-Fall“ (Bsp. 5 von Rn 162)³¹⁵ ist die Frage, ob das Tatgeschehen in *zwei Akte* zu unterteilen ist oder ob man eine *natürliche Handlungseinheit* anzunehmen hat, nicht unwesentlich für die Annahme des § 213 Var. 1. So kann man – wenn überhaupt – § 213 Var. 1 nur annehmen, wenn man auf ein einheitliches Tatgeschehen abstellt und damit eine natürliche Handlungseinheit annimmt. Unterteilt man das Tatgeschehen indes in zwei Handlungsabschnitte, wäre jedenfalls im zweiten Handlungsabschnitt § 213 nicht mehr begründbar und T wäre wegen § 212 I strafbar. Zwar im Fall nicht einschlägig, aber bei entsprechender Sachverhaltsmodifikation grundsätzlich vorstellbar wäre auch gewesen, dass T nach den Messerstichen, als O noch lebte, von weiteren Tathandlungen abgesehen und den Rettungsdienst

³¹¹ Siehe dazu unten Rn 713 ff.

³¹² Vgl. zu diesen Voraussetzungen unten Rn 722 ff.

³¹³ Zur Kritik (weil oft „Zufallsergebnisse“ vorliegen) vgl. Rn 714.

³¹⁴ Der BGH scheint trotz der von ihm als zwingend angesehenen Rücktrittsmöglichkeit in Bezug auf den ersten Akt von einer natürlichen Handlungseinheit und damit hinsichtlich der Konkurrenzen von Tateinheit auszugehen, was aber abzulehnen ist. Denn bejaht man einen strafbefreienden Rücktritt vom Mordversuch, verbietet sich nach der hier vertretenen Auffassung die Annahme einer natürlichen Handlungseinheit. Vielmehr liegt im Verhältnis zu dem nachfolgenden Geschehen in der Küche eine Zäsur vor, die weder die Annahme einer Tateinheit noch das Zurücktretenlassen der Körperverletzung als mitbestrafte Vortat zu tragen vermag.

³¹⁵ BGH NSTZ 2019, 408.

verständnis hätte. Dann wäre bei Annahme eines mehraktigen Geschehens auch noch ein strafbefreiender Rücktritt vom beendeten Tötungsversuch in Betracht gekommen, sofern O überlebt hätte.

- 197b** Den genannten Beispielen zum mehraktigen Geschehensablauf gemein ist, dass der jeweilige Tötungsvorsatz bereits am Anfang der ersten Ausführungshandlung vorgelegen hat. Wäre dies nicht der Fall gewesen, hätte sich die Frage nach der Möglichkeit einer Gesamtbetrachtung des Geschehensablaufs erst gar nicht gestellt, weil sich ein späterer Vorsatz nicht auf vergangene Tathandlungen erstrecken kann. Allein schon § 16 I S. 1, der eine Koinzidenz zwischen Tathandlung und Tatvorsatz anordnet (siehe Rn 201/273), verbietet das. Entwickelt sich also ein bestimmter Tatbestandsvorsatz, der Grundlage einer Verurteilung sein soll, erst in einem späteren Geschehensakt, ist eine getrennte Beurteilung zwingend; eine Gesamtschau verbietet sich von vornherein. Ein *dolus subsequens* (nachträglicher/nachfolgender Vorsatz) ist unbeachtlich.

Beispiel³¹⁶: Während des gemeinsamen Alkoholkonsums wollte sich der erheblich alkoholisierte, homosexuell veranlagte O dem T sexuell nähern und griff diesem in den Genitalbereich. Dies empfand der ebenfalls stark angetrunkene T als massive Grenzverletzung, die ihn erzürnte und emotional stark aufwühlte. Aus diesem Grund schlug er O kräftig gegen den Kopf. Infolge der damit einhergehenden Erregung des O stieg Speisebrei aus dem Magen auf. Da der Würgereflex des O aufgrund der hohen Alkoholisierung ausblieb, kam es infolge des Schlages zu einer Aspiration aufgrund des Speisebreis. O fiel hin und begann zu röcheln. Wenige Minuten später regte er sich nicht mehr und verstarb infolge Erstickens. T, der den Todeseintritt nicht erkannt hatte, zog O nun die Hose herunter und durchtrennte mit bedingtem Tötungsvorsatz mit einem Messer dessen Penis.

Bei getrennter Beurteilung der beiden Akte liegt im ersten Akt eine Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227) und im zweiten Akt ein versuchter Totschlag (§§ 212 I, 22, 23 I) vor. Zu einem vollendeten Totschlag gelangte man – wenn überhaupt – nur, wenn man die beiden Tatakte zu einem einheitlichen Geschehen zusammenfasste. Das aber wäre nur dann zulässig, wenn man zu Beginn der ersten Ausführungshandlung (bedingten) Tötungsvorsatz annähme und den eingetretenen Erfolg als unwesentliche Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf ansähe. Vorliegend nahm T den Tod des O aber erst mit dem Durchtrennen des Penis in Kauf, also zu einem Zeitpunkt, als O bereits verstorben war. Zum Zeitpunkt der todesursächlichen Tathandlung (der Schlag ins Gesicht) war ein bedingter Tötungsvorsatz nicht vorhanden („keine einkalkulierte Tötung“). Wegen § 16 I S. 1 wäre ein solcher aber erforderlich gewesen.

T hat sich daher nicht wegen Totschlags, sondern (lediglich) wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227) in Tatmehrheit mit versuchtem Totschlag (§§ 212 I, 22, 23 I) strafbar gemacht.

cc. Fazit

- 198** Die Lehre von der objektiven Zurechnung ermöglicht es, problematische Fälle der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bereits im objektiven Tatbestand sachgerecht zu behandeln. Die Rechtsprechung hat sich bei den Vorsatzdelikten bis auf die Fallgruppe der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung oder Selbstverletzung der Lehre von der objektiven Zurechnung noch nicht angeschlossen und geht überwiegend von einer Bejahung der Erfolgzurechnung und somit des objektiven Tatbestands aus, verharrt also auf dem Boden der klassischen Kausalitätslehre (Äquivalenz- und ggf. Adäquanztheorie) und berücksichtigt Zweifelsfälle durch Verneinung des Vorsatzes, indem sie ggf. eine wesentliche Abweichung zwischen dem vorangestellten und dem wirklichen Kausalverlauf annimmt, die gem. § 16 I S. 1 zum Vorsatzausschluss führt (vgl. dazu „Irrtümer des subjektiven Tatbestands“, Rn 297 ff.). Diese Lösung versagt aber bei Lehrbuchfällen folgender Art:

³¹⁶ BGH NSTz 2018, 27 f.

Beispiel: Aus Habgier teilt T seinem kerngesunden Erbonkel O in der Hoffnung auf einen Herzinfarkt mit, soeben sei der Dritte Weltkrieg ausgebrochen. Tatsächlich fällt O - wie von T erhofft - daraufhin tot um.

Die Lehre von der objektiven Zurechnung würde, weil der von T eingeschlagene Weg nach ihr strafrechtlich irrelevant ist, zu keiner messbaren rechtlich missbilligten Gefahr für den Erfolgseintritt führen und somit bereits den objektiven Tatbestand verneinen. Wird der Lehre von der objektiven Zurechnung nicht gefolgt, muss der Erfolg aufgrund der Äquivalenz- und Adäquanztheorie objektiv zugerechnet werden. Eine Korrektur über die subjektive Seite lässt sich nicht konstruieren, da T sich weder über den Kausalverlauf noch über die konkrete Form des Erfolgseintritts geirrt hat. T hätte somit tatbestandlich und vorsätzlich gehandelt.

dd. Zusammenfassung und Folgerungen für die Fallbearbeitung

Von der heute h.L. wird der objektive Zurechnungszusammenhang in folgenden Fallkonstellationen verneint:

199

- Der Erfolgseintritt liegt *außerhalb des menschlichen Beherrschungsvermögens*.
- Das erfolgsverursachende Verhalten ist *ausschließlich risikoverringend*.
- Es besteht ein *atypischer, nicht vorhersehbarer Geschehensablauf* zwischen Handlung und Erfolg.
- Der Erfolg liegt *außerhalb des Schutzbereichs* der verletzten Verhaltensnorm.
- Der Erfolg wäre auch bei *plichtgemäßem Alternativverhalten* eingetreten.
- Zwischen Ersthandlung und Erfolg tritt eine *verantwortliche Zweithandlung* des Opfers, eines Dritten oder des Täters selbst, durch die eine neue zusätzliche Gefahr geschaffen wird.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Der Lehre von der objektiven Zurechnung folgend, ist in der Fallbearbeitung also wertend festzustellen, ob der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert. Insbesondere im Fall des **atypischen Kausalverlaufs** ist danach zu fragen, ob der Erfolg nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung noch in Rechnung zu stellen ist oder nicht. Wird demnach festgestellt, dass es absolut ungewöhnlich und nicht vorhersehbar ist, dass der Täterfolg durch das konkrete Täterverhalten herbeigeführt wurde, liegt eine wesentliche Abweichung vom Kausalverlauf vor, womit der Erfolg nicht mehr zugerechnet werden kann. In diesem Fall ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt. Die Prüfung des Vorsatzdelikts ist hier zu Ende. Zu § 16 I S. 1 kommt man nicht mehr. In Betracht kommt dann die Prüfung eines Fahrlässigkeitsdelikts oder eines Versuchs.

Wird (mit dem BGH) der Lehre von der objektiven Zurechnung dagegen nicht gefolgt, ist (später) beim Vorsatz danach zu fragen, ob dieser nicht gem. § 16 I S. 1 ausgeschlossen sein könnte. Denn der Vorsatz hat sich nicht nur auf die Vornahme der Tat handlung und den Erfolgseintritt, sondern auch auf den Kausalverlauf zwischen Handlung und Erfolg zu beziehen. Die Tätervorstellung muss den Kausalverlauf jedoch nicht in allen Einzelheiten umfassen; vielmehr genügt es, dass der Täter den Kausalverlauf in seinen wesentlichen Grundzügen erfasst und in seinen Vorsatz mit aufgenommen hat. Ein tatbestandsausschließender Irrtum über den Kausalverlauf kommt daher nur dann in Betracht, wenn der eingetretene Kausalverlauf von der ursprünglichen Vorstellung des Täters wesentlich abweicht. „Wesentlichkeit“ liegt nach h.M. vor, wenn der eingetretene Kausalverlauf außerhalb des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren liegt oder einer abweichenden Bewertung bedarf. Diese Formulierung erinnert an diejenige, die die h.L. bei der objektiven Zurechnung verwendet. Im Bereich atypischer Kausalverläufe kommen objektive Zurechnung und Irrtumslehre daher i.d.R. nicht nur zu demselben Ergebnis, sondern benutzen darüber hinaus auch identische Argumentationsmuster.

2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz

200 Bei allen Delikten handelt es sich um Vorsatzdelikte, sofern das Gesetz nicht fahrlässiges Handeln ausdrücklich unter Strafe stellt (§ 15). Aus diesem Grund brauchte der Gesetzgeber in den einzelnen Tatbeständen das Erfordernis eines allgemeinen Tatbestandsvorsatzes nicht mehr explizit aufzunehmen. Lediglich, wenn er besondere Vorsatzformen sowie sonstige besondere subjektive Merkmale des Täters fordert, muss er diese unrechtsbegründenden Elemente im jeweiligen Tatbestand aufnehmen.

So wird beim Diebstahl (§ 242 I) im objektiven Tatbestand die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache geprüft. Im subjektiven Tatbestand ist trotz der Nichtnennung im gesetzlichen Tatbestand zunächst der Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale (also der allgemeine Tatbestandsvorsatz) zu prüfen. Das ergibt sich aus § 15. Da der Tatbestand des § 242 I aber auch von der „Absicht, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen“ spricht, muss nach Feststellung des allgemeinen Tatbestandsvorsatzes geprüft werden, ob die Wegnahme der Sache in der Absicht erfolgte, sie sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen. Diese „Absicht“ stellt keine besondere Form des Vorsatzes dar, sondern kennzeichnet ein besonderes subjektives Merkmal des Täters i.S.e. Intention, die keine Entscheidung im objektiven Tatbestand hat. Daher nennt man § 242 I einen Tatbestand mit überschießender Innentendenz. Gleiches gilt hinsichtlich § 249 I (Raub/Zueignungsabsicht), § 253 (Erpressung/Bereicherungsabsicht), § 259 (Hehlerei/Bereicherungsabsicht), § 267 I (Urkundenfälschung/Täuschungsabsicht) oder § 263 (Betrug/Bereicherungsabsicht).

a. Der Tatbestandsvorsatz

201 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. Auch § 16 I S. 1 beantwortet die Frage nach dem Vorsatz nicht, sondern bestimmt nur, dass ohne Vorsatz handelt, wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört (womit das sog. Koinzidenzprinzip angesprochen wird). 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. Das betrifft zum einen die Frage, ob Vorsatz ein Wissens- und ein Wollenselement fordert, und zum anderen kann sich die Abgrenzung zur (bewussten) Fahrlässigkeit als äußerst schwierig erweisen. Die Beantwortung dieser Fragen ist Gegenstand der folgenden Darstellung.

aa. Das Wissen um die Tatbestandsverwirklichung

202 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 (oder deren Vorliegen zumindest für möglich erachtet) hat.

Zu beachten ist, dass § 16 I S. 1 hinsichtlich der **konkreten Tatumstände** jedenfalls Kenntnis i.S. eines Wissens verlangt, wobei die ganz h.M. ein Für-möglich-Halten genügen lässt³¹⁷. Denn nur wer im Fall des § 212 weiß (oder es zumindest für möglich hält), dass er auf einen Menschen schießt, kann wegen Totschlags bestraft werden. Stellt sich der Täter, der auf einen Menschen schießt, hingegen vor, auf einen Hund zu schießen, weiß er gerade nicht, dass es sich bei dem anvisierten Objekt um einen Menschen handelt. § 16 I S. 1 ordnet für diesen Fall ausdrücklich an, dass Vorsatz des Täters in diesem Fall nicht gegeben ist. Auch umgekehrt liegt (in Bezug auf eine Sachbeschädigung) Kenntnis i.S.d. § 16 I S. 1 nicht vor, wenn der Täter glaubt, auf einen Menschen zu schießen, in Wirklichkeit aber auf einen Hund schießt. In

³¹⁷ Vgl. dazu Rn 238 ff.

beiden Fällen deckt sich die Vorstellung des Täters nicht mit der Wirklichkeit; sie ist nicht realitätskongruent, was zur Verneinung der Kenntnis i.S.d. § 16 I S. 1 führt. Der subjektive Tatbestand des vollendeten Begehungsdelikts liegt nicht vor. Terminologisch bietet es sich an, den Vorsatz, wie er von § 16 I S. 1 in Bezug auf die konkreten Tatumstände verlangt wird, als „Kenntnisvorsatz“ (= Wissen um die konkreten Tatumstände) zu bezeichnen.

Anders verhält es sich hinsichtlich der **fiktiven Tatumstände**, also solcher, die erst nach Abschluss der Tathandlung eintreten können bzw. nach der Vorstellung des Täters eintreten sollen. Das betrifft etwa den erst in der Zukunft eintretenden Tod des Vergiftungsopfers. In einem solchen Fall kann die Kenntnis über den Eintritt des Taterfolgs erst nach Abschluss der Tathandlung vorliegen, nämlich erst dann, wenn der Erfolg eingetreten ist (Wissen kann man erst hinterher; vorher existiert der Erfolgseintritt lediglich in der Vorstellung des Täters). Verlangte man hier also die Kenntnis über den Taterfolg im Zeitpunkt der Tathandlung, würde sich der Täter niemals wegen eines vollendeten Begehungsdelikts strafbar machen. Daraus folgt: Im Rahmen des Tatbestandsvorsatzes gem. § 16 I S. 1 kann ein solches Wissen über den Eintritt des späteren Taterfolgs nicht zu fordern sein. „Tatbestandsvorsatz“ i.S.d. § 16 I S. 1 meint daher ausschließlich Vorsatz bzgl. der konkreten Tatumstände und der Möglichkeit des Erfolgseintritts. Realitätskongruenz ist damit lediglich hinsichtlich der Tathandlung erforderlich; hinsichtlich des Taterfolgs genügt „Gedankenkongruenz“ (der Täter denkt, der Taterfolg werde eintreten).³¹⁸

Fazit: Kenntnisvorsatz i.S.d. § 16 I S. 1 ist allein dann 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.³¹⁹

Damit werden Bezugspunkte festgelegt, auf die sich die Tatumstandskennntnis, die Wissenskomponente, beziehen muss. Ob und inwieweit der Vorsatz auch ein **Wollenselement (voluntatives Element)** erfordert, ist in erster Linie für die Abgrenzung zur Fahrlässigkeit von Bedeutung, weshalb auch erst dort darauf eingegangen werden soll. Vgl. dazu Rn 238 ff.

203

a.) Bezugspunkte des Vorsatzes

Der Täter muss, um die Wissenskomponente zu erfüllen, in **Tatumstands- und Bedeutungskennntnis** gehandelt haben, wobei Möglichkeitsvorstellung genügt (s.o.). Fehlen ihm bestimmte Tatumstandskennntnisse, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, unterliegt er einem **Tatbestandsirrtum** (besser: **Tatumstandsirrtum**, weil sich seine Fehlvorstellung auf Tatumstände bezieht³²⁰). Die Rechtsfolge dieses Irrtums ergibt sich aus § 16 I S. 1: Der Täter kann nicht aus einem Vorsatzdelikt bestraft werden. Davon unberührt bleibt selbstverständlich die Möglichkeit der Strafbarkeit aus einem Fahrlässigkeitsdelikt (etwa § 222 oder § 229). § 16 I S. 2 stellt dies klar. Vgl. dazu Rn 276 ff. Kommt aber eine Strafbarkeit aus einem Vorsatzdelikt in Betracht, ist es erforderlich zu wissen, welche Umstände zum gesetzlichen Tatbestand gehören.

204

³¹⁸ Vgl. Jung, JA 2006, 228 ff.; Henn, JA 2008, 699, 700 f.

³¹⁹ Jescheck/Weigend, AT, § 29 II 3; W/B/S, AT, Rn 355.

³²⁰ Wie hier nunmehr auch Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, JuS 2012, 289.

aa.) Zum gesetzlichen Tatbestand gehörende Tatumstände

205 Zum gesetzlichen Tatbestand gehören

- (a.) alle **deskriptiven** und **normativen Tatbestandsmerkmale**,
- (b.) die **Rechtswidrigkeit**, sofern sie ein **Attribut des Tatbestands** und nicht nur einen Hinweis auf das allgemeine Verbrechensmerkmal darstellt,
- (c.) bei Erfolgsdelikten der **Geschehensablauf** in seinen wesentlichen Grundzügen (s.o.; der tatsächliche Geschehensablauf muss sich noch innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren halten und darf keine andere Bewertung der Tat zulassen),
- (d.) bei **Tatbestandsqualifikationen** die dort genannten Merkmale und
- (e.) bei **Privilegierungen** die dort genannten privilegierenden Umstände.

206 **Regelbeispiele** gehören dagegen *nicht* zum gesetzlichen Tatbestand, sondern stellen **Strafzumessungsgesichtspunkte** dar. Ein Tatbestandsvorsatz ist daher nicht erforderlich (und auch nicht möglich). Gleichwohl ist auch hier eine subjektive Beziehung des Täters erforderlich. Der Prüfungsstandort steht aber außerhalb des subjektiven Tatbestands, vgl. dazu Rn 266 f.

(a.) Deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale

207 Vorsatzkenntnis heißt nicht nur Tatumstandskennntnis, sondern auch Bedeutungskennntnis (s.o.). Allerdings ist es für die Bejahung des Tatbestandsvorsatzes nicht erforderlich, dass der Täter den ihm bekannten Sachverhalt juristisch exakt unter die strafgesetzliche Formulierung subsumieren kann. Anderenfalls könnten nur Juristen vorsätzlich handeln. Hinsichtlich **deskriptiver** (beschreibender) Tatbestandsmerkmale genügt es daher, dass er deren **natürlichen Sinngehalt** erfasst.

Deskriptive Tatbestandsmerkmale sind solche, die sich auf natürliche Eigenschaften von Personen oder Objekten beziehen und auf rein sinnlicher Ebene erfasst werden können.³²¹

Das trifft z.B. auf das „Beschädigen“ oder „Zerstören“ einer Sache in § 303 I oder das „Verändern des Erscheinungsbilds“ in § 303 II (objektive Tatbestandsmerkmale) zu, aber auch das Alter des Opfers (vgl. § 176: Person unter 14 Jahren): Kennt der Täter die tatsächlichen Voraussetzungen (nicht den tatsächlichen Sachverhalt) dafür, dass er ein objektives Tatbestandsmerkmal und damit Unrecht verwirklicht (**Tatumstandskennntnis**), genügt dies für die Bejahung des intellektuellen Elements hinsichtlich des deskriptiven Tatbestandsmerkmals.

Beispiel: „Graffiti-Künstler“ K besprüht das Rathaus in seiner Gemeinde mit Dosenlack. Er wird wegen gemeingefährlicher Sachbeschädigung gem. § 304 II angeklagt. In der Hauptverhandlung macht er geltend, das Besprühen von Außenwänden mit Lack sei Kunst und keine Straftat. Zumindest habe er das während der Tathandlung geglaubt.

Hier ist der objektive Tatbestand des § 304 II erfüllt, da Rathäuser dem öffentlichen Nutzen dienen und K das Rathaus seiner Gemeinde nicht nur unerheblich und nicht nur vorübergehend verunstaltet hat. Auch Art. 5 III Var. 1 GG führt zu keiner anderen Auslegung des § 304 II, da Kunst auch ohne Beeinträchtigung fremden Eigentums ausgeübt werden kann. Da K aber davon ausging, diesen Tatbestand nicht zu erfüllen, ist er einem Irrtum unterlegen. Fraglich ist, ob dieser Irrtum beachtlich ist und gem. § 16 I S. 1 zum Vorsatzausschluss führt. Bezüglich des deskriptiven Tatbestandsmerkmals „Veränderung des Erscheinungsbilds“ ist Tatumstandskennntnis erforderlich und auch ausreichend. Diese lag bei K vor. Sein Irrtum (d.h. Subsumtionsirrtum i.e.S.) ist daher bedeutungslos. Er hat sich

³²¹ Jescheck/Weigend, AT, § 26 IV 1; Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn 65.

nach § 304 II strafbar gemacht (sollte man in der Fallbearbeitung ausnahmsweise einmal den Vorsatz (wegen Tatumstandsirrums) ausschließen müssen, wäre zwar gem. § 16 I S. 2 an eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit zu denken; eine solche ist bei der Sachbeschädigung bzw. Verunstaltung aber nicht normiert).

Ein weiteres Beispiel eines deskriptiven Tatbestandsmerkmals ist das Veranlassen eines Glücksspiels (Sportwette etc.) ohne *erforderliche behördliche Erlaubnis* in § 284. Vgl. dazu auch das Beispiel bei Rn 280.

Soweit der gesetzliche Tatbestand (auch) **normative** (d.h. wertende) Tatbestandsmerkmale enthält, muss der Täter auch diesbezüglich mit Tatumstandskenntnis handeln.

208

Normative Tatbestandsmerkmale sind solche, deren Vorhandensein nicht schon aufgrund von Wahrnehmung, sondern erst aufgrund einer rechtlichen Bewertung der wahrgenommenen Tatsachen festgestellt werden kann.³²²

Normative Tatbestandsmerkmale sind z.B. die „Fremdheit“ der Sache oder die „Rechtswidrigkeit“ der (beabsichtigten) Zueignung in § 242 oder § 246 bzw. der Bereicherung in § 253³²³. Aber auch die „Gesundheitsschädlichkeit“ des Stoffes gem. § 224 I Nr. 1 Var. 2 und „eine das Leben gefährdende Behandlung“ gem. § 224 I Nr. 5 sowie den „Unfall“ i.S.d. § 142 I wird man wohl ebenso als normative Tatbestandsmerkmale einstufen müssen wie die „Ernstlichkeit“ des Tötungsverlangens in § 216. Folge dieser Einstufung ist, dass es für die Bejahung des Tatbestandsvorsatzes genügt, wenn der Täter aufgrund einer **„Parallelwertung in der Laiensphäre“** den wesentlichen **rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt des Tatumstands** (laienhaft) erfasst. Der Grund für dieses „Genügenderlassen“ besteht darin, dass der Täter i.d.R. überhaupt nicht in der Lage ist, rechtlich exakte Wertungen vorzunehmen. Forderte man dieselben strengen Kriterien wie für die deskriptiven Tatbestandsmerkmale, müsste man allzu oft den Tatbestandsvorsatz verneinen; den Strafzwecken (dazu Rn 1 ff.), vor allem aber dem Opferschutz, wäre nicht hinreichend Rechnung getragen. Deshalb genügt z.B. für das normative Merkmal „fremd“ die laienhafte Vorstellung, dass die Sache einem anderen gehört³²⁴; für „eine das Leben gefährdende Behandlung“ gem. § 224 I Nr. 5 genügt die laienhafte Vorstellung, dass das Opfer in eine konkrete Lebensgefahr gerät³²⁵.

Normativ ist also jedes Merkmal, das nur über eine rechtliche Wertung erfasst werden kann. Die Abgrenzung zwischen deskriptiven und normativen Merkmalen ist allerdings nicht immer zweifelsfrei möglich. Im Zweifel sollte daher das Ergebnis schlicht über die „Parallelwertung“ festgestellt werden.

209

Beispiel: B ist Beamter bei der städtischen Baubehörde (vgl. § 11 I Nr. 2, 4). Bauherr H möchte ein genehmigungspflichtiges, aber nicht genehmigungsfähiges Bauvorhaben genehmigen lassen. Da er um die fehlende Genehmigungsfähigkeit seines Vorhabens weiß, schiebt er dem B einen Umschlag mit 1.000 € zu. Dieser nimmt den Umschlag an sich und genehmigt den Bau. Bei einer späteren Überprüfung durch den Amtsvorsteher fliegt die ganze Sache auf. B wird wegen Bestechlichkeit (§ 332) angeklagt. In der Hauptverhandlung meint B, ein Beamter könne sich nicht bestechen lassen.

Hier ist allein fraglich, ob der Irrtum (Subsumtionsirrtum i.e.S.) des B beachtlich ist und gem. § 16 I S. 1 zum Vorsatzausschluss führt. Selbst wenn man bei B eine juristische Laienhaftigkeit annimmt, muss doch unterstellt werden, dass er den rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt seiner Amtsträgereigenschaft kennt. B handelte somit vorsätzlich.

³²² BGH StV 2000, 422, 423; Erb, NSTZ 2001, 317; Jescheck/Weigend, AT, § 27 IV 2; Roxin, AT, § 12 Rn 86; Sch/Sch-Lieben-Sternberg/Schuster, § 15 Rn 43a; SK-Rudolphi, § 16 Rn 23.

³²³ Soweit ersichtlich, ist dies einhellige Auffassung, vgl. nur BGHSt 48, 322, 328 f.; BGH NSTZ 2011, 519; StV 2014, 283; NSTZ 2015, 699, 700; MüKo-Sander, § 253 Rn 32.

³²⁴ W/B/S, AT, Rn 361. Vgl. auch Kudlich, JuS 2003, 243, 245.

³²⁵ Vgl. dazu R. Schmidt, BT I, Rn 315.

Gegenbeispiel: Medizinstudent K kauft von seinem Kommilitonen V ein gebrauchtes Lehrbuch. Den Kaufpreis entrichtet er gleich nach Vertragsschluss. V weigert sich aber, das Buch sofort herauszugeben, da er es noch für eine Prüfungsvorbereitung nutzen möchte. Während eines unbeobachteten Augenblicks nimmt K das Buch eigenmächtig an sich. Dabei geht er davon aus, bereits mit Abschluss des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts (also dem Kaufvertrag nach § 433 BGB) Eigentümer über das Buch geworden zu sein, dass es sich bei dem Buch also um *sein* Buch handelt, nicht um das des V.

Hier irrt sich K hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „fremd“ in § 242. Insbesondere ist einem juristischen Laien regelmäßig nicht bewusst, dass es in der Bundesrepublik Deutschland zum Eigentumserwerb eines separaten Erfüllungsgeschäfts (§§ 929 ff. BGB) bedarf. Nach der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ fehlte dem K somit die unerlässliche Tatumstandskennntnis hinsichtlich der „Fremdheit“ des Buches. Er hat sich daher nicht nach § 242 strafbar gemacht.

Weiterführender Hinweis: Da K aber einen fälligen, einredefreien Anspruch auf Übereignung und Übergabe des Buches hatte, fehlt es insoweit am Merkmal der Rechtswidrigkeit der Zueignung, das ebenfalls ein Tatbestandsmerkmal darstellt. Seine laienhafte Vorstellung kann daher so ausgelegt werden, dass er dachte, die Zueignung sei nicht rechtswidrig. Sollte man sich also nicht der Auffassung anschließen, K habe die unerlässliche Tatumstandskennntnis hinsichtlich der „Fremdheit“ des Buches gefehlt, wäre die Strafbarkeit jedenfalls wegen Fehlens der Rechtswidrigkeit der Zueignung zu verneinen.

210 **Fehlt** dem Täter demnach die Tatumstandskennntnis, gelangt § 16 I S. 1 zur Anwendung mit der Folge, dass eine Strafbarkeit wegen vorsätzlich begangenen Unrechts ausscheidet.³²⁶ Sofern das Gesetz einen entsprechenden Fahrlässigkeitstatbestand kennt (etwa §§ 229, 222), muss eine Prüfung dieses Delikts folgen.

211 Von den Irrtümern hinsichtlich deskriptiver und normativer Tatbestandsmerkmale (**Subsumtionsirrtümer i.e.S.**) abzugrenzen sind Irrtümer hinsichtlich des Unrechtsbewusstseins (**Verbotsirrtümer**). Diese Irrtümer (auch **Subsumtionsirrtümer i.w.S.** genannt) werden nach § 17 behandelt und systematisch bei der Schuldprüfung bewertet. Ein die Schuld ausschließender Verbotsirrtum liegt vor, wenn dem Täter die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun, etwa weil er glaubt, nicht den Tatbestand einer Strafnorm zu erfüllen. Vgl. dazu ausführlich Rn 279a sowie Rn 554 ff.

(b.) Rechtswidrigkeit, sofern sie ein Attribut des Tatbestands darstellt

212 Einige Strafnormen nennen in ihrem Tatbestand die Rechtswidrigkeit. Bei der Frage, ob der Tatbestandsvorsatz sich auch darauf beziehen muss, ist zu differenzieren:

213 ■ Ist der Begriff ein **Attribut eines einzelnen Tatumstands**, handelt es sich auch dabei um ein *echtes* Tatbestandsmerkmal. Konsequenz ist, dass der Vorsatz sich auch darauf beziehen muss. Als Beispiel sei die „Rechtswidrigkeit“ in §§ 242, 249, 253, 263 genannt. Fehlt dem Täter der diesbezügliche Vorsatz, handelt er nicht vorsätzlich (§ 16 I S. 1).

Beispiel: Die Formulierung in § 242 spricht von „der Absicht, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen“. Nimmt A dem B in Zueignungsabsicht (1) dessen Armbanduhr oder (2) dessen in der Brieftasche befindliches Bargeld weg, glaubt dabei aber, er handele hinsichtlich der Zueignung nicht rechtswidrig, ist zu unterscheiden:

Nach der ganz h.M. handelt es sich bei der Rechtswidrigkeit der (beabsichtigten) Zueignung i.S.v. § 242 um ein objektives Tatbestandsmerkmal, das im Rahmen des subjektiven Tatbestands zu prüfen ist. Es ist daher von der Rechtswidrigkeit als allgemeines Verbrechenmerkmal zu unterscheiden. Nach allgemeiner Auffassung fehlt es an der Rechtswidrigkeit der Zueignung, wenn der Täter einen fälligen, einredefreien Anspruch auf die weggenommene Sache hat. Dies kann bei einer **Stückschuld** (= alle gebrauchten Sachen und

³²⁶ Vgl. dazu etwa auch BGH StV 2014, 283.

neue Einzelstücke) anzunehmen sein. So macht sich regelmäßig nicht wegen Diebstahls strafbar, wer einen zuvor gekauften, aber noch nicht übereigneten Laptop eigenmächtig vom Verkäufer wegnimmt (vgl. dazu näher *R. Schmidt*, BT II, Rn 116). Besteht kein fälliger, einredefreier Anspruch auf die weggenommene Sache, glaubt der Täter aber irrig, einen solchen zu haben, fehlt gem. § 16 I S. 1 der Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der (beabsichtigten) Zueignung.

Hat A einen fälligen, einredefreien Anspruch auf die weggenommene Armbanduhr, ist seine (beabsichtigte) Zueignung nicht rechtswidrig. Er ist dann nicht wegen Diebstahls strafbar. Glaubte er aber nur, er habe einen solchen Anspruch, unterliegt er einem Tatbestandsirrtum (Subsumtionsirrtum i.e.S.) mit der Folge, dass sein Tatbestandsvorsatz gem. § 16 I S. 1 ausgeschlossen ist. Insofern ergibt sich für ihn kein ergebnisrelevanter Unterschied.

Anders ist die Rechtslage bei **Gattungsschulden**. Eine Gattungsschuld liegt vor, wenn die geschuldete Leistung nur nach generellen, also allgemeinen Merkmalen (Typ, Sorte, Gewicht, Farbe, Herkunft, Jahrgang etc.) bestimmt ist. Da nicht der Gläubiger, sondern der *Schuldner* ein Auswahl- und Konkretisierungsrecht hat (vgl. § 243 BGB), widerspricht die eigenmächtige Auswahl durch den Gläubiger der Rechtsordnung, ist also rechtswidrig im Sinne der Zueignungsabsicht des § 242.

Beispiel: A will beim Obst- und Gemüsehändler H fünf Äpfel zu einem Preis von je 0,50 € kaufen. Dazu gibt er diesem schon einmal das Geld. Als H sich nun weigert, dem A die Äpfel zu übergeben, nimmt sich dieser eigenmächtig fünf Äpfel aus der Apfelkiste und verlässt den Laden.

Hier ist A wegen Diebstahls strafbar, da das Auswahl- und Konkretisierungsrecht ausschließlich dem H zustand.

Irrt sich der Täter hinsichtlich des Auswahl- bzw. Konkretisierungsrechts (glaubt er also, selbst auswählen zu dürfen), liegt auch hier ein beachtlicher Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 I S. 1 vor. Dem Täter, dem bewusst ist, das Auswahl- bzw. Konkretisierungsrecht zu verletzen, der aber glaubt, ein (tatsächlich nicht bestehendes) Selbsthilferecht zu haben, kommt immerhin § 17 zugute.

Inwieweit diese Grundsätze auch für **Geldschulden** gelten (Beispiel: O schuldet T € 50, weigert sich aber, seine Schulden zu begleichen, worauf T eigenmächtig € 50 aus der Geldbörse des O nimmt), kann an dieser Stelle nicht weiter ausgeführt werden. Daher sei auf die Darstellung bei *R. Schmidt*, BT II, Rn 118 ff. verwiesen.

- Bezieht sich der Begriff der „Rechtswidrigkeit“ dagegen auf die **Bewertung der Gesamttat**, liegt darin nur ein (überflüssiger) Hinweis auf das allgemeine gesetzliche Verbot einer strafbaren Handlung.³²⁷ Beispiel: „Rechtswidrigkeit“ in §§ 303 I, 240, 123. Diese „Rechtswidrigkeit“ braucht demnach vom Vorsatz nicht umfasst zu sein, sie bildet aber einen Anknüpfungspunkt für das zur Schuld gehörende Unrechtsbewusstsein (vgl. § 17). Darüber hinaus ist es in Fällen dieser Art besonders naheliegend, das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes anzunehmen.

214

(c.) Bei Erfolgsdelikten der Geschehensablauf in seinen wesentlichen Grundzügen

Bei den Erfolgsdelikten muss – um eine Strafbarkeit annehmen zu können – nicht nur der konkrete Erfolg, sondern auch der Geschehensablauf vom Tätersvorsatz umfasst sein (s.o.). Zu berücksichtigen ist dabei, dass es zur Bejahung des Vorsatzes genügt, wenn der Täter den Geschehensablauf in seinen **wesentlichen Grundzügen** kennt. Geringfügige Abweichungen des wirklichen Geschehensablaufs von dem vorgestellten führen demnach nicht zum Vorsatzausschluss. Der BGH hat hierzu die noch heute (in der Recht-

215

³²⁷ Vgl. BGHSt 19, 295, 298; *W/B/S*, AT, Rn 362.

sprechung) gültige Formel aufgestellt: „**Die Abweichung des wirklichen Geschehensablaufs von dem vorgestellten muss sich noch innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren halten und darf keine andere Bewertung der Tat rechtfertigen**“.³²⁸ Umgekehrt, d.h. mit Blick auf den Vorsatzausschluss formuliert, ergibt sich somit folgende Subsumtionsgrundlage:

216 Liegt der Geschehensablauf außerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren oder erfordert die Tat eine andere Bewertung, ist ein **Irrtum über den Kausalverlauf** anzunehmen, der nach **§ 16 I S. 1** zum **Vorsatzausschluss** führt.

217 Praktisch wirkt sich ein solcher Vorsatzausschluss aber nur dann aus, wenn mit der Rechtsprechung die Lehre von der objektiven Zurechnung abgelehnt wird, da anderenfalls bereits die rechtlich missbilligte Gefahr sich nicht im konkreten Erfolg realisiert hat, der Erfolg dem Täter also nicht zugerechnet werden kann. Vgl. dazu nebst Beispielen die ausführliche Darstellung bei Rn 162, 196, 197a und 297 ff.

(d.) Bei Tatbestandsqualifikationen die dort genannten Merkmale

218 Bei Rn 75 ff. wurde ausführlich die Rechtsnatur von Tatbestands- und Erfolgsqualifikationen erläutert. Sofern der Täter den objektiven Tatbestand einer Qualifikation erfüllt, muss auch nach der subjektiven Seite gefragt werden.

219 ■ Hinsichtlich der **Tatbestandsqualifikationen** (etwa §§ 224, 244 oder 250) muss der Täter (und auch der Mittäter) mit Tatbestandsvorsatz gehandelt haben. Weiß dieser Personenkreis nicht um ein qualifizierendes Tatbestandsmerkmal, handelt er nicht vorsätzlich (§ 16 I S. 1) und ist damit hinsichtlich der Qualifikation nicht strafbar (zu denken wäre aber an eine Strafbarkeit aus einem Fahrlässigkeitsdelikt, § 16 I S. 2, sofern ein solches existiert).

Beispiel: T begeht einen Banküberfall. Dabei geht er davon aus, seine Schusswaffe zu Hause gelassen zu haben, um keinesfalls in Versuchung zu geraten, sie auch einzusetzen. Tatsächlich ist es aber so, dass er die Waffe unbemerkt bei sich trägt, weil seine „fürsorgliche“ Frau sie ihm unbemerkt in die Tasche gesteckt hatte. Strafbarkeit des T aus §§ 249, 250 I Nr. 1a bzw. §§ 255, 250 I Nr. 1a?

Da T nicht wusste, dass er eine Waffe bei sich führte, kann ihm der Tatbestand des § 250 I Nr. 1a nicht angerechnet werden. Er ist daher „nur“ aus § 249 oder § 255 strafbar. Ein Fahrlässigkeitstatbestand existiert nicht.

Bei Teilnehmern muss sich der Vorsatz sowohl auf die Qualifikation beim Haupttäter als auch auf die Teilnehmehandlung beziehen (sog. doppelter Teilnehmervorsatz). Anderenfalls entfällt deren diesbezügliche Strafbarkeit gem. § 16 I S. 1.

Beispiel: T begeht einen Banküberfall. Um möglichem Widerstand zu begegnen, führt er eine einsatzbereite Schusswaffe bei sich. G hatte ihm bei den Vorbereitungen geholfen. Von der Schusswaffe wusste er jedoch nichts.

Hier ist T (über § 249 oder § 255) nach § 250 I Nr. 1a strafbar. Dagegen ist G nur wegen Beihilfe zum Grundtatbestand (also entweder nach §§ 249, 27 I oder nach §§ 255, 27 I) strafbar, mangels Vorsatzes nicht jedoch nach §§ 250 I Nr. 1a, 27 I. Das folgt aus § 16 I S. 1. Entsprechendes würde gelten, wenn G nicht Teilnehmer, sondern Mittäter wäre (sog. Mittäterexzess bei T).

220 ■ Bei **Erfolgsqualifikationen** verhält es sich etwas anders. Erfolgsqualifizierte Delikte sind Delikte, bei denen das Gesetz eine Strafschärfung vorsieht, wenn durch die Verwirklichung eines bestimmten Grunddelikts zusätzlich eine besondere Folge der Tat eintritt und der

³²⁸ Vgl. BGHSt 7, 325, 329 (Blutrausch-Fall); BGH NSTz 2001, 29, 30; NJW 2002, 1057; NJW 2011, 2065, 2066; NSTz 2016, 721, 722 f.

Eintritt dieser besonderen Folge wenigstens fahrlässig (bei §§ 176d, 178 und 251: wenigstens leichtfertig) herbeigeführt wird (§ 18).

Beispiel: § 223 regelt den Fall der (einfachen) Körperverletzung. Verursacht der Täter durch die Körperverletzung aber auch den Tod der verletzten Person, macht er sich (auch) aus § 227 strafbar. Weitere Beispiele von erfolgsqualifizierten Delikten sind: §§ 176d, 178, 221 II Nr. 2, III, 226 I, 239 IV, 239a III, 251, 306c, 316a III. Vgl. dazu insgesamt auch Rn 887 ff.

Ein Irrtum hinsichtlich der qualifizierenden (schweren) Folge, der gem. § 16 I S. 1 zum Vorsatzausschluss führen könnte, ist begrifflich nicht denkbar. Denn zum einen handelt es sich bei der qualifizierenden Folge gerade *nicht* um ein Tatbestandsmerkmal, § 16 I S. 1 ist also schon nicht anwendbar. Zum anderen ist ein Vorsatz auch nicht erforderlich; dessen Fehlen kann also nicht beachtlich sein.

Weiterführender Hinweis: Aus der Formulierung „wenigstens fahrlässig“ in § 18 folgt, dass Vorsatz nicht erforderlich ist, aber auch nicht schadet. Die qualifizierende (schwere) Folge kann also auch vorsätzlich herbeigeführt werden. Ist die Folge aber vorsätzlich herbeigeführt, wird in aller Regel bereits eine andere Straftat gegeben sein, z.B. nicht mehr § 227, sondern § 211 oder § 212, wenn hinsichtlich der Todesfolge wenigstens Eventualvorsatz vorlag. Es gibt aber Fälle, in denen kein anderer Tatbestand in Frage kommt, wenn die besondere Folge vorsätzlich herbeigeführt wird, z.B. bei § 239 III oder bei § 226 I, wenn hinsichtlich der besonderen Folge nur Eventualvorsatz vorliegt.³²⁹ In diesen Fällen kann das erfolgsqualifizierte Delikt nicht durch ein schwereres Vorsatzdelikt verdrängt werden.

221

(e.) Bei Privilegierungen die dort genannten privilegiierenden Umstände

Wie bereits bei Rn 78 beschrieben, ist eine unselbstständige Abwandlung eines Grunddelikts auch dann gegeben, wenn das Gesetz aus einem bestimmten Grundtatbestand durch Hinzufügung weiterer Merkmale neue Tatbestände mit selbstständiger milderer Strafan drohung bildet. Hinsichtlich des Vorsatzes sind zwei Konstellationen zu unterscheiden:

222

- Der Täter verwirklicht neben dem Grundtatbestand, dessen Merkmale er in seinen Vorsatz aufgenommen hat, auch den objektiven Tatbestand einer Privilegierung, kennt aber die privilegiierenden Umstände nicht.

223

Beispiel: Die steinreiche O ist in Siechtum verfallen. Sie hat voraussichtlich nur noch wenige Wochen zu leben und jegliche Lust an ihrem, wie sie es nennt, „jämmerlichen Dasein“ verloren. Sie bittet daher in vollem Bewusstsein ihren Mann T ausdrücklich und ernstlich, sie von ihren Qualen zu befreien. T hat wie immer nicht richtig zugehört, ist aber unabhängig von dem Verlangen der O nicht abgeneigt, sich von seiner schwerkranken Frau zu lösen, um endlich an die Erbschaft zu kommen. Strafbarkeit des T?

Handelt jemand in Unkenntnis privilegiierender Umstände, greift das mildere Gesetz (hier: § 216) nicht ein, da es insoweit am Vorsatz fehlt. T hat sich also aus §§ 212, 211 (Habgier) strafbar gemacht.

- Der Täter verwirklicht vorsätzlich den Grundtatbestand. Dabei geht er davon aus, auch den Tatbestand einer Privilegierung zu erfüllen. Aus objektiver Sicht erfüllt er diesen aber nicht.

224

Beispiel: Die steinreiche O des obigen Beispiels macht dem T Zeichen, die dieser irrtümlich als Tötungsverlangen deutet. Daraufhin tötet T die O. Strafbarkeit des T?

Hier hat T den Tatbestand des § 212 I verwirklicht. Ihm kommt jedoch über § 16 II die Privilegierung des § 216 zugute.

³²⁹ Fischer, § 18 Rn 3.

225

Hinweis für die Fallbearbeitung: Prüfungstechnisch sieht es bei § 16 II so aus, dass man zunächst den Grundtatbestand (etwa § 212 I) komplett durchprüft (also Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld), dann zur Privilegierung (etwa § 216) übergeht, um bei der Prüfung von deren objektiven Tatbestand festzustellen, dass es an einer Voraussetzung fehlt. Würde man nun die allgemeinen Regeln anwenden, wäre die Prüfung hier zu Ende und der Täter wäre nicht privilegiert. § 16 II statuiert aber eine Besonderheit. Trotz Nichtverwirklichung des objektiven Privilegierungstatbestands muss die Prüfung mit der subjektiven Seite des Täters fortgeführt und danach gefragt werden, wie es sich auswirkt, dass der Täter glaubt, er erfülle einen Privilegierungstatbestand. Die Antwort liefert § 16 II: Der Täter wird nach dem milderen Gesetz bestraft (vorliegend also nach § 216 I statt nach § 212 oder gar nach § 211).

(f.) Vorsatz auch hinsichtlich der Regelbeispiele?

226 Die Rechtsnatur von Regelbeispielen als Strafzumessungsregeln wurde bereits bei Rn 80 dargestellt. Daher ist klar, dass sie keine Elemente eines gesetzlichen Tatbestands sein können, auf die sich der Tatbestandsvorsatz des Täters beziehen müsste. Aber auch wenn Regelbeispiele keinen tatbestandlichen Charakter haben, heißt das nicht, dass zu ihnen überhaupt keine subjektive Beziehung zu bestehen braucht. Zwar wird in diesem Zusammenhang nicht von einem subjektiven Tatbestand gesprochen, der Täter muss aber den besonders schweren Fall in seinen Vorsatz mit aufgenommen haben. Er muss also *in subjektiver Hinsicht vorsätzlich bezüglich der Erfüllung eines Regelbeispiels* gehandelt haben³³⁰. Zum gutachtentechnischen Standpunkt und zur Prüfung vgl. Rn 80.

bb.) Nicht zum gesetzlichen Tatbestand gehörende Tatumstände

227 Folgende Tatumstände gehören nicht zum gesetzlichen Tatbestand (ein Tatbestandsvorsatz ist also nicht erforderlich – und auch nicht möglich):

- (a.) **gesamtbewertende** „Tatbestandsmerkmale“, sofern es sich um allgemeine Verbrechenmerkmale handelt (Beispiel: „Rechtswidrigkeit“ in §§ 303 I, 240, 123 – vgl. bereits Rn 212 f.),
- (b.) bei **erfolgsqualifizierten Delikten** die **besonders schwere Folge** (Beispiel: §§ 176d, 178, 226, 227, 251 – vgl. Rn 887 ff.),
- (c.) **objektive Bedingungen der Strafbarkeit** (Rn 307),
- (d.) Tatumstände, welche zum Vorliegen eines **Regelbeispiels** führen (Rn 80),
- (e.) Tatbestandliche Voraussetzungen der **Rechtfertigungsgründe** (Rn 322 ff.),
- (f.) Voraussetzungen der **Schuld** (Rn 492 ff.),
- (g.) persönliche **Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe** (Rn 622 ff.) und
- (h.) **Prozessvoraussetzungen** (Rn 624 ff.).

b.) Anforderungen an die Kenntnis der Tatumstände

228 Zum Vorsatzwissen ist zwar grundsätzlich ein aktuelles Bewusstsein der Tatumstände erforderlich, ein die Tathandlung ständig begleitendes „Daran-Denken“ im Sinne eines **voll reflektierten Bewusstseins** ist jedoch nicht Voraussetzung. Zur aktuellen Kenntnis der Tatumstände und damit zur Bejahung des Vorsatzes genügen vielmehr auch ein **sachgedankliches Mitbewusstsein** und ein **ständig verfügbares Begleitwissen**.³³¹

Beispiel: T ist Bediensteter der Ordnungsbehörde und schlägt während des Dienstes auf O ein. Später räumt er zwar die vorsätzliche Körperverletzung gem. § 223 I ein, meint

³³⁰ Entsprechendes gilt für die *objektive Hinsicht*. Wichtige Ausnahmen sind aber § 243 I S. 2 Nr. 3 und § 263 III S. 2 Nr. 1 („gewerbsmäßig“). Dort ist ausschließlich die subjektive Komponente erforderlich.

³³¹ Vgl. Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn 51; W/B/S, AT, Rn 357.

aber, zur Tatzeit darüber, dass er sich im Dienst befunden habe, nicht nachgedacht zu haben. Deshalb habe ihm bezüglich § 340 I der Vorsatz gefehlt.

Es genügt, dass T ständig bewusst war, dass er als Amtsträger in Ausübung seines Dienstes handelte (sachgedankliches Mitbewusstsein; dauerndes Begleitwissen), auch wenn er im Augenblick nicht daran dachte (er also kein voll reflektiertes Bewusstsein hatte). T ist also aus § 340 I strafbar.

bb. Arten des Vorsatzes

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.³³²

229

Hinweis für die Fallbearbeitung: Wie im Folgenden noch zu sehen sein wird, werden die Abstufungen nicht um ihrer selbst willen gebildet, sondern können für die Strafbarkeit des Täters im konkreten Fall von entscheidender Bedeutung sein. So schreiben einige Strafnormen „Absicht“ vor, andere hingegen erfordern „wissentlich“ oder „wider besseres Wissen“. Die meisten Strafnormen, die Vorsatz fordert, stellen aber keine Anforderungen an den Vorsatz. Hier genügt dann **Eventualvorsatz**. Davon geht auch § 15 aus. In der Fallbearbeitung muss also zunächst festgestellt werden, welche Vorsatzform erforderlich ist, um dann in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der Täter den erforderlichen Vorsatz auch hatte. Lässt das Gesetz die schwächste Vorsatzform genügen (etwa §§ 223 oder 212), ist es i.d.R. überflüssig (wohl sogar verfehlt), in der Fallbearbeitung zu prüfen, ob auch eine strengere Vorsatzform vorgelegen hat. Zwar kann das Vorliegen einer strengeren Vorsatzform für das Strafmaß bedeutsam sein, nicht aber für die Verwirklichung des Straftatbestands, wenn *dolus eventualis* genügt.

230

a.) Die Absicht i.e.S. (*dolus directus* 1. Grades)

Die Vorsatzform „Absicht“ (*dolus directus* 1. Grades) ist dadurch gekennzeichnet, dass es dem Täter **gerade darauf ankommt**, den Taterfolg herbeizuführen.³³³ Maßgeblich ist der **zielgerichtete Erfolgswille**. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Täter die Erreichung des Taterfolgs für sicher oder nur für möglich hält.³³⁴ Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Verwirklichung des Tatbestands Beweggrund für das Handeln des Täters ist oder nur einen Zwischenschritt für das Erreichen des eigentlich angestrebten Ziels darstellt.³³⁵

231

Beispiele:

- (1) A bricht ein wertvolles Behältnis auf, um sich dessen Inhalt zuzueignen. ⇒ Hier handelt er auch hinsichtlich der denknotwendigen Beschädigung des Behältnisses absichtlich – auch wenn er die Beschädigung nicht als wünschenswert in sein Vorstellungsbild aufgenommen hat, denn nach seiner Vorstellung kann er ohne das Aufbrechen des Behältnisses nicht an sein Ziel kommen.³³⁶
- (2) B will C töten. Dies kann er aber nur, wenn er zuvor dessen Beschützer D tötet. ⇒ Auch hier ist die Tötung des D nur das Zwischenziel, bezüglich dessen B aber absichtlich handelt, wenn er die Tötung des C nicht anders als durch Tötung des D zu erreichen glaubt.³³⁷

³³² Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn 64; Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben, JuS 2012, 976.

³³³ Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn 66; siehe auch BGH NSTZ-RR 2017, 238.

³³⁴ BGH NSTZ-RR 2017, 238.

³³⁵ St. Rspr. seit BGHSt 18, 151, 154; BGH NSTZ-RR 2017, 238. Siehe auch *W/B/S*, AT, Rn 325; *Gropp*, AT, § 4 Rn 159; *Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 Rn 66; *Jescheck/Weigend*, AT, § 29 III 1; *LK-Vogel/Bülte*, § 15 Rn 81; *SK-Rudolphi*, § 16 Rn 36; *Fischer*, § 15 Rn 6.

³³⁶ *Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 Rn 66; *Fischer*, § 15 Rn 6; v. *Selle*, JR 1999, 310 ff.

³³⁷ *Gropp*, AT, § 4 Rn 160.

- 232 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“ und die Formulierung „um zu“ Indizien, aber – da das Gesetz sie nicht einheitlich verwendet – keine definitive Aussage. Es ist stets eine Frage des Einzelfalls.³³⁸

Beispiele: Bei der Begünstigung (§ 257) muss der Täter einem anderen, der eine rechtswidrige Tat begangen hat, in der „Absicht Hilfe leisten, ihm die Vorteile der Tat zu sichern“. Unter dem Begriff „Absicht“ versteht die h.M. *dolus directus* 1. Grades. Es muss dem Täter also darauf ankommen, die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands zu verhindern oder zu erschweren.³³⁹ *Dolus directus* 1. Grades wird auch bei §§ 88 I, 89 I und 90b I verlangt.

Gegenbeispiel: Bei der Urkundenfälschung verlangt § 267, dass der Täter „zur Täuschung im Rechtsverkehr“ handelt. Aus dieser finalen Formulierung könnte geschlossen werden, dass der Täter hinsichtlich der Täuschung, d.h. der Herbeiführung eines Irrtums des zu Täuschenden und dessen Veranlassung zu einem rechtserheblichen Verhalten, mit *dolus directus* 1. Grades handeln muss. Das Erfordernis dieser Vorsatzform würde aber nicht der Ratio des § 267 entsprechen, zumal dann die Bestrafung von Tätern, die berufsmäßig auf Vorrat fälschen, nicht mehr gewährleistet wäre. Die h.M. lässt daher sicheres Wissen (*dolus directus* 2. Grades) genügen.³⁴⁰ Weitere Beispiele von Tatbeständen, die *dolus directus* 2. Grades genügen lassen, sind § 164 und § 288.

- 233 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 Charakters³⁴¹ und werden *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.³⁴² Ob und inwieweit die Zueignung tatsächlich erfolgt, ist für die Strafbarkeit nach § 242 also irrelevant. Da bezüglich der Zueignungsabsicht keine Entsprechung im objektiven Tatbestand existiert, handelt es sich bei dem Diebstahl um ein Delikt mit „**überschießender Innentendenz**“ und gleichzeitig um ein **erfolgskupiertes Delikt**.

- 234 Auch bei den „besonderen Absichten“, die Ausdruck einer überschießenden Innentendenz sind, ist zwischen Endziel und Zwischenziel (Nahziel) zu unterscheiden.

Beispiel: § 263 verlangt beim Täter neben dem Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale die Absicht, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Es muss dem Täter also darauf ankommen, den Vermögensvorteil herbeizuführen. Beim Provisionsvertreterbetrug verhält es sich aber so, dass der Täter (der Provisionsvertreter) zunächst einmal einen Vertrag zwischen seiner Organisation und dem Opfer abschließen muss, um später von seiner Organisation die Provision, die aufgrund des Vertragsabschlusses gezahlt wird, zu erlangen. Hier ist also der Vertragsschluss nur notwendiges Zwischenziel. Das Endziel besteht in der Erlangung der Provision. Da der Provisionsvertreter sein Endziel (die Provision) aber nur erreichen kann, wenn er zunächst einen Vertrag abschließt, wird er auch hier mit *dolus directus* 1. Grades handeln.

- 235 Zu den sonstigen subjektiven Merkmalen vgl. auch Rn 275.

³³⁸ BGHSt 41, 358, 360; Lackner/Kühl-Kühl, § 15 Rn 20; W/B/S, AT, Rn 329.

³³⁹ BGH NSTZ 2000, 31; Fischer, § 257 Rn 10; Lackner/Kühl-Kühl, § 257 Rn 5; LK-Walter, § 257 Rn 18; a.A. Sch/Sch-Hecker, § 257 Rn 22; *dolus directus* 2. Grades genügt.

³⁴⁰ BayObLG NJW 1998, 2917; Fischer, § 267 Rn 29; Erb, GA 1999, 344 ff.

³⁴¹ Vgl. W/B/S, AT, Rn 329; Witzigmann, JA 2009, 488, 489.

³⁴² 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.

b.) Der direkte Vorsatz (unmittelbarer Vorsatz – *dolus directus* 2. Grades)

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.³⁴³ Dass an die voluntative Komponente keine Anforderungen zu stellen sind, liegt daran, dass man von deren Vorliegen ausgehen kann. Denn bei einem Täter, der einen bestimmten Taterfolg als sicher voraussieht, kann unwiderlegbar vermutet werden, dass er diesen auch will. Infolgedessen braucht das Willenselement in der Fallbearbeitung auch nicht geprüft zu werden: Von ihm kann schlicht ausgegangen werden.³⁴⁴ Wenn der Täter trotz der Kenntnis oder seines sicheren Voraussehens der Verwirklichung des Tatbestands willentlich tätig wird, nimmt er in seinen Verwirklichungswillen alles auf, was er sich als die notwendige und sichere Folge seines Verhaltens vorstellt.

236

Beispiel: Um an die Versicherungssumme zu kommen, installiert der Schiffseigner E auf einem seiner „Seelenverkäufer“ eine Bombe, die später, wenn sich das Schiff auf hoher See befindet, explodieren und so den Untergang des Schiffs herbeiführen soll. So geschieht es. Dabei kommt auch die gesamte Besatzung um.

Hier hat E mit direktem Tötungsvorsatz gehandelt, wenn er den Tod der Besatzung als sichere Folge seines Handelns vorausgesehen hat, auch wenn er sie lieber vermieden hätte.

Hinweis für die Fallbearbeitung: 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 §§ 134, 145, 184k, 258) oder ähnliche Wendungen wie „wider besseres Wissen“ (z.B. in §§ 145d, 164, 187, 278), um diese Vorsatzform vorzuschreiben.

237

c.) Der Eventualvorsatz (bedingter Vorsatz – *dolus eventualis*)

Die schwächste Form des Vorsatzes wird als **Eventualvorsatz** bezeichnet, der immer dann genügt, wenn der Tatbestand keine strengere Vorsatzform verlangt. Der Eventualvorsatz muss regelmäßig von der (**bewussten**) **Fahrlässigkeit abgegrenzt** werden. Diese Abgrenzung ist für die Einteilung der Straftatkatégorie (vorsätzliches - fahrlässiges Begehungsdelikt) und das damit verbundene Strafmaß von entscheidender Bedeutung. Darüber hinaus ist fahrlässiges Handeln überhaupt nur in bestimmten Fällen strafbar. Denn wie sich aus § 15 ergibt, ist fahrlässiges Handeln nur dann strafbar, wenn der Gesetzgeber einen entsprechenden Fahrlässigkeitsstraftatbestand geschaffen hat (so etwa in den Fällen der §§ 161, 222, 229, 306d). 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.³⁴⁵ Das betrifft zum einen die Frage, wie viel der Täter vom Erfolgseintritt wissen muss, und zum anderen, ob er den Erfolgseintritt auch wollen muss.

238

³⁴³ St. Rspr. seit BGHSt 18, 246, 248; 21, 283, 285; vgl. auch *Fischer*, § 15 Rn 7; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 2012, 976, 977.

³⁴⁴ *Gropp*, AT, § 4 Rn 169; *Fischer*, § 15 Rn 7.

³⁴⁵ Vgl. nur die Auflistung der nahezu unüberschaubaren Zahl von Ansätzen und Auffassungen zu diesem Thema bspw. bei *Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 Rn 72-87b; *Fischer*, § 15 Rn 9-9f und *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 2012, 976, 978. In der juristischen Praxis spielen diese Theorien keine große Rolle. Dort ist v.a. die Auffassung des BGH maßgeblich.

Jedenfalls ist allen diesen Theorien gemeinsam, dass der Täter – um vorsätzlich zu handeln – den Erfolgseintritt zumindest **für möglich halten muss**.³⁴⁶

Beispiel: Auf einer feuchtfröhlichen Feier hat T wieder einmal viel zu tief ins Glas geschaut. Gleichwohl entschließt er sich, mit seinem Wagen noch nach Hause zu fahren. Unterwegs gerät er jedoch in eine allgemeine Verkehrskontrolle. Dort steht auf der Fahrbahn der Polizeibeamte P mit einer roten Kelle und gebietet dem T anzuhalten. Aus Angst vor den mit einer Alkoholfahrt verbundenen Konsequenzen schaltet T jedoch einen Gang herunter und fährt auf P zu. Dieser kann sich in letzter Sekunde – wie von T vorhergesehen – durch einen Sprung in den Straßengraben retten. Später wird T doch noch gefasst. Eine Blutprobenanalyse ergibt, dass T zum Tatzeitpunkt eine BAK von 1,96 ‰ hatte. Hat T mit Tötungsvorsatz gehandelt?³⁴⁷

Nach der Rechtsprechung des BGH kann es im Einzelfall schon am Wissenselement fehlen, wenn die realistische Einschätzung einer Gefahrensituation beeinträchtigt ist. Naheliegender sei dies aber lediglich bei Spontantaten aufgrund Alkoholisierung, unkontrollierter Gefühlsausbrüche und ähnlicher psychischer Beeinträchtigungen.³⁴⁸

Da bei T eine BAK von 1,96 ‰ festgestellt wurde, ist es möglich, dass bereits deshalb das Wissenselement ausgeschlossen ist. Die Frage kann aber dahinstehen, wenn das Wissenselement aus einem anderen Grund nicht gegeben ist.

In Fällen, in denen Kraftfahrer eine Polizeisperre durchbrechen, lehrt die Erfahrung, dass es den bedrohten Beamten regelmäßig gelingt, sich außer Gefahr zu bringen. Nach Auffassung des BGH rechnen die Täter mit einer solchen Reaktion und nehmen zur Erreichung ihres Zieles zwar eine Gefährdung der Polizisten in Kauf, rechnen i.d.R. aber nicht mit deren Tod.³⁴⁹ Teilt man diese Auffassung, muss auch für den vorliegenden Fall davon ausgegangen werden, dass T glaubte, P könne sich noch rechtzeitig durch einen Sprung zur Seite retten. Er rechnete also gerade nicht damit, dass er P erfassen und töten könnte. Damit hat T nicht die Minimalvoraussetzung, die an einen (bedingten) Vorsatz zu stellen ist, erfüllt. Er handelte daher nicht vorsätzlich und ist nicht wegen versuchter Tötung strafbar.³⁵⁰ Ob etwas anderes gelten würde, wenn T den Tod des P für möglich gehalten und dabei darauf vertraut hätte, P werde es schon schaffen, oder wenn er den Tod des P als Folge seines Handelns billigend in Kauf genommen hätte, soll im Folgenden herausgearbeitet werden.³⁵¹

239 Minimalvoraussetzung für die Annahme von *dolus eventualis* ist somit, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung für **möglich hält** und **trotzdem handelt**. Fehlt es an dieser Voraussetzung, kommt lediglich Fahrlässigkeit in Betracht.

240 Diese Minimalvoraussetzung wird von einigen aber auch als ausreichend betrachtet – sog. **Möglichkeitstheorie**.³⁵² Folgt man dieser Theorie, ist *dolus eventualis* bereits dann zu bejahen, wenn der Täter **die Verwirklichung des Tatbestands für möglich hält**. Auf ein **Wollenselement** kommt es demzufolge **nicht** an. Das ist problematisch. Denn diese (rein intellektuelle) Theorie lässt unberücksichtigt, welche Erwägung den Täter zum Handeln bestimmt hat. Es muss in der strafrechtlichen Bewertung aber einen Unterschied machen, ob der die

³⁴⁶ Hieran wird deutlich, dass bei der Frage nach dem Vorsatz nicht allein auf die enge Wortlautinterpretation des § 16 I S. 1 abgestellt werden kann. Denn diese Vorschrift bezieht sich auf den Kenntnisvorsatz (dazu bereits Rn 202). Versteht man unter „Kenntnisvorsatz“ „sicheres Wissen“, darf man konsequenterweise *dolus eventualis* nicht genügen lassen.

³⁴⁷ Von einer Schuldunfähigkeit gem. § 20 ist nicht auszugehen, da diese auch im vorliegenden Fall erst ab einer BAK von 3,0 bzw. 3,3 ‰ anzunehmen ist. Vgl. dazu ausführlich Rn 506.

³⁴⁸ Vgl. BGH NStZ 2004, 201 ff.; NStZ 1994, 483, 484; StV 1994, 640; vgl. auch Prittwitz, GA 1994, 465 ff.; Altwater, NStZ 2003, 21, 22; 2002, 20, 21; Hermanns/Hülsmann, JA 2002, 140 ff.

³⁴⁹ BGH VRS 50, 94, 95; 59, 183, 184; 64, 112, 113; BGH NStZ 1983, 407; Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn 87. Vgl. auch Altwater, NStZ 2002, 20, 21. Der 4. Senat des BGH hat es sogar gebilligt, dass Tötungsvorsatz verneint wurde, obwohl der Fahrer, der mit seinem Fahrzeug eine andere Person mitschleifte, damit rechnete, dass er sein Opfer überrollen werde (vgl. BGH NZV 2001, 266).

³⁵⁰ Vgl. aber § 315b I Nr. 3 (gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr) und § 315c Nr. 1a Var. 1 (Gefährdung des Straßenverkehrs aufgrund alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit) sowie subsidiär § 316 (Trunkenheit im Verkehr).

³⁵¹ Vgl. auch R. Schmidt, Fälle zum Strafrecht I, Fall 6 Rn 1 f.

³⁵² Vgl. Schröder, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, FS Sauer, 1949, S. 207 ff.; Schmidhäuser, JuS 1980, 241 ff.; 1987, 373 ff.; Jakobs, AT, § 8 Rn 23; Morkel, NStZ 1981, 176 ff.; ähnlich Kindhäuser, GA 1994, 197, 203; ZStW 108 (1996), 9, 17 ff.; Lesch, JA 1997, 902, 905.

Rechtsgutverletzung für möglich haltende Täter „auf einen guten Ausgang“ vertraut oder „ohne Rücksicht auf Verluste“ handelt. So ist z.B. dem Autofahrer, der einen wichtigen geschäftlichen Termin nicht verpassen möchte und daher mit überhöhter Geschwindigkeit durch eine geschlossene Ortschaft fährt, zwar die Möglichkeit eines Verkehrsunfalls bewusst. Er wird aber darauf vertrauen, dass der für möglich gehaltene Erfolg ausbleiben wird. Demgegenüber wird es dem flüchtigen Bankräuber, der wahllos auf die ihn verfolgenden Polizeibeamten schießt, um sich der Strafverfolgung zu entziehen, gleichgültig sein, ob er jemanden trifft oder nicht. Die Möglichkeitstheorie kommt hier bei konsequenter Anwendung – da sie die innere Einstellung des Täters ja gerade unberücksichtigt lässt – in beiden Fällen zur Annahme von *dolus eventualis*. Dass diese Gleichstellung unterschiedlicher krimineller Gesinnung keinen Bestand haben kann, liegt vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich verankerten Schuldprinzips auf der Hand. Zudem verkennen die Vertreter der Möglichkeitstheorie, dass auch das Gesetz (mit den Versuchsvorschriften der §§ 22-24) auf die Einstellung des Täters zu der Tat und somit auf dessen Wollen abstellt. Wollen ist aber mehr als nur für möglich halten. Außerdem verbleibt bei konsequenter Anwendung der Möglichkeitstheorie kaum Raum für die Annahme einer Fahrlässigkeit, weil der Täter in aller Regel die Möglichkeit des Erfolgeintritts sieht.

Anderen genügt die (aus der Sicht des Täters) bloße Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung nicht. Sie fordern vielmehr, dass der Täter die Rechtsgutverletzung für **wahrscheinlich** hält. Dabei bedeute „wahrscheinlich“ mehr als nur „möglich“, aber weniger als „überwiegend wahrscheinlich“.

Diese in ihren Konturen unpräzise wirkende **Wahrscheinlichkeitstheorie**³⁵³ stellt im Vergleich zur Möglichkeitstheorie somit strengere Anforderungen an den bedingten Vorsatz, fordert aber ebenso wenig wie diese ein Wollenselement. Folgt man dieser Theorie, handelt der Täter nur dann bewusst fahrlässig, wenn er entweder darauf vertraut, dass der Erfolg nicht eintritt, oder trotz entfernter Zweifel mit seinem Eintritt nicht rechnet.³⁵⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung ist aber auch sie abzulehnen. Zum einen ist unklar, wo die Grenze zwischen Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit liegt. Zum anderen kann es nicht angehen, dass ein winziges Mehr an Wahrscheinlichkeit darüber entscheidet, ob der Täter vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat.³⁵⁵

Wieder andere verlangen, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung nicht nur für möglich hält, sondern sie auch ernst nimmt und sich mit der Verwirklichung des Taterfolgs abfindet (**Erstnahmetheorie; voluntative Theorie**).³⁵⁶ Demnach ist bedingter Vorsatz zu verneinen, wenn der Täter auf das Ausbleiben des Erfolgs hofft.

Nach der **Theorie von der Manifestation des Vermeidewillens**³⁵⁷ sollen ein Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolgs und die Annahme von Fahrlässigkeit nur dann angenommen werden können, wenn sich die Manifestation eines entsprechenden Vermeidewillens feststellen lässt.³⁵⁸ Danach würde z.B. ein HIV-Infizierter, der in Kenntnis seiner Infektion mit einer anderen Person geschlechtlich verkehrt, nicht (bedingt) vorsätzlich handeln, wenn sich der Wille zur Vermeidung einer Infizierung in der Benutzung eines Kondoms manifestiert.³⁵⁹ Mit der Formulierung „handelt nicht vorsätzlich, wenn ...“ wird aber auch die Schwäche dieses Ansatzes deutlich, denn die Formulierung führt zu einer Beweislastumkehr: Nicht die Anklage muss den Vorsatz beweisen, sondern der Angeklagte das Nichtvorliegen des Vorsatzes mittels Manifestation des Vermeidewillens. Das kann mit der Unschuldsvermutung nicht in Einklang gebracht werden. Des Weiteren verkennt diese Theorie, dass der Täter, auch wenn er sich nicht um die

³⁵³ Koriath, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, 632 ff.; ähnlich Prittwitz, JA 1988, 486 ff.; Schumann, JZ 1989, 427, 433; LK-Vogel/Bülte, § 15 Rn 120; NK-Puppe, § 15 Rn 66 ff. Zurückgehend auf Mayer, Strafr AT, 1953, S. 250 f.

³⁵⁴ Gropp, AT, § 12 Rn 24.

³⁵⁵ Vgl. Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn 76.

³⁵⁶ MüKo-Joicks/Kulhanek, § 16 Rn 30 ff.; SK-Rudolph/Stein, § 16 Rn 25; Roxin, AT I, § 12 Rn 21 ff.; Geppert, Jura 2001, 55, 56; Altwater, NSTZ 2002, 20. Vgl. auch Henn, JA 2008, 699, 701 f.

³⁵⁷ Armin Kaufmann, ZStW 70 (1958), 64 ff.; Schünemann, JA 1975, 790 ff.; vgl. auch Schroth, JuS 1992, 1 ff. und LK-Vogel/Bülte, § 15 Rn 123.

³⁵⁸ Vgl. Gropp, AT, § 4 Rn 188.

³⁵⁹ Vgl. dazu BGHSt 36, 1 ff.

Vermeidung des Erfolgseintritts kümmert, dennoch auf den Nichteintritt des Erfolgs vertrauen kann. Sie ist somit ebenfalls abzulehnen.

- 245 Einen anderen Ansatz verfolgt die **Gleichgültigkeitstheorie**.³⁶⁰ Die Vertreter dieser Theorie nehmen *dolus eventualis* an, wenn der Täter die Tatbestandsverwirklichung aus Gleichgültigkeit gegenüber dem geschützten Rechtsgut in Kauf genommen hat.
- 246 Die **Rechtsprechung** entscheidet durchweg auf der Grundlage einer Synthese der kognitiven und voluntativen Theorien. Danach liegt *dolus eventualis* vor, wenn der Täter
- den **Eintritt des Todes als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt** (Wissenselement; kognitives Element)
 - und **billigend in Kauf nimmt**, d.h. sich mit dem Todeserfolg abfindet (Wollenselement; voluntatives Element).³⁶¹
- 247 Dagegen ist **bewusste Fahrlässigkeit** anzunehmen, wenn der Täter ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, dass der als möglich angesehene Erfolg nicht eintritt.³⁶²
- 248 Aber auch die Vorgehensweise der Rechtsprechung ist nicht frei von Einwänden. So wird darauf hingewiesen, dass eine echte Gefahrenkenntnis unvereinbar sei mit einem Vertrauen auf einen guten Ausgang. Denn habe jemand erkannt, dass ein bestimmtes Ereignis drohe, könne er auf einen guten Ausgang nur noch hoffen, aber nicht mehr vertrauen, weil man von einem „Vertrauen“ nur dann sprechen könne, wenn man innerlich sicher sei, dass nichts geschehe.³⁶³ Unter Zugrundelegung dieses Ansatzes ist es sicherlich richtig, die Schwäche der Rechtsprechung aufzuzeigen. Allerdings geht es bei der Frage nach der Bejahung von *dolus eventualis* zentral darum, dass der Täter den (für möglich gehaltenen bzw. für nicht ganz fernliegend erachteten) Taterfolg billigend in Kauf nimmt. Und dies lässt sich verneinen, wenn er davon ausgeht (nicht darauf vertraut!), der Taterfolg werde schon nicht eintreten. Folgerichtig ist bei der Frage nach der Abgrenzung zur Fahrlässigkeit das voluntative Element allein danach zu bestimmen, ob der Täter den Taterfolg billigend in Kauf genommen hat bzw. ihm gleichgültig gegenüberstand. Dies ist – insbesondere bei der Frage, ob Tötungs- oder „nur“ Körperverletzungsvorsatz vorliegt – anhand einer umfassenden Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände festzustellen, wobei die Persönlichkeit des Täters und dessen psychische Verfassung bei der Tatbegehung, seine Motivation und die für das Tatgeschehen bedeutsamen Umstände, insbesondere die konkrete Angriffsweise, mit in Betracht zu ziehen sind.³⁶⁴ Der Gefährlichkeit der Tathandlung und dem Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts entnimmt der BGH sogar einen wesentlichen Indikator bei der Bestimmung von bedingtem Tötungsvorsatz.³⁶⁵ Er betont, dass die Wertung der hohen und offensichtlichen Lebensgefährlichkeit von Gewalthandlungen als ein gewichtiges, auf Tötungsvorsatz hinweisendes Beweisanzeichen auch nicht unter dem Aspekt einer „Hemmschwelle“ in Frage

³⁶⁰ *Engisch*, NJW 1955, 1688, 1689, *Beulke*, Jura 1988, 641, 644; *Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 Rn 84; *Schroth*, JR 2003, 250, 252.

³⁶¹ Vgl. nur BGH NStZ 2020, 288; NStZ 2020, 217, 218; NStZ 2019, 344; NStZ 2019, 208; NJW 2018, 1621, 1622; NStZ 2018, 37, 38; NJW 2017, 3249, 3253; NStZ 2016, 25, 26; NStZ 2015, 464, 465; NJW 2014, 3382, 3383; NStZ 2014, 84; NStZ 2013, 159, 160; NStZ 2012, 443, 444.

³⁶² Ebenfalls st. Rspr., vgl. nur BGH NZV 2021, 316, 317 („Moerser Raserfall“); BGH NStZ 2020, 602, 604 („Berliner Raserfall“); BGH NStZ 2019, 208; NStZ 2018, 460, 461 („Frankfurter Raserfall“); NStZ-RR 2018, 154 („Bremer Raserfall“); NJW 2018, 1621, 1622 f. („Berliner Raserfall“); NStZ-RR 2016, 79, 80; NStZ 2015, 580, 581; NStZ 2015, 516; NStZ 2014, 84; NStZ 2013, 159, 160. Grundlegend BGHSt 7, 363, 368 ff. (Lederrücken-Fall); BGHSt 36, 1, 9 f. (HIV-Infizierung). Letztlich gehen diese Überlegungen auf eine Formel von Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931, § 59 Anm. V, S. 182 zurück. Dort heißt es: „Kommt man zu dem Ergebnis, daß der Täter auch bei bestimmter Kenntnis gehandelt hätte, so ist der Vorsatz zu bejahen; kommt man zu dem Ergebnis, daß er bei bestimmter Kenntnis die Handlung unterlassen hätte, so ist der Vorsatz zu verneinen.“

³⁶³ *Walter*, NJW 2017, 1350, 1351.

³⁶⁴ BGH NJW 2018, 1621, 1622 mit Verweis u.a. auf BGH NStZ-RR 2016, 79, 80.

³⁶⁵ BGH NJW 2018, 1621, 1622 mit Verweis auf BGH NStZ-RR 2013, 242, 243; BGH NStZ 2017, 22, 23. Siehe auch BGH NJW 2018, 1411, 1412; BGH NStZ 2020, 349, 350.

gestellt oder auch nur relativiert werden solle.³⁶⁶ Generell wird man das bei hochriskanten Verhaltensweisen des Täters annehmen müssen. Wer durch sein (eigennütziges, rücksichtsloses oder hochriskantes) Verhalten einen Schaden verursacht, hat die Schadensverursachung regelmäßig billigend in Kauf genommen. Andererseits macht der BGH aber auch deutlich, dass die Gefährlichkeit der Tathandlung nicht allein maßgeblich sein kann und dass das Tatgericht (selbstverständlich) auch die im Einzelfall in Betracht kommenden, einen Vorsatz in Frage stellenden Umstände in seine Erwägungen einzubeziehen habe.³⁶⁷

Aus diesem Grund war die Auffassung des LG Berlin im ersten Rechtsgang des „Berliner-Todesraserfalls“³⁶⁸ fehlerhaft und wurde denn auch vom BGH beanstandet. So überzeugte es nicht, wenn das LG Berlin meinte, die Fahrer hätten den Tod anderer in Kauf genommen, für sich selbst aber jegliches Risiko ausgeschlossen. Wer als Fahrer eines Kfz in Bezug auf fremde Rechtsgüter gleichgültig handelt und den Tod anderer in Kauf nimmt, wird auch für sich selbst ein Risiko sehen müssen. Die Argumentation des LG Berlin war (jedenfalls im ersten Rechtsgang) also nicht stimmig. Richtigerweise hätte es auf der Basis seiner Feststellungen das voluntative Vorsatzelement und damit Tötungsvorsatz ausschließen müssen³⁶⁹, auch wenn dadurch das Gerechtigkeitsgefühl „auf der Strecke“ geblieben wäre. Kann das voluntative Vorsatzelement nicht bejaht werden, tragen auch die objektiven gefährlichen Tatumstände nicht die Verurteilung wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts. Das Urteil des LG Berlin im zweiten Rechtsgang³⁷⁰ wurde dagegen vom BGH in Bezug auf den Haupttäter nicht aufgehoben. Das LG habe belegt, dass der Täter erkannt habe, das Rennen nur bei maximaler Risikosteigerung auch für Dritte unter Zurückstellung aller Bedenken gewinnen zu können, und ihm deshalb die Folgen des bewusst hochriskanten Fahrverhaltens gleichgültig gewesen seien. Zwar weise die Beweiswürdigung des LG zur subjektiven Seite des Mordmerkmals der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln (erneut) durchgreifende Rechtsfehler auf, jedoch sei die Verurteilung wegen Mordes unter dem Aspekt der Heimtücke und der niedrigen Beweggründe rechtsfehlerfrei.³⁷¹

Bewertung: Damit bleibt also erneut unklar, ob der Haupttäter das Mordmerkmal der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln verwirklicht hat. Dagegen ist nach der hier vertretenen Auffassung das Merkmal der Heimtücke nicht erfüllt, da die landgerichtlichen Feststellungen das Ausnutzungsbewusstsein nicht tragen und der BGH unter Zugrundelegung seiner ständigen Rechtsprechung das Urteil nicht hätte „absegnen“ dürfen. Denn das der inneren Tatseite zuzuordnende *finale Element* ist vielmehr erst dann gegeben, wenn der Täter die auf Arglosigkeit beruhende Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen erkennt und sie sich zur Ausführung der Tat ganz bewusst zunutze macht.³⁷² Vorliegend ist nicht erkennbar, wie es dem in Rede stehenden Täter zur Ausführung der Tat um das Ausnutzen einer hilflosen Lage des Opfers gegangen sein soll. Und auch das Motivmerkmal der „niedrigen Beweggründe“, in dessen Vordergrund der den Lebens- und Achtungsanspruch des Opfers negierende Vernichtungswille des Täters steht³⁷³, ist nicht erkennbar. Nach der hier vertretenen Auffassung hätte der BGH die Verurteilung wegen Mordes unter dem Aspekt der Heimtücke und

³⁶⁶ BGH NStZ 2018, 206, 207 („Irrelevanz der ‚Hemmschwellentheorie‘ bei bedingtem Tötungsvorsatz“) mit Verweis auf BGHSt 57, 183, 191. Siehe auch BGH NStZ 2019, 208.

³⁶⁷ BGH NStZ 2018, 460, 461; NStZ-RR 2018, 154; BGH NJW 2018, 1621, 1622 mit Verweis u.a. auf BGH NStZ 2014, 35; NStZ 2015, 516, 517.

³⁶⁸ LG Berlin NStZ 2017, 471, 473 ff.

³⁶⁹ Siehe bereits die 18. Auflage dieses Buches. Vgl. später auch BGH NJW 2018, 1621, 1622 f. (Aufhebung des Urteils des LG Berlins wegen fehlerhafter Annahme von *dolus eventualis*).

³⁷⁰ LG Berlin 26.3.2019 – (532 Ks) 251 Js 52/16 (9/18).

³⁷¹ BGH NJW 2020, 2900, 2905 f. („Berliner Raserfall“).

³⁷² BGHSt 22, 77, 80; 39, 353, 369; BGH NStZ-RR 2001, 14; NStZ 2008, 510, 511; Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, § 211 Rn 25. Vgl. auch BGH NStZ 2014, 507, 508 (zum Problem der Beweiswürdigung des Ausnutzungstatbestands).

³⁷³ BGH NStZ 2019, 204, 205; NStZ 2019, 82, 83; NStZ 2013, 337, 338; NStZ 2008, 273 f.; NStZ-RR 2003, 78; NJW 2002, 382, 383; StV 2001, 228, 229; NStZ 2001, 88; Lackner/Kühl-Kühl, § 211 Rn 5. Vgl. auch BGH NStZ 2015, 690, 691.

der niedrigen Beweggründe beanstanden und hinsichtlich der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln die Sache zurückverweisen müssen.

Im „Moerser Raserfall“ hat der BGH die Verurteilung des Täters wegen Mordes aufgehoben, weil die Beweiswürdigung des LG Kleve den Anforderungen zur Begründung eines bedingten Tötungsvorsatzes bei hochriskanten Verhaltensweisen im öffentlichen Straßenverkehr nicht entsprach. Das LG habe insbesondere nicht hinreichend bedacht, dass der vorfahrtsberechtigte Täter möglicherweise auf die Einhaltung der Haltepflicht („Stoppschild“) des Querverkehrs und damit ernsthaft und nicht nur vage auf das Ausbleiben eines Unfalls vertraute.³⁷⁴

Die Konsequenz der Bejahung bzw. Verneinung von Tötungsvorsatz in den sog. „Raserfällen“ liegt auf der Hand: Bei Bejahung droht eine Verurteilung auch wegen Mordes.³⁷⁵ Bei Verneinung ist – in Bezug auf Tötungsdelikte – lediglich fahrlässige Tötung gegeben. In jedem Fall aber liegt § 315c I Nr. 2a) und Nr. 2d) vor sowie gemäß der vom Bundestag am 29.6.2017 beschlossenen Gesetzesänderung für Tathandlungen, die nach Inkrafttreten der Neuregelung vorgenommen wurden, auch § 315d.³⁷⁶

250 Fazit: Generell ist nach Auffassung des BGH bei **Tötungsdelikten** der Schluss von der **äußerlich erkennbaren objektiv gefährlichen Handlung des Täters auf bedingten Vorsatz** möglich.³⁷⁷ Die (erkennbare) objektive Gefährlichkeit sei sogar wesentlicher Indikator für das Vorliegen eines bedingten Tötungsvorsatzes³⁷⁸, ohne dass dies durch den Aspekt der „Hemmschwelle“ in Frage gestellt oder relativiert werden sollte.³⁷⁹ Wegen des hohen Strafmaßes des § 212 I 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 –, verlangt der BGH aber, dass die Instanzgerichte im Rahmen einer **Gesamtwürdigung** (vgl. § 261 StPO) **aller objektiven und subjektiven Umstände** im Einzelfall zu prüfen haben, ob Tötungsvorsatz oder lediglich Körperverletzungsvorsatz vorliegt.³⁸⁰ Denn es bestehe selbst bei objektiv gefährlichen Gewalttaten 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. Ein Vertrauen auf den glimpflichen Ausgang des Geschehens kann nach dem BGH aber nur dann angenommen werden, wenn der Täter bei Vornahme der Tathandlung *tatsachenbasiert* davon ausgeht, die Tat werde für das Leben des Opfers gefährlich sein, ohne es zu vernichten.³⁸¹ Damit verlangt der BGH also nachprüfbar und belastbare Anhaltspunkte, die die Behauptung des Täters, er habe auf einen glimpflichen Ausgang vertraut, stützen. Der Schluss von der (Lebens-)Gefährlichkeit der Gewalthandlung auf den bedingten Tötungsvorsatz ist nach Auffassung des BGH also immer dann (aber auch nur dann) tragfähig, wenn der Tatrichter in seine Erwägung auch all diejenigen objektiven und subjektiven Umstände einbezogen habe, die eine derartige Folgerung in Frage stellen könnten.³⁸² Auch wenn dem Täter infolge einer psychischen Beeinträchtigung das Risiko der Tötung nicht bewusst war³⁸³ oder bei spontanen, unüberlegten, in hochalkoholisiertem Zustand und/oder affektiver Erregung ausge-

³⁷⁴ BGH NZV 2021, 316, 317 („Moerser Raserfall“).

³⁷⁵ Das macht auch der BGH in den genannten „Todesraserfällen“ NSTZ 2018, 460, 461, NJW 2018, 1621, 1622, NSTZ-RR 2018, 154, NJW 2020, 2900, 2901 und BGH NZV 2021, 316, 317 deutlich.

³⁷⁶ Siehe dazu R. Schmidt, BT I, Rn 634 ff.

³⁷⁷ Vgl. nur BGH NSTZ 2020, 349, 350; NSTZ 2020, 218, 219; NSTZ 2019, 344; NSTZ 2019, 208; NJW 2018, 1411, 1412; NSTZ 2016, 25, 26; NSTZ 2015, 580; 2015, 516; 2015, 216; 2014, 35; 2013, 159, 160; 2012, 443, 444; 2012, 207, 208.

³⁷⁸ BGH NJW 2018, 1621, 1622; NSTZ 2015, 216. Vgl. auch BGH NSTZ 2016, 341, 342; NJW 2018, 1411, 1412.

³⁷⁹ BGH NSTZ 2018, 206, 207 mit Verweis auf BGHSt 57, 183, 191.

³⁸⁰ BGH NSTZ 2020, 349, 350; NSTZ 2020, 217, 218; NSTZ 2019, 523; NSTZ 2019, 208; NJW 2016, 1970, 1971; NSTZ 2016, 25, 26; NSTZ 2015, 216; NSTZ 2015, 266, 267. Insbesondere in NSTZ 2020, 217, 218 und NSTZ 2015, 516 macht der BGH deutlich, dass beide Vorsatzelemente durch tatsächliche Feststellungen belegt werden müssen. Und in NSTZ 2019, 523 macht der BGH deutlich, dass die Tatgerichte auch vorsatzkritische Umstände einbeziehen müssen.

³⁸¹ BGH NSTZ 2020, 349, 350; NSTZ 2019, 208.

³⁸² Vgl. etwa BGH NSTZ 2016, 25, 26. Vgl. auch BGH NSTZ 2016, 341, 342.

³⁸³ Siehe den Fall BGH NSTZ 2019, 208.

fürten Handlungen³⁸⁴ kann nach Auffassung des BGH nicht ohne weiteres auf bedingten Tötungsvorsatz geschlossen werden.

Analysiert man die aufgezeigte Rechtsprechung des BGH, müssen trotz der vom Täter erkannten Möglichkeit des Todesintritts

251

- Ziel und Beweggrund für die Tat,
- die Art der Tatausführung (etwa Planung oder Spontanat³⁸⁵),
- die konkrete Angriffsweise³⁸⁶,
- die Höhe des von der Tathandlung ausgehenden Risikos einer Rechtsgutverletzung einschließlich des Umstands, ob der Täter ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, dass der als möglich angesehene Erfolg nicht eintritt³⁸⁷,
- die von der Tat ausgehende Gefährlichkeit³⁸⁸ („Messer mit langer oder kurzer Klingenlänge“, „einmaliger oder mehrmaliger Messerstich“; „Messerstich in den Hals oder den Unterbauch“ etc.),
- die Persönlichkeit des Täters (bereits in der Vergangenheit wegen schwerer Gewaltdelikte aufgefallen),
- der Kenntnisstand des Täters,
- aber auch seine psychische Verfassung (z.B. Affekt³⁸⁹, alkoholische Beeinflussung³⁹⁰ oder hirnorganische Schädigung)³⁹¹
- und sein Nachtatverhalten (etwa „eindringliches Einwirken auf den Notarzt, Rettungsmaßnahmen trotz Aussichtslosigkeit fortzusetzen“³⁹² oder das „Absetzen eines Notrufs“³⁹³)

bei der Würdigung aller Umstände berücksichtigt werden.³⁹⁴ Das stellt erhebliche Anforderungen an die Beweiswürdigung und die Urteilsbegründung durch die Tatgerichte, möchten diese keine aufhebende Revisionsentscheidung riskieren.³⁹⁵ Gleichwohl sind Revisionsentscheidungen kaum „vorhersehbar“, wie die folgenden Beispiele zeigen:

Beispiele: So nimmt den Todeserfolg billigend in Kauf, wer einem anderen ein **Messer** (mit einer Klingenlänge von 12 cm) oder **Esstäbchen kräftig in den Hals, Rücken, Brustkorb oder Unterleib rammt**.³⁹⁶ Andererseits hält es der BGH (in m.E. nicht überzeugender Weise) für möglich, dass trotz lebensgefährlicher Begehungsweise (mehrere tiefe Schnitte mit Cutter-Messer in Oberkörper, Kopf und Hals) der Täter infolge spontaner, unüberlegter und affektiver Erregung die Lebensgefährlichkeit seines Handelns falsch eingeschätzt und daher nicht den Todeseintritt gebilligt hat.³⁹⁷

³⁸⁴ BGH NStZ 2016, 25, 26; NJW 2014, 3382, 3383; NStZ 2010, 571, 572; StraFo 2009, 78 f.

³⁸⁵ Gerade bei Spontanataten stellt der BGH selbst bei lebensgefährlicher Gewaltanwendung hohe Anforderungen an die Annahme von bedingtem Tötungsvorsatz, wenn der Täter „spontan, unüberlegt und in affektiver Erregung“ gehandelt hat (BGH NJW 2014, 3382, 3383).

³⁸⁶ BGH NStZ 2019, 344.

³⁸⁷ BGH NZV 2021, 316, 317 („Moerser Raserfall“).

³⁸⁸ Siehe etwa BGH NStZ 2020, 217, 218; NStZ 2020, 218, 219.

³⁸⁹ Vgl. auch hierzu BGH NStZ 2015, 580, 581; NJW 2014, 3382, 3383.

³⁹⁰ BGH NStZ 2016, 25, 26.

³⁹¹ BGH NStZ 2020, 217, 218; BGH NStZ 2019, 208; NStZ 2012, 384, 385 f.

³⁹² Zur Einbeziehung des Nachtatverhaltens vgl. BGH NJW 2014, 3382, 3383; NStZ 2009, 503 f. Nach der hier vertretenen Auffassung ist bei der Frage nach dem Tatbestandsvorsatz die Berücksichtigung des Nachtatverhaltens abzulehnen, denn das Nachtatverhalten ändert ja nichts an der inneren Tatseite zum Zeitpunkt der Tatbegehung (dazu R. Schmidt, BT I, Rn 22 Bsp. 7). Allenfalls lassen sich dadurch (vage) Vermutungen aufstellen. So hat sich auch der BGH in einer anderen Entscheidung skeptisch zur Einbeziehung des Nachtatverhaltens geäußert (BGH NStZ 2012, 443, 444).

³⁹³ BGH NJW 2014, 3382, 3383.

³⁹⁴ Vgl. dazu etwa BGH NStZ 2020, 217, 218; NStZ 2019, 344; NStZ 2019, 208; NStZ 2018, 206, 207; NStZ 2016, 341, 341; NStZ 2016, 25, 26; NJW 2014, 3382, 3383; NStZ 2014, 35; NStZ-RR 2013, 89; NStZ 2013, 159, 160; NStZ 2012, 384, 385 f.; NStZ 2009, 629, 630.

³⁹⁵ Wertet man die einschlägige BGH-Rechtsprechung aus, erkennt man, dass die meisten Beanstandungen die gebotene, aber unterlassene oder nicht fehlerfrei durchgeführte Gesamtabwägung betreffen (so etwa in den Fällen BGH NStZ 2020, 217, 218; BGH NStZ 2019, 344).

³⁹⁶ BGH NStZ 2015, 580; NStZ 2008, 393, 394 f.; NStZ 2007, 331, 332; NStZ 2006, 685; NStZ 2006, 169, 170.

³⁹⁷ BGH NJW 2014, 3382, 3383. Ähnlich problematisch BGH NStZ 2016, 25, 26 (8 Rippenbrüche, Zertrümmerung des Mittelgesichts und Bruch des Zungenbeins durch mehrfache heftige Tritte mit Arbeitsschuh gegen Oberkörper und Gesicht des hilflos am Boden liegenden Opfers).

- 252 Da die Frage nach dem (bedingten) **Tötungsvorsatz** ausführlich bei *R. Schmidt*, BT I, Rn 17 ff. behandelt wird und dort zudem zahlreiche weitere **Beispiele** angeführt sind, sei darauf verwiesen.

Hinweise für die Fallbearbeitung: Lässt sich dem Sachverhalt entnehmen, dass der Täter die **Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkannt hat**, ist dies ein Indiz dafür, dass der Aufgabensteller erhöhten Wert auf die **Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit** legt. Dabei sollten die genannten Abgrenzungstheorien nicht einfach unreflektiert „abgespult“ werden. Noch verfehelter wäre es, den Vorsatz zunächst mit „Wissen und Wollen“ zu definieren und später die Frage aufzuwerfen, ob ein voluntatives Element überhaupt erforderlich ist. Vielmehr zeichnet sich eine gute Falllösung vor allem dadurch aus, dass eine verständliche, geschickte und vor allem **sachverhaltsbezogene** Darstellung des oben aufbereiteten Streitstands erfolgt. Dabei ist es ratsam, im Ergebnis der auch hier vertretenen Rechtsprechung zu folgen, da der Sachverhalt ersichtlich darauf angelegt sein wird.

Bei **Tötungsdelikten** ist bei der Frage nach dem Vorsatz selbst bei objektiv (lebens-)gefährlichen Handeln das Erfordernis einer umfassenden Abwägung aller relevanter Umstände (Rn 250) zu beachten und eine dementsprechende Abwägung vorzunehmen. Dennoch kann bei extrem gewalttätigem Täterverhalten i.d.R. auf Vorsatz geschlossen werden (Beispiele: Das in den Bauch gestoßene Messer hat eine Klingenlänge von 20 statt von 5 cm; ein schwerer metallischer Gartenrechen wird mehrmals heftig auf den Kopf des am Boden hilflos liegenden Opfers geschlagen). Insbesondere genügt es nicht, dass der Täter „hofft“, der Tod werde schon nicht eintreten. Vielmehr muss er auf dessen Nichteintritt vertrauen. Sollte der Vorsatz dennoch zu verneinen sein, muss in jedem Fall sodann eine Körperverletzung mit Todesfolge (§§ 223, 227) geprüft werden.

cc. Zusammenfassung

- 253 Legt man die in der Praxis maßgebliche Auffassung des BGH zugrunde, lässt sich der Vorsatz wie folgt definieren:
- 254 **Vorsatz** in Form von *dolus eventualis* liegt vor, wenn der Täter den von ihm für möglich gehaltenen Erfolg „gebilligt“ oder „billigend in Kauf“ genommen hat.³⁹⁸
- 255 Die oft zu lesende Kurzdefinition **„Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung“** ist – wie sich aus den vorstehenden Erläuterungen ergeben haben sollte – jedenfalls dann **unpräzise**, wenn man den Begriff des Wollens als zielgerichteten Willen rein von der Wortbedeutung her bzw. psychologisch versteht. Unter dieser Prämisse bietet diese Kurzdefinition daher keine taugliche Subsumtionsgrundlage, wenn der Täter den Tatbestand nicht verwirklichen will, sondern den Taterfolg lediglich billigend in Kauf nimmt. Denn *dolus eventualis* fordert ja gerade kein „Wollen“ und damit keinen „Willen“ zur Tatbestandsverwirklichung. Folgerichtig müsste man bei Heranziehung der o.g. Kurzdefinition den subjektiven Tatbestand verneinen, wenn der Täter den Taterfolg nicht herbeiführen will, sondern diesen lediglich für möglich hält und billigend in Kauf nimmt.³⁹⁹ Jedoch verstehen diejenigen, die mit „Wollen“ auch das billigende Inkaufnehmen der Tatbestandsverwirklichung erfassen, den Begriff des „Wollens“ nicht objektiv bzw. psychologisch, sondern normativ, d.h. wertend in einem juristischen Sinn, und lassen *dolus eventualis* genügen. Wenn also in Lehrbüchern Vorsatz mit „Wissen und Wollen“ definiert ist und zugleich *dolus eventualis* genügen soll, dann ist das deswegen so, weil der Begriff „Wollen“ nicht psychologisch, sondern normativ („juristisch wertend“) verstanden wird. Irritationen dieser Art lassen sich aber vermeiden, indem man den Vorsatz nicht mit „Wissen und Wollen“ definiert, sondern auf die o.g. Weise beschreibt (Rn 254). Davon unbeschadet geht man heute aber ganz überwiegend davon aus, dass der Vorsatz in materieller Hinsicht zwei Elemente enthält, das intellektuelle (kognitive) und das voluntative Element.

³⁹⁸ Vgl. nur BGH NSTz 2019, 344; NJW 2018, 1621, 1622; NSTz 2018, 37, 38; NJW 2017, 3249, 3253; NSTz 2016, 25, 26; NSTz 2015, 464, 465; NJW 2014, 3382, 3383; NSTz 2014, 84; NSTz 2013, 159, 160; NSTz 2012, 443, 444.

³⁹⁹ Vgl. bereits die 15. Aufl. dieses Buches; ähnlich kritisch später auch *Krack*, JA 2015, 905, 906.

Das vorsätzlich begangene Erfolgsdelikt – Subjektiver Tatbestand

- Das **kognitive (intellektuelle) Element** fordert die **Kenntnis** aller zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden objektiven Merkmale, also
 - ⇒ alle deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmale,
 - ⇒ die Rechtswidrigkeit, sofern sie ein Attribut des Tatbestands und nicht nur einen Hinweis auf das allgemeine Verbrechenmerkmal darstellt,
 - ⇒ bei Erfolgsdelikten den Geschehensablauf in seinen wesentlichen Grundzügen (s.o.; der tatsächliche Geschehensablauf muss sich noch innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorsehbaren halten und darf keine andere Bewertung der Tat zulassen),
 - ⇒ bei Tatbestandsqualifikationen die dort genannten Merkmale und
 - ⇒ bei Privilegierungen die dort genannten privilegierenden Umstände.

Hinsichtlich der Bewusstseinsform genügt es, dass der Täter ein **sachgedankliches Mitbewusstsein** und ein **ständig verfügbares Begleitwissen** bezüglich der Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale besitzt. *Nicht* erforderlich ist also ein die Tathandlung ständig begleitendes „Daran-Denken“ im Sinne eines voll reflektierten Bewusstseins. *Hinsichtlich der Intensität* der Kenntnis genügt es, wenn der Täter die Verwirklichung des Tatbestands für möglich hält.

- Das **voluntative Element** setzt eine **Willensentscheidung** des Täters zur Vornahme der tatbestandlichen Handlung voraus. Nur wenn der Täter den Erfolgseintritt will oder ihn zumindest billigend in Kauf nimmt, handelt er vorsätzlich.

Mit Hilfe dieser Erklärungen wird die **Abgrenzung Eventualvorsatz/Fahrlässigkeit** deutlich: Während sowohl der Eventualvorsatz als auch die (bewusste) Fahrlässigkeit die gleichen Anforderungen an die Wissenskomponente stellen (in beiden Fällen genügt ein bloßes Für-möglich-Halten), muss der Täter, um mit Eventualvorsatz zu handeln, sich mit der Tatbestandsverwirklichung abgefunden haben. Es muss ihm gleichgültig sein, ob der Taterfolg eintritt oder nicht. Hingegen liegt Fahrlässigkeit vor, wenn der Täter darauf vertraut, der Taterfolg werde schon nicht eintreten.

256

Übersicht über die Anforderungen an die subjektive Seite des Täters

257

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

Hinweise für die Fallbearbeitung: Handelt der Täter wissentlich oder gar absichtlich, kann und darf nicht der Frage nachgegangen werden, ob auch Eventualvorsatz genügt hätte. Erst recht wären Ausführungen zur Abgrenzung Eventualvorsatz/Fahrlässigkeit verfehlt.

258

Lässt das Gesetz Eventualvorsatz genügen und hat der Täter mit einer strengeren Vorsatzform gehandelt, kann dies im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden.⁴⁰⁰

⁴⁰⁰ BGH NSTZ-RR 2017, 238.

dd. Zusammentreffen mehrerer Vorsatzformen

259 Bei einer Handlung können mehrere Vorsatzformen zusammentreffen. Das ist zunächst dann der Fall, wenn der Täter mit *einer* Handlung *mehrere*, einander nicht ausschließende Delikte verwirklicht bzw. verwirklichen will (***dolus cumulativus* – Kumulativvorsatz**). Hier gilt, dass der Vorsatz eines Delikts nicht durch den bereits bejahten Vorsatz eines anderen Delikts ausgeschlossen wird, nach der Vorstellung des Täters also beide Delikte nebeneinander begehbar sind⁴⁰¹.

Beispiel: Nachdem T von einem Seitensprung der mittlerweile hochschwangeren O erfahren hat, stößt er sie die Treppe hinunter, damit sie das Kind verliert. Das ungeborene Kind stirbt (§ 218 I, II⁴⁰²). Den Tod der O hält T für ausgeschlossen (keine §§ 212, 211, 22, 23 I), er nimmt aber erhebliche Körperverletzungen bei ihr in Kauf (§§ 223, 224). Tatsächlich erleidet O mehrere Prellungen und einen Schock.

Hier verwirklichte T neben dem vollendeten Schwangerschaftsabbruch (§ 218 I, II) auch den Tatbestand der §§ 223, 224 I Nr. 5 bezüglich O. T erfüllte also mit einer Handlung zwei sich gegenseitig *nicht* ausschließende Tatbestände. Da er durch *dieselbe* Handlung mehrere Tatbestandsverwirklichungen wollte, die sich einander nicht ausschließen, liegt ein Fall des Kumulativvorsatzes vor. Da er auch bezüglich der gefährlichen Körperverletzung vorsätzlich handelte, hat er sich insgesamt nach § 218 I, II in Tateinheit (§ 52) mit §§ 223, 224 I Nr. 5 strafbar gemacht.⁴⁰³

Anm.: Das Gleiche gilt, wenn der Täter Tötungsvorsatz auch hinsichtlich der Schwangeren hat, er also die Schwangere *und* deren ungeborenes Kind töten wollte.⁴⁰⁴ Auch in diesem Fall ist es geboten, das Unrecht beider Tatbestände im Schuldspruch zum Ausdruck zu bringen und Tateinheit (Idealkonkurrenz) anzunehmen, unabhängig davon, ob beide (Schwangere und Ungeborenes) überleben oder nicht:

- ⇒ Sollten beide überleben, ist Tateinheit zwischen dem versuchten Tötungsdelikt (§§ 212, 211, 22, 23 I) und dem versuchten Schwangerschaftsabbruch (§§ 218 I, IV S. 1, 22, 23 I i.V.m. § 218 II S. 2 Nr. 1 und 2) gegeben.
- ⇒ Sollten beide nicht überleben, ist Tateinheit zwischen dem vollendeten Tötungsdelikt (§§ 212, 211) und dem vollendeten Schwangerschaftsabbruch (§ 218 I i.V.m. § 218 II S. 2 Nr. 1 und 2) gegeben.

260 Ein Zusammentreffen mehrerer Vorsatzformen ist auch dann anzunehmen, wenn der Täter bei der Vornahme einer bestimmten Handlung nicht sicher weiß, ob er dadurch von *zwei*⁴⁰⁵ sich *gegenseitig ausschließenden* Tatbeständen oder Erfolgen den einen *oder* den anderen verwirklicht, jedoch die Verwirklichung beider Tatbestände zumindest in Kauf nimmt (***dolus alternativus* – Alternativvorsatz**).⁴⁰⁶

Beispiel 1: Jogger J läuft mit seinem Hund im Wald. Als er plötzlich ein abgeworfenes Geweih erblickt, nimmt er dieses mit, und zwar in Unkenntnis darüber, ob es einem anderen gehört (dann § 242) oder ob es noch herrenlos ist (dann § 292 I Nr. 2).

⁴⁰¹ BGH NSTZ 2021, 419.

⁴⁰² Im Strafrecht beginnen das Menschsein und damit der Anwendungsbereich der §§ 211, 212 erst mit Beginn der Eröffnungswehen (bzw. bei operativer Entbindung mit der Öffnung des Uterus), siehe BGHSt 31, 348, 351 f.; 32, 194, 195; BGH NJW 2021, 645, 647.

⁴⁰³ Insbesondere kommt keine Gesetzeskonkurrenz in Betracht, weil sich die Taten gegen verschiedene Rechtsgutträger richten.

⁴⁰⁴ Siehe den Fall BGH NSTZ 2021, 423 (Täter sticht sieben Mal in den Bauch der Schwangeren, um sie und ihr ungeborenes Kind zu töten).

⁴⁰⁵ Es ist auch denkbar, dass der Täter die Verwirklichung von mehr als zwei Tatbeständen oder Erfolgen alternativ für möglich erachtet (vgl. BGHSt 38, 353 ff.: Abgabe von Schüssen auf eine Menschenmenge; das Gleiche gilt beim Steuern eines Kfz in eine Menschenmenge).

⁴⁰⁶ Vgl. Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn 90; W/B/S, AT, Rn 348; Fischer, § 15 Rn 11 f.; BGH NSTZ 2021, 419.

Beispiel 2: Jagdaufseher A bemerkt die Handlung des J, worauf dieser flüchtet. A feuert seine letzte Kugel in Richtung J, um entweder diesen (§§ 212, 211) oder wenigstens dessen Hund (§ 303 I) zu töten.

Beispiel 3: A schließt in Richtung des J. Dabei hält er es für möglich, dass das Geschoss J oder den direkt neben J stehenden Bruder des J (B) treffen und verletzen könnte. Dies nimmt er billigend in Kauf. Der Schuss geht jedoch fehl; B wird nur leicht verletzt.⁴⁰⁷

Die Lösung dieser Fälle ist sehr strittig.

- Eine Auffassung meint, dass derjenige, der nur eine Rechtsverletzung wolle, auch nur Vorsatz bezüglich dieses Delikts habe. Um aber die Gefährlichkeit des Täters voll zu ahnden, will sie – unabhängig davon, welches Delikt verwirklicht wurde – nur das schwerere Delikt unter Strafe stellen und gleichzeitig den Vorsatz bezüglich des milderen verneinen.⁴⁰⁸ **261**
- Demgegenüber bestraft die wohl h.M. – wenn einer der möglichen Erfolge eingetreten ist – wegen aller konstruktiv erfassten Delikte, und zwar in Tateinheit zwischen vollendeter und versuchter Vorsatztat.⁴⁰⁹ **262**
- Eine dritte Auffassung äußert sich kritisch gegenüber den beiden zuvor genannten. Der Vorschlag, allein den Vorsatz des schwereren Delikts zu berücksichtigen, überzeuge nicht, wenn gerade das schwächere Delikt voll verwirklicht sei; es gehe nämlich auch beim Alternativvorsatz um eine konsequente Anwendung der Regeln über die Kongruenz zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand. An der h.M. befriedige nicht, dass die Annahme von Tateinheit unter Zugrundelegung aller einschlägigen Delikte zu einer Bestrafung führe, die den Unterschied zwischen alternativem und kumulativem Vorsatz einebne. Gleichwohl sei der h.M. aber zuzugeben, dass der Vorsatz hinsichtlich zweier sich ausschließender Tatbestände nicht weggedacht werden könne. Eine adäquate Lösung bestehe daher darin, beide Vorsätze strafrechtlich zu erfassen, eines der Delikte aber – im Rahmen des Vertretbaren – auf Konkurrenzebene auszuschalten, es also mit der Bestrafung aus dem anderen Delikt als abgegolten anzusehen.⁴¹⁰ Daher sei folgende Differenzierung vorzunehmen:
⇒ Werde einer der alternativen Tatbestände objektiv und subjektiv verwirklicht, sei der Täter aus diesem Delikt zu bestrafen. Damit sei die Strafbarkeit hinsichtlich des anderen (versuchten) Delikts mit abgegolten. Voraussetzung sei aber, dass es sich bei den beiden Delikten um Tatbestände mit annähernd gleicher Schutzrichtung handle. **263**

Das ist in **Beispiel 1** der Fall: § 292 I Nr. 2 und § 242 haben die gleiche Schutzrichtung: Verhinderung der Zueignung von dem Täter nicht zustehenden Sachen. Folgt man der differenzierenden Auffassung und verwirklicht J den objektiven Tatbestand des § 242 (etwa weil der Jagdausübungsberechtigte das Geweih bereits zuvor in Gewahrsam genommen hatte), schließt das den Vorsatz hinsichtlich des § 292 I Nr. 2 nicht aus. Die versuchte Jagdwilderei ist jedoch nicht strafbar, sodass sie auch nicht auf Konkurrenzebene (hier: Konsumtion) zurücktritt. Sollte J hingegen den Tatbestand des § 292 I Nr. 2 verwirklichen, tritt der versuchte Diebstahl im Wege der Konsumtion zurück.

- ⇒ Handle es sich bei den beiden Delikten dagegen *nicht* um Tatbestände mit annähernd gleicher Schutzrichtung, sei der Täter zunächst aus dem objektiv und subjektiv verwirklichten Delikt zu bestrafen. Hinsichtlich des versuchten Delikts sei er ebenfalls (in Tateinheit) zu bestrafen, sofern dieses im Unrechtsgehalt wesentlich schwerer wiegt.⁴¹¹

⁴⁰⁷ Beispiel 3 in Anlehnung an BGH NSTz 2021, 419.

⁴⁰⁸ *Kühl*, JuS 1980, 273, 275; *Kühl*, AT, § 5 Rn 27b; Lackner/*Kühl-Kühl*, § 15 Rn 29; LK-*Vogel/Bülte*, § 15 Rn 136; *Otto*, § 7 Rn 23.

⁴⁰⁹ NK-*Puppe*, § 15 Rn 155; *Roxin*, AT I, § 12 Rn 93 f.; Sch/Sch-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 Rn 90-92; *Jescheck/Weigend*, AT, § 29 III 4; SK-*Rudolphi*, § 16 Rn 47; LK-*Vogel/Bülte*, § 15 Rn 136.

⁴¹⁰ *W/B/S*, AT, Rn 349; *Maurach/Zipf*, AT 1, Rn 22/27; dem sich anschließend *Jeßberger/Sander*, JuS 2006, 1065, 1067.

⁴¹¹ Die Einschränkung „sofern“ übersieht *Bosch*, JA 2006, 330, 331, der daher zu Unrecht (auch) diese differenzierende Auffassung kritisiert.

Das vorsätzlich begangene Erfolgsdelikt – Subjektiver Tatbestand

Das gilt für das **Beispiel 2**: Bei der Tötung eines Menschen und der Tötung eines Tieres (die gem. § 303 I als Sachbeschädigung zu würdigen ist) handelt es sich nicht um Tatbestände mit annähernd gleicher Schutzrichtung. Folgt man auch hier der differenzierenden Auffassung und trifft A den J, ist er wegen vollendeter Tötung strafbar. Dagegen wird die versuchte Sachbeschädigung (die an sich wegen § 303 III strafbar wäre) nicht sanktioniert, da diese im Unrechtsgehalt weniger schwer wiegt. Würde umgekehrt A den Hund treffen, wäre er wegen vollendeter Sachbeschädigung in Tateinheit mit versuchter Tötung zu bestrafen. Das überzeugt.

- ⇒ Komme überhaupt kein Delikt zur Vollendung, sei lediglich wegen Versuchs des schwereren Delikts zu bestrafen, sofern dadurch der Unrechtsgehalt der Tat hinreichend bestimmt erfasst werden könne: Im Übrigen sei Tateinheit anzunehmen.

Folgt man auch hier der differenzierenden Auffassung, kommt man in **Beispiel 1** zu einer Strafbarkeit wegen versuchten Diebstahls. Die versuchte Jagdwilderei ist – wie gesehen – nicht strafbar. In **Beispiel 2** würde A wegen versuchter Tötung bestraft. Die versuchte Sachbeschädigung würde verdrängt. Und in **Beispiel 3** bezieht sich der Alternativvorsatz auf die Verletzung desselben Rechtsguts verschiedener Rechtsgutsträger. Daher erscheint mit dem BGH die Annahme von Tateinheit zwischen dem vollendeten (§ 224 I Nr. 2, 5) und dem versuchten (§ 212 bzw. § 211) Delikt richtig.

- 264 Auch im Fall von Rn 259 läge ein *dolus alternativus* vor, wenn man den Sachverhalt wie folgt abänderte:

Beispiel: Nachdem T von einem Seitensprung der hochschwangeren O erfahren hat, stößt er sie die Treppe hinunter, damit sie das Kind verliert. Ob die Eröffnungswehen bereits begonnen haben, ist T gleichgültig. Tatsächlich hatten sie noch nicht begonnen. Das Kind stirbt (entweder § 218 I, II oder §§ 212, 211⁴¹²). Den Tod der O hält T für ausgeschlossen (keine §§ 212, 211 oder §§ 212, 211, 22, 23 I), er nimmt aber erhebliche Körperverletzungen bei ihr in Kauf (§§ 223, 224). Tatsächlich erleidet O mehrere Prellungen und einen Schock.

Geht man bei §§ 211, 212 und § 218 von keiner annähernd gleichen Schutzrichtung aus (einerseits: Schutz der menschlichen Existenz; andererseits: objektiver Schutz des ungeborenen Menschen, der noch kein Mensch im strafrechtlichen Sinne ist), ist T auf der Basis der h.M. zunächst aus dem objektiv und subjektiv verwirklichten Schwangerschaftsabbruch gem. § 218 I, II zu bestrafen. Tateinheitlich dazu hat T ein versuchtes Tötungsdelikt (§§ 211, 22 oder §§ 212, 22) verwirklicht, da T es auch für möglich hielt, dass die Eröffnungswehen bereits eingesetzt hatten, und ein versuchtes Tötungsdelikt im Unrechtsgehalt wesentlich schwerer wiegt als ein vollendeter Schwangerschaftsabbruch.

265

Hinweis für die Fallbearbeitung:

- Im Fall des Alternativvorsatzes ist zunächst festzustellen, welcher objektive Tatbestand erfüllt wurde.
- Sodann wird bezüglich dieses Tatbestands das Vorliegen des Vorsatzes bejaht und festgestellt, dass sich der Täter jedenfalls schon wegen dieses vollendeten Delikts strafbar gemacht hat. Insbesondere muss dargelegt werden, dass der Vorsatz hinsichtlich des anderen, nicht verwirklichten Delikts den Vorsatz hinsichtlich des vollendeten Delikts unberührt lässt.
- Im Anschluss daran ist auf das andere, nicht verwirklichte Delikt einzugehen und zu problematisieren, ob der Täter auch diesbezüglich (wegen Versuchs) strafbar ist. Folgt man der auch hier vertretenen differenzierenden Auffassung, ist die Strafbarkeit hinsichtlich dieses anderen (versuchten) Delikts mit abgegolten, sofern es sich bei den beiden Delikten um Tatbestände mit annähernd gleicher Schutzrichtung handelt. Der Täter ist dann nur aus dem vollendeten Delikt strafbar. Das versuchte

⁴¹² Im Strafrecht beginnt das Menschsein mit Beginn der Eröffnungswehen (BGHSt 32, 194, 195), s.o.

Delikt tritt (sofern es mit Strafe bedroht ist) im Rahmen der Konkurrenzen wegen Konsumtion zurück.

- Handelt es sich bei den beiden Delikten dagegen *nicht* um Tatbestände mit annähernd gleicher Schutzrichtung, ist der Täter auch hinsichtlich des versuchten Delikts (in Tateinheit mit dem vollendeten) zu bestrafen, sofern dieses versuchte Delikt mit Strafe bedroht ist und auch im Unrechtsgehalt wesentlich schwerer wiegt als das vollendete (vgl. die Konstellation von Rn 264a).
- Hat der Täter hingegen überhaupt kein Delikt vollendet, ist er lediglich wegen Versuchs des schwereren Delikts zu bestrafen, sofern dadurch der Unrechtsgehalt der Tat hinreichend bestimmt erfasst werden kann. Im Übrigen ist Tateinheit anzunehmen.

Von dem Fall des Zusammentreffens mehrerer Vorsatzformen zu unterscheiden ist der Fall des **dolus generalis**. Hierunter versteht man ein mehraktiges Geschehen, bei dem der Täter in der irrigen Annahme eines bereits erzielten Erfolgs eine weitere Handlung vornimmt, die dann tatsächlich erst den beabsichtigten Erfolg herbeiführt – sog. **verspäteter Erfolgseintritt** (Beispiel: A hat auf B geschossen und ihn getroffen; er hält ihn für tot und wirft ihn anschließend ins Wasser, um die Tat zu vertuschen; B ertrinkt).⁴¹³ In diesen Fällen wird regelmäßig eine unwesentliche Abweichung des tatsächlichen Kausalverlaufs vom Vorstellungsbild des Täters vorliegen, weil der tatsächliche Kausalverlauf durchaus noch im Rahmen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren liegt. Vgl. dazu ausführlich die Ausführungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung bei Rn 197a und 215 sowie zum „Irrtum über den Kausalverlauf“ bei Rn 297 ff.

266

b. Exkurs: Fahrlässigkeit

Die Fahrlässigkeit wird im StGB nicht definiert. In Rechtsprechung und Literatur ist häufig diese Formel anzutreffen:

267

Der Täter handelt **fahrlässig**, wenn er diejenige Sorgfalt außer Acht lässt, die ihm nach den Umständen und seinen persönlichen Fähigkeiten zuzumuten ist.⁴¹⁴

268

In Abhängigkeit von dem Bewusstseinsgrad wird zwischen bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit unterschieden:

aa. Die bewusste Fahrlässigkeit (*luxuria*)

Wie bereits festgestellt, hält der Täter sowohl beim Eventualvorsatz als auch bei der bewussten Fahrlässigkeit (*luxuria*) den Eintritt der Tatfolge für möglich. Das kognitive Element bietet insoweit kein geeignetes Abgrenzungskriterium. Entscheidend für die Abgrenzung ist daher das voluntative Element: Während der mit Eventualvorsatz handelnde Täter sich mit dem Risiko der Tatbestandsverwirklichung abfindet („na wenn schon“), vertraut der bewusst fahrlässig handelnde Täter (pflichtwidrig) auf das Ausbleiben des Taterfolgs („wird schon gut gehen“).

269

Beispiel: Die renommierte Schauspielerin und Sängerin Evelyn R. ist in die Jahre gekommen. Sie unterzieht sich daher mehrerer kosmetischer Operationen. Während einer Totalanästhesie unterläuft dem Anästhesisten A ein folgenschwerer Fehler, wodurch Evelyns Tod verursacht wird.

Hier hat A zwar sorgfaltswidrig gehandelt, nicht aber (bedingt) vorsätzlich. Zwar wusste A um das Risiko einer jeden Vollnarkose, vertraute vorliegend aber nicht nur auf die Technik,

⁴¹³ Vgl. Jerouschek/Kühlbel, JuS 2001, 417, 422; Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn 58; Gropp, AT, § 4 Rn 132; Fischer, § 16 Rn 9 – jeweils mit Blick auf den Jauchegrube-Fall BGHSt 14, 193 ff. (siehe dazu Rn 162 und 197a).

⁴¹⁴ Vgl. nur BGHSt 11, 389, 393; BGH NSTz 1991, 30; Mitsch, JuS 2001, 105; Jescheck/Weigend, AT, § 55 I 2b; Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn 135; Lackner/Kühl-Kühl, § 15 Rn 37 (jeweils m.w.N.) sowie ausführlich Rn 841 ff.

sondern auch auf sein Können. Dabei ist ihm ein Fehler unterlaufen. Er hat daher (bewusst) fahrlässig gehandelt und ist aus § 222 strafbar.

bb. Die unbewusste Fahrlässigkeit (*negligentia*)

- 270 Bei der unbewussten Fahrlässigkeit (*negligentia*) kennt der Täter die Möglichkeit des Erfolgseintritts nicht, hätte diese aber nach den Umständen und nach seinen persönlichen Fähigkeiten erkennen können und damit vermeiden müssen. Es liegt also kein positives Wissen, sondern Voraussehbarkeit vor. Darüber hinaus darf der Erfolgseintritt nicht von seinem Willen umfasst sein. Es fehlt somit sowohl am intellektuellen als auch am voluntativen Element.

Beispiel: B ist Epileptikerin und bewahrt ihre Medikamente auf dem Badezimmerschrank auf. Eines Tages wird sie von ihrer 3-jährigen Tochter beobachtet, wie sie eine Tablette zu sich nimmt. Während eines unbeobachteten Moments klettert das Kind auf einen Stuhl und gelangt so zu den Tabletten. In der Annahme, es handele sich um Zuckerdragees, nimmt das Kind die Tabletten zu sich. Bewusstlos auf dem Badezimmerboden liegend wird es kurze Zeit später von der Mutter gefunden und sofort ins Krankenhaus gebracht. Dort kann das Kind gerettet werden.

Hier liegt ein Fall der unbewussten Fahrlässigkeit vor, da B die Möglichkeit der Vergiftung nicht vorausgesehen hat, jedoch hätte voraussehen müssen. Sie ist daher aus § 229 strafbar.

- 271 **Hinweise für die Fallbearbeitung:** Die Frage, welche Form der Fahrlässigkeit (bewusste oder unbewusste Fahrlässigkeit) vorliegt, ist lediglich für das Strafmaß, nicht aber für die Strafbarkeitsbegründung relevant. Daher sind bei der Fallbearbeitung, bei der lediglich nach der Strafbarkeit gefragt wird, längere Ausführungen entbehrlich.

cc. Leichtfertigkeit

- 272 Einige Tatbestände wie beispielsweise der Raub mit Todesfolge, § 251, stellen auch leichtfertiges Handeln unter Strafe. Damit ist ein erhöhter Grad von Fahrlässigkeit, etwa vergleichbar mit der groben Fahrlässigkeit im Zivilrecht, gemeint. Auf die Problematik im Zusammenhang mit der Verursachung einer schweren Folge (i.S.v. § 18) soll erst am Ende der Vorsatzprüfung eingegangen werden.

c. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen des Vorsatzes

- 273 Aus § 16 I S. 1 folgt, dass der Tatvorsatz im Zeitpunkt der Tatbegehung vorliegen muss (sog. **Koinzidenzprinzip** oder **Simultanitätsprinzip**). Nach § 8 ist dies der Zeitpunkt der **Vornahme der tatbestandlichen Ausführungshandlung** (also der Zeitraum zwischen Versuchsbeginn und Tatvollendung), nicht der des Erfolgseintritts.⁴¹⁵ Strafrechtlich irrelevant sind daher sowohl ein im Zeitpunkt der Tatbegehung nicht mehr vorhandenes Wissen (*dolus antecedens* - vorangehender Vorsatz) als auch die nach Tatbegehung erlangte Kenntnis (*dolus subsequens* - nachfolgender Vorsatz).⁴¹⁶

Beispiel für den *dolus antecedens*: A möchte seine Ehefrau B erschießen. Zur Übung fährt er in den eigenen Wald, um dort auf Bäume zu schießen. Was er nicht weiß, ist, dass seine Frau sich dort aufhält, um Steinpilze zu suchen. Als A nun in Richtung eines Baumes schießt, gerät plötzlich B in die Schusslinie und wird tödlich getroffen.

⁴¹⁵ Vgl. dazu auch die st. Rspr., etwa BGH NStZ 2010, 503 f.; NStZ 2004, 2001 f.; NStZ 1983, 452. Vgl. auch Hecker, JuS 2010, 1114 ff. und W/B/S, AT, Rn 316.

⁴¹⁶ Siehe dazu auch BGH NStZ 2018, 27 f. – dazu Rn 197b.

Im Zeitpunkt der Schussabgabe hatte A keinen Tötungsvorsatz, sodass er nicht wegen versuchten Totschlags (§§ 212 I, 22, 23 I) bzw. versuchten Mordes (§§ 211, 22, 23 I) strafbar ist. In Betracht kommt aber eine fahrlässige Tötung (§ 222).⁴¹⁷

Beispiel für den *dolus subsequens*: A des obigen Beispiels schießt nur deshalb auf Bäume, um für die anstehende Schützenmeisterschaft zu trainieren. Auch diesmal gerät die nach Pilzen suchende Ehefrau B in die Schusslinie und wird tödlich getroffen. Als A dies bemerkt, ist er hochofren und sagt sich: „Hätte ich gewusst, dass meine Frau hier Pilze sucht, hätte ich schon viel früher trainiert.“

Auch hier ist A nicht wegen versuchten Totschlags (§§ 212 I, 22, 23 I) bzw. versuchten Mordes (§§ 211, 22, 23 I) strafbar, da die nachträgliche Billigung nichts an dem Erfordernis der zeitlichen Koinzidenz zwischen Tathandlung und Vorsatz ändert (siehe auch das Beispiel bei Rn 197b). In Betracht kommt aber ebenfalls eine fahrlässige Tötung (§ 222).

Von diesen Fällen abzugrenzen ist der sog. „**verspätete Erfolgseintritt**“ – ***dolus generalis***. Da die h.M. diese Problematik als unwesentliche Abweichung des tatsächlichen Kausalverlaufs vom vorgestellten Kausalverlauf behandelt, sei – wie bereits an anderer Stelle genannt – auf die Ausführungen bei Rn 162/Rn 197a sowie zum Irrtum über den Kausalverlauf bei Rn 297 ff. verwiesen. 274

d. Sonstige subjektive Tatbestandsmerkmale

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 Charakters⁴¹⁸ und werden eigenständig neben dem eigentlichen Tatbestandsvorsatz geprüft. 275

Beispiel: Beim Diebstahl (§ 242) genügt für die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache die Vorsatzform *dolus eventualis*. Für die **angestrebte** rechtswidrige Zueignung dagegen ist *Absicht* erforderlich (die Zueignung **muss** nicht erfolgt sein, es genügt, wenn der Täter nur die Absicht i.S. einer Intention hatte). Weitere Beispiele sind die Bereicherungsabsicht in den §§ 253, 259, 263, die Absicht der Täuschung im Rechtsverkehr in § 267 und die Nachteilszufügungsabsicht in § 274. Da bezüglich dieser „besonderen Absichten“ keine Entsprechung im jeweiligen objektiven Tatbestand existiert, handelt es sich bei diesen Delikten um Delikte mit „**überschießender Innentendenz**“.

e. Irrtümer im Rahmen des subjektiven Tatbestands

Irrtum ist das Auseinanderfallen von Bewusstsein (Vorstellung) und Wirklichkeit (Realität). 276

Der Irrtum kommt in zwei Erscheinungsformen vor, als Nichtwissen (Unkenntnis) und als irrige Annahme. Jede dieser Fehlvorstellungen kann verschiedene Ursachen haben, die entweder im Bereich der Tatsachen oder im Bereich der juristischen Bewertung liegen (dazu später). 277

Hinweis für die Fallbearbeitung: Für die mit dem Irrtum verbundenen Rechtsfolgen ist der strafrechtliche Bezugspunkt entscheidend: Je nachdem, ob der Irrtum sich auf den Tatbestand, auf die Rechtswidrigkeit oder auf die Schuld bezieht, sind die Konsequenzen der Fehlvorstellung höchst verschieden. Für die Klausurprüfung bedeutet dies, dass die Rechtsfolge einer eventuell festgestellten Fehlvorstellung nur bei dem Merkmal

⁴¹⁷ Hierin unterscheidet sich dieser Lehrbuchfall von den bei Rn 162 und Rn 197a dargestellten Fällen des mehraktigen Tatgeschehens, bei denen eine Gesamtbetrachtung (unwesentliche Abweichung im Kausalverlauf) durchaus zu einem anderen Ergebnis führen könnte.

⁴¹⁸ Vgl. W/B/S, AT, Rn 329.

zu prüfen ist, auf das sich die Fehlvorstellung bezieht. So ist die Unkenntnis von Tatbestandsmerkmalen bereits im **Tatbestand** bei der Prüfung des Vorsatzes zu untersuchen. Irrtumsfragen, die sich auf die Rechtswidrigkeit als allgemeines Verbrechensmerkmal beziehen, sind nach der Feststellung der **Rechtswidrigkeit** zu prüfen. Irrtümer über Schuldmerkmale sind in die **Schuldprüfung** mit einzubeziehen. Die nachfolgende Darstellung trägt diesem Umstand Rechnung und behandelt die Irrtümer dort, wo sie auch in einer Klausur zu prüfen sind. Insbesondere würde eine zusammenhängende Darstellung der Irrtümer, wie sie üblicherweise in den Lehrbüchern vorzufinden ist, nur unzureichend die Einbettung in den Kontext einer Klausur verdeutlichen.

- 278 Die die Irrtümer regelnden zentralen Vorschriften des StGB sind die §§ 16 und 17 (vgl. auch § 35 II). § 16 I regelt die Unkenntnis von Tatbestandsmerkmalen, also einen **Tatbestands-** bzw. **Tatsachenirrtum**. Gemäß der gesetzlichen Terminologie des **§ 16 I S. 1** kann es auch zu empfehlen sein, statt von einem Tatbestands- bzw. Tatsachenirrtum von einem **Tatumstandsirrtum** zu sprechen, denn letztlich geht es um den gesetzlich geregelten Fall, dass der Täter einen Tatumstand nicht kennt und *daher* unvorsätzlich handelt.⁴¹⁹

Beispiel: T ist Gast in einem Speiserestaurant. Beim Verlassen des Lokals greift er an der Garderobe einen Mantel im Glauben, es handele sich um *seinen*. Tatsächlich handelt es sich aber um den ganz ähnlich aussehenden Mantel des O.

Hier hat T eine fremde bewegliche Sache weggenommen und damit den objektiven Tatbestand des Diebstahls (§ 242 I) verwirklicht. Fraglich ist allein, ob er auch den entsprechenden Vorsatz gehabt hat.

T dachte, es handele sich um seinen Mantel. Er hat sich über die Fremdheit des Mantels und damit über einen zum gesetzlichen Tatbestand des § 242 gehörenden Tatumstand geirrt. Ihm fehlte der Vorsatz, den Mantel des O wegzunehmen. Eine Strafbarkeit wegen Diebstahls liegt daher nicht vor.⁴²⁰

- 279 Die von § 16 I S. 1 umgekehrte Konstellation betrifft **§ 22**. Danach ist bei irriger Annahme von Tatbestandsmerkmalen wegen Versuchs strafbar, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar ansetzt.

Beispiel: T ist Gast in einem Restaurant. Beim Verlassen des Lokals greift er an der Garderobe einen Mantel im Glauben, es handele sich um den des O. Tatsächlich handelt es sich aber um *seinen* (ganz ähnlich aussehenden) Mantel.

Hier hat T keine fremde bewegliche Sache weggenommen und damit nicht den objektiven Tatbestand des Diebstahls (§ 242 I) verwirklicht. Fraglich ist aber, wie es sich auswirkt, dass T dachte, er nehme den Mantel des O weg und begehe damit einen Diebstahl.

Wer irrig Tatbestandsmerkmale annimmt und nach seiner Vorstellung von der Tat zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar ansetzt, macht sich gem. § 22 wegen Versuchs strafbar. Gerade weil T dachte, er nehme den Mantel des O weg, hat er irrig die Fremdheit des Mantels angenommen. Er ist daher wegen versuchten Diebstahls gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II strafbar.

- 279a Vom Tatumstandsirrtum gem. § 16 I S. 1 zu unterscheiden ist der (im Rahmen der Schuld zu prüfende) **Verbotsirrtum** gem. **§ 17 S. 1**. Nach dieser Vorschrift handelt derjenige ohne Schuld, dem im Tatzeitpunkt die Einsicht fehlte, Unrecht zu verwirklichen, und der diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. § 17 behandelt somit einen **Bewertungsirrtum**. Ein solcher liegt vor, wenn der Täter die seine Tat betreffende Verbotsnorm (d.h. den Straftatbestand) nicht kennt, sie für ungültig hält oder infolge unrichtiger

⁴¹⁹ Wie hier nun auch *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 2012, 289.

⁴²⁰ Zwar ist bei einem solchen Ergebnis stets an § 16 I S. 2 zu denken, wonach eine Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit unberührt bleibt. Jedoch ist ein „fahrlässiger Diebstahl“ nicht unter Strafe gestellt.

Auslegung zu Fehlvorstellungen über ihren Geltungsbereich kommt und sein Verhalten deshalb für zulässig erachtet (vgl. dazu näher Rn 558 ff.).

Beispiel: T heiratet F_2 , obwohl er noch mit F_1 verheiratet ist. Dabei ist er irrtümlich davon ausgegangen, dass in Deutschland Mehrehen nicht verboten seien.

Hier hat T volle Tatsachenkenntnis (er weiß, dass er eine Ehe schließt, obwohl er bereits verheiratet ist). Er irrt lediglich auf juristischer Wertungsebene, indem er glaubt, dass Mehrehen in Deutschland nicht verboten seien. Da bei deskriptiven Tatbestandsmerkmalen (hier: „Mehrehe“) bereits bloße Tatsachenkenntnis genügt, handelte T vorsätzlich. Dass er keine Kenntnis von der Existenz des § 172 hatte, ist insoweit irrelevant. T unterlag lediglich einem sog. Verbotsirrtum. Dieser wird erst in der Schuld relevant und lässt den Tatbestandsvorsatz unberührt. Da dieser Verbotsirrtum allerdings vermeidbar war, kommt lediglich eine fakultative Strafmilderung gem. §§ 17 S. 2, 49 I in Betracht.

Im Einzelfall kann die **Abgrenzung** zwischen Tatumstandsirrtum und Verbotsirrtum schwierig sein. Für den Täter ist die Einstufung seiner Fehlvorstellung als Tatumstandsirrtum günstiger, weil eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Verwirklichung eines Straftatbestands ausscheidet, ohne dass es auf die Vermeidbarkeit des Irrtums ankäme. Zwar lässt § 16 I S. 2 eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung unberührt, allerdings ist zum einen die Existenz eines Fahrlässigkeitsstrafatbestands erforderlich und zum anderen ist die Strafdrohung bei einem Fahrlässigkeitsdelikt sehr viel geringer als bei einem Vorsatzdelikt.

280

Beispiel: T veranstaltete Fußballwetten ohne erforderliche Erlaubnis, war dabei jedoch der Meinung, dass sein Handeln nicht erlaubnispflichtig sei.

Hier hat T in objektiver Hinsicht den Tatbestand des § 284 verwirklicht, denn das Veranstalten von Glücksspielen, zu denen auch Fußballwetten gehören, bedarf einer Erlaubnis. Da T jedoch davon ausging, keiner Erlaubnispflicht zu unterliegen, könnte es am Tatbestandsvorsatz fehlen mit der Folge, dass er sich nicht strafbar gemacht hat (ein Fahrlässigkeitsstatbestand existiert nicht). Der Irrtum des T könnte aber auch als Verbotsirrtum i.S.v. § 17 einzustufen sein, wenn man davon ausgeht, dass er die seine Tat betreffende Verbotsnorm (den Straftatbestand des § 284) nicht kannte oder dass er sie falsch ausgelegt hat, so zu einer Fehlvorstellung über ihren Geltungsbereich gekommen ist und sein Verhalten deshalb für zulässig erachtet hat (sog. fehlendes Unrechtsbewusstsein).

Fraglich ist also, wo bei T der Bezugspunkt für seine Fehlvorstellung lag, beim gesetzlichen Tatbestand oder beim Unrechtsbewusstsein hinsichtlich der Tat. T hat sich über das Merkmal „ohne Erlaubnis“ geirrt. Die Beantwortung der Frage, ob sein Irrtum zum Ausschluss des subjektiven Tatbestands des § 284 führt oder der Regelung des § 17 unterfällt, hängt entscheidend davon ab, ob das Merkmal „ohne Erlaubnis“ ein normativ geprägtes Tatbestandsmerkmal ist und damit dem gesetzlichen Tatbestand angehört oder ob es dem Unrechtsbewusstsein hinsichtlich der Tat zuzuordnen ist.

Das Merkmal „ohne Erlaubnis“ in § 284 knüpft an den Umstand, dass der Gesetzgeber ein (wegen Art. 12 I GG) grundsätzlich erlaubtes Verhalten präventiv einschränkt (d.h. verbietet), um es nach einer Prüfung und Erteilung einer „Unbedenklichkeitserklärung“ zu erlauben. Damit will der Gesetzgeber, der auch einen Schutzauftrag gegenüber den Bürgern hat, erreichen, dass abstrakt gefährliche Tätigkeiten im Einzelfall aufgrund einer Prüfung als „ungefährlich“ eingestuft und daher erlaubt werden können. Man spricht in diesem Zusammenhang von einem **präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt** (auch Kontroll-erlaubnis genannt).⁴²¹ Geht man dementsprechend davon aus, dass ein derartiger Genehmigungsvorbehalt lediglich der Durchsetzung des staatlichen Kontrollanspruchs dient, dessen Missachtung wiederum von der Strafnorm des § 284 sanktioniert werden soll, erschöpft sich auch das von T begangene Unrecht in der Missachtung dieses Anspruchs.⁴²²

⁴²¹ Vgl. dazu ausführlich R. Schmidt, AllgVerwR, 22. Aufl. 2020, Rn 246 ff.

⁴²² So OLG Frankfurt/M StV 2006, 191 für einen Verstoß gegen die Waffenschein-erlaubnispflicht des § 52 III Nr. 2a WaffG.

Sein Irrtum ist daher tatbestandsbezogen und unterfällt der Regelung des § 16 I. Er ist straflos. Auf die Vermeidbarkeit seines Irrtums kommt es nicht an, weil § 16 I keine § 17 S. 2 entsprechende Regelung enthält.

Hinweis: Das Ergebnis entspricht der Rechtsauffassung des OLG Frankfurt/M, wonach ein Irrtum über das Vorliegen der Voraussetzungen eines präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt den Tatbestandsvorsatz ausschließt. Das heißt jedoch nicht, dass eine andere Auffassung nicht vertretbar wäre. So kann man sich durchaus auf den Standpunkt stellen, dass T die seine Tat betreffende Verbotsnorm (den Straftatbestand des § 284) falsch ausgelegt hat und so zu einer Fehlvorstellung über ihren Geltungsbereich gekommen ist. Immerhin hat er sich „nur“ über die Erlaubnispflichtigkeit seiner Tätigkeit geirrt und sein Verhalten deshalb für zulässig erachtet.⁴²³ Schließt man sich dieser Auffassung an, ist bei T lediglich von einem Verbotsirrtum auszugehen, der für ihn aber wohl vermeidbar war. Er wäre dann strafbar, seine Strafe wäre gem. § 17 S. 2 i.V.m. § 49 I zu mildern.

281 Fazit: Irrt der Täter über das Vorliegen der Voraussetzungen (d.h. der Tatbestandsmerkmale) eines (ihm bekannten) Straftatbestands, liegt i.d.R. ein Irrtum gem. § 16 I S. 1 vor (Ignorantia facti). Geht er aber irrtümlich davon aus, kein Unrecht zu verwirklichen (etwa, weil er von einem Tatbestand nichts weiß), liegt i.d.R. lediglich ein Fall des § 17 mit der Problematik der Vermeidbarkeit des Irrtums vor (hier greift dann auch die aus dem römischen Recht stammende Volksweisheit „Unwissenheit schützt vor Strafe nicht“ – Ignorantia legis non excusat). Bei Irrtumslagen kommt es im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen also entscheidend darauf an, wie die Irrtümer rechtlich zu behandeln sind. Auf der Ebene des Tatbestands (zu den auf Schuldebene zu diskutierenden Verbotssirrtümern vgl. Rn 558 ff.) dient als Ausgangslage dabei die Überlegung, dass bestimmte Irrtümer im Bereich des subjektiven Tatbestands den Vorsatz ausschließen, vgl. § 16 I S. 1. Der Täter ist dann nicht wegen eines Vorsatzdelikts strafbar. Die Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit, die gem. § 16 I S. 2 prinzipiell möglich ist, hängt von der Existenz eines Fahrlässigkeitsstrafatbestands ab.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Bei der Klausurbearbeitung muss allerdings beachtet werden, dass ein Vorsatzausschluss nach § 16 I S. 1 nur dann anzunehmen ist, wenn im Sachverhalt ausdrückliche Anhaltspunkte dafür vorliegen. Anderes gilt für § 17. Dort kann ein Verbotsirrtum auch dann angenommen werden, wenn eine lebensnahe Sachverhaltsauslegung dies zulässt.

282 Da gem. § 16 I S. 1 nicht vorsätzlich handelt, wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, kann sich der Tatbestandsirrtum (d.h. der Tatumstandsirrtum) somit nur auf ein Merkmal beziehen, das zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Das sind – wie bereits erwähnt –

- alle deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmale,
- die Rechtswidrigkeit, sofern sie ein Attribut des Tatbestands, und nicht nur einen Hinweis auf das allgemeine Verbrechenmerkmal darstellt,
- bei Erfolgsdelikten der Geschehensablauf in seinen wesentlichen Grundzügen (s.o.; der tatsächliche Geschehensablauf muss sich noch innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren halten und darf keine andere Bewertung der Tat zulassen),
- bei Tatbestandsqualifikationen die dort genannten Merkmale und
- bei Privilegierungen die dort genannten privilegierenden Umstände.

⁴²³ So die Vorinstanz zu OLG Frankfurt/M StV 2006, 191 (das AG Frankfurt/M) hinsichtlich der irrtümlichen Annahme, das Mitführen einer Schreckschusswaffe sei nicht erlaubnispflichtig. *Mosbacher*, NJW 2006, 3529 ff. nimmt sogar ganz konkret hinsichtlich § 284 einen vermeidbaren Verbotsirrtum an, wenn der betreffende Wettveranstalter irrtümlich von einer erlaubnisfreien Tätigkeit ausgeht.

Die sich daraus ergebenden Irrtümer sind:

283

- Subsumtionsirrtum i.e.S. (**Tatbestandsirrtum** bzw. **Tatumstandsirrtum**),
- Irrtum über das Tatobjekt (*error in persona vel obiecto*),
- **Irrtum über strafschärfende / strafmildernde Umstände** und
- **Irrtum über den Kausalverlauf**.
- Einen Sonderfall bildet der **Irrtum über Tatbestandsvarianten**.
- Dagegen ist die Abirrung der Tat (*aberratio ictus*) kein Irrtum, da hier die Abweichung nicht auf eine Fehlvorstellung des Täters, sondern auf einen tatsächlichen bzw. naturgesetzlichen Umstand zurückzuführen ist. Weil die *aberratio ictus* dennoch eine Abweichung von der Vorstellung des Täters betrifft von der h.M. als Irrtum behandelt wird, wird sie auch vorliegend im Zusammenhang mit den Irrtümern behandelt (siehe Rn 291).

Da der **Subsumtionsirrtum i.e.S.** Fehlvorstellungen hinsichtlich der deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmale sowie hinsichtlich der gesamtbetrachtenden (gesamttatbewertenden) Tatbestandsmerkmale betrifft und diese Fehlvorstellungen wegen des Sachzusammenhangs mit dem Vorsatz bereits bei Rn 207 ff. behandelt wurden, kann insoweit auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden. Gleiches gilt hinsichtlich des Irrtums über strafschärfende/strafmildernde Umstände (Rn 218 ff.). Im Folgenden werden daher ausschließlich die noch nicht behandelten Irrtümer erläutert.

284

aa. Der Irrtum über das Handlungsobjekt (*error in persona vel obiecto*)

a.) Auswirkungen des *error in persona vel obiecto* beim Täter

Beim *error in persona vel obiecto*⁴²⁴ geht es um einen Irrtum über das Handlungsobjekt (Tatobjekt): Der Täter möchte ein bestimmtes Objekt treffen, muss aber hinterher feststellen, dass er aufgrund einer Verwechslung das falsche Objekt „erwischt“ hat. Grundlage der Problematik bilden der Rose-Rosahl-Fall und der Hoferben-Fall.

285

Rose-Rosahl-Fall⁴²⁵: Der Holzhändler Rosahl aus Schiepzig (nahe Halle) versprach dem Arbeiter Rose, ihn reichlich zu belohnen, wenn er den Zimmermann Schliebe aus Lieskau erschösse. Rose legte sich daraufhin zwischen Lieskau und Schiepzig in den Hinterhalt, um Schliebe, den er genau kannte, aufzulauern. Während der Dämmerung sah er einen Menschen des Weges daherkommen. Diesen Menschen erschoss er, da er ihn für den Schliebe hielt. In Wirklichkeit war es der 17-jährige Kantorsohn Harnisch (H).

Das Preußische Obertribunal hat Rose für schuldig gesprochen, weil es für die Verwirklichung des § 211 (hier: Heimtücke und Habgier) keinen Unterschied machen könne, dass Rose statt den Schliebe den Harnisch getötet habe.

Auch der BGH hatte über diese Konstellation zu entscheiden, und zwar im Jahre 1990. Der Sachverhalt dieses sog. Hoferbenfalls war:

Hoferben-Fall⁴²⁶: Der Gutsbesitzer Aaron hatte sich entschlossen, Karl-Friedrich M. – seinen Sohn aus erster Ehe und Hoferben – zu töten. Es gelang ihm, den (später mitangeklagten) Nichtsnutz Eberhard (E) gegen das Versprechen einer Geldsumme für die Tötung zu gewinnen; er selbst fühlte sich als Vater außer Stande, die Tat zu begehen. E sollte Karl-Friedrich M. im Pferdestall, den dieser bei seiner Heimkehr regelmäßig durchquerte, töten. Das nähere Vorgehen war ihm überlassen. E begab sich darauf am Tag der Tat zum Hofe des A und in den Pferdestall. Er wartete sodann in dem Stall auf das Erscheinen des Opfers. Es war dunkel, eine gewisse Helligkeit wurde lediglich dadurch erzeugt, dass Schnee lag. Gegen 19.00 Uhr betrat D, ein Nachbar, den Hof und öffnete die Stalltür. Er ähnelte Karl-Friedrich M. in der Statur und

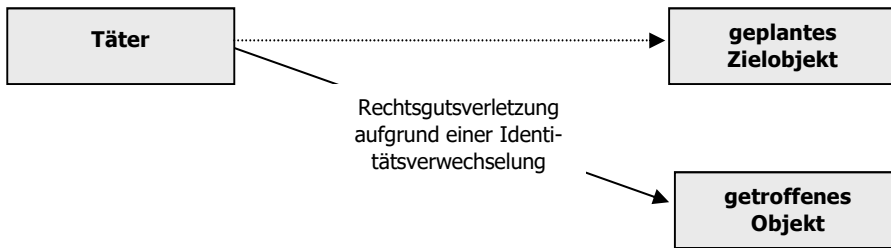
⁴²⁴ Die aus dem Lateinischen stammende Bezeichnung *error in persona vel obiecto* bedeutet im richtigen Kontext übersetzt so viel wie „Fehler bzw. Irrtum hinsichtlich des Tatobjekts“.

⁴²⁵ Preußisches Obertribunal (PrObTr) GA 7, 332 ff.

⁴²⁶ BGHSt 37, 214 ff.

Das vorsätzlich begangene Erfolgsdelikt – Subjektiver Tatbestand

führte in der Hand eine Tüte mit sich, wie dies auch Karl-Friedrich M. zu tun pflegte. E nahm deshalb an, Karl-Friedrich M. vor sich zu haben und erschoss den nichts ahnenden D aus kurzer Entfernung.



Auch der BGH hat den Vordermann (hier: den E) wegen Mordes schuldig gesprochen (zur Frage nach den Auswirkungen des Irrtums des Vordermanns auf die Strafbarkeit des Hintermanns – vorliegend auf Rosahl bzw. Aaron – vgl. Rn 1081 ff.).

Um die rechtlichen Auswirkungen eines solchen Irrtums über die Identität des Opfers nachzuvollziehen, sind folgende Überlegungen anzustellen:

- 286** ■ Sind die Handlungsobjekte rechtlich, d.h. tatbestandlich **gleichwertig** (das ist der Fall, wenn die Tatobjekte als geschützte Rechtsgüter unter denselben Straftatbestand fallen. Beispiel: gewolltes Objekt: Mensch; getroffenes Objekt: Mensch), kann es den Täter nicht entlasten, wenn er sich (lediglich) über die Identität des Opfers geirrt hat. Denn im Zeitpunkt des Angriffs wollte er das von dem konkreten Tatbestand geschützte Rechtsgut (hier: einen Menschen) verletzen. Darauf konzentrierte sich der Vorsatz des Täters. Der Irrtum über die Identität des Opfers ist daher **unbeachtlich** und schließt den Tatbestandsvorsatz nicht aus. Der Täter verwirklicht den betreffenden Tatbestand objektiv und subjektiv.⁴²⁷

Im Rose-Rosahl-Fall und im Hoferben-Fall haben die Vordermänner jeweils den objektiven Tatbestand des Mordes (§ 211 I, II Var. 3 und 5) verwirklicht. Hinsichtlich der subjektiven Seite könnte es allerdings jeweils am Wissenselement des Vorsatzes fehlen, denn beide Vordermänner wussten nicht, dass sie H bzw. D töten würden (vielmehr dachten sie, sie würden S bzw. M töten). Da aber sowohl Rose als auch Eberhard wussten, dass sie einen Menschen töteten, und *diesen als Zielobjekt individualisierten* Menschen auch getötet haben, muss die Identitätsverwechslung unbeachtlich sein. Rose und Eberhard haben somit auch vorsätzlich hinsichtlich der Tötung des S bzw. M gehandelt. Sie sind jeweils aus § 211 I, II Var. 3 und 5 strafbar. Zur Strafbarkeit der Anstifter vgl. Rn 1081 ff.

- 287** ■ Sind das gewollte und das tatsächlich getroffene Tatobjekt hingegen rechtlich, d.h. tatbestandlich **nicht gleichwertig** („gewolltes Objekt: Hund; getroffenes Objekt: Mensch“), ist der Irrtum **beachtlich**, weil sich der Täter über die Tauglichkeit des Tatobjekts geirrt hat.⁴²⁸ Es liegt ein Fall des § 16 I S. 1 vor. Der Täter ist dann gem. § 16 I S. 2 wegen Fahrlässigkeit hinsichtlich des getroffenen Objekts in Tateinheit mit Versuch hinsichtlich des gewollten Objekts zu bestrafen, sofern derartige Straftatbestände bestehen und deren Voraussetzungen vorliegen.

Beispiel: Wilderer T will wieder einmal seiner Jagdleidenschaft nachgehen. Da er jedoch weiß, dass Jagdwilderei (§ 292) vom hiesigen Strafrichter streng bestraft wird, entschließt er sich, in den eingezäunten Privatwald des O einzusteigen und dort ein Tier zu erlegen.⁴²⁹

⁴²⁷ PrObTr GA 7, 332 ff.; BGHSt 37, 214, 218; BGH NSTZ 2006, 686, 687; *Streng*, JuS 2007, 422, 423; *Fischer*, § 16 Rn 5; *SK-Rudolphi*, § 16 Rn 29; *NK-Puppe*, § 16 Rn 113; *Rotsch*, ZJS 2012, 109, 111 f.

⁴²⁸ Ganz h.M. vgl. nur BGH NSTZ 2006, 686, 687; *Streng*, JuS 2007, 422, 423; *W/B/S, AT*, Rn 370; *Gropp*, AT, § 13 Rn 159 ff.; *Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 Rn 59; *Fischer*, § 16 Rn 5.

⁴²⁹ Ist das Gebiet befriedet, scheidet Jagdwilderei in aller Regel aus. Denn befindet sich Wild i.S.d. § 2 BJagdG in Gefangenschaft, v.a. in Zoos oder Tiergärten, aber auch in Privatgehege oder eingezäunten Privatwäldern, ist § 292 nicht anwendbar.

Dort positioniert, wartet er auf das Eintreffen von Wildschweinen. Als er im Unterholz ein Rascheln hört, glaubt er, es handele sich um ein Wildschwein. Gezielt feuert er mit seinem Jagdgewehr in das Gebüsch. Anschließend muss er jedoch feststellen, dass es sich bei dem Opfer um O handelt, der gerade Waldpilze suchte.

T hat den objektiven Tatbestand des Totschlags (§ 212) erfüllt. Fraglich ist aber auch hier die subjektive Seite. T wusste nämlich nicht, dass er auf einen Menschen schießt (damit wird der Unterschied zum Rose-Rosahl-Fall und zum Hoferben-Fall deutlich: Dort wussten Rose bzw. Eberhard, dass sie einen Menschen töteten; T des vorliegenden Beispiels wusste dies nicht, daher konnte sich sein Vorsatz auch nicht auf die Tötung eines Menschen konzentrieren). Mangels Wissens kann somit bei T der Vorsatz nicht bejaht werden, § 16 I S. 1; T ist nicht wegen Totschlags strafbar. Da gem. § 16 I S. 2 aber eine Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit unberührt bleibt, ist T gem. § 222 strafbar (der Fahrlässigkeitsvorwurf besteht darin, dass selbst wenn das Schießen auf bestimmte Ziele erlaubt ist, man nicht eine Schusswaffe benutzen darf, wenn man das Ziel nicht klar erkennen kann). Hinsichtlich der Tötung eines Wildschweins ist T in das Versuchsstadium eingetreten (§§ 303 I, III, 22, 23 I, 12 II).⁴³⁰ Er ist daher wegen fahrlässiger Tötung in Tateinheit mit versuchter Sachbeschädigung strafbar.⁴³¹

Zusammenfassung

- Bei **tatbestandlicher Gleichwertigkeit** der Opfer liegt im Falle der Identitätsverwechslung ein unbeachtlicher Motivirrtum vor. Denn wenn sich zu dem Zeitpunkt, in dem die Tat das Stadium des Versuchs erreicht, Vorsatz, Angriff und Ausführungshandlung allein gegen die Person richten, die der Täter vor sich hat, liegen die Voraussetzungen für die Annahme eines Tatbestandsvorsatzes vor, auch wenn der Täter eine andere Person treffen wollte. Die Strafbarkeit erfolgt dann wegen vollendeter vorsätzlicher Begehung hinsichtlich des getroffenen Objekts. Eine Versuchsstrafbarkeit hinsichtlich des gewollten Objekts kommt nicht in Betracht, weil man anderenfalls den Vorsatz doppelt in Ansatz bringen würde (unzulässige Vorsatzverdoppelung).
- Sind die Objekte hingegen **nicht tatbestandlich gleichwertig**, scheidet der Vorsatz hinsichtlich des getroffenen Objekts aus. Denn der Täter weiß nicht, dass er ein Objekt verletzt, das tatbestandlich nicht mit dem gewollten Objekt gleichwertig ist. Oder anders ausgedrückt: Der Täter, der einen Menschen töten möchte, dann aber aufgrund eines Irrtums ein Tier tötet, hat hinsichtlich der Tötung des Tieres keinen Vorsatz, weil sich der Vorsatz eben auf die Tötung eines Menschen bezog und sich der Vorsatz daher nicht auf ein Tier erstrecken konnte. Der Tätervorsatz in Bezug auf das betroffene Objekt scheidet daher wegen eines beachtlichen Tatumstandsirrums nach § 16 I S. 1 aus. Zu beachten ist aber die Regelung des § 16 I S. 2 i.V.m. § 15 i.V.m. dem objektiv erfüllten Straftatbestand des Besonderen Teils. Es erfolgt dann eine Prüfung des Fahrlässigkeitsdelikts, falls es eine (strafbare) fahrlässige Begehung dieses Delikts überhaupt gibt. Hinsichtlich des gewollten Objekts ist eine Versuchsstrafbarkeit gegeben, sofern die Voraussetzungen dafür vorliegen.

Zur Frage nach den Auswirkungen des Irrtums des Haupttäters auf die Strafbarkeit des Anstifters vgl. Rn 1081 ff.

b.) Auswirkungen des *error in persona* auf den Beteiligten

Interessante Klausurkonstellationen sind auch die Auswirkungen des für den Tatnächsten unbeachtlichen *error in persona* auf den Mittäter, den mittelbaren Täter, den Anstifter oder den Gehilfen. Da für das Verständnis dieser Auswirkungen auf andere an der Tat Beteiligte fundierte Kenntnisse über *Täterschaft und Teilnahme* (§§ 25 ff.) unabdingbare

Diese Tiere stehen dann im Eigentum eines anderen und können nicht Tatobjekte des § 292 sein. Es kommen dann aber Hausfriedensbruch, Diebstahl und Sachbeschädigung in Betracht.

⁴³⁰ Zur (strafrechtlichen) Sacheigenschaft von Tieren siehe R. Schmidt, BT II, Rn 11.

⁴³¹ Siehe auch OLG Frankfurt 20.4.2021 – 4 U 184/19: Schussabgabe auf Wildschwein; Tötung des Jagdhundes.

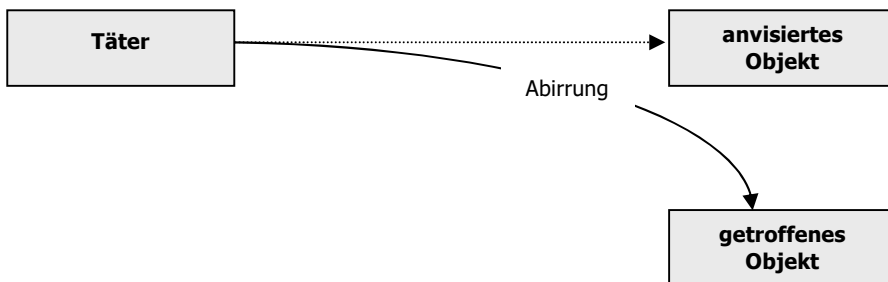
Voraussetzung ist, sei auf die zusammenhängenden Erläuterungen im 10. Kapitel (Rn 988 ff., 1012 ff., 1081 ff.) verwiesen.

c.) Auswirkungen des *error in persona* innerhalb der *actio libera in causa*

- 290 Da die Auswirkungen des *error in persona* auf die Strafbarkeit im Zusammenhang mit der Rechtsfigur der *actio libera in causa* Kenntnisse über diese voraussetzen, sei an dieser Stelle auf die Ausführungen bei Rn 510 ff. verwiesen.

bb. Die Abirring der Tat (*aberratio ictus*)

- 291 Von der Verwechslung des Angriffsgegenstands (*error in persona*) abzugrenzen ist das Fehlgehen (die Abirring) der Tat (*aberratio ictus*⁴³²). Während sich beim *error in persona* Vorsatz und Ausführungshandlung auf **das** Objekt konkretisieren, welches der Täter beim unmittelbaren Ansetzen zur Tat anvisiert hat (Angriffs- und Verletzungsobjekt ist also identisch), tritt bei der *aberratio ictus* der Verletzungserfolg an einem **anderen** Objekt als demjenigen ein, welches im maßgebenden Vorsatzzeitpunkt das Ziel der Ausführungshandlung bildet.⁴³³ Der Täter richtet also seinen Angriff auf ein bestimmtes, von ihm individualisiertes Tatobjekt. Dieser Angriff geht jedoch infolge eines **naturwissenschaftlichen** Umstands fehl und der Täter trifft ein anderes Objekt, das er gar nicht anvisiert hatte und auch nicht verletzen wollte.⁴³⁴ Daraus folgt zugleich, dass es sich bei der *aberratio ictus* – entgegen einer weit verbreiteten Darstellung⁴³⁵ – **nicht** um einen Irrtum handelt, denn der Täter irrt nicht, er verfehlt lediglich sein Ziel. Wegen des Sachzusammenhangs mit den Irrtümern wird die *aberratio ictus* gleichwohl hier behandelt.



Wie aus der Skizze überaus deutlich wird, unterliegt der Täter keiner Fehlvorstellung, sondern einer naturwissenschaftlichen Abweichung. Hinsichtlich der Frage nach der rechtlichen Auswirkung eines solchen Fehlgehens muss differenziert werden:

- 292 ■ Sind anvisiertes und getroffenes Objekt rechtlich, d.h. tatbestandlich **nicht gleichwertig** und hat der Täter auch nicht den Eintritt des Taterfolgs beim tatsächlich getroffenen Objekt billigend in Kauf genommen, ist die Kausalabweichung stets beachtlich. Dann kann auch nur **hinsichtlich des anvisierten, nicht aber des betroffenen Objekts Vorsatz bejaht werden**. Folge ist, dass hinsichtlich des anvisierten Objekts eine Strafbarkeit wegen Versuchs und hinsichtlich der ungewollten, versehentlichen Verletzung des tatsächlich getroffenen Objekts eine Fahrlässigkeit in Betracht kommt, deren Strafbarkeit allerdings von der Existenz eines entsprechenden Fahrlässigkeitstatbestands abhängt.⁴³⁶

⁴³² Auch die Bezeichnung *aberratio ictus* stammt aus dem Lateinischen und bedeutet so viel wie „Abirring des Hiebes (oder Schlages)“.

⁴³³ Vgl. Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn 57; Gropp, AT, § 13 Rn 174 ff.; W/B/S, AT, Rn 370.

⁴³⁴ W/B/S, AT, Rn 370; Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn 57; Gropp, AT, § 13 Rn 147 ff.; Fischer, § 16 Rn 6.

⁴³⁵ Siehe nur Kudlich/Koch, JA 2017, 827, 828 (unter Bezugnahme auf weitere Literatur).

⁴³⁶ Joecks/Jäger, § 15 Rn 55; W/B/S, AT, Rn 370; Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn 57; Gropp, AT, § 13 Rn 147 ff.

Beispiel: A schießt mit Tötungsvorsatz auf B, trifft aber nicht diesen, sondern den neben B stehenden Hund des B. Der Hund ist sofort tot.

Weil A den Hund statt den anvisierten B trifft, ist der objektive Tatbestand der Tötung eines Menschen nicht erfüllt. Da A den B aber töten wollte und spätestens mit der Abgabe des Schusses unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hat, ist er wegen versuchten Totschlags (§§ 212, 22, 23 I, 12 I) oder versuchten Mordes (§§ 211, 22, 23 I, 12 I) strafbar. Hinsichtlich des tatsächlich getroffenen Tatobjekts *Hund* besteht kein Tatbestandsvorsatz, da A auf diesen nicht gezielt hat und diesen auch nicht treffen wollte. Hier ist zwar an eine Fahrlässigkeitstat zu denken, eine fahrlässige Sachbeschädigung ist aber gesetzlich nicht normiert.

Läge der Fall umgekehrt, wollte A also nicht den B, sondern den Hund töten, würde tatsächlich aber den B treffen, wäre A wegen versuchter Sachbeschädigung (§§ 303 I, III, 22, 23 I, 12 II) in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung (§ 222) strafbar.

In beiden Konstellationen gilt aber etwas anderes, wenn der Täter das Fehlgehen der Tat für **möglich hält** und sich mit einer eventuellen Verletzung des Zweitobjekts **abfindet**. Hier muss von einem *dolus eventualis* hinsichtlich des tatsächlich getroffenen Objekts ausgegangen werden, da der Täter dessen Verletzung offenbar in Kauf nimmt. Trifft A demnach den Hund statt den anvisierten B, ist er hinsichtlich des B wegen versuchter Tötung und hinsichtlich des Hundes wegen vollendeter Sachbeschädigung strafbar. In der umgekehrten Konstellation, wenn A also auf den Hund gezielt, tatsächlich aber B getroffen hätte, wäre er wegen versuchter Sachbeschädigung in Tateinheit mit vollendeter Tötung strafbar.

- Sind anvisiertes und getroffenes Objekt dagegen rechtlich, d.h. **tatbestandlich gleichwertig**, werden die Rechtsfolgen der *aberratio ictus* uneinheitlich bewertet.

293

Beispiel: A des obigen Beispiels schießt mit Tötungsvorsatz auf B, trifft aber nicht diesen, sondern den neben B stehenden C. Dieser ist sofort tot. Dass A das Fehlgehen der Tat für möglich gehalten und den Tod des C billigend in Kauf genommen haben könnte, ist nicht ersichtlich.

Hier liegt jedenfalls eine versuchte Tötung des B vor. Fraglich ist indes, welche Strafbarkeit hinsichtlich des C in Betracht kommt.

⇒ Eine Minderheitsmeinung⁴³⁷, welche die sog. **Gleichwertigkeitstheorie** vertritt, nimmt wegen der tatbestandlichen Gleichwertigkeit beider Objekte eine vollendete vorsätzliche Begehung gegenüber dem Zweitobjekt an, weil der Täter z.B. bei §§ 212, 211 einen „anderen Menschen“ habe töten wollen und einen „anderen Menschen“ auch getötet habe. Es sei daher auch nur konsequent, den Täter wegen eines vollendeten Tötungsdelikts zu bestrafen, weil er anderenfalls (im Unterschied zum *error in persona*) privilegiert würde. Lediglich, wenn die Zielverfehlung auf einer wesentlichen Kausalabweichung beruhe, sei eine vorsatzausschließende Wirkung zu bejahen.

Vorliegend kann von einer wesentlichen Abweichung des Kausalverlaufs nicht gesprochen werden. Vielmehr liegt es gerade innerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung, dass ein Täter sein Ziel verfehlen kann. Folgt man der Gleichwertigkeitstheorie, ist A also wegen versuchter Tötung hinsichtlich des B in Tateinheit mit vollendeter vorsätzlicher Tötung hinsichtlich des C strafbar.

⇒ Gerade an die erfolgte Konkretisierung des Tätervorsatzes auf ein bestimmtes Angriffsobjekt knüpft aber die herrschende Auffassung⁴³⁸ an (sog. **Konkretisierungstheorie**)

⁴³⁷ So *Puppe*, JZ 1989, 728, 730; NK-*Puppe*, § 16 Rn 121 ff.; *Geppert*, Jura 1992, 165 f. und AK-*Zielinski*, §§ 15, 16 Rn 64 für den Fall, dass die Abirrung für den Täter vorhersehbar war; weitergehender *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht vorsatzausschließendem Irrtum, 1987, 491 ff.; *Loewenheim*, JuS 1966, 310, 313; *Noll*, ZStW 77 (1965), 1, 5: stets Vollendung bei Gleichwertigkeit.

⁴³⁸ Jedenfalls für höchstpersönliche Rechtsgüter (Leben, Gesundheit) BGHSt 34, 53, 55; 37, 214, 219; BGH NSTz 1998, 294, 295; Sch/Sch-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 Rn 57; *Jescheck/Weigend*, AT, § 29 V 6c; *Koriath*, JuS 1997, 901, 907; *Kühl*, AT, Rn 442; *Lackner/Kühl-Kühl*, § 15 Rn 12; *SK-Rudolphi*, § 16 Rn 33; *LK-Vogel/Bülte*, § 16 Rn 78 ff.; *Fischer*, § 16 Rn 6;

mit der Argumentation, die Minderheitsmeinung setze sich über den individualisierten Vorsatz hinweg, indem sie die mit der konkreten Objektvorstellung verbundene Gattungsvorstellung zur maßgeblichen Entscheidungsgrundlage mache. Eine solche Veränderung der Bewertungsfaktoren widerspreche aber nicht nur den realen Gegebenheiten des zu beurteilenden Sachverhalts, sondern verkenne vor allem, dass der Täter das nur versehentlich getroffene Zweitobjekt nicht hat verletzen wollen, weil er ein bestimmtes anderes Objekt als alleiniges Angriffsziel ausgewählt hatte. Darauf, dass der Vorsatz nicht individualisiert sein müsse und dass bei §§ 211, 212 auch ein genereller Tötungsvorsatz genügen könne, komme es nicht an, wenn der Täter – wie im vorliegenden Beispiel – eine Objektindividualisierung vorgenommen habe.⁴³⁹

Nach der herrschenden Konkretisierungstheorie ist A nicht wegen vollendeter Tötung strafbar, sondern wegen versuchter Tötung hinsichtlich des B in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung des C.

Da die beiden Ansätze also zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, ist eine Entscheidung erforderlich. Nach Auffassung der Vertreter der Gleichwertigkeitstheorie werden die Rechtsgüter nur ihrer Gattung nach geschützt. Eine gegebenenfalls erfolgte Konkretisierung des Tätersvorsatzes auf ein bestimmtes Angriffsobjekt sei demzufolge unerheblich. Doch gerade darauf stellt § 16 I S. 1 ab. Mit den Vertretern der Konkretisierungstheorie ist daher der Täter, der eine Objektindividualisierung vornimmt, bei tatbestandlicher Gleichwertigkeit der Objekte wegen Versuchs hinsichtlich des anvisierten Erstobjekts tateinheitlich mit fahrlässiger Erfolgsherbeiführung hinsichtlich des tatsächlich getroffenen Zweitobjekts strafbar.

Aber auch nach der Konkretisierungstheorie gilt: Hat der Täter hinsichtlich des tatsächlich getroffenen Zweitobjekts mit *dolus eventualis* bzgl. des Todesintritts gehandelt, liegt **kein** Fall des *aberratio ictus* vor, sondern ein ***dolus alternativus***⁴⁴⁰; der Täter ist dann wegen vollendeter vorsätzlicher Tötung hinsichtlich des getroffenen Zweitobjekts⁴⁴¹ in Tateinheit mit versuchter Tötung hinsichtlich des anvisierten Erstobjekts strafbar.⁴⁴²

294

Hinweis für die Fallbearbeitung: Wie die Ausführungen gezeigt haben, bestehen ergebnisrelevante Unterschiede im Hinblick auf die Strafbarkeit bezüglich des Zweitobjekts (entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit).

BeckOK-Kudlich, § 16 Rn 8; Heuchemer, JA 2005, 275 ff. Für den Fall, dass es sich ausnahmsweise einmal nicht um höchstpersönliche Rechtsgüter handelt (etwa Sachen) vgl. Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, 85 ff.

⁴³⁹ W/B/S, AT, Rn 372; Jescheck/Weigend, AT, § 29 V 6c.

⁴⁴⁰ Vgl. dazu Rn 260 ff.

⁴⁴¹ Vgl. BGHSt 34, 53, 55; BGH NSTZ 2009, 210, 211.

⁴⁴² Wie hier LK-Murmann, § 22 Rn 37; W/B/S, AT, Rn 372; Kindhäuser/Zimmermann, AT, Rn 36; später auch v. Heintschel-Heinegg, JA 2009, 149, 150; a.A. Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn 91 („versuchtes Delikt tritt als mitbestrafte Nachtat hinter dem vollendeten Delikt zurück“).

Überblick zur rechtlichen Behandlung einer *aberratio ictus*

Tatobjekt	Herrschende Meinung	Minderheitsmeinung
tatbestandlich nicht gleichwertig	Versuch bzgl. des anvisierten Tatobjekts in Tateinheit mit Fahrlässigkeit bzgl. des verwirklichten Delikts, dessen Strafbarkeit allerdings von der Existenz eines entsprechenden Fahrlässigkeitstatbestands abhängt	Gleiches Ergebnis wie h.M.
tatbestandlich gleichwertig	Konkretisierungstheorie: Versuch bezüglich des anvisierten Tatobjekts in Tateinheit mit einem Fahrlässigkeitsdelikt, dessen Strafbarkeit allerdings von der Existenz eines entsprechenden Fahrlässigkeitstatbestands abhängt	Gleichwertigkeitstheorie: Vollendete vorsätzliche Begehung gegenüber dem Zweitobjekt in Tateinheit mit Versuch hinsichtlich des anvisierten Erstobjekts

Zu den Auswirkungen der *aberratio ictus* auf den mittelbaren Täter, den Mittäter und den Teilnehmer (Anstifter und Gehilfen) vgl. Rn 955 ff., 1018 ff. und 1081 ff.

cc. Zusammentreffen von *error in persona* und *aberratio ictus*

Ein häufig anzutreffendes Examensproblem ist auch das **Zusammentreffen von *error in persona* und *aberratio ictus***.⁴⁴³

Beispiel: T hat den Tatentschluss, A zu töten. Aufgrund einer Identitätsverwechslung schießt er aber auf den daneben stehenden B. Wegen des starken Seitenwindes verfehlt das Projektil B und trifft A tödlich.

Bei der Frage nach der richtigen Lösung bietet es sich an, den Sachverhalt gedanklich in zwei Einheiten zu zerlegen: In der ersten Einheit ist die Objektverwechslung zu würdigen. Hier liegt eine (unbeachtliche) Identitätstäuschung, ein *error in persona*, vor. Denn in dem Moment, in dem T den Schuss abfeuert, hat sich sein Vorsatz auf den im Visier befindlichen B konkretisiert. Diesbezüglich ist also Vorsatz anzunehmen. Nun geht der Schuss aber fehl; es liegt eine *aberratio ictus* vor. Wenn man aber auch hier der von der h.M. vertretenen Konkretisierungstheorie folgt, sind Vorsatzkonkretisierungen beachtlich mit der Folge, dass sich der Vorsatz des T allein auf B konkretisiert. Hinsichtlich des A kann daher kein Vorsatz angenommen werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass A (zufällig) mit der Person identisch ist, die nach dem Tatplan des T erschossen werden sollte.⁴⁴⁴ Im Ergebnis wird das Zusammentreffen von *error in persona* und *aberratio ictus* somit nur nach den Regeln der *aberratio ictus* behandelt.⁴⁴⁵ Für den vorliegenden Fall bleibt festzustellen, dass T nach h.M. wegen versuchten Totschlags an B in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung des A strafbar ist.

dd. Irrtum über den Kausalverlauf und die objektive Zurechnung**a.) Standpunkt der Rechtsprechung**

Bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten muss der Tatbestandsvorsatz auch den Kausalverlauf (also den Verlauf zwischen Handlung und Erfolg) und die objektive Zurechnung umfassen.⁴⁴⁶ Hinsichtlich des Kausalverlaufs gilt dabei: Da niemals sämtliche Einzelheiten

⁴⁴³ Zum ebenfalls examensrelevanten *error in persona* bei der *actio libera in causa* vgl. Rn 529.

⁴⁴⁴ W/B/S, AT, Rn 382; Joecks/Jäger, § 15 Rn 58.

⁴⁴⁵ Siehe sämtliche Auflagen dieses Buches; später auch Kudlich/Koch, JA 2017, 828, 829.

⁴⁴⁶ So auch Roxin, AT I, § 12 Rn 154; Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn 54a.

voraussehbar sind, genügt für die Bejahung des diesbezüglichen Tatbestandsvorsatzes, dass der Täter den **Kausalverlauf in seinen wesentlichen Umrissen** erfasst. Das ist immer dann anzunehmen, wenn sich die Abweichung des wirklichen Kausalverlaufs vom vorgestellten Kausalverlauf noch in den Grenzen des **nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren hält und sie somit keine andere Bewertung der Tat rechtfertigt**.⁴⁴⁷ 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 (vgl. dazu bereits Rn 215 f.). 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.⁴⁴⁸ Eigenständige Bedeutung erlangt die Figur vom Irrtum über den Kausalverlauf aber dann, wenn man (mit dem BGH) bei den Vorsatzdelikten die Lehre von der objektiven Zurechnung ablehnt und die Fälle ausschließlich im Vorsatz löst. Denn auch der Vorsatz muss den Kausalverlauf in seinen wesentlichen Zügen umfassen. Liegt also eine wesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf vor und rechtfertigt diese Abweichung eine andere Bewertung der Tat, muss der Vorsatz folgerichtig verneint werden. Siehe zu dieser Problematik Rn 301.

298 Umgekehrt formuliert kommt die h.L. zur Vorsatzfrage nur dann, wenn sie die objektive Zurechnung bejaht. Bejaht man die objektive Zurechnung, bezweifelt die h.L. den Vorsatz, wenn der Täter nicht mit Verlaufsabweichungen gerechnet hatte, die objektiv voraussehbar waren – sog. **subjektive Zurechnung**.⁴⁴⁹ Das ist auf den ersten Blick nicht ganz einleuchtend. Denn wollte man zwischen einer „objektivierten“ Zurechnung und einer „subjektivierten“ Vorsatzfrage unterscheiden, müsste man eine Definition des Irrtums über den Kausalverlauf wählen, die von derjenigen der objektiven Zurechnung abweicht.⁴⁵⁰ Die Diskussion über die Vorsatzfrage ist aber von keiner allzu großen praktischen Bedeutung, da auch die h.L. in fast allen Fällen, in denen sie trotz atypischer Kausalverläufe die objektive Zurechnung annimmt, auch zur Bejahung des Vorsatzes kommt.

Beispiel: 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 eine **unbeachtliche Abweichung** des tatsächlichen Kausalverlaufs vom vorgestellten Kausalverlauf 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.⁴⁵¹

Gegenbeispiel: Dagegen ist die **Abweichung** des tatsächlichen Kausalverlaufs vom vorgestellten Kausalverlauf **beachtlich**, wenn das Opfer infolge einer Verletzung stirbt, die der geplanten Tötung in größerem zeitlichen und örtlichen Abstand vorgelagert ist, insbesondere wenn dazwischen Handlungsabschnitte vorgesehen sind, die in keinem inneren Zusammenhang mit der Tötung stehen. Keine vollendete Tötung liegt demnach vor, wenn das Opfer auf dem Weg zum Tötungsort an einem Knebel erstickt, noch ehe der Täter sei-

⁴⁴⁷ 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; NJW 2011, 2065, 2066; NStZ 2016, 721, 722 f. (Scheunemord); Sch/Sch-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn 55.

⁴⁴⁸ Richtig Gropp, AT, § 13 Rn 130; W/B/S, AT, Rn 386; Putzke/Putzke, JA 2014, 183, 188.

⁴⁴⁹ Vgl. Roxin, AT I, § 12 Rn 140 ff., 165, der die objektive Zurechnung an das Kriterium der „Gefahrverwirklichung“ und die Bejahung des Vorsatzes an die „Planverwirklichung“ knüpft; siehe auch W/B/S, AT, Rn 383 ff.; Jescheck/Weigend, AT, § 29 V 6b; Maurach/Zipf, AT, § 23 Rn 28 f.; Gropp, AT, § 13 Rn 133.

⁴⁵⁰ Vgl. nur die identischen Definitionen hinsichtlich der atypischen Kausalverläufe bei der objektiven Zurechnung und des Irrtums über den Kausalverlauf.

⁴⁵¹ Vgl. BGH NStZ 2002, 475, 476; Altwater, NStZ 2003, 21.

nen Plan umsetzen kann.⁴⁵² Sieht man in dem Knebeln zugleich den Eintritt in das Versuchsstadium der Tötung, erfolgt die Strafbarkeit aus versuchter Tötung in Tateinheit mit Freiheitsberaubung mit Todesfolge (§ 239 IV).

Geht man indes davon aus, dass der Täter im Rahmen seines Tatplans mit dem Fesseln und Knebeln noch keine Handlung vorgenommen hat, die in unmittelbarem örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der vorgestellten Tatbestandsverwirklichung stand oder in diese ohne wesentliche Zwischenakte einmünden sollte, ist er (lediglich) wegen Freiheitsberaubung mit Todesfolge (§ 239 IV) in Tateinheit mit Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227) strafbar, nicht aber wegen Totschlags (§ 212). Die ebenfalls verwirklichte fahrlässige Tötung (§ 222) tritt hinter § 227 und § 239 IV zurück. Vgl. dazu auch Rn 301 ff. sowie Rn 841 ff.

Rechtsdogmatische und rechtskonstruktive Unterschiede zwischen der Auffassung der Literatur und der Rechtsprechung ergeben sich, wenn man der Rechtsprechung folgt, die bei den Vorsatzdelikten bis auf die Fallgruppe der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung oder Selbstverletzung die Lehre von der objektiven Zurechnung ablehnt und daher überwiegend von einer Bejahung des objektiven Tatbestands allein aufgrund der Äquivalenztheorie ausgeht. Hier können bestehende Unbilligkeiten allein im Rahmen des Irrtums über den Kausalverlauf korrigiert werden⁴⁵³, was bei mehraktigen Geschehensabläufen (Rn 301 ff.) besonders deutlich wird.

299

Hinweis für die Fallbearbeitung: Wird der Rspr. gefolgt, liegt der objektive Tatbestand aufgrund der uferlosen Weite der Äquivalenztheorie i.d.R. vor (s.o.). Erhebliche Abweichungen des wirklichen Kausalverlaufs vom vorgestellten Kausalverlauf werden dann über die Figur des Irrtums über den Kausalverlauf bei der Prüfung des subjektiven Tatbestands korrigiert. Es entfällt der Vorsatz.

300

Folgt man indes der Lehre von der objektiven Zurechnung, muss im objektiven Tatbestand geprüft werden, ob Zurechenbarkeit vorliegt. Dazu muss festgestellt werden, ob der Erfolg nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung noch zugerechnet werden kann, ob also eine unerhebliche Abweichung des tatsächlichen Kausalverlaufs vom vorgestellten Kausalverlauf vorliegt. Ist die Abweichung erheblich, kann eine objektive Zurechnung nicht erfolgen. Der objektive Tatbestand liegt nicht vor. Ist die Abweichung dagegen unerheblich, muss im subjektiven Tatbestand festgestellt werden, dass zwar eine Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf vorliegt, diese aber unwesentlich und damit auch vom Vorsatz umfasst ist.

Damit findet streng genommen zwar eine doppelte Prüfung statt, man setzt sich aber nicht der Gefahr aus, sich vorwerfen lassen zu müssen, man habe die Problematik des Irrtums über den Kausalverlauf nicht erkannt.

Beispiel: A schießt mit Tötungsabsicht auf B, verletzt diesen aber nur leicht. Auf dem Weg ins Krankenhaus verunglückt der Krankenwagen, wobei B tödlich verletzt wird. Hier hält sich die Abweichung des wirklichen Kausalverlaufs vom vorgestellten Kausalverlauf wohl nicht mehr in den Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren, sodass bereits die objektive Zurechnung nicht gegeben ist. Nach der hier vertretenen Auffassung rechtfertigt eine Bewertung der Tat auch kein anderes Ergebnis. A hat somit nicht den objektiven Tatbestand eines vorsätzlichen Tötungsdelikts verwirklicht. Aufgrund der Identität der Argumentation gelangt man auch zu keinem anderen Ergebnis, wenn man einen Irrtum über den Kausalverlauf annimmt. Wegen § 16 I S. 1 führt dies zum Vorsatzausschluss.

Hinsichtlich der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nach § 222 ist anzumerken, dass wohl auch diese zu verneinen ist, sei es mangels objektiver Zurechnung oder sei es mangels Vorhersehbarkeit.

⁴⁵² Vgl. BGH NJW 2002, 1057; *Altwater*, NSTz 2003, 21.

⁴⁵³ Vgl. etwa BGH NJW 2011, 2065, 2066; BGH NSTz 2016, 721, 722 f.

A ist aber wegen versuchter Tötung (§§ 212, 22, 23 I, 12 I) strafbar, denn er hat den Entschluss gefasst, B zu töten. Er hat auch dadurch, dass er auf B geschossen hat, unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt. Ausgeblieben ist lediglich der Erfolg. Damit liegt das Handlungsunrecht des Versuchs vor.

b.) Mehraktige Geschehensabläufe

301 Wie bereits bei Rn 162 und 197a ausgeführt, wird der Irrtum über den Kausalverlauf insbesondere dort relevant, wo sich ein Geschehen in **zwei Akten** vollzieht: Der Erfolg wird nicht durch die zu diesem Zweck vorgenommene Handlung, sondern durch eine weitere erreicht, welche der Täter in der irrigen Annahme ausführt, der Erfolg sei bereits eingetreten (sog. **verspäteter Erfolgseintritt**).

Beispiel⁴⁵⁴: T schießt (ohne Mordmerkmale, aber mit bedingtem Tötungsvorsatz) auf O und hält diesen für tot. Anschließend versenkt er die vermeintliche Leiche in einem nahe gelegenen See. Tatsächlich war O durch den Schuss nur bewusstlos und stirbt erst im Wasser durch Ertrinken. O wäre mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch an der Schussverletzung gestorben.

In Fällen dieser Art kann zunächst festgestellt werden, dass der tatbestandliche Erfolg durch eine Handlung des Täters eingetreten ist. Im vorliegenden Fall wäre O ohne die Ersthandlung nicht ertrunken. Die Ersthandlung des T war nach der Bedingungstheorie somit ursächlich für den Todeseintritt bei O.

Allein das Vorliegen der Kausalität genügt nach h.L. aber nicht, um den objektiven Tatbestand zu bejahen. Sie fordert auch eine **objektive Zurechnung** des Taterfolgs. Bei mehraktigen Geschehensabläufen fragt sie danach, ob trotz mehrerer Akte ein **einheitliches Tatgeschehen** vorliege und der Täter insgesamt eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen habe, die sich gerade im konkreten Erfolg realisiert (Rn 166). Dies kann man für den vorliegenden Fall ohne weiteres annehmen: Durch den Schuss hat T eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen. O wäre aufgrund der Schussverletzung auch gestorben, wenn T ihn nicht vor Todeseintritt in den See geworfen hätte, wo O letztlich ertrank.

Hinsichtlich des subjektiven Tatbestands bliebe dann nur noch klarzustellen, dass der Vorsatz auch den Kausalverlauf in seinen wesentlichen Grundzügen umfasst, dass also keine wesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf vorliegt, die eine Verneinung des Vorsatzes zur Folge gehabt hätte. Somit wäre der Erfolg auch subjektiv zurechenbar. T hätte sich somit wegen vorsätzlicher Tötung strafbar gemacht.

Der BGH würde auch bei mehraktigen Geschehensabläufen nicht der Lehre von der objektiven Zurechnung folgen, sondern allein nach Maßgabe der Äquivalenztheorie den (objektiven) Tatbestand bejahen. Bei der Frage nach dem Vorsatz würde er dann die Möglichkeit einer normativen Begrenzung des Tatbestandsvorsatzes bei wesentlichen Abweichungen des Kausalverlaufs diskutieren. Da sich die Abweichung im vorliegenden Fall aber noch in den Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren hält und sie somit keine andere Bewertung der Tat rechtfertigt, würde auch der BGH (wie i.d.R.) zu demselben Ergebnis gelangen (im Jauchegrube-Fall hatte der BGH den Vorsatz bejaht, indem er dem Täter bis zum Zeitpunkt des Versenkens des Opfers einen *dolus eventualis* bezüglich der Tötung unterstellte).

302 Wieder anders stellt sich der folgende Fall dar, bei dem der BGH betont, dass eine unwesentliche Abweichung vom Kausalverlauf nur dann vorliege, wenn der Täter bei der Tötungshandlung schon (aus seiner Sicht) zum Versuch angesetzt hatte:

Sachverhalt⁴⁵⁵: A fesselte und knebelte seine missliebige Ehefrau B in der Absicht, sie später zu töten. Sodann verbrachte er sie in den Kofferraum seines Wagens und fuhr mit

⁴⁵⁴ Angelehnt an den allseits bekannten **Jauchegrube-Fall** (BGHSt 14, 193 ff.) – siehe dazu oben Rn 162 und 197a. Zum **Scheunenmord-Fall**, der ebenfalls ein mehraktiges Geschehen zum Gegenstand hat, vgl. ebenfalls Rn 162 und 197a.

⁴⁵⁵ Nach BGH NJW 2002, 1057.

ihr zu einem abgelegenen Ausläufer eines ca. 100 km entfernten Sees, um sie dort unbeobachtet zu töten. Dort angekommen, konnte er die geplante Tötung aber nicht mehr ausführen, weil B bereits während der Fahrt entgegen dem Plan und ohne weiteres gewolltes Zutun des A durch Herzversagen aufgrund der Todesangst verstorben war.

Lösungsgesichtspunkte: Hier hat A, der nach seiner Vorstellung vom Tatablauf den Taterfolg erst durch eine spätere Handlung herbeiführen wollte, diesen tatsächlich bereits durch eine frühere bewirkt. Nach Auffassung des BGH kommt in diesem Fall eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Herbeiführung des Taterfolgs über die Rechtsfigur der unerheblichen Abweichung des tatsächlichen Kausalverlaufs vom vorgestellten Kausalverlauf nur dann in Betracht, wenn der Täter bereits vor der Handlung, die den Taterfolg verursacht, die Schwelle zum Versuch überschritten hat oder sie zumindest mit dieser Handlung überschreitet (dies würde nach der Lehre von der objektiven Zurechnung ebenso gelten). Ist das nicht der Fall, kommt (lediglich) eine Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227), eine Freiheitsberaubung mit Todesfolge (§ 239 IV) bzw. eine fahrlässige Tötung (§ 222) in Betracht. Im vorliegenden Fall ist daher fraglich, wann A das Versuchsstadium erreicht hat. Nach § 22 liegt der Versuch einer Straftat vor, sobald der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Täter bereits ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht hat. Aber auch eine frühere, vorgelagerte Handlung kann bereits das Versuchsstadium erreichen. Dies gilt aber nur dann, wenn sie nach der Vorstellung des Täters bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung unmittelbar einmündet oder mit ihr in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang steht – Gesamtplantheorie. Vorliegend beabsichtigte A, seine Frau zunächst nur zu fesseln und in den Kofferraum zu verbringen. Sodann wollte er mit ihr zu dem 100 km entfernten See fahren und sie erst dort töten. Vor dem Hintergrund eines derartigen Tatplans kann man das Fesseln und Knebeln noch nicht als unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tötungstatbestands werten. A hat im Rahmen seines Tatplans mit dem Fesseln und Knebeln also noch keine Handlung vorgenommen, die in unmittelbarem örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der vorgestellten Tatbestandsverwirklichung stand oder in diese ohne wesentliche Zwischenakte einmünden sollte. Daher ist A (lediglich) wegen Freiheitsberaubung mit Todesfolge (§ 239 IV) in Tateinheit mit Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227) strafbar (§ 222 tritt dahinter zurück).

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die in Form von Beispielen wiedergegebenen Aussagen der Entscheidung des BGH zum Tatverlaufsirrtum sowie zum Versuchsbeginn sind in hohem Maße prüfungsrelevant. Daher seien sie noch einmal zusammengefasst:

- Geht man davon aus, dass der Vorsatz bzgl. der Zweithandlung noch nicht zum Zeitpunkt der Ersthandlung vorgelegen hat und dass der Täter durch die Zweithandlung (unvorsätzlich) einen Erfolg bewirkt, von dem er meinte, ihn schon durch einen (vorsätzlichen) Erstakt bewirkt zu haben, ist er nach der Theorie von der objektiven Zurechnung bzw. über die Figur des Irrtums über den Kausalverlauf wegen vorsätzlich vollendeten Delikts strafbar, sofern die Abweichung des vorgestellten vom tatsächlichen Kausalverlauf unwesentlich ist, d.h. sich innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren hält.
- Führt der Täter den Taterfolg, den er nach seiner Vorstellung vom Tatablauf erst durch eine spätere Handlung herbeiführen wollte, tatsächlich bereits durch eine frühere Handlung herbei, kommt eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Herbeiführung des Taterfolgs über die Rechtsfigur der unerheblichen Abweichung des tatsächlichen Kausalverlaufs vom vorgestellten Kausalverlauf nur dann in Betracht, wenn der Täter bereits vor der Handlung, die den Taterfolg verursacht, die Schwelle zum strafbaren Versuch überschritten hat oder sie zumindest mit dieser Handlung überschreitet.
- Beabsichtigt der zur Tötung entschlossene Täter, das Opfer beim ersten Angriff nur verteidigungsunfähig zu machen, die eigentliche Tötungshandlung dagegen erst

302a

nach einem genau geplanten mehraktigen Geschehensablauf in größerem örtlichen und zeitlichen Abstand auszuführen, liegt in dem ersten Angriff jedenfalls dann noch kein unmittelbares Ansetzen zum Tötungsdelikt i.S.d. § 22 vor, wenn nach seinem Tatplan innerhalb des zum Taterfolg führenden Gesamtgeschehens auch Handlungsschritte vorgesehen sind, die in keinem inneren Zusammenhang mit der Tötung stehen und durch den vorherigen Tod des Opfers vereitelt würden.

- 303 Von den bislang behandelten Konstellationen wiederum zu unterscheiden ist der Fall, wenn der Täter zunächst „weniger“, nach einer Zäsur und aufgrund eines neuen Tatent-schlusses dann aber „mehr“ will.

Beispiel: Im obigen Beispiel von Rn 301 schlägt T nur mit *Körperverletzungsvorsatz* heftig auf O ein. Dennoch kommt O zu Tode. T hält diesen aber nur für bewusstlos und wirft den vermeintlich noch lebenden O in den See, um die Vortat zu verdecken.

Nach einer derartigen Zäsur kann man nach keiner der o.g. Auffassungen von einem ein-heitlichen Geschehen ausgehen. Vielmehr muss man ein zweiaktiges Geschehen anneh-men. Hinsichtlich des ersten Tatgeschehens wollte T den O nur verletzen und ist daher „nur“ wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227) strafbar. Die ebenfalls verwirklichte fahrlässige Tötung (§ 222) tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück. Hinsichtlich des zweiten Tatkomplexes ist T wegen versuchten Mordes (§§ 211 I, II Var. 9 – Verdeckungs-absicht) strafbar.

ee. Irrtum über Tatbestandsvarianten

- 304 Das StGB formuliert in vielen Paragraphen des Besonderen Teils Tatbestandsvarianten. So findet man z.B. alternativ genannte Tatobjekte, Tathandlungen und Tatmodalitäten.

Beispiel: § 258 (Strafvereitelung) unterscheidet zwei Begehungsweisen (Tatmodalitäten), die Verfolgungsvereitelung (Abs. 1) und die Vollstreckungsvereitelung (Abs. 2). Gleichgül-tig, welche dieser beiden Tatmodalitäten der Täter verwirklicht, macht er sich – bei ent-sprechendem Vorsatz – wegen Strafvereitelung strafbar.

- 305 Problematisch wird die Frage nach der Strafbarkeit dann, wenn der Täter objektiv die ei-ne Variante verwirklicht, sein Vorsatz sich jedoch auf die andere, tatsächlich nicht ver-wirklichte Variante bezog, er sozusagen einem Irrtum unterlegen ist.

- 306 In einem **Irrtum über Tatbestandsvarianten** befindet sich der Täter, wenn er objek-tiv eine Variante verwirklicht, sein Vorsatz sich jedoch auf die Verwirklichung einer ande-ren, tatsächlich nicht verwirklichten Variante bezog.

Beispiel: T gewährt dem O ein Darlehen zu einem völlig überhöhten Zinssatz. Dabei geht er davon aus, dass O aufgrund seiner Unerfahrenheit den Zinssatz für „normal“ hält. In Wirklichkeit erkennt O jedoch die Sittenwidrigkeit des Geschäfts. Er lässt sich nur deshalb darauf ein, weil er sich in einer wirtschaftlichen Zwangslage befindet und bei seiner Haus-bank keinen Kredit mehr bekommt.

Hier verwirklicht T objektiv den Tatbestand des § 291 I S. 1 Var. 1 (Ausnutzen einer Zwangslage), subjektiv fehlt ihm jedoch der Vorsatz (vgl. § 16 I S. 1). Dafür verwirklicht er subjektiv den objektiv nicht gegebenen Tatbestand des § 291 I S. 1 Var. 2 (Ausnutzen der Unerfahrenheit). Es stellt sich die Frage, wie sich diese Fehlvorstellung auswirkt.

- ⇒ Denkbar ist, eine Unbeachtlichkeit der Fehlvorstellung anzunehmen mit dem Argument, dass T den Tatbestand des § 291 I hat verwirklichen wollen und letztlich auch verwirk-licht hat. Folge wäre dann eine Strafbarkeit wegen vollendeten Wuchers.
- ⇒ Denkbar ist aber auch, eine Beachtlichkeit der Fehlvorstellung anzunehmen, weil T ja streng genommen die Unerfahrenheit des O, nicht aber dessen Zwangslage ausnutzen

Das vorsätzlich begangene Erfolgsdelikt – Subjektiver Tatbestand

wollte. In der Folge wäre dann an eine Strafbarkeit wegen Versuchs des § 291 I S. 1 Var. 2 in Tateinheit mit fahrlässiger Begehung des § 291 I S. 1 Var. 1 zu denken. Doch da weder die Versuchsstrafbarkeit angeordnet ist noch ein Fahrlässigkeitstatbestand existiert, führt diese Überlegung zur Straflosigkeit des T.

Die Rspr. verfährt in Irrtumskonstellationen der vorliegenden Art pragmatisch. Sie unterstellt dem Täter regelmäßig, er habe nicht eine solche detaillierte Vorstellung von der Tat gehabt, dass ein Irrtum über Tatbestandsvarianten beachtlich sei. Der Täter habe einen bestimmten Tatbestand verwirklichen wollen und diesen Tatbestand letztlich auch verwirklicht. Damit gelangt sie zur Strafbarkeit aus dem vollendeten Delikt. Auch ein Teil der Literatur vertritt diesen Standpunkt.⁴⁵⁶ Dem ist jedenfalls dann zuzustimmen, wenn eine **qualitative Vergleichbarkeit** (ähnlich den Kriterien der Wahlfeststellung und des *error in persona vel obiecto*) der Tatbestandsvarianten besteht. Anderenfalls ist in Anlehnung an den *error in persona vel obiecto* von einer Beachtlichkeit der Fehlvorstellung auszugehen.

Im vorliegenden Fall sind die beiden Tatvarianten qualitativ gleichwertig, sodass T sich wegen vollendeten Wuchers strafbar gemacht hat. Dasselbe gilt für das Beispiel von Rn 304.

Zu den Tatumstandsirrtümern vgl. auch die Übersicht bei Rn 1208 ff.

⁴⁵⁶ Eine Übersicht über die verschiedensten Auffassungen bietet *Rolofs*, JA 2003, 304 ff.

3. Objektive Bedingungen der Strafbarkeit - Tatbestandsannexe

307 Objektive Bedingungen der Strafbarkeit sind Umstände, die außerhalb des Straftatbestands liegen, **aber Voraussetzung für eine Bestrafung** sind. Man spricht daher auch von Tatbestandsannexen. Sie sind für die rechtliche Missbilligung der Tat bedeutungslos und brauchen deshalb auch **nicht** vom Tatbestandsvorsatz umfasst zu sein. Sie haben also keine subjektive Entsprechung (daher auch die Bezeichnung „objektive“ Bedingung). Daraus folgt, dass auch eventuelle Tatbestandsirrtümer unbeachtlich sind (die Resistenz gegenüber Irrtümern erweckt Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip. Diesen Zweifeln begegnet die h.M. mit dem Argument, dass Unrecht und Schuld der Tat bereits unabhängig vom Vorliegen der objektiven Bedingung der Strafbarkeit begründet seien).⁴⁵⁷

Beispiel: Die Strafbarkeit aus § 231 I Var. 1 (Beteiligung an einer Schlägerei) setzt voraus, dass durch die Schlägerei der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung verursacht worden ist. Dass der an der Schlägerei beteiligte Täter selbst den Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung verursacht haben muss, ist dabei ebenso wenig erforderlich wie eine subjektive Beziehung des Täters zu diesen schweren Folgen. Wenn nun beispielsweise T bei einer Kneipenschlägerei mit einem Bierglas nach X wirft, diesen jedoch verfehlt und dabei O ins Gesicht trifft, macht er sich nach § 231 I strafbar, wenn O dabei ein Auge verliert (§ 226 I Nr. 1). Das Fehlgehen der Tat ist unbeachtlich, da die schwere Folge gerade nicht vom Tatbestandsvorsatz umfasst zu sein braucht und deshalb auch ein Tatumstandsirrtum keine Auswirkungen haben kann. T würde sich aber auch dann nach § 231 I strafbar machen, wenn nicht er, sondern X dem O ein Bierglas ins Gesicht schleuderte und O dabei ein Auge verlöre.

Weitere Beispiele von objektiven Bedingungen der Strafbarkeit sind die Nichterweislichkeit der ehrenrührigen Tatsache in § 186, die Zahlungseinstellung, Konkursöffnung oder Abweisung des Eröffnungsantrags mangels Masse in §§ 283 VI, 283d IV, das Begehen einer Straftat nach den §§ 177 oder 184i durch einen Beteiligten der Gruppe, der der Täter angehört, in § 184j und (allerdings strittig) die Rauschtat in § 323a.

308 **Hinweis für die Fallbearbeitung:** Fraglich ist der Prüfungsstandort einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit. Da eine subjektive Beziehung des Täters zu ihr nicht erforderlich ist, hat die Prüfung jedenfalls außerhalb von Vorsatz und Schuld zu erfolgen. Hinzu kommt, dass auch § 18, der den Eintritt der schweren Folge wiederum vom Vorliegen einer *subjektiven* Beziehung abhängig macht und eine *Strafschärfung* herbeiführt, nicht anwendbar ist, weil der Gesetzgeber in den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit eine *strafbegründende* Tatsache sieht. Zunächst ist es möglich, sie nach der Schuld oder gar noch vor dem objektiven Tatbestand zu prüfen, denn liegt die objektive Strafbarkeitsbedingung nicht vor, kann auch der objektive Tatbestand nicht erfüllt sein. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte sie jedoch als Annex *nach* dem subjektiven Tatbestand geprüft werden.⁴⁵⁸ Dadurch stellt man zunächst klar, dass die objektive Bedingung der Strafbarkeit eine materielle Strafbarkeitsvoraussetzung ist und zum Tatbestand gehört. Darüber hinaus gibt man zu erkennen, dass eine subjektive Beziehung des Täters zu ihr nicht erforderlich ist.

⁴⁵⁷ Vgl. hierzu *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 233 ff.

⁴⁵⁸ Vgl. bereits die 1. Aufl. 2002; wie hier nun auch *Rönnau*, JuS 2011, 697, 699.

II. Rechtswidrigkeit

1. Einführung

Bei Befolgung des dreistufigen Deliktsaufbaus steht auf der ersten Stufe die Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands. Der Tatbestand beschreibt typisches Unrecht in einer abstrakten Weise und der Gesetzgeber geht dabei davon aus, dass derjenige, der den Tatbestand erfüllt, auch rechtswidrig handelt. Aus diesem Grund ist die Rechtswidrigkeit im Regelfall durch die Erfüllung des Tatbestands indiziert. Gleichwohl gibt es Situationen, in denen die Erfüllung eines Tatbestands kein Unrecht darstellt, weil dem Täter ein Erlaubnissatz zur Seite steht. Nach der Systematik des Strafrechts stehen den **Unrechtstatbeständen** nämlich sog. **Erlaubnistatbestände** (Unrechtsausschlussgründe) gegenüber. Das Eingreifen solcher Erlaubnissätze bewirkt, dass das strafrechtlich relevante Handeln zwar tatbestandsmäßig bleibt, allerdings keine Rechtspflichtverletzung und damit insgesamt kein Unrecht darstellt.

309

Beispiel: Die Tötung eines Menschen ist strafrechtlich relevant. Sofern keine qualifizierenden (§ 211) oder privilegierenden (§ 216) Umstände vorliegen, erfüllt der Täter den Straf tatbestand des § 212. Ob der Täter auch rechtswidrig gehandelt hat, wird durch die Erfüllung des Tatbestands zwar indiziert, nicht aber unwiderlegbar vermutet. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob sich der Täter auf einen (unrechtsausschließenden) Erlaubnissatz berufen kann. Wenn also bspw. der Täter zuvor von dem Opfer angegriffen wurde, kommt der Rechtfertigungsgrund Notwehr (§ 32) in Betracht. Kann sich der Täter auf § 32 berufen, handelt er zwar tatbestandsmäßig (i.S.d. § 212), nicht aber rechtswidrig.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Sofern nach gedanklicher Prüfung kein Rechtfertigungsgrund greift, darf aufgrund der Indizwirkung des Tatbestands die Rechtswidrigkeit nur mit einem Satz festgestellt werden, etwa in der Art, dass „die Verwirklichung des Tatbestands rechtswidrig war.“ Nur wenn (ausnahmsweise) ein Rechtfertigungsgrund in Betracht kommt, bedarf es einer Prüfung, in die etwa so eingestiegen werden könnte: „Eine tatbestandsmäßige Handlung ist rechtswidrig, wenn sie nicht durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt wird. Zu prüfen ist daher, ob ein anerkannter Rechtfertigungsgrund vorliegt. In Betracht kommt § ...“.

310

Eine Besonderheit gilt hinsichtlich sog. „offener Tatbestände“ (§§ 240, 253). Bei diesen Straftatbeständen ist der Tatbestand so weit gefasst, dass sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis umdreht: Zur Erfüllung des Tatbestands muss die Rechtswidrigkeit positiv festgestellt werden. Welches konkrete Täterverhalten im Einzelfall zum Vorliegen der Rechtswidrigkeit führt, ist den in Betracht kommenden Strafnormen zu entnehmen.

Schließlich ist danach zu fragen, welche Auswirkungen das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes für andere Personen hat.

- Zunächst führt das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes dazu, dass der Eingriff des Täters in die Rechtssphäre eines anderen nicht rechtswidrig ist. Dieser andere kann sich also nicht auf Notwehr (§ 32) berufen, da das Notwehrrecht gerade einen rechtswidrigen Angriff voraussetzt. Es gilt also der Merksatz: **Keine Notwehr gegen eine gerechtfertigte Tat!** In Betracht kommen aber § 34 oder § 35, da diese keinen rechtswidrigen Angriff voraussetzen.
- Des Weiteren sind die Folgen der Rechtfertigung für den Teilnehmer zu beachten: Sowohl Anstiftung (§ 26) als auch Beihilfe (§ 27) setzen eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat voraus. Ist der Haupttäter gerechtfertigt, fehlt es somit an einer teilnahmefähigen Haupttat. Eine versuchte Teilnahme ist nur im Fall des § 30 I strafbar. Es gilt also der Satz: **Keine Teilnahme an einer gerechtfertigten Tat!**

2. Das Erfordernis subjektiver Rechtfertigungselemente

311 Der gesetzliche Tatbestand setzt sich aus objektiven und subjektiven Unrechtselementen zusammen. Sieht man nun in den Rechtfertigungsgründen Erlaubnistatbestände, stellt sich die Frage, ob der Täter auch diesbezüglich mit einer subjektiven Komponente handeln muss. Fordert man ein subjektives Rechtfertigungselement, sind **zwei (Irrtums-) konstellationen** denkbar:

312 ■ Zum einen ist es möglich, dass der Täter objektiv gerechtfertigt ist, die objektiv vorliegende Rechtfertigung aber nicht kennt, sondern vielmehr davon ausgeht, sich rechtswidrig zu verhalten (Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements).

Beispiel: O ist im Begriff, in seine Westentasche zu greifen. Der neben O stehende T, der sich keines Angriffs ausgesetzt sieht, nutzt die Gelegenheit einer vermeintlichen Unaufmerksamkeit des O, diesen niederzuschlagen. Hinterher stellt sich heraus, dass O im Begriff war, aus seiner Westentasche ein Messer zu ziehen, um T damit zu verletzen. ⇒ In diesem Fall war T also objektiv gerechtfertigt (Notwehr, § 32), hatte aber nicht den Willen, sich zu verteidigen.

313 ■ Andererseits ist denkbar, dass der Täter objektiv nicht gerechtfertigt ist, aber irrig annimmt, sein Verhalten sei gerechtfertigt.

Beispiel: O zieht aus seiner Westentasche ein Streichholz, um sich eine Zigarette anzuzünden. T glaubt in diesem Moment, O wolle ein Messer ziehen, um ihn anzugreifen. Um diesem vermeintlichen Angriff zuvorzukommen, schlägt T den O nieder. ⇒ In diesem Fall war T also objektiv nicht gerechtfertigt (keine Notwehr, § 32), handelte aber, um einen vermeintlichen Angriff von sich abzuwehren.

a. Täter ist objektiv gerechtfertigt, es fehlt aber am subjektiven Rechtfertigungselement („umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum“)

314 Eine einzelne, heute wohl nicht mehr vertretene Minderheitsmeinung⁴⁵⁹ machte die Rechtfertigungsgründe (ausgewiesenermaßen die Notwehr) nicht von subjektiven Elementen abhängig. Sie begründete ihre Auffassung mit dem Argument, dass durch die Forderung nach einem subjektiven Rechtfertigungselement unabhängig vom Wortlaut der Rechtfertigungsnorm zu Lasten des Täters eine zusätzliche Straffreiheitsbedingung eingeführt werde. Daher genüge es, wenn objektiv eine Rechtfertigungslage gegeben sei, unabhängig von der Vorstellung des Täters. Die Konsequenz dieser Auffassung war, dass der Täter auch ohne Rechtfertigungswillen, ja sogar bei rechtsfeindlicher Gesinnung gerechtfertigt ist.

Im **Beispiel** von Rn 312 wäre T demzufolge nach § 32 gerechtfertigt. Er wäre nicht wegen eines vollendeten Körperverletzungsdelikts strafbar.

315 Nach heute wohl einhelliger Auffassung⁴⁶⁰ wird eine tatbestandsmäßige Handlung nicht schon dadurch gerechtfertigt, dass die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes gegeben sind. Vielmehr sei ein **subjektives Rechtfertigungselement** erforderlich. Zur Begründung wird ausgeführt, dass es – bei entsprechender Strafbarkeitsanordnung – für die Strafbarkeit genüge, dass der Täter seine rechtsfeindliche Gesinnung durch eine objektiv nicht einmal tatbestandsmäßige Handlung zum Ausdruck bringe, wenn er also allein Handlungsunwert begehe. Wer beispielsweise eine eigene Sache zerstöre in der irrümlichen Annahme, die Sache sei fremd, begehe zwar keine Sach-

⁴⁵⁹ LK-Spendel, § 32 Rn 138 (bis zur 11. Aufl.); anders jetzt LK-Rönnau/Hohn (12. Aufl. 2006), § 32 Rn 262 ff.

⁴⁶⁰ BGH NJW 2013, 2133, 2134 f.; NSTZ 2001, 143, 144; 2001, 153; 1996, 29, 30; BayObLG NSTZ-RR 1999, 9; Mitsch, JuS 2000, 848, 851; Graul, JuS 2000, L 41; LK-Rönnau/Hohn, § 32 Rn 263, 266 f.; Sch/Sch-Sternberg-Lieben, Vorbem §§ 32 ff. Rn 13 f.; Fischer, § 32 Rn 25; W/B/S, AT, Rn 412; Joecks/Jäger, Vor § 32 Rn 10; Roxin, AT, § 14 Rn 97; Kühl, AT, § 8 Rn 183; Rönnau, JuS 2009, 594, 595; a.A. Gropp, AT, § 5 Rn 175.

beschädigung, werde aber dennoch wegen Versuchs bestraft (siehe § 303 III). Straflös bleibe daher nur, wer etwas nicht Strafbares tue und sich dessen auch bewusst sei. Das Gleiche müsse auch für die Rechtswidrigkeit gelten. Wer objektiv und subjektiv tatbestandsmäßige, aber objektiv gerechtfertigte Handlungen in Unkenntnis des Rechtfertigungsgrundes vornehme, betätige eine rechtsfeindliche Gesinnung. Er könne daher nicht gerechtfertigt sein. Das ist richtig. Für das Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselements spricht bereits der Wortlaut der §§ 32, 34, d.h. die klare finale Formulierung „um“ in § 34 S. 1, aber auch das „um“ in § 32 II. Die gegenteilige Annahme, wonach mit dem „um“ (in § 32 II) nicht wie bspw. in § 259 I vom Gesetz eine Intention gefordert, sondern ausschließlich die Verteidigungshandlung näher umschrieben werde⁴⁶¹, überzeugt nicht. Im Gegenteil: Der Wortlaut auch des § 32 II (d.h. die grammatikalische Auslegung) lässt nicht (jedenfalls nicht zwingend) darauf schließen, dass mit dem „um“ ausschließlich die Verteidigungshandlung näher umschrieben werde. Im Gegenteil ist – wie aufgezeigt – mit dem „um“ die Finalität, der Zweck der Verteidigungshandlung umschrieben, womit schon auf Formulierungsebene der Rechtfertigungsgründe dem Handlungsunwert Rechnung getragen wird.

Im Ergebnis ist aber klar, dass ein subjektives Rechtfertigungselement erforderlich ist, wobei einige es genügen lassen, wenn der Täter das Vorliegen der rechtfertigenden Umstände für möglich hält.⁴⁶² Anderen zufolge muss der Täter in Kenntnis der ihn rechtfertigenden Sachlage handeln.⁴⁶³ Schließlich wird vertreten, dass der in Kenntnis der ihn rechtfertigenden Sachlage handelnde Täter auch mit dem Willen der Rechtfertigung handeln müsse.⁴⁶⁴

Auf dem Boden dieser Grundsätze ist die Tat also nur gerechtfertigt, wenn dem Täter ein Erlaubnissatz zur Verfügung steht und er diesen auch in Anspruch nehmen möchte. Mit hin gehören zur Notwehr subjektiv der „Verteidigungswille“⁴⁶⁵, zum rechtfertigenden Notstand der „Rettungswille“, zur rechtfertigenden Einwilligung das Handeln „in Kenntnis des Rechtsgutverzichts“, zum Festnahmerecht gem. 127 StPO der Festnahmewille usw.⁴⁶⁶ Zusätzliche Motive wie beispielsweise Eifersucht, Neid, Hass, Wut oder das Streben nach Vergeltung spielen dabei keine Rolle, sofern sie jedenfalls den Rechtfertigungswillen nicht völlig in den Hintergrund drängen.⁴⁶⁷

Im **Beispiel** von Rn 312 wäre T demzufolge *nicht* nach § 32 gerechtfertigt.

Schließlich ist innerhalb der h.M. die Frage klärungsbedürftig, welche Konsequenzen sich für den in Unkenntnis der Rechtfertigungslage handelnden Täter ergeben. 316

- Nach einer Auffassung⁴⁶⁸ ist der Täter wegen **vollendeter rechtswidrigerer Tat** strafbar. Sie geht davon aus, der Täter sei wegen Vollendung und nicht wegen Versuchs strafbar, weil der tatbestandsmäßige Erfolg eingetreten sei und eine Versuchsstrafbarkeit nur dann in Betracht komme, wenn es an einem objektiven Tatbestandsmerkmal fehle. Für dieses Ergebnis spreche auch der Wortlaut des § 16, der sich nur auf den gesetzlichen Tatbestand beziehe. 317

⁴⁶¹ Roxin, AT I, § 14 Rn 100.

⁴⁶² So vertreten von Sch/Sch-Sternberg-Lieben, Vorbem §§ 32 ff. Rn 14.; SK-Günther, Vor § 32 Rn 90.

⁴⁶³ So vertreten von Roxin, AT I, § 14 Rn 94; Kühl, AT, § 8 Rn 183; Matt/Renzikowski-Engländer, Vor §§ 32 ff. Rn 7. Dem sich anschließend Mitsch, JuS 2017, 19, 21.

⁴⁶⁴ So die wohl h.M. unter Einschluss des BGH, vgl. nur BGH NJW 2013, 2133, 2135; NSTZ 2001, 143, 144; 2001, 153; 2000, 365; 1999, 29, 30; NK-Paeffgen, Vorbem zu §§ 32 ff. Rn 100; W/B/S, AT, Rn 413. Zum Streitstand insgesamt vgl. ausführlich Sch/Sch-Sternberg-Lieben, Vorbem §§ 32 ff. Rn 14.

⁴⁶⁵ So ausdrücklich BGH NJW 2013, 2133, 2134 f.

⁴⁶⁶ So W/B/S, AT, Rn 414.

⁴⁶⁷ BGH NJW 2013, 2133, 2135; NSTZ 2000, 365; BayObLG NSTZ-RR 1999, 9; Roxin, AT, § 14 Rn 95 u. § 15 Rn 111; Fischer, § 32 Rn 26. Vgl. auch Brüning, ZJS 2013, 511; Jäger, JA 2013, 708.

⁴⁶⁸ BGHSt 2, 111, 114 f.; BGH NSTZ 2005, 332, 334; LK-Rönnau/Hohn, § 32 Rn 268; Zieschang, AT, Rn 232.

- 318 ■ Die h.M.⁴⁶⁹ nimmt nur **Versuch** an, und zwar entweder unter **direkter oder analoger** Anwendung der Versuchsregeln.
- 319 ■ Stellungnahme: Der h.M. ist zuzustimmen. Denn da den Täter die Strafe wegen eines vollendeten Delikts nur dann treffen kann, wenn er sämtliche objektiven und subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen erfüllt hat, fehlt es an einer objektiv rechtswidrigen Handlung, wenn objektiv ein Rechtfertigungsgrund greift. Da dem Täter aber der „Wille zur Rechtfertigung“ fehlt, er also Unrecht begehen will, obwohl dies objektiv nicht der Fall ist, liegt eine dem Versuch entsprechende Situation vor.⁴⁷⁰

320

Hinweis für die Fallbearbeitung: Während die zuerst genannte Auffassung also zur Strafbarkeit (wegen vollendeter rechtswidriger Tat) gelangt, hängt die Strafbarkeit des Täters nach der Gegenauffassung von der Strafbarkeit des Versuchs ab. Es können sich also zum Teil sehr ergebnisrelevante Unterschiede ergeben. Folgt man der auch hier vertretenen Gegenauffassung, die bei Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements einen Versuch annimmt, muss man die Prüfung des vollendeten vorsätzlichen Delikts an dieser Stelle der Klausurprüfung abbrechen und in die Versuchsprüfung einsteigen. Bei dieser Prüfung wird die Feststellung, dass der Erfolg ausgeblieben ist, durch den Hinweis auf das fehlende Erfolgsunrecht ersetzt. Im Übrigen ist Prüfung von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit kurz zu halten, da eine diesbezügliche Prüfung bereits beim vollendeten Delikt erfolgte. Gegebenenfalls ausführlich zu prüfen sind aber die Schuld und die sonstigen Strafbarkeitsvoraussetzungen.⁴⁷¹

b. Täter ist objektiv nicht gerechtfertigt, glaubt sich aber gerechtfertigt

321 Der umgekehrte Fall, d.h. der Fall, in dem zwar das subjektive Rechtfertigungselement vorliegt, nicht aber die objektiv gegebene Rechtfertigungslage, führt

- einerseits zu einem sog. **Erlaubnistatbestandsirrtum**: Der Täter nimmt irrig an, die tatsächlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes (= eines Erlaubnistatbestands) lägen vor.⁴⁷² Beispiele: Irrige Annahme eines notwehrfähigen Angriffs (sog. Putativnotwehr) oder einer Notstandsgefahr (sog. Putativnotstand). Der BGH⁴⁷³ lässt in einem solchen Fall überwiegend analog § 16 I S. 1 den Vorsatz, die h.L. (und teilweise auch der BGH)⁴⁷⁴ lassen dagegen lediglich den Vorsatzschuldvorwurf entfallen. Entfallen lassen des Vorsatzschuldvorwurfs bedeutet, dass es bei einer tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Tat bleibt, der Täter nur nicht schuldhaft handelt (diese Konsequenz kann insbesondere für eine Teilnahme Bedeutung erlangen, denn diese setzt gem. §§ 26, 27 gerade eine rechtswidrige und vorsätzliche Haupttat voraus; auch eine ggf. rechtmäßige Notwehrhandlung des Angegriffenen bleibt möglich).

Im **Beispiel** von Rn 313 wäre T (jedenfalls nach h.L.) analog § 16 I S. 1 kein Vorsatzschuldvorwurf zu machen. Er wäre nicht wegen vorsätzlicher Körperverletzung (§ 223 I) strafbar. Wegen § 16 I S. 2 bleibt aber eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung (§ 229) unberührt. Zum Erlaubnistatbestandsirrtum vgl. auch ausführlich Rn 531 ff.

- andererseits zu einem **Erlaubnisirrtum**: Der Täter nimmt einen Rechtfertigungsgrund an, den es gar nicht gibt, oder er überdehnt die rechtlichen Grenzen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes. Beispiel: Überschreiten der rechtlichen Grenzen des Notwehrrechts, sog. Notwehrexzess (§ 33). Sofern kein Fall des Notwehrexzesses vorliegt (etwa weil die zeitlichen Grenzen des Notwehrrechts überschritten werden oder der Täter nicht aus Ver-

⁴⁶⁹ Sch/Sch-Sternberg-Lieben, Vorbem §§ 32 ff. Rn 15; Fischer, § 32 Rn 27; W/B/S, AT, Rn 415; Roxin, AT, § 14 Rn 104; SK-Günther, vor § 32 Rn 90; LK-Rönnau, Vor § 32 Rn 90; Jescheck/Weigend, AT, § 31 IV 2; Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 9 Rn 147 f.; OLG Celle NdsRpfl 2013, 253 ff.; Kudlich, JuS 2014, 587, 590.

⁴⁷⁰ Vgl. auch Sch/Sch-Sternberg-Lieben, Vorbem §§ 32 ff. Rn 15; OLG Celle NdsRpfl 2013, 253 ff.

⁴⁷¹ W/B/S, AT, Rn 417.

⁴⁷² Vgl. dazu BGH NSTz 2014, 30 f.; NJW 2000, 1348 (mit Bespr. von Mitsch, JuS 2000, 848); Herzberg/Scheinfeld, JuS 2002, 649 ff.; Altwater, NSTz 2003, 21, 24.

⁴⁷³ Vgl. die Nachweise bei Rn 541.

⁴⁷⁴ Vgl. die Nachweise bei Rn 543.

wirung, Furcht oder Schrecken handelt), sondern ein Erlaubnisirrtum, folgt dieser als *indirekter Verbotsirrtum* den in § 17 normierten Regeln, schließt also im Falle der Vermeidbarkeit (wie i.d.R.) die Vorsatzschuld nicht aus. Der Täter bleibt strafbar.⁴⁷⁵ Prüfungspunkt dieses Irrtums ist in der Schuld (siehe Rn 561 ff.).

Zu den Irrtümern in Bezug auf Rechtfertigungsgründe vgl. auch die zusammenfassende Übersicht bei Rn 1208 ff.

3. Einzelne Rechtfertigungsgründe

Für die Rechtfertigungsgründe gilt der Grundsatz der „Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“: Was zivil- oder verwaltungsrechtlich erlaubt ist, kann strafrechtlich nicht verboten sein. Erlaubnisse und Freistellungen, aber auch Rechtfertigungsgründe aus dem Zivilrecht und dem öffentlichen Recht können daher auch im Strafrecht als Rechtfertigungsgründe fungieren.⁴⁷⁶ Aus diesem Grund gibt es so viele Rechtfertigungsgründe, die zur Rechtfertigung eines verwirklichten Straftatbestands führen können. Im Folgenden sollen aber nur die bedeutsamsten vorgestellt und auf die klausurrelevantesten näher eingegangen werden. Insgesamt kommen insbesondere folgende Rechtfertigungsgründe in Betracht⁴⁷⁷:

- aus dem StGB § 32 (Notwehr), § 34 (rechtfertigender Notstand), § 193 (Wahrnehmung berechtigter Interessen), § 218a II und III (Schwangerschaftsabbruch),
- aus dem BGB § 227 (Notwehr), § 228 (Defensivnotstand), § 229 (Selbsthilfe), § 859 (Besitzschutz nach verbotener Eigenmacht), § 904 (Aggressivnotstand) und ggf. 241a (Zerstörung, Beschädigung oder Ingebrauchnahme unbestellt zugeschickter Sachen⁴⁷⁸), ferner diejenigen aus §§ 562b, 581 II, 704, 1029,
- aus der StPO § 81a (u.a. Recht zur Entnahme einer Blutprobe) und § 127 (Festnahmerecht),
- aus dem OWiG § 15 (Notwehr) und § 16 (rechtfertigender Notstand),
- aus dem BJagdG § 23 (rechtfertigender Notstand),
- aus dem GVG § 177 (Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Ordnung) und § 178 (Ordnungsmittel wegen Ungebühr),
- aus dem Strafvollzugsrecht die landesrechtlichen Bestimmungen über das Festnahmerecht gegenüber Entwichenen⁴⁷⁹,
- aus dem GG Art. 20 IV (politisches Widerstandsrecht) und
- aus dem Gewohnheitsrecht (rechtfertigende Einwilligung, rechtfertigende Pflichtenkollision; dagegen ist das Züchtigungsrecht der Eltern und bestimmter Erzieher nicht mehr anzuerkennen).

Hinweis für die Fallbearbeitung: Treffen mehrere Rechtfertigungsgründe (z.B. § 904 BGB, § 34 StGB) auf einen Sachverhalt zu („**Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen**“), ist durch Auslegung zu ermitteln, welcher von ihnen zum Zuge kommt.

- Dabei gilt der sich aus der Gesetzessystematik ergebende Grundsatz, dass der spezielle dem allgemeinen (und damit nachrangigen) Rechtfertigungsgrund vorgeht und Letzterer daher nicht zu prüfen ist⁴⁸⁰.

⁴⁷⁵ Vgl. dazu BGH NSTZ 2003, 596, 597; MüKo-Erb, § 32 Rn 221.

⁴⁷⁶ Allgemeine Auffassung, vgl. nur BGHSt 11, 241, 244.

⁴⁷⁷ Vgl. auch die Aufzählung bei W/B/S, AT, Rn 421; Sch/Sch-Sternberg-Lieben, Vorbem §§ 32 ff. Rn 28.

⁴⁷⁸ Sehr problematisch, vgl. dazu näher R. Schmidt, BT II, Rn 283a.

⁴⁷⁹ Zur Föderalismusreform, durch die am 1.9.2006 die Gesetzgebungskompetenz für das Strafvollzugsrecht vom Bund (vgl. § 87 StVollzG a.F.) auf die Länder übergegangen ist, vgl. R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, 21. Aufl. 2020, Rn 795.

⁴⁸⁰ Wie hier NK-Paeffgen, Vor §§ 32 ff. Rn 77 und nunmehr auch Jahn, JuS 2014, 80, 81. Nach der Gegenauffassung (LK-Rönnau, Vor § 32 Rn 78) sind alle Rechtfertigungsgründe, deren Voraussetzungen vorliegen, nebeneinander anwendbar.

Beispiele:

- (1) § 859 II BGB (Selbsthilfe des Besitzes) geht § 32 StGB vor,
- (2) § 228 BGB geht § 34 StGB vor, weil er speziell Gefahren erfasst, die von einer fremden Sache ausgehen; § 34 StGB erfasst dagegen alle Gefahren. Auch der Aggressivnotstand gem. § 904 BGB geht § 34 StGB vor.⁴⁸¹
- (3) § 32 StGB geht dem inhaltsgleichen § 227 BGB vor, weil er spezielles strafrechtliches Notwehrrecht darstellt (a.A. i.S.v. Gleichrangigkeit vertretbar).
- (4) § 32 StGB geht nach h.M. auch § 34 StGB (und § 228 BGB) vor, weil er eine abschließende Regelung in Bezug auf einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff darstellt und zudem (anders als § 34 StGB und § 228 BGB) keine Interessenabwägung verlangt.⁴⁸² § 32 StGB ist jedoch in zeitlicher Hinsicht strenger, da er die Gegenwartigkeit des Angriffs voraussetzt; § 34 StGB lässt nach h.M. (wie § 228 BGB) auch eine Dauer Gefahr zu.
- (5) § 193 StGB geht § 34 StGB vor, weil die Wahrnehmung berechtigter Interessen speziell die Beleidigung rechtfertigt.
- (6) § 218a StGB geht § 34 StGB vor (das gilt nicht, wenn der Schwangerschaftsabbruch von einem medizinischen Laien vorgenommen wird und § 218a daher nicht greift).

Daraus folgt: Allgemeine Rechtfertigungsgründe, die hinter speziellen zurücktreten, brauchen auch in der Fallbearbeitung i.d.R. nicht separat geprüft zu werden. Allerdings kann ein Hinweis, dass „der allgemeine Rechtfertigungsgrund des ... (etwa § 34 gegenüber § 32) zurücktritt“, zu empfehlen sein.

- Greift der spezielle Rechtfertigungsgrund im Ergebnis aber nicht – etwa weil dessen Voraussetzungen nicht vorliegen –, darf auf einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund zurückgegriffen werden, wenn der speziellere keine Sperrwirkung entfaltet. Ob das der Fall ist, muss durch Auslegung ermittelt werden.

Beispiel/Gegenbeispiel:

- (1) Ist der Angreifer gerechtfertigt, scheidet das Notwehrrecht des Verteidigers an der Rechtswidrigkeit des Angriffs. Der Verteidiger kann sich nicht auf § 32 stützen. Aus § 32 folgt aber nicht, dass die Abwehr rechtmäßiger Angriffe immer rechtswidrig wäre – nur das schneidige Notwehrrecht gilt hier nicht – weshalb in solchen Fällen der Weg frei ist für eine Beurteilung nach § 34.
- (2) § 127 I S. 1 StPO, der insbesondere als Rechtfertigungsgrund bei einer Freiheitsberaubung (§ 239 I) in Betracht kommt, setzt eine „frische Tat“ voraus. Nimmt nun eine Privatperson einen Täter fest, obwohl die Tat nicht mehr „frisch“ ist, ist die Privatperson jedenfalls nicht nach § 127 I S. 1 StPO gerechtfertigt. Zu denken wäre dann zwar an § 34. Dieser Rechtfertigungsgrund ist aber nicht anwendbar, weil das Festnahmerecht grds. abschließend von § 127 geregelt ist.⁴⁸³ Gleichwohl ist die Privatperson nicht notwendigerweise strafbar, weil sie einem Erlaubnistatbestandsirrtum unterlegen sein könnte (vgl. dazu Rn 531 ff.).

Kenntnisse hinsichtlich der Konkurrenz sind insbesondere dann wichtig, wenn der Täter die Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes überschreitet. Ist sein Verhalten dann von einem anderen, weitergehenden Rechtfertigungsgrund gedeckt, handelt er nicht rechtswidrig.

⁴⁸¹ Str.; wie hier (nunmehr) auch *Walter/Schwabenbauer*, JA 2014, 103, 104.

⁴⁸² Wie hier *Sch/Sch-Perron*, § 34 Rn 6; *LK-Hirsch* (11. Aufl.), § 34 Rn 93; *NK-Neumann*, § 34 Rn 13; *Fischer*, § 34 Rn 22; *Jahn*, JuS 2014, 80, 81; a.A. *MüKo-Erb*, § 34 Rn 24 mit dem Argument, dass § 32 auf dem Rechtsbewahrungsprinzip beruhe, wohingegen § 34 auf dem Prinzip des höherwertigen Interesses basiere. Wegen dieser unterschiedlichen Prinzipien stünden beide Rechtfertigungsgründe selbstständig nebeneinander (dem sich anschließend *Zieschang*, JA 2007, 679, 680: artverschiedene Rechtfertigungsgründe).

⁴⁸³ Zu beachten ist aber, dass die „Sperrwirkung“ des § 127 I StPO nur so weit reicht, wie § 127 I StPO inhaltlich greift. Ist § 127 I StPO etwa ausgeschlossen, weil der Festzunehmende (noch) nicht strafmündig ist (Rn 484, str.), bleibt ein „Rückgriff“ auf § 32 möglich. Anderenfalls könnte sich das widersinnige Ergebnis ergeben, dass ein 13-jähriger Täter nicht festgehalten werden dürfte, obwohl von ihm noch eine Angriffshandlung auf ein notwehrfähiges Rechtsgut ausgeht.

Schließlich ist die **Teilbarkeit der Rechtfertigung** zu beachten. Es ist denkbar, dass ein und dieselbe Handlung gegenüber einem Rechtsgut gerechtfertigt ist und gegenüber einem anderen nicht.

Beispiel: Wenn ein flüchtiger Dieb festgehalten wird, bis die Vollzugspolizei eintrifft, und ihm dabei von dem körperlich weit überlegenen Täter der Arm gebrochen wird, ist zwar das Festhalten (d.h. die Nötigung und die Freiheitsberaubung) nach § 127 I S. 1 StPO gerechtfertigt, nicht jedoch der Armbruch.⁴⁸⁴

Schließlich ist es auch möglich, dass eine Handlung mehrere Tatbestände unterschiedlicher Rechtsgutsträger erfüllt. Hier ist jeder einzelne Tatbestand hinsichtlich einer etwaigen Rechtfertigung zu prüfen.⁴⁸⁵

Beispiel: Beobachtet ein U-Bahn-Passagier, wie ein schwarzafrikanischer Fahrgast von einer Gruppe Rechtsradikaler angegriffen wird, und eilt dieser Passagier dem Angegriffenen dadurch zur Hilfe, dass er den Stockschilder der sich ebenfalls in der U-Bahn befindlichen D ergreift, um auf die Angreifer einzuschlagen, ist das Einschlagen (= gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223, 224 I Nr. 2 Var. 2) durch Nothilfe gerechtfertigt. Hinsichtlich des Stockschilders ist die Sachbeschädigung (§ 303 I) wegen § 904 BGB gerechtfertigt.

⁴⁸⁴ Vgl. dazu BGH NJW 2000, 1348 mit Anm. Mitsch, JuS 2000, 848 ff.; Ingelfinger, JR 2000, 297.

⁴⁸⁵ Vgl. bereits die 1. Aufl. 2002; später auch Erb, JuS 2010, 17, 19.

a. Notwehr (§ 32 StGB, § 227 BGB)

Unter „Notwehr“ versteht das Gesetz die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen⁴⁸⁶ abzuwenden (vgl. nur § 32 II). Dieser Rechtfertigungsgrund beruht auf der Erwägung, dass das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht. Nach dem von der h.M. vertretenen dualistischen Ansatz verbindet § 32 die individuelle Befugnis zum Schutz vor widerrechtlichen Angriffen auf sich oder einen anderen mit dem Allgemeininteresse an der Wahrung der Rechtsordnung, für deren Bestand derjenige eintritt, der zur Notwehr (oder Nothilfe) greift.⁴⁸⁷ Freilich erschließt sich der zuletzt genannte Aspekt nicht gerade aus dem Wortlaut des § 32.⁴⁸⁸ Davon abgesehen ist der Prüfungsaufbau dieses Rechtfertigungsgrundes innerhalb des Delikts dem Grunde nach durch das Gesetz vorgezeichnet und stellt sich wie folgt dar:

Voraussetzungen der Notwehr

I. Verwirklichung des Tatbestands durch den Notwehrübenden

Zunächst ist der Tatbestand, dessen Verwirklichung durch Notwehr gerechtfertigt sein könnte, zu prüfen. In Betracht kommen insbesondere §§ 211, 212, 223 ff., 239, 303 I, 123.

II. Rechtswidrigkeit des Täterverhaltens

Grundsätzlich ist die Rechtswidrigkeit durch die Verwirklichung des Tatbestands indiziert; aber: Rechtfertigung infolge Notwehr möglich. Das setzt Folgendes voraus:

1. Objektive Rechtfertigungsmerkmale

- a. Notwehrlage:** gegenwärtiger rechtswidriger Angriff auf ein notwehrfähiges Rechtsgut.

Unter einem **Angriff** versteht man das willensgetragene Verhalten eines Menschen, welches ein rechtlich geschütztes Interesse zu verletzen droht oder verletzt. Probleme: Bagatelanganriffe, Scheinanganriffe, Scherzanganriffe, Unterlassen und Tierverhalten.

Als **notwehrfähiges Rechtsgut** kommen jedes rechtlich geschützte Interesse oder Gut des Täters oder eines anderen in Betracht. Dazu zählen jedenfalls alle Individualrechtsgüter, u.a. Leben, Leib, Freiheit, Eigentum, Ehre, das allgemeine Persönlichkeitsrecht (insbesondere die Intimsphäre und das Recht am eigenen Bild, das bereits durch unbefugtes Fotografieren verletzt wird⁴⁸⁹), die Nachtruhe und das Hausrecht⁴⁹⁰. Ob und inwieweit auch Allgemeinrechtsgüter bzw. Rechtsgüter des Staates für den Einzelnen notwehrfähig sind, ist zweifelhaft. Jedenfalls ist die objektive Rechtsordnung für den Einzelnen nicht notwehrfähig. Diese zu verteidigen ist Aufgabe der Behörden.

Gegenwärtig ist ein Angriff, der unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch andauert. Probleme: Präventivnotwehr, Dauer Gefahr, antizipierte Notwehr (durch Selbstschutzanlagen), Notwehr gegen erpresserische und nötigende Drohungen. Das Kriterium der Gegenwärtigkeit richtet sich nach der objektiven Sachlage zur Zeit der Tat, nicht etwa nach der Vorstellung desjenigen, der sich bedroht fühlt oder andere für bedroht hält. Anderenfalls liegt ein Fall der Putativnotwehr vor, deren Strafbarkeit nach den Irrtumsregeln zu beurteilen ist. Bei Dauerdelikten (z.B. § 239) ist der Angriff so lange gegenwärtig, wie der rechtswidrige Zustand noch andauert.

Rechtswidrig ist der Angriff, wenn er im Widerspruch zur Rechtsordnung steht. Kann sich also bereits der Angreifer auf einen Rechtfertigungsgrund stützen (wobei es keine Rolle spielt, welchem Rechtsgebiet der Rechtfertigungsgrund angehört), handelt er nicht rechtswidrig. Ein schuldhaftes Handeln des Angreifers ist nicht erforderlich.

⁴⁸⁶ Die Notwehr zugunsten eines anderen wird auch als „Nothilfe“ bezeichnet.

⁴⁸⁷ Siehe nur BGHSt 24, 356, 359 ff. (Finnendolch); 48, 207, 212 (Notwehr gegen Erpresser; Chantage); Sch/Sch-Perron/Eisele, § 32 Rn 1; Petersen, JA 2017, 502.

⁴⁸⁸ Ablehnend daher auch MüKo-Erb, 32 Rn 14 ff. Zu den Konsequenzen der unterschiedlichen Ansätze vgl. unten Rn 331 ff.

⁴⁸⁹ Vgl. dazu OLG Hamburg StraFo 2012, 278, 279. Siehe auch AG Riesa MMR 2019, 548, 549 f.

⁴⁹⁰ Siehe etwa LG Magdeburg ZUR 2018, 172 (Eindringen in Stallung einer Tierzuchtanlage, um dort begangene Tierschutzverstöße zu dokumentieren).

7. Kapitel - Das versuchte Begehungsdelikt

I. Einführung

Es gibt Situationen, in denen der Täter eine bestimmte Straftat begehen möchte, aus tatsächlichen Gründen den angestrebten Erfolg aber nicht verwirklichen kann. Der Tatverlauf ist vielmehr im Versuch „stecken geblieben“. Da der Täter jedoch auch in diesen Fällen durch sein Verhalten kriminelles Unrecht zum Ausdruck bringt, hat der Gesetzgeber es in bestimmten Fällen für erforderlich gehalten, die Strafbarkeit des Täters anzuordnen, obwohl es noch zu keiner Rechtsgutverletzung bzw. Tatvollendung gekommen ist. Handelt es sich bei der anvisierten Tat um ein Verbrechen, ist der Versuch stets strafbar (§ 23 I Halbs. 1). Hinsichtlich Vergehen ist der Versuch nur dann strafbar, wenn der betreffende Straftatbestand dies ausdrücklich anordnet (§ 23 I Halbs. 2). Ob eine Straftat ein Verbrechen oder ein Vergehen ist, richtet sich nach der abstrakt angedrohten Mindeststrafe (vgl. § 12).

630

Beispiele:

- (1) Um vorzeitig an die begehrte Erbschaft zu kommen, entschließt sich T, seine Erbtante O zu vergiften (§ 211 – Habgier). Aus diesem Grund mischt er in den abendlichen Tee eine tödlich wirkende Menge Gift. Doch bereits nach einem kleinen Schluck bemerkt O, dass irgendetwas mit dem Tee nicht stimmt. Sie setzt das Glas sofort ab und alarmiert den Notarzt. Im Krankenhaus kann sie gerettet werden.

Hier wäre T wegen vollendeten Mordes strafbar gewesen, wenn O das Gift nicht bemerkt hätte und deshalb nicht gerettet worden wäre. Dass der gewünschte Tod nicht eingetreten ist, kann für T keine Straffreiheit bedeuten. Dieser hat kriminelles Unrecht begangen, das entsprechend gewürdigt werden muss. Der Gesetzgeber geht gem. § 12 I bei Verbrechen stets von der Strafbarkeit des Versuchs aus. Da der Mord mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe bedroht ist, handelt es sich um ein Verbrechen. T ist somit gem. §§ 211, 22, 23 I, 12 I strafbar.

- (2) Ginge es T nur darum, seiner Tante einen „Denkzettel“ zu verpassen, und mischte er daher lediglich eine nicht tödlich wirkende Menge Gift in den Tee, würde er „nur“ den Tatbestand der versuchten gefährlichen Körperverletzung (§§ 223, 224 I Nr. 1) erfüllen, sofern O noch nichts von dem Tee getrunken hätte.

Da die gefährliche Körperverletzung mit einer Mindestfreiheitsstrafe von unter einem Jahr bedroht ist, handelt es sich hier gem. § 12 II lediglich um ein Vergehen, dessen Versuch nicht stets strafbar ist. Die Strafbarkeit des Versuchs muss in solchen Fällen explizit angeordnet sein (§ 23 I). Da dies mit § 224 II der Fall ist, hätte sich T auch hier strafbar gemacht (§§ 223, 224 I Nr. 1, II, 22, 23 I, 12 II).

- (3) Da T nicht in der Lage ist, das Gift zu besorgen, möchte er seine Tante zumindest einschüchtern. Er erzählt ihr, der Neffe D plane ein Verbrechen gegen sie, um vorzeitig an sein Erbteil zu kommen. Doch O glaubt dem T nicht, da sie weiß, was für ein Mensch er ist.

Hier hätte T den Tatbestand des Vortäuschens eines bevorstehenden Verbrechens (§ 241 II) verwirklicht, wenn O ihm geglaubt hätte. Da diese dies jedoch nicht tat, blieb der Erfolg aus. Somit wäre an eine Versuchsstrafbarkeit zu denken. § 241 II ist aufgrund des in der Strafnorm genannten Strafmaßes (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe) ein Vergehen. Der Versuch wäre also nur dann strafbar, wenn dies in der Norm angeordnet wäre. Das ist aber nicht der Fall. T ist somit lediglich wegen Verleumdung (§ 187) strafbar.

II. Stadien der Deliktsverwirklichung

631 Da nicht jedes Verhalten im Vorfeld der eigentlichen Tatbegehung strafbar sein kann, andererseits aber zumindest dann, wenn die Rechtsgutverletzung unmittelbar bevorsteht, eine strafrechtliche Sanktionierung angebracht sein kann, hat der Gesetzgeber ein differenziertes System geschaffen. Grundgedanke ist, dass jede vorsätzliche Straftat verschiedene Etappen bis zu ihrem Abschluss durchläuft. So führt der Weg vom (1) Entschluss des Täters, eine bestimmte Straftat zu begehen, über (2) die Vorbereitungshandlung, (3) den Beginn der Ausführung (Versuch), (4) den Abschluss der Tatbestandshandlung und den Eintritt des Erfolgs (Vollendung) bis (5) hin zur Beendigung.¹⁰³⁶

632 **1. Ein Tatentschluss** liegt vor, wenn der Täter ein *bestimmtes* deliktisches Ziel vor Augen hat und sich entschließt, das Delikt zu begehen (sog. *Vorstellungsvorsatz*). Der Tatentschluss entspricht damit nicht ganz dem subjektiven Tatbestand des vollendeten Begehungsdelikts, bei dem (auch) *Kenntnisvorsatz* erforderlich ist (vgl. dazu näher Rn 647 ff.). Setzt das anvisierte Delikt zusätzliche subjektive Tatbestandselemente (wie z.B. besondere Absichten – etwa Zueignungsabsicht bei § 242) voraus, muss sich der Vorstellungsvorsatz auch darauf beziehen. Im Übrigen kann von einem Tatentschluss nur dann gesprochen werden, wenn der Täter *unbedingten Handlungswillen*¹⁰³⁷ hat. Anderenfalls liegt nur eine (von vornherein straflose) Tatgeneigntheit vor. Aber auch der Tatentschluss ist straflos. Anderenfalls würde eine Strafbarkeit Gesinnungsstrafrecht darstellen und gegen die Garantiefunktion des Strafrechts verstoßen. § 30 II, der aufgrund der damit verbundenen gefährlichen Gruppendynamik das Verabreden oder das „Sich-Bereiterklären“ zu einem Verbrechen unter Strafe stellt, ist nach der hier vertretenen Auffassung den Vorbereitungshandlungen zuzuordnen (dazu sogleich).

633 **2. Auch Vorbereitungshandlungen** sind grundsätzlich straflos, weil in diesem Stadium noch viele Unwägbarkeiten das Ziel zunichtemachen können. Lediglich bei bestimmten Straftaten sieht sich der Gesetzgeber aufgrund der Gefährlichkeit veranlasst, Handlungen im Stadium der Vorbereitung unter Strafe zu stellen. Das gilt etwa für die Vorbereitung einer Geldfälschung (§ 149), eines Sprengstoffverbrechens (§ 310) oder einer Verschleppung (§ 234a III). Strafbar sind auch die versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen (§ 30 I)¹⁰³⁸ und die Verabredung zu einem Verbrechen (§ 30 II)¹⁰³⁹.

Mit der Strafbarkeit der **Verbrechensverabredung** gem. § 30 II möchte der Gesetzgeber der Gefahr für das bedrohte Rechtsgut begegnen, die durch konspiratives Zusammenwirken mehrerer Personen gesteigert wird. Die gesteigerte Gefährlichkeit liegt gemäß der Rechtsprechung des BGH darin, dass die Verabredung Gruppendynamik entfaltet, die Beteiligten psychisch bindet und so die spätere Ausführung der Tat wahrscheinlicher macht.¹⁰⁴⁰ Das rechtfertigt die Vorverlagerung der Strafbarkeit auf einen Zeitraum, der noch vor Beginn des Versuchs der eigentlichen Tat liegt (zur Kritik sogleich). So wird (unter Zugrundelegung der Strafandrohung des § 30 I) gem. § 30 II bestraft,

- wer sich bereit erklärt (Var. 1),
- wer das Erbieten eines anderen annimmt (Var. 2)
- oder wer mit einem anderen verabredet (Var. 3),

ein Verbrechen (i.S.d. § 12 I) zu begehen oder zu ihm (d.h. dazu) anzustiften.

- Unter **Sich-Bereiterklären** ist zunächst die ernsthafte und mit Bindungswillen gegenüber dem Adressaten abgegebene Kundgabe der eigenen Bereitschaft zur täterschaftlichen Ver-

¹⁰³⁶ Vgl. BeckOK-Cornelius, § 22 Rn 9; Lackner/Kühl-Kühl, 22 Rn 1; NK-Zaczyk, § 22 Rn 2; Joecks/Jäger, Vor § 22 Rn 2.

¹⁰³⁷ *Bedingter* Handlungswille läge beispielsweise vor, wenn der Täter sich sagte, er werde O erpressen, wenn dieser im Lotto gewinne.

¹⁰³⁸ Vgl. dazu etwa BGH NJW 2013, 1106 f.; NJW 2017, 2134, 2135 sowie unten Rn 1093 ff.

¹⁰³⁹ Vgl. dazu sogleich.

¹⁰⁴⁰ BGH NJW 2017, 2134 (mit Verweis auf BGH NSTZ 2011, 570, 571; BGHSt 61, 84, 92; MüKo-Joecks/Scheinfeld, § 30 Rn 53; LK-Schünemann, § 30 Rn 11).

wirklichung eines Verbrechens gegenüber einem Dritten zu verstehen.¹⁰⁴¹ Da die Vorschrift aber keinen Adressatenkreis nennt, dem gegenüber die Erklärung abgegeben werden kann, ist ein Sich-Bereiterklären auch gegenüber dem späteren Verbrechensopfer möglich.¹⁰⁴² Die Erklärung selbst kann entweder als aktives Erbieten oder in der Form der Annahme einer Aufforderung geschehen.¹⁰⁴³ Der BGH fordert dabei nicht, dass die Bereitschaft, ein Verbrechen zu begehen, vom Erklärungsempfänger ebenso geteilt wird. Dessen innerer Vorbehalt, die Tat nicht (begehen) zu wollen, hindert eine Strafbarkeit des Erklärenden insofern nicht.¹⁰⁴⁴ Da – wie bereits aufgeworfen – die Strafbarkeit auf einen Zeitraum vorverlagert wird, der noch vor Beginn des Versuchs der eigentlichen Tat liegt, und das für strafwürdig gehaltene Verhalten sich damit noch im Vorfeld einer konkreten Rechtsgutgefährdung abspielt, ist die Verfassungskonformität der Vorschrift in der Literatur nicht unstrittig. Dem ist der BGH zu Recht entgegengetreten.

Beispiel¹⁰⁴⁵: Über ein Internetforum traten T und O miteinander in Kontakt. O war als Kind sexuell missbraucht worden, litt unter einer Persönlichkeitsstörung vom Borderline-Typ und einer posttraumatischen Belastungsstörung. Sie fügte sich Selbstverletzungen zu und unternahm Selbsttötungsversuche mit Tabletten, von denen sie sich phasenweise distanzieren konnte. Als sie dann auch ihren Arbeitsplatz verlor, belastete dies sie zusätzlich. Sie war depressiv und befand sich wiederholt in stationärer psychiatrischer Behandlung. Gegenüber T äußerte sie Zweifel am Sinn ihres Lebens. Diesem gelang es, O weiter zu destabilisieren, und er lenkte die Kommunikation auf das Thema Selbsttötung; er suggerierte O, dass Erhängen eine schmerzfreie Tötungsart sei, und bot ihr an, ihr beim Sterben zu „helfen“. Er schlug ihr vor, mit ihr in einen Wald zu fahren. Dort solle sie sich entkleiden, während er einen Galgen vorbereiten und ihr die Hände auf den Rücken fesseln werde, sodass sie sich nicht mehr umentscheiden könne. Er werde ihr „einen guten Orgasmus“ verschaffen und sie anschließend erhängen. Der Tod werde rasch eintreten. T war entschlossen, nicht nur eine Scheinhinrichtung zu inszenieren, sondern O zu töten, um sich hierdurch eine sexuelle Stimulation zu verschaffen. T war auch klar, dass O nicht in der Lage war, freiverantwortlich über eine Beendigung ihres Lebens zu entscheiden. Er drängte darauf, sie in den Wald zu bringen, zu fesseln und zu erhängen. O stimmte zu, was unreflektiert und krankheitsbedingt geschah; dies erkannte T. Nachdem sich T und O getroffen hatten, gingen sie zum Fahrzeug des T, in dem er Abschleppseile zum Erhängen und Kabelbinder zum Fesseln mitführte. Kurz vor Erreichen des Fahrzeugs wurde T von der Polizei festgenommen. Dies war möglich, weil ein Freund der O, dem O sich zuvor anvertraut hatte, die Polizei verständigte.

Eine versuchte Tötung auf Verlangen gem. § 216 I, II liegt nicht vor, da die Erklärungen der O, selbst, wenn man sie als Tötungsverlangen i.S.d. § 216 I ansähe, wegen der psychischen Störungen der O nicht als „ernstlich“ angesehen werden können.¹⁰⁴⁶ Ein versuchter Mord in mittelbarer Täterschaft (mit O als „Werkzeug gegen sich selbst“) gem. §§ 211 I, II (Var. 2), 25 I Var. 2, 22 kommt ebenfalls nicht in Betracht, weil T noch nicht unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hatte. Ein Strafvorwurf kann daher nur im Vorfeld der geplanten Tatausführung anknüpfen. In Betracht kommt daher eine Strafbarkeit nach § 30 II Var. 1.

Das Sich-Bereiterklären i.S.v. § 30 II Var. 1 besteht in der ernsthaften und mit Bindungswillen abgegebenen Kundgabe der Bereitschaft zur Begehung des Verbrechens gegenüber einer anderen Person. Dabei macht der BGH deutlich, der Anwendung von § 30 II stehe nicht entgegen, dass die Erklärung gerade gegenüber dem Opfer des geplanten Verbrechens erfolgt sei. Denn der Wortlaut des Gesetzes nenne keinen Adressaten, dem gegenüber die Tatbereitschaft erklärt werden müsse. Der Normzweck des § 30 II spreche für dessen Anwendung auch auf den Fall des Sich-Bereiterklärens des Täters zur Begehung ei-

¹⁰⁴¹ BGH NJW 2017, 2134, 2135; BGHSt 6, 346, 347. Siehe auch NSTZ 2019, 199, 200 f.

¹⁰⁴² BGH NSTZ 2019, 199, 201.

¹⁰⁴³ BGH NJW 2017, 2134, 2135 (mit Verweis auf BGH NJW 2015, 1032, 1033).

¹⁰⁴⁴ BGH NJW 2017, 2134, 2135; BGHSt 6, 346, 347.

¹⁰⁴⁵ Nach BGH NSTZ 2019, 199 (Sachverhalt modifiziert, um das Problem zu fokussieren).

¹⁰⁴⁶ So das dem BGH zugrunde liegende Urteil des LG Gießen, das der BGH bestätigte.

nes Mordes gegenüber dem potenziellen Opfer. Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Erklärung in der konkreten Fallkonstellation geeignet sei, eine motivationale Selbstbindung des Täters zu begründen.¹⁰⁴⁷

Sodann entkräftet der BGH in der Literatur geäußerte Bedenken an der Verfassungskonformität des § 30 II, die an einen Verstoß gegen das Schuldprinzip und den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 II GG) anknüpfen.¹⁰⁴⁸ Voraussetzungen und Rechtsfolge des § 30 II seien hinreichend bestimmt formuliert, sodass die Grenzen der Strafbarkeit für Normadressaten zur Tatzeit vorhersehbar seien. Der Gesetzgeber sei zudem nicht gehindert, schon die Verursachung abstrakter Gefahren für ein Rechtsgut mit Strafe zu bedrohen. Bei der Einschätzung drohender Gefahren und der Bewertung ihrer Strafwürdigkeit stehe dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zu. Insbesondere sei die Verteidigung der von Verbrechenstatbeständen geschützten Rechtsgüter bereits im Vorfeld zum Versuch nicht nur mit polizeirechtlichen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr, sondern auch mit den Reaktionsmitteln des Strafrechts angemessen, gerade wenn es um den Schutz des menschlichen Lebens gehe.¹⁰⁴⁹ Das überzeugt. Es verstößt weder gegen das Schuldprinzip noch gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn der Gesetzgeber zum Schutz bestimmter Strafrechtsgüter das Zusammenwirken von Beteiligten im Vorfeld der eigentlichen Tat (und sogar im Vorfeld des Versuchs i.S.v. § 22) unter Strafe stellt, zumal es ohnehin lediglich um Verbrechen geht (die gem. § 12 I ja nur vorliegen bei Straftaten mit einer Mindeststrafandrohung von einem Jahr). Zudem ist die Strafe zwingend gem. § 49 I zu mildern (siehe § 30 II i.V.m. § 30 I S. 2), was die Verhältnismäßigkeit unterstreicht.

- Das **Annehmen des Erbietens eines anderen** ist die Erklärung, mit dem Angebot eines anderen, ein Verbrechen zu begehen (oder dazu anzustiften), einverstanden zu sein.¹⁰⁵⁰ Der BGH verlangt, dass der Täter (der Annehmende) *objektiv* das Erbieten des anderen zur Begehung eines Verbrechens annimmt und *subjektiv* damit rechnet, der andere werde seine Erklärung ernst nehmen und ihr entsprechend handeln.¹⁰⁵¹ Dabei schade es nicht, wenn der Annehmende das Erbieten des anderen nur zum Schein annimmt.¹⁰⁵²

Beispiel¹⁰⁵³: A spiegelt B (beide inhaftiert) seine Bereitschaft zur Mitwirkung an einem (gemeinsamen) Fluchtvorhaben vor, bei dem auch der Tod eines Justizvollzugsbeamten in Kauf genommen wird. ⇒ In diesem Fall ist A auch dann gem. § 30 II Var. 2 strafbar, wenn er sich insgeheim vorbehält, nicht an der späteren Tat mitzuwirken, sofern er nur die Möglichkeit erkannte und billigte, aufgrund seiner Zustimmung werde B den endgültigen Entschluss zur Durchführung der Tat fassen und diese dem Plan entsprechend ausführen.

- Die den Hauptfall des § 30 II und eine Vorstufe zur Mittäterschaft darstellende¹⁰⁵⁴ **Verbrechensverabredung** ist die Willenseinigung von mindestens zwei tatsächlich zur Tatbegehung Entschlossenen, an der Verwirklichung eines hinreichend konkretisierten Verbrechens mittäterschaftlich mitzuwirken.¹⁰⁵⁵ Die Verabredung muss von beiden Seiten ernst gemeint sein, damit die den Strafgrund der Verbrechensverabredung bildende gesteigerte Gefährlichkeit angenommen werden kann.¹⁰⁵⁶ Daran fehlt es, wenn (auch nur bei einem der Beteiligten) der innere Vorbehalt besteht, sich tatsächlich nicht an der vereinbarten Tat beteiligen zu wollen.¹⁰⁵⁷ Auch die bloße Verabredung, als Gehilfe zur Tat eines anderen beizutragen, genügt insoweit nicht.

¹⁰⁴⁷ BGH NSTZ 2019, 199, 201.

¹⁰⁴⁸ Der BGH verweist insoweit auf Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, Rn 545, Puschke, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen, 2017, S. 343 f., LK-Schünemann, 12. Aufl., § 30 Rn 12 und NK-Zaczyk, 5. Aufl., § 30 Rn 34. Kritisch auch Schiemann, NSTZ 2019, 186, die zumindest eine restriktive Auslegung annahmt.

¹⁰⁴⁹ BGH 4.7.2018 – 2 StR 245/17 mit Verweis auf BVerfGE 120, 224, 240 und BGHSt 59, 218, 231 (insoweit nicht abgedruckt in NSTZ 2019, 199, 202).

¹⁰⁵⁰ MüKo-Joecks/Scheinfeld, § 30 Rn 44; vgl. auch BGH NJW 2017, 2134, 2135.

¹⁰⁵¹ BGH NJW 2017, 2134, 2135.

¹⁰⁵² BGH NJW 2017, 2134, 2135 (mit Verweis u.a. auf BGHSt 44, 99, 101 ff.).

¹⁰⁵³ BGH NJW 2017, 2134.

¹⁰⁵⁴ BGH NJW 2017, 2134 (mit Verweis auf LK-Schünemann, § 30 Rn 72 mit wiederum w.N.).

¹⁰⁵⁵ BGH NJW 2017, 2134 (mit zahlreichen Nachweisen aus Rspr. und Lit.).

¹⁰⁵⁶ BGH NJW 2017, 2134 (mit zahlreichen Nachweisen aus Rspr. und Lit.).

¹⁰⁵⁷ BGH NJW 2017, 2134. Insofern besteht also ein Unterschied zum Sich-Bereiterklären.

Beispiel¹⁰⁵⁸: Besteht bei A des obigen Beispiels also der innere Vorbehalt, sich tatsächlich nicht an der vereinbarten Tat beteiligen zu wollen, ist er nicht gem. § 30 II Var. 3 strafbar.

Verbrechensverabredung (§ 30 II)

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- ⇒ Var. 1: Sich-Bereiterklären, ein Verbrechen zu begehen oder dazu anzustiften
= Die mit Bindungswillen gegenüber dem Adressaten abgegebene Kundgabe der eigenen Bereitschaft zur täterschaftlichen Verwirklichung eines Verbrechens gegenüber einem Dritten (BGH)
- ⇒ Var. 2: Annahme des Erbietens eines anderen, ein Verbrechen zu begehen oder dazu anzustiften
= Erklärung, mit dem Angebot eines anderen, ein Verbrechen zu begehen (oder dazu anzustiften), einverstanden zu sein (BGH)
- ⇒ Var. 3: Verabredung mit einem anderen, ein Verbrechen zu begehen oder dazu anzustiften
= die (von allen Seiten ernst gemeinte) Willenseinigung von mindestens zwei tatsächlich zur Tatbegehung Entschlossenen, an der Verwirklichung eines hinreichend konkretisierten Verbrechens mittäterschaftlich mitzuwirken (BGH)

2. Subjektiver Tatbestand – Vorsatz

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

III. Strafaufhebungsgrund: Rücktritt gem. § 31 (dazu Rn 1093 ff.)

Anm.: Ist nach diesen (vom BGH aufgezeigten) Maßstäben § 30 II gegeben, ist für § 30 I regelmäßig kein Raum (BGH NJW 2017, 2134; BGH NSTZ 1994, 383).

3. Im Anschluss an die (grundsätzlich straflose) Vorbereitungshandlung folgt das Stadium des (grundsätzlich strafbaren) **Versuchs**. Die Abgrenzung erfolgt nach den Kriterien des § 22. Nach dieser Vorschrift versucht eine Straftat, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt. Mit dieser Formulierung hat sich der Gesetzgeber der auf *Welzel* zurückgehenden subjektiv-objektiven *Eindrucks-theorie* angeschlossen: Diese kombiniert ein subjektives („nach seiner Vorstellung“) und ein objektives („unmittelbar zur Tat ansetzt“) Element und sieht den Strafgrund für den Versuch in dem rechtsfeindlichen Willen des Täters zur Tatbestandsverwirklichung, der das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geltung der Rechtsordnung erschüttert.¹⁰⁵⁹ Auf diese zentrale Ansatzformel wird ausführlich zurückzukommen sein (siehe Rn 669 ff.).

634

Ein Versuch bezüglich eines **Fahrlässigkeitsdelikts** scheidet schon begrifflich aus, weil nur derjenige etwas versuchen kann, der auch Vorsatz hat. Ferner scheidet ein Versuch bezüglich der **Unternehmensdelikte** aus, weil diese den Versuch bereits umfassen. Das ergibt sich aus der Legaldefinition des § 11 I Nr. 6 und gilt gleichermaßen für die sog. unechten Unternehmensdelikte, also für Delikte, die zwar das Wort „Unternehmen“ nicht im Tatbestand nennen, aber gleichwohl die Vollendung des Straftatbestands mit Eintritt in das Versuchsstadium für vollendet betrachten.

635

Beispiel: Wer unter Verletzung fremden Jagdrechts oder Jagdausübungsrechts das Jagdgebiet mit gebrauchsfertigen Jagdwaffen durchstreift, somit dem Wild nachstellt, vollendet bereits mit diesem Verhalten den Tatbestand des § 292. Ein Rücktritt ist nicht möglich, auch wenn sich der Täter eines Besseren besinnt und davon absieht, tatsächlich ein Wild zu erlegen.

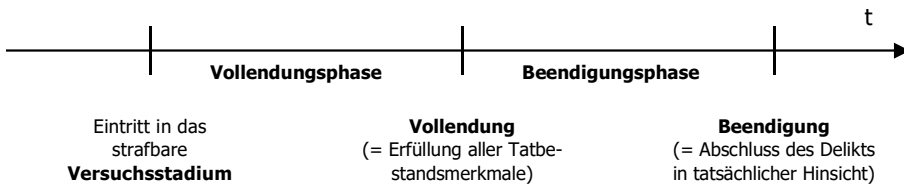
¹⁰⁵⁸ BGH NJW 2017, 2134.

¹⁰⁵⁹ Vgl. LK-*Murmann*, vor § 22 Rn 56 ff.; SK-*Rudolphi*, vor § 22 Rn 14; *Engländer*, JuS 2003, 330, 331.

- 636 Eine weitere Besonderheit der Versuchsstrafbarkeit ergibt sich bzgl. der **Regelbeispiele**. Da es sich bei diesen nicht um Tatbestände, sondern um *Strafzumessungsgesichtspunkte* handelt, ist ein Versuch von Regelbeispielen schon begrifflich nicht möglich. Allerdings kann die versuchte Verwirklichung nach heute h.M. dazu führen, dass das Grunddelikt in einem besonders schweren Fall vorliegt (bspw. versuchter Diebstahl in einem besonders schweren Fall, §§ 242, 22, 23 I i.V.m. § 243 I). Siehe dazu im Einzelnen Rn 691 ff.
- 637 **4. Vollendung** liegt vor, wenn alle Merkmale des gesetzlichen Tatbestands verwirklicht sind. Die Vollendung führt in aller Regel zur Strafbarkeit. Etwas anderes gilt nur ausnahmsweise, etwa dort, wo das Gesetz tätige Reue vorsieht (z.B. § 306e).
- 638 **5. Beendet** ist die Tat, wenn das Tatgeschehen seinen tatsächlichen Abschluss gefunden hat. Vollendung und Beendigung fallen vor allem bei Dauerdelikten (z.B. § 239) und bei Delikten mit überschießender Innentendenz (z.B. §§ 242 oder 263) auseinander.

Beispiele:

- (1) Der Diebstahl (§ 242) ist *vollendet*, wenn der Täter neuen Gewahrsam begründet hat. *Beendet* ist der Diebstahl erst dann, wenn der Täter seine Zueignungsabsicht realisiert bzw. die Beute gesichert hat.
- (2) Der Raub (§ 249) ist *vollendet*, wenn der Täter unter Gewaltanwendung oder unter Anwendung von Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben neuen Gewahrsam begründet hat. *Beendet* ist der Raub, wenn der Täter die Beute gesichert hat.



- 639 Da – wie gesehen – die Strafbarkeit bereits mit der Vollendung eintritt und auch z.B. ein strafbefreiender Rücktritt i.d.R. nach Vollendung der Tat nicht mehr möglich ist, stellt sich die Frage, warum es so wichtig sein soll, zwischen Vollendung und Beendigung zu unterscheiden. Die Unterscheidung ist zunächst für die Strafverfolgungsverjährung (§§ 78 ff.) wichtig, da die Frist erst bei Beendigung zu laufen beginnt (§ 78a). Sie ist aber auch deshalb wichtig, weil nach h.M. in der Beendigungsphase je nach Täterwillen entweder **sukzessive Beihilfe** bzw. **sukzessive Mittäterschaft** oder bereits die **Anschlussstraf-taten** (z.B. § 259) möglich sind (nach Beendigung des Diebstahls sind unstreitig weder sukzessive Beihilfe noch sukzessive Mittäterschaft möglich, sondern ausschließlich Anschlussstraf-taten).¹⁰⁶⁰ Schließlich ist die Unterscheidung deshalb bedeutsam, weil die Rspr. in der Beendigungsphase auch die Realisierung **qualifizierender Umstände** zulässt.

Beispiel: Mit einer Schusswaffe in der Tasche nimmt T dem O dessen Brieftasche weg (§§ 249, 250 I Nr. 1a). Bei der anschließenden Flucht wird er von der Polizei verfolgt. Nun benutzt er seine Schusswaffe, um die Flucht zu sichern.

Da der Täter hier den Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 erst nach Vollendung des Raubs erfüllt, kann er gem. §§ 249, 250 II Nr. 1 nur dann strafbar sein, wenn man nicht nur zwischen Vollendung und Beendigung unterscheidet, sondern den Qualifikationstatbestand auch in der Beendigungsphase zulässt. Anderenfalls ist aber an §§ 252, 250 II Nr. 1 zu denken. Vgl. dazu R. *Schmidt*, BT II, Rn 79b, 361 ff., 391 f., 437 f. und 460.

¹⁰⁶⁰ Zur sukzessiven Beihilfe vgl. Rn 1112; zur sukzessiven Mittäterschaft vgl. Rn 1006 ff.

Der Versuchsprüfung kann der **dreigliedrige Deliktsaufbau** (Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld) zugrunde gelegt werden. Kennzeichnend für die Versuchsprüfung ist jedoch, dass innerhalb der Tatbestandsmäßigkeit zunächst die subjektive Seite des Täters, der Tatentschluss, geprüft wird. Dies hat den Hintergrund, dass der objektive Tatbestand gerade nicht oder nicht vollständig vorliegt und der Strafgrund des Versuchs darin besteht, dass der Täter aufgrund seines Tatentschlusses eine Phase erreicht hat, in der sein Verhalten ausschließlich als Beginn eines Normbruchs gedeutet werden kann („unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung“). In der Fallbearbeitung bietet sich demnach folgender Prüfungsaufbau an:

Versuchtes vorsätzliches Begehungsdelikt

O. Vorprüfung

Fehlen der Vollendung; Strafbarkeit des Versuchs

I. Tatbestand

1. Subjektiver Tatbestand – Tatentschluss
 - a. Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale einer bestimmten Straftat
 - b. Vorliegen aller besonderen subjektiven Tatbestandsmerkmale
2. Objektiver Tatbestand – unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung

Nach der § 22 zugrunde liegenden Kombination aus subjektiven und objektiven Elementen liegt ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung vor, wenn das Verhalten des Täters nach dem Gesamtplan zeitlich/räumlich so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft ist, dass es bei ungestörtem Fortgang ohne längere Unterbrechung im Geschehensablauf unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestands führen soll (st. Rspr.).

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

III. Strafaufhebungsgrund: Rücktritt

1. Kein fehlgeschlagener Versuch

Bei fehlgeschlagenem Versuch ist § 24 nach h.M. unanwendbar. Fehlgeschlagen ist der Versuch, wenn der Täter erkannt hat, dass er den Erfolg mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht mehr oder nicht ohne relevante zeitliche Zäsur erreichen kann (st. Rspr.).

2. Rücktritt gem. § 24 I S. 1

Abgrenzung unbeendeter (Var. 1) / beendeter (Var. 2) Versuch

⇒ Rücktritt vom unbeendeten Versuch (§ 24 I S. 1 Var. 1)

Unbeendet ist ein Versuch, wenn der Täter nach Abschluss der letzten Durchführungshandlung¹⁰⁶¹ noch nicht alles getan zu haben glaubt, was nach seiner Vorstellung von der Tat zu ihrer Vollendung notwendig ist. Hier genügt zum strafbefreienden Rücktritt die **freiwillige Aufgabe der weiteren Tatausführung**. Selbstverständlich muss das Opfer den Angriff überleben; anderenfalls ist der Täter trotz freiwilliger Aufgabe der weiteren Tatausführung wegen Vollendung strafbar.

⇒ Rücktritt vom beendeten Versuch (§ 24 I S. 1 Var. 2)

Beendet ist der Versuch, wenn der Täter nach Abschluss der letzten Durchführungshandlung alles getan zu haben glaubt, was nach seiner Vorstellung von der Tat zur Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolgs notwendig oder möglicherweise ausreichend ist. Für einen strafbefreienden Rücktritt fordert das Gesetz eine Vollendungsverhinderung, wobei hinsichtlich der Verhinderung eine Mitursächlichkeit genügt. Der Täter muss also einen **kausalen Beitrag zur Erfolgs-**

¹⁰⁶¹ Herrschender **Rücktrittshorizont**, siehe Rn 713.

verhinderung leisten, der auch subjektiv (v.a. freiwillig) auf Vollendungsverhinderung gerichtet ist.

3. Rücktritt gem. § 24 I S. 2

Rücktritt vom beendeten Versuch trotz nicht gegebener Verhinderungskausalität

Danach ist ein Rücktritt möglich trotz fehlender Verhinderungskausalität (die bei § 24 I S. 1 Var. 2 erforderlich wäre), wenn sich der Täter freiwillig und ernsthaft um die Verhinderung der Vollendung bemüht hat. Gleichwohl muss der Erfolg auch hier ausbleiben; anderenfalls ist ein strafbefreiender Rücktritt nach § 24 I S. 2 nicht möglich.

4. Rücktritt gem. § 24 II

Wurde die Tat durch mehrere Tatbeteiligte versucht, ist der Rücktritt gleichwohl für jeden Tatbeteiligten einzeln zu prüfen. Nach dem Wortlaut des § 24 II muss der zurücktretende Tatbeteiligte in jedem Fall aktiv gegensteuern, sodass eine Unterscheidung *beendeter* - *unbeendeter* Versuch hier nicht erforderlich ist.

Zur Prüfung im Einzelnen:

III. Vorprüfung

1. Fehlen der Vollendung

641 Da der Versuch ein notwendiges Durchgangsstadium zur Vollendung des Delikts darstellt, kann ihm nur dann eine eigenständige strafrechtliche Würdigung zukommen, wenn der objektive Tatbestand nicht erfüllt wurde. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Täter ein objektives Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt hat oder aber die Zurechnung des Taterfolgs verneint werden muss.

642 **Hinweis für die Fallbearbeitung:** Kann die Feststellung, dass der objektive Tatbestand des betreffenden Vorsatzdelikts nicht vollendet ist, nicht ohne weiteres getroffen werden, sollte das Delikt zunächst als vollendetes Begehungsdelikt angeprüft, dann das Vorliegen des objektiven Tatbestands verneint und zur Versuchsprüfung übergegangen werden. Diese Vorgehensweise hat den Vorteil, dass nicht innerhalb der Vorprüfung des Versuchs (somit inzident) Tatbestandsmerkmale des objektiven Tatbestands geprüft werden müssen. Lediglich in Fällen, in denen der objektive Straftatbestand offensichtlich nicht erfüllt ist, empfiehlt es sich, ohne vorherige Prüfung eines vollendeten Begehungsdelikts gleich die Versuchsprüfung durchzuführen und diese mit einer kurzen Feststellung einzuleiten, dass die Tat nicht vollendet (und der Versuch strafbar) ist. Zwar ist die Feststellung der Nichtvollendung der Tat bei evidentem Nichtvorliegen des objektiven Tatbestands streng genommen überflüssig¹⁰⁶², sie dient aber der Klarstellung.

643 Die Zurechnung des Taterfolgs kann aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen zu verneinen sein, vgl. dazu ausführlich die Ausführungen zur objektiven Zurechnung bei Rn 164 ff. **Prüfungsrelevant** ist insbesondere die Verneinung der Zurechnung aufgrund einer wesentlichen Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf.

Beispiel: T schießt mit Tötungsvorsatz auf O, verletzt diesen aber nur leicht. Auf dem Weg ins Krankenhaus gerät der Krankenwagen infolge verkehrswidrigen Verhaltens eines Dritten in einen Verkehrsunfall, bei dem O getötet wird.

In dieser Fallkonstellation hat ein ganz ungewöhnlicher, atypischer Geschehensverlauf zum Erfolgseintritt geführt, sodass dieser bei einer wertenden Betrachtung dem T wohl nicht

¹⁰⁶² So *Putzke*, JuS 2009, 894, 895; anders *Kühl/Hinderer*, JuS 2009, 919, 922, die die Vorprüfung sogar ausdrücklich mit einem eigenen Prüfungspunkt versehen. Zur Formulierung in einer Falllösung vgl. im Übrigen *R. Schmidt*, Fälle zum Strafrecht I, Fall 7 Rn 30.

zugerechnet werden kann. Eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit scheidet mangels objektiver Vorhersehbarkeit ebenfalls aus, sodass T sich wegen Versuchs strafbar gemacht hat (a.A. vertretbar).

Eine Versuchsstrafbarkeit kann aber auch dann in Betracht kommen, wenn der Täter den Tatbestand eines Vorsatzdelikts verwirklicht hat. Konkret betrifft dies den Fall, dass sich der Täter objektiv auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann, ihm jedoch der Rechtfertigungswille fehlt. Hier lässt sich sagen, der Tatbestand der Rechtfertigung sei nicht vollendet. Vgl. dazu ausführlich Rn 311 ff.

644

2. Strafbarkeit des Versuchs, §§ 22, 23 I, 12

Weitere Voraussetzung ist, dass der Versuch überhaupt strafbar ist. Ist eine solche Versuchsstrafbarkeit nicht gegeben, ist in einer Klausur jede weitere Ausführung zum Versuch entbehrlich. Wie bereits dargelegt, ist der Versuch eines Verbrechens stets strafbar, der eines Vergehens nur dann, wenn die betreffende Strafnorm dies ausdrücklich bestimmt (§ 23 I). Die Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen ergibt sich aus der abstrakt angedrohten Mindeststrafe (vgl. § 12).¹⁰⁶³

645

Ein Versuch ist nicht bei allen Delikten konstruktiv möglich. So können Strafzumessungsgründe bzw. Regelbeispiele (vgl. etwa § 243) nicht versucht werden. Bei Unternehmensdelikten ist der Versuch der Vollendung gleichgestellt. Konstruktiv versucht werden können jedenfalls Erfolgsdelikte und konkrete Gefährungsdelikte.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Für die Fallbearbeitung ist zu empfehlen, dass das zu prüfende Delikt im Obersatz genau zitiert wird, damit von dem Korrektor erkannt werden kann, woraus die Strafbarkeit des Versuchs folgt. So wäre die zu zitierende Paragraphenkette bei einem versuchten Betrug bspw. „§§ 263 I, II, 22, 23 I, 12 II“, bei einem versuchten Diebstahl „§§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II“ und bei einem versuchten Totschlag „§§ 212 I, 22, 23 I, 12 I“. Im Anschluss daran sollte die Feststellung getroffen werden, dass die Tat nicht vollendet und der Versuch strafbar ist. An dieser Stelle des Gutachtens ist auch die Problematik des Versuchs bezüglich erfolgsqualifizierter Delikte zu erörtern. Da zum Verständnis dieser Problematik jedoch fundierte Kenntnisse über den Aufbau der erfolgsqualifizierten Delikte nötig sind, sei insoweit auf Rn 887 ff. verwiesen.

646

IV. Tatbestand

1. Subjektiver Tatbestand - Tatentschluss

a. Tatentschluss als unwertbegründendes Element des Versuchs

Ausgangspunkt jeder Versuchsstrafbarkeit ist der Tatentschluss.¹⁰⁶⁴ Dieser liegt vor, wenn der Täter (Vorstellungs-)Vorsatz¹⁰⁶⁵ bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale einer bestimmten Straftat hat und alle besonderen subjektiven Tatbestandsmerkmale (beispielsweise die Zueignungsabsicht in § 242 oder die Mordmerkmale des § 211) gegeben sind. Kurzgefasst muss er Vorsatz in Bezug auf die Vollendung des Delikts haben.

647

Zu beachten ist jedoch, dass der Vorsatz des versuchten Delikts nicht gleichzusetzen ist mit jenem des vollendeten Delikts. Denn nur beim Kenntnisvorsatz (= Wissen um die konkreten Tatumstände) i.S.v. § 16 I S. 1 ist hinsichtlich der Qualität des „Wissens“ zwischen konkreten und fiktiven Tatumständen zu unterscheiden, wohingegen dies beim

647a

¹⁰⁶³ Vgl. dazu ausführlich Rn 93 ff.

¹⁰⁶⁴ Streng genommen ist dieser Begriff inkorrekt, weil § 22 von der „Vorstellung von der Tat“ spricht und damit – wie sogleich näher erläutert wird – den Vorstellungsvorsatz meint. Da der Begriff „Tatentschluss“ aber üblich ist, wird er auch im Folgenden verwendet.

¹⁰⁶⁵ Welche Vorsatzform dabei vorausgesetzt ist, entscheidet der jeweilige Tatbestand.

Vorstellungsvorsatz (= Vorstellung von den Tatumständen und vom späteren Erfolgseintritt) i.S.v. § 22 nicht notwendig ist.¹⁰⁶⁶

- **Vorsatz beim vollendeten Begehungsdelikt:** § 16 I S. 1 verlangt hinsichtlich der *konkreten Tatumstände* jedenfalls Kenntnis i.S. eines Wissens. Nur wer im Fall des § 212 weiß, dass er auf einen Menschen schießt, kann wegen Totschlags bestraft werden. Hinsichtlich der *fiktiven Tatumstände*, also solcher, die erst nach Abschluss der Tathandlung eintreten können bzw. nach der Vorstellung des Täters eintreten sollen (etwa der später eintretende Tod des Vergiftungsopfers), gilt etwas anderes, weil in einem solchen Fall die Kenntnis über den Eintritt des Taterfolgs erst eine gewisse Zeit nach Abschluss der Tathandlung vorliegen kann, nämlich erst dann, wenn der Erfolg eingetreten ist (Wissen kann man erst hinterher; vorher existiert der Erfolgseintritt lediglich in der Vorstellung des Täters). Verlangte man hier also die Kenntnis über den Taterfolg im Zeitpunkt der Tathandlung, würde sich der Täter niemals wegen eines vollendeten Begehungsdelikts strafbar machen. Daraus folgt: Im Rahmen des Tatbestandsvorsatzes gem. § 16 I S. 1 kann ein solches Wissen über den Eintritt des Taterfolgs nicht zu fordern sein. Realitätskongruenz ist damit hinsichtlich des Taterfolgs nicht erforderlich; es genügt „Gedankenkongruenz“.

Fazit: Kenntnisvorsatz i.S.d. § 16 I S. 1 ist allein dann anzunehmen, wenn der Täter hinsichtlich der konkreten Tatumstände mit Wissen handelt und sich seine Vorstellung auf die fiktiven Umstände (den späteren Erfolgseintritt) erstreckt.

- **Vorsatz beim versuchten Begehungsdelikt:** Demgegenüber ist die Unterscheidung zwischen konkreten und fiktiven Tatumständen beim Vorstellungsvorsatz i.S.d. § 22 nicht erforderlich. Bei diesem genügt – aufgrund der Tatsache, dass der Taterfolg gerade *nicht* eintritt – auch hinsichtlich der konkreten Tatumstände allein die Vorstellung des Täters. Es findet eine vollständige Überlagerung der konkreten Tatumstände mit fiktiven Tatumständen statt. Kenntnis hinsichtlich der konkreten Tatumstände ist beim Versuch also nicht erforderlich und wird in § 22 auch nicht vorausgesetzt. Nach dieser Vorschrift genügt allein die Vorstellung des Täters von der Tat und dem Taterfolg; eine Wirklichkeitskongruenz wird nicht vorausgesetzt. Daraus folgt: Konkrete Tatumstände sind beim versuchten Delikt zwar denkbar, für die strafrechtliche Prüfung aber irrelevant. Entscheidend sind allein die fiktiven Tatumstände.

Fazit: Vorstellungsvorsatz i.S.d. § 22 ist allein dann anzunehmen, wenn der Täter die Vorstellung hat, der Taterfolg werde durch die (geplante) Tatausführung eintreten.

647b **Besondere Absichten** (etwa Zueignungsabsicht bei § 242 oder Bereicherungsabsicht bei §§ 253, 259, 263, siehe Rn 275) werfen keine Probleme auf. Denn sie müssen sowohl beim vollendeten als auch beim versuchten Delikt stets nur in der Vorstellung des Täters existieren.

648 Fraglich sind die inhaltlichen Anforderungen, die an den Tatentschluss zu stellen sind. Zunächst muss der Tatentschluss **unbedingt** und **endgültig** sein. Damit hat eine Abgrenzung zur strafrechtlich irrelevanten Tatgeneigtheit stattzufinden. Bei der Tatgeneigtheit ist der Täter noch nicht zur Tat entschlossen; das „Ob“ der Tatbegehung ist noch nicht entschieden.

Beispiel: T spielt mit dem Gedanken, einen Ladendiebstahl zu begehen. Endgültig entschlossen hat er sich aber noch nicht. Gleichwohl sucht er schon einmal ein Kaufhaus auf, um nach passendem Diebesgut zu schauen. Sollte er etwas Stehlenswertes finden, kann er sich ja immer noch entschließen, dieses einzustecken. Im Kaufhaus angekommen, entdeckt er dort eine DVD des Films „Planet der Affen“. Interessiert hält er die DVD in den Händen. Solange T diese aber noch nicht in seine Jackentasche o.Ä. eingesteckt, also noch keine Gewahrsamsenklaue geschaffen hat, ist sein Verhalten mehrdeutig. Im Zweifel wird man von einer strafrechtlich irrelevanten Tatgeneigtheit ausgehen müssen.

¹⁰⁶⁶ Vgl. auch *Jung*, JA 2006, 228 ff.

Jedenfalls liegt der Tatentschluss vor, wenn die konkrete Tatausführung nur noch vom **Eintritt einer bestimmten Bedingung** abhängt. Ebenso ist ein Tatentschluss anzunehmen, wenn der Täter **alternativ den einen oder den anderen Tatbestand verwirklichen will** oder wenn bei mehreren anvisierten Einzeltatbeständen nur noch nicht die genaue **Reihenfolge** feststeht. Ob und inwieweit dann eine Versuchstrafbarkeit vorliegt, hängt nur noch vom unmittelbaren Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung ab.

649

Hinweis für die Fallbearbeitung: Im Gutachten müssen sämtliche strafbegründende objektive Tatbestandsmerkmale bereits im subjektiven Tatbestand definiert werden. Am Beispiel des versuchten Diebstahls eines Rings (der Diebstahl ist deshalb nicht vollendet, weil zum Zeitpunkt der Tathandlung der Ring aufgrund eines Erbfalls bereits im Eigentum des Täters stand) könnte etwa wie folgt vorgegangen werden:

650

„T müsste den Tatentschluss gehabt haben, eine fremde bewegliche Sache wegzunehmen.“

Sachen sind alle körperlichen Gegenstände. Ein Ring ist ein körperlicher Gegenstand, mithin eine Sache.

Der Ring müsste nach der Vorstellung des T für diesen auch fremd gewesen sein.

Fremd ist eine Sache immer dann, wenn sie zumindest *auch* im Eigentum eines anderen steht, also weder Alleineigentum des Täters noch herrenlos noch eigentumsunfähig ist. In wessen Eigentum die Sache steht, ist nach bürgerlichem Recht zu beurteilen, da in § 242 kein besonderer strafrechtlicher Eigentumsbegriff definiert wird. Vorliegend stand der Ring nach der Vorstellung des T im Eigentum des O. Er war für T somit fremd.

Nach der Vorstellung des T müsste es sich bei dem Ring auch um eine bewegliche Sache gehandelt haben. **Beweglich** sind alle Sachen, die tatsächlich fortbewegt werden können, also ohne Rücksicht auf die zivilrechtliche Einordnung als beweglich oder unbeweglich. Ein Ring kann tatsächlich fortbewegt werden. Er war daher auch beweglich. Des Weiteren müsste T den Vorsatz gehabt haben, den Ring wegzunehmen. **Wegnahme** bedeutet Bruch fremden und die gleichzeitige oder spätere Begründung neuen - regelmäßig aber nicht notwendig eigenen - Gewahrsams. **Gewahrsam** bedeutet die Möglichkeit tatsächlicher Herrschaft, die von einem entsprechenden Beherrschungswillen getragen wird. Vorliegend wollte T eigenen Gewahrsam an dem Ring begründen. Er handelte somit vorsätzlich.

Schließlich müsste T in der **Absicht** gehandelt haben, den Ring **sich oder einem Dritten zuzueignen**. Auch dies kann aufgrund ... angenommen werden. Somit sind alle Voraussetzungen, die an den Tatentschluss zu stellen sind, erfüllt.“

b. Untauglicher Versuch

Da der Strafgrund des Versuchs gerade darin besteht, kriminelles Unrecht unabhängig vom Erfolgseintritt zu ahnden, muss es auch grundsätzlich unbeachtlich sein, aus welchen Gründen es zur Nichtverwirklichung des Tatbestands kommt. Deshalb schließt der Versuch nach § 22 auch den sog. untauglichen Versuch ein (vgl. auch § 23 III).

651

Untauglich ist der Versuch, wenn die Verwirklichung des Tatbestands entgegen der Vorstellung des Täters aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht eintreten kann.¹⁰⁶⁷

652

¹⁰⁶⁷ Ganz h.M., vgl. nur *Gropp*, AT, § 9 Rn 28; *Fischer*, § 22 Rn 43; *Sch/Sch-Eser/Bosch*, § 22 Rn 60; LG Bonn 19.3.2015 - 9 O 145/13; *BeckOK-Cornelius*, § 22 Rn 73; die Gegenauffassung behandelt den Fall des untauglichen Tatsubjekts als Unterfall des Wahndelikts, vgl. *LK-Murmann*, § 22 Rn 179; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 11 Rn 65.

- 653 In Betracht kommen eine Untauglichkeit des Tatsubjekts, des Tatobjekts oder des Tatmittels:

Beispiele:

- (1) T glaubt, er sei ein Amtsträger, und nimmt Bestechungsgelder an. Tatsächlich war die Beamtenernennung nichtig (= Untauglichkeit des **Tatsubjekts**).
- (2) Der Tötungsversuch an einer Leiche stellt einen Versuch an einem untauglichen **Tatobjekt** dar.
- (3) T möchte O töten. Dazu gibt sie eine große Menge eines Epilepsiemittels mit dem Wirkstoff Clonazepam in ein Mett, das sie auf Brötchenhälften schmiert und O anbietet. O fällt daraufhin zwar in einen 4-tägigen Tiefschlaf, überlebt jedoch, da Clonazepam nicht (jedenfalls nicht in der verabreichten Menge) tödlich wirkt.¹⁰⁶⁸ ⇒ Ein Tötungsversuch mit einem nicht tödlich wirkenden Mittel stellt einen Versuch mit einem untauglichen **Tatmittel** dar.

- 654 Im Fall des untauglichen Versuchs hält der Täter also irrig einen Umstand für gegeben, bei dessen wirklichem Vorliegen der Tatbestand erfüllt wäre. Es handelt sich um einen unbeachtlichen Tatbestandsirrtum in Form eines „umgekehrten Tatbestandsirrtums“, der nicht den Tatbestandsvorsatz nach § 16 I S. 1 entfallen lässt, sondern die Strafbarkeit des Versuchs wegen seiner Eigenart begründet.

c. Strafrechtlich irrelevanter Tatplan

- 655 Vom (strafbaren!) untauglichen Versuch abzugrenzen ist der strafrechtlich irrelevante Tatplan. Darunter ist ein Tatplan hinsichtlich einer **Tathandlung** zu verstehen, die **objektiv unter keinem denkbaren Gesichtspunkt geeignet ist**, den Taterfolg herbeizuführen.¹⁰⁶⁹

Besteht also nicht schon die *Möglichkeit*, dass der vom Täter gewünschte Erfolg eintritt (weil das Verhalten bzw. der als möglich gehaltene oder beabsichtigte Taterfolg nicht strafbar ist), kann eine Strafbarkeit nicht begründet werden. Hier liegt dann in aller Regel ein **Wahndelikt** vor, vgl. dazu sogleich Rn 659.

d. Grob unverständiger Versuch (§ 23 III)

- 656 Hat der Täter aus **grobem Unverstand** verkannt, dass sein Verhalten überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte, kann das Gericht von Strafe absehen oder diese gemäß § 49 II mildern, § 23 III (sog. „Trottelprivileg“). Da der Gesetzgeber hier eine Privilegierung nur auf der Rechtsfolgeseite einräumt, geht er im Umkehrschluss davon aus, dass ein strafrechtlich relevanter Tatentschluss vorliegt. Von daher ist auch der grob unverständige Versuch ein Versuch i.S.d. § 22. Grober Unverstand bedeutet, dass sich die Unmöglichkeit des Erfolgeintritts für jeden Menschen mit durchschnittlichem Erfahrungswissen geradezu aufdrängen muss. Der grob unverständige Täter hat also eine völlig abwegige Vorstellung von gemeinhin bekannten Ursachenzusammenhängen.¹⁰⁷⁰

Beispiel: Der doch sehr einfältige T möchte seine Erbtante O vergiften. Dazu kauft er in der Apotheke frei erhältlichen Nerven- und Schlaftee, weil er glaubt, dabei handele es sich um ein tödlich wirkendes Gift, wenn er den Tee nur stark genug dosiere. Nachdem T den Nerven- und Schlaftee zubereitet und O serviert hat, wartet er nun vergeblich auf eine für O nachteilige Wirkung. ⇒ Hier liegt ein grob unverständiger Versuch vor, weil jedem Menschen mit durchschnittlichem Erfahrungswissen klar sein dürfte, dass frei erhältlicher Nerven- und Schlaftee keinesfalls tödlich wirkt, auch nicht in Überdosis.

¹⁰⁶⁸ Vgl. LG Bonn 19.3.2015 - 9 O 145/13.

¹⁰⁶⁹ Vgl. OLG Koblenz NJW 2001, 1364.

¹⁰⁷⁰ BGHSt 41, 94, 95; *Grapp*, AT, § 9 Rn 30; *Fischer*, § 23 Rn 7; *Sch/Sch-Eser/Bosch*, § 23 Rn 17; *BeckOK-Cornelius*, § 23 Rn 8.

T ist daher grds. strafbar (§§ 212, 22, 23 I, 12 I). Allerdings kann das Gericht von einer Strafe absehen oder die Strafe mildern (§ 23 III i.V.m. § 49 II).

Gegenbeispiel: Obwohl das in Beispiel 3 von Rn 653 genannte Clonazepam ebenfalls nicht tödlich wirkt, ist dort nicht von einem grob unverständigen Versuch auszugehen, da das Nichtbestehen einer tödlichen Wirkung eines Epilepsiemittels mit dem Wirkstoff Clonazepam nicht jedem Menschen mit durchschnittlichem Erfahrungswissen klar sein dürfte. T ist daher gem. § 22 wegen Versuchs strafbar.

e. Abergläubischer Versuch (irrealer Versuch) und Wahndelikt

Von den genannten „untauglichen“ Vorgehensweisen sind solche zu unterscheiden, die *nicht* dem § 22 unterfallen und somit (wegen Art. 103 II GG) **strafrechtlich irrelevant** sind. 657

- Zunächst ist der **abergläubische Versuch** zu nennen. Hier versucht der Täter zwar, einen strafrechtlich relevanten Taterfolg herbeizuführen, aber mit völlig irrealen, der menschlichen Beherrschbarkeit und Verfügungsgewalt entzogenen Mitteln. 658

Beispiele: Verhexen, Teufelsbeschwörung, Totbeten eines anderen etc.

- Vom untauglichen Versuch abzugrenzen ist auch das straflose **Wahndelikt** (Rn 655): Hier hält der Täter sein in Wirklichkeit strafloses Verhalten irrtümlich (d.h. „wahnhaft“) für strafbar.¹⁰⁷¹ Ein Wahndelikt kann sowohl auf der Ebene des Tatbestands als auch auf der Ebene der Rechtswidrigkeit und der Strafausschließungsgründe vorliegen. Das hat vor allem Auswirkungen auf den Klausuraufbau. Es sind folgende Fallgruppen zu unterscheiden¹⁰⁷²: 659

- (1) Der vom Täter angenommene Straftatbestand existiert überhaupt nicht, wie das beispielsweise bei homosexueller Liebe, Sodomie oder ehewidrigem Verhalten der Fall ist (= **umgekehrter direkter Verbotsirrtum**). 660

Beispiel: A unterhält ein Liebesverhältnis zu seiner Schwägerin. Dabei geht er davon aus, einen Straftatbestand zu erfüllen. Da jedoch weder Ehebruch noch Beischlaf zwischen Verschwägerten strafbar ist, unterliegt er einem straflosen Wahndelikt.¹⁰⁷³

- (2) Der vom Täter angenommene Tatbestand existiert zwar, wird von ihm aber zu weit ausgelegt, sodass sich das Täterverhalten in Wirklichkeit jenseits der Auslegungsgrenzen bewegt. Der Täter legt also ein Merkmal des objektiven Tatbestands zu seinen Ungunsten zu weit aus (= **umgekehrter direkter Subsumtions- bzw. Grenzirrtum**). 661

Beispiel¹⁰⁷⁴: Rechtsanwalt R erklärt in einer mündlichen Gerichtsverhandlung wahrheitswidrig, dass es mehrere BGH-Entscheidungen gebe, die den Anspruch seines Mandanten als begründet ansähen, sodass der Klage stattzugeben sei. ⇒ Durch diese (objektiv unzutreffende) Behauptung könnte sich R wegen versuchten Prozessbetrugs (§§ 263, 22) strafbar gemacht haben. Doch nach Auffassung des OLG Koblenz wird kein Richter derartige Behauptungen seiner Urteilsfindung zugrunde legen. Denn jeder Richter sei dazu verpflichtet, den ihm vorgetragenen Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht zu überprüfen. Die Behauptung des R sei deshalb schon in objektiver Hinsicht *in keiner Weise* geeignet gewesen, bei dem zuständigen Richter eine Fehlvorstellung herbeizuführen. R sei schon deshalb nicht wegen Versuchs strafbar. Sollte R die Absicht gehabt haben, einen Prozessbetrug zu begehen, wäre er einem sog. umgekehrten direkten Subsumtionsirrtum erlegen. Die wahnhafte Vorstellung, ein bestimmtes Verhalten sei strafbar, bleibe straflos.

¹⁰⁷¹ Vgl. OLG Koblenz NJW 2001, 1364; Fischer, § 22 Rn 49.

¹⁰⁷² Vgl. Kudlich, JuS 2000, L 13, 15; W/B/S, AT, Rn 724 ff.; Jescheck/Weigend, AT, § 50 II; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 22 Rn 78 ff.; Fischer, § 22 Rn 49 ff.

¹⁰⁷³ Vgl. bereits die 1. Aufl. 2002; später auch Valerius, JA 2010, 113.

¹⁰⁷⁴ Vgl. OLG Koblenz NJW 2001, 1364 (allerdings ging es dort um einen Strafprozess).

662

Hinweis für die Fallbearbeitung: Da im ersten Fall schon gar kein Tatbestand existiert, den der Täter (selbst ohne Irrtum) erfüllen könnte, bietet sich die Behandlung dieses Irrtums bereits im Prüfungspunkt *Strafbarkeit des Versuchs* an. Im zweiten Fall, also in dem Fall, dass der Täter ein Merkmal des tatsächlich bestehenden objektiven Tatbestands zu seinen Ungunsten zu weit auslegt, muss differenziert werden: Fehlt es bereits an der Strafbarkeit des Versuchs (weil es sich um ein Vergehen handelt und eine Versuchsstrafbarkeit nicht angeordnet ist), gilt dasselbe wie im ersten Fall: Das Wahndelikt ist im Prüfungspunkt *Strafbarkeit des Versuchs* zu behandeln. Handelt es sich dagegen um ein Verbrechen oder um ein Vergehen, dessen Versuch strafbar ist, sollte man das Wahndelikt im Prüfungspunkt *Tatentschluss* behandeln. Das hat den Grund, dass hier ja an sich ein strafbarer Tatbestand existiert, den der Täter nur zu seinen Ungunsten zu weit ausdehnt. Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zum strafbaren untauglichen Versuch bereiten folgende Fallgruppen:

- 663 (3) Der Täter erfüllt einen Tatbestand, ist objektiv gerechtfertigt, glaubt sich aber nicht gerechtfertigt, weil er den ihm zur Seite stehenden Rechtfertigungsgrund überhaupt nicht kennt oder sich zu seinen Ungunsten über den Umfang des eingreifenden Rechtfertigungsgrundes irrt (= **umgekehrter indirekter Subsumtions- bzw. Grenzirrtum; umgekehrter Erlaubnisirrtum**).

Beispiel: Ehefrau F wird wieder einmal von ihrem gewalttätigen Ehemann M zusammengeschlagen. Aus Angst um ihr Leben ergreift sie ein zufällig auf dem Küchentisch liegendes Messer und sticht zu. Dabei weiß sie (a) nichts von dem Rechtfertigungsgrund Notwehr oder (b) zwar, dass ein Rechtfertigungsgrund Notwehr existiert, glaubt aber, man dürfe den Angreifer nicht lebensgefährlich verletzen. ⇒ Hier engt F ihr Notwehrrecht zu sehr ein. Diese Fehlvorstellung ist aber irrelevant, weil das Notwehrrecht an keine Güterabwägung geknüpft ist.

664

Hinweis für die Fallbearbeitung: Dieser Irrtum ist im Rahmen der Rechtfertigung des einschlägigen vollendeten Begehungsdelikts zu prüfen. Hier ist dann darzulegen, dass der Täter nicht nur objektiv gerechtfertigt ist, sondern auch zum Zwecke der Verteidigung, also mit Rechtfertigungswillen handelt.

- 665 Nicht zu verwechseln ist dieser zum straflosen Wahndelikt führende Fall mit dem Fall, dass der Täter vom *tatsächlichen* Vorliegen einer objektiv rechtfertigenden Situation nichts weiß oder ihm ein sonstiges subjektives Rechtfertigungselement fehlt. In solchen Fällen ist er grundsätzlich strafbar, sei es wegen Vollendung des Delikts oder wegen Versuchs.¹⁰⁷⁵ Jedenfalls liegt *kein* Wahndelikt vor.

Beispiel: Die Ehefrau F des vorigen Beispiels weiß zwar, dass sie sich auf den Rechtfertigungsgrund Notwehr berufen könnte, ihr geht es aber nicht darum, sich zu verteidigen, sondern die Sachlage dazu auszunutzen, ihrem Mann „eins auszuwischen“. Hier ist F zwar objektiv, nicht aber subjektiv gerechtfertigt.

666

Hinweis für die Fallbearbeitung: Auch dieser Irrtum ist im Rahmen der Rechtfertigung des einschlägigen vollendeten Begehungsdelikts zu prüfen. Hier ist aber darzulegen, dass der Täter zwar objektiv gerechtfertigt ist, er aber keinen (subjektiven) Rechtfertigungswillen hat.

- 667 (4) Ferner ist es möglich, dass der Täter sein Verhalten für strafbar hält, obwohl ihm in tatsächlicher Hinsicht ein Strafausschließungsgrund (etwa § 173 III) zur Seite steht (= **umgekehrter reiner Strafbarkeitsirrtum**). ⇒ Strafloses Wahndelikt.

¹⁰⁷⁵ Vgl. dazu BGH NSTZ 2001, 143, 144; 1996, 29, 30; Mitsch, JuS 2000, 848, 851; Graul, JuS 2000, L 41; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 22 Rn 81; Fischer, § 32 Rn 27; BeckOK-Cornelius, § 22 Rn 8; LK-Rönnau, vor § 32 Rn 90; Joecks/Jäger, § 23 Rn 9; ausführlich dazu Rn 311 ff.

Übersicht untauglicher Versuch / strafloses Wahndelikt

untauglicher Versuch	strafloses Wahndelikt
<p>Beim untauglichen Versuch hält der Täter ein in Wirklichkeit nicht vorliegendes Merkmal des objektiven Unrechtstatbestands für gegeben. Er stellt sich eine Sachlage vor, bei deren wirklichem Vorliegen sein Handeln den gesetzlichen Tatbestand erfüllen würde (= umgekehrter Tatbestandsirrtum).</p>	<p>Bei einem straflosen Wahndelikt glaubt der Täter, er mache sich strafbar, obwohl es einen entsprechenden Straftatbestand nicht gibt.</p>

668

2. Objektiver Tatbestand

a. Unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung

Wie sich aus dem bereits erläuterten Wortlaut des § 22 ergibt, kombiniert das Gesetz subjektive und objektive Elemente. Das subjektive Element ergibt sich aus der Formulierung: „nach seiner Vorstellung“ und das objektive aus „unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt“. Auf der Grundlage dieser gesetzlichen Ansatzformel und deren Anwendung durch die Rechtsprechung lässt sich folgende Definition des unmittelbaren Ansatzens zur Tatbestandsverwirklichung vornehmen:

669

Nach der § 22 zugrunde liegenden Kombination aus subjektiven und objektiven Elementen liegt ein **unmittelbares Ansetzen** zur Tatbestandsverwirklichung vor, wenn das Verhalten des Täters nach dem Gesamtplan zeitlich/räumlich so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft ist, dass es bei ungestörtem Fortgang ohne längere Unterbrechung im Geschehensablauf unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestands führen soll.¹⁰⁷⁶

670

Das Merkmal „unmittelbar“ wird vom BGH bisweilen auch mit „ohne (wesentliche)¹⁰⁷⁷ Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden“ beschrieben. Denn oft liest man, dass ein Versuch vorliege, wenn der Täter subjektiv die **Schwelle zum „jetzt geht’s los“ überschreite** und objektiv derart zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetze, dass sein Tun **ohne (wesentliche) Zwischenakte in die Rechtsgutverletzung bzw. Erfüllung des Tatbestands übergehe**.¹⁰⁷⁸ Mit dieser „Zwischenaktformel“ versucht der BGH, den strafbaren Versuch von nicht strafbaren Vorbereitungshandlungen abzugrenzen, was insbesondere erforderlich wird, wenn objektiv noch keine Rechtsgutverletzung eingetreten ist bzw. der Täter noch kein objektives Tatbestandsmerkmal erfüllt hat (siehe dazu Rn 672). Aber auch die Zwischenaktformel ist nicht stets geeignet, eine konturscharfe Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitungshandlung und strafbarem Versuch zu ermöglichen. Das liegt insbesondere daran, dass der Begriff des (wesentlichen) Zwischenakts ebenso einer wertenden Betrachtung unterworfen ist.

671

Beispiel¹⁰⁷⁹: T überfiel eine Spielhalle. Zur Ausführung der Tat betrat er das Gebäude durch den Hintereingang und begab sich zunächst – noch unmaskiert – zur Herrentoilette, um sich dort zu maskieren. Anschließend ging er maskiert in die Spielhalle und nötigte eine Spielhallenmitarbeiterin mit einem Messer zur Öffnung des Tresors, aus dem er dann das darin aufbewahrte Geld (1.900 €) entwendete. Ein paar Tage später entschloss er sich dazu, die Spielhalle erneut und nach dem gleichen Muster zu überfallen. Diesmal jedoch

¹⁰⁷⁶ Vgl. BGH NSTZ 2020, 729, 730; NSTZ 2020, 598; NSTZ 2019, 18; NSTZ 2019, 79; NSTZ 2015, 207 f.; NJW 2014, 1463; NSTZ 2014, 447, 448; NSTZ 2013, 156, 157; BGHSt 26, 201, 203 f.

¹⁰⁷⁷ So fehlt „wesentlich“ etwa bei BGH NSTZ 2020, 598.

¹⁰⁷⁸ So eine Zusammenschau aus z.B. BGH NSTZ 2021, 92; NSTZ 2020, 729, 730; NSTZ 2019, 79; NSTZ 2019, 18; NSTZ 2015, 207 f.; NJW 2014, 1463; NSTZ 2013, 579; NSTZ 2013, 156, 157; NSTZ 2011, 400, 401; NSTZ 2006, 331 f.; NJW 2002, 1057; NSTZ 2001, 415; NSTZ 2001, 475, 476; BGHSt 48, 34, 36 ff.; 37, 294, 297 f.; 26, 201, 203.

¹⁰⁷⁹ Nach BGH NSTZ 2020, 598 (leicht vereinfacht dargestellt).

scheiterte sein Vorhaben, weil die Tür zum Hintereingang verschlossen war und T sich daher keinen Zugang zum Gebäude verschaffen konnte. Strafbarkeit des T in Bezug auf das zweite Tatgeschehen?

Da die Tat nicht vollendet werden konnte, stellt sich die Frage, ob T wenigstens wegen Versuchs (hier: versuchter besonders schwerer Raub, §§ 250 II Nr. 1, 22) strafbar ist. Das wäre jedenfalls zu bejahen, wenn sich das Tatgeschehen als fehlgeschlagener Versuch darstellte, von dem ein strafbefreiender Rücktritt (§ 24) von vornherein ausgeschlossen ist (dazu Rn 706). Jedoch stellt sich diese Frage nicht, wenn T noch nicht einmal das Versuchsstadium erreicht hat.

Wie aufgezeigt, liegt gemäß der § 22 zugrunde liegenden Kombination aus subjektiven und objektiven Elementen ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung vor, wenn das Verhalten des Täters nach dem Gesamtplan zeitlich/räumlich so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft ist, dass es bei ungestörtem Fortgang ohne längere Unterbrechung im Geschehensablauf unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestands führen soll. Bisweilen liest man auch die „Kurzformel“, dass der Täter das Versuchsstadium erreicht hat, wenn er subjektiv die Schwelle zum „jetzt geht’s los“ überschritten hat und objektiv derart zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung angesetzt hat, dass sein Tun ohne (wesentliche) Zwischenakte in die Rechtsgutverletzung bzw. Erfüllung des Tatbestands übergang.

Im vorliegenden Fall hat der BGH entschieden, dass T mit dem (vergeblichen) Versuch, die Hintertür zu öffnen, die Schwelle zum „jetzt geht’s los“ noch nicht überschritten hat. Denn nach seiner Vorstellung von der Tat hätte er sich nach dem Betreten des Gebäudes noch in den Toilettenbereich begeben und maskieren müssen, was einer gewisse Zeit in Anspruch genommen hätte und damit einen beachtlichen Zwischenakt dargestellt hätte.¹⁰⁸⁰

Dem ist zuzustimmen. Selbst, wenn T die Hintertür durchschritten hätte, hätten ihn auch aus seiner Sicht nach dem Schritt durch die Hintertür nicht nur wenige Meter und Sekunden von der Tatbestandsverwirklichung getrennt. Er hätte zunächst den Toilettenraum aufsuchen und sich dort maskieren müssen. Das wären wesentliche Zwischenschritte bis zur Tatausführung gewesen. T ist daher in Bezug auf das zweite Tatgeschehen straflos.

aa. Täter hat bereits ein Tatbestandsmerkmal erfüllt

- 672 Nach ständiger Rechtsprechung des BGH (Rn 671) liegt ein Versuch i.d.R. jedenfalls dann vor, wenn der Täter bereits mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung begonnen bzw. ein Tatbestandsmerkmal erfüllt hat (**Teilverwirklichung des Tatbestands**).

Beispiele:

(1) A will B ausrauben (vgl. § 249, der letztlich einen nötigungsbedingten Diebstahl darstellt). Dazu schlägt er diesen nieder, um an die in der Jackentasche vermutete Brieftasche zu kommen. Doch die Jackentasche ist leer.

Hier scheidet die Vollendung des Raubs an der Diebstahlskomponente, da die Jackentasche leer war. Da A jedoch bereits die Gewaltkomponente des Raubs erfüllt hat, hat er einen Teil des Raubtatbestands verwirklicht. Er ist somit wegen versuchten Raubs strafbar (davon unabhängig ist A selbstverständlich auch wegen vollendeter Nötigung und wegen eines vollendeten Körperverletzungsdelikts strafbar). Vgl. auch Rn 679/680 (jeweils Bsp. 6) sowie R. Schmidt, BT II, Rn 79.

(2) Der 28-jährige T hatte die 18-jährige Schülerin O über ein soziales Netzwerk „kennengelernt“ und mit ihr einen regen Schreibkontakt gepflegt, woraufhin diese sich in ihn verliebt hatte und ihm Nacktbilder übersandte. Nach deren Erhalt kam zu ersten sexuellen Anspielungen seitens des T, der sich von O sexuell befriedigen lassen wollte. Doch da O dies ablehnte, drohte T der O, die Fotos bei Facebook zu veröffentlichen bzw. diese auszudrucken und in ihrer Schule aufzuhängen. Hierdurch wollte er sie dazu

¹⁰⁸⁰ BGH NSTz 2020, 598.

veranlassen, von ihm gewünschte sexuelle Handlungen vorzunehmen, insbesondere den Beischlaf zu dulden. O fühlte sich dadurch massiv unter Druck gesetzt und wandte sich schließlich an die Polizei. Im Rahmen einer Durchsuchung der elektronischen Geräte des T wurde das fragliche Bildmaterial sichergestellt.¹⁰⁸¹

Auch in diesem Fall scheiterte die Vollendung der Tat, hier eine sexuelle Nötigung in einem besonders schweren Fall gem. § 177 II Nr. 5, VI S. 2 Nr. 1. T könnte sich jedoch wegen Versuchs gem. § 177 II Nr. 5, III, VI S. 2 Nr. 1 strafbar gemacht haben. Dazu müsste er gem. § 22 nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben, was nach ständiger Rechtsprechung des BGH der Fall ist, wenn das Täterverhalten ohne wesentliche Zwischenakte in die Rechtsgutverletzung bzw. Erfüllung des Tatbestands übergeht, jedenfalls aber dann, wenn der Täter ein Tatbestandsmerkmal vollendet hat. Das OLG hat entschieden, dass T durch seine Drohung, die von O übersandten Nacktbilder bei Facebook zu veröffentlichen bzw. diese auszudrucken und in ihrer Schule aufzuhängen, eine Nötigungshandlung i.S.v. § 177 II Nr. 5 – und damit ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestands – verwirklichte. Jedenfalls durch diese Nötigungshandlung habe T – was weitere Voraussetzung für die Annahme eines Versuchs sei – die sexuelle Selbstbestimmung der O als Schutzgut des § 177 unmittelbar gefährdet.

Demzufolge ist T wegen versuchter sexueller Nötigung im besonders schweren Fall gem. § 177 II Nr. 5, III, VI S. 2 Nr. 1 i.V.m. §§ 22, 23 I, 12 II strafbar.

Stellungnahme: Obwohl es noch zu keinerlei sexueller Handlung gekommen war und auch völlig unklar ist, ob es zu einer solchen überhaupt gekommen wäre bzw. wann es dazu gekommen wäre, wurde T vom OLG wegen versuchter sexueller Nötigung im besonders schweren Fall schuldig gesprochen. Dies war allein möglich, weil T ein Tatbestandsmerkmal des § 177 II Nr. 5 (hier: Nötigung) verwirklicht hat. Zu einer unmittelbaren Gefährdung eines durch § 177 II Nr. 5 geschützten Rechtsguts war es zu keiner Zeit gekommen; die Nötigung als solche gehört nicht zu den Schutzgütern der Sexualstraftaten. Daher sollte man ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung, sei es nach der Zwischenaktformel oder der Teilverwirklichungsformel, nur dann annehmen, wenn es um eine unmittelbare Gefährdung des von der Strafnorm geschützten Rechtsguts geht, siehe dazu auch sogleich.

Um aber Wertungswidersprüche auszuschließen, kann der Eintritt in das Versuchsstadium trotz Teilverwirklichung des Tatbestands zu verneinen sein, wenn noch keine unmittelbare Gefährdung *des geschützten Rechtsguts* vorliegt.¹⁰⁸²

673

Beispiel¹⁰⁸³: T beabsichtigte, ein Kind zu vergewaltigen. Er ergriff in einem bewohnten Ortsteil die 13-jährige O, klebte ihr Klebeband auf den Mund und zerrte sie in sein Auto, um mit ihr zur Tatausführung an einen abgelegenen Ort zu fahren und dort die Tat zu vollziehen. Jedoch gelang es O, die Tür zu öffnen und aus dem Fahrzeug zu fliehen, als T im Begriff war, loszufahren.

Durch das beschriebene Verhalten könnte T sich wegen Versuchs einer sexuellen Nötigung in einem besonders schweren Fall gem. §§ 177 I, V Nr. 1, 22, 23 I, 12 I i.V.m. § 177 VI S. 2 Nr. 1 strafbar gemacht haben. Daneben kommt eine Strafbarkeit wegen versuchten schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern gem. §§ 176 I Nr. 1, 176c I Nr. 2a), 22, 23 I, 12 I in Betracht.

Strafbarkeit nach §§ 176 I Nr. 1, 176c I Nr. 2a), 22, 23 I, 12 I

T beabsichtigte, mit O den Beischlaf zu vollziehen und damit den Tatbestand des § 176c I Nr. 2a) zu verwirklichen. Er müsste gem. § 22 aber auch nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben, was nach ständiger Rechtsprechung des BGH der Fall ist, wenn das Täterverhalten ohne wesentliche Zwischenakte in die

¹⁰⁸¹ Fall nach OLG Hamm 9.4.2019 – 3 RVs 10/19.

¹⁰⁸² BGHSt 37, 294, 296; BGH StV 2001, 272, 273; NSTZ 2002, 433, 435; NSTZ 2011, 400, 401; NSTZ 2015, 207 f.

¹⁰⁸³ Nach BGH NSTZ 2019, 79.

Rechtsgutverletzung bzw. Erfüllung des Tatbestands übergeht, jedenfalls aber dann, wenn der Täter ein Tatbestandsmerkmal erfüllt hat.

Ein Tatbestandsmerkmal des § 176c I Nr. 2a) hat T nicht erfüllt. Ein Versuch liegt daher nur vor, wenn T nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Tat angesetzt hat. Hierzu hat der BGH entschieden, dass zum Zeitpunkt des Sichbemächtigens und Ins-Auto-Zerrens, um an einen abgelegenen Ort zu fahren, auch für T unklar gewesen sei, wo dieser Ort sein sollte und wie lange die Fahrt dorthin dauern würde. Denn T sei ortsfremd gewesen und ihm hätten Ortskenntnisse zur Umgebung des Ergreifungsortes gefehlt. Eine Strafbarkeit wegen versuchten schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern sei damit nicht gegeben.¹⁰⁸⁴

Strafbarkeit nach §§ 177 I, V Nr. 1, 22, 23 I, 12 I i.V.m. § 177 VI S. 2 Nr. 1

Da T den beabsichtigten Beischlaf mit O auch gegen deren Willen vollziehen wollte, kommt auch eine versuchte sexuelle Nötigung in einem besonders schweren Fall gem. §§ 177 I, V Nr. 1, 22, 23 I, 12 I i.V.m. § 177 VI S. 2 Nr. 1 in Betracht. Auch hier müsste T gem. § 22 nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben, was – wie aufgezeigt – nach ständiger Rechtsprechung des BGH der Fall ist, wenn das Täterverhalten ohne wesentliche Zwischenakte in die Rechtsgutverletzung bzw. Erfüllung des Tatbestands übergeht, jedenfalls aber dann, wenn der Täter ein Tatbestandsmerkmal erfüllt hat.

T hat ein Tatbestandsmerkmal erfüllt; durch das Anbringen von Klebeband und das Zerren in den Pkw hat er Gewalt angewendet i.S.d. § 177 V Nr. 1. Demzufolge müsste er nach der vom BGH vertretenen Teilverwirklichungsregel wegen versuchter sexueller Nötigung in einem besonders schweren Fall gem. §§ 177 I, V Nr. 1, 22, 23 I, 12 I i.V.m. § 177 VI S. 2 Nr. 1 strafbar sein.

Zu diesem Ergebnis kommt auch der BGH. T habe mit dem Einsatz von Gewalt bereits ein Tatbestandsmerkmal der sexuellen Nötigung nach § 177 verwirklicht und sei jedenfalls insoweit in das Versuchsstadium gelangt.¹⁰⁸⁵ Danach ist T also wegen versuchter sexueller Nötigung in einem besonders schweren Fall gem. §§ 177 I, V Nr. 1, 22, 23 I, 12 I i.V.m. § 177 VI S. 2 Nr. 1 strafbar.

Bewertung: Die unterschiedliche Betrachtung des Versuchs des § 176c I Nr. 2a) und der §§ 177 I, V Nr. 1 i.V.m. 177 VI S. 2 Nr. 1 erstaunt. Denn ebenso wie bei der Frage nach der Strafbarkeit wegen versuchten schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern ist bei der Frage nach dem Versuch einer sexuellen Nötigung in einem besonders schweren Fall unklar, welche wesentlichen Zwischenschritte zur Tatbestandsverwirklichung noch erforderlich gewesen wären.¹⁰⁸⁶ Zwar hat T durch das Anbringen von Klebeband und das Zerren in den Pkw Gewalt angewendet, wo und wann aber die Tat hätte ausgeführt werden können und welche Zwischenschritte noch erforderlich gewesen wären, war T zu diesem Zeitpunkt unklar. Die unterschiedliche Bewertung im Vergleich zur verneinten Strafbarkeit wegen versuchten schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern überzeugt daher nicht, ist aber Ergebnis der Anwendung der Teilverwirklichungsregel.¹⁰⁸⁷ Ein Lösungsansatz, der solche Wertungswidersprüche vermeidet, bestünde darin, ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung – und damit einen Versuch – auch bei Verwirklichung eines einzelnen Tatbestandsmerkmals erst dann anzunehmen, wenn ein von der Strafnorm geschütztes Rechtsgut unmittelbar gefährdet ist. Bemächtigt sich also ein Täter eines Opfers, um dieses zu vergewaltigen, ist für den Täter zu diesem Zeitpunkt aber noch unklar, wo und wann die Tat ausgeführt werden könnte und welche Zwischenschritte noch erforderlich sind, liegt darin trotz Teilverwirklichung des Tatbestands noch kein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung des § 177.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die Feststellung, ob der Täter unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hat oder sich noch im (straflosen) Vorbereitungssta-

¹⁰⁸⁴ BGH NStZ 2019, 79.

¹⁰⁸⁵ BGH NStZ 2019, 79.

¹⁰⁸⁶ Sehr kritisch auch *Eidam*, NStZ 2019, 79, 80.

¹⁰⁸⁷ Siehe *Eidam*, NStZ 2019, 79, 80.

dium bewegt, ist nicht immer klar möglich, weil das gesetzliche Kriterium der Unmittelbarkeit Raum zur wertenden Einzelfallbetrachtung lässt und auch die von der Rechtsprechung verwendete Zwischenaktformel und Teilverwirklichungsregel nur vermeintlich Klarheit schaffen. So ist insbesondere unklar, wann ein Zwischenakt „wesentlich“ sein soll und ob die Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals, das isoliert betrachtet überhaupt nicht zum geschützten Rechtsgut zählt, wirklich geeignet ist, die Annahme eines Versuchs zu begründen. Daher ist es nachvollziehbar, dass in der Abgrenzung strafbarer Versuch/straflose Vorbereitungshandlung regelmäßig der **Schwerpunkt** jeder Versuchsprüfung liegt. Um aber nicht den Überblick zu verlieren, sollte man sich weniger auf das Auswendiglernen und „Abspulen“ von (teilweise veralteten) Theorien konzentrieren, sondern man sollte – auf der Basis der Formulierung in § 22 – wichtige (im Folgenden dargestellte) Grundregeln beherrschen. Nur deren Beherrschung ermöglicht den rechtsfehlerfreien Umgang auch mit schwierigen Abgrenzungsfragen. Jedenfalls gibt es keine gängige Formel, die eine bloße Subsumtion ermöglichte oder frei wäre von weiteren wertenden Betrachtungen. Der vom Verfasser vorgeschlagene Lösungsansatz, der darin besteht, ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung – und damit einen Versuch – auch bei Verwirklichung eines einzelnen Tatbestandsmerkmals erst dann anzunehmen, wenn ein von der Strafnorm geschütztes Rechtsgut unmittelbar gefährdet ist, vermeidet in jedem Fall die aufgezeigten Wertungswidersprüche.

bb. Täter hat nach seiner Vorstellung alles zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan (sog. beendeter Versuch)

(a.) Normalfall des beendeten Versuchs

In aller Regel liegt ein Versuch auch dann vor, wenn der Täter *nach seiner Vorstellung* von der Tat alles getan zu haben glaubt, was zur Tatbestandsverwirklichung erforderlich ist (sog. **beendeter Versuch**).¹⁰⁸⁸

674

Beispiel¹⁰⁸⁹: A will B töten. Er sticht mit einem mit einer 20 cm langen Klinge versehenen Messer mehrmals auf B ein und verletzt ihn in der Brust und im Unterbauch, sodass bereits Darmschlingen hervorquellen. Als B ihn mit röchelnder Stimme bittet, von weiteren Angriffen abzusehen, gibt A die weitere Ausführung der Tat auf und ergreift die Flucht.

Als A seinen Angriff abbrach, hatte er erkannt, dass B bereits so schwer verletzt war, dass ein Verzicht auf weitere Ausführungshandlungen nicht ausreichte, um den Todeseintritt bei B zu verhindern. Nach seiner Vorstellung von der Tat musste er daher davon ausgehen, alles getan zu haben, was zur Tatbestandsverwirklichung erforderlich war. Es liegt somit ein **beendeter Versuch** vor. Dasselbe würde gelten, wenn sich der Täter nach Abschluss der Ausführungshandlungen, die zu schweren Verletzungen geführt haben, keine Gedanken über die Folgen seines Handelns machte.¹⁰⁹⁰

Gegenbeispiel¹⁰⁹¹: Zwischen T und dem mit ihm zerstrittenen O kam zu einer tätlichen Auseinandersetzung. Mit den Worten: „Ich mach´ Dich alle“ schlug und trat T auf O ein, der vornüber zu Boden fiel. Sodann kniete sich T auf den Rücken des O, hielt seinen Arm fest um dessen Hals und würgte ihn. Dabei äußerte er: „Es ist mir egal; ich bring´ Dich um“. Mindestens 15 bis 20 Sekunden drückte T den Hals des O so fest zu, dass dieser keine Luft mehr bekam und bewusstlos wurde. Die Gewalteinwirkung war konkret lebensbedrohlich, was T klar war. Er rechnete auch damit, dass O getötet werden könnte, nahm dies aber billigend in Kauf. Neben Blutergüssen und Abschürfungen erlitt O, der mindestens 10 Minuten bewusstlos war, Stauungsblutungen in beiden Augen sowie eine punktförmige Einblutung in der Unterlippenschleimhaut als Folge des extremen Sauerstoff-

¹⁰⁸⁸ Vgl. dazu BGH NSTz 2015, 261 f.; NSTz 2014, 569 f.; NSTz 2008, 393, 394 f.; NSTz-RR 2002, 73, 74; NSTz 2001, 475, 476. Aus der Lit. vgl. etwa MüKo-Hoffmann-Holland, § 24 Rn 74 f.

¹⁰⁸⁹ Vgl. BGH NSTz 2005, 263, 264 f. Vgl. auch BGH NSTz 2008, 393, 394 f.

¹⁰⁹⁰ Vgl. dazu den Fall BGH NSTz 2011, 337 f.

¹⁰⁹¹ Nach BGH NSTz 2007, 634 f.

mangels. T, der sah, dass O mit geschlossenen Augen bewusstlos am Boden lag, stand auf, entfernte sich vom Tatort und stellte sich der Polizei.

Das LG hat T wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren verurteilt. Der BGH hob das Urteil auf, weil T strafbefreiend vom Versuch der Tötung zurückgetreten sei. Es habe ein **unbeendeter Versuch** vorgelegen, bei dem für einen strafbefreienden Rücktritt das schlichte Unterlassen weiterer Ausführungshandlungen genüge (§ 24 I S. 1 Var. 1). Etwas anderes hätte nur dann gegolten, wenn ein beendeter Versuch vorgelegen hätte. Allein die tatrichterliche Feststellung, T habe damit rechnen müssen, dass bei O der Tod eintreten könne, belege die Annahme eines beendeten Versuchs nicht. Im Gegenteil sei davon auszugehen, dass angesichts der relativ kurzen Zeit des freiwillig beendeten Würgevorgangs, der affektiv aufgeladenen Tatsituation und der sofortigen Strafanzeige bei der Polizei T die Möglichkeit des Todeseintritts nicht erkannt habe bzw. er sich überhaupt keine Vorstellung über die Folgen seines Tuns gemacht habe.¹⁰⁹²

Bewertung: Die Ansicht des BGH ist nicht im Ansatz überzeugend und lässt jeglichen Opferschutz vermissen. Denn nach den Sachverhaltsfeststellungen des Tatgerichts rechnete T sehr wohl damit, dass O getötet werden könnte. Dass O überlebte, ist (aus Sicht des T) reiner Zufall. Daher ist die Auffassung des BGH, T habe die Möglichkeit des Todeseintritts nicht erkannt bzw. habe sich überhaupt keine Vorstellung über die Folgen seines Tuns gemacht, völlig unverständlich. Vielmehr war es doch so, dass T mit dem Ablassen von O seine Tat für vollendet hielt und eben nicht freiwillig die weitere Tatausführung aufgegeben hat. Richtigerweise lag ein Fall des beendeten Versuchs vor, von dem T nicht durch schlichtes Unterlassen weiterer Tathandlungen, sondern nur durch aktives Gegensteuern strafbefreiend hätte zurücktreten können. Naiv und wirklichkeitsfremd ist auch die Annahme, die sofortige Strafanzeige spreche dafür, dass T den möglichen Erfolgseintritt nicht erkannt hat. Warum der BGH es mit diesem Urteil dem Täter allzu leicht macht, von einem Tötungsversuch strafbefreiend zurückzutreten und gleichzeitig den Opferschutz derart vernachlässigt, ist nicht nachvollziehbar.

- 674a** Ein unbeendeter Versuch kann auch dann anzunehmen sein, wenn sich der Täter im Augenblick des Verzichts auf eine mögliche Weiterführung der Tat keine Vorstellung von den Folgen seines bisherigen Verhaltens macht.¹⁰⁹³ Vgl. auch Rn 713.

(b.) Notwendige Mitwirkung des Opfers

- 675** Von dieser Regel ist jedoch eine Ausnahme zu machen, wenn der Täter zwar glaubt, alles zur Tatverwirklichung Erforderliche getan zu haben, der Erfolgseintritt aber noch von Faktoren abhängt, die der Täter nicht unmittelbar beeinflussen kann. Das betrifft insbesondere die Fälle der notwendigen Mitwirkung des Opfers. Ob hier ein Versuch angenommen werden kann, ist fraglich.

Beispiele¹⁰⁹⁴:

- (1) T besitzt eine Jagdhütte, in der er sich gelegentlich am Wochenende aufhält. Daher hat er immer einen gewissen Vorrat an Lebensmitteln dort gelagert. Als er an einem Freitagabend zur Hütte fährt, stellt er fest, dass diese aufgebrochen ist und dass warme Speisen zubereitet worden waren. T geht davon aus, dass diese Tat auf das Konto einiger Landstreicher geht, die sich in der Gegend aufhalten. Gleichzeitig nimmt er an, dass die Landstreicher zurückkehren werden, um sich noch einmal zu sättigen. Daher präpariert T eine Fertigsuppe mit einem hochgiftigen Pulver. Er weiß auch um die tödliche Wirkung dieses Pulvers und nimmt dabei in Kauf, dass es zu einem tödlichen Ausgang kommen könnte. Anschließend fährt er nach Hause. Hat sich T wegen versuchter Tötung strafbar gemacht?

¹⁰⁹² BGH NStZ 2007, 634 f.

¹⁰⁹³ BGH NStZ 2014, 143.

¹⁰⁹⁴ Beispiel (1) angelehnt an BGHSt 43, 177 ff. (Gifffalle), Beispiel (2) an BGH NStZ 2001, 475 ff. (Steckdosenfalle). Vgl. auch *Altwater*, NStZ 2002, 20, 24.

- (2) Mieter M muss seine Wohnung räumen. Um sich an seinem Vermieter zu rächen, präpariert er einige Steckdosen dergestalt, dass er die 235-Volt-Ader an den Schutzkontakt anschließt. Folge davon ist, dass wenn jemand ein elektrisches Gerät anschließt, das Gehäuse dieses Geräts unter Spannung steht. Doch bevor es zu einem Personenschaden kommt, wird die Manipulation zufällig entdeckt. Hat sich M wegen versuchter Tötung strafbar gemacht?

In derartigen Fällen ist problematisch, ob ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung angenommen werden kann. Bedenken knüpfen an den Umstand, dass noch einige Unwägbarkeiten den Eintritt des Taterfolgs vereiteln können. So bleibt der Taterfolg insbesondere dann aus, wenn das Opfer nicht in der vom Täter vorgestellten Weise „mitwirkt“. Gleichwohl bejaht das herrschende Schrifttum einen Versuch, wenn der Täter entweder den Geschehensablauf bewusst aus der Hand gegeben hat, sodass nach seiner Vorstellung der Erfolg jetzt selbstständig und ungehindert eintreten kann, *oder* wenn nach der Tätervorstellung eine Situation eingetreten ist, bei der zur Tatbestandsverwirklichung keine wesentlichen Zwischenschritte mehr erforderlich sind (sog. Alternativformel).¹⁰⁹⁵ Es muss aber immer eine unmittelbare Gefährdung des Opfers vorliegen. Strukturell gleicht dieser Fall dem Versuchsbeginn bei der mittelbaren Täterschaft (dazu sogleich unter c.).

676

Würde im obigen **Beispiel (1)** T sich in der Hütte verstecken und den Landstreichern „auf-lauern“, würden beide Kriterien der Alternativformel kaum eine Versuchsstrafbarkeit begründen. T hat aber die Hütte verlassen und ist zu seiner Hauptwohnung gefahren. Damit hat er den Geschehensablauf bewusst aus der Hand gegeben. Er ist damit der h.L. zufolge in das Versuchsstadium eingetreten. Gleiches gilt für M in **Beispiel (2)**.

Der BGH differenziert: Halte der Täter das Erscheinen des Opfers lediglich für möglich, aber noch ungewiss, trete eine Rechtsgutgefährdung nach der Vorstellung des Täters erst dann ein, wenn das Opfer tatsächlich erscheint, und sich deshalb die Gefahr für das Opfer verdichtet. Stehe für den Täter das Erscheinen des Opfers hingegen fest, liege eine unmittelbare Gefährdung bereits mit Abschluss der Tathandlung vor.¹⁰⁹⁶

677

Demzufolge müsste man im obigen **Beispiel (1)** danach fragen, welche Vorsatzintensität bei T vorliegt. Nach dem Sachverhalt nimmt er an, dass die Landstreicher zurückkehren werden. Versteht man dies dahingehend, dass für T das Erscheinen der Landstreicher feststeht, wäre er wegen versuchter Tötung strafbar, sofern man Tötungsvorsatz bejaht (anderenfalls wäre versuchte gefährliche Körperverletzung in der Begehungsweise der das Leben gefährdenden Behandlung einschlägig).

Bei M in **Beispiel (2)** bleibt bei der Veränderung elektrischer Steckdosen in zentralen Räumen eines Wohnhauses nicht ungewiss, ob und wann die Manipulation einmal Wirkung entfalten wird. Es liegt vielmehr auf der Hand, dass die Steckdosen in Kürze genutzt werden. Insofern verhält es sich nicht anders, als wenn M eine Handgranate an einem vor dem Haus geparkten Auto angebracht hätte, unterscheidet sich aber von dem Fall des Aufstellens einer vergifteten Speise in der ungewissen Erwartung, Einbrecher würden erneut in die Hütte eindringen und die Speise zu sich nehmen. M wäre demzufolge wegen versuchter Tötung strafbar, sofern man Tötungsvorsatz bejaht (anderenfalls wäre auch hier versuchte gefährliche Körperverletzung in der Begehungsweise der das Leben gefährdenden Behandlung einschlägig).

Stellungnahme: Sollte man einmal je nach Befolgung der einen oder anderen Auffassung zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist eine Streitentscheidung unabdingbar. Nach der hier vertretenen Auffassung scheinen die Kriterien des herrschenden Schrifttums

678

¹⁰⁹⁵ Vgl. *Gropp*, AT, § 9 Rn 73; *Roxin*, JZ 1998, 209, 211 f.; *Sch/Sch-Eser/Bosch*, § 22 Rn 42 u. 54; *Engländer*, JuS 2003, 330, 334 ff.; *Heckler*, NSTZ 1999, 79 f.; *Baier*, JA 1999, 771 f.

¹⁰⁹⁶ BGHSt 43, 177, 181; BGH NSTZ 2001, 475, 476; *Trüg*, JA 2002, 102 ff.

überzeugender. Denn sie stellen nicht wie der BGH primär auf die Intensität des Vorsatzes und damit in erster Linie auf die subjektive Komponente ab, sondern auf die – ausgehend von der Vorstellung des Täters – objektiv zu beurteilende Gefährdungsintensität des Opfers (gemischt subjektiv-objektive Betrachtungsweise). Gerade diese Art der Gefährdungsintensität, die auch von § 22 vorausgesetzt wird, wird beim primären Abstellen auf die Intensität des Vorsatzes seitens des Täters nicht hinreichend berücksichtigt. Denn das sichere Wissen um das Erscheinen des Opfers ersetzt die Gefährdung nicht; andererseits kann das Opfer hochgradig gefährdet sein, obwohl der Täter das Erscheinen des Opfers lediglich für möglich hält. Da aber auch nach Auffassung des BGH der Versuchseintritt spätestens mit der tatsächlichen Gefährdung des Rechtsguts beginnt, spielt die unterschiedliche Betrachtungsweise im Ergebnis keine Rolle, wenn eine Rechtsgutgefährdung eingetreten ist.

cc. (Sonstige) Handlungen im Vorfeld der eigentlichen Tatausführung

679 Schwierig sind auch die (übrigen) Fälle zu beurteilen, in denen das Täterverhalten sich noch im (straflosen) Vorfeld der eigentlichen (strafbaren) Tatausführung bewegt, oder wenn die Teilverwirklichung noch nicht unmittelbar auf Vollverwirklichung gerichtet ist, sondern davor noch eine wesentliche zeitliche/örtliche Zäsur gemacht oder noch eine weitere (Zwischen-)Handlung vorgenommen werden soll.

Beispiele:

- (1) A möchte um 15.30 Uhr eine Bank ausrauben, weil er für diese Zeit einen Geldtransport erwartet. Da er jedoch einige Minuten zu früh angekommen ist, bleibt er wartend im Wagen sitzen und hört Radio.
- (2) B beabsichtigt, X auszurauben. Dazu stellt er sich mit einer geöffneten Tüte mit weißem gemahlenem Pfeffer hinter einen Busch, um – sobald X auftaucht – diesem den Pfeffer in die Augen zu streuen. Leider kommt X nicht, sodass B enttäuscht wieder abziehen muss.
- (3) C will sich Zutritt zur Wohnung der Rentnerin R erschleichen, um diese in der Wohnung auszurauben. Dazu klingelt er an der Wohnungstür. Nach seinem Tatplan will er sofort nach dem Öffnen der Tür Gewalt anwenden. Doch R ist skeptisch und öffnet die Tür nicht.
- (4) X fesselt und knebelt seine ihm missliebige Ehefrau Y in der Absicht, sie später zu töten. Sodann verbringt er sie in den Kofferraum seines Wagens und fährt mit ihr zu einem abgelegenen Ausläufer eines ca. 100 km entfernten Sees, um sie dort unbeobachtet zu töten. Dort angekommen, kann er die geplante Tötung aber nicht mehr ausführen, weil Y bereits während der Fahrt entgegen dem Plan und ohne weiteres gewolltes Zutun des X durch Herzversagen aufgrund der Todesangst verstorben ist.¹⁰⁹⁷
- (5) T möchte den Tanzsaal der Diskothek des O in Brand setzen. Nachdem er in das Gebäude eingebrochen ist, macht er sich nunmehr an der verschlossenen Zwischentür zum Tanzsaal zu schaffen, um in diesem den Brandbeschleuniger auszugießen und den Brand zu legen. Doch bevor er die Zwischentür aufbrechen kann, wird er von der Polizei festgenommen.¹⁰⁹⁸
- (6) D betritt die Geschäftsräume eines Baumarkts in der Absicht, kleinere Artikel zu stehlen. Um die Tat auszuführen, versteckt er mehrere Elektronikartikel in einem leeren Blumenkübel, der sich auf dem nur gering durch einen Stahlmattenzaun gesicherten Außengelände des Baumarkts befindet. In der Nacht möchte er das Diebesgut unter Überwindung des Zauns mitnehmen.¹⁰⁹⁹

¹⁰⁹⁷ Vgl. dazu BGH NJW 2002, 1057; *Altwater*, NStZ 2003, 21, 25.

¹⁰⁹⁸ Vgl. BGH NStZ 2006, 331.

¹⁰⁹⁹ Vgl. LG Potsdam NStZ 2007, 336 f. mit Bespr. v. *Walter*, NStZ 2008, 156 – dazu *R. Schmidt*, BT II, Rn 79.

- (7) T versetzt die pflegebedürftige O wahrheitswidrig in den Glauben, sie zu pflegen, wenn sie ihm das Hausgrundstück schenkweise überlässt. Da eine Grundstücksübertragung einer notariellen Beurkundung bedarf, beauftragen die Parteien einen Notar, einen Vertrag zu entwerfen. Nachdem T den Entwurf gebilligt hat, wird er noch vor dem vereinbarten Notartermin wegen versuchten Betrugs festgenommen.¹¹⁰⁰
- (8) T möchte einen Geldautomaten entleeren. Dazu bohrt er ein Loch in den Automaten, um sodann einen Schlauch einzuführen, der ein explosives Gasgemisch in das Automateninnere transportieren soll. Doch noch bevor es zur Explosion kommt, wird T von der eintreffenden Polizei festgenommen.¹¹⁰¹

Zieht man den § 22 zugrunde gelegten gemischt subjektiv-objektiven Ansatz heran, wonach ein unmittelbares Ansetzen immer dann vorliegt, wenn das Verhalten des Täters nach dem Gesamtplan so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft ist, dass es bei ungestörtem Fortgang ohne längere Unterbrechung im Geschehensablauf unmittelbar zur Verwirklichung des gesamten Tatbestands führen soll (s.o.), ergibt sich für die Beispiele Folgendes:

- (1) A hat noch nicht das Versuchsstadium erreicht, selbst wenn er gedacht haben sollte: „jetzt geht es los“. Denn selbst nach seiner Vorstellung liegt noch keine unmittelbare Rechtsgutgefährdung vor. A ist (noch) straflos.
- (2) In diesem Beispiel wird man das Versuchsstadium erst dann als erreicht ansehen können, wenn B einen herannahenden Passanten für den X hält. Dann ist das Bereithalten der Pfeffertüte die letzte Handlung vor der eigentlichen Tathandlung, der Gewaltanwendung. Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass objektiv ein Tatbestandsmerkmal betroffen oder eine objektive Gefährdung des Angriffsobjekts eingetreten sind. Hatte B demgegenüber zu keinem Zeitpunkt das Gefühl, X werde sich nähern, liegt eine straflose Vorbereitungshandlung vor.
- (3) Da C hier sofort nach dem Öffnen der Tür Gewalt anwenden wollte, stand die eigentliche Tatausführung unmittelbar bevor. Er ist wegen Versuchs strafbar.¹¹⁰²
- (4) X, der nach seiner Vorstellung vom Tatablauf den Taterfolg erst durch eine spätere Handlung herbeiführen wollte, hat diesen tatsächlich bereits durch eine frühere bewirkt. Nach Auffassung des BGH kommt in diesem Fall eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Herbeiführung des Taterfolgs über die Rechtsfigur der unerheblichen Abweichung des tatsächlichen Kausalverlaufs vom vorgestellten Kausalverlauf nur dann in Betracht, wenn der Täter bereits vor der Handlung, die den Taterfolg verursacht, die Schwelle zum Versuch überschritten hat oder sie zumindest mit dieser Handlung überschreitet (dies würde nach der Lehre von der objektiven Zurechnung ebenso gelten). Ist das nicht der Fall, kommen (lediglich) eine Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227), eine Freiheitsberaubung mit Todesfolge (§ 239 IV) und eine fahrlässige Tötung (§ 222) in Betracht. Im vorliegenden Fall ist daher fraglich, wann X das Versuchsstadium erreicht hat. Nach § 22 liegt der Versuch einer Straftat vor, sobald der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Täter bereits ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht hat. Aber auch eine frühere, vorgelagerte Handlung kann bereits das Versuchsstadium erreichen. Dies gilt nach dem bisher Gesagten aber nur dann, wenn sie nach der Vorstellung des Täters bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung unmittelbar einmündet oder mit ihr in unmittelbarem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang steht – Gesamtplantheorie. X beabsichtigte, seine Frau zunächst nur zu fesseln und in den Kofferraum zu verbringen. Sodann wollte er mit ihr zu dem 100 km entfernten See fahren und sie erst dort töten. Vor dem Hintergrund eines derartigen Tatplans kann man das Fesseln und

¹¹⁰⁰ Vgl. BGH NSTZ 2011, 400.

¹¹⁰¹ Fall nach BGH NSTZ 2020, 729.

¹¹⁰² So auch BGH NSTZ 2012, 85.

Knebeln noch nicht als unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tötungstatbestands werten. X hat im Rahmen seines Tatplans mit dem Fesseln und Knebeln also noch keine Handlung vorgenommen, die in unmittelbarem örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der vorgestellten Tatbestandsverwirklichung stand oder in diese ohne wesentliche Zwischenakte einmünden sollte. Daher ist X (lediglich) wegen Freiheitsberaubung mit Todesfolge (§ 239 IV) in Tateinheit mit Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227) strafbar, nicht aber wegen Mordes (§ 211) bzw. Totschlags (§ 212). Die ebenfalls verwirklichte fahrlässige Tötung (§ 222) tritt hinter § 227 und § 239 IV zurück.

- (5) T war zur Begehung eines Brandstiftungsdelikts (§ 306 I Nr. 1) fest entschlossen und auch bereits in das Gebäude eingedrungen. Er musste nur noch die Zwischentür aufbrechen, den Brandbeschleuniger ausgießen und entzünden. Dies genügt nach Auffassung des BGH, um einen strafbaren Versuch anzunehmen: Der Täter habe die vorgelagerten Handlungen begangen, die bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung unmittelbar eingemündet hätten. Dabei sei dem Öffnen der Zwischentür unter den hier gegebenen Umständen nicht das Gewicht eines Zwischengeschehens zugekommen, dessen Ausgang offen gewesen wäre oder das zu neuen Planungen oder Entschlussfassungen geführt hätte. Vielmehr sei dem Täter das Vorhandensein der Zwischentür und ihre Beschaffenheit bekannt gewesen, weshalb er die gewaltsame Öffnung von vornherein geplant und vorbereitet hatte. Zudem habe hier ein sehr enger räumlicher und zeitlicher Zusammenhang mit der geplanten Brandlegung vorgelegen. Den bereits in das Gebäude eingedrungenen Täter hätten nur noch wenige Meter und Sekunden von der Tatbestandsverwirklichung getrennt, sodass bereits eine hohe Gefährdung des zu schützenden Rechtsguts gegeben gewesen sei.¹¹⁰³
- (6) In diesem Beispiel waren allein durch das Verstecken der Ware in dem im weniger gut gesicherten Außenbereich des Baumarkts befindlichen Blumenkübel die Wegnahme und damit der Diebstahl noch nicht vollendet. Zwar kann auch innerhalb eines fremden Herrschaftsbereichs durch Begründung einer sog. Gewahrsamsenklave (Stecken kleinerer Gegenstände bspw. in die Jackentasche) ein Diebstahl vollendet sein, vorliegend bestand eine solche Gewahrsamsenklave aber noch nicht.¹¹⁰⁴ D hat aber nach Auffassung des LG Potsdam durch das Verstecken des Diebesguts auf dem Außengelände das Rechtsgut konkret gefährdet und somit unmittelbar zur Tatbestandverwirklichung angesetzt. Der späteren Tatausführung hätten keine wesentlichen Zwischenschritte mehr entgegengestanden. Insbesondere hätte das Überwinden des Stahlmattenzauns kein wesentliches Hindernis mehr dargestellt, zumal die Gitterstäbe des Zauns durch einen Bolzenschneider oder ein ähnliches Schneidegerät unschwer hätten aufgeschnitten oder zumindest verbogen werden können. Gleiches gelte für die Möglichkeit, den Zaun mittels einer Leiter und einer Decke zu übersteigen, was für geübte Kletterer unschwer möglich sei. Er sei daher wegen Diebstahlversuchs strafbar. Nach der hier vertretenen Auffassung ist in dem Verstecken der Sachen in dem Blumenkübel bereits ein Teilakt der Wegnahmehandlung (Rn 673 Bsp. 1) zu sehen, was freilich am Ergebnis der Strafbarkeit wegen versuchten Diebstahls nichts ändert.
- (7) Ein Betrug vollzieht sich i.d.R. mehraktig. Bei einem mehraktigen Tatgeschehen ist für die Frage nach dem Überschreiten der versuchsrelevanten Schwelle erst derjenige Ausführungsakt maßgeblich, der den letzten Handlungsschritt zur Verwirklichung des Tatbestands darstellt, beim Betrug also derjenige, der den Getäuschten unmittelbar zur irrtumsbedingten Vermögensverfügung bestimmen und den Vermögensschaden herbeiführen soll.¹¹⁰⁵ Im vorliegenden Fall bedurfte es auch nach der Vorstellung des T noch eines wesentlichen Zwischenakts, nämlich der Beurkundung des Vertrags (vgl. § 311b BGB). Daher hat T noch nicht die versuchsrelevante Schwelle zum „jetzt geht’s los“ überschritten. Er ist daher nicht wegen versuchten Betrugs strafbar.

¹¹⁰³ BGH NStZ 2006, 331, 332.

¹¹⁰⁴ Vgl. dazu R. Schmidt, BT II, Rn 79.

¹¹⁰⁵ BGH NStZ 2011, 400, 401.

- (8) Der BGH hat entschieden, dass für den Versuchsbeginn beim Diebstahl regelmäßig ein Angriff auf einen gewahrsamssichernden Schutzmechanismus ausreicht, wenn sich für den Fall von dessen Überwindung der Täter nach seinem Tatplan ohne tatbestandsfremde Zwischenschritte, zeitliche Zäsur oder weitere eigenständige Willensbildung einen ungehinderten Zugriff auf die erwartete Beute vorstellt.¹¹⁰⁶

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die exemplarisch wiedergegebenen Gerichtsentscheidungen zum Tatverlaufsirrtum sowie zum Versuchsbeginn sind in hohem Maße **prüfungsrelevant**, weil sie die Grenze zwischen Strafflosigkeit und Strafbarkeit markieren. Daher seien sie noch einmal zusammengefasst:

- Bewirkt der Täter, der nach seiner Vorstellung vom Tatablauf den Taterfolg erst durch eine spätere Handlung herbeiführen will, diesen tatsächlich bereits durch eine frühere, kommt eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Herbeiführung des Taterfolgs über die Rechtsfigur der unerheblichen Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf nur dann in Betracht, wenn der Täter bereits vor der Handlung, die den Taterfolg verursacht, die Schwelle zum strafbaren Versuch überschritten hat oder sie zumindest mit dieser Handlung überschreitet.
- Beabsichtigt der zur Tötung eines anderen entschlossene Täter, das Opfer beim ersten Angriff nur verteidigungsunfähig zu machen, die eigentliche Tötungshandlung dagegen erst nach einem genau geplanten mehraktigen Geschehensablauf in größerem örtlichen und zeitlichen Abstand auszuführen, liegt in dem ersten Angriff jedenfalls dann noch kein unmittelbares Ansetzen zum Tötungsdelikt i.S.d. § 22 vor, wenn nach seinem Tatplan innerhalb des zum Taterfolg führenden Gesamtgeschehens auch Handlungsschritte vorgesehen sind, die in keinem inneren Zusammenhang mit der Tötung stehen und durch den vorherigen Tod des Opfers vereitelt würden.
- Im Übrigen grenzt der BGH – statt sich wie die Literatur in zahlreichen Theorien zu verlieren – pragmatisch die straflose Vorbereitung vom strafbaren Versuch nach folgender griffiger Formel ab: Fehlen (bei einem mehraktigen Tatgeschehen) **weitere wesentliche Zwischenschritte** (Zwischenhandlungen), zu denen es eines neuen Plans oder Entschlusses bedurft hätte, und besteht ein **enger räumlicher und zeitlicher Zusammenhang** zwischen der Tathandlung und der daraus folgenden Rechtsgutgefährdung, ist von einem **unmittelbaren Ansetzen** auszugehen.

681

b. Unmittelbares Ansetzen beim *unechten* Unterlassungsdelikt

Auch der Garant, der es unterlässt, den tatbestandlichen Erfolg abzuwenden, obwohl er gem. § 13 zur Abwendung des Erfolgs rechtlich verpflichtet ist, muss nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Verwirklichung des Unterlassungsdelikts ansetzen. Jedoch ist die Feststellung dieses Zeitpunkts problematisch. Da hier fundierte Kenntnisse über das unechte Unterlassungsdelikt erforderlich sind, sei insoweit auf die zusammenhängenden Ausführungen bei Rn 764 ff. verwiesen.

682

c. Unmittelbares Ansetzen bei mittelbarer Täterschaft

Nicht unüblich sind auch Fälle, in denen der Täter eine andere Person „benutzt“, um durch diese eine Straftat zu begehen (§ 25 I Var. 2). Derartige Fälle werden als „mittelbare Täterschaft“ bezeichnet: Der mittelbare Täter (der Hintermann) benutzt den Tatmittler (den Vordermann) als Werkzeug.

683

Beispiel: Bauer T ist neidisch auf den neuen Heuschuppen seines Nachbarn N, der ebenfalls Landwirtschaft betreibt. Als er eines Tages den 4-jährigen Sohn des N (Kevin) auf

¹¹⁰⁶ BGH NSTz 2020, 729, 730.

dem Feld spielen sieht, geht er zu ihm und fragt ihn, ob er mal „ganz viele Feuerwehrautos“ sehen wolle. Dazu müsse er aber in den Schuppen gehen, ein Streichholz anzünden und dieses dann fallen lassen. Auf dem Weg zum Schuppen wird Kevin von seinem Vater gefragt, von wem er denn die Streichhölzer habe. Strafbarkeit des T?

In Betracht kommt eine Strafbarkeit wegen versuchter Brandstiftung in mittelbarer Täterschaft (§§ 306 I Nr. 1 und 6, 22, 23 I, 12 I, 25 I Var. 2). Dazu müsste T aber zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar angesetzt haben. Im Fall der mittelbaren Täterschaft ist die Festlegung des Zeitpunkts, zu dem der mittelbare Täter unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt, schwierig festzulegen.¹¹⁰⁷

- ⇒ Jedenfalls beginnt das Stadium des Versuchs spätestens dann, wenn der **Tatmittler zur Vornahme der Tatbestandshandlung unmittelbar ansetzt**. Stellt man auf diesen Zeitpunkt ab, liegt bei T noch kein strafbarer Versuch vor. Denn K hatte noch nicht unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt. Insbesondere fällt der Weg zum vorgesehenen Tatort noch in das (straflose) Vorbereitungsstadium.
- ⇒ Demgegenüber kann der mittelbare Täter frühestens dann unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzen, wenn er seine **Einwirkungshandlung auf den Tatmittler begonnen oder zumindest abgeschlossen hat**. Da dies für den vorliegenden Fall anzunehmen ist, wäre T demzufolge wegen Versuchs strafbar. Dieser Ansatz ist aber abzulehnen, da er dem in § 22 statuierten Unmittelbarkeitserfordernis nicht genügt. Gerade auf die Unmittelbarkeit kommt es beim Versuch aber an. Es muss nach dem Vorstellungsbild des Täters eine Rechtsgutgefährdung unmittelbar bevorstehen.
- ⇒ Überzeugender scheint es daher, die Regeln über den beendeten Versuch anzuwenden. Danach liegt Versuch beim mittelbaren Täter vor, wenn dieser nach seiner Vorstellung nicht nur die erforderliche Einwirkung auf den Tatmittler abgeschlossen, sondern die Tat auch **„aus den Händen gegeben“** hat. Um den mittelbaren Täter aber im Vergleich zum Alleintäter nicht schlechterzustellen, ist zusätzlich erforderlich, dass das **betroffene Rechtsgut beim Abschluss der Einwirkungen auf den Tatmittler nach der Vorstellung des mittelbaren Täters bereits unmittelbar konkret gefährdet ist**.¹¹⁰⁸ Schließt man sich diesem Ansatz an, hat sich T wegen versuchter Brandstiftung strafbar gemacht. Denn dadurch, dass er den K losgeschickt hat, um die Scheune anzuzünden, hat er das Geschehen aus der Hand gegeben. Darin lag nach seiner Vorstellung bereits ein derartiger unmittelbarer Angriff auf das durch § 306 geschützte Rechtsgut, dass dieses bereits konkret gefährdet war und der Schaden sich unmittelbar anschließen konnte.

684

Zusammenfassung: Der mittelbare Täter setzt zur Verwirklichung des Tatbestands der geplanten Straftat unmittelbar an, wenn er den Tatmittler zur Tatausführung bestimmt hat und ihn aus seinem Einwirkungsbereich in der Vorstellung entlässt, dass eine Rechtsgutverletzung unmittelbar bevorsteht.¹¹⁰⁹

d. Unmittelbares Ansetzen bei Mittäterschaft

685

Mittäterschaft i.S.d. § 25 II liegt vor, wenn mehrere Täter aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses jeweils die objektiven Tatbeiträge des oder der anderen als Ergänzung der eigenen objektiven Tatbeiträge wollen. Wann bei Mittäterschaft der Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens angenommen werden kann, ist umstritten.

¹¹⁰⁷ Die Meinungsvielfalt ist hier unüberschaubar. Die Darstellung aller Nuancen würde den Rahmen dieser Bearbeitung sprengen (vgl. dazu näher LK-Murmann, § 22 Rn 153 ff.; LK-Schünemann/Greco, § 25 Rn 150; SK-Rudolphi, § 22 Rn 20a; Sch/Sch-Eser/Bosch, § 22 Rn 54; Fischer, § 22 Rn 24; Jescheck/Weigend, AT, § 62 IV 1; BeckOK-Cornelius, § 22 Rn 59-61). Vorliegend sollen nur die maßgeblichen Ansätze, vor allem die Auffassung des BGH, erläutert werden.

¹¹⁰⁸ Dieser Befund entspricht der inzwischen gefestigten Rspr.; vgl. BGHSt 30, 363, 365; 40, 257, 269; 43, 177, 180; BGH StV 2001, 272, 273; BGH NJW 2020, 559, 560; BGH NStZ 2021, 92.

¹¹⁰⁹ Zu weiteren, kaum überschaubaren Ansätzen vgl. Engländer, JuS 2003, 330, 332 f.

Beispiel: J betreibt ein Juwelierfachgeschäft. Der Umsatz ist seit einiger Zeit sehr mäßig. Daher verabredet er mit seinen Freunden A und B, A solle in der Nacht von Samstag auf Sonntag um 01.30 Uhr in das Geschäft eindringen und die Schmuckwaren stehlen und B solle mit dem Auto um 01.45 Uhr vorfahren und A aufnehmen, damit die Flucht gesichert sei. Er (J) werde dann den Schaden von der Versicherung erstattet bekommen. Für A und B sei jeweils ein Viertel der gezahlten Versicherungssumme drin. Die Alarmanlage werde er so manipulieren, dass sie nicht funktioniere. Als A sich in der Nacht an der Ladentür zu schaffen macht, wird er von einer zufällig vorbeikommenden Polizeistreife entdeckt und vorläufig festgenommen. Haben sich J, A und B aus §§ 265¹¹¹⁰ I, II, 22, 23 I, 12 II, 25 II strafbar gemacht?

⇒ Denkbar ist zunächst, das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung für jeden Mittäter gesondert nach den allgemeinen Regeln zu bestimmen (sog. **Einzellösung**).¹¹¹¹ Für jeden Mittäter beginnt der Versuch also erst dann, wenn er selbst unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt. Danach hätte J bereits zu dem Zeitpunkt unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt, als er A und B losgeschickte („Aus-den-Händen-Geben des Geschehensablaufs“, vgl. die Parallele der soeben bei Rn 683 f. dargestellten mittelbaren Täterschaft). Auch A wäre wegen Versuchs strafbar, da er bereits mit der Tatausführung begonnen hatte. Dagegen hätte B noch nicht unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt, weil er noch nicht mit dem Wagen vorgefahren war.

⇒ Dieser Ansatz scheint mit der für die Mittäterschaft typischen gegenseitigen Zurechnung der jeweiligen objektiven Tatbeiträge kaum vereinbar. Überzeugender ist daher, die Grenze zwischen (strafloser) Vorbereitungshandlung und (strafbarem) Versuch bei allen Mittätern dann als überschritten anzusehen, sobald nach der Vorstellung aller auch nur *ein* Mittäter zur Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands unmittelbar ansetzt (sog. **Gesamtlösung**).¹¹¹² Schließt man sich dem an, liegt mit dem Beginn der Ausführungshandlung durch J (Aufgabe der Geschehensherrschaft) auch das unmittelbare Ansetzen bei A und B vor. Freilich ist dieser Ansatz auch nicht frei von Bedenken. Denn dadurch, dass auf den Zeitpunkt abzustellen ist, bei dem *ein* Mittäter das Versuchsstadium überschreitet, wird den anderen Mittätern, die ihre Tatbeiträge noch gar nicht erbracht haben, die Rücktrittsmöglichkeit genommen. Außerdem wird dem Verhalten derjenigen Beteiligten, die noch keine eigenen Tatbeiträge geleistet haben, der Unwertgehalt des Versuchs beigemessen, obwohl eigentlich nur der Unwertgehalt einer Verbrechensverabredung (§ 30 II) vorliegt (im vorliegenden Fall liegt noch nicht einmal eine solche vor, weil es sich bei § 263 nicht um ein Verbrechen handelt). Diese Bedenken greifen nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nicht, da es den betroffenen Mittätern durchaus zugemutet werden kann, die auf einem gemeinsamen Entschluss beruhende Tat gem. § 24 zu verhindern und dadurch der Strafbarkeit zu entgehen.

Ergebnis: Nach der Gesamtlösung haben sich J, A und B aus §§ 265 I, II, 22, 23 I, 12 II, 25 II strafbar gemacht, und zwar bereits zu dem Zeitpunkt, als J das Geschehen aus den Händen gab.

e. Unmittelbares Ansetzen bei vermeintlicher Mittäterschaft

Ein besonderes Problem bereitet die Frage, wann ein unmittelbares Ansetzen vorliegt, wenn die als Mittäter in Betracht kommende Person lediglich meint, sie sei Mittäter (**vermeintliche Mittäterschaft**). Denn irrt sich eine Person lediglich hinsichtlich der

686

¹¹¹⁰ Besteht eine Strafbarkeit gem. § 263, tritt § 265 zwar subsidiär zurück (vgl. § 265 I a.E.), dies setzt aber voraus, dass die Täter zumindest in das Versuchsstadium des Betrugs eingetreten sind. Der vorliegende Sachverhalt legt dies nicht nahe. Sollte man anderer Meinung sein, wäre eine Strafbarkeit gem. §§ 263 I, II, 22, 23 I, 12 II, 25 II i.V.m. § 263 III S. 2 Nr. 1 Var. 2 zu prüfen. I.Ü. sind in der Fallbearbeitung die Beteiligten ggf. getrennt zu prüfen (vgl. dazu Rn 1027 ff. und 1034 ff.).

¹¹¹¹ Vertreten von *Roxin*, AT/II § 29 Rn 297 ff.; *LK-Schünemann/Greco*, § 25 Rn 227 f.; *Valdagua*, ZStW 98 (1986), 839, 869 f.; *Bloy*, ZStW 2001, 76, 93.

¹¹¹² Vertreten von BGH StV 2001, 272, 273; BGHSt 36, 249, 250; 39, 236, 238; 40, 299, 302 f.; BGH NSTZ 1999, 609, 610; *W/B/S, AT*, Rn 962; *Sch/Sch-Eser/Bosch*, § 22 Rn 55; *Fischer*, § 22 Rn 21a; *Hörnle*, Jura 2001, 44, 50; BeckOK-Cornelius, § 22 Rn 61.

Sachverzeichnis

- Abbrechende Kausalität** 159
abergläubischer Versuch 658
aberratio ictus 291 ff., 995, 1086
Abirrung der Tat 291 ff.
Absicht i.S.v. dolus directus 1. Grades 231
absichtslos-doloses Werkzeug 967
Absichtsprovokation 362, 579
Absichtsvolles Unterlassen 34
Abstiftung 1055
abstrakte Gefährungsdelikte 105
abstrakt-konkrete Gefährungsdelikte 15j, 108
Abwägung 400, 417
Abwägung beim Notstand 388
Abwandlung 77
Abwehrprovokation 376
Access-Provider 15j, 791
actio illicita in causa 362, 372, 423
actio libera in causa 29, 510 ff., 699 ff., 855
Adäquanztheorie 150
agent provocateur 1072
Aggressivnotstand 393
AIDS 177, 182, 250 ff.
Akzessorietätslockerung 1127 ff.
akzessorietätsorientierte Förderungstheorie 1037, 1049
akzessorietätsorientierte Verursachungs-
theorie 1037, 1049
Alkohol 500, 506
Alleintäterschaft 923
Allgemeindelikte 117
allgemeiner rechtfertigender Notstand 410 ff.
alternative Kausalität 154
Alternativformel 676
Alternativtatbestand 81
Alternativvorsatz 260 ff.
Analogie 32 ff.
Angemessenheit der Abwehrmaßnahme 422
Angriff 326 ff.
Animus-Theorie 938
Anscheinsgefahr 402
Anstiftersvorsatz 1069
Anstiftung 1052 ff.
- aberratio ictus 1086
- Abstiftung 1055
- Anstiftersvorsatz 1069
- Anstiftung durch Unterlassen 1062
- Anstiftung zum Unterlassen 1063
- Aufstiftung 1056
- Autobomben-Fall 1083
- Bestimmen 1052
- durch Unterlassen 1062
- error in persona 1081
- Hervorrufen des Tatenschlusses 1053
- Hoferben-Fall 1083
- Lockspitzel 1073
- omnimodo facturus 1053
- Rose-Rosahl-Fall 1069, 1081
- Tatänderung 1054
- Tatgeneigtheit 1053
- Tatplanänderung 1058
- Übersteigerung 1056
- Überstiftung 1056
- Umstiftung 1057
- Verdeckter Ermittler 1073
- V-Mann 1073
- Vorsatz 1069
- zum Unterlassen 1063
antizipierte Notwehr 336
Anwendungsbereich StGB 15e ff.
Äquivalenztheorie 148
ärztliche Heileingriffe 452 ff.
atypische Kausalität 157
atypischer Kausalverlauf 859
auf frischer Tat betroffen 484
Auffangtatbestand 81
aufgedrängte Nothilfe 344
Aufstiftung 1056
Ausdehnungstheorie (a.l.i.c.) 521
Auslegung 39 ff.
Auslegungsmethoden 39 ff.
Ausnahmetheorie (a.l.i.c.) 518
Ausnutzen der Schuldlosigkeit 973
Autobomben-Fall 1083
Automatismus 62
Badewannenfall 936
Bagatellangriff 327, 358
Bedingungstheorie 148
Beendeter Versuch 674 ff.
Beendigung 638
Beendigungsphase 1007 ff., 1112
Begehungsdelikte 113
Beihilfe 1096 ff.
- Beendigungsphase 1112
- durch Unterlassen 1111
- Erlaubnistatbestandsirrtum 1116
- Fördererkausalität 1101
- Gehilfenvorsatz 1113
- Hilfeleisten 1097
- Irrtümer 1116
- Kausalität 1099
- neutrale Verhaltensweisen 1104
- physische Beihilfe 1097
- psychische Beihilfe 1097
- sukzessive Beihilfe 1112
- Verstärkerkausalität 1101
- versuchte Beihilfe 1121
- Vorsatz 1113
- zum Unterlassen 1111
- zum Versuch 1120
- Zurechnung 1099
Bereicherungsabsicht 233, 275
Beschneidung 440
Beschützergarantien 777 ff.
Besondere Absichten 233, 275
Besondere persönliche Merkmale 1128
Besonders schwerer Fall 96
Bestimmen 1052
Bestimmtheitsgebot 26 ff.
Beteiligung am erfolgsqualifizierten Delikt 917 ff.
Beteiligung am Unterlassen 838
Beteiligung durch Unterlassen 838
Bewertungsirrtum 279
bewusste Fahrlässigkeit 269
Bewusstseinsstörung 501
Blankettverweisung 28d
Blutalkoholkonzentration 506
Conditio sine qua non 148
Content-Provider 7
Dauerdelikte 110
Dauergefahr 335a, 384, 414
Defensivnotstand 381 ff.
Denkzettelfälle 716, 756
deskriptive Tatbestandsmerkmale 207
Direkter Verbotssirrtum 558
Direkter Vorsatz 236
Disponibilität des Rechtsguts 434
Dohna-Fall 982

Sachverzeichnis

- dolus alternativus 260 ff.
- dolus antecedens 273
- dolus cumulativus 259
- dolus directus 1. Grades 231
- dolus directus 2. Grades 236
- dolus eventualis 238
- dolus generalis 266, 274, 301
- dolus subsequens 273
- Doppelirrtum 548, 566
- Doppelkausalität 154
- dreigliedriger Deliktsaufbau 70
- dreistufiger Deliktsaufbau 70
- Drittwirkung der Notwehr 346
- Drittzueignungsabsicht 968
- Drohung 445
- Ehe** 780 ff.
- eigenhändige Delikte 125, 932
- eigenverantwortliche Selbstgefährdung 175 ff.
- eigenverantwortliche Selbstschädigung 175 ff.
- eigenverantwortliches Dazwischentreten eines Dritten 195
- Eigenverantwortlichkeitsprinzip 862
- Eignungsdelikt 108
- eingeschränkte Schuldtheorie 74, 540
- eingeschränktes aktives Personalitätsprinzip 14
- Eingreifen Dritter 865, 907
- Einheit der Rechtsordnung 48 f.
- Einheitstäterprinzip 925, 1020
- Einschränkung der Entschuldigung 601
- Einsichtsfähigkeit 436
- Einteilung der Delikte 92 ff.
- einverständliche Fremdgefährdung 193 ff.
- Einverständnis 428 ff.
- Einwilligung 7, 428 ff.
 - ärztliche Heileingriffe 452 ff.
 - Disponibilität des Rechtsguts 7, 434
 - Drohung 445
 - Einsichtsfähigkeit 436
 - Einwilligungsfähigkeit 436
 - Erlaubnisirrtum 455
 - Erlaubnistatbestandsirrtum 455, 470
 - Handeln im materiellen Interesse des Betroffenen 465
 - Heileingriffe 452 ff.
 - Irrtümer 449
 - Kundgabe der Einwilligung 442
 - Kunstfehler 456
 - mutmaßliche Einwilligung 464
 - mutmaßlicher Wille 465
 - Patientenverfügung 442, 467
 - Pflichtenkollision 473
 - Prinzip des mangelnden Interesses 471
 - rechtfertigende Pflichtenkollision 473
 - Rechtsgutverzicht 435
 - Sittenwidrigkeit der Körperverletzung 446
 - subjektive Rechtfertigungsmerkmale 449
 - Täuschung 444
 - Verbotsirrtum 450
 - Willensbekundungstheorie 442
 - Willensmängel 431, 444
 - Willensrichtungstheorie 442
 - Zulässigkeit der Einwilligung 434
 - Zwang 445
- Einzelakttheorie 711
- Einzellösung 686
- Elterliches Erziehungsrecht 479
- Entschuldigender Notstand 582 ff.
- Entschuldigungsgründe 569 ff.
- Entsprechungsklausel 800
- Erfolgsdelikte 100
- Erfolgsort 3
- Erfolgsqualifizierter Versuch 900 ff.
- Erfolgsqualifiziertes Delikt 101, 900 ff.
 - Beteiligung am erfolgsqualifiz. Delikt 917 f.
 - Eingreifen Dritter 895 ff.
 - Erfolgsqualifizierter Versuch 900 ff.
 - Fenstersturz-Fall 896
 - Gubener Verfolgungs-Fall 896
 - Hetzjagdfall 896
 - Hochsitzfall 895, 897
 - Pistolenfall 898
 - Rötzelfall 895, 896, 911
 - Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Delikt 900 ff.
 - Selbstschädigung des Opfers 895 ff.
 - tatbestandsspezifischer Gefährdungszusammenhang 892
 - versuchte Erfolgsqualifikation 914
 - versuchtes erfolgsqualifiziertes Delikt 900 ff.
- Erfolgszurechnung 164 ff.
- Erforderlichkeit der Abwehrhandlung 416
- Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung 348
- Erlaubnisexistenzirrtum 563
- Erlaubnisirrtum 321, 378, 392, 403, 427, 455, 561
- Erlaubnistatbestand 309
- Erlaubnistatbestandsirrtum 321, 350, 356, 378, 392, 402, 427, 455, 470, 490, 531, 562, 975, 1116
- Erlaubnisumfangirrtum 564
- Erlaubtes Risiko 855
- Ermächtigung 627
- Erpressung und Notwehr 337, 368
- error in persona 285 ff., 995, 1018, 1081
- Erweitertes Territorialprinzip 15f
- Eventualvorsatz 238
- Exkulpationsregeln 179
- Exzess bei mittelbarer Täterschaft 988
- Fahrlässige Mittäterschaft** 928, 1020
- Fahrlässiges Unterlassungsdelikt 885
- Fahrlässigkeit 134, 267
- Fahrlässigkeitsdelikt 841 ff.
 - actio libera in causa 855
 - atypischer Kausalverlauf 869
 - Eigenverantwortlichkeitsprinzip 862
 - Eingreifen Dritter 857 ff.
 - erlaubtes Risiko 857 ff.
 - fahrlässiges Unterlassungsdelikt 885
 - Massenauffahrunfall 867
 - objektive Sorgfaltspflichtverletzung 850
 - objektive Zurechnung 587 ff.
 - Pflichtwidrigkeitszusammenhang 857
 - Rechtmäßiges Alternativverhalten 860
 - Rechtswidrigkeit 873 ff.
 - Regressverbot 865
 - Risikoerhöhungslehre 861
 - Risikozusammenhang 857 ff.
 - Schuld 880
 - Schutzzweck der Norm 868
 - Selbstgefährdung des Opfers 862
 - Selbstschädigung des Opfers 862
 - Sorgfaltspflichtverletzung 850
 - Subjektive Sorgfaltspflichtverletzung 881
 - Subjektive Vorhersehbarkeit 882
 - Trunkenheitsfahrt 855
 - Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens 884
 - Vertrauensgrundsatz 855
 - Vorhersehbarkeit 869
- Familiengemeinschaft 780 ff.
- Familientyrann 335a, 597
- Fehlen der Vollendung 641
- Fehlende Verhinderungskausalität 735
- fehlendes Rechtsbewährungsinteresse 354

Sachverzeichnis

- Fehlendes Unrechtsbewusstsein 567
Fehlgehen der Tat 291 ff.
Fehlgeschlagener Versuch 706
Fenstersturz-Fall 912
Festnahmerecht 482 ff.
finale Handlungslehre 66
finaler Rettungsschuss 333
Flaggenprinzip 15f
Fördererkausalität 1101
Förderungstheorie 1037, 1049
Folter 376a, 420, 609
Fortgesetzte Handlung 1172
Frank'sche Formel 723
Freiheit (als Rechtsgut) 588
Freiheitsstrafe 90
Freiwilligkeit 713
frische Tat 484
Funktionelle Tatherrschaft 942, 1007
- G**
Gänsebucht-Fall 967
Garantenstellung 774 ff.
Garantiefunktion des Strafrechts 16 ff.
Gattungsschuld 213
Gebotenheit der Verteidigungshandlung 353
Gefahr 383, 413, 590
Gefährungsdelikte 105
Gefahrengemeinschaften 790
Gefahrschaffung 172
Gegenwärtige Gefahr 591
Gegenwärtigkeit des Angriffs 334 ff.
Gehilfenvorsatz 1113
Gekreuzte Mordmerkmale 1146 ff.
Geldstrafe 90
Gemeinsamer Tatenschluss 1002
Generalprävention 15a, 90
Generalvorsatz 266, 274, 301
Gesamtbetrachtungstheorie 713
Gesamtlösung 686
Gesamtunrechtstatbestand 70
Geschwister 787 f.
Gesetzesanalogie 32 ff.
Gesetzeskonkurrenz 1177
Gesetzliche Handlungseinheit 1166
Gesetzlichkeitsprinzip 26 ff.
Gewohnheitsrecht 29
Gezielter Rettungsschuss 333
Giftfalle 675
Gleichgültigkeitstheorie 245
Gleichstellung mit einem Tun 800
Gleichwertigkeitstheorie 293
Gnadenschussfall 160, 196
Grob unverständiger Versuch 656
Grober Unverstand 656
Grundtatbestand 76
Gubener Verfolgungsfall 901, 915
Gummiball-Fall 967
Güterabwägung 400, 417
Güterabwägung bei Notstand 388
- H**
Handeln auf Anordnung oder Befehl 612
Handeln im materiellen Interesse des
 Betroffenen 465
Handlung im natürlichen Sinn 1161
Handlungsbegriff 59 ff.
Handlungseinheit 1161
Handlungseinheit durch Klammerwirkung 1169
Handlungsherrschaft 942
Handlungslehren 63 ff.
Handlungsmehrheit 1176
- Haupttat 1037
Heileingriffe 452 ff.
Hemmschwelle bei Tötungsdelikten 248 ff.
Heroinabgabe-Fall 177, 182
Heroinkonsum-Fall 183, 188
Hervorrufen des Tatenschlusses 1053
Hetzjagd-Fall 896
Hilfeleisten 1097
HIV 177, 182
Hochsitz-Fall 895
Hoferben-Fall 285 ff., 1081 ff.
Host-Provider 15j, 791
Host-Service-Provider 15j
Hypothetische Kausalität 158, 802
- I**
Idealkonkurrenz 1158, 1197
Identitätstäuschung des Werkzeugs 981
in dubio pro reo 52
Indikationslösung 406 ff.
indirekter Verbotsirrtum 321, 561
Ingerenz 793
intellektuelles Vorsatzelement 202
Intelligenzminderung 502
Internationaler Strafgerichtshof 15o
Internationales Strafrecht 15e ff.
Internetprovider 15j, 791
Internetstraftaten 15j
Intoxikationspsychose 500
Irrealer Versuch 658
Irrtum 329, 402, 427, 449, 597, 616 ff.,
 1116, 1208 ff.
- bei Rechtswidrigkeit 378, 1208 ff.
- beim Tatbestand 276 ff., 1208 ff.
- im Rahmen der mittelbaren Täterschaft 988 ff.
- über das Handlungsobjekt 285, 1208 ff.
- über das Tatobjekt 285, 1208 ff.
- über den Kausalverlauf 297
- über die Verbotsnorm 558
- über Tatbestandvarianten 304 ff.
- J**
Jauchegrube-Fall 162, 197a, 301
Jedermannsrecht 483
Juristische Handlungseinheit 1165
- K**
Katzenkönig-Fall 611, 980
kausale Handlungslehre 64
Kausalität 144 ff., 1099
Keine Strafe ohne Gesetz 16 ff., 27
Kernstrafrecht 15e
Klammerwirkung 1169
Klarstellungsfunktion 1178
klassischer Verbrechensbegriff 64
kognitives Vorsatzelement 202
Koinzidenzprinzip 201, 273, 515, 519
konkrete Gefährungsdelikte 105
Konkretisierungstheorie 293
Konkurrenzen 1157 ff.
Konkurrenzlösung 1188
Konsumtion 1193
Körperreaktion 59
kraft überlegenen Wissens 182
Krankhafte seelische Störung 500
krasses Missverhältnis 359
kumulative Kausalität 155
Kumulativvorsatz 259
Kundgabe der Einwilligung 442
Kunstfehler 456
kupiertes Erfolgsdelikt 100a

Sachverzeichnis

- Leben 586
- Lebensgemeinschaften 357, 593, 780 ff., 790
- Legalitätsprinzip 624
- Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen 70, 534
- Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen 311 ff.
- Lehre von der obj. Zurechnung 164 ff.
- Lehre von der Tatherrschaft 942
- Leib 587
- Leichtfertigkeit 271
- Letalitätslehre 901
- Limitierte Akzessorietät 1037
- Lockspitzel 1073
- Luftsicherheitsgesetz 420, 609
- luxuria 269

- Manifestation des Vermeidewillens 244**
- Massenauffahrunfall 196, 871
- Maßgeblicher Zeitpunkt für Vorsatz 272
- Maßregeln der Besserung und Sicherung 90
- Materielle Gerechtigkeit 22
- Mehraktiges Geschehen 162, 197a, 301
- Minder schwerer Fall 96
- Mitbestrafte Nachtat 1204
- Mitbestrafte Vortat 1203
- Mittäterexzess 1012
- Mittäterschaft 999 ff.
 - aberratio ictus 995
 - absichtslos-doloses Werkzeug 967
 - Ausnutzen der Schuldlosigkeit 973
 - Beendigungsphase 1007 ff.
 - Dohna-Fall 982
 - Drittzeignungsabsicht 968
 - Erlaubnistatbestandsirrtum 975
 - error in persona 995, 1018
 - Exzess im Rahmen der mittelbaren Täterschaft 988 ff.
 - Funktionelle Tatherrschaft 1007
 - Gänsebuch-Fall 967
 - Gemeinsamer Tatentschluss 1002
 - Gummiball-Fall 967
 - Identitätstäuschung des Werkzeugs 981
 - Irrtümer im Rahmen d. mittelbaren Täterschaft 988 ff.
 - Katzenkönig-Fall 980
 - Mauerschützenfälle 977
 - Mittäterexzess 1012
 - Mittäter als Tatopfer 1018
 - mittelbare Täterschaft 949
 - Münzhändler-Fall 686
 - Nebentäterschaft 1000
 - Nötigungsherrschaft 972
 - Organisationsherrschaft 977
 - qualifikationslos-doloses Werkzeug 965
 - Selbstverletzung 962
 - Sirius-Fall 963
 - Strafbarkeitsmangel des Tatmittlers 960
 - Sukzessive Mittäterschaft 1007 ff., 1045
 - Täter hinter dem Täter 958, 976
 - Unvermeidbarer Verbotsirrtum 974
 - vermeintliche Mittäterschaft 686
- Mittäter als Tatopfer 1018
- mittelbare Täterschaft 949 ff.
- Mitwirkung des Opfers 675 ff.
- Möglichkeitstheorie 240
- Münzhändler-Fall 686
- mutmaßliche Einwilligung 464
- mutmaßlicher Wille 465

- nachfolgender Vorsatz 272**
- natürliche Handlungseinheit 1162

- Nebenfolgen 90
- Nebenstrafe 90
- Nebenstrafrecht 15e
- Nebentäterschaft 923, 1000
- negative Tatbestandsmerkmale 534
- negligentia 270
- neoklassischer Verbrechensbegriff 65
- Neurose 503
- neutrale Verhaltensweisen 1104
- normative Tatbestandsmerkmale 207
- Nothilfe 332, 344
- Nötigungsherrschaft 972
- Nötigungsnotstand 410a, 423, 599
- Notstand (allgemeiner rechtfertigender) 410 ff.
 - Abwägung 417
 - actio illicita in causa 423
 - Angemessenheit der Abwehrmaßnahme 422
 - Dauergefahr 414
 - Erforderlichkeit der Abwehrhandlung 416
 - Erlaubnisirrtum 427
 - Erlaubnistatbestandsirrtum 427
 - Gefahr 413
 - Güterabwägung 417
 - Irrtum 427
 - Nötigungsnotstand 410a, 423
 - Notstandshandlung 416
 - Notstandslage 412
 - Putativnotstand 427
 - Verbotsirrtum 427
- Notstandsgüter 585
- Notstandshandlung 387, 416, 593
- Notstandslage 382 ff., 412, 584
- Notwehr 324 ff.
 - Absichtsprovokation 362
 - Abwehrprovokation 376
 - actio illicita in causa 362, 372
 - Angriff 326
 - Angriff durch Tiere 330
 - Angriff durch Unterlassen 329
 - Antizipierte Notwehr 336
 - aufgedrängte Nothilfe 344
 - Bagatellangriff 359
 - bei Erpressung 337, 368
 - Dauergefahr 335a
 - Drittwirkung der Notwehr 346
 - Erforderlichkeit Verteidigungshandlung 348
 - Erlaubnisirrtum 378
 - Erlaubnistatbestandsirrtum 350, 356, 378
 - Erpressung 337
 - Erpressung und Notwehr 337, 368
 - Familientyrann 335a
 - fehlendes Rechtsbewährungsinteresse 354
 - finaler Rettungsschuss 333
 - Gebotenheit Verteidigungshandlung 353
 - Gegenwärtigkeit des Angriffs 334 ff.
 - Gezielter Rettungsschuss 333
 - Irrtum bei Rechtswidrigkeit 378
 - krasses Missverhältnis 359
 - Luftsicherheitsgesetz 420, 609
 - Nothilfe 332, 344
 - Notwehr bei Erpressung 368
 - Notwehrexzess 337
 - notwehrfähiges Rechtsgut 331
 - Notwehrhandlung 345
 - Notwehrlage 325
 - Notwehrprobe 339
 - Notwehrprovokation 379
 - Präventivnotwehr 335, 335a
 - Putativnotwehr 327
 - Rechtsbewährungsinteresse 354
 - Rechtswidrigkeit des Angriffs 339
 - Rettungsschuss 333

Sachverzeichnis

- Scheinangriff 327
- Scheinwaffe 352
- Scherzangriff 328
- schuldhafte Herbeiführung Notlage 361
- Schusswaffengebrauch 348
- Schutzwehr 365
- Schweigegelderpressung 368
- Selbstschussanlage 336
- Selbstschutzanlage 336
- sozialethische Schranke des Notwehrrechts 353
- subjektive Rechtfertigungsmerkmale 377
- Tatbestandsirrtum 356
- Todesschuss 333
- Tötung eines Familientyrannen 335a
- Trutzwehr 365
- Unterlassen als Angriff 329
- Verbotsirrtum 356, 378
- Versagung Notwehrrecht 362
- Verteidigung 346
- Waffe 348
- Notwehrrexxess 337, 572 ff.
- Notwehrfähiges Rechtsgut 331
- Notwehrhandlung 345
- Notwehrlage 325
- Notwehrprobe 339
- Notwehrprovokation 379
- Notwendige Mitwirkung des Opfers 675 ff.
- Notwendige Teilnahme 1050
- nulla poena/nullum crimen sine lege 16 ff., 26 ff.
- nullum crimen sine lege scripta 29

- Obhutspflichten 777 ff.**
- Objektive Bedingungen der Strafbarkeit 307
- objektive Sorgfaltspflichtverletzung 850
- Objektive Vorhersehbarkeit 869
- Objektive Zurechnung 164 ff., 857 ff.
- Offizialdelikt 624
- Offizialprinzip 624
- omissio libera in causa 773
- Omissivdelikte 820
- omnimodo facturus 1053
- Ordnungswidrigkeit 927
- Organisationsherrschaft 977

- Parallelwertung in der Laiensphäre 208**
- Patientenverfügung 442, 467
- Perforation 420
- Personalitätsprinzip 15n
- persönliche Ausschließungsgründe 622
- persönliche Strafaufhebungsgründe 623
- persönliche Vorwerfbarkeit 554
- Pflegemutter-Fall 162, 196, 301
- Pflicht zur Beaufsichtigung Dritter 792
- Pflichtdelikt 123, 934
- Pflichtenkollision 473, 812
- Pflichtwidrigkeitszusammenhang 173, 862
- Physische Beihilfe 1097
- Pistolenfall 187, 898
- Planungshorizont 712
- Postpendenz 53 ff.
- Präpendenz 53 ff.
- Präventivnotwehr 335, 335a
- Prinzip des mangelnden Interesses 471
- Psychische Beihilfe 1097
- psychologische Vergleichbarkeit 56
- Psychopathie 503
- Psychose 500
- Putativnotstand 392, 402, 427
- Putativnotwehr 327

- Putativnotwehrrexxess 578

- Qualifikation 84 ff.**
- qualifikationslos-doloses Werkzeug 965
- Quasikausalität 802

- Radbruch 23**
- Realkonkurrenz 1158, 1202
- Rechtfertigende Pflichtenkollision 473, 812
- Rechtfertigender Notstand 380 ff.
- Rechtfertigungsgründe 322 ff.
- Rechtfertigungswille 314 ff.
- Rechtliche Handlungseinheit 1165
- rechtmäßiges Alternativverhalten 173, 864
- Rechtsanalogie 32 ff.
- Rechtsbewährungsinteresse 354
- rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie 74, 543
- Rechtsgüterschutz 1 ff.
- Rechtsgutverzicht 435
- rechtswidrige Tat 15d
- Rechtswidrigkeit 309 ff., 873 ff.
- Absichtsprovokation 362
- Abwägung 400, 417
- Abwägung bei Notstand 388
- Abwehrprovokation 376
- actio illicita in causa 362, 372, 423
- Aggressivnotstand 393
- Allgemeiner rechtfertig. Notstand 410 ff.
- als Attribut des Tatbestands 212
- Angemessenheit Abwehrmaßnahme 422
- Angriff 326
- Angriff durch Tiere 330
- Angriff durch Unterlassen 329
- Anscheinsgefahr 402
- Antizipierte Notwehr 336
- ärztliche Heileingriffe 452 ff.
- auf frischer Tat betroffen 484
- aufgedrängte Nothilfe 344
- Bagatelangriff 359
- Dauergefahr 335, 335a, 384, 414
- Defensivnotstand 381 ff.
- des Angriffs 339
- Disponibilität des Rechtsguts 434
- Drittwirkung der Notwehr 346
- Drohung 445
- Einsichtsfähigkeit 436
- Einverständnis 428
- Einwilligung 7, 428
- Einwilligungsfähigkeit 436
- Elterliches Erziehungsrecht 479
- Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung 348
- Erlaubnisirrtum 321, 378, 392, 403, 427, 455
- Erlaubnistatbestand 309, 321, 350, 356, 378, 392, 402, 427, 455, 470, 490
- Erpressung und Notwehr 337, 368
- Familientyrann 335a
- fehlendes Rechtsbewährungsinteresse 354
- Festnahmerecht 482 ff.
- finaler Rettungsschuss 333
- frische Tat 484
- Gebotenheit Verteidigungshandlung 353
- Gefahr 383, 413
- Gegenwärtigkeit des Angriffs 334 ff.
- gezielter Rettungsschuss 333
- Güterabwägung 400, 417
- Güterabwägung bei Notstand 388
- Handeln im materiellen Interesse des Betroffenen 465
- Heileingriffe 452 ff.
- Indikationslösung 406 ff.
- Indirekter Verbotsirrtum 321

Sachverzeichnis

- Irrtum 378, 329, 402, 427, 449
- Jedermannsrechte 483
- krasses Missverhältnis 359
- Kundgabe der Einwilligung 442
- Kunstfehler 456
- Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen 311 ff.
- Luftsicherheitsgesetz 420, 609
- mutmaßliche Einwilligung 464
- mutmaßlicher Wille 465
- Nothilfe 332, 344
- Nötigungsnotstand 410a, 423
- Notstand 410 ff.
- Notstandshandlung 387, 416
- Notstandslage 382 ff., 412
- Notwehr 324 ff.
- Notwehr bei Erpressung 337, 368
- Notwehr excess 337
- notwehrfähiges Rechtsgut 331
- Notwehrhandlung 345
- Notwehrlage 325
- Notwehrprobe 339
- Notwehrprovokation 379
- Patientenverfügung 442, 467
- Pflichtenkollision 473
- Präventivnotwehr 335, 335a
- Prinzip des mangelnden Interesses 471
- Putativnotstand 392, 402, 427
- Putativnotwehr 327
- Rechtfertigende Pflichtenkollision 473
- Rechtfertigender Notstand 380 ff.
- Rechtfertigungsgründe 322 ff.
- Rechtfertigungswille 314 ff.
- Rechtsbewährungsinteresse 354
- Rechtsgutverzicht 435
- Rechtswidrigkeit des Angriffs 339
- Rettungsschuss 333
- sadomasochistische Sexualpraktiken 462
- Scheinangriff 327
- Scheinwaffe 352
- Scherzangriff 328
- schuldhaft herbeigeführte Notstandslage 389
- schuldhafte Herbeiführung der Notlage 361
- Schusswaffengebrauch 348
- Schutzwehr 365
- Schwangerschaftsabbruch 405 ff.
- Schweigegelderpressung 368
- Selbstschussanlage 336
- Selbstschutzanlage 336
- Sittenwidrigkeit der Körperverletzung 446
- sozialetische Schranke des Notwehrrechts 353
- subjektive Rechtfertigungselemente 311, 377, 449
- Tatbestandsausschließende Einwilligung 430
- Tatbestandsirrtum 356
- Täuschung 444
- Todesschuss 333
- Tötung eines Familientyrannen 335a
- Trutzwehr 365
- Unrechtsausschließungsgrund 309
- Unrechtstatbestand 309
- Unterlassen als Angriff 329
- Verbotsirrtum 356, 378, 392, 403, 427, 450, 558
- Versagung Notwehrrecht 362
- Verteidigung 346
- vorläufige Festnahme 482 ff.
- Waffe 348
- Willensbekundungstheorie 442
- Willensmängel 431, 444
- Willensrichtungstheorie 442
- Zivilrechtlicher Notstand 381 ff.
- Züchtigungsrecht 474 ff.
- Zulässigkeit der Einwilligung 434
- Zwang 445
- Reflexe 59
- Regelbeispiel und Versuch 691 ff.
- Regelbeispiele 136a, 636, 691 ff.
- Regelbeispielstechnik 80, 136a
- Regressfälle 195 ff.
- Regressverbot 195, 865
- Relevanztheorie 152
- Rettungsfolter 376a, 420, 609
- Rettungsschuss 333
- Rettungswille 596
- Risikoerhöhungslehre 174, 861
- Risikoschaffung 169
- Risikoverringerung 171, 803
- Risikozusammenhang 170, 868
- Rose-Rosahl-Fall 285 ff., 1081 ff.
- Rötzel-Fall 908, 911
- Rücktritt 704
- bei mehreren Tatbeteiligten 738
- bei Unternehmensdelikten 760
- des Alleintäters 717
- trotz Vollendung 759
- vom erfolgsqualifizierten Delikt 916
- vom Unterlassungsversuch 737
- vom Versuch bei mittelbarer Täterschaft 753
- Rücktrittshorizont 713
- Rückwirkungsverbot 17
- Sadomasochistische Sexualpraktiken 189, 462**
- Scheinangriff 327
- Scheinkollision 814
- Scheinwaffe 352
- Scherzangriff 328
- Scheunenmord-Fall 162, 197a, 301
- Schizophrenie 500
- Schuld 492 ff., 815, 880
- Absichtsprovokation 579
- actio libera in causa 510 ff.
- Alkohol 500 ff.
- Ausdehnungstheorie (a.l.i.c.) 521
- Ausnahmetheorie (a.l.i.c.) 518
- Bewusstseinsstörung 501
- Blutalkoholkonzentration 506
- direkter Verbotsirrtum 558
- Doppelirrtum 548, 566
- eingeschränkte Schuldtheorie 540
- Einschränkung der Entschuldigung 601
- entschuldigender Notstand 582 ff.
- Entschuldigungsgründe 569 ff.
- Erlaubnisexistenzirrtum 563
- Erlaubnisirrtum 561
- Erlaubnistatbestandsirrtum 531, 562
- Erlaubnisumfangirrtum 564
- Familientyrann 597
- fehlendes Unrechtsbewusstsein 567
- Freiheit 588
- Gefahr 590
- gegenwärtige Gefahr 591
- Handeln auf Anordnung oder Befehl 612
- Indirekter Verbotsirrtum 561
- Intelligenzminderung 502
- Intoxikationspsychose 500
- Irrtum über die Verbotsnorm 558
- Irrtümer 597, 616 ff.
- Katzenkönig-Fall 611
- Koinzidenzprinzip 515, 519
- krankhafte seelische Störung 500
- Leben 586
- Lehre von den negativen TBM 534
- Leib 587
- negative Tatbestandsmerkmale 534
- Neurose 503
- Nötigungsnotstand 410a, 423, 599
- Notstandsgüter 585
- Notstandshandlung 593

Sachverzeichnis

- Notstandslage 584
- Notwehrexzess 572 ff.
- persönliche Vorwerfbarkeit 554
- Psychopathie 503
- Psychose 500
- Putativnotwehrexzess 578
- Rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie 543
- Rettungswille 596
- Schizophrenie 500
- Schuldaufhebungsgründe 569 ff.
- Schuldfähigkeit 495 ff.
- Schuldlösung (a.i.i.c.) 518
- Schuldtheorien 536
- seelische Störung 499, 503
- spezielle Schuldmerkmale 550
- Strafmilderungsgrund 495
- Strenge Schuldtheorie 536
- Tatbestandslösung (a.i.i.c.) 523
- tiefgreifende Bewusstseinsstörung 501
- Triebstörung 503
- Übergesetzlicher Notstand 605 ff.
- Unrechtsbewusstsein 531 ff., 554 ff.
- Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens 615
- Verbotsexistenzirrtum 558
- Vorsatzschuld 531 ff.
- Vorsatzschuldvorwurf 543
- Vorsatztheorie 533
- Vorverlegungstheorie (a.i.i.c.) 523
- Schuldaufhebungsgründe 569 ff.
- Schuldausschließungsgründe 570
- Schuldfähigkeit 495 ff.
- schuldhaft herbeigeführte Notstandslage 389
- schuldhafte Herbeiführung der Notlage 361
- Schuldlösung (a.i.i.c.) 518
- Schuldtheorien 74, 536
- Schusswaffengebrauch 348
- Schutzpflichten 777 ff.
- Schutzprinzip 12
- Schutzwehr 365
- Schutzzweck der Norm 170, 868
- Schwangerschaftsabbruch 405 ff.
- Schweigegelderpressung 368
- Schwerpunkt der strafrechtlichen Vorwerfbarkeit 771
- Seelische Störung 499, 503
- Selbstgefährdung 175 ff., 866, 907
- Selbsthilfe 491
- Selbstschädigung 175 ff., 866, 907
- Selbstschussanlage 336
- Selbstschutzanlage 336
- Selbstverletzung 962
- Sexuelle Belästigung 28b
- Sicherungspflichten 790 ff.
- Simultanitätsprinzip 272
- Sirius-Fall 963
- Sittenwidrigkeit der Körperverletzung 446
- Sonderdelikt 118, 933
- Sorgfaltspflichtverletzung 850
- soziale Handlungslehre 68
- sozialethische Schranke des NotwehrR 353
- Spezialität 1181
- Spezialprävention 15a, 90
- Spezielle Schuldmerkmale 550
- Speziesschuld 213
- Staschynskij -Fall 937
- Steckdosenfalle 675
- Strafantrag 624
- Strafaufhebungsgründe 623
- Strafausschließungsgründe 622
- Strafbarkeit des Versuchs 645
- Strafbarkeitsmangel des Tatmittlers 960
- Strafbegründende Merkmale 1136
- Straffunktion 12 ff., 90
- Strafgesetz (Begriff) 15d, 27
- Strafmilderungsgrund 495
- Strafmodifizierende Merkmale 1139
- Strafrahmenverschiebung 620
- Straftat (Begriff) 27
- Straftheorien 12 ff.
- Strafverfolgungshindernisse 628
- Strafverfolgungsvoraussetzungen 621
- Strafzumessungsregel 80
- Strafzwecke 1 ff., 90
- Strafzwecktheorie (beim Rücktritt) 705
- Strenge Schuldtheorie 536
- Stückschuld 213
- Stufenverhältnis 52
- Subj. Rechtfertigungselemente 311, 377, 449
- subjektive Sorgfaltspflichtverletzung 881
- subjektive Vorhersehbarkeit 882
- Subsidiarität 1185
- Subsumtionsirrtum 284
- Sühnefunktion 90
- sukzessive Beihilfe 1045, 1112
- sukzessive Beteiligung 639
- sukzessive Mittäterschaft 639, 1006 ff., 1045
- Tatänderung 1054**
- Tatbeteiligter als Tatopfer 1018
- Tatbestandliche Gleichwertigkeit 286
- Tatbestandliche Handlungseinheit 1166
- Tatbestandsalternativität 56
- Tatbestandsannex 307
- Tatbestandsausschließende Einwilligung 430
- Tatbestandsirrtum 276 ff., 356
- Tatbestandslösung (a.i.i.c.) 523
- Tatbestandslösung (Konkurrenzen) 1188
- Tatbestandsspez. Gefahrezusammenhang 892
- Tatbestandsverschiebung 1141
- Tatbestandsvorsatz 200 ff.
- Tatbezogene Merkmale 1129
- Tateinheit 1158, 1197
- Tatentschluss 632, 647 ff.
- Täter hinter dem Täter 958, 976
- Täterbezogene Merkmale 1129
- Täterschaft und Teilnahme 922 ff.
- Tatgeneigtheit 648, 1053
- Tatherrschaft 182, 187
- Tatherrschaftslehre 942
- Tätige Reue 761
- Tätigkeitsdelikte 102
- Tatmehrheit 1158, 1202
- Tatplan 655
- Tatplanänderung 1058
- Tatsachenalternativität 55
- Tatsachenirrtum 279
- Täuschung 444
- Teilnahme 1037 ff.
- Territorialprinzip 15e ff.
- Tiefgreifende Bewusstseinsstörung 501
- Todesschuss 333
- Tötung eines Familientyrannen 335a
- Triebstörung 503
- Trottelprivileg 656
- Trunkenheitsfahrt 856
- Trutzwehr 365
- Übergesetzlicher Notstand 605 ff.**
- überholende Kausalität 159

Sachverzeichnis

- überschießende Innentendenz 100a, 275
- Übersteigerung 1056
- Überstiftung 1056
- Überwachungsgarantien 790 ff.
- Ubiquitätsgrundsatz 15g
- Umgekehrter direkter Subsumtionsirrtum 661
- Umgekehrter direkter Verbotsirrtum 660
- Umgekehrter indirekter Subsumtionsirrtum 663
- Umgekehrter reiner Strafbarkeitsirrtum 667
- Umgekehrter Tatbestandsirrtum 654
- Umstiftung 1057
- unbewusste Fahrlässigkeit 270
- unechte Unternehmensdelikte 130
- unechtes Unterlassungsdelikt 764
- unmittelbare Täterschaft 947
- unmittelbarer Vorsatz 236
- unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung 669
- Unrechtsausschließungsgrund 309
- Unrechtsbewusstsein i.w.S. 531 ff.
- Unrechtsbewusstsein i.e.S. 554 ff.
- Unrechtstatbestand 309
- Unschuldsvermutung 50
- Untauglicher Versuch 651 ff.
- Unterlassen als Angriff 329
- Unterlassene Hilfeleistung 822
- Unterlassungsdelikt 114, 124, 763 ff.
 - Abgrenzung Tun/Unterlassen 769 ff.
 - Accessprovider 791
 - Beschützergarantien 777 ff.
 - Beteiligung am Unterlassen 838
 - Beteiligung durch Unterlassen 838
 - Familiengemeinschaft 780 ff.
 - Garantenstellung 774 ff.
 - Gefahrengemeinschaften 790
 - Geschwister 787 f.
 - Gleichstellung mit einem Tun 800
 - Host-Provider 791
 - Hypothetische Kausalität 802
 - Ingerenz 793
 - Internetprovider 791
 - Lebensgemeinschaften 357, 593, 780 ff., 790
 - Obhutspflichten 777 ff.
 - omissio libera in causa 773
 - Omissivdelikte 820
 - Pflicht zur Beaufsichtigung Dritter 792
 - Pflichtenkollision 812
 - Quasikausalität 802
 - Rechtfertigende Pflichtenkollision 812
 - Risikoverringerung 803
 - Scheinkollision 814
 - Schuld 815
 - Schutzpflichten 777 ff.
 - Schwerpunkt der strafrechtlichen Vorwerfbarkeit 771
 - Sicherungspflichten 790 ff.
 - Überwachungsgarantien 790 ff.
 - unechtes Unterlassungsdelikt 764
 - Unterlassene Hilfeleistung 822
 - Verkehrssicherungspflichten 791
 - Vermeidverantwortlichkeit 794
 - versuchtes Unterlassungsdelikt 826 ff.
 - Vorsatz 809
 - vorsätzliches echtes Unterlassungsdelikt 820
 - vorsätzliches unechtes Unterlassungsdelikt 767
 - vorsätzliches Unterlassungsdelikt 763 ff.
- Unternehmensdelikt 129, 635
- unvermeidbarer Verbotsirrtum 974
- Unzumutbarkeit normgem. Verhaltens 615, 884
- Verabredung zu einem Verbrechen 633**
- Verbotsexistenzirrtum 558
- Verbotsirrtum 356, 378, 392, 403, 427, 450, 558
- Verbrechen (Begriff) 91, 94
- Verbrechensverabredung 633
- Verdeckter Ermittler 1073
- Vereinigungstheorie 15b
- Vergehen (Begriff) 91, 95
- Vergeltungstheorie 13
- Vergewaltigung 28b, 96a, 136a, 1184
- Verhinderungskausalität 735
- Verjährung 628
- Verkehrssicherungspflichten 791
- Verletzungsdelikte 104
- Vermeidverantwortlichkeit 794
- vermeintliche Mittäterschaft 686
- Vermögensstrafe 90
- Versagung Notwehrrecht 362
- verspäteter Erfolgseintritt 266, 274, 301
- Verstärkerkausalität 1101
- Versuch 630 ff.
 - Abergläubischer Versuch 658
 - actio libera in causa 699
 - Alternativformel 676
 - Beendeter Versuch 674 ff.
 - Beendigung 638
 - Beihilfe 1121
 - Denkazettelfall 716, 756
 - Einzelakttheorie 711
 - Einzellösung 686
 - Fehlen der Vollendung 641
 - Fehlende Verhinderungskausalität 735
 - Fehlgeschlagener Versuch 706
 - Frank'sche Formel 723
 - Freiwilligkeit 713
 - Gesamtbetrachtungstheorie 713
 - Gesamtlösung 686
 - Grob unverständiger Versuch 656
 - Grober Unverstand 656
 - Irrealer Versuch 658
 - Mitwirkung des Opfers 675 ff.
 - Notwendige Mitwirkung des Opfers 675 ff.
 - Planungshorizont 712
 - Regelbeispiel und Versuch 691 ff.
 - Regelbeispiele 636
 - Rücktritt 704
 - Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten 738
 - Rücktritt bei Unternehmensdelikten 760
 - Rücktritt des Alleintäters 717
 - Rücktritt trotz Vollendung 759
 - Rücktritt vom Unterlassungsversuch 737
 - Rücktritt vom Versuch bei mittelbarer Täterschaft 753
 - Rücktrittshorizont 713
 - Strafbarkeit des Versuchs 645
 - Strafzwecktheorie 705
 - sukzessive Beteiligung 639
 - sukzessive Mittäterschaft 639
 - Tatenschluss 632, 647 ff.
 - Tatgeneigtheit 648
 - Tätige Reue 761
 - Tatplan 655
 - Trottelprivileg 656
 - Umgekehrter direkter Subsumtionsirrtum 661
 - Umgekehrter direkter Verbotsirrtum 660
 - Umgekehrter indirekter Subsumtionsirrtum 663
 - Umgekehrter reiner Strafbarkeitsirrtum 667
 - Umgekehrter Tatbestandsirrtum 654
 - Unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung 669
 - Untauglicher Versuch 651 ff.
 - Unternehmensdelikte 635
 - Verhinderungskausalität 735
 - versuchtes Regelbeispiel 691

Sachverzeichnis

- Vollendung 637
- Vorbereitungshandlung 633
- Wahndelikt 659
- versuchte Erfolgsqualifikation 902
- versuchtes erfolgsqualifiziertes Delikt 895 ff.
- versuchtes Regelbeispiel 691
- versuchtes Unterlassungsdelikt 826 ff.
- Verteidigung 346
- Vertrauensgrundsatz 855
- Verursachungstheorie 1037, 1049
- vis absoluta 60
- V-Mann 1073
- Völkerstrafgesetzbuch 150
- Vollendung 637
- Vollendungsdelikte 128
- voluntatives Vorsatzelement 203
- vorangegangener Vorsatz 272
- Vorbereitungshandlung 633
- Vorhersehbarkeit 858
- Vorläufige Festnahme 482 ff.
- Vorsatz 200 ff., 809, 1069, 1113
 - aberratio ictus 291 ff.
 - Abirrung der Tat 291 ff.
 - Absicht i.S.v. dolus directus 1. Grades 231
 - AIDS 177, 182, 250 ff.
 - Alternativvorsatz 260 ff.
 - Bereicherungsabsicht 233, 275
 - besondere Absichten 233, 275
 - Bewertung der Gesamttat 214
 - Bewertungsirrtum 279
 - bewusste Fahrlässigkeit 269
 - deskriptive Tatbestandsmerkmale 207
 - direkter Vorsatz 236
 - dolus alternativus 260 ff.
 - dolus antecedens 273
 - dolus cumulativus 259
 - dolus directus 1. Grades 231
 - dolus directus 2. Grades 236
 - dolus eventualis 238
 - dolus generalis 266, 274, 301
 - dolus subsequens 273
 - error in persona vel obiecto 285 ff.
 - Eventualvorsatz 238
 - Fahrlässigkeit 267
 - Fehlgehen der Tat 291 ff.
 - Gattungsschuld 213
 - Generalvorsatz 266, 274, 301
 - Gleichgültigkeitstheorie 245
 - Gleichwertigkeitstheorie 293
 - Hemmschwelle bei Tötungsdelikten 248 ff.
 - Hoferben-Fall 285 ff., 1081 ff.
 - intellektuelles Vorsatzelement 202
 - Irrtum über das Handlungsobjekt 285
 - Irrtum über das Tatobjekt 285
 - Irrtum über den Kausalverlauf 297
 - Irrtum über Tatbestandvarianten 304 ff.
 - Irrtümer beim Tatbestand 276 ff.
 - Jauchegrube-Fall 162, 197a, 301
 - kognitives Vorsatzelement 202
 - Koinzidenzprinzip 201, 273
 - Konkretisierungstheorie 293
 - Kumulativvorsatz 259
 - Leichtfertigkeit 271
 - luxuria 269
 - Manifestation des Vermeidewillens 244
 - Maßgeblicher Zeitpunkt für Vorsatz 272
 - Mehraktiges Geschehen 301
 - Möglichkeitstheorie 240
 - nachfolgender Vorsatz 272
 - negligentia 270
 - normative Tatbestandsmerkmale 207
 - Parallelwertung in der Laiensphäre 208
 - Rechtswidrigkeit als Attribut des Tatbestands 212
 - Rose-Rosahl 285 ff. 1081 ff.
 - Simultanitätsprinzip 272
 - Speziesschuld 213
 - Straßensperrenfall 245
 - Stückschuld 213
 - Subsumtionsirrtum 284
 - Tatbestandliche Gleichwertigkeit 286
 - Tatbestandsirrtümer 276 ff.
 - Tatsachenirrtum 279
 - überschießende Innentendenz 275
 - unbewusste Fahrlässigkeit 270
 - unmittelbarer Vorsatz 236
 - verspäteter Erfolgseintritt 266, 274, 301
 - voluntatives Vorsatzelement 203
 - vorangegangener Vorsatz 272
 - Wahrscheinlichkeitstheorie 241 f.
 - Wollenselement des Vorsatzes 203
 - Zueignungsabsicht 233, 275
 - Zweiaktiges Geschehen 301
- Vorsatzdelikte 133
- Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen 887 ff.
- vorsätzliches echtes Unterlassungsdelikt 820
- vorsätzliches unechtes Unterlassungsdelikt 767
- vorsätzliches Unterlassungsdelikt 763 ff.
- Vorsatzschuld 531 ff.
- Vorsatzschuldvorwurf 543
- Vorsatztheorie 69, 533
- Vorverlegungstheorie (a.l.i.c.) 523
- Waffe** 348
- Wahlfeststellung 53 ff.
- Wahndelikt 659
- Wahrscheinlichkeitstheorie 241 f.
- Weltrechtsgrundsatz 15m
- willensausschließende Gewalt 60
- Willensbekundungstheorie 442
- Willensherrschaft 942, 949
- Willensmängel 431, 444
- Willensrichtungstheorie 442
- Wissensherrschaft 942, 949
- Wollenselement des Vorsatzes 203
- Zeitgesetz** 24
- Zirkumzision 440
- Zivilrechtlicher Notstand 381 ff.
 - Abwägung 388, 400
 - Aggressivnotstand 393
 - Anscheinsgefahr 402
 - Dauergefahr 384
 - Defensivnotstand 381 ff.
 - Erlaubnisirrtum 392, 403
 - Erlaubnistatbestandsirrtum 392, 402
 - Gefahr 383
 - Güterabwägung 388, 400
 - Irrtümer 329, 402
 - Notstandshandlung 387
 - Notstandslage 382 ff.
 - Putativnotstand 392, 402
 - schuldhaft herbeigeführte Notstandslage 389
 - Verbotssirrtum 392, 403
- Züchtigungsrecht 29, 474 ff.
- Zueignungsabsicht 233, 275
- Zulässigkeit der Einwilligung 434
- Zurechnung 164 ff., 1099
- Zustandsdelikte 111
- Zwang 445
- zweiaktiges Geschehen 301
- zweigliedriger Deliktsaufbau 70

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

an dieser Stelle möchte ich aktuelle Entwicklungen in Form von Gesetzesnovellen und Urteilsanmerkungen aufzeigen und gleichzeitig Inhalte meiner Bücher aktualisieren. Für das Jahr 2021 werden bspw. folgende Themen behandelt:

27.03.2021: Tötung eines Kindes während der Geburt verwirklicht Tötungsdelikt (und keinen Schwangerschaftsabbruch)

BGH, Beschl. v. 11.11.2020 – 5 StR 256/20 (NJW 2021, 645)

Mit dem genannten Beschluss hat der BGH die Entscheidung des Landgerichts Berlin (Urt. v. 19.11.2019 – 234 Js 87/14 [532 Ks] [7/16] [GesR 2020, 672]) bestätigt, wonach bei einer operativen Entbindung (Kaiserschnitt, sectio caesarea) die Geburt und damit der Anwendungsbereich der Tötungsdelikte (§§ 211 ff. StGB) regelmäßig mit der Eröffnung des Uterus zum Zweck der dauerhaften Trennung des Kindes vom Mutterleib beginne, was auch bei einer Mehrlingsgeburt gelte. Unabhängig von der Frage, ob die Verwendung des Adjektivs „regelmäßig“ zufällig oder bewusst erfolgte und welche Bedeutung es bei bewusster Verwendung haben könnte, soll im Folgenden – anhand einer systematischen und methodisch geordneten Aufbereitung – untersucht werden, ob die Entscheidungen überzeugen.

Den Entscheidungen lag folgender **Sachverhalt** zugrunde (abgewandelt, um die Probleme des Falls zu fokussieren): Bei F lag eine diamniot-monochoriale Zwillingsschwangerschaft vor, d.h. eine Schwangerschaft, bei der jeder (eineiige) Fetus über eine eigene innere Eihülle verfügt, sich beide aber eine Plazenta teilen. Eine solche Schwangerschaft ist aufgrund der Verbindung der Blutkreisläufe der Zwillinge über Gefäßverbindungen in der Plazenta risikobehaftet, weil es dadurch zu einem Ungleichgewicht des Blutaustauschs und der Fruchtwasserbildung kommen kann. Bei einem Fetus wurde denn auch eine schwere Hirnschädigung festgestellt, sodass sich F entschloss, einen selektiven Fetozid vornehmen zu lassen. Eine Injektion mit Kaliumchlorid zur Herbeiführung eines Herzstillstands mit der Folge einer Totgeburt ist in diesen Fällen nicht möglich, weil der andere Fetus dadurch in Gefahr gerät. Dementsprechend wurde F von der behandelnden Ärztin (T) darüber aufgeklärt, dass eine Injektion mit Kaliumchlorid zur Tötung des schwer geschädigten Zwillings die Gefahr berge, dass das Mittel auch in den Blutkreislauf des gesunden Zwillings gelange. Daher müsse der selektive Fetozid unmittelbar mit der Geburt des gesunden Kindes im Zusammenhang mit der Sectio (Kaiserschnitt) durchgeführt werden. F zeigte sich einverstanden. In Umsetzung dieses Plans öffnete T, die sich über den strafrechtlichen Beginn des menschlichen Lebens bewusst war, operativ Bauchdecke und Gebärmutter der F. Der gesunde Zwilling wurde entnommen, seine Nabelschnur durchtrennt und er wurde versorgt. Anschließend klemmte T bei dem noch in der Gebärmutter liegenden Zwilling die Nabelschnur ab und tötete ihn durch Injektion mit Kaliumchlorid. Der getötete Zwilling war lebensfähig, es wären bei ihm aber schwere Behinderungen (motorische Störungen, Lähmungen, Spastiken, deutliche kognitive Einschränkungen) zu erwarten gewesen. Andere Verfahren zur Durchführung eines selektiven Fetozids wären mit höheren Risiken für den gesunden Zwilling verbunden gewesen.

I. Problemaufriss

Da die §§ 211, 212, 216 und 222 StGB die Tötung eines (anderen) Menschen sanktionieren, stellt sich die Frage nach Beginn und Ende des menschlichen Lebens. Hinsichtlich des **Beginns des menschlichen Lebens** könnte man sich auf den Standpunkt stellen, den **Zeitpunkt der Befruchtung der Eizelle** (d.h. derjenige der Imprägnation bzw. der Kernverschmelzung/Konjugation) als maßgeblich anzusehen. Auch wäre vorstellbar, auf den Abschluss der Einnistung der befruchteten Eizelle (der Zygote) in der Gebärmutter, also auf die **Nidation** abzustellen. Dann läge ein Mensch (auch) im strafrechtlichen Sinne 6 bis 10 Tage nach der Konjugation (d.h. dem Eindringen der Samenzelle in den Zellkern der Eizelle) vor.

Folge wäre, dass der Embryo (im Mutterleib) – der Nasciturus – als Mensch im Rechtssinne (und damit auch im strafrechtlichen Sinne) gölte, mit der Konsequenz, dass dann bei einem Abort (Schwangerschaftsabbruch) ein Tötungsdelikt (§§ 211 ff. StGB) vorläge. Zwar kann auch die Tötung eines Menschen gerechtfertigt sein, aber die Voraussetzungen sind sehr hoch. So verlangt § 32 StGB (Notwehr) einen rechtswidrigen Angriff des (später getöteten Menschen) auf ein notwehrfähiges Rechtsgut, was beim Nasciturus schon allein naturwissenschaftlich nicht angenommen werden kann. Und auch § 34 StGB greift nur, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Nähme man beim Nasciturus also die Menschqualität an, müsste man die Gefahr für die Schwangere (sofern sie denn besteht) gegen das Leben des Getöteten abwägen und die Gefahr für die Schwangere als ein das Leben des Getöteten überwiegendes Rechtsgut ansehen, was der ganz herrschenden Strafrechtsdogmatik widerspräche. Damit rückt dann der entschuldigende Notstand des § 35 StGB in den Fokus, der aber daran scheitert, dass der oder die den Abort vornehmende Arzt oder Ärztin regelmäßig nicht in der erforderlichen Nähebeziehung zur Schwangeren steht. Und auch für die Bejahung des sog. übergesetzlichen entschuldigenden Notstands fehlt die Legitimation.

All diese Probleme stellen sich freilich nicht, wenn man (mit dem Gesetzgeber) dem Nasciturus die Menschqualität abspricht. So stellt der Strafgesetzgeber bei der Bestimmung des Zeitpunkts des Beginns des Menschseins auf die **Geburt** ab. Das ergibt sich schon allein daraus, dass er die Vorschriften über den Schwangerschaftsabbruch (§§ 218 f. StGB) sonst nicht erlassen hätte. Daraus folgt: Der noch ungeborene Mensch kann – unabhängig von der Frage, ob er schon Träger des Grundrechts auf Leben ist (siehe dazu R. Schmidt, Grundrechte, 25. Aufl. 2020, Rn. 50) – nicht Opfer eines Tötungsdelikts i.S.d. §§ 211 ff. StGB sein; zu seinem Schutz greifen ausschließlich die §§ 218 f. StGB.

Entscheidend ist daher, den **Begriff der Geburt** zu bestimmen und damit die Festlegung zu treffen, zu welchem Zeitpunkt des Geburtsvorgangs das „Menschsein“ i.S.d. §§ 211 ff. StGB beginnt. Das StGB definiert den exakten Zeitpunkt nicht. Wie dem Wortlaut des (im Zuge des 6. Strafrechtsreformgesetzes 1998 aufgehobenen) § 217 StGB zu entnehmen war, kann eine Mutter ihr Kind bereits während der Geburt töten. Daraus folgert die h.M., dass – in Abweichung zum Zivilrecht (vgl. § 1 BGB) – für das Gebiet der §§ 211 ff. StGB das menschliche Leben mit dem **Anfang der Geburt**, d.h. bei der vaginalen Geburt im Zeitpunkt des **Einsetzens der Eröffnungswehen** beginnt. Bei operativer Entbindung (Kaiserschnitt; Sectio) ist der Zeitpunkt des ärztlichen Eingriffs, also die **chirurgische Öffnung des Uterus** (nicht etwa die Einleitung der Narkose) maßgeblich (siehe nur BGH NJW 2021, 645, 647; BGH NSTz 2008, 393, 394 f.; BGHSt 32, 194, 195 f.; 31, 348, 351; SK-Rogall, Vor §§ 218 ff. Rn. 64; Lackner/Kühl-Heger, Vor § 211 Rn. 3; Sch/Sch-Eser/Sternberg-Lieben, Vorbem §§ 211 ff. Rn. 13; Wessels/Hettinger/Engländer, StrafR BT 1, Rn. 9-11; Kühl, JA 2009, 321; a.A. NK-Merkel, § 218 Rn 33 f. (Anknüpfung an § 1 BGB: Vollendung der Geburt).

Anmerkung: Der exakte Zeitpunkt des Beginns des „Menschseins“ i.S.d. Strafrechts ist nicht nur für die Frage der Anwendung entweder der §§ 211 ff. StGB oder der §§ 218 f. StGB relevant, sondern auch für den Fall, dass der Täter lediglich fahrlässig handelt. Denn der Gesetzgeber hat nur die fahrlässige Tötung eines geborenen Menschen unter Strafe gestellt (vgl. § 222 StGB), nicht auch den fahrlässigen Schwangerschaftsabbruch (§§ 218 f. StGB setzen Vorsatz voraus). Tötet der Täter also den noch ungeborenen Menschen (den Nasciturus) fahrlässig (etwa, indem er in den Bauch der Schwangeren schlägt oder tritt und dabei unvorsätzlich das Absterben des Nasciturus verursacht), ist er in Bezug auf die Leibesfrucht nicht strafbar. Das Gleiche gilt, wenn die Schwangere fahrlässig eine Fehlgeburt verursacht.

Da nach der Strafrechtsordnung das „Menschsein“ i.S.d. §§ 211 ff. StGB also mit dem Einsetzen der Eröffnungswehen (bzw. bei operativer Entbindung mit der Öffnung des Uterus) beginnt, stellt sich die Frage nach der Strafbarkeit auch für den Fall, dass das Kind während der

Geburt mit Einwilligung der Mutter getötet wird, etwa, weil es (wie das in den vorliegend zu besprechenden Entscheidungen der Fall ist) einen schweren Hirnschaden hat.

II. Prüfung des Falls

1. Strafbarkeit der T wegen Schwangerschaftsabbruchs?

Die von T vorgenommene Injektion mit Kaliumchlorid und der damit verbundene Herzstillstand bei dem Opfer könnten den Tatbestand des § 218 I S. 1 StGB (Schwangerschaftsabbruch) verwirklicht haben. Abbrechen der Schwangerschaft bedeutet jegliche Art der Einwirkung auf die Leibesfrucht, wodurch deren Absterben im Mutterleib oder deren Abgang in nicht lebensfähigem Zustand herbeigeführt wird (vgl. BGHSt 31, 348, 351 f.; Fischer, § 218 Rn. 5; Sch/Sch-Eser/Weißer, § 218 Rn. 19/23). Das kann vorliegend angenommen werden. Die Injektion mit Kaliumchlorid führte den Tod des Kindes herbei, als sich dieses noch im Mutterleib befand. § 218a I StGB, der den Tatbestand des § 218 I StGB ausschließt, greift mangels Vorliegens der Voraussetzungen nicht. Möglicherweise ist die Tat der T aber gerechtfertigt unter den Voraussetzungen des § 218a II StGB. Allerdings kann dies dahinstehen, wenn schon kein Schwangerschaftsabbruch vorliegt. Denn bei dem getöteten Kind könnte es sich bereits um einen Menschen im strafrechtlichen Sinne gehandelt haben mit der Folge, dass nicht § 218 I StGB einschlägig ist, sondern die §§ 211 ff. StGB Anwendung finden. Wie oben aufgezeigt, beginnt das menschliche Leben (für das Gebiet des Strafrechts) mit dem Anfang der Geburt, also ab dem Zeitpunkt des Beginns der Eröffnungswehen. Bei chirurgischer operativer Entbindung (Kaiserschnitt – sectio caesarea) ist auf den Zeitpunkt des die Eröffnungsperiode ersetzenden ärztlichen Eingriffs, also die chirurgische Öffnung des Uterus (nicht etwa die Einleitung der Narkose) abzustellen.

Danach lag im vorliegenden Fall also kein Schwangerschaftsabbruch vor. Das Kind wurde von T getötet, nachdem der Uterus von ihr geöffnet worden war.

2. Strafbarkeit der T wegen eines Tötungsdelikts?

a. Tatbestandsmäßigkeit

Die von T vorgenommene Injektion mit Kaliumchlorid und der damit verbundene Herzstillstand bei dem Kind könnten aber den Tatbestand des § 212 I StGB (**Totschlag**) verwirklicht haben. Geschütztes Rechtsgut ist das Leben eines anderen Menschen. Bei dem getöteten Kind ist das – wie aufgezeigt – zu bejahen. Die Tathandlung kann auf beliebige Art und Weise begangen werden, auch wenn die Deliktsbezeichnung Tot„schlag“ nahelegt, dass der Täter zuschlagen muss, um den Tatbestand zu verwirklichen. In Betracht kommen insbesondere das Verletzen, Vergiften und Aussetzen, solange nur der Tod eines anderen Menschen herbeigeführt wird. Durch das Injizieren von Kaliumchlorid hat T das Kind vergiftet und dadurch seinen Tod herbeigeführt.

Eine Verwirklichung des § 211 StGB (**Mord**) unter dem Aspekt der Heimtücke scheidet aus, da der getötete Mensch – wie jeder Mensch vor Vollendung der Geburt – konstitutionell arglos war und daher keinen Argwohn hätte hegen können, der von T hätte ausgenutzt werden können.

b. Rechtswidrigkeit

Eine Rechtfertigung der Tat liegt nicht vor. § 32 StGB (**Notwehr**, vorliegend in der Form der Nothilfe) scheidet schon deshalb aus, weil es an einem Angriff auf ein notwehrfähiges Rechtsgut fehlt (Leben und Gesundheit bzw. körperliche Unversehrtheit der F sind zwar notwehrfähige Rechtsgüter, allerdings kann von einem ungeborenen Menschen schon rein naturwissenschaftlich kein Angriff hierauf ausgehen). § 34 StGB (**rechtfertigender Notstand**) liegt ebenfalls nicht vor. Zwar lässt die Vorschrift die Abwehr einer Gefahr zu. Jedoch bestand nach der Entnahme des gesunden Zwillings keine Gefahr mehr – weder für F noch für das Geschwisterkind. Zudem wäre nach der hier vertretenen Auffassung § 34 StGB ohnehin nicht einschlägig, weil eine Güterabwägung nicht zum Nachteil eines menschlichen Lebens vorgenommen werden darf. § 218a II StGB (**Rechtfertigungsgrund bei Schwangerschaftsabbruch**)

bruch) greift ebenfalls nicht, da bereits ein Statuswechsel (Nasciturus/Mensch im strafrechtlichen Sinne) stattgefunden hatte; eine vom BGH (auf Veranlassung der Revision) geprüfte (und abgelehnte) analoge Anwendung des § 218a II StGB verbietet sich schon allein aufgrund des Fehlens einer unbeabsichtigten Regelungslücke – unabhängig davon, dass sie zugunsten der T erfolgte und daher nicht gegen Art. 103 II GG verstieße.

c. Schuld

T war **schuldfähig** und sie handelte auch mit **Unrechtsbewusstsein**. Mangels Gefahr scheidet auch der Entschuldigungsgrund nach § 35 StGB (**entschuldigender Notstand**) aus; zudem ist das erforderliche Näheverhältnis auch nicht ersichtlich. Ein **Verbotsirrtum** (§ 17 S. 1 StGB) kann ebenfalls nicht angenommen werden, weil T sich der Rechtslage zum Statuswechsel (Nasciturus/Mensch im strafrechtlichen Sinne) bewusst war und sie damit das gesetzliche Verbot ihres Handelns kannte. Auch ein **übergesetzlicher entschuldigender Notstand** (dazu R. Schmidt, StrafR AT, 21. Aufl. 2019, Rn. 605 ff.) kann vorliegend (erst recht) nicht angenommen werden.

d. Minder schwerer Fall?

Da der Totschlag mit einer Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist und der BGH das von der Vorinstanz (LG Berlin) festgesetzte Strafmaß (Bewährungsstrafe) nicht beanstandet hat, ist davon auszugehen, dass die Gerichte von einem minder schweren Fall des Totschlags ausgegangen sind. Zu prüfen ist daher, ob T die privilegierend wirkende Strafzumessungsregel des § 213 StGB (**minder schwerer Fall des Totschlags**) zugutekommt. Ohne den Verbrechenscharakter der Tat zu ändern (ein Versuch ist somit auch ohne spezielle Strafandrohung möglich), ist nach dieser Vorschrift eine Strafmilderung obligatorisch, wenn das Opfer seine Tötung in bestimmter Weise provoziert hat (Var. 1) oder wenn die Gesamtbewertung der Tat einen „sonst minder schweren Fall“ (Var. 2) ergibt. Ein „provozierter“ Totschlag (§ 213 Var. 1 StGB) scheidet von vornherein aus, weshalb – wenn überhaupt – lediglich ein unbenannter „sonst minder schwerer Fall“ (§ 213 Var. 2 StGB) in Betracht kommt. Ein sonst minder schwerer Fall i.S.v. § 213 Var. 2 StGB kommt i.d.R. in Betracht, wenn die schuldmindernden Umstände die Anwendung des Strafrahmens des § 212 StGB unangemessen erscheinen lassen bzw. in ihrem Gewicht bei einer Gesamtbetrachtung mit denen vergleichbar sind, die § 213 Var. 1 StGB benennt. Bei der Gesamtbetrachtung sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Wertung von Tat und Täter bedeutsam sein können, wobei alle wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände gegeneinander abzuwägen sind (vgl. dazu BGH NSTZ 2019, 409, 410).

Die vom BGH nicht beanstandete Annahme eines minder schweren Falls des Totschlags ist zwar angesichts des Tatmotivs verständlich, widerspricht aber der Tatsache, dass die Tat geplant war. Zudem lagen auch die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 213 StGB nicht vor. Und auch nach systematischer Auslegung spricht bei § 213 Var. 2 StGB (wie erst recht bei § 213 Var. 1 StGB) die Planung der Tat gegen die Annahme eines minder schweren Falls. T führte die Situation geplant herbei, setzte sich ihr bewusst aus und tötete einen Menschen ohne Notlage. Das Motiv, der F (oder gar dem getöteten Kind) „einen Gefallen zu tun“, kann sich nicht über die fehlenden Voraussetzungen des § 213 StGB hinwegsetzen. Die Auffassung des BGH, man dürfe die Planung der Tat nicht schuld- und damit straferschwerend berücksichtigen, da dieser Gesichtspunkt bei einer medizinischen Operation kein zulässiger Erschwerungsgrund sei, lässt sich auf keinen Sachgrund stützen. Denn auch nachdem T erkannt hatte, dass der von ihr später getötete Mensch lebensfähig war, setzte sie ihren Plan um, obwohl keinerlei Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe vorlagen, was ihr auch bewusst war. T entschied eigenmächtig (freilich auf Veranlassung der F), über die Lebens(un)würdigkeit eines Menschen zu urteilen. Für die Annahme eines minder schweren Falls lassen weder Wortlaut noch Systematik des § 213 StGB Raum.

3. Ergebnis

Entgegen dem vom BGH gebilligten Urteil des LG Berlin hat T sich gem. § 212 I StGB strafbar gemacht. Sie hat vorsätzlich einen Menschen getötet und war sich dessen auch bewusst.

Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe lagen nicht vor. Aufgrund der planvollen Vorgehensweise ist auch kein Raum für die Annahme eines minder schweren Falls des Totschlags; es fehlt an der auch sonst vom BGH geforderten Vergleichbarkeit mit § 213 Var. 1 StGB. Eine „Inkonsistenz“ der Tötungsdelikte, wie dies vereinzelt in der Literatur behauptet wird, kann in der vorliegenden Konstellation gerade nicht angenommen werden, da die gesetzlichen Regelungen insoweit eindeutig und sehr wohl konsistent sind (anders Grünewald, NJW 2021, 649, 650 mit Verweis auf Grünewald, ZfL 2020, 419, 422 ff.). Allenfalls kann eine Inkonsistenz in der Rechtsprechung (und in der Literatur) angenommen werden, wenn man in ständiger Rechtsanwendung bei § 213 Var. 2 StGB eine Vergleichbarkeit mit § 213 Var. 1 StGB fordert, dann aber, wo das Ergebnis nicht gefällt, § 213 Var. 2 StGB auch ohne gegebene Vergleichbarkeit mit § 213 Var. 1 StGB annimmt, weil es auf Strafzumessungsebene sonst keine Möglichkeit gibt, den besonderen Tatumständen Rechnung zu tragen.

Rolf Schmidt (27.03.2021)

15.07.2021: Neue Facetten bei der Gewahrsamserlangung in Geldautomatenfällen

BGH, Beschl. v. 03.03.2021 – 4 StR 338/20 (NSTZ 2021, 425)

Mit dem genannten Beschluss hat sich der 4. Strafsenat des BGH zum Gewahrsam des Bankkunden am Bargeld im Ausgabefach eines Geldautomaten geäußert, wenn er den Auszahlungsvorgang durch Einführen seiner Karte und Eingabe der zugehörigen PIN-Nummer ausgelöst hat. Der Gewahrsamsbruch ist einer der zentralen Aspekte des Diebstahls (§ 242 StGB – alle folgenden §§ sind solche des StGB, soweit nicht anders gekennzeichnet). Nach Auffassung des 4. Senats ist mit der Ausgabe des Geldes, d.h. mit der Bereitstellung im Ausgabefach, (Mit-)Gewahrsam auf den Bankkunden übergegangen, sodass der Täter, der in diesem Moment das Geld entnimmt, (Mit-)Gewahrsam des Kunden bricht und damit einen Diebstahl begeht. Ob der Beschluss überzeugt, soll im Folgenden – anhand einer systematischen und methodisch geordneten Aufbereitung – untersucht werden.

Dem Beschluss lag folgender **Sachverhalt** zugrunde (abgewandelt und vereinfacht, um die Probleme des Falls zu fokussieren): O will Geld abheben. Nachdem er seine Bankkarte in den Automaten eingeschoben und seine Geheimnummer eingegeben hatte, stellte sich T neben O, verdeckte das Bedienfeld mit einer Zeitung und gab als auszahlende Geldsumme 500 € ein. Er entnahm dem Automaten das anforderungsgemäß ausgegebene Bargeld und entfernte sich.

I. Problemaufriss

Im Bereich der Vermögensdelikte bildet (neben dem Betrug) der Diebstahl den zentralen Tatbestand. Geschützte Rechtsgüter sind – da der Diebstahl eine Eigentumsverletzung durch Wegnahme der Sache zwecks Anmaßung einer eigentümerähnlichen Position darstellt (se ut dominum gerere) – nach zutreffender Auffassung (BGHSt 10, 400, 401; 29, 319, 323; BGH NJW 2001, 1508; SK-Hoyer, vor § 242 Rn. 12; Lackner/Kühl-Kühl, § 242 Rn. 1; LK-Vogel, vor § 242 Rn. 3) das Eigentum und der Gewahrsam.

Tatobjekt ist eine fremde bewegliche Sache. Ob der strafrechtliche **Sachbegriff** eigenständig zu bestimmen ist oder mit dem zivilrechtlichen Sachbegriff übereinstimmt mit der Folge, dass die entsprechenden zivilrechtlichen Definitionen und Wertungen auf das Strafrecht übertragen werden können, wird unterschiedlich gesehen. Während ein Teil der Literatur (u.a. Fischer, § 242 Rn. 3) den strafrechtlichen Sachbegriff autonom, d.h. rein strafrechtlich bestimmt, orientiert sich die h.M. (Lackner/Kühl-Kühl, § 242 Rn. 1; Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 9) an dem zivilrechtlichen Sachbegriff. Demzufolge ist der strafrechtliche Sachbegriff akzessorisch zum Zivilrecht. Für die Minderheitsmeinung spricht, dass es grundsätzlich richtig ist, im Strafrecht Begriffe strafrechtlich zu bestimmen, jedoch müsste man diesen Gedanken dann auch durchgängig zugrunde legen. So ist kein Grund ersichtlich, den Sachbegriff rein strafrechtlich zu be-

stimmen, sich dann aber zur Bestimmung des Begriffs der Fremdheit der sachenrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Rechts über Erwerb und Verlust von Eigentum zu bedienen. Richtigerweise sind sowohl der Sachbegriff als auch der Begriff der Fremdheit bei den Eigentumsdelikten streng akzessorisch zu den zivilrechtlichen Vorschriften des Sachenrechts. Sachen i.S.d. § 242 sind somit alle körperlichen Gegenstände i.S.d. § 90 BGB, und zwar unabhängig von deren wirtschaftlichem Wert und deren Aggregatzustand, solange sie von der Außenwelt (räumlich) abgrenzbar sind (Lackner/Kühl-Kühl, § 242 Rn. 1; Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 9).

Fremd ist eine Sache, wenn sie nicht im Alleineigentum des Täters steht und nicht herrenlos ist (BGH NJW 2006, 72; Lackner/Kühl-Kühl, § 242 Rn. 4; Fischer, § 242 Rn. 5-7; Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 12; LK-Vogel, § 242 Rn. 6 ff.; MüKo-Schmitz, § 242 Rn. 27). Bei der Beurteilung der Fremdheit ist mit der h.M. auf den Zeitpunkt der Wegnahmehandlung (d.h. auf den Versuchsbeginn) abzustellen (Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 12; LK-Vogel, § 242 Rn. 22; BeckOK-Wittig, § 242 Rn. 6). Danach ist die Sache für den Täter fremd i.S.d. § 242, wenn sie zum Zeitpunkt des Versuchsbeginns nicht in seinem Alleineigentum steht und auch nicht herrenlos ist. Das gilt sowohl beim rechtsgeschäftlichen als auch beim gesetzlichen Eigentumserwerb. Fallen also Wegnahme und Eigentumserwerb zeitlich zusammen (d.h. erwirbt der Empfänger mit der Entgegennahme Eigentum), ist das Merkmal der Fremdheit zu verneinen (davon geht auch der BGH in den Geldautomatenfällen aus, siehe BGH NSTZ 2018, 604, 605; BGH NSTZ 2019, 726, 727; BGH NSTZ 2021, 425, 426).

Beispiel (Nach BGHSt 35, 152): Hat sich der Täter widerrechtlich eine Bankkarte (Girocard) nebst PIN besorgt und hebt an einem Geldautomaten unbefugt Bargeld ab, könnte in dem Abheben ein Diebstahl gesehen werden. Zunächst müsste dazu zum Zeitpunkt der Entgegennahme des Geldes dieses für T fremd gewesen sein. An der Fremdheit fehlte es, wenn in dem Bereitstellen des Geldes ein Übereignungsangebot i.S.d. § 929 S. 1 BGB angenommen würde. Denn dann erwürbe der Empfänger mit der Entgegennahme Eigentum und das Merkmal der Fremdheit wäre zu verneinen. Geht man davon aus, dass das Geld unter der Bedingung einer ordnungsgemäßen Bedienung des Bankautomaten übereignet wird (§§ 929 S. 1, 158 I BGB) und T den Automaten funktionsgerecht bedient hat, war das Geld bei der Entnahme nicht mehr fremd und ein Diebstahl scheidet schon deswegen aus. Stellt man sich aber (mit dem BGH (siehe BGH NSTZ 2018, 604, 605; BGH NSTZ 2019, 726, 727; BGH NSTZ 2021, 425, 426) auf den Standpunkt, dass sich das Übereignungsangebot des Automatenbetreibers nur an zur Geldabhebung Berechtigte richtet, blieb vorliegend das Geld im Eigentum des Automatenbetreibers, da T nicht berechtigt war. Das Geld wäre dann für T fremd und es müsste dann die Wegnahme geprüft werden, siehe dazu sogleich.

Bei der Prüfung der Eigentumslage ist – da sich die Eigentumsdelikte auf die formal-juristische Eigentumsposition beziehen und diese im Bürgerlichen Recht geregelt ist – folgerichtig nicht nach (ungeschriebenen) eigenständigen strafrechtlichen Kriterien zu fragen, sondern auf die **sachenrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Rechts über Erwerb und Verlust von Eigentum**, insbesondere auf §§ 903 ff., 873, 929 ff., 946 ff., 958 ff. und 1922 BGB abzustellen. Der Begriff der Fremdheit bei den Eigentumsdelikten ist also streng akzessorisch zu den zivilrechtlichen Vorschriften über Erwerb und Verlust von Eigentum (st. Rspr. seit BGHSt 6, 377, 378; aus jüngerer Zeit vgl. etwa BGH NSTZ 2006, 170, 171).

Tathandlung ist die **Wegnahme**. Der Begriff der Wegnahme ist gesetzlich nicht definiert. Allgemein hat sich aber folgende Definition durchgesetzt: Wegnahme bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams (vgl. nur RGSt 48, 58, 59; BGHSt 16, 271, 272; 35, 152, 158; BGH NSTZ 2018, 604, 605; BGH NSTZ 2019, 726, 727; BGH NSTZ 2021, 425, 426; aus der Lit. etwa Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 22; MüKo-Schmitz, § 242 Rn. 48; Lackner/Kühl-Kühl, § 242 Rn. 8). **Gewahrsam** ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache (RGSt 50, 183, 184; BGHSt 8, 273, 274; 16, 271, 273; 23, 254, 255; BGH NSTZ 2008, 624, 625; BGH NSTZ 2019, 726, 727; BGH NSTZ 2021, 425, 426, wobei das Merkmal „natürlich“ in den wiederholten Definitionen des BGH gelegentlich fehlt). Freilich gelangen diese Definitionen

an ihre Grenze, wenn der Berechtigte noch nicht einmal eine abstrakte Möglichkeit des Zugriffs hat. Denn dann wird man wohl kaum von tatsächlicher Sachherrschaft sprechen können. Um in Fällen der vorliegenden Art dem Schutzzweck des § 242 gerecht zu werden und einen Diebstahl annehmen zu können, bedient sich die h.M. eines (korrigierenden) Kunstgriffes, indem sie in Fällen, in denen der Berechtigte nicht tatsächlich auf die Sache zugreifen kann, auf die Verkehrsauffassung abstellt, um – bei entsprechendem Herrschaftswillen – auch noch bei einer gewissen räumlichen Lockerung den Gewahrsam bejahen zu können (sog. „gelockerter Gewahrsam“ (der Begriff der „Gewahrsamslockerung“ findet sich bspw. bei BGH NStZ 2019, 726, 727). Eines solchen Kunstgriffes bedarf es jedoch nicht, wenn man nicht von dem Erfordernis einer tatsächlichen Herrschaftsmacht über die Sache ausgeht, sondern auf die „Anschauungen des täglichen Lebens“ (BGH NStZ 2019, 726, 727 mit Verweis u.a. auf BGHSt 16, 271, 273 f.; 23, 254, 255) bzw. die „sozialen Anschauungen“ (So BGH NStZ 2021, 425, 426 mit Verweis auf MüKo-Schmitz, § 242 Rn. 70) abstellt bzw. eine sozial-normative Zuordnung der Sache zur Herrschaftssphäre einer Person (siehe Hillenkamp, JuS 2003, 157, 158; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2, Rn. 83; Kargl, JuS 1996, 971, 974; Rönnau, JuS 2009, 1088, 1089 f.; Kretschmer, Jura 2009, 590; NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 31; MüKo-Schmitz, § 242 Rn. 55; Joecks/Jäger, § 242 Rn. 16; SK-Samson, 4. Aufl., § 242 Rn. 20, allesamt zurückgehend auf Welzel, GA 1960, 257 und Lb. (11. Aufl. 1969), S. 347, 348) vornimmt. Die sozial-normative Zuordnung des Gewahrsams erscheint aus rechtsdogmatischer Sicht vorzugswürdig, weil sie – anders als die Konstruktion eines „gelockerten Gewahrsams“ – kein bloßes Korrektiv eines an Grenzen stoßenden Gewahrsamsbegriffs darstellt. Sie hat zudem zur Konsequenz, dass Gewahrsam ohne weiteres auch bei einer gewissen Bewusstseinslockerung zu bejahen ist. Freilich führt sie aufgrund ihrer Konturlosigkeit zu einer Unsicherheit bei der Rechtsanwendung. Denn gerade bei der Bestimmung der „Anschauungen des täglichen Lebens“ bzw. der „sozialen Anschauungen“ bestehen nicht unerhebliche richterliche Freiräume. Die **Geldautomatenfälle** offenbaren dies. Zum einen geht es um den Fall, dass der Täter unter unbefugter Benutzung einer Bankkarte (Girocard, früher: ec-Karte) mit der ihm bekannten Geheimnummer (PIN) Geld abhebt. Dieser Fall ist bei R. Schmidt, StrafR BT II, Rn. 680 f. behandelt. Zum anderen sind Fälle zu entscheiden, bei denen der Täter in einen bereits vom Berechtigten initiierten Geldabhebungsprozess eingreift. Diese Fälle sind Gegenstand u.a. des vorliegend zu besprechenden Beschlusses des 4. Strafsenats. Da der 4. Senat jedoch an die vorangegangenen Beschlüsse des 2. und 3. Senats anknüpft, sind diese zunächst aufzuzeigen.

Sachverhalte nach BGH NStZ 2018, 604 (2. Senat) und BGH NStZ 2019, 726 (3. Senat): O will Geld abheben. T verwickelt ihn in ein Gespräch. Nachdem O seine Bankkarte in den Automaten eingeschoben und seine Geheimnummer eingegeben hatte, stieß ihn T von dem Automaten weg, wählte einen Auszahlungsbetrag von 500 € und entnahm das vom Geldautomaten ausgegebene Geld, um sich zu Unrecht zu bereichern.

Lösungsgesichtspunkte: T könnte sich entweder wegen Diebstahls (§ 242) bzw. Raubs (§ 249) oder wegen räuberischer Erpressung (§§ 253, 255) strafbar gemacht haben. Hinsichtlich des Diebstahls bzw. Raubs müsste T zunächst eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben.

Fremd ist eine Sache, wenn sie zum Zeitpunkt der Tathandlung nicht im Alleineigentum des Täters steht und nicht herrenlos ist (BGH NStZ 2006, 170, 171; Lackner/Kühl-Kühl, § 242 Rn. 4; Fischer, § 242 Rn. 5-7; Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 12; LK-Vogel, § 242 Rn. 6 ff.; MüKo-Schmitz, § 242 Rn. 27). Wäre in dem Bereitstellen des Bargelds im Ausgabefach also ein Über eignungsangebot zu sehen, wäre zum maßgeblichen Zeitpunkt der Tathandlung (hier: An s ichtnahme des Geldes) die Fremdheit zu verneinen. Der BGH verneint dies. Ein Geldinstitut habe keinen Anlass, das in seinem Automaten befindliche Geld an einen unberechtigten Benut zer der Bankkarte und der Geheimzahl des Kontoinhabers zu übereignen (BGH NStZ 2018, 604, 605 (2. Senat) mit Verweis auf BGHSt 35, 152, 161 f.; ebenso BGH NStZ 2019, 726 f. (3. Senat). Ein Über eignungsangebot richte sich erkennbar nur an den Kontoinhaber, vorliegend O. Dieser habe das Angebot nicht angenommen (weil er von T von der Entgegennahme des

Geldes abgehalten bzw. an ihr gehindert wurde). Das Eigentum an den Geldscheinen verbleibe demnach beim Kreditinstitut. Damit war das Geld für T also fremd.

T müsste das Geld weggenommen haben. Wegnahme bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams (vgl. nur RGSt 48, 58, 59; BGHSt 16, 271, 272; 35, 152, 158; BGH NSTz 2018, 604, 605; BGH NSTz 2019, 726, 727; BGH NSTz 2021, 425, 426; aus der Lit. etwa Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 22; MüKo-Schmitz, § 242 Rn. 48; Lackner/Kühl-Kühl, § 242 Rn. 8). Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache (RGSt 50, 183, 184; BGHSt 8, 273, 274; 16, 271, 273; 23, 254, 255; BGH NSTz 2008, 624, 625; BGH NSTz 2019, 726, 727; BGH NSTz 2021, 425, 426 (wobei das Merkmal „natürlich“ in den wiederholten Definitionen des BGH gelegentlich fehlt).

Zunächst befand sich das in dem Geldautomaten befindliche Geld im Gewahrsam des Geldinstituts (siehe BGH NSTz 2019, 726, 727). Fraglich ist aber, ob mit der Entgegennahme des Geldes fremder Gewahrsam gebrochen wurde.

Der 2. Strafsenat hat das verneint. Zwar habe T die Geldscheine aus dem Ausgabefach herausgenommen, dies sei jedoch nicht gegen den Willen des Kreditinstituts geschehen. Werde der Geldautomat technisch ordnungsgemäß bedient, erfolge die tatsächliche Ausgabe des Geldes mit dem Willen des Geldinstituts. Dessen Gewahrsam werde nicht gebrochen (BGH NSTz 2018, 604, 605 mit Verweis u.a. auf BGHSt 35, 152, 158 ff.; 38, 120, 122; Fischer, § 242 Rn. 26; MüKo-Schmitz, § 242 Rn. 104).

Der 3. Senat differenziert. Nach seiner Auffassung bestand der Gewahrsam des Automatenbetreibers – wenn auch in gelockerter Form – zunächst fort, als die Geldscheine vom Automaten zur Entgegennahme im Ausgabefach bereitgestellt wurden (siehe BGH NSTz 2019, 726, 727). Er führt aus: „Durch die Freigabe zur Entnahme hatte das Geldinstitut zwar eine Wegnahmesicherung aufgegeben, es hatte indes weiterhin die Möglichkeit, auf das Geld einzuwirken, solange sich die Scheine im Ausgabefach des Automaten befanden. Denn im Rahmen des vorprogrammierten Ausgabevorgangs werden die Geldscheine wieder eingezogen und das Ausgabefach geschlossen, wenn das Geld nicht innerhalb einer bestimmten Zeitspanne entnommen wird.“ (BGH NSTz 2019, 726, 727). Daran ändert nach dem BGH der Umstand, dass T Zugriff auf das Geld erhielt, nichts, da es auf die Verkehrsauffassung ankomme (BGH NSTz 2019, 726, 727).

Liegt also nach Auffassung des 3. Senats in der Bereitstellung des Geldes im Ausgabefach des Automaten noch keine Gewahrsamsaufgabe, könnte T durch die Entgegennahme des Geldes diesen Gewahrsam gebrochen haben. Der 3. Senat steht auf dem Standpunkt, dass es bei der automatisierten Geldausgabe dem Willen des Geldinstituts entspreche, den Gewahrsam an den Geldscheinen demjenigen zu übertragen, der den Geldautomaten technisch ordnungsgemäß bediene, indem er sich mittels Eingabe von Bankkarte und zugehöriger PIN legitimiere (BGH NSTz 2019, 726, 727 mit Verweis auf BGHSt 35, 152, 158 ff.; 38, 120, 122). Auf die materielle Berechtigung komme es nicht an. Daher finde Gewahrsamsübertragung auch statt, wenn ein Unbefugter unter Verwendung einer dem Berechtigten entwendeten Bankkarte nebst zugehöriger PIN Geld am Bankautomaten abhebe (BGH NSTz 2019, 726, 727 mit Verweis auf BGHSt 35, 152, 158 ff.). Gleiches gelte, wenn der Täter zuvor ausgespähte und auf Bankkarten-Blankette kopierte Daten unbefugt zur Geldabhebung verwende (BGH NSTz 2019, 726, 727 mit Verweis auf BGHSt 38, 120, 122 ff.). Maßgeblich für das Einverständnis des Geldinstituts mit der Gewahrsamsübertragung sei allein die funktionsgerechte Bedienung des Geldautomaten durch Eingabe von Bankkarte und PIN (BGH NSTz 2019, 726, 727).

Auf der Basis des 2. Senats bedeutet das also: Die Gewahrsamsübertragung steht unter der Bedingung der äußerlich ordnungsgemäßen Bedienung des Automaten (BGH NSTz 2019, 726, 727 mit Verweis u.a. auf MüKo-Schmitz, § 242 Rn. 99 ff.; Sch/Sch-Bosch, § 242 Rn. 36a; SK-Hoyer, § 242 Rn. 54 ff.), auch, wenn der äußerlich ordnungsgemäß Bedienende materiell nicht

berechtigt ist. Da T den Automaten technisch ordnungsgemäß bedient hat und nach der Annahme des 2. Senats der Automatenbetreiber in diesem Fall mit der Gewahrsamsübertragung einverstanden war, da die an die Gewahrsamsübertragung geknüpfte Bedingung „ordnungsgemäße Bedienung des Geldautomaten“ erfüllt war, sodass der Automatenbetreiber Gewahrsam aufgegeben habe (BGH NSTz 2018, 604, 605), liegt demnach in Bezug auf O keine Wegnahme vor, da dieser noch keinen Gewahrsam innehatte; vielmehr übte in diesem Zeitpunkt bereits T Gewahrsam aus.

Der 2. Senat nahm aber eine Strafbarkeit nach §§ 253, 255 an. Das konnte er, weil der BGH generell bei der Erpressung keine Vermögensverfügung fordert, sondern auch die Duldung der Wegnahme genügen lässt (siehe dazu R. Schmidt, StrafR BT II, Rn. 762/765). T habe durch Wegstoßen des O vom Geldautomaten Gewalt gegen diesen angewendet. Dadurch habe er diesen gezwungen, die Eingabe des Auszahlungsbetrags in den Geldautomaten und die Herausnahme der O zur Übereignung angebotenen Geldscheine zu dulden. O habe dabei einen Vermögensschaden erlitten, nämlich die Belastung seines Girokontos, ohne jedoch den entsprechenden Geldbetrag erhalten zu haben. T habe mit der Absicht rechtswidriger Bereicherung gehandelt (BGH NSTz 2018, 604, 605).

Anders sieht es auf der Basis des Beschlusses des 3. Senats aus: Das generalisierte Einverständnis der Bank zur Gewahrsamsübertragung sei persönlich auf diejenige Person begrenzt, die „durch Eingabe von Bankkarte und zugehöriger PIN legitimiert“ sei. Ergebe sich aber aus den Umständen, dass der bisherige Gewahrsamsinhaber (hier: Der Automatenbetreiber) die Wegnahme (besser müsste es heißen: „Entgegennahme“) nur bestimmten Personen gestatten wolle, liege ein Einverständnis bei anderen Personen nicht vor. Bei Geldautomatenfällen ergebe sich dann, dass das Einverständnis mit dem Gewahrsamsübergang in personeller Hinsicht erkennbar auf diejenigen Personen beschränkt sei, die den Geldausgabevorgang entsprechend initiierten, nicht aber auch auf einen erst später in den Vorgang eingreifenden Täter (BGH NSTz 2019, 726, 728).

Da O (und nicht T) den Geldausgabevorgang entsprechend initiierte, lag diesem Ansatz zufolge gegenüber T also kein Einverständnis zum Gewahrsamsübergang vor. T hat das Geld danach also weggenommen, weshalb in der Folge § 242 bzw. § 249 zu bejahen sind.

Bewertung: Beide Senate unterscheiden in ihrer rechtlichen Bewertung also zwischen der Frage nach der Übereignung und der Gewahrsamsübertragung. Das ist schon allein deswegen richtig, weil der Tatbestand des § 242 danach unterscheidet und nach allgemeiner Auffassung hinsichtlich der Fremdheit auf den zivilrechtlichen Eigentumsbegriff geschaut wird, wohingegen sich die Wegnahme strafrechtlich bestimmt (und sich nicht an dem zivilrechtlichen Besitzbegriff orientiert).

- Die zum Eigentumsübergang erforderliche dingliche Einigung i.S.d. § 929 S. 1 BGB ist nach beiden Senaten offenbar mit einer „personalen“ Bedingung versehen: Das Übereignungsangebot richtet sich nur an den Berechtigten, nicht generell an jeden, der den Zahlungsbetrag eingibt und das ausgegebene Geld entgegennimmt. Das lässt sich gut vertreten, zumal allgemein anerkannt ist, dass Einigungserklärungen aufgrund ihrer rechtsgeschäftlichen Natur auch Bedingungen hinsichtlich des Vertragspartners beinhalten können.
- Alles andere als zwingend ist aber die Unterscheidung hinsichtlich der Gewahrsamsübertragung danach, ob (nach dem 2. Senat) der Automat äußerlich ordnungsgemäß bedient wird (gleichgültig, ob der äußerlich ordnungsgemäß Bedienende materiell berechtigt ist), oder danach, ob sich (nach dem 3. Senat) das Gewahrsamsübertragungsangebot in personeller Hinsicht allein auf diejenigen Personen bezieht, die den Geldausgabevorgang entsprechend initiierten, nicht aber auch auf einen erst später in den Vorgang eingreifenden Täter. Denn verneint man die Übereignung mit dem Argument, die Banken hätten kein Interesse daran, das Eigentum am Bargeld an deliktisch handelnde Personen zu übereignen, könnte man mit demselben Argument auch die Gewahrsamsübertragung verneinen: Der

Geldautomatenbetreiber habe kein Interesse daran, den Gewahrsam am Bargeld an deliktisch handelnde Personen zu übertragen. Dagegen ließe sich dann auch nicht einwenden, der Gewahrsam zeichne sich durch eine tatsächliche Sachherrschaft aus, denn dem Kriterium der „tatsächlichen Sachherrschaft“ hat der BGH durch seine Argumentation der „sozialen Anschauungen“ ja praktisch eine Absage erteilt.

II. Prüfung des Falls des 4. Senats

Hier könnte sich T wegen Diebstahls (§ 242) strafbar gemacht haben. Dazu müsste T zunächst eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben.

Hinsichtlich der Fremdheit ergibt sich keine Abweichung zu den Beschlüssen des 2. und 3. Senats. Der 4. Senat sieht daher von einer entsprechenden Prüfung ab. Das Eigentum an den Geldscheinen verbleibt beim Kreditinstitut. Damit war das Geld für T also fremd.

T müsste das Geld weggenommen haben. Wegnahme bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams. Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache.

Der 4. Senat zeigt die Beschlüsse des 2. und des 3. Senats auf, hat aber eine eigene Entscheidung offengelassen. Zunächst hat der 4. Senat bei der Frage nach dem Gewahrsamsbegriff auf die tatsächliche Sachherrschaft abgestellt, die sich nach den Umständen des Einzelfalls und den Anschauungen des täglichen Lebens bemesse. Danach könne eine Sache auch einer bestimmten, ihr nicht unbedingt körperlich am nächsten stehenden Person zugeordnet werden, solange diese nur einen Sachherrschaftswillen habe. Es genügte daher ein potentieller Beherrschungswille bzw. ein antizipierter Erlangungswille in Bezug auf Sachen, die erst noch in den eigenen Herrschaftsbereich gelangen werden.

Diese „Vorarbeit“ lässt den Leser ohne weiteres erahnen, was dies in Bezug auf den vorliegenden Fall bedeutet: Mit der Ausgabe des Geldes ist (Mit-)Gewahrsam auf O übergegangen, so dass T mit der Entnahme des Geldes bereits bestehenden (Mit-)Gewahrsam des O gebrochen hat.

Bewertung: Auch der 4. Senat unterscheidet in seiner rechtlichen Bewertung richtigerweise zwischen der Frage nach der Übereignung und der Gewahrsamsübertragung. Der Eigentumsübergang ist auch hiernach mit einer „personalen“ Bedingung versehen: Das Übereignungsangebot richtet sich nur an den Berechtigten, nicht generell an jeden, der den Zahlungsbetrag eingibt und das ausgegebene Geld entgegennimmt. Ob man aber auch bei der weitesten Auslegung des Gewahrsamsbegriffs bei O einen Gewahrsam annehmen kann, ist zu bezweifeln. Wie sich das bereits bei den Beschlüssen des 2. und 3. Senats andeutete, führt die Auffassung des 4. Senats in deutlicherer Weise dazu, dass der Gewahrsam gänzlich ohne Sachherrschaftsgesichtspunkte auskommt, sondern allein nach den „sozialen Anschauungen“ dem Berechtigten zugeordnet wird, auch, wenn dieser zu keinem Zeitpunkt auch nur eine abstrakte Zugriffsmöglichkeit hat. Das geht meines Erachtens zu weit. Ein „potentieller“ Beherrschungswille bzw. ein antizipierter Erlangungswille in Bezug auf Sachen kann nicht genügen, um Gewahrsam anzunehmen. Dogmatisch hätte der BGH die Wegnahme also verneinen müssen. Wenn man aber allein auf die „sozialen Anschauungen“ bzw. den „potentiellen Beherrschungswillen“ abstellt, stellt sich die Frage nach der Maßgeblichkeit der auch vom 4. Senat verwendeten Definition, nach der Rspr. des BGH sei „Gewahrsam die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft“ (BGH NSTZ 2021, 425, 426). Denn lässt man zur Bejahung des Gewahrsams die „sozialen Anschauungen“ bzw. den „potentiellen Beherrschungswillen“ genügen, sollte sich das auch in der Definition widerspiegeln. Alles andere ist dann nicht mehr glaubwürdig. Methodisch korrekt wäre es gewesen, bei der Definition des Gewahrsams sich sogleich von der „Sachherrschaft“ zu verabschieden, wenn Gewahrsam dann doch gänzlich ohne Vorliegen einer tatsächlichen Sachherrschaft auskommt.

Unabhängig von der methodischen Schwäche wird der Grund für den Beschluss des 4. Senats aber deutlich, wenn man bedenkt, dass mangels Nötigung (und erst recht mangels Personengewalt) §§ 253, 255 ausscheiden. Um eine eklatante Strafbarkeitslücke zu schließen, dehnte der 4. Senat einfach den Gewahrsamsbegriff aus. Noch virulenter wäre die Problematik ausgefallen, wenn T auf der Flucht Gewalt angewendet hätte. Dann wäre § 252 in Betracht gekommen, aber nur, wenn man mit dem 4. Senat bei dem Vorgeschehen einen Diebstahl angenommen hätte. Freilich hätte sich der 4. Senat auch schlicht an der Auffassung des 3. Senats orientieren können, nämlich an der Überlegung, dass allein durch die Freigabe des Gelds zur Entnahme noch keine Gewahrsamsaufgabe vorliege. Mit dem Argument, der Geldautomatenbetreiber habe weiterhin die Möglichkeit, auf das Geld einzuwirken, solange sich die Scheine im Ausgabefach des Automaten befinden, weil im Rahmen des vorprogrammierten Ausgabevorgangs die Geldscheine wieder eingezogen werden und das Ausgabefach geschlossen wird, wenn das Geld nicht innerhalb einer bestimmten Zeitspanne entnommen wird (BGH NStZ 2019, 726, 727), ließe sich diese Ansicht gut begründen. Dann hätte T den Gewahrsam des Geldautomatenbetreibers gebrochen.

Anm.: Fälle dieser Art dürften sich für die Praxis mittlerweile weitgehend erledigt haben, da die Geldautomatenbetreiber dazu übergegangen sind, den Geldabhebungsprozess zu modifizieren: Kunden müssen erst den Geldbetrag und dann die Geheimnummer eingeben. In der juristischen Ausbildung (und in Prüfungen) dürfte die Problematik jedoch auch künftig eine Rolle spielen.

Rolf Schmidt (15.07.2021)