

**DR. PHILIPP HAMMERICH**



RECHTSANWALT DR.  
**HAMMERICH**  
KANZLEI FÜR STRAFRECHT



---

Das materielle Strafrecht im ersten juristischen Staatsexamen

Alle Rechte vorbehalten

Das Skript genießt urheberrechtlichen Schutz. Eine Verwertung – unter anderem auch die Vervielfältigung und / oder öffentliche Zugänglichmachung – ist mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle nur mit Einwilligung des Urhebers gestattet.

Dieses Skript kann von jedem Interessierten heruntergeladen ausgedruckt und für den die eigene Examensvorbereitung genutzt werden.

Sollte jemand dieses Skript im Rahmen von Lehrveranstaltungen oder Arbeitsgemeinschaften nutzen wollen, bitte eine Anfrage an

kanzlei  
@ra-hammerich.de

senden.



STRAFVERTEIDIGERNOTDIENST

**0163 000 1811**

MONTAG - SONNTAG 0-24 UHR



## Vorwort

Dieses kostenlose Skript beinhaltet nach meiner langjährigen Erfahrung als Dozent alle relevanten Rechtsprobleme für die Strafrechtsklausur im ersten juristischen Staatsexamen. Das Skript ist vornehmlich als Begleitung zu dem von mir gehaltenen Strafrechtscurs des juristischen Repetitoriums Hemmer gedacht, welcher sich inhaltlich mit dem Skript deckt.

Dieses Skript ersetzt nicht die Hemmer Skriptenreihe Strafrecht, welche unter <https://www.hemmer-shop.de/printprodukte/skripte/strafrecht/>

erhältlich sind und welche ich (wie durchaus auch andere ausgewählte Skripte und Lehrbücher) uneingeschränkt empfehle.

Da das Skript meines Erachtens jedoch auch außerhalb dieses Kurses eine sinnvolle Examensvorbereitung ist, stelle ich es kostenlos allen Interessierten zur Verfügung.

Über Anregungen, Verbesserungsvorschläge und Hinweise auf Fehler bin ich Euch dankbar. Bitte sendet diese an:

**kanzlei**  
**@ra-hammerich.de**

Für diese Hinweise bedanke ich mich im Voraus. Ich werde Sie alle prüfen und gegebenenfalls berücksichtigen.

Bitte habt jedoch Verständnis dafür, dass ich inhaltliche Fragen zu dem Skript oder zum Examen insgesamt nicht per E-Mail beantworten werde. Ich stehe vor und nach meinen Kursen sowie in meinen Kurspausen für Fragen meiner Kursteilnehmer – wie allgemein bekannt sein dürfte – stets gerne zur Verfügung. Aber ich gehöre nicht zu den Menschen, die nicht wissen, was sie mit ihrer Freizeit anfangen sollen ... kurz gesagt: wenn ich frei habe, habe ich frei und beantworte keine juristischen Fragen per E-Mail.

**Ich wünsche allen von Euch, dass Ihr im Examen die Ergebnisse erzielt, welche Ihr Euch wünscht, und vielleicht leistet dieses Skript einen kleinen Beitrag dazu. Dann hätte es seinen Sinn erfüllt.**

**Sollte es bei Euch jedoch nicht wie gewünscht verlaufen, so macht Euren Frieden damit, denn das Leben geht weiter und Euer Examen hat letztlich keinen wirklichen Einfluss darauf, ob Ihr erfolgreich oder gar glücklich im Leben werdet. Es gibt wichtigeres im Leben als Jura!**

**„Vergieße nie Tränen - nein, nur den Whiskey, Hennessy“  
(Bonez MC & RAF Camora)**

**Keep it real!**  
**Euer Philipp**

PS: Das Skript ist kostenlos. Wer etwas zurückgeben möchte, kann gerne etwas an einen Verein spenden, den ich unterstütze:

<http://www.opferinteressen-von-kindern.de/>

**Jede Spende hilft!**

Opferinteressen von Kindern e.V.

IBAN DE15 8306 5408 0005 2128 47

Sie möchten lieber via Paypal spenden?

Scannen Sie dafür einfach den QR-Code!



## **Inhaltsverzeichnis**

<b>Grundsätzliches</b>	<b>S. 6</b>
<b>1. Abschnitt: Strafrecht Allgemeiner Teil</b>	<b>S. 14</b>
<b>A. Aufbau / Kausalität</b>	<b>S. 14</b>
<b>B. Fahrlässigkeitsdelikte</b>	<b>S. 21</b>
<b>C. Erfolgsqualifizierte Delikte</b>	<b>S. 23</b>
<b>D. Unechte Unterlassungsdelikte</b>	<b>S. 25</b>
<b>E. Echte Unterlassungsdelikte</b>	<b>S. 29</b>
<b>F. Irrtümer</b>	<b>S. 30</b>
<b>G. Beteiligung (Täterschaft und Teilnahme)</b>	<b>S. 40</b>
<b>H. Versuch und Rücktritt</b>	<b>S. 55</b>
<b>I. Rechtswidrigkeit</b>	<b>S. 70</b>
<b>J. Schuld</b>	<b>S. 83</b>
<b>K. Konkurrenzen</b>	<b>S. 90</b>
<b>L. Wahlfeststellung</b>	<b>S. 94</b>

<b>2.      Abschnitt: Strafrecht Besonderer Teil</b>	<b>S.</b>	<b>97</b>
<b>Teil I: § 211 bis § 227</b>	<b>S.</b>	<b>97</b>
<b>Teil II: Vermögensdelikte</b>	<b>S.</b>	<b>115</b>
<b>Teil III: Urkundendelikte</b>	<b>S.</b>	<b>168</b>
<b>Teil IV: Brandstiftungsdelikte</b>	<b>S.</b>	<b>176</b>
<b>Teil V: Aussagedelikte</b>	<b>S.</b>	<b>1184</b>
<b>Teil VI: Straßenverkehrsdelikte</b>	<b>S.</b>	<b>193</b>
<b>Teil VII: Beleidigungsdelikte</b>	<b>S.</b>	<b>204</b>
<b>Teil VIII: Straftaten gegen die persönliche Freiheit</b>	<b>S.</b>	<b>206</b>
<b>Teil IX: Straftaten gegen die öffentliche Ordnung</b>	<b>S.</b>	<b>215</b>

## Grundsätzliches

Zunächst einige Punkte, die grundsätzliche Bedeutung haben:

### Herangehensweise

Als aller erstes sollte in jeder Klausur der Bearbeitervermerk gelesen werden. Dabei sollte man vor allem auf zwei Punkte achten:

- 1) Welche Personen sind überhaupt zu prüfen?
- 2) Ist die Strafbarkeit in irgendeiner Form begrenzt?

Der Sachverhalt sollte zumindest(!) zweimal aufmerksam gelesen werden. Beim ersten Lesen sollte man zunächst einmal den Geschehensablauf „entspannt“ erfassen. Erst beim zweiten und ggf. dritten Durchlesen sollte man sich genau fragen, was die einzelnen Sätze bedeuten und die einschlägigen Tatbestände notieren. Schon beim Durchlesen sollte man somit gedanklich danach fragen, auf welches Problem der Klausur-Ersteller mit dieser Passage hinweisen will. In der Regel stehen Passagen nicht ohne Grund im Sachverhalt. Typischerweise kann man aus den Formulierungen auf ein bestimmtes Problem schließen. Ferner gilt hier das „Echo-Prinzip“. Probleme, die im Sachverhalt aufgeworfen werden, sollten sich in der Lösung – in der Regel auch als Schwerpunkt – wiederfinden.

Des Weiteren ist es von ausschlaggebender Bedeutung, dass man an klassische bzw. typische Verknüpfungen denkt. Sofern manche Delikte einschlägig sind, sind typischerweise bestimmte Folgedelikte zu prüfen (bei § 249/§§ 253,255 etwa §§ 239 a,b; bei §§ 153f. etwa § 258... hier gibt es sehr viele Beispiele für). Das Übersehen einiger Tatbestände wird damit zu einem völlig vermeidbaren Fehler. Ferner sollte man auch immer typische/klassische Folgeprobleme im Kopf haben und aus Aspekten des Sachverhalts assoziieren können. (bspw. beim Zusammenfallen von Vermögensdelikten mit Gewalt-/ bzw. Nötigungselementen bei Raub, räuberische Erpressung oder räuberischer Diebstahl).

Wenn man den Tötungsvorsatz verneint, ist (nach der Prüfung von §§ 211, 212 StGB) vor allem an § 227 und nicht vorrangig an § 222 StGB zu denken. Bitte niemals einen versuchten Mord übersehen! Leider passiert dies insbesondere bei Unterlassen nicht selten.

**Merke:** Das Opfer ist **verletzt**, der Täter **verlässt** den Tatort und es ist an versuchten Mord durch Unterlassen zu denken!). Versuchter Mord kommt ferner nicht nur bei dem fehlenden Tod eines Menschen in Betracht. Versuch meint Nicht-Vollendung und damit ein Mangel im objektiven Tatbestand. Selbstverständlich kann dies auch einmal die fehlende Kausalität oder die fehlende objektive Zurechnung sein.

Ein weiteres Beispiel für derartige Assoziationen ist, dass im Examen in der Regel nicht nur die klassischen Grundtatbestände (§§ 223, 242, 249 StGB) zu prüfen sind. In der Regel sind Qualifikationen, Erfolgsqualifikationen oder Regelbeispiele zumindest zu prüfen. So gibt es in Examensklausuren kaum einen Totschlag, ohne dass Mordmerkmale zu prüfen sind; kaum einen Raub, eine räuberische Erpressung oder einen räuberischen Diebstahl, ohne dass die Qualifikation aus § 250 StGB zu prüfen ist; kaum eine Körperverletzung, ohne dass zumindest § 224 StGB anzuprüfen ist.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die richtige Einordnung von Qualifikationen, Erfolgsqualifikationen, Regelbeispielen und obj. Bedingung der Strafbarkeit. Qualifikationen sind Tatbestandsmerkmale. Sofern sie obj. sind, ist zwingend Vorsatz bzgl. der Verwirklichung in subjektiver Ansicht erforderlich. Ferner gibt es auch rein subjektive Qualifikationen. Erfolgsqualifikationen setzen bzgl. des Erfolges keinen Vorsatz, sondern nur mindestens Fahrlässigkeit voraus (§ 18 StGB). Ferner ist ein tatbestandsspezifischer

Gefahrenzusammenhang erforderlich. Erfolgsqualifikationen erkennt man durch die Formulierungen „verursacht der Täter durch...“ oder „hat ... zur Folge“. Ausnahme ist § 231, hier stellt die Folge trotz des Wortlautes („verursacht“) nur eine obj. Bedingung der Strafbarkeit dar. Dies folgt aus der Formulierung „...wird schon wegen der Beteiligung bestraft“, d.h. Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit ist allein die Beteiligung. Darüber hinaus ist keine weitere Vorwerfbarkeit, wie etwa ein Fahrlässigkeitsvorwurf erforderlich. Objektive Bedingungen der Strafbarkeit müssen einfach nur objektiv vorliegen.

Regelbeispiele sind hingegen Strafzumessungsregeln und keine Tatbestände. Diese dürfen damit nicht auf Tatbestandsebene geprüft werden, sondern sind nach der Schuld im Prüfungsaufbau zu verorten. Ferner gibt es hier keinen subjektiven Tatbestand. Jedoch müssen diese auch wissentlich und gewollt verwirklicht werden, was dem Vorsatz entspricht. Regelbeispiele erkennt man stets an der Formulierung „in einem besonders schweren Fall ist die Strafe von...bis... . Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor... .“

Rechtsdogmatisch ist es jedoch wichtig, dass Qualifikationen und Erfolgsqualifikationen auf Tatbestandsebene zu prüfen sind, während Regelbeispiele als Strafzumessungsregelungen nach der Schuld zu prüfen sind. Dies sollte auch immer durch einen entsprechenden Aufbau deutlich gemacht werden.

Ferner ist es in der Regel sinnvoll eine grobe Gliederung zu erstellen, zumindest mit der Reihenfolge der zu prüfenden Delikte. Dabei sollte man sich kenntlich machen, an welcher Stelle man plant einen Schwerpunkt zu setzen. Eine richtige Schwerpunktsetzung ist sehr wichtig. Gegebenenfalls kann man auch schon Streitstände und Ihre Auswirkungen skizzieren.

Und noch ein wichtiger Hinweis: Nahezu alle strafrechtlichen Probleme folgen aus dem Wortlaut der Norm, aus denen man die Probleme ableiten bzw. sich erschließen kann. Aufgrund von Art. 103 II GG ist der Wortlaut der Norm bindend und es ist verfassungswidrig („eine unzulässige Analogie zu Lasten des Täters“) die Wortlautgrenze zu überschreiten. Mein wohl häufigstes Zitat ist:

**„Jede zweite Antwort im Strafrecht ist Art. 103 II GG.“**

### **Aufbau / Konkurrenzen**

Die Einteilung in Tatkomplexe sollte **nach strafprozessualen Taten iSd § 264 StPO** erfolgen, da dies in der Praxis entscheidend ist für die Erhebung der Anklage, Einstellungen und Strafklageverbrauch.

Eine prozessuale Tat ist ein einheitlicher geschichtlicher Vorgang, der sich von anderen ähnlichen oder gleichartigen unterscheidet und innerhalb dessen der Beschuldigte einen Straftatbestand verwirklicht hat oder haben soll (Faustregel: Der Laie erzählt es als „eine“ Geschichte). Es wäre geradezu unnatürlich, den einheitlichen Vorgang getrennt abzuurteilen. Davon zu unterscheiden ist der Handlungsbegriff der Konkurrenzen (dazu mehr bei den Konkurrenzen). Im ersten Examen erscheint es auch möglich, nach den Handlungen in Sinne der §§ 52, 53 StGB aufzubauen. Dann sind die Abschnitte jedoch als Handlungsabschnitte zu bezeichnen.

Innerhalb der Tatkomplexe gelten die gängigen Aufbauregeln. Dabei ist mE nur die Aufbauregel, dass der Tatnächste zunächst geprüft wird, unumstößlich. Ansonsten gilt grds. Vollendung vor Versuch (aber selbstverständlich ist der versuchte Mord vor der vollendeten Körperverletzung zu prüfen) sowie die schwersten Delikte zuerst prüfen (Ausnahmen sind hier zu machen, wenn ein anderer Aufbau verständlicher ist und Inzident-Prüfungen so ver-

mieden werden). Sofern innerhalb eines Tatkomplexes Tatmehrheit herrschen sollte (selten!), erscheint es häufig sinnvoll, innerhalb der Tatkomplexe die Prüfung der Strafbarkeit nach den selbständigen Handlungen weiter zu untergliedern (Bsp.: T fährt betrunken O an. Anstatt O zu helfen entscheidet er sich dann jedoch dazu, wegzufahren → sinnvoller Aufbau innerhalb dieses Tatkomplexes: A. Strafbarkeit durch das Anfahren... B. Strafbarkeit durch das Wegfahren ...). Die Konkurrenzen sind somit zwar nicht entscheidend für die Einteilung in Tatkomplexe, können jedoch schon eine Bedeutung für den Aufbau haben. Im ersten Examen ist es mE auch möglich (wenn auch ungewöhnlich) nach den Konkurrenzen aufzubauen. Dann hat eine Einteilung in Handlungsabschnitte (nicht Tatkomplexe!) zu erfolgen, welche sich nach dem Handlungsbegriff der Konkurrenzen ausrichten. In diesem Fall würde bei Tatmehrheit auch jeweils ein neuer Handlungsabschnitt beginnen.

Innerhalb der Tatkomplexe gelten die gängigen Aufbauregeln. Dabei ist mE nur die Aufbauregel, dass der Tatnächste zunächst geprüft wird, unumstößlich. Daneben gibt es eine Reihe von **Zweckmäßigeitsregeln**:

- Subsidiäre oder konsumierte Delikte nach den verdrängenden Delikten prüfen (in der Regel reicht bzgl. der verdrängten Delikte ein Satz)
- spezielle Delikte eigenständiger Art vor den allgemeinen Delikten prüfen
- im Verhältnis von Grundtatbestand und Qualifizierung gleich den qualifizierten TB prüfen
- Vorsatzdelikte vor Fahrlässigkeitsdelikten sowie Vollendung vor Versuch (aber versuchter Mord bspw. natürlich vor vollendeter Körperverletzung).
- ferner wird man in der Regel die Delikte entsprechend ihrer Schwere anordnen

Jedoch sind hierfür Ausnahmen zu machen, wenn ein anderer Aufbau verständlicher ist und insbesondere, wenn durch einen anderen Aufbau Inzidentprüfungen vermieden werden können.

Ferner sollte am Ende jedes Tatkomplexes ein Ergebnis angeführt werden (idR auch mit Konkurrenzen) sowie ein abschließendes Endergebnis mit Konkurrenzen. Dabei wird zwischen den Tatkomplexen stets Tatmehrheit nach § 53 I StGB vorliegen und innerhalb der Tatkomplexe häufig (aber keinesfalls immer!) Tateinheit nach § 52 I StGB.

### **Gutachten**

Die Klausur im ersten Examen besteht (ggf. neben einer StPO-Zusatzfrage) aus einem materiell-rechtlichen Gutachten. Es ist folglich ein Gutachten zu schreiben! Obwohl in den StrafR-Klausuren idR ein Zeitproblem besteht, sollte man sich gerade auf den ersten Seiten um einen sauberen Gutachtenstil und einen sauberen Aufbau bemühen. So sollte man die ersten, wirklich relevanten Tatbestände sauber aufbauen und durchprüfen. Später kann man hiervon bei Zeitproblemen abweichen (zeitsparend ist in unproblematischen Fällen bspw. die Formulierung: *A handelte ferner vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft...*)

### **richtiger Umgang mit Streitständen**

Streitstände sind gerade im Strafrecht idR ein wesentlicher Teil der Prüfung. Hierbei ist ein richtiges Vorgehen zwingend. Die Meinungen sind zunächst darzustellen. Dabei ist unter jeder Meinung zwingend zu subsumieren. Nach



der Subsumtion kann nämlich erst die Frage des Erfordernisses eines Streitentscheidendes beantwortet werden (Relevanzprüfung). Kommen die Theorien zum gleichen Ergebnis, so ist der Streit nicht zu entscheiden. Nur bei unterschiedlichen Ergebnissen ist ein Streitentscheid unentbehrlich. Niemals *entscheidungsrelevante* Rechtsfragen offenlassen und auf spätere Entscheidung weiter unten verweisen. Allenfalls kann etwas kurz dahingestellt werden, wenn unmittelbar danach in der Prüfung ein Punkt kommt, der die Entscheidung überflüssig werden lässt.

Des Weiteren sind Meinungsstreitigkeiten auch nur insoweit zu entscheiden, inwieweit sie relevant sind. Sollte man unter fünf Ansichten subsumiert haben und vier kommen zum gleichen Ergebnis, ist es ausreichend die eine im Ergebnis abweichende Ansicht abzulehnen. Im Übrigen muss (!) der Streit dahingestellt werden und ggf. später in der Prüfung – wenn er sich noch mal auswirkt – aufgegriffen und entschieden werden. Eine andere Möglichkeit wäre nur, alle vier Ansichten zu verwerfen und der einen abweichenden zu folgen.

Wichtig: ist ein Meinungsstreit einmal entschieden, so ist im Folgenden – wenn sich die Problematik noch einmal stellt – nur die Meinung aufzuführen, der man bereits gefolgt ist. Formulierungsbeispiel.: *Nach der hier als vorzugswürdig erachteten Ansicht ...*

Meinungsstreitigkeiten haben nach meiner Erfahrung mit Ausnahme der ganz klassischen Meinungsstreitigkeiten in der Benotung von Examensklausuren häufig nicht die Bedeutung, welche ihnen einige Studenten, aber auch Lehrbücher und einige Professoren in Lehrveranstaltungen zukommen lassen. Viele Meinungsstreitigkeiten sind (zumindest) in der Praxis ausdiskutiert. In diesen Konstellationen sollte man die Bedeutung richtig einschätzen. Es dürfte weder die Darstellung der Meinungsstreitigkeit noch der Streitentscheid ausschlaggebend sein, sondern die Argumentation bei der Subsumtion unter der herrschenden Meinung. Ein gutes Beispiel hierfür ist die Abgrenzung von *dolus eventualis* zur bewussten Fahrlässigkeit. Die sog. Billigungslehre ist die so absolut herrschende Meinung, dass der Meinungsstreit in aller Regel entbehrlich ist. Die Argumentation unter der Billigungslehre ist das entscheidende. Meinungsstreitigkeiten werden von Studenten in Klausuren häufig viel zu sklavisch angewendet. Entscheidend sind vielmehr ein Problembewusstsein und eine Argumentation, warum die vorgenommene Auslegung so überzeugend ist.

Absolut unverzichtbar sind m.E. im ersten Examen jedoch ein klassischer Streitstand zu den folgenden Meinungsstreitigkeiten:

#### **Aus dem allgemeinen Teil:**

- Behandlung des sog. Erlaubnistatbestandsirrtums
- Abgrenzung Täterschaft von Teilnahme nach Tatherrschaftslehre und Animustheorie aufgrund obj. Gesamtschau
- Streitstand um die sukzessive Mittäterschaft
- Streitstand um die sukzessive Beihilfe (insb. Abgr. zu § 257)
- Streitstand um die sog. „Aufstiftung“
- Streitstand um den Unterlassungsnebetäter
- Auswirkung des *error in persona* auf den mittelbaren Täter
- Auswirkung des *error in persona* auf den Anstifter
- Versuch: Streit um die Zurechnung des unmittelbaren Ansetzens des vermeintlichen Mittäters
- Streit um die Indizwirkung von Regelbeispielen, sofern das Regelbeispiel nicht verwirklicht ist

- Streit um die Rücktrittsmöglichkeit bei Erreichung des außertatbestandlichen Ziels
- Streit um die Rücktrittsmöglichkeit vom sog. erfolgsqualifizierten Versuch
- Bestimmung des fehlgeschlagenen Versuchs bei mehraktigen Geschehen
- Abgrenzung unbeendeter / beendeter Versuch bei mehraktigen Geschehen
- Streit um die Behandlung der Notwehrprovokation
- § 127 StPO: Streit um die Bestimmung der Tat
- Streit um die Behandlung der sog. actio libera in causa
- Streit um die echte Wahlfeststellung / Postpendenz

#### **Aus dem besonderen Teil:**

- Verhältnis § 113 zu § 240 StGB
- § 142 II Nr. 2: Verhältnis zu § 323a
- § 211: § 28 I oder II StGB bei Teilnahme und subj. Mordmerkmalen
- § 211: Streit um die restriktive Handhabung der Heimtücke
- § 212/ § 216: Streit um die dogmatische Behandlung der Sterbehilfe durch Behandlungsabbruch
- § 212/ § 216: Abgrenzung zur straflosen Beihilfe: Kann die Beurteilung der Tatherrschaft sich ändern, wenn das Opfer das Bewusstsein verliert?
- § 221 I Nr. 1: setzt das Versetzen eine Ordnungsveränderung des Opfers voraus?
- § 221 I Nr. 2: setzt das Verlassen ein örtliches Entfernen des Täters voraus
- § 224 I Nr. 5: Streit um die Bestimmung der Gefährlichkeit
- § 227: Streit um den Anknüpfungspunkt für die schwere Folge
- § 240: Streit um den Gewaltbegriff
- § 242: Streit um die Wertsummentheorie bei der RW der Zueignungsabsicht
- § 244 I Nr. 1a 2. Alt: Bestimmung des gefährlichen Werkzeugs
- § 246: Streit um die wiederholte Zueignung
- § 249: Abgrenzung zur räuberischen Erpressung
- § 250 I Nr. 1a 2. Alt: Bestimmung des gefährlichen Werkzeugs
- §§ 250, 251: Verwirklichung nach Vollendung des Grundtatbestandes
- § 252: Streit um das „betroffen werden“
- § 252: Streit um die Tätereigenschaft des Teilnehmers der Vortat
- § 253: Streit um das Erfordernis einer Vermögensverfügung
- § 253: Streit um den Vermögensbegriff
- §§ 253, 255: Streit um die Behandlung der Dreieckerpressung in Abgrenzung zum § 249
- §§ 253, 255: Streit um das Erfordernis einer Vermögensverfügung/ Abgrenzung zum § 249
- § 257: Streit um die Abgrenzung zur sukzessiven Beihilfe
- § 259: Kann der Teilnehmer der Vortat Täter der Hehlerei sein?
- § 259: Kann der Täter der Vortat Teilnehmer der Hehlerei sein?
- § 259: in welchem Stadium muss sich die Vortat zum Zeitpunkt der Hehlerei-Handlung befinden?

- § 263: Streit um die Abgrenzung des Dreiecksbetrugs von dem Diebstahl in mittelbarer Täterschaft
- § 263: Streit um den Vermögensbegriff
- § 263a I 3./4. Var: Bestimmung des Merkmals „unbefugt“
- § 265a: Streit um das Erschleichen von Leistungen beim sog. Schwarzfahren
- § 266 I 1. Var.: Erfordernis der Vermögensbetreuungspflicht
- § 266b: fällt die EC-Karte unter den Tatbestand?
- § 267: Konkurrenzverhältnis der 1./2. Var. zur 3. Var.
- § 306a I: Streit um die teleologische Reduktion des TB
- § 306a I: Streit um die Vollendung bei gemischt genutzten Gebäuden
- § 306b II Nr.2: streit um die teleologische Reduktion der Ermöglichungsabsicht
- § 315c: kann der teilnehmende Beifahrer Gefährdungsobjekt sein?
- § 315c: rechtfertigende Einwilligung möglich

**Achtung:** Hier ist lediglich dargestellt, welche Meinungsstreitigkeiten im ersten Examen klassisch dargestellt werden sollten. Dies bitte auf gar keinen Fall verwechseln mit der Frage, welche Probleme in den Klausuren zu erörtern sind. Meines Erachtens ist es häufig nicht zwingend erforderlich (aber keinesfalls unzutreffend) Meinungsstreitigkeiten darzustellen, die weitgehend ausdiskutiert sind. Dennoch muss aber die Problematik angeführt und argumentativ gelöst werden. Alles andere führt regelmäßig zu Punktabzügen.

Die Auswahl der angeführten Streitstände erfolgt einerseits danach, wie umstritten die Problematiken sind, andererseits aber auch danach, ob der Streit einfach aufgrund eines Schlagwortes, auf welches viele Prüfer regelmäßig warten, gebracht werden sollte (Bspw.: Wertsummentheorie).

### Sonstiges

- Die zu prüfenden **Paragrafen genau** nach Absatz, Satz, Buchstabe, Variante (Es heißt Alternative bei genau zwei Möglichkeiten, im übrigen heißt es Variante) etc. **bezeichnen**
- ganz wichtig ist es bei der **Subsumtion**, vernünftig das Ergebnis zu begründen und zu argumentieren. Häufig ist vieles vertretbar und der Korrektor erwartet nur ein vernünftiges Auseinandersetzen mit der Problematik. Begriffe wie „offensichtlich“, „zweifello“, „offenbar“, usw. sind zu vermeiden, da diese nie eine weitere Begründung ersetzen können.
- Nie über gesehene Probleme hinwegschreiben, sondern versuchen zu argumentieren, auch wenn man die Lösung oder Ansichten nicht kennt. Dies ist in jedem Fall besser, als darüber hinweg zu schreiben!
- **Fachausdrücke** richtig verwenden: bspw.: „Vollendung“ und „Beendigung“, „fehlgeschlagener“ und „beendeter“ Versuch (es gibt keinen "vollendeten" Versuch); Straftatbestände werden „verwirklicht“ oder „erfüllt“, nie „verletzt“ (verletzt wird nur das Gesetz) Hingegen wird nicht gegen den Tatbestand, sondern gegen das Gesetz „verstoßen“: Der Täter "begeht" keinen "strafbefreienden Rücktritt vom Versuch"; er tritt vielmehr vom Versuch mit strafbefreiender Wirkung zurück

### Das „richtige“ Lernen

Richtig zu lernen ist ein wichtiger Bestandteil einer erfolgreichen Examensvorbereitung. Lernen ist individuell, sodass man Aussagen dazu nicht pauschalisieren sollte.

Auf einen wichtigen Aspekt möchte ich in diesem Zusammenhang jedoch hinweisen. Sofern Studenten die schriftlichen Aufsichtsarbeiten nicht bestehen, liegt das meines Erachtens nahezu nie daran, dass die Studenten zu wenig „abstraktes“ Wissen haben, um das Examen zu bestehen. Es fehlt einfach an der Fähigkeit, das abstrakte Wissen in der Klausur richtig anzuwenden. Vor diesem Hintergrund sollte das Wissen „examens-konkret“ gelernt werden. Bei jeglichen examensrelevanten Problemen, die in diesem Skript dargestellt werden, sollte man sich zur Überprüfung, ob man das Wissen in einer Klausur auch umsetzen kann, folgende Fragen stellen:

1) Erkennen des Problems:

Was sind die typischen Konstellationen für dieses Problem in den Examensklausuren?

Wie kann ich das Problem im Examens-Sachverhalt erkennen?

Wie wird der Klausurersteller das Problem deutlich machen?

Welche Formulierungen könnten darauf hindeuten?

Mit welchen anderen Delikten und Problemen trifft dies Problem typischerweise zusammen?

2) Wo gehört das Problem genau in meinen Aufbau hin? Wie baue ich meine Lösung bei dem Problem auf?

3) Wie leite ich das Problem ein? Wie stelle ich es dar? Wie formuliere ich die Problematik? Wie löse ich das Problem in der Klausur am besten?

Die Fragen unter 1) dienen dazu, keine Probleme zu übersehen. Die Fragen unter 2) und 3) sollen die richtige und strukturierte Lösung in der Klausur sicherstellen.

# 1. Abschnitt: Strafrecht Allgemeiner Teil

## A. Aufbau / Kausalität

### Aufbau: Vorsätzliches Erfolgsdelikt durch aktives Tun

- I. Tatbestand
  1. objektiver Tatbestand  
(ggf. bei Sonderdelikten tauglicher Täter)
    - a) Taterfolg (ggf. taugliches Tatobjekt und sonstige Besonderheiten des BT)
    - b) Tathandlung
    - c) Kausalität zwischen Handlung und Erfolg
    - d) Objektive Zurechnung (nur nach hL)
  2. subjektiver Tatbestand
  3. ggf. objektive Bedingung der Strafbarkeit
- II. Rechtswidrigkeit Siehe unten
- III. Schuld Siehe unten
- IV. Strafausschließungs-/Strafaufhebungsgründe sowie Strafverfolgungshindernisse

Noch einmal: Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die richtige Einordnung von Qualifikationen, Erfolgsqualifikationen, Regelbeispielen und obj. Bedingung der Strafbarkeit. Qualifikationen sind Tatbestandsmerkmale. Sofern sie obj. sind, ist zwingend Vorsatz bzgl. der Verwirklichung in subjektiver Hinsicht erforderlich. Ferner gibt es auch rein subjektive Qualifikationen. Erfolgsqualifikationen setzen bzgl. des Erfolges keinen Vorsatz, sondern nur mindestens Fahrlässigkeit voraus (§ 18 StGB). Ferner ist ein tatbestandsspezifischer Gefahrenzusammenhang erforderlich. Erfolgsqualifikationen erkennt man durch die Formulierungen „verursacht der Täter durch...“ oder „hat ... zur Folge“. Ausnahme hiervon ist § 231, hier stellt die Folge trotz des Wortlautes („verursacht“) nur eine obj. Bedingung der Strafbarkeit dar. Dies folgt aus der Formulierung „...wird schon wegen der Beteiligung bestraft“, d.h. Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit ist allein die Beteiligung, darüber hinaus ist keine weitere Vorwerfbarkeit, wie etwa ein Fahrlässigkeitsvorwurf erforderlich. Objektive Bedingungen der Strafbarkeit erkennt man ferner in der Regel daran, dass diese erst nach der Rechtsfolge (Strafrahmen) im Gesetzestext folgen. Diese Bedingungen der Strafbarkeit müssen einfach nur objektiv vorliegen. Regelbeispiele sind hingegen Strafzumessungsregelungen und keine Tatbestände. Diese dürfen damit nicht auf Tatbestandsebene geprüft werden, sondern sind nach der Schuld im Prüfungsaufbau zu verorten. Ferner gibt es hier keinen subjektiven Tatbestand. Jedoch müssen diese auch wissentlich und gewollt verwirklicht werden, was dem Vorsatz entspricht. Regelbeispiele erkennt man stets an der Formulierung „in einem besonders schweren Fall ist die Strafe von ... bis .... Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor...“.

### I. Probleme bei der Tathandlung

Problem der Tathandlung haben grundsätzlich kaum Examens-Relevanz. Grundsätzlich kann Anknüpfungspunkt für eine strafrechtliche Verantwort-

tung und damit für ein Handlungsunrecht nur ein menschliches Verhalten sein, welches von einem Willen getragen ist.

Dies ist beispielsweise **nicht der Fall bei Reflexverhalten** (keine Reflexverhalten und damit grundsätzlich Anknüpfungspunkt für strafrechtlich relevantes Handeln sind Kurzschlusshandlung oder Schreckreaktion).

Ferner liegt kein strafrechtlich relevantes Verhalten vor bei Verhalten in Schlaf, Bewusstlosigkeit, Krämpfen, Epilepsie, Verhalten unter unwiderstehlichem Zwang oder Hypnose (a.A.: tiefgreifende Bewusstseinsstörung, § 20 StGB).

## II. Probleme des Kausalzusammenhangs

Die Kausalität ist ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der **Erfolgsdelikte**. Während im Zivilrecht neben der Äquivalenz noch die Adäquanz und der Schutzzweck der Norm zu prüfen ist, ist im Strafrecht im Rahmen der Kausalität ausschließlich die **Äquivalenztheorie** (condicio-sine-qua-non-Formel) zu prüfen. Danach ist jede Handlung kausal, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg in seiner (nach Ort, Umständen, Verletzungsart, Tatmodalitäten) **konkreten Gestalt** entfallen würde.

Über das Merkmal der konkreten Gestalt ist sichergestellt, dass „hypothetische Kausalverläufe“ unbeachtlich sind.

Bsp.: Der Ehemann E vergiftet die Ehefrau beim Frühstück. Das Gift wird in 4 Stunden wirken. Es existiert kein Gegengift. Nach dem 3,5-stündigen „Fertigmachen“ tritt sie aus der Tür und hat noch eine halbe Stunde zu leben. Bevor sie am Gift stirbt wird sie vom enttäuschten Liebhaber L durch einen Kopfschuss getötet. Die Handlung des L ist in diesem Zusammenhang unproblematisch kausal, da der tatbestandliche Erfolg der Tod durch den Kopfschuss ist.

Ferner ist zu beachten, dass auch völlige Atypizität des Geschehensablaufs die Kausalität nicht ausschließt (anders Adäquanztheorie im Zivilrecht). Im Strafrecht ist dies allenfalls im Rahmen der objektiven Zurechnung oder als Irrtum über den Kausalverlauf zu berücksichtigen.

Hingegen ist das Vergiften des Ehemanns nicht kausal, da der Kausalverlauf durch das Erschießen des L unterbrochen wird (sog. „**überholende Kausalität**“ = Abbruch der Kausalreihe durch überholendes Ereignis). Da der E jedoch von einer Kausalität ausgeht, ist er wegen Versuch zu bestrafen (Beachte: Versuch ist immer denkbar, wenn der Tatbestand nicht erfüllt ist. Dies muss nicht zwingend immer der Nicht-Eintritt des Erfolgs sein, sondern kann selbstverständlich wie hier auch die fehlende Kausalität sein).

Wenig examensrelevant sind hingegen die „Lehrbuchfälle“ der „**alternativen Kausalität**“ (Bsp: A und B schütten ohne Kenntnis voneinander mit Tötungsvorsatz jeweils die für sich schon tödlich wirkende Menge 4 Gramm Gift in den Becher des O, O trinkt 8 Gramm Gift und stirbt. Lösung: Eigentlich sind die Handlungen nach der condicio-sine-qua-non-Formel nicht kausal, jedoch wird diese modifiziert und die Vollendung bejaht, da die Giftmenge für sich genommen schon kausal gewesen wäre) und der „**kumulativen Kausalität**“ (Bsp: A und B schütten ohne Kenntnis voneinander mit Tötungsvorsatz jeweils 4 Gramm Gift in den Becher des O, wobei sowohl A und B verkennen, dass nur 5 Gramm Gift tödlich sind. O trinkt 8 Gramm Gift und stirbt. Lösung: Kausalität (+), obj. Zurechnung jedoch (-), daher nur Versuchsstrafbarkeit).

### III. Probleme der objektiven Zurechnung

**Beachte:** Rspr. prüft vornehmlich eine „subjektive Zurechnung“ im subjektiven Tatbestand (Irrtum über den Kausalverlauf). Sofern ein Irrtum über den Kausalverlauf bei Vorsatzdelikten bejaht wird, scheidet eine Strafbarkeit nach dem vorsätzlichen Delikt nach § 16 StGB aus. Jedoch ist stets eine Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit oder wegen Versuchs in Betracht zu ziehen.

-> dies betrifft aber in der Regel nur die systematische Einordnung der Problematik. Die Problematik selbst bleibt hingegen im Ergebnis dieselbe

**Die objektive Zurechnung beinhaltet letztlich mehrere Fallgruppen, wobei diese durchbrochen werden kann bei Fehlen eines rechtlich relevanten Risikos oder bei einem Fehlen des Risikozusammenhangs. Außerhalb von Vorsatzdelikten ist es nicht umstritten, dass ein „Zurechnungsmerkmal“ zu prüfen ist. Dabei ist es mE am sinnvollsten alle Zurechnungsprobleme unter dem Prüfungspunkt „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“ zu prüfen (Selbstverständlich kann man jedoch auch hier den Punkt „objektive Zurechnung“ nennen).**

#### fehlendes rechtlich relevantes Risiko:

Fälle des fehlenden Risikozusammenhangs sind eher selten Gegenstand von Examensklausuren. Folgende Konstellationen werden bei dieser Fallgruppe vor allem angeführt:

- keine Beherrschbarkeit (zB Blitzschlag), idR schon Kausalität (-)
- sozialadäquates Verhalten/erlaubtes Risiko (Bsp.: mit Bronchitis in öffentl. Verkehrsmitteln fahren und husten; verkehrsgerecht Autofahren)
- Risikoverringerung (z.B. Umwandlung eines tödlichen Angriffs in verletzenden)

#### fehlender Risikozusammenhang:

**Es muss sich auch das Risiko verwirklichen, welches der Täter zumindest pflichtwidrig gesetzt hat.**

→ **atypischer Kausalverlauf**, d.h. Außerhalb **jeglicher(!)** Lebenswahrscheinlichkeit! Diese Fallgruppe ist äußerst selten einschlägig. In der Regel sind Kausalverläufe nicht außerhalb jeglicher Lebenswahrscheinlichkeit. Bsp.: Autofahrer F fährt fahrlässig Radfahrer R an und verletzt diesen schwer. Notarzt N erkennt richtigerweise, dass R sterben wird, wenn er nicht innerhalb von 15 Minuten ins Krankenhaus gelangt. Daher rast N in einer riskanten Fahrt über die Landstraße. Aufgrund von erhöhter Geschwindigkeit rutscht der Krankenwagen in einer Kurve von der Straße und überschlägt sich mehrmals. R stirbt. Lösung: F hat sich gem. § 222 StGB strafbar gemacht, da das Risiko der schweren Verletzung sich noch in dem Unfall und dem damit verbundenen Tod realisiert.

→ fehlender **Schutzbereich der Norm**, bspw. wenn sich nur das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht oder der kausale Erfolg vom Schutzbereich der „Sorgfalts-Norm“ nicht erfasst ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn sich nur noch das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht. Bsp.: Autofahrer F fährt fahrlässig Radfahrer R an und verletzt diesen leicht. Notarzt N fährt ihn sicherheitshalber ins Krankenhaus. Auf einer Vorfahrtsstraße rast der Lkw des L in den Krankenwagen, weil L einen Herzinfarkt hat. R stirbt. Lösung.: F hat sich nicht gem. § 222 StGB strafbar gemacht, da das Risiko der leichten Verletzung sich nicht in dem Unfall und dem damit verbundenen Tod realisiert hat. Der schwere Verkehrsunfall ist hier nur die Verwirklichung eines allgemeinen Lebensrisikos.

**→ fehlender Pflichtwidrigkeitszusammenhang/ rechtmäßiges Alternativverhalten**

Erfolg wäre auch eingetreten, wenn der Täter sich rechtmäßig verhalten hätte (aA: Risikoerhöhungs-L). Bsp.: Autofahrer F fährt mit 1,1 Promille BAK und macht einen Auffahrunfall. Nach dem Sachverständigengutachten lässt sich nicht ausschließen, dass der F den Unfall auch nüchtern verursacht hätte.

Lösung.: F hat sich mangels Pflichtwidrigkeitszusammenhangs nicht gem. § 315 c I Nr.1a, III StGB strafbar gemacht. Es bleibt eine Strafbarkeit gem. § 316 StGB (abstraktes Gefährdungsdelikt).

→ **Eigenverantwortliche Selbstgefährdung** (Risiko, das zum Erfolg führt, wird vom Opfer selbst geschaffen, der Täter leistet nur Hilfe – Beurteilungskriterium: Tatherrschaft)

**→ Eingreifen Dritter**

nur wenn ein neues, allein von dem Dritten geschaffenes Risiko sich im Erfolg verwirklicht (z.B. Kunstfehler des behandelnden Arztes, vorsätzliche Straftaten, die nicht an das durch die Tat geschaffene Risiko anknüpfen)

**insb. problematisch: vorsätzliches Dazwischentreten Dritter**

-> nach BGH keine Durchbrechung, wenn feststeht, dass Erst-Täter eine Lage geschaffen hat, ohne die Zweit-Täter nicht gehandelt hätte. Jedoch prüft der BGH dies als Irrtum über den Kausalverlauf (siehe unten)

**Achtung: Wenn die obj. Zurechnung verneint wird, kann eine Strafbarkeit wegen Versuchs selbstverständlich in Betracht kommen.**

**Besonders relevant: Eigenverantwortliche Selbstgefährdung**

Bei Vorliegen einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung wird nach der hL der Zurechnungszusammenhang durchbrochen, sodass der Tatbestand nicht verwirklicht wird. Hierbei ist umstritten, welche Anforderungen an das Opfer zu stellen sind. Die sog. Exkulpations-Theorie fordert, dass das Opfer nach den Wertungen der Schuldebene (bspw. § 20, 35 StGB) für eine wirksame eigenverantwortliche Selbstgefährdung quasi eine Schuldfähigkeit besitzt. Nach hM wird nur eine Einsichtsfähigkeit des Opfers gefordert. Häufig ist dieser Streit jedoch nicht relevant.

Relevanter ist die Abgrenzung zu einer einvernehmlichen Fremdgefährdung. Diese ist nach der herrschenden Dogmatik ein Unterfall der Einwilligung. Diese Unterscheidung ist von häufig entscheidender Bedeutung, da eine Einwilligung bspw. an § 228 scheitern kann, eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung hingegen nicht (§ 228 analog wäre eine verbotene Analogie zu Lasten des Täters. Sehr problematisch ist diese auch bei Tötungsdelikten. Nach einer Ansicht ist hier mangels Disponibilität des Rechtsgutes Leben (Wertung des § 216) selbst bei § 222 eine einvernehmliche Fremdgefährdung nicht möglich, nach anderer Ansicht richtet sich auch hier die Zulässigkeit nach § 228, da eine Tötung eine Körperverletzung indiziert.

Ferner ist eine einvernehmliche Fremdgefährdung ohnehin nur möglich, wenn das Opfer Kenntnis des konkreten Risikos hat.

Die Abgrenzung erfolgt nach der Tatherrschaft. Hat das Opfer zumindest auch die Tatherrschaft über das Geschehen, so liegt eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung vor. Nach dem BGH begeht der Täter dann nur eine straflose Beihilfe zur Selbstgefährdung des Opfers. Entscheidend hiergegen kann in diesem Zusammenhang ggf. ein überlegenes Wissen des Täters sprechen.



**Aufbauhinweis:** Die Abgrenzung der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung von der einvernehmlichen Fremdgefährdung ist stets in der objektiven Zurechnung (bei Fahrlässigkeitsdelikten im Pflichtwidrigkeitszusammenhang) vorzunehmen. Ist eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung zu bejahen, verneint man die objektive Zurechnung und die Prüfung ist zu Ende, da der obj. TB nicht erfüllt ist. Wird hingegen die eigenverantwortliche Selbstgefährdung abgelehnt, da das Opfer nicht die Tatherrschaft hat, dann ist weiter zu prüfen und erst in der Rechtswidrigkeit zu erörtern, ob die Voraussetzungen der einvernehmlichen Fremdgefährdung als Unterfall der Einwilligung vorliegen. Sofern diese Voraussetzungen vorliegen, ist die Rechtswidrigkeit zu verneinen.

#### **IV. Der subjektive Tatbestand**

Nach § 15 StGB ist grundsätzlich nur vorsätzliches Handeln strafbar. Der subjektive Tatbestand enthält daher neben den besonderen subjektiven Merkmalen, welche aus den einzelnen Normen folgen (bspw. Zueignungsabsicht bei § 242 StGB) stets auch den Tatvorsatz gem. § 15 StGB.

Das Unrecht der Tat erschöpft sich bei Vorsatzdelikten nicht in dem Erfolgswert. Vielmehr kommt das in der rechtlich missbilligten Willensbetätigung liegende Handlungsunwert dazu. Nur eine vorsätzliche Tatbestandsverwirklichung begründet einen Handlungsunwert und läuft somit dem Normzweck von Vorsatzdelikten zuwider, so dass eine Strafbarkeit vorliegen kann. Die bloße Erfolgsverursachung genügt anders bei Fahrlässigkeitsdelikten nicht. Dabei muss – wie bei Rechtswidrigkeit und Schuld – nach dem Simultaneitätsprinzip der Vorsatz und alle sonstigen subjektiven Merkmale zum Zeitpunkt der Begehung der Tat, d.h. bei Vornahme der tatbestandlichen Ausführungshandlung, vorliegen. Dolus subsequens und dolus antecedens sind stets unbeachtlich.

##### **1. Vorsatzformen**

Gem. § 15 StGB ist nur vorsätzliches Handeln strafbar, wenn Fahrlässigkeit nicht ausdrücklich unter Strafe gestellt wird. Dabei meint Vorsatz i.S.d. § 15 StGB die subjektive Zurechnung des objektiv tatbestandsmäßigen Geschehens, also die psychische Beziehung des Täters zur Tat. „Vorsatz ist Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung“.

Zu unterscheiden sind also intellektuelles und voluntatives Element. Beide Elemente erfahren Abstufungen, so dass sich daraus drei verschiedene Vorsatzformen ergeben:

##### **a) Dolus directus 1.Grades (Absicht)**

Dem Täter kommt es gerade darauf an, den Tatbestand zu verwirklichen. Es ist Beweggrund seines Handelns, es geht ihm also darum. Auf intellektueller Seite reicht es dabei aus, dass der Täter die Tatbestandverwirklichung für möglich hält.

##### **b) Dolus directus 2.Grades (sicheres Wissen)**

Der Täter weiß oder sieht als sicher voraus, dass sein Verhalten den Tatbestand verwirklicht. Auf voluntativer Seite sind keine Anforderungen zu stellen, die Tatbestandsverwirklichung kann dem Täter auch „an sich unerwünscht“ sein.

##### **c) Dolus eventualis (Eventualvorsatz bzw. bedingter Vorsatz)**

Die Definition des Eventualvorsatzes ist strittig. Der Meinungsstreit besteht allerdings nur hinsichtlich der Erforderlichkeit eines voluntativen Elements.

Unstreitig ist im Umkehrschluss aus § 16 StGB das Erfordernis eines intellektuellen Elements.

**Achtung: Dieser Meinungsstreit sollte nur dargestellt werden, wenn er ein absoluter Schwerpunkt des Falles ist. Ansonsten erscheint eine vertiefte Argumentation innerhalb der hM sinnvoller! Der Streit ist weitgehend ausdiskutiert, da die Billigungslehre die absolut herrschende Meinung ist.**

#### **aa) Intellektuelle Theorien (voluntatives Element nicht erforderlich)**

##### **(1) Wahrscheinlichkeitstheorie**

Der Täter muss den Erfolgseintritt für wahrscheinlich halten.

##### **(2) Möglichkeitstheorie**

Der Täter handelt, obwohl er die konkrete Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkannt hat.

##### **(3) Theorie von der unerlaubten und unabgeschirmten Gefahr**

Im obj. TB ist es danach erforderlich, dass der Täter eine unerlaubte und unabgeschirmte Gefahr der TB-Verwirklichung geschaffen hat. Unabgeschirmt (+), wenn die Nichtverwirklichung des TB weitgehend vom Zufall abhängt. Im Vorsatz kommt es nur darauf an, dass der Täter die so beschriebene Gefahr erkannt hat.

#### **bb) Voluntative Theorien**

##### **(1) Ernstnahmetheorie**

Täter hält den Erfolg für möglich, nimmt diesen im Rahmen einer inneren Auseinandersetzung ernst und handelt dennoch weiter.

##### **(2) Gleichgültigkeitstheorie**

Täter hält Erfolgseintritt für möglich und nimmt ihn zumindest aus Gleichgültigkeit gegenüber dem geschützten RG hin.

##### **(3) Billigungstheorie (h.M.)**

Dolus eventualis ist gegeben, wenn der Täter die Verwirklichung des Tatbestandes für möglich hält und den Erfolg billigend in Kauf nimmt. Hierfür ist es ausreichend, wenn der Täter sich zwecks seiner eigentlichen Ziele mit dem Erfolgseintritt abfindet (BGHSt 7, 363(369); St 36, 1(9 f.)). Faustformel: „Na wenn schon“! Auch bei der bewussten Fahrlässigkeit hält der Täter die Tatbestandsverwirklichung für mögl., geht aber pflichtwidrig davon aus, er werde den TB nicht verwirklichen. Faustformel: „Es wird schon gut gehen“! Aber der Täter muss auch vertrauen dürfen. In der Praxis gilt letztlich: Je höher das Risiko ist, dass der Täter eingeht, umso eher darf er nicht auf den Nichteintritt des Erfolges vertrauen. Beachte: Die bewusste Fahrlässigkeit abzulehnen fällt häufig argumentativ einfacher als den bedingten Vorsatz zu begründen.

#### **cc) Stellungnahme**

**Beachte: Den Streit nur entscheiden, soweit (!!!) er relevant ist.**

Gegen alle intellektuellen Theorien spricht, dass diese keine Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit vornehmen können, da auch bei dieser Kenntnis vom mögl. Erfolgseintritt vorliegt. Wie diese Abgrenzung erfolgen soll, lassen diese Theorien offen. Zwar ist ihnen zuzugeben, dass der Wille schwer nachweisbar ist und häufig vom Grad des Wissens auf den Willen geschlossen wird. Dies gilt jedoch grds. für alle Vorsatzformen. Nur die voluntativen Theorien gewährleisten eine hinr. Abgrenzung zur Fahrlässigkeit. Da Vorsatz eine Entscheidung gegen das RG voraussetzt, entsprechen die voluntativen Theorien auch eher dem Wesen des Vorsatzes.

Im Rahmen der voluntativen Theorien ist an der Gleichgültigkeitstheorie zu kritisieren, dass sie die Problematik unnötig auf den Gesinnungsunwert der Tat verengt. Die Ernstnahmetheorie überzeugt nicht, da nicht klar wird, ob der Erfolg oder die Gefahr des Erfolgseintritts ernst genommen werden soll. Des Weiteren ist unklar, was überhaupt unter „Ernstnehmen“ zu verstehen ist.

Dem Wesen des Eventualvorsatzes wird am ehesten die Billigungstheorie gerecht. Sie grenzt klar zur Fahrlässigkeit ab und stellt auch den Unterschied zu dolus directus 1. und 2. Grades heraus.

## **2. Bezugsobjekt des Vorsatzes**

Der Vorsatz muss sich auf alle obj. TBM (auch den Kausalverlauf in seinen wesentlichen Zügen) sowie etwaige Privilegierungen und Qualifizierungen beziehen. Fehlt der Vorsatz bzgl. obj. vorliegenden Merkmalen (SV-Irrtum), so kommt ein Irrtum gem. § 16 StGB (siehe unten Irrtumslehre) in Betracht.

### **(P) Deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale ( -> vgl. auch Ausführungen zu den Irrtümern)**

Bei der Frage, welche Anforderungen an den Vorsatz des Täters zu stellen sind, ist zwischen deskriptiven und normativen TBM zu differenzieren. Deskriptive (beschreibende) TBM sind Begriffe der Alltagssprache, während normative TBM (wertausfüllungsbedürftig) Begriffe der „Rechts-Sprache“ sind. Im Rahmen des Vorsatzes ist eine Bedeutungserkenntnis der jeweiligen TBM erforderlich.

In jedem Fall ist Kenntnis des Sachverhalts für den Vorsatz erforderlich (ansonsten § 16 I 1 zu prüfen). Bei deskriptiven TBM bringt die Kenntnis des Sachverhalts üblicherweise diese Bedeutungserkenntnis mit sich. Bei normativen TBM ist dagegen zum Erfassen der Bedeutung des TBM zusätzlich zur Kenntnis des das TBM verwirklichenden SV eine Parallelwertung in der Laiensphäre erforderlich, mit der der Täter den rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt des TBM erfasst. Sofern dies bejaht werden kann, kommt ein Irrtum gem. § 16 I 1 nicht in Betracht.

Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, die Rechtswidrigkeit als solche und die Schuldvoraussetzungen gehören hingegen nicht zum gesetzlichen Tatbestand und müssen daher nicht vom Vorsatz umfasst sein (zu unterscheiden davon ist die Frage nach der Erforderlichkeit eines subj. Rechtfertigungselements).

## **V. Irrtum über den Kausalverlauf (BGH) = Problem der obj. Zurechnung (hL)**

Beim Irrtum über den Kausalverlauf tritt der Erfolg auf eine andere Weise ein als vom Täter vorgestellt. Je nach zugrunde gelegtem Prüfungsaufbau kann die Problematik der Abweichung vom Kausalverlauf auch schon in der obj. Zurechnung (so hL) relevant werden. Die Rechtsprechung behandelt solche Fälle im Rahmen des Vorsatzes.

Kriterium dafür, ob der Irrtum über den Kausalverlauf zu einem Vorsatzausschluss gemäß § 16 I 1 StGB führt, ist die Wesentlichkeit der Abweichung des tatsächlichen Kausalverlaufes von der Vorstellung. Unwesentlich sind solche Abweichungen, die sich innerhalb der Grenzen des nach allg. Lebenserfahrung Voraussehbaren halten und keine andere Bewertung der Tat rechtfertigen.

**(P1): Der Erfolg tritt abweichend vom Tatplan aufgrund einer früher liegenden Handlung ein**

Fall nach BGH (vgl. auch NJW 2002, 1057 f. = L&L 2002, 461f., vgl. auch BGH, L&L 2002, 750f.): T überfällt die O in einer Zug-Toilette und vergewaltigt sie. Danach knebelt er sie. Anschließend wirft er sie aus dem Zug, um sie so zu töten. O starb jedoch schon durch die Knebelung.

In solchen Fällen kommt eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Erfolgsherbeiführung nur in Frage, wenn bereits die früher liegende Handlung, die den Erfolgseintritt herbeigeführt hat, vom Vorsatz der Erfolgsherbeiführung getragen war (dies wurde vom BGH in diesem Fall verneint). Das setzt voraus, dass (spätestens) mit dieser früheren Handlung die Schwelle zum Versuch überschritten wird. Jedoch verbleibt eine Strafbarkeit wegen versuchter Tötung aufgrund der zweiten Handlung sowie eine Körperverletzung mit Todesfolge aufgrund der ersten Handlung (Knebeln).

**(P2): Erfolg tritt abweichend vom Tatplan aufgrund späterer Handlung / dolus generalis ein**

Derartige Fälle wurden früher unter Zuhilfenahme der Konstruktion eines dolus generalis gelöst. Danach konnte der Täter wegen vorsätzlicher Erfolgsherbeiführung verurteilt werden, weil sein Verhalten von einem die ganze Tat durchziehenden und auf Erfolgsherbeiführung gerichteten Generaldolus bestimmt war (vgl. Vorinstanz in BGHSt 14, 193 – **Jauchegrubefall**: *T stopft O mit bedingtem Tötungsvorsatz zwei Hände voll Sand in den Mund. T geht davon aus, dass O tot ist und schmeißt sie in eine Jauchegrube. O lebte jedoch noch und erstickte in der Jauchegrube*).

Die **Figur des dolus generalis wird als Fiktion heute abgelehnt**. Über die Lösung der entsprechenden Fälle besteht aber Streit. Z.T. wird bereits die objektive Zurechnung des Erfolgseintritts zur vom Vorsatz getragenen Ersthandlung bestritten, sodass nur eine Verurteilung wegen Versuchs ggf. in Tatmehrheit (a.A. Tateinheit) mit fahrlässiger Erfolgsherbeiführung in Frage kommt.

Nach a.A. (BGH) sind die Fälle unter dem Gesichtspunkt eines Irrtums über den Kausalverlauf zu lösen, wobei es sich regelmäßig um eine unwesentliche Abweichung handele.

**Im Jauchegrubefall war die Abweichung nach dem BGH unbeachtlich.** *Entscheidend sei dabei, dass das spätere Handeln, welches den Tod unmittelbar bewirkte, ohne die früheren Handlungen, die T mit bedingtem Tötungsvorsatz ausgeführt hatte, nicht gekommen wäre. Damit hat T den Tod mit bedingtem Vorsatz herbeigeführt. Er ist zwar auf eine andere Weise eingetreten, als T es für möglich gehalten hatte. Diese Abweichung des wirklichen vom vorgestellten Ursachenablauf sei aber nur gering und rechtlich ohne Bedeutung.*

In diesem Zusammenhang soll es nach einer Minderansicht darauf ankommen, ob die spätere, tatsächlich zum Erfolg führende Handlung als solche bereits von Anfang an geplant war.

**Achtung:** nach BGH wohl kein relevanter Irrtum über den Kausalverlauf (also quasi obj. zurechenbar), wenn feststeht, dass Erst-Täter eine Lage geschaffen hat, ohne die der Zweit-Täter nicht gehandelt hätte. *Bsp: T schlägt mit Tötungsvorsatz auf Ihren Vater V ein. V bleibt regungslos liegen. Nun kommt der Freund F der T dazu. Plötzlich bewegt sich der V noch. Daraufhin schlägt auch der F noch einmal mit einer Flasche und mit Tötungsvorsatz zu. Später kann nicht festgestellt werden, ob V durch die Schläge der T oder des F starb.* Nach BGH ist die T nach den dargelegten Grundsätzen wegen Vollendung, F jedoch nur wegen Versuchs zu bestrafen.

## B. Fahrlässigkeitsdelikte

Beachte: Fahrlässigkeit ist nur strafbar, wenn es ausdrücklich bestimmt ist; vgl. § 15 StGB

- I. **Tatbestand**
  1. **Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges**
  2. **Verhalten des Täters (Handeln oder Unterlassen)**
  3. **Kausalität**
  4. **Obj. Sorgfaltspflichtverletzung**  
-> obj. Fahrlässigkeitsvorwurf (obj. vermeidbar)  
sowie obj. Vorhersehbarkeit des Erfolges
  5. **Pflichtwidrigkeitszusammenhang**  
(im Rahmen dessen: obj.Zur./Schutzzweck d.Norm,etc.)
- II. **Rechtswidrigkeit**
- III. **Schuld**
  1. **Subjektive Sorgfaltsverletzung -> subjektiv voraussehbar und vermeidbar**
  2. **Entschuldigungsgrund: Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens**
- IV. **Strafausschließungs- und -aufhebungsgründe**
- V. **Strafverfolgungshindernisse**

### Im Einzelnen

#### 1. Tatbestand

a) **Erfolg (vom jeweiligen Tatbestand abhängig)**

b) **Handlung**

Es gilt derselbe Handlungsbegriff wie bei Vorsatzdelikten. Aufgrund des sog. Einheitstäterprinzips kann bei nicht steuerbaren Handlungen, welche den Erfolg unmittelbar herbeiführen, immer noch an ein pflichtwidriges Vorverhalten angeknüpft werden.

c) **Kausalität:** conditio sine qua non (wie bei Vorsatzdelikten)

d) **Objektive Sorgfaltspflichtverletzung**

(1) **Obj. Sorgfaltspflichtverletzung (obj. Vermeidbarkeit)**

Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt; Maßstab: Verhalten eines gewissenhaften und einsichtigen Angehörigen des Verkehrskreises des Täters in der konkreten Tatsituation und sozialen Rolle (ex-ante-Perspektive). Häufig sind Sorgfaltspflichten auch in Gesetzen konkretisiert. Deren Prüfung ist dann vorrangig. Wer den Erfolg indessen ohne Sorgfaltspflichtverletzung verwirklicht, handelt nicht tatbestandsmäßig.

(2) **obj. Vorhersehbarkeit des tatbestandsmäßigen Erfolges**

(+), wenn nach allg. Lebenserfahrung mit dem Erfolg gerechnet werden musste.

Gefahrschaffung und Gefahrrealisierung bedürfen - wie beim Vorsatzdelikt - eines Zurechnungszusammenhanges. Objektiv zurechenbar ist der Erfolg, wenn sich gerade das rechtlich missbilligte Verhalten des Täters in tatbestandsspezifischer Weise in dem verursachten Erfolg niedergeschlagen hat. Besonderes Augenmerk gilt beim Fahrlässigkeitsdelikt häufig der Prüfung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs und des Schutzzwecks der Norm.

Die Rspr., die auf eine gesonderte Prüfung der objektiven Zurechnung verzichtet, verlegt diese Probleme in den Bereich des „Kausal- bzw. Pflichtwidrigkeitszusammenhangs“, indem sie darauf abstellt, ob gerade die Pflichtwidrigkeit für den Erfolg *ursächlich* geworden sei.

#### e) **Pflichtwidrigkeitszusammenhang / Objektive Zurechnung**

Der Erfolg darf bei pflichtgemäßem Alternativverhalten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht gleichfalls eintreten. Probleme treten dann auf, wenn diesbezüglich Zweifel bestehen. Nach der **Rspr. und h.L.** kommt eine Erfolgszurechnung bei Bestehen vernünftiger Zweifel wegen des „in dubio pro reo“-Grundsatzes nicht in Betracht. Die ernsthafte Möglichkeit eines im wesentlich gleichen Erfolgseintritts bei pflichtgemäßem Alternativverhalten lässt demnach den Pflichtwidrigkeitszusammenhang entfallen.

**A.A.: Risikoerhöhungslehre**, die eine Zurechnung des Erfolges bereits bei jeder Risikosteigerung bejaht, soweit die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts bei pflichtgemäßem Verhalten geringer gewesen wäre. Der Grundsatz *in dubio pro reo* kommt nur zur Anwendung, wenn Zweifel hinsichtlich der Risikoerhöhung als solcher bestehen. Eine solche Auffassung würde allerdings zu einer weitgehenden Entwertung des Grundsatzes *in dubio pro reo* führen und Erfolgsdelikte *contra legem* zu Gefährdungsdelikten machen.

#### **(P) Schutzzweck der Norm**

Die Norm muss gerade Erfolge der eingetretenen Art verhindern wollen. Es muss eine Gefahr geschaffen oder realisiert worden sein, welche Anlass für die Schaffung der Norm war. Typische Fälle, in denen der Schutzzweck zu problematisieren ist, sind Verstöße gegen Tempolimits oder Schockschäden.

### **2. Rechtswidrigkeit**

Auch bei der Begehung eines Fahrlässigkeitsdelikts können Rechtfertigungsgründe vorliegen.

*Erlaubtes Risiko* und *verkehrsrichtiges Verhalten* sind allerdings keine Rechtfertigungsgründe, sondern bereits im Rahmen der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung zu prüfen.

Fraglich ist bei den allg. RF-gründen das Erfordernis eines subj. Rechtfertigungselementes. Insbesondere bei der unbewussten Fahrlässigkeit kann es nicht verlangt werden. Im Bereich der bewussten Fahrlässigkeit ist zur Klärung dieser Frage die Struktur des Fahrlässigkeitsdelikts zu berücksichtigen. Das *Handlungsunrecht* ist gegenüber dem Vorsatzdelikt stark abgeschwächt. Es überschreitet nicht die Schwelle der Strafwürdig-/bedürftigkeit. Ist aber im Bereich des Vorsatzdelikts das subjektive Rechtfertigungselement deshalb erforderlich, um das Handlungsunrecht zu *kompensieren*, so kann es diese Funktion beim Fahrlässigkeitsdelikt nicht erfüllen. Schließlich vertraut der Täter darauf, den Tatbestand nicht zu verwirklichen. Der Normbefehl erreicht ihn zwar, doch fehlt die bewusste Auflehnung. Ein subjektives Rechtfertigungselement ist somit nicht zu fordern. Der Täter muss sich lediglich im Rahmen der Befugnisse halten, die ihm der Rechtfertigungsgrund einräumt.

### **3. Schuld**

#### **a) Schuldfähigkeit**

#### **b) subjektive Sorgfaltspflichtverletzung**

##### **(1) subjektive Erfüllbarkeit der Sorgfaltspflicht**

Täter muss nach seinen persönlichen Fähigkeiten in der Lage sein, die objektiven Sorgfaltsanforderungen zu erfüllen. Es zählt das individuelle Leistungsniveau. Handelt der Täter aber bewusst in Kenntnis eines persönlichen Mangels, so kommt ein entsprechendes

Übernahmeverschulden in Betracht. Die objektive Sorgfaltswidrigkeit indiziert die subjektive Sorgfaltswidrigkeit.

**(2) subjektive Vorhersehbarkeit des Erfolgseintritts**

Täter muss den Erfolg mit seinen pers. intellektuellen Fähigkeiten vorhersehen können.

**c) Unrechtsbewusstsein**

**d) Besondere Schuldmerkmale**

**e) Nichtvorliegen eines Entschuldigungsgrundes**

Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens ist bei bewusster Fahrlässigkeit als Entschuldigungsgrund anerkannt. Im Vorsatzbereich wird ein derart weiter und unbestimmter Entschuldigungsgrund hingegen abgelehnt. Teilweise wird die Unzumutbarkeit aber bereits als schuldbegrenzendes Kriterium bei der subjektiven Sorgfaltspflichtverletzung geprüft.

### **III. Täterschaft**

Im Fahrlässigkeitsbereich gilt zudem ein anderer Täterbegriff. Täter ist hier jeder, der eine kausale und zurechenbare Ursache für den Erfolg gesetzt hat, sog. **Einheitstäterschaft**. Eine Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme kennt dieser Täterbegriff nicht. Jeder Verursacher ist Täter, unabhängig vom Gewicht seines Beitrags und der Tatbeherrschung im unmittelbaren Ausführungsstadium.

#### **(P) Fahrlässige Mittäterschaft**

Eine fahrlässige Mittäterschaft oder mittelbare Täterschaft sieht das StGB nicht vor. Wird ein Tatbestand durch Kumulierung fahrlässiger Handlungen mehrerer Täter verwirklicht, handelt es sich um einen Fall der Nebentäterschaft. Eine Minderansicht hält auch die Mittäterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten für mögl., da dort ebenfalls ein Bewusstsein gemeinschaftlicher Gefahrschaffung vorliegen kann, z.B. weil eine gemeinsame Verantwortung zur Überwachung einer Gefahrenquelle besteht (relevant bei Kausalitätsproblemen). Hiergegen spricht jedoch, dass ein gemeinsamer. Deliktvorsatz und damit das entscheidende Kriterium für die Zurechnung nach § 25 II StGB fehlt. Ein wirkliches Bedürfnis für die Konstruktion einer fahrlässigen Mittäterschaft zur Ermöglichung der wechselseitigen Zurechnung der fahrlässigen Tatbeiträge besteht ohnehin nur dann, wenn eine Bestrafung als Alleintäter aufgrund von Nachweisproblemen bezüglich der Kausalität nicht erfolgen kann. Bestehen derartige Probleme nicht, können die fahrlässig Handelnden als Nebentäter bestraft werden. Strafbarkeitslücken, die man mit der Figur der fahrlässigen Mittäterschaft schließen könnte, dürften daher in der Praxis eher selten entstehen.

## **C. Prüfungsschema zum vollendeten erfolgsqualifizierten Delikt (z.B. § 227 StGB)**

### **I. Tatbestand**

**1. Grundtatbestand (z.B. § 223 StGB)**

- a) Objektiver Tatbestand
- b) Subjektiver Tatbestand

**2. Erfolgsqualifikation (z.B. § 227 StGB)**

- a) Verursachung der Erfolgsqualifikation
- b) Eintritt der schweren Folge (bei § 227: Tod)
- c) Kausalität und Tatbestandsspezifischer Gefahrsammenhang (= Unmittelbarkeit)

-> bei diesen beiden Punkten ist gerade bei § 227 umstritten, ob an die Handlung oder den Erfolg des Grunddelikts angeknüpft wird

**d) Fahrlässigkeit, § 18 StGB (bei § 227 StGB mindestens fahrlässig)**

Objektive Sorgfaltspflichtverletzung (bei objektiver Voraussehbarkeit und objektiver Vermeidbarkeit) – bei Vorsatz nicht zu prüfen!

**II. Rechtswidrigkeit**

**III. Schuld**, insb. subjektive Voraussehbarkeit und subjektive Vermeidbarkeit bzgl. schwerer Folge – bei vorsätzlichem Handeln nicht zu prüfen!

## D. Übersicht zum unechten Unterlassungsdelikt

### Grundsätzliches

-> Zu unterscheiden sind das unechte und das echte Unterlassungsdelikt:

#### **echtes Unterlassungsdelikt:**

Straftat erschöpft sich in einem bloßen Unterlassen der vom Gesetz geforderten Tätigkeit. Sie sind das Gegenstück zu den *bloßen Tätigkeitsdelikten*.

#### **unechtes Unterlassungsdelikt:**

Hier ist ein *Garant* zur Abwendung eines Erfolges verpflichtet, so dass sein Unterlassen der Begehung durch aktives Tun entspricht. Das Erfordernis einer wertungsmäßigen Modalitätenäquivalenz stellt § 13 StGB explizit klar. Es handelt sich damit bei den unechten Unterlassungsdelikten um das Spiegelbild der *Begehungsdelikte als Erfolgsdelikt*.

### **I. Aufbau vorsätzliches unechtes Unterlassungsdelikt**

#### **I. Tatbestand**

##### **1. objektiver Tatbestand**

a) Erfolg

b) Unterlassen: Nichtvornahme der zur Erfolgsabwendung gebotenen Handlung trotz physisch-realer Möglichkeit

c) Hypothetische Kausalität

d) Obj. Zurechnung (nur nach hL)

e) Garantenstellung

f) Entsprechungsklausel, § 13 StGB (nur wenn relevant)

##### **2. subjektiver TB**

**II. Rechtswidrigkeit**

**III. Schuld**

### **II. Probleme im Einzelnen:**

#### **1. Objektiver Tatbestand**

##### **a) Erfolg (keine Besonderheiten)**

**b) Unterlassen** -> Abgrenzung zum aktivem Tun

Wichtig ist die Abgrenzung zum aktiven Tun, insb. bei mehrdeutigen Verhaltensweisen. Diese Abgr. ist allerdings nur dann erforderlich, wenn beide Alternativen in kausaler, zurechenbarer Weise zum Erfolg geführt haben können. Nach h.M. muss durch wertende Betrachtung ermittelt werden, wo nach



dem sozialen Sinngehalt der Schwerpunkt der Strafbarkeit liegt. Nach a.A. ist darauf abzustellen, ob ein Energieeinsatz in eine bestimmte Richtung stattgefunden hat oder nicht.

#### **(P) Abbruch eigener Rettungsmaßnahmen**

Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit ist nach hM das Unterlassen, *solange noch keine konkrete Rettungsmöglichkeit* eröffnet wurde. Wurde hingegen eine *realisierbare Rettungsmöglichkeit eröffnet*, so liegt bei einem Rettungsabbruch der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit im aktiven Tun, da diese Konstellation nicht anders behandelt werden kann als das Eingreifen in Rettungshandlungen Dritter.

#### **c) Hypothetische Kausalität**

Diese ist zu bejahen, wenn der Erfolg bei pflichtgemäßem Verhalten bzw. dessen Hinzudenken **mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre** (aA: Risikoerhöhungslehre). Im Rahmen der hyp. Kausalität ist umstritten, ob auf den konkreten Erfolgseintritt oder auf den im Gesetz abstrakt umschriebenen tatbestandlichen Erfolg abzustellen ist.

*Bsp.: Das Fachwerkhaus brennt. Im 3. OG ist der Vater mit seinen beiden Kindern von den Flammen eingeschlossen. V weigert sich, seine Kinder aus dem 3. Stock in die Arme des untenstehenden Helfers H zu werfen, obwohl er damit das Ersticken seiner Kinder billigend in Kauf nimmt. Die Kinder erstickten, der V kann gerettet werden. Es besteht eine ca. 50 %-Chance, ein Kind, was aus dem 3. OG geworfen wird, zu fangen. Strafbarkeit des V nach §§ 212,13 StGB?*

**h.L.:** Abstellen auf **konkreten Erfolg** (dh: Ersticken): *In den Flammen wären die Kinder bei Wurf aus dem Fenster mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht gestorben*  
→ Kausalität (+).

Begrenzung der Strafbarkeit durch die **objektive Zurechnung** (→ beruht der konkret eingetretene Erfolg gerade auf der Pflichtwidrigkeit des Unterlassens? (+), wenn Vornahme der gebotenen Handlung in der konkreten Situation mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zur Erhaltung des gefährdeten Rechtsguts geführt hätte → im Bsp. (-).

**BGH:** Der BGH löst die Prüfung über die Kausalität, indem er auf den vom Gesetz geforderten **abstrakten Erfolg** (also Tod an sich) abstellt. Hiernach: Kinder wären *nicht* mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit *am Leben geblieben* → Kausalität (-)

**Wichtig:** wenn folgender oder ein ähnlicher Satz („...er hätte noch gerettet werden können, wenn man ihn sofort in ein Krankenhaus gebracht hätte“) im SV steht, dann sind unechte Unterlassungsdelikte zu prüfen!

#### **d) Objektive Zurechnung**

Der BGH prüft keine obj. Zurechnung, sondern löst entsprechende Problematiken im Rahmen der Kausalität oder im Rahmen des subj. TB als Irrtum über den Kausalablauf. Dies betrifft letztlich eine Aufbaufrage, sodass man sich (konsequent) für eine Variante entscheiden sollte.

#### **e) Garantenstellung**

Es ist zwischen Beschützer- und Überwachungsgarant zu unterscheiden. In beiden Fällen besteht zwar die geforderte besondere Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung, doch bestehen Unterschiede bezüglich ihrer Reichweite und Begründung. Während Beschützergaranten zur umfassenden Gefahrenabwehr verpflichtet sind, müssen die Überwachungsgaranten nur ganz

bestimmte Gefahren abwehren, nämlich ausschließlich solche, die ihrem Verantwortungsbereich zuzuordnen sind:

## 1. Beschützergaranten

- **Aus Gesetz: bspw. Ehe (§ 1353) Eltern für Kinder (§ 1626)**

Achtung: Hier handelt es sich um *Beschützer*-, nicht Überwachungsgaranten. Daher folgt aus § 1353 BGB keine Pflicht, den Ehepartner von der Begehung von Straftaten abzuhalten.

- **enge familiäre Verbundenheit**

Hierbei sollte man sich an der Angehörigeneigenschaft iSd § 11 StGB orientieren. Nach hM ist es zumindest bei diesen nahen Angehörigen irrelevant, ob auch tatsächlich ein enges Verhältnis vorliegt. Dies erscheint überzeugend, da dies bei den aus der Angehörigeneigenschaft resultierenden rechtlichen Privilegierungen (bsp. § 35, § 258 VI StGB) ebenfalls keine Berücksichtigung findet.

- **enge natürlicher Verbundenheit / Lebensgemeinschaften**

Hierunter ist vor allem die nichteheliche Lebensgemeinschaft zu berücksichtigen (nach neuer Rspr. der Zivilsenate des BGH ein familienrechtlicher Vertrag sui generis), aber auch entferntere Verwandte, zu denen faktisch eine sehr enge natürliche Verbundenheit besteht. Die Reichweite der Schutzpflichten kann je nach Enge der Verbundenheit unterschiedlich weit sein.

- **Andere Lebens- und Gefahrgemeinschaften**

Bsp.: Bergsteiger, Tiefseetaucher; aber keine Zufallsgemeinschaft wie z.B. Zechgenossen, Drogenkonsumenten

(P) WG: h.M.: Tatsächliches Zusammenwohnen reicht nicht! So auch der BGH (Urteil vom 07.11.1986 AZ.:2 StR 494/86; §§ 13, 32, 222 StGB! Dem BGH reichte in diesem lesenswerten Fall weder die **Zugehörigkeit zu einer Wohngemeinschaft noch eine durch Notwehr gerechtfertigte Handlung zur Begründung einer Garantenstellung i.S.v § 13 StGB.**

- **Freiwillige Übernahme von Schutz- und Beistandspflichten**

Entscheidend ist allein die faktische Übernahme, nicht die zivilrechtliche Wirksamkeit! Bsp.: Babysitter, behandelnder Arzt

Beachte (S) „**Garantenstellung des Kfz-Werkstattleiters, Abgrenzung Tun / Unterlassen**“

BGH NJW 2008, 1897ff. = Life&Law 2008, 537ff. Der Mitarbeiter einer Kfz-Werkstatt ist in Bezug auf Gefahren, die aus technischen Mängeln einer seiner Kontrolle unterliegenden Fahrzeugs bei dessen Betrieb erwachsen, Garant gegenüber allen möglichen Betroffenen der Gefahrenquelle, also auch der anderen Verkehrsteilnehmer.

- **Besonderer Pflichtenkreis (aus Stellung als Amtsträger oder Organ einer juristischen Person)**

Bsp.: Geschäftsführer einer GmbH; diensthabende Polizisten bzgl. strafrechtlich geschützter Rechtsgüter der Bürger

## 2. Überwachungsgaranten

- **Verkehrssicherungspflichten**

wie im BGB; Bsp.: Streupflicht; Pflicht des Tierhalters zur Überwachung

▪ **Pflicht zur Beaufsichtigung Dritter**

Bsp.: Lehrer bzgl. Schüler; militärische Vorgesetzte; Gefängnispersonal bzgl. Gefangenen; nicht allein aus der ehelichen Lebensgemeinschaft → keine Pflicht, Straftaten des anderen Ehegatten zu verhindern

▪ **Beherrschbarkeit von Räumen (str.)**

Pflicht des Inhabers der Verfügungsgewalt, in den Räumlichkeiten für Ordnung zu sorgen und Straftaten zu verhindern;  
dagegen spricht: zu weitgehend; bestehende anerkannte Garantepflichten reichen aus, um strafwürdige Fälle zu erfassen

▪ **Ingerenz (vorangegangenes gefahrbegründendes Tun)**

Strittig ist, ob das Vorverhalten pflichtwidrig sein muss, oder ob auch gefährdendes Verhalten

die Garantepflicht begründet. Nach **h.M.** muss das Vorverhalten pflichtwidrig sein, um einen Angreifer nicht unbillig besserzustellen als Dritte und die Rechtfertigungsgründe nicht zu relativieren. Bei rechtmäßigem Verhalten bleibt allein eine Strafbarkeit nach § 323c StGB denkbar. Des Weiteren muss trotz Pflichtwidrigkeit eines Verhaltens zugleich ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang hinsichtlich des hervorgerufenen Schadens bestehen, da sich ansonsten die Pflichtwidrigkeit - die Nichterfüllung der Garantepflicht - nicht in der eingetretenen Verletzung niederschlägt.

Nach dem BGH ist jedoch zu überprüfen, ob das pflichtwidrige Vorverhalten sich im Rahmen eines Zurechnungszusammenhangs bis zum Zeitpunkt des Unterlassungsvorwurfs fortgesetzt hat. (*Vereinfachter SV: A stellt bei einer Party harte Drogen auf dem Tisch, welche unverdünnt lebensgefährlich sind. Er macht sich eine verdünnte „Mischung“, schließt dann aber die Drogen nicht wieder ein. B will unbedingt wissen, ob man die Drogen nicht doch unverdünnt vertragen kann, und konsumiert diese unverdünnt. B erleidet einen lebensgefährlichen Kreislaufkollaps. A erkennt dies, hilft B aber nicht, der infolgedessen stirbt.* Hier ist innerhalb (!) der Garantstellung zu prüfen, ob der Gefahrenzusammenhang durch eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des B durchbrochen wurde und damit A letztlich keine Garantstellung aus Ingerenz innehat.)

Hingegen ist Ingerenz bei rechtmäßigem Verhalten grds. nicht gegeben. Ausnahmen werden jedoch beim aggressiven Notstand gemacht und ggf. im Straßenverkehr, wo man – sofern sich die Betriebsgefahr des Kfz verwirklicht – eine Garantstellung auch bei rechtmäßigem Verhalten hat (Bsp.: T fährt völlig ordnungsgemäß, dann platzt ein Reifen an seinem Kfz. Aufgrund dessen fährt er unvermeidbar den O an und verletzt ihn schwer). Den letzten Fall kann auch unter der Fallgruppe „Hüter einer Gefahrenquelle“ einordnen.

**e) Entsprechungsklausel (Modalitätenäquivalenz), § 13 StGB**

nur bei verhaltensgebundenen Delikten (§§ 211 II 2. Gruppe (**wichtig**), auch § 211 bei der Verdeckungsabsicht (siehe unten) sowie § 249 (siehe unten); ferner 142, 180, 224 (insb. Nr. 2 und 5), 240, 263 StGB.

**2. Subjektiver Tatbestand**

Vorsatz gem. § 15 StGB: Täter muss allerdings nicht nach der rechtlichen Wertung seine Garantepflicht erkennen. Es genügt die Kenntnis der die Garantepflicht begründenden Umstände. Nur ein Sachverhaltsirrtum kann den vorsatzausschließenden § 16 I StGB begründen. Ein Rechtsirrtum führt hingegen nur zu einem Gebotsirrtum nach § 17 StGB (in der Schuld zu prüfen; in aller Regel vermeidbar). Den Verbotsirrtum bezeichnet man bei Unterlassungsdelikten in der Regel als Gebotsirrtum.

## II. Rechtswidrigkeit

Wie bei Vorsatzdelikt; zusätzlich besteht die Möglichkeit des Eingreifens der rechtfertigenden Pflichtenkollision, wenn den Täter mehrere Handlungspflichten treffen, von denen er nur eine auf Kosten der anderen erfüllen kann

## III. Schuld

Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens schließt nach allg. Ansicht – anders als beim vorsätzlichen Begehungsdelikt - in Anlehnung an die echten Unterlassungsdelikte (vgl. § 323 c StGB) die Strafbarkeit aus. Nach h.M. ist dies aber - anders als bei § 323 c und § 138 StGB - (nur) Entschuldigungsgrund (a.A.: auch hier obj. TB-Merkmal), da unechter Unterlassungstäter gem. § 13 StGB dem Begehungstäter gleichgestellt wird.

## IV. weitere Problematiken:

### **(P) Unterlassungsnebtäter**

-> siehe Ausführungen im Rahmen der Beteiligung (bei Mittäterschaft)

### **(P) Unmittelbares Ansetzen beim unechten Unterlassungsdelikt**

-> siehe Ausführungen im Rahmen des Versuchs

### **(P) Rücktritt vom Unterlassungsversuch**

-> siehe Ausführungen im Rahmen des Versuchs

## E. Echte Unterlassungsdelikte

**Bspw. §§ 323c, 138, 123 I 2.Alt.**

In gewisser Weise fallen hierunter auch § 263 StGB in der Variante „Unterdrückung wahrer Tatsachen“ bzw. „Unterhalten eines Irrtums“ sowie § 266 StGB, soweit dem Täter vorgeworfen wird, pflichtwidrig einen drohenden Schaden von dem zu betreuenden Vermögen abzuwenden. Nach hM wird in diesen Konstellationen § 13 StGB nicht benötigt!

## Allgemeiner Aufbau

### **I. Tatbestand**

#### **1. objektiver Tatbestand**

a) **reines Unterlassen (Wortlaut / Verstoß gegen Gebotsnorm)**

b) **ungeschriebene Tatbestandsmerkmale**

(1) **tatsächliche Möglichkeit des gebotenen Handelns**

(2) **Zumutbarkeit des gebotenen Handelns**

#### **2. subjektiver Tatbestand**

**II. Rechtswidrigkeit/Schuld** Wie bei vorsätzlichem Begehungsdelikt

## Aufbau § 323c

### **I. Tatbestand**

#### **1. objektiver Tatbestand**

a) **Unglücksfall**

**Def.:** jedes mit einer gewissen Plötzlichkeit eintretende Ereignis, das eine erhebliche Gefahr für Menschen oder Sachen bedeutet

**Strittig ist, aus welcher Perspektive die Beurteilung stattfindet.**

Dabei geht die hM von der Sicht eines obj. Dritten aus. Umstritten ist jedoch, ob die Beurteilung Ex-ante oder ex-post erfolgen soll.

**mA: komplette Ex-ante-Beurteilung**

### **hM: Differenzierung zwischen Unfall und Erforderlichkeit**

Bei der Beurteilung des Unglücksfalls erfolgt eine Ex-Post-Beurteilung („Diagnose“), dafür erfolgt aber die Bestimmung der Erforderlichkeit der Rettungshandlung Ex-ante („Prognose“)! Die hM argumentiert damit, dass nach dem Gesetz der Versuch der unterlassenen Hilfeleistung straflos ist und diese Strafbarkeitslücke aufgefangen werden sollte über die Ex-Ante-Beurteilung der Erforderlichkeit. Hiergegen spricht, dass man damit den bei § 323c nach dem gesetzgeberischen Willen straflosen (untauglichen) Versuch unter Strafe stellt.

### **aA: komplette Ex-post-Beurteilung**

- b) Unterlassen der erforderlichen und zumutbaren Hilfeleistung  
Nach ganz hM erfolgt die Betrachtung der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit aus einer **Ex-ante-Betrachtung**
- c) **ungeschr. TBM: tatsächl. Möglichkeit des gebotenen Handelns**

## **2. subjektiver Tatbestand**

**II. Rechtswidrigkeit/ III. Schuld** - wie beim vorsätzlichen Begehungsdelikt

## **F. Irrtümer im Strafrecht**

### **Übersicht über die Irrtümer**

1. **Tatbestandsirrtum (Sachverhaltsirrtum):**  
Täter kennt den Sachverhalt nicht, der den objektiven Tatbestand einer Norm erfüllt  
-> § 16 I 1 StGB: Keine Strafbarkeit wegen Vorsatztat; aber Fahrlässigkeit bleibt möglich § 16 I 2 StGB
2. **Umgekehrter Tatbestandsirrtum (Sachverhaltsirrtum):**  
Täter erfüllt objektiv nicht den Tatbestand einer Norm, stellt sich aber einen Sachverhalt vor, der Norm erfüllen würde  
-> untauglicher Versuch, strafbar (Umkehrschluss aus § 23 III StGB)
3. **Erlaubnistatbestandsirrtum (Sachverhaltsirrtum):**  
Täter stellt sich SV vor, der ihn gerechtfertigt sein ließe  
-> h.M. rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie = § 16 analog (der Vorsatzschuldvorwurf entfällt)
4. **Umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum (Sachverhaltsirrtum):**  
Täter kennt Sachverhalt, der ihn rechtfertigt, nicht  
-> Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente  
-> eA: Strafbarkeit wg. Vollendung/ aA: nur Versuchsstrafbarkeit
5. **Erlaubnisirrtum (Rechtsirrtum):**  
Irrige Annahme eines nicht existenten Rechtfertigungsgrundes oder über seine rechtlichen Grenzen  
-> § 17 StGB -> entscheidend: Vermeidbarkeit, fast ausnahmslos (+)
6. **Umgekehrter Erlaubnisirrtum (Rechtsirrtum):**

Täter glaubt irrig, Rechtfertigungsgrund existiere nicht oder meint, er überschreite die Grenzen  
-> **Rechtfertigungsgrund (+) Irrtum unbeachtlich (dh straflos), sofern subj. Komponente (+)**

7. **Verbotsirrtum (Rechtsirrtum):**

Täter begeht Unrecht, meint aber, dies sei nicht mit Strafe bedroht  
-> § 17 -> (P) **Vermeidbarkeit, fast ausnahmslos (+)**

8. **Umgekehrter Verbotsirrtum (Rechtsirrtum)**

Täter begeht kein Unrecht, glaubt aber, sein Handeln sei verboten  
-> **strafloses Wahndelikt**

9. **Irrtum über Entschuldigungsgründe**

Sofern der Irrtum den Sachverhalt betrifft -> § 35 II StGB  
Sofern der Irrtum eine Wertung betrifft -> **unbeachtlich**

10. **Irrtum über Strafverfolgungshindernisse (z.B. Antrag)**

-> nach hM immer unbeachtlich

**Beachte:** Die Hauptunterscheidung ist, ob ein Sachverhaltsirrtum oder ein Rechtsirrtum vorliegt.

Bei der Prüfung von Irrtümern ist zwingend zu beachten, dass sich die Prüfung zunächst daran zu orientieren hat, was **tatsächlich** passiert. Erst in einem zweiten Schritt – bspw. im subj. Tatbestand – muss dann die Irrtumsproblematik dargestellt werden.

### **Einzelheiten zu den wichtigsten Irrtümern**

#### **I. Tatbestands- /Tatumstandsirrtum, § 16 StGB**

Bzgl. der konkreten Tatumstände muss der Täter zumindest sachgedankliches Mitbewusstsein haben. Kennt der Täter einen Umstand nicht, der zum objektiven Tatbestand einer Norm gehört, scheidet die Bestrafung wegen vors. Tatbegehung gem. § 16 I 1 StGB aus. Eine etwaige Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit bleibt gem. § 16 I 2 StGB unberührt. Zu beachten ist jedoch die Parallelwertung in der Laiensphäre. So kann sich der Nicht-Jurist bspw. nicht darauf berufen, dass er nicht gewusst hat, dass der Bierdeckel in der Kneipe mit den Strichen für die getrunkenen Biere eine Urkunde ist, da er gewusst hat, dass diese rechtlich erheblich sind (Kein Tatbestandsirrtum).

Zu beachten ist, dass ein Tatbestandsirrtum nicht schon dann vorliegt, wenn ein Irrtum über ein objektives Tatbestandsmerkmal vorliegt. Ein Tatbestandsirrtum ist **stets ein Sachverhaltsirrtum**, der dem objektiven Tatbestand einer Norm zugrunde liegt. Irrt man sich bspw. über die Bewertung der Zumutbarkeit als obj. TBM von § 323c oder über die Bewertung einer Garantstellung als obj. TBM eines unechten Unterlassungsdelikts, so ist dies kein Tatbestandsirrtum, sondern ein Rechtsirrtum, welcher nach § 17 zu behandeln ist.

**Aufbau:** Der Tatbestandsirrtum ist gut in den Griff zu kriegen, wenn man die Prüfung daran orientiert, was objektiv passiert. Man beginnt mit dem **objektiv** einschlägigen Delikt (erster Schritt). Im subjektiven Tatbestand kommt man dann zum Problem des Tatbestandsirrtums. Sofern ein solcher nicht vorliegt, bestehen keine weiteren Besonderheiten. Sofern man jedoch einen Tatbestandsirrtum bejaht, entfällt gem. § 16 I 1 der Vorsatz. Jedoch bleibt eine fahrlässige Begehung gem. § 16 I 2 möglich (zweiter Schritt). In einem

dritten Schritt ist dann zu fragen, ob das von dem Täter Beabsichtigte zu einer Strafbarkeit wegen (untauglichen) Versuchs führt.

### Sonderkonstellationen:

#### **1. Irrtum über das Handlungsobjekt (error in persona vel objecto)**

Der Täter irrt hier über die Identität oder sonstige Eigenschaften des Tatobjekts. Er trifft z.B. die Person, auf die er gezielt hat, irrt sich aber über deren Identität. Ein solcher Irrtum ist bei Gleichwertigkeit der Objekte unbeachtlich, da die Identität des Tatobjektes nicht zum Tatbestand gehört. Anknüpfungspunkte für den Vorsatz und damit auch für einen etwaigen Irrtum sind nur die konkret genannten äußeren Tatumstände. Es kommt also darauf an, ob sich etwas an der strafrechtlichen Bewertung ändert, wenn die Vorstellung des Täters zutreffen würde. Dies ist mithin nur der Fall, wenn die tatbestandliche Gleichwertigkeit zwischen vorgestelltem und tatsächlich angegriffenem Objekt fehlt. Die Voraussetzungen des § 16 StGB sind in diesen Fällen bei Gleichwertigkeit des Tatobjektes nicht erfüllt. Die Problematik ist immer im Rahmen des § 16 StGB darzustellen.

#### **2. Fehlgehen der Tat**

Charakteristisch für ein solches Fehlgehen ist, dass der Täter ein Tatobjekt **bereits individualisiert** hat, dann jedoch ein anderes als das individualisierte Tatobjekt beeinträchtigt wird (Dies ist gerade der Unterschied zum error in persona vel objecto, bei welchem das vom Täter individualisierte Rechtsgut auch beeinträchtigt wird).

Die Rechtsfolgen eines solchen Fehlgehens der Tat (sog. aberratio ictus) sind ein wenig umstritten, wobei die Konkretisierungstheorie die mittlerweile ganz hM darstellt.

Eine Minderansicht (**Gleichwertigkeitstheorie**) sieht dieses Fehlgehen als unbeachtlich an. Es kann wegen vollendeter, vorsätzlicher Tat bestraft werden. Es ist ausreichend, dass sich der Vorsatz auf die abstrakte Beschreibung der tatbestandsmäßigen Eigenschaften des Handlungsobjekts bezieht. Diese Theorie muss heute nicht mehr zwingend angesprochen werden, da der Streit als nahezu ausdiskutiert angesehen werden kann. Die Gleichwertigkeitstheorie verkennt, dass auch die Kausalität vom Vorsatz erfasst sein muss.

Die herrschende **Konkretisierungstheorie** geht dagegen davon aus, dass der Vorsatz auf die Verletzung eines konkreten Handlungsobjektes beschränkt werden kann. Grundsätzlich wäre daher ein Fehlgehen der Tat auch bei Gattungsgleichheit denkbar. Trifft der Täter ein anderes als das angezielte Objekt, so hat sich der Vorsatz nicht auf die getroffene Person konkretisiert. Es kann grds. nur wegen Fahrlässigkeit bezüglich des getroffenen Objektes und Versuch bezüglich des eigentlich gewünschten, angezielten Opfers bestraft werden.

Vorzugswürdig erscheint die h.M. Die Gegenansicht verkennt, dass menschliches Verhalten sehr wohl in Richtung auf ein konkretes Objekt determiniert werden kann, auch wenn dies zur Tatbestandsverwirklichung nicht zwingend erforderlich ist. Allgemeine Vorstellungen können einen fehlenden Vorsatz in Bezug auf das tatsächlich beeinträchtigte Rechtsgut nicht ersetzen. Letztlich muss auch der wesentliche Kausalverlauf vom Vorsatz umfasst sein. Insofern ist der aberratio ictus letztlich ein Irrtum über den Kausalverlauf iSd § 16. Auch die Behandlung erfolgt nach § 16. Sofern man die Prüfung an dem verletzten Rechtsgut orientiert, ist mit dem **objektiv** einschlägigen Delikt zu beginnen (erster Schritt). Im subjektiven Tatbestand liegt dann ein Tatbestandsirrtum als Irrtum über den Kausalverlauf vor, so dass gem. § 16 I 1

der Vorsatz bzgl. des tatsächlich beeinträchtigen Rechtsgut entfällt. Jedoch bleibt eine fahrlässige Begehung gem. § 16 I 2 möglich (zweiter Schritt), so dass Fahrlässigkeit bzgl. des getroffenen Rechtsguts vorliegt. In einem dritten Schritt ergibt sich dann nach der Prüfung anhand dessen, was der Täter beabsichtigt hat, eine Strafbarkeit wegen Versuchs hinsichtlich des anvisierten Rechtsguts. Sofern die Problematik nicht der absolute Schwerpunkt des Falle ist, erscheint es ausreichend nur die Konkretisierungstheorie darzustellen und diese argumentativ zu begründen.

**(P) Mittelbare Individualisierung/Sprengfalle** (vgl. *BGH*, NStZ 1998, 294 f.)

Nach hM ergeben sich Probleme in Fällen der fehlenden optischen Wahrnehmbarkeit des Tatgeschehens. Für den typ. Fall der Sprengfalle, stellt der *BGH* klar, dass eine Verwechslung des angegriffenen Tatopfers wegen tatbestandlicher Gleichwertigkeit der Rechtsgüter als Motivirrtum auch dann **unerheblich** ist, wenn der Täter das Opfer durch das zur Sprengfalle umfunktionierte Fahrzeug mittelbar individualisiert. Die mittelbare Individualisierung erfolgt über die vom Täter gestalteten „*Programmvorgaben*“, so dass jedes Objekt, das diesem Programmablauf folgt, von der beabsichtigten Einwirkung betroffen werden soll, und zwar unabhängig von der Identität. Das Opfer wird also über das „*Programm*“ der Planverwirklichung bestimmt. Wollte der Fallensteller eigentlich ein anderes Opfer treffen, läge ein unbeachtlicher Irrtum über das Handlungsobjekt vor.

Dies ist allerdings umstritten, so will eine Minderheitsansicht die rein geistige Identitätsvorstellung genügen lassen und gelangt so zu einem vorsatzausschließenden Fehlgehen der Tat.

Diese Ansicht ist aber abzulehnen, weil es der Täter nicht in der Hand hat, dass das in Aussicht genommene Opfer auch tatsächlich getroffen wird und ihm dies auch bewusst ist. Nur bei erheblichen Abweichungen des Geschehens von den Planungen des Täters kann ausnahmsweise eine Korrektur über die objektive Zurechnung erfolgen.

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

-> wie ein Fehlgehen der Tat zu behandeln. Bestrafung erfolgt nicht wegen vollendeter Vorsatztat, sondern wegen Versuchs und Fahrlässigkeit. Ein solcher Fall liegt vor, wenn der Täter das anvisierte, konkretisierte Opfer verfehlt, jedoch einen Dritten trifft, dessen Verletzung nicht intendiert war, sich darüber hinaus aber noch über die Identität des angezielten Opfers geirrt hat.

**II. Irrtum über privilegierende TBM, § 16 II StGB (zB § 216)**

Nimmt der Täter irrig Tatumstände an, bei deren tatsächlichem Vorliegen ein milderes Gesetz erfüllt wäre, so kann er wegen vorsätzlicher Tat nur aus dem milderen Gesetz bestraft werden.

**III. Umgekehrter Tatbestandsirrtum**

Die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ergibt sich aus § 23 III StGB. Der Täter erfüllt objektiv nicht den Tatbestand einer Norm wegen Untauglichkeit von Tatobjekt, Subjekt oder Tatmittel, stellt sich aber einen Sachverhalt (Tauglichkeit) vor, der die Norm erfüllen würde.

**(P) Abgrenzung zum Wahndelikt bei normativen TB-Merkmalen**

Hält der Täter bei voller Sachverhaltskenntnis ein normatives Tatbestandsmerkmal aufgrund fehlerhafter Wertung fälschlicherweise für gegeben, so ist die rechtliche Bewertung dieses Irrtums zu problematisieren. Das klassische Abgrenzungsschema:

Sachverhaltsirrtum -> Tatbestandsirrtum oder untauglicher Versuch  
Wertungsirrtum -> Verbots-, Erlaubnisirrtum oder Wahndelikt



passt für diese Fälle nicht, da der Täter in jedem Fall unrichtig wertet. Weiterhelfen tut in der Regel die Fragestellung, ob das, was der Täter gewollt hat, nach der Rechtsordnung verwerflich gewesen ist (dann strafbarer untauglicher Versuch) oder nicht verwerflich gewesen ist (dann strafloses Wahndelikt).

Dabei liegt bei Irrtümern über ein normatives Tatbestandsmerkmal, das sich auf **innerstrafrechtliche Rechtsbegriffe** bezieht, ein **strafloses Wahndelikt** vor. Genau genommen bezieht sich der Irrtum des Täters im Falle eines innerstrafrechtlichen Rechtsbegriffes zumeist nicht auf ein normatives Tatbestandsmerkmal, sondern auf ein deskriptives Tatbestandsmerkmal mit normativen Dimensionen, die vom Täter verkannt werden (Bsp.: T hält eine 16 jährige Person für ein „Kind“ iSd § 235 StGB. T hält eine Leibesfrucht für einen „Menschen“ iSd § 212 StGB).

Hingegen liegt bei einem Irrtum über ein **normatives Tatbestandsmerkmal**, das sich auf außerstrafrechtliche rechtliche Bewertungen bezieht, ein **strafbarer untauglicher Versuch** vor (Bsp.: T hält eine Sache für fremd (Zivilrecht), obwohl sie ihm gehört, weil er nicht erkennt, dass die Übereignung an D fehlgeschlagen ist. T hält den durch Betrug erstrebten Vermögensvorteil für rechtswidrig, weil er verkennt, dass er einen Anspruch (Zivilrecht) auf den Vorteil hat.

#### **IV. Erlaubnistatbestandsirrtum (ETBI)**

Der Täter stellt sich einen Sachverhalt vor, bei dessen tatsächlichem Vorliegen er gerechtfertigt wäre. Der Täter erfüllt dabei den obj. TB und handelt ferner auch rechtswidrig.

Der Erlaubnistatbestandsirrtum ist wohl der relevanteste Irrtum im Examen überhaupt und auch immer wieder Gegenstand aufsehenerregender Entscheidungen in der Praxis (zuletzt BGH L&L 2014, S. 344 - „der vermeintliche Simulant“).

##### **1. Vorliegen eines ETBI**

**Wichtig: bevor man in der Klausur zu der gängigen Streitigkeit um die Behandlung des ETBI kommt, muss man zunächst einmal feststellen, dass überhaupt ein ETBI vorliegt. Dabei ist zumindest eine kurze (hypothetische) Inzident-Prüfung zu machen, ob der Täter wirklich gerechtfertigt wäre, wenn der Sachverhalt vorliegt, den er sich vorstellt.**

**Hierzu unbedingt BGH L&L 2012 S. 146f.:**

Ein Hells Angel erschießt einen SEK-Beamten durch eine Milchglastür im Rahmen der gewaltsamen Vollstreckung eines Wohnungsdurchsuchungsbefehls, weil er ihn für ein Mitglied einer rivalisierenden Rockergruppe hält, die gekommen seien, um ihn zu erschießen.

Insofern stellt sich der Aufbau beim ETBI folgendermaßen dar:

I. **TB**

II. **RW**

Hier handelt der Täter rechtswidrig, weil obj. gerade kein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

III. **Schuld**

**Formulierungsvorschlag: Der Vorsatzschuldvorwurf könnte entfallen, wenn der Täter sich in einem Erlaubnistatbestandsirrtum befunden hätte.**

1. **Vorliegen eines TBI**

Hier ist inzident zu prüfen, ob der Täter gerechtfertigt wäre, wenn der Sachverhalt vorliegen würde, den er sich vorstellt.

## 2. Behandlung des ETBI

→ Darstellung des Meinungsstreits

**Beachte: der ETBI kann wahlweise auch in einem Extra-Punkt zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld geprüft werden. Auf keinen Fall darf er allerdings in der Rechtswidrigkeit geprüft werden, da es keine Ansicht gibt, die vertritt, dass der Täter gerechtfertigt wäre.**

## 2. Behandlung des ETBI

Zwingend sollte hier die strenge Schuldtheorie, die eingeschränkte Schuldtheorie und die rechtsfolgenverweisende Variante der eingeschränkten Schuldtheorien dargestellt werden. Ob daneben noch die absoluten Minderansichten der Vorsatztheorien und der Lehre von den negativen TBM dargestellt wird, sollte davon abhängig gemacht werden, ob der ETBI ein absoluter Schwerpunkt des Falles ist und wie viel Zeit der Bearbeiter in der Klausur zur Verfügung hat.

### a) Vorsatztheorien

Die Vorsatztheorien sehen das Unrechtsbewusstsein als Teil des Vorsatzes an. Bei Annahme eines Rechtfertigungsgrundes fehlt hiernach das Unrechtsbewusstsein und somit der Vorsatz, sodass § 16 StGB direkt zur Anwendung kommt. Überzeugenderweise ist im Unrechtsbewusstsein ein vom Vorsatz zu trennendes Schulselement zu sehen. Da auch der Gesetzgeber bei der Konzeption der §§ 16, 17 StGB diese Annahme in Gesetzesform gegossen hat, sind die Vorsatztheorien contra legem.

### b) Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

Diese geht von einem Gesamtunrechtstatbestand aus, der neben den üblichen TBM auch die Voraussetzungen der RF-Gründe als negative TBM enthält. Zum Vorsatz gehört daher neben der Kenntnis der positiven Umstände die Vorstellung vom Fehlen der negativen Umstände. Dies hat zur Folge, dass bei irrtümlicher Annahme rechtfertigender Umstände die Vorstellung von negativen Merkmalen gerade besteht, und so der Vorsatz in direkter Anwendung des § 16 I 1 StGB entfällt.

### c) Strenge Schuldtheorie

Die strenge Schuldtheorie behandelt den Fall der irrigen Vorstellung rechtfertigender Umstände als Verbotsirrtum gem. § 17 StGB, da der Wortlaut des § 16 StGB nur von Umständen des Tatbestands spricht, wozu die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes nicht zählen. Nur bei Unvermeidbarkeit des Irrtums handelt der Irrende ohne Schuld.

### d) Eingeschränkte Schuldtheorie im engeren Sinne

Die eingeschränkte Schuldtheorie i.e.S. wendet § 16 StGB analog an, da zwischen Tatbestandsmerkmalen und Rechtfertigungsgründen unter dem Blickwinkel der Unrechtsvoraussetzungen kein qualitativer Unterschied bestehe. Wie beim Tatbestandsirrtum werde der Handlungsunwert aufgehoben, wenn der Täter von einer rechtfertigenden Sachlage ausgeht. Es entfällt danach bereits das „Vorsatzunrecht“.

### e) Rechtsfolgenverweisende Variante der eingeschränkten Schuld.-T.

Nach der rechtsfolgenverweisenden Variante der eingeschränkten Schuldtheorie wird der Erlaubnistatbestandsirrtum lediglich in seiner Rechtsfolge dem § 16 I StGB gleichgestellt. Der Tatbestandsvorsatz als natürliche

Verhaltensform wird nicht berührt. Vielmehr entfällt der „Vorsatzschuld“-Vorwurf, so dass aus diesem Grunde eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat ausscheidet.

#### **4. Stellungnahme zum Meinungsstand**

**Wichtig: In der Regel kommt nur die strenge Schuldtheorie zu einem anderen Ergebnis, sodass nur diese abzulehnen ist.**

Die strenge Schuldtheorie verkennt, dass es sich um einen Sachverhaltsirrtum handelt, während § 17 StGB allein auf Wertungsirrtümer zugeschnitten ist. Außerdem handelt der Irrende *an sich rechtstreu*, denn seine Wertvorstellungen stimmen mit denen der objektiven Rechtsordnung überein. Anders bei der Grundkonstellation des Verbotsirrtums gem. § 17 StGB, denn dort stimmt die Einschätzung des Irrenden gerade nicht mit der obj. Wertordnung überein.

Jedoch sind auch Konstellationen denkbar, wo es auf die Frage einer unvorsätzlichen oder einer entschuldigten Tat entscheidend ankommt, so insb. bei einer Teilnahme. In diesen Fällen ist ein weiterer Streitentscheid erforderlich.

**Bsp.:** A geht nachts mit B durch den Park. Es kommt Ihnen C entgegen, der sie nach der Uhrzeit fragen will. A verkennt die Sachlage und denkt, C will ihn überfallen und greift den C, der unmittelbar vor ihm ihm steht, mit Verteidigungswillen an (ETBI). B, der die Lage mit *dolus eventualis* richtig einschätzt, ruft dem A, welcher schon zum Schlag ausholt, zu, dass er gezielt gegen das Kinn schlagen soll, da er dies als „lustig“ empfindet. Nur nach der rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie ist eine Strafbarkeit des B wegen Beihilfe denkbar (Nach allen anderen Ansichten fehlt es an der erforderlichen vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat).

In diesem Fall ist überzeugenderweise der rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie zu folgen und die anderen Ansichten abzulehnen. Die Lehre von den negativen TBM ist nicht überzeugend, weil sie den Wertungsunterschied zwischen von vornherein tatbestandslosem und ausnahmsweise erlaubtem Verhalten verwischt. Bereits das Gesetz unterscheidet in §§ 32, 34 StGB eindeutig zw. Tb-mäßigkeit u Rechtswidrigkeit. Die rechtsfolgenverweisende Variante verhindert Strafbarkeitslücken, da eine vors., rw und damit teilnahmefähige Haupttat vorliegt. Sie betont auch überzeugend die eigenständige Natur des ETBI gegenüber dem Tatbestandsirrtum, da der Täter nur in erstgenanntem Fall von der Warnfunktion des gesetzlichen Tatbestandes erreicht wird. Dem Täter wird hier angezeigt, dass er die Grenze zum verbotenen Handeln überschreitet und etwaige Erlaubnissätze besonders gründlich prüfen muss. Wer hier einem - u.U. auch vermeidbaren - Irrtum unterliegt, setzt sich zwar dem Vorwurf mangelnder Aufmerksamkeit aus, nicht jedoch dem Vorwurf rechtsfeindlicher Gesinnung, da sein Handeln nicht Ausdruck einer Auflehnung gegen die Wertentscheidung der Rechtsordnung ist, wie es die Vorsatzschuld voraussetzt. Qualitativ kann dem Irrenden lediglich ein Fahrlässigkeitsschuldvorwurf gemacht werden, denn bei Vorliegen der angenommenen Umstände läge keine Rechtswidrigkeit vor. Der Vorsatzschuldvorwurf entfällt somit mangels Auflehnung. Die eingeschränkte Schuldtheorie i.e.S. geht auch von der Rechtstreue des Irrenden aus und macht ihm ebenfalls nur einen Fahrlässigkeitsvorwurf. Vorgeworfen wird ihr allerdings, sie führe zu Strafbarkeitslücken bei Teilnehmern und könne nicht erklären, wie die psychisch-reale Beziehung des Täters zur Tat durch die irrige Annahme rechtfertigender Umstände beeinflusst werden kann. Schließlich wurde die Vorsätzlichkeit des Handelns zuvor festgestellt. Dies sei inkonsequent. Das letzte Argument ist inhaltlich

fraglich, denn die eingeschränkte Schuldtheorie i.e.S. verneint nicht das Vorliegen des Vorsatzes, sondern kommt zu einer Kompensation des subjektiven Tatbestandes - und damit des Handlungsunrechts - durch das Vorliegen des subjektiven Rechtfertigungselementes.

**Der obige Beispielfall sollte in der Klausur folgendermaßen aufgebaut werden:**

**A. Strafbarkeit des A gem. § 223 (ggf. § 224)**

- I. TB (+)
- II. RW (+), da § 32 StGB obj. (-)
- III. Schuld
  - 1. Vorliegen eines ETBI (+)
  - 2. Behandlung des ETBI-> Streitdarstellung -> nur strenge Schuld-T. ablehnen

**B. Strafbarkeit des A gem. § 229 (+/-)**

**C. Strafbarkeit des B gem. §§ 223, 25 I 2**

Keine ausreichenden Anhaltspunkte für ein täterschaftliches „Beherrschen“ durch B

**D. Strafbarkeit des B gem. §§ 223, 27**

- I. TB
    - 1. Obj. TB
      - a) vors. rw HaupttatHier ist der Streit um den ETBI erneut aufzugreifen, da eine solche nach den verbliebenen Ansichten nur nach der rechtsolgenreisenden Var. der eingeschr. Schuld-T. vorliegt, zu dessen Gunsten der Streit entschieden werden sollte
    - b) Hilfe leisten: zumindest psychische Beihilfe
  - 2. Subj. TB (+)
- II. RW (+)
- III. Schuld (+)

**(P) Putativnotwehrexzess**

Glaubt der Täter irrig, er befinde sich in einer Notwehrlage, und überschreitet er in dieser Situation zusätzlich die Grenzen der Erforderlichkeit bspw. aus Furcht, so stellt sich die Frage, inwieweit dieser „Putativnotwehrexzess“ berücksichtigt werden kann.

Zunächst ist zu beachten, dass trotz der irrigen Annahme einer Notwehrlage keinesfalls § 16 StGB Anwendung finden kann, weil der Täter - auch bei Richtigkeit seiner Vorstellung - wegen Überschreitung der Erforderlichkeit nicht gerechtfertigt gewesen wäre. Es stellt sich also die Frage, ob im Rahmen der Schuld des Vorsatzdeliktes § 33 StGB Anwendung finden kann.

Die h.M. lehnt dies ab, weil sonst der Täter, der irrig eine Notwehrlage annimmt *und* (aus Furcht) die Erforderlichkeitsgrenze überschreitet und daher gemäß § 33 StGB entschuldigt wäre, besser behandelt wird als der Täter, der irrig eine Notwehrlage annimmt, sich aber an die Erforderlichkeitsgrenze hält. Im letzteren Falle droht dem Täter nämlich nach h.M. zumindest noch eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit (BGH, L&L 2003, 29 (31)).

**V. Umgekehrter ETBI / Fehlen des subj. Rechtfertigungselements**

In dieser Konstellation erkennt der Täter den SV nicht, der ihn obj. rechtfertigt. Es fehlt das subjektive Rechtfertigungselement. Dabei ist zunächst umstritten, ob ein solches überhaupt erforderlich ist. Nach nahezu einhelliger

Ansicht ist ein solches bei Fahrlässigkeitsdelikten nicht erforderlich. Begründet wird dies damit, dass bei Fahrlässigkeitsdelikten nicht einmal auf Tatbestandsebene ein subj. Element erforderlich ist. Ferner wird bei Fahrlässigkeitsdelikt primär wegen des Erfolgsunrechts (= Erfolg tritt ein, welcher mit der Rechtsordnung nicht zu vereinbaren ist) bestraft. Dieses wird jedoch gerade durch die obj. rechtfertigende Lage kompensiert.

Bei vorsätzlichen Erfolgsdelikten wird hingegen sowohl wegen des Erfolgsunrechts als auch wegen des Handlungsunrechts (= rechtsfeindliche Gesinnung des Täters, welche in seiner Handlung nach außen tritt) bestraft. Deswegen fordert die hM hier auch zwingend ein subjektives Rechtfertigungselement. Soweit ein Rechtfertigungsgrund nur objektiv vorliegt, wird lediglich das Erfolgsunrecht kompensiert. Es verbleibt jedoch das Handlungsunrecht, weswegen auch keine Rechtfertigung des Täters ohne subjektives Rechtfertigungselement möglich ist. Diese Argumentation ist überzeugend.

In der Folge ist allerdings umstritten, ob bei fehlendem subjektiven Rechtfertigungselement nur wegen Vollendung oder analog den Versuchsregeln bestraft werden sollte.

Eine Ansicht will wegen Vollendung bestrafen, da eine Versuchsstrafbarkeit nur dann in Betracht kommt, wenn es an der Vollendung des objektiven Tatbestandes mangelt.

Die Gegenansicht will nach den Versuchsregeln analog bestrafen. Sie stellt auf die mit dem Versuch vergleichbare Konstellation ab. In beiden Fällen ist das Handlungsunrecht Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit. In beiden Fällen fehlt der Erfolgsunwert. Es kann keinen Unterschied machen, ob der obj. TB tatsächlich nicht erfüllt wird, oder seine Verwirklichung durch das obj. Vorliegen eines RF-Grundes kompensiert wird. Die letztgenannte Ansicht ist daher besser in der Lage, die fragliche Konstellation rechtlich zu erfassen.

## **VI. Verbotsirrtum**

Dem Täter fehlt das Bewusstsein Unrecht zu begehen. Er glaubt aufgrund eines Rechtsirrtums, sein Verhalten sei nicht verboten, weil er die Verbotsnorm nicht kennt bzw. verkennt oder sie für ungültig hält. Dabei ist nicht entscheidend, ob der Täter erkennt, dass er sich strafbar macht, sondern darauf, ob er die vom verwirklichten Straftatbestand umfasste Rechtsgutverletzung als Unrecht erkennt (*BGHSt 45, 97(100 f.)*). Der Verbotsirrtum ist ein Rechtsirrtum, während der Tatbestandsirrtum ein Sachverhaltsirrtum ist. Besteht die Verbotsnorm in einem Verkehrszeichen (*Owi gem. § 24 StVG iVm § 49 III Nr. 4 StVO*), so führt nach überzeugender h.M. daher die falsche Auslegung des optisch richtig wahrgenommenen Verkehrszeichens nur zu einem Verbotsirrtum iSd § 11 II OWiG und nicht zu einem Tatbestandsirrtum gem. § 11 I OWiG (*BayObLG, L&L 03, 640f.*)

Bei Unterlassungsdelikten wird der Verbotsirrtum regelmäßig als Verbotsirrtum bezeichnet, ohne dass sich Besonderheiten bei der Prüfung ergeben.

Je nachdem, ob der Irrtum vermeidbar war oder nicht, erfolgt gem. § 17 S. 1 StGB ein Schuldausschluss oder gem. § 17 S. 2 StGB eine fakultative Strafmilderung nach § 49 I StGB. Es handelt sich mithin um einen reinen Bewertungsirrtum bei voller Sachverhaltskenntnis. Maßstab hinsichtlich der Vermeidbarkeit ist, ob der Täter seinen Irrtum bei Anspannung aller Gewissens- und Erkenntniskräfte hätte verhindern können. Es gelten strenge Anforderungen.

## **VII. Umgekehrter Verbotsirrtum**

Der Täter begeht objektiv kein Unrecht, meint aber, sein rechtmäßiges Verhalten sei verboten, weil er trotz vollständiger Sachverhaltskenntnis von einer nicht existierenden Verbotsnorm ausgeht oder eine existierende Ver-

botnorm zu seinen Ungunsten ausdehnt. Es handelt sich um ein sog. strafloses „Wahndelikt“ (zur Abgrenzung vom untauglichen Versuch s.o., S. 6).

### **VIII. Erlaubnisirrtum (indirekter Verbotsirrtum)**

Täter kennt zwar die Verbotsnorm, geht aber wegen der irrigen Annahme eines nicht existierenden oder nicht anerkannten RF-Grundes oder Überschreitung der rechtl. Grenzen eines anerkannten RF-Grundes von der Rechtfertigung („Erlaubtsein“) seines Handelns aus. § 17 StGB ist direkt anwendbar.

### **IX. Umgekehrter Erlaubnisirrtum**

Der Täter glaubt irrig, ein RF-Grund existiert nicht oder meint, er überschreitet die rechtlichen Grenzen eines anerkannten RF-Grundes. Ein derartiger Irrtum ist irrelevant. Ein Rechtfertigungsgrund liegt obj. wie subj. vor, da der Täter in jedem Fall Verteidigungswillen hat. Daran ändert sich auch nichts, wenn der Täter die rechtlichen Grenzen zu seinen Lasten zu eng zieht, denn Hauptmotiv seines Handelns bleibt die Abwehr einer Gefahr. Außerdem kennt er den kompletten rechtfertigenden Sachverhalt. Es entfällt die Rechtswidrigkeit.

### **X. Irrtum über Entschuldigungsgründe**

§ 35 II StGB enthält eine spez. Regelung für den entschuldigenden Notstand. Erfasst wird ein Irrtum über den SV („Entschuldigungstatumstandsirrtum“), der aber wie ein Wertungsirrtum behandelt wird (vgl. § 17 StGB). Der Gesetzgeber vollzieht hier einen entscheidenden dogmatischen Wechsel! § 35 II StGB wird bei Vorliegen eines SV-Irrtums analog auf alle anderen anerkannten Entschuldigungsgründe angewandt. Ein Irrtum über das Bestehen oder die rechtlichen Grenzen eines Entschuldigungsgrundes ist im Umkehrschluss stets unbeachtlich.

### **XI. Irrtum über straffausschließende Umstände**

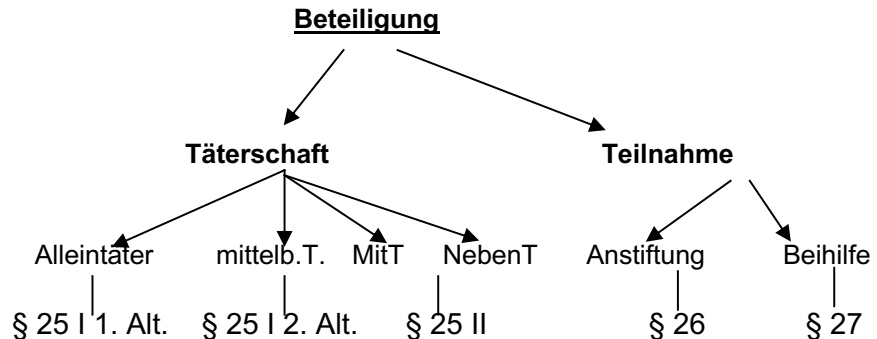
Dieser ist grds. wegen der Wertung des § 35 II StGB unbeachtlich. Bei Straffausschließungsgründen, die auf einer pers., notstandsähnlichen Konfliktlage basieren (z.B. §§ 258 VI StGB - T begeht die Tat zugunsten eines vermeintlichen Angehörigen) ist dies allerdings umstritten.

### **XII. Irrtum über Strafverfolgungsvoraussetzungen**

Ein Irrtum über Strafverfolgungsvor. (z.B. § 77 StGB: Strafantrag) ist unbeachtlich. Ein Irrtum über das Angehörigenverhältnis ist im Rahmen des § 247 StGB daher unbeachtlich.

## G. Beteiligung (Täterschaft und Teilnahme)

### I. Struktur der Beteiligungsformen bei Vorsatzdelikten



Bei Vorsatzdelikten wird im Rahmen der Beteiligung zwischen Täterschaft und Teilnahme unterschieden (sog. dualistisches Beteiligungssystem). Das Gegenteil hiervon ist das Prinzip der **Einheitstäterschaft**. Von diesem spricht man, wenn jeder Täter ist, der eine kausale und zurechenbare Ursache für den Erfolg gesetzt hat. Jeder Verursacher ist - unabhängig vom Gewicht seines Beitrags - Täter. Dies gilt im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte und bei Ordnungswidrigkeiten (vgl. § 14 OwiG).

Von **Nebentäterschaft** spricht man, wenn mehrere Täter unabhängig voneinander (keine Mittäter! Es fehlt am bewussten und gewollten Zusammenwirken.) den gesetzl. TB verwirklichen.

### II. Abgrenzung Täterschaft – Teilnahme

Entscheidendes Klausurproblem ist – gerade bei der Mittäterschaft – die Abgrenzung von Täterschaft zur Teilnahme. Die Abgrenzung ist umstritten.

#### 1. **Animus (subj.) Theorie auf obj.-tatbestandlicher Grundlage (BGH)**

Der *BGH* vertritt inzwischen eine subjektive Theorie auf objektiver Grundlage. Zur Ermittlung der subj. Einstellung zur Tat ist danach eine wertende Gesamtbetrachtung durchzuführen, bei der nicht nur der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, sondern auch der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft berücksichtigt werden müssen. Der „animus auctoris“ muss sich objektiv in einem Tatbeitrag (auch im Vorbereitungsstadium denkbar!) manifestiert haben. Bei § 216 StGB grenzt der *BGH* allerdings nicht nach der inneren Willensrichtung ab, sondern nach der Tatherrschaft (*BGHSt* 19, 135 (138f.)).

#### 2. **Tatherrschaftslehre (h.L.)**

Täter ist, wer die Tatherrschaft besitzt. Tatherrschaft ist das **vom Vorsatz umfasste In-den-Händen-Halten des tatbestandlichen Geschehensablaufs**. Es handelt sich somit um eine obj.-subj. Theorie. Nach der hL muss der Täter die Zentralgestalt des Geschehens sein und der Erfolg das Werk seines planvoll lenkenden Willens. Es gibt unterschiedliche Tatherrschaftsformen:

- Handlungsherrschaft, § 25 I 1. Alt. StGB
- Willens- und Wissensherrschaft bei der mittelbaren Täterschaft, § 25 I 2. Alt. StGB
- Funktionelle Tatherrschaft, § 25 II StGB

### 3. Anmerkung zum Streitentscheid

Ein Streitentscheid zw. BGH und hL Literatur ist häufig entbehrlich, weil beide zum selben Ergebnis kommen.

#### Daneben wurde früher noch vertreten

##### (1) Formal-objektive Theorie

Täter ist nur der, welcher die tatbestandliche Ausführungshandlung ganz oder teilweise **selbst** vornimmt.

**Kritik:** Wegen § 25 I 2. Alt. StGB contra legem! Die Theorie kann weder die mittelbare T. noch die Täterschaft des aus dem Hintergrund lenkenden Bandenchefs erklären.

##### (2) Extrem subjektive Theorie

Das Reichsgericht und vereinzelt auch der BGH vertrat eine extrem-subjektive Theorie, wonach es für die Abgrenzung nur auf den Willen des Handelnden ankam. Täter war danach nur derjenige, welcher „animus auctoris“ („Täterwille“) hatte, hingegen war bei „animus socii“ („Teilnehmerwille“) nur Teilnahme möglich. Dies geht sogar soweit, dass derjenige, welcher zwar alle Tatbestandsmerkmale selbst verwirklicht, aber keinen Täterwillen hat, nur Teilnehmer ist.

**Kritik:** Contra legem wg. § 25 I 1. Alt. StGB. Heute ist (nahezu) unstrittig, dass derjenige, welcher alle Tatbestandsmerkmale selbst vollständig verwirklicht, **immer** Täter ist.

**Diese Theorien dürften jedoch nur noch von rechtshistorischer Bedeutung sein und sollten in einer Klausur nicht mehr dargestellt werden!**

## III. Mittäterschaft, § 25 II StGB

### 1. Struktur

Mittäterschaft ist das **bewusste und gewollte Zusammenwirken des Delikt arbeitsteilig als gleichberechtigte Partner aufgrund eines gemeinsamen Tatplans zu begehen**. Identitätsstiftendes Strukturelement ist das arbeitsteilige Vorgehen der Mittäter. Als Konsequenz ordnet § 25 II StGB die wechselseitige Zurechnung der obj. Tatbeiträge an. Dabei ist es gerade typisch für eine Klausur, dass eine Person nicht alle Tatbestandsmerkmale selbst verwirklicht hat. Dann stellt sich die Frage, ob die Tatbestandsmerkmale, welche nur von einem anderem verwirklicht wurden, der Person nach den Grundsätzen der Mittäterschaft zugerechnet werden können. Dies setzt eine Mittäterschaft voraus. Insofern ist die Problematik der Mittäterschaft überzeugenderweise bereits im obj. Tatbestand anzusprechen.

**Beachte:** Gem. § 29 StGB wird die Schuld trotz Mittäterschaft für jeden Täter gesondert geprüft. Gleiches gilt für Vorsatz oder sonstige besondere subjektive Merkmale. Diese Aspekte können nicht zugerechnet werden. Eine Zurechnung erfolgt nur von objektiven Tatbestandsmerkmalen.

Der wesentliche Tatbeitrag kann dabei nach h.M. (insbesondere *BGH*, *NStZ* 2002, 201 f.) bereits im Vorbereitungs-Stadium geleistet werden (a.A. *Roxin*). Werden bei Tatplanung und Tatorganisation - also im Vorbereitungsstadium - wesentliche Beiträge geleistet, **so gleicht dieser Umstand das Minus der Abwesenheit in der Ausführungsphase aus** (vgl. *L&L* 2002, 823 (825)). Insb. der planende und lenkende Hintermann bzw. abwesende Bandenchef kann auf diese Weise als Täter bestraft werden.



Der Tatplan ist hingegen ein subj. Element und müsste daher unter rein dogmatischen Gesichtspunkten im subj. TB geprüft werden. Gleichwohl ist die wechselseitige Zurechnung nur auf der Grundlage und im Rahmen des gemeinsamen Tatplans möglich, sodass eine Prüfung aus praktischen Gesichtspunkten bereits im Rahmen des obj. Tatbestandes erfolgen muss.

#### **(P) Mittäterexzess / stillschweigende Planerweiterung iRd Ausführung**

Der Exzess eines Mittäters, mit dem dieser den Rahmen des gemeinsamen Tatplanes verlässt, wird den übrigen Mittätern nicht zugerechnet. Da der Tatplan idR recht allgemein gefasst ist, sind Handlungen gedeckt, mit denen im Rahmen eines solchen allg. Plans zu rechnen sind. Das gleiche gilt, wenn den übrigen Mittätern die Handlungsweise des anderen Mittäters gleichgültig ist (*BGH*, L&L 2003, 33 (36)). Ferner ist die Möglichkeit einer konkludenten Erweiterung des Tatplans zu beachten. Die bloße stillschweigende Duldung reicht allerdings nicht aus.

#### **(P) Irrtümer**

Bei Irrtumsfällen gelten die allgemeinen Regeln (Prinzip der wechselseitigen Zurechnung). Ein error in persona ist auch für die Mittäter unbeachtlich, soweit der Tatplan nicht überschritten ist.

## **2. Sukzessive Mittäterschaft**

### **(1) Problemaufriss**

Strittig ist, ob es möglich ist, später hinzutretenden Beteiligten **frühere** Tatbeiträge mit der Folge zurechnen kann, dass eine mittäterschaftliche Begehung vorliegt. Diese Problematik wird unter den Begriff der „sukzessiven Mittäterschaft“ diskutiert (eine weitere – ähnliche Problematik – ist die der sukzessiven Beihilfe). Das Problem der sukzessiven Mittäterschaft stellt sich insbesondere bei mehraktigen Delikten. Bei der Frage, ob man bereits abgeschlossene Tatbeiträge zurechnen kann, kommt der dogmatische Unterschied zwischen der Tatherrschaftslehre der Literatur und der Animus-Theorie (auf objektiver Grundlage) der Rechtsprechung erkennbar zum Tragen. Bezüglich abgeschlossener Tatbeiträge ist eine Tatherrschaft nicht mehr möglich, sodass die Literatur die sukzessive Mittäterschaft weitgehend ablehnt. Ein Täterwille ist jedoch begründbar, sodass die Rechtsprechung der Möglichkeit der sukzessiven Mittäterschaft bejahend gegenüber steht.

### **(2) Bisheriger Streitstand**

Um das Problem der sukzessiven Mittäterschaft näher zu betrachten ist es unumgänglich, zumindest zwischen zwei Konstellationen zu differenzieren, nämlich der Beteiligung im Rahmen eines mehraktigen Deliktes bis zur Vollendung und der Tatbeteiligung zwischen Vollendung und Beendigung. Hingegen ist allgemein anerkannt, dass bereits abgeschlossenen/beendeten Tatbeständen nicht mittäterschaftlich zugerechnet werden können.

Zur Klärung der Begrifflichkeiten sei klargestellt, dass ein Delikt vollendet ist, wenn alle Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Hingegen ist ein Delikt beendet, wenn die Rechtsgutbeeinträchtigung ihren Abschluss gefunden hat. Dies fällt klassischerweise bei Vermögensdelikten auseinander. Beim Diebstahl bspw. ist die Tat vollendet, wenn die Wegnahme abgeschlossen ist, also neuer Gewahrsam begründet wurde. Dies kann bei kleineren Gegenständen schon der Fall sein, wenn sie ergriffen werden. Hingegen ist die Tat erst beendet, wenn die Beute endgültig gesichert ist.

#### **a) Tatbeteiligung bis zum Zeitpunkt der Vollendung**

- Die Rspr. bejaht die Zurechnung der bereits verwirklichten Umstände. Das nachträgliche Einverständnis des Hinzutretenden bezieht sich nach Auffassung des BGH auf den **verbrecherischen Gesamtplan**, sodass auch die einheitliche Gesamttat zurechenbar ist.
- Die h.L. lehnt eine sukzessive Mittäterschaft ab. Tatherrschaft könne nicht nachträglich begründet werden. Der dolus subsequens sei nicht strafbar.

#### **b) Tatbeteiligung zwischen Vollendung und Beendigung**

Erfolgt der hinreichend gewichtige Beitrag des Hinzutretenden einverständlich zwischen Vollendung und Beendigung, so rechnet die Rspr. diesem die bereits vollendete Tat zu. Auch in diesem Fall des nachträglichen vorsätzlichen Einstiegs in die Tatbegehung mache sich der Hinzutretende das bisherige Geschehen zu eigen.

Die h.L. entgegnet, auch diese Vorsatzzurechnung verstoße gegen das Gesetzlichkeitsprinzip. Vorsatz muss zur Zeit der Tatbegehung vorgelegen haben, was hier nicht der Fall sei.

**Beachte:** Bei Dauerdelikten (bspw. § 239 StGB) ist eine sukzessive Mittäterschaft aber mögl., da deren TB idR auch das Andauern des herbeigeführten Zustandes (Vollendung!) umfasst.

#### **(3) Klarstellung in der neuen Rechtsprechung**

Eine sukzessive Mittäterschaft ist unstrittig nicht nach der Beendigung des Delikts möglich. Hierbei ist zu beachten, dass gerade bei klassischen Erfolgsdelikten wie den Tötungsdelikten und Körperverletzung die Vollendung auch gleichzeitig die Beendigung darstellt. Damit ist eine sukzessive Mittäterschaft bei diesen Delikten nicht möglich und wird auch von der Rspr., insbesondere dem BGH, nicht vertreten. Dies gilt nach BGH bei Tötungsdelikten selbst dann, wenn der Hinzutretende zu einer Phase beiträgt, wo der Totschlag/Mord noch nicht vollendet/beendet (also das Opfer noch nicht tot) ist, die zum Tode führende Handlung des Ersttätters jedoch bereits abgeschlossen ist (dann keine sukzessive Mittäterschaft möglich!)

**Dazu zwei sehr wichtige Entscheidungen:**

**BGH LNR 2009, 20064 = Life&Law 2010, 31f.** (verkürzt und vereinfacht): A prügelt auf C mit ungemein heftigen Faustschlägen ein. Dann tritt B dazu. A und B schlagen nun gemeinschaftlich in Mittäterschaft auf C ein. Tötungsvorsatz ist nicht nachweisbar, aber C stirbt. Das Sachverständigengutachten besagt, dass nicht feststellbar ist, ob letztlich die ersten Schläge von A alleine oder die Schläge von A und B zusammen, den Tod verursacht haben. Nach dem BGH ist – überzeugend – eine Verurteilung des B gem. §§ 227, 25 II StGB auch nach den Grundsätzen einer unechten Wahlfeststellung nicht möglich. Es ist nicht möglich, dem B die ersten Faustschläge von A über die Grundsätze der Mittäterschaft zuzurechnen. Die Körperverletzung des A ist mit Eintritt der körperlichen Misshandlung bzw. Gesundheitsschädigung vollendet und damit beendet, so dass eine sukzessive Mittäterschaft selbst nach BGH nicht mehr möglich ist.

**BGH Beschl. v. 27.01.2011 – 4 StR 502/10 = Life&Law 2011, 493ff. – unbedingt lesen!!!!!!** (verkürzt und vereinfacht): Die Hells Angels A und B wollen dem O seine „Kutte“ abnötigen. Beiden ist vor der körperlichen Auseinandersetzung klar, dass es zu gefährlichen Körperverletzungen mit Waffen und gefährlichen Werkzeugen kommen wird. Tötungsvorsatz haben beide zu diesem Zeitpunkt nicht. Als die Aktion zu scheitern droht, sticht A – nun mit

Tötungsvorsatz – auf O ein. O sinkt tödlich verletzt, aber noch nicht tot zu Boden. B hatte bei diesen Stichen keine Möglichkeit zu reagieren, erkennt nun jedoch – zutreffend – dass O (auch wenn man sofort einen Krankenwagen holt) nicht mehr zu retten ist und sterben wird. Er nimmt nun O zusammen mit A seine „Kutte“ ab. Danach stirbt O. Die sukzessive Mittäterschaft ist hier problematischer, da B zu einem Zeitpunkt – nun mit Tötungsvorsatz – beiträgt, zu welchem O noch nicht tot war. Der BGH lehnt jedoch die sukzessive Mittäterschaft bzgl. § 211 StGB auch in dieser Konstellation ab, wenn der Hinzutretende – wie hier – zu einer Phase beiträgt, wo der Totschlag/Mord noch nicht vollendet/beendet (also das Opfer noch nicht tot) ist, die zum Tode führende Handlung des Ersttätters jedoch bereits abgeschlossen ist. Dies überzeugt, da alles Erforderliche für die Tötung zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen ist.

Eine mittäterschaftliche Zurechnung des Mordes des A (§ 211 StGB mit Ermöglichungsabsicht) durch die Messerstiche – ohne die Konstruktion der sukzessiven Mittäterschaft – ist nicht denkbar, da B zu diesem Zeitpunkt keinen Tötungsvorsatz hatte und subjektive Komponenten niemals (!) zugerechnet werden können. Jedoch verwirklicht B §§ 224 I Nr.2, 5 (ggf.4), 25 II StGB. Die Messerstiche des A sind nämlich grds. über § 25 II StGB zuzurechnen, da sie vom Tatplan umfasst sind. Damit hat B sich selbstverständlich auch gem. §§ 227, 25 II StGB strafbar gemacht, da B ein eigener Fahrlässigkeitsvorwurf hinsichtlich des Todes des O trifft.

### **3. Fahrlässige Mittäterschaft** (siehe Fahrlässigkeitsübersicht)

#### **4. Aufbau**

In der Klausur empfiehlt sich folgendes Vorgehen: Verwirklicht ein Mittäter alle TBM in seiner Person, so ist die Prüfung mit diesem Mittäter zu beginnen. Die übrigen Mittäter, die nicht alle TBM verwirklicht haben, folgen später, wobei ein Rückgriff im Rahmen der wechselseitigen Zurechnung des § 25 II StGB auf die bereits vorgenommene Prüfung erfolgt. Dies empfiehlt sich insb. dann, wenn die Erfüllung der Voraussetzungen des § 25 II StGB durch die übrigen Beteiligten fraglich erscheint.

Liegen die Merkmale des obj.TB nur bei einer Gesamtschau der einzelnen Tatbeiträge vor, so müssen alle Mittäter zus. geprüft werden, da man sonst keine Vollendung feststellen kann.

**Beachte:** Keine vorweggenommenen allgemeinen Ausführungen zur Täterschaft! Die Frage der Täterschaft darf allein in Bezug auf das konkrete Tatbestandsmerkmal geprüft werden.

## **5. Schema**

### **A. Mittäterschaft zusammen geprüft**

Mittäter **werden zwingend** zusammen geprüft, wenn sie nur zusammen alle TBM verwirklicht haben.

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Obj. TB**

##### **a) Tatbestandsverwirklichung (Erfolg, kausaler Tatbeitrag, Zurechnung)**

Prüfung des Verhaltens des Erfolgsnächsten M1

Prüfung des Verhaltens des anderen M2

-> Verhalten von M1 und M2 müssen alle TBM erfüllen

##### **b) Wechselseitige Zurechnung gem. § 25 II StGB**

Voraussetzung ist die Mittäterschaft (= das auf einem gemeinsamen Tatplan beruhende bewusste und gewollte Zusammenwirken, das Delikt arbeitsteilig als gleichberechtigte Partner zu begehen).

**Formulierungsvorschlag:** Die Erfüllung des objektiven Tatbestandes ist nur zu bejahen, wenn man die objektiven Tatbeiträge von M1 und M2 wechselseitig gem. § 25 II StGB zurechnen kann. Dies setzt voraus, dass M1 und M2 Mittäter wären. Mittäterschaft ist das auf einem gemeinsamen Tatplan beruhende bewusste und gewollte Zusammenwirken, das Delikt arbeitsteilig als gleichberechtigte Partner zu begehen...

**An dieser Stelle ist immer (zumindest kurz) die Tatherrschaftslehre und die Animustheorie auf objektiver Grundlage darzustellen.**

**Formulierungsvorschlag in unproblematischen Fällen:** Aufgrund der dargestellten maßgeblichen Tatbeiträge handelten sowohl M1 als auch M2 sowohl mit Tatherrschaft als auch mit Täterwillen aufgrund einer objektiven Gesamtschau des Geschehens und sind daher als Mittäter zu qualifizieren.

## **2. Subj. TB**

Vorsatz und besondere subjektive Merkmale für jeden Mittäter gesondert prüfen (**subj. Merkmale werden bei Mittätern niemals zugerechnet**)

### **II. RW**

### **III. Schuld § 29 StGB**

**Beachte:** Mittäter sollten auch zus. geprüft werden, wenn jeder für sich alle TBM erfüllt. Dies ist sinnvoll, wenn im Sachverhalt nicht differenziert wird, was die einzelnen Mittäter machen, so dass man dann quasi mehrmals dieselben Ausführungen machen würde (Sachverhalt: „A und B machen das ... und das ... und das“).

→ Aufbau in dieser Konstellation:

### **I. Tatbestand**

#### **1.Obj. TB**

a) Tatbestandsverwirklichung (Erfolg, kausaler Tatbeitrag, obj.Zur.)

-> Verhalten von M1 und M2 wie ein Täter darstellen

b) Wechselseitige Zurechnung gem. § 25 II StGB

**An dieser Stelle ist immer (zumindest kurz) die Tatherrschaftslehre und die Animustheorie auf objektiver Grundlage darzustellen.**

**Formulierungsvorschlag in unproblematischen Fällen:** Aufgrund der dargestellten maßgeblichen Tatbeiträge handelten sowohl M1 als auch M2 sowohl mit Tatherrschaft als auch mit Täterwillen aufgrund einer objektiven Gesamtschau des Geschehens und sind daher als Mittäter zu qualifizieren.

## **2. Subj. TB (immer für jeden Mittäter prüfen)**

### **II. RW**

### **III. Schuld § 29 StGB**

## **B. Mittäterschaft getrennt geprüft**

Mittäter werden getrennt geprüft, wenn ein Beteiligter überwiegend die Tat allein ausgeführt hat und alle TBM selber verwirklicht hat, die anderen Mittäter hingegen nicht alle TBM selber verwirklicht haben

-> zunächst der Tatnähere (M1) wie Alleintäter

-> **dann der Tatfernere (M2):**

### **I. Tatbestand**

#### **1. Obj. TB**

a) Tatbestandsverwirklichung (Erfolg, kausaler Tatbeitrag, obj. Zur.)

Hier ist darzulegen, dass M2 nicht alle TBM selber verwirklicht hat.

b) Zurechnung der TB-Verwirklichung des M1 gem. § 25 II StGB

Voraussetzung ist die Mittäterschaft (= das auf einem gemeinsamen Tatplan beruhende bewusste und gewollte Zusammenwirken, das Delikt arbeitsteilig als gleichberechtigte Partner zu begehen).

**An dieser Stelle ist immer (zumindest kurz) die Tatherrschaftslehre und die Animustheorie auf objektiver Grundlage darzustellen.**

**Formulierungsvorschlag:** M2 hat den objektiven Tatbestand nicht selbst verwirklicht. Insofern müssten ihm die objektiven Tatbeiträge von M1 gem. § 25 II StGB zugerechnet werden. Dies setzt voraus, dass M2 Mittäter des M1 ist. Mittäterschaft ist das auf einem gemeinsamen Tatplan beruhende bewusste und gewollte Zusammenwirken, das Delikt arbeitsteilig als gleichberechtigte Partner zu begehen...

**ggf.:** Hier stellt sich bezüglich M2 die Problematik der Abgrenzung der Täterschaft von der Teilnahme

Nicht selten ist in dieser Konstellation die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme ein Schwerpunkt des Falles, sodass die **Tatherrschaftslehre und die Animustheorie auf objektiver Grundlage** darzulegen und darunter zu subsumieren ist. Sofern die Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist ein Streitentscheid erforderlich.

## **2. Subj. TB**

Vorsatz und besondere subjektive Merkmale für jeden Mittäter gesondert prüfen

## **II. RW**

## **III. Schuld § 29 StGB**

## **Schema für die Prüfung der Mittäterschaft im Versuch**

### **I. Vorprüfung**

1. Nichtvollendung
2. Strafbarkeit des Versuchs

### **II. Tatentschluss**

**Tatentschluss** hinsichtlich der gemeinschaftlichen Verwirklichung aller obj. Tatbestandsmerkmale des Delikts beruhend auf einem gemeinsamen Tatplan

**Tatherrschaftslehre:** Täter muss Bewusstsein eigener Tatherrschaft gehabt haben

**Animustheorie auf obj. Grdl.:** Täter muss Tatbeitrag mit Täterwillen leisten wollen -> Täterwille aufgrund einer wertenden Gesamtschau

### **-> Formulierungsvorschlag bei zusammenzuprüfenden Mittätern:**

*Nach dem Tatentschluss sowohl von M1 als auch von M2 sollte weder M1 noch M2 alle objektiven Tatbestandsmerkmale selbst erfüllen. Insofern kann ein Tatentschluss bzgl. der obj. Tatbestandsmerkmale nur bejaht werden, wenn M1 und M2 das Delikt gem. § 25 II StGB als Mittäter begehen wollten. Mittäterschaft ist das auf einem gemeinsamen Tatplan beruhende bewusste und gewollte Zusammenwirken, das Delikt arbeitsteilig als gleichberechtigte Partner zu begehen...*

### **-> Formulierungsvorschlag für den Tatferneren (M2), wenn die Mittäter getrennt zu prüfen sind (der Tatnähere (M1) ist im gängigen Versuchsaufbau wie ein Alleintäter vorweg zu prüfen):**

*Der M2 hat keinen Tatentschluss, alle objektiven Tatbestandsmerkmale selber zu verwirklichen. Insofern kann ein Tatentschluss des M2 bzgl. aller obj. Tatbestandsmerkmale nur bejaht werden, wenn M2 das Delikt gem. § 25 II*

StGB als Mittäter des M1 begehen wollte. Mittäterschaft ist das auf einem gemeinsamen Tatplan beruhende bewusste und gewollte Zusammenwirken, das Delikt arbeitsteilig als gleichberechtigte Partner zu begehen...

...**ggf.:** Hier stellt sich bezüglich M2 die Problematik der Abgrenzung der Täterschaft von der Teilnahme

**III. unmittelbares Ansetzen (ggf. problematisch → siehe Versuch)**

**IV. RW**

**V. Schuld § 29 StGB**

**VI. Rücktritt § 24 II (nur bei mehreren Beteiligten vor Ort)**

## **6. (P) Unterlassungsnebtäterschaft neben Täterschaft durch aktives Tun möglich**

Bsp.: Die gewalttätige Mutter M misshandelt das gemeinsame Kind K, indem sie es mit einem Ledergürtel schlägt. Der Vater V (Garant zu K!) könnte aufgrund seiner körperlichen Überlegenheit die Situation einfach beenden, indem er der M den Ledergürtel entwendet und die gehorsame M auffordert, das Schlagen zu unterlassen. V sitzt jedoch nur schweigend daneben und macht nichts, da er die Bestrafung des K gut findet. Er äußert jedoch auch nicht sein Einverständnis mit der Bestrafung.

Die Beurteilung der Beteiligungsform des Garanten in dieser Konstellation ist strittig. Dabei erscheint insbesondere fraglich, ob neben einem aktiv handelnden Täter ein Unterlassender auch Täter sein kann oder nur eine Beihilfe durch Unterlassen begeht. Dies setzt natürlich voraus, dass eine Garantstellung vorliegt. Diese Fallkonstellation kommt nur zum Tragen, sofern man eine Mittäterschaft zwischen aktiv Handelnden und Unterlassenden ablehnt. Andernfalls könnte man ja schon die Handlung des Handelnden dem Unterlassenden nach § 25 II StGB zugerechnet werden. Insofern ist diese Konstellation insbesondere relevant, wenn eine Nebetäterschaft vorliegt (siehe **BGH L&L 2010, S. 741f. lesen!**).

**e.A: Unterlassender ist immer Teilnehmer:** Garant könne neben Begehungstäter keine Tatherrschaft begründen. Täterschaft des Unterlassenden wäre allenfalls möglich, wenn der aktiv handelnde Täter den Tatablauf nicht mehr beherrschen kann, insbesondere weil er den Tatort verlassen hat

**a.A.: Unterlassender ist immer Täter:** Garant ist wegen seiner Erfolgsabwendungspflicht immer als Täter anzusehen.

**a.A: Differenzierung nach der Garantspflicht**

Beschützergarant = Täter / Überwachungsgarant = Teilnehmer

**H.M.:** Es gelten dieselben **Kriterien wie beim Begehungsdelikt:** Es muss somit nach h.L. die Tatherrschaft des Garanten geprüft werden. Der *BGH* folgt hierbei der Animus-Theorie (**BGH L&L 2010, S. 741f.**). Diese Ansichten überzeugen letztlich, sodass sie eine flexible dem Einzelfall angemessene Lösung ermöglichen.

## **IV. Mittelbare Täterschaft, § 25 I 2. Alt StGB**

Täter ist nach § 25 I 2. Alt. StGB auch derjenige, der die Straftat „durch einen anderen“ begeht. Abstrakter Grundgedanke ist die Feststellung, dass es Konstellationen gibt, in denen jemand Herr des Geschehens ist, obwohl er die Tat nicht mit eigener Hand verwirklicht, sondern durch ein menschliches Werkzeug. Kennzeichnend für die mittelbare Täterschaft ist die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unterlegene Stellung des Tatmittlers und die überlegene, beherrschende Rolle des Hintermannes, der die Sachlage

richtig erfasst und das Tatgeschehen kraft seines planvoll lenkenden Willens „in der Hand“ hat, sodass die Tat normativ als sein Werk erscheint. Dies ist typischerweise der Fall, wenn beim Tatmittler ein strafrechtlicher Defekt vorliegt und der Hintermann diesen maßgeblichen Umstand verursacht hat oder zumindest kennt und ausnützt. In Betracht kommt dies vor allem bei tatbestandslos handelndem Werkzeug (Handlung obj. nicht tatbestandsmäßig oder ohne Vorsatz), bei rechtmäßig handelndem Werkzeug, schuldlos handelndem Werkzeug sowie bei der Instrumentalisierung des Opfers als Werkzeug gegen sich selbst.

#### **Hierzu folgender Beispielfall:**

T sieht bei einem Spaziergang im Villenviertel den teuren Fußball des E in dessen umzäunten Garten. T will den Fußball unbedingt entwenden, ist aber inzwischen zu unsportlich, um über den Zaun zu klettern, und zu dick um durchzuklettern. Enttäuscht geht er weiter. Als ihn der 9-jährige W entgegenkommt, kommt ihm eine Idee. Er überzeugt W wahrheitswidrig davon, dass er seinen Fußball aus Versehen in den Garten des E geschossen hat und schon mehrmals erfolglos geklingelt hat. Daher bittet er den schwächlichen W durch die Zaunstäbe zu klettern und ihm seinen Fußball zu bringen. Dies macht W so dann. **Strafbarkeit von T und W nach § 242 I StGB?**

#### **Lösung:**

#### **A. Strafbarkeit des W § 242 I StGB**

##### **I. Tatbestand**

##### **1. Objektiver Tatbestand**

###### **a) fremde bewegliche Sache**

(+); Fußball des E ist für W eine fremde bewegliche Sache

###### **b) Wegnahme**

Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsam

→ hier (+) durch das Entwenden des Fußballes aus dem umzäunten Garten.

###### **c) Zw.Erg.: obj. TB des § 242 I (+)**

##### **2. Subjektiver Tatbestand**

###### **a) dol. ev. bzgl. obj. Tb?**

Hat W *dolus eventualis* bzgl. des Gewahrsamsbruchs?

wohl (+), da E in dem umzäunten Garten Gewahrsam hat und nicht T.

###### **b) rechtswidrige Dritt-Zueignungsabsicht?**

Zueignungsabsicht setzt zumindest vorübergehende Aneignungsabsicht (zweimal a) und dauerhaften Enteignungseventualvorsatz (zweimal e) voraus.

W hat jedenfalls keinen dauerhaften Enteignungseventualvorsatz, da er T für den Eigentümer hält; im Übrigen auch kein Vorsatz bzgl. der RW der Dritt-Zueignungsabsicht. Dies letztlich aufgrund eines Sachverhaltsirrtums nach § 16 I 1 StGB.

#### **II. ZwErg: § 242 I (-) mangels Zueignungsabsicht; im übrigen W mit 9 Jahren auch schuldunfähig.**

## A. Strafbarkeit des T §§ 242 I, 25 I 2. Alt. StGB

### I. Tatbestand

#### 1. obj. Tb.

##### **a) fehlende eigenhändige Verwirklichung**

A hat den Fußball des E nicht weggenommen

##### **b) Verwirklichung durch Tatmittler**

Wie oben bereits geprüft hat aber W durch die Wegnahme des Fußballes den objektiven Tatbestand des § 242 I StGB verwirklicht.

##### **c) Zurechnung nach § 25 I 2. Alt.**

Fraglich ist, ob die Wegnahme der fremden beweglichen Sache durch W den T zugerechnet werden kann. Dies wäre gegeben, wenn ein Fall der mittelbaren Täterschaft vorliegt. Hier handelte W ohne Vorsatz und ohne Schuld, so dass ein klassischer Fall der mittelbaren Täterschaft vorliegen könnte. Das Hervorrufen/Ausnutzen des Defekts beim W durch die Irrtumserregung des T begründet die Tatherrschaft bzw. den Täterwillen des T. Dies wird verstärkt dadurch, dass W erst 9 Jahre alt ist. T ist demnach die Zentralgestalt, die das Geschehen obj. steuert. T hat daher die Tatherrschaft und den Täterwillen aufgrund einer objektiven Gesamtschau des Geschehens. Folglich liegt ein Fall der mittelbaren Täterschaft vor, so dass die Wegnahme der fremden beweglichen Sache durch W den T zugerechnet werden kann. Der objektive Tatbestand ist damit verwirklicht.

#### 2. Subj. TB

Eine Zurechnung von subj. TBM erfolgt nicht, so dass T selbst den subj. TB erfüllen muss.

##### **a) Vorsatz bzgl. der Handlung des Tatmittlers**

T hat dolus eventualis bzgl. der Handlung des W.

##### **b) Vorsatz bzgl. der eigenen Tatherrschaft bzw. Täterwille**

T hat auch Vorsatz bzgl. der eigenen Tatherrschaft und bzgl. seines Täterwillens, insb. Kenntnis des Defekts des W und seiner überlegenen Stellung.

##### **c) Vorliegen besonderer subjektiver Merkmale**

T will den fremden Fußball dauerhaft behalten und hat damit selbst vorübergehende Aneignungsabsicht (zweimal a) und dauerhaften Enteignungs-eventualvorsatz (zweimal e) voraus. Seine Zueignungsabsicht ist auch rechtswidrig.

### **II. Rechtswidrigkeit (+)**

### **III. Schuld (+)**

### IV. ZwErg: § 242 I, 25 I 2. Alt (+)

Aufgrund der limitierten Akzessorietät kommen bei einem schuldlos handelnden Tatmittler für den Hintermann auch Anstiftung oder Beihilfe in Betracht, denn diese erfordern nur eine vorsätzlich und rechtswidrige, jedoch nicht zwingend auch eine schuldhafte Haupttat. Es ist daher genau zu prüfen, ob der Hintermann das Geschehen tatsächlich beherrscht, was zB bei (gerade noch) nicht strafmündigen Werkzeugen (§ 19 StGB) eher fraglich ist als beim Ausnutzen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums.



**Beachte:** Bei Einbeziehung des Opfers als Werkzeug gegen sich selbst kommt es entscheidend auf die Abgr. zur freiverantwortlichen Selbstgefährdung an. Der BGH differenziert im „Sirius-Fall“ (lesen! neben dem „Katzkönig-Fall“ mE der spektakulärste Fall überhaupt), in dem sich das Opfer weder in einem der von § 20 StGB erfassten Zustände noch in einer Notstandslage i.S. des § 35 StGB befindet, sondern durch Täuschung des Hintermannes zur Tat veranlasst wurde, nach „Art und Tragweite des Irrtums“ (BGHSt 32, 38/41f.).

**(P) normativ-psychologische mittelbare Täterschaft, unter anderem Fälle des absichtslos / qualifikationslos dolosen Werkzeugs**

Diskutiert wird eine normativ-psychologische Täterschaft, wenn eine Strafbarkeit des Werkzeugs am Fehlen einer besonderen Absicht oder einer strafbarkeitsbegründenden Qualifikation scheitert. Dies erscheint jedoch unzutreffend, da es nicht von den Besonderheiten einzelner BT-Tatbestände abhängen kann, ob jemand Täter ist oder nicht. Dies bestimmt sich allein nach den allgemeinen Grundsätzen zur Täterschaft. Gleichwohl entsteht damit gerade in den Fällen der echten Sonderdelikte eine Missbrauchs- und Umgehungsgefahr. Es drohen Strafbarkeitslücken, sodass insb. bei Amtsträgerdelikten eine solche Tatherrschaft bejaht wird.

**Beachte:** Da die Drittzeignungsabsicht durch das 6. StrRG vom 30.01.1998 flächendeckend eingeführt wurde, ist die Figur des absichtslos (= keine Zueignungsabsicht) dolosen Werkzeugs kaum noch denkbar. Denkbar ist eine derartige Konstellation jedoch weiterhin insbesondere bei

> § 288 StGB Bsp.: T droht die Zwangsvollstreckung. Da T 500km von seiner Wohnung entfernt verweilt, ruft er seinen Freund W an und bittet diesen unter Aufklärung des gesamten Sachverhalts, seine Rolex-Sammlung aus seiner Wohnung zu holen und vor dem Gerichtsvollzieher in Sicherheit zu bringen. W macht dies.

W kann nicht Täter des § 288 sein, da ihm nicht die Zwangsvollstreckung droht, so dass eine Anstiftung des T scheitert. Die Frage ist, ob T sich nach §§ 288, 25 I 2. Alt StGB wegen einer normativ-psychologischen Täterschaft strafbar gemacht hat.

> § 164 StGB (siehe hierzu Entscheidung des OLG Stuttgart – Beschluss vom 7.4.2017 – 1 Ws 42/17)

> § 252 StGB Bsp.: T macht einen Wohnungseinbruchsdiebstahl im 3. Obergeschoss. T erbeutet 20.000 EUR. G hält ihm die Leiter und bekommt 200 EUR dafür. Als T oben auf der Leiter ist, erscheint unten der Passant P und ruft nach der Polizei. Da T oben auf der Leiter nichts machen kann, ruft er G zu, den P mit niederzuschlagen, was G auch macht.

G kann jedenfalls deshalb nicht Täter des § 252 sein, da er nicht im Besitz der Beute ist, so dass eine Anstiftung des T scheitert. Das Hauptproblem des Falles ist, ob T sich nach §§ 252, 25 I 2. Alt StGB wegen einer normativ-psychologischen Täterschaft strafbar gemacht hat (Natürlich sind hier auch noch weitere Delikte zu prüfen).

## 1. Aufbau

Dringend zu vermeiden sind abstrakte „Vorweg“-Erörterungen. Zu beginnen ist mit der Strafbarkeit des Tatmittlers. Meist verneint man diese aufgrund eines Defekts (Ausn.: volldeliktisch handelndes Werkzeug). Der Umstand der mittelb. T. ist dann in die Prüfung der TB-mäßigkeit des Hintermannes bei dem jeweiligen nicht eigenhändig verwirklichten Merkmal einzubauen.

## 2. Schema

**A. Strafbarkeit des Tatmittlers -> häufig (-) wg. Defekt**

**B. Strafbarkeit des mittelbaren Täters**

## I. Tatbestand

### 1. obj. Tb.

a) **fehlende eigenhändige Verwirklichung**

b) **Verwirklichung durch Tatmittler**

c) **Willens- / Wissensherrschaft des Hintermannes**

Hervorrufen/Ausnutzen des Defekts beim Vordermann begründet die Tatherrschaft bzw. den Täterwillen des Hintermannes. Dieser ist die Zentralgestalt, die das Geschehen obj. steuert. Bei volldeliktisch handelndem Werkzeug ist nach der hL die psychisch-reale Tatherrschaft zu prüfen. Die Tatherrschaft begründet die Zurechnung.

### 2. Subj. Tb.

a) **Vorsatz bzgl. der Handlung des Tatmittlers**

b) **Vorsatz bzgl. der eigenen Tatherrschaft bzw. Täterwille**

-> insb. Kenntnis des jeweiligen Defekts bzw. der Umstände, die die überlegene Stellung des Hintermannes gegenüber dem Tatmittler begründen (bspw. bewusste Herbeiführung eines Defekts)

Tatherrschaftslehre: Bewusstsein der Tatherrschaft

Animustheorie: Täterwille aufgrund einer Gesamtbewertung des Geschehens

c) **Vorliegen besonderer subjektiver Merkmale**

## II. Rechtswidrigkeit / III. Schuld

### 3. Error in persona beim Vordermann

Die Behandlung dieser Irrtumsproblematik ist umstritten.

- Nach **e.A.** macht es keinen Unterschied, ob ein menschliches oder mechanisches Werkzeug fehlerhaft ist. Der Vorsatz des Hintermannes sei in dem Moment, in dem die Tatherrschaft an den Tatmittler abgegeben wurde, auf das gewünschte Opfer konkretisiert.  
-> **aberratio ictus** (Strafbarkeit wegen Versuchs und Fahrlässigkeit)
- Eine **a. A. differenziert**: Wurde die Individualisierung dem Tatmittler überlassen, sei der Irrtum unbeachtlich, da die Fehlerhaftigkeit der Opfersauswahl das immanente Risiko der Verwendung eines menschlichen Werkzeugs sei. Fehlte hingegen eine Individualisierung, so sei die dann auftragswidrige Ausführung für den mittelb. Täter eine aberratio ictus.

### 4. Unmittelbares Ansetzen bei mittelbarer Täterschaft

(→ siehe Übersicht zum Versuch)

### 5. Klausurklassiker: Mittelbare Täterschaft bei volldeliktisch handelndem Tatmittler

In Rspr./Lit. sind einige Fallgruppen entwickelt worden, bei deren Vorliegen eine mittelbare Täterschaft trotz volldeliktisch handelndem Werkzeug anerkannt wird. Man spricht insofern vom „Täter hinter dem Täter“. In diesen Fällen liegt kein strafrechtlich relevanter Mangel vor, sodass man eigentlich nicht von einem Defekt sprechen kann. Gleichwohl liegt auch in den unten aufgezählten Konstellationen ein Mangel im psychisch-realen Sinn vor, durch dessen Hervorrufen und/oder Ausnutzen beim Hintermann eine psychisch-reale Tatherrschaft über den gleichwohl volldeliktisch handelnden Vordermann begründet werden kann. Entscheidend ist wiederum, wer die Zentralgestalt des Geschehens ist.

**Wichtig: Zu dieser Konstellation sind verschiedene Fallgruppen anerkannt. In der Klausur ist es jedoch keinesfalls ausreichend, einfach einer dieser Fallgruppen als einschlägig zu erachten. Vielmehr liegt der Schwerpunkt der Lösung in der sauberen Abgrenzung zur Teilnahme. Damit muss immer anhand des konkreten Einzelfalls dargelegt werden,**

## **warum der Hintermann die Tatherrschaft (hL) bzw. den Täterwillen aufgrund einer objektiven Gesamtschau des Geschehens (BGH) hat.**

Als Fallgruppen sind zu nennen:

- **Ausnutzen eines graduellen Tatbestandsirrtums**  
Bsp.: Unternehmer U kündigt den Arbeitnehmern A und B, um seine Gewinne zu maximieren. A und B wollen daraufhin U zur Rede stellen, der sie 3 Std. warten lässt. Irgendwann sagt A zu B: „Schmeiß doch mal die Vase dort an die Wand!“. B entgegnet: „Das ist bestimmt eine teure Ming-Vase, an der ich mein ganzes Leben abbezahlen werde. B, der genau weiß, dass es in der Tat eine teure Ming-Vase ist, entgegnet: „Quatsch, das ist eine billige Kopie vom Baumarkt, die 20€ kostet. Ich habe die damals für den U besorgt.“ B zerstört daraufhin die Vase.
- **Ausnutzen eines vermeidbaren Verbotsirrtums („Katzenkönig-Fall“, BGHSt 35, 347f. - lesen! neben dem „Sirius-Fall“ mE der spektakulärste Fall überhaupt im deutschen Strafrecht)**  
Behandlung strittig, z.T. wird die Möglichkeit einer mittelbaren Täterschaft wegen der vollen deliktischen Verantwortung des Vordermannes stets verneint, da diese die Haftung des Hintermannes ausschliesse (uneingeschränktes Verantwortungsprinzip). Dies überzeugt freilich nicht. Für die Möglichkeit mittelb. Täterschaft spricht aber, dass dem Tatmittler auch beim vermeidbaren Verbotsirrtum das Unrechtsbewusstsein fehlt. Ferner würde ansonsten die Strafbarkeit des Hintermanns von der Vermeidbarkeit des Irrtums beim Werkzeug abhängen. Wäre der Irrtum unvermeidbar, so wäre nämlich ein klassischer Defekt gegeben.
- **Hervorrufen und Ausnutzen eines error in persona („Opferfalle“)**  
zT wird in dieser Fallgruppe nicht mittelbare Täterschaft angenommen, sondern Nebentäterschaft.
- **Ausnutzung hierarchischer Strukturen/organisierte Machtapparate**  
Bei hierarchischen Strukturen mit strenger Über- und Unterordnung begründet das Ausnutzen der instrumentalisierten, regelhaften Abläufe mit ihrem In-Gang-Setzen die mittelbare Täterschaft der Hintermänner (sog. „Schreibtischtäter“). Die Struktur des Apparates garantiert den Vollzug des Befehls des Hintermannes. Der konkrete Befehlsausführer ist nur ein auswechselbares Rädchen im Getriebe, sodass bei seiner Weigerung ein anderer den Befehl ausführt. Diese Figur wird vom BGH bei der Bestrafung der Mitglieder des Politbüros des ZK der SED und des Nationalen Sicherheitsrates der DDR wegen der Todesschüsse an der Mauer verwendet (BGHSt 45, 270f. u. 40, 218f.; kritisch: Rotsch, NSTZ 1998, 491f.).  
Eine Mittäterschaft kommt dagegen wegen der klaren Hierarchien nicht in Betracht. Es fehlt am gleichberechtigten Miteinander. Vielmehr beherrscht der Hintermann das Geschehen in diesen Fällen wesentlich stärker als in den anderen anerkannten Fällen.

### **6. Mittelb. Täterschaft durch Unterlassen? (Politbüro II) , BGHSt 48, 77f.**

In dieser Entscheidung hatte der BGH für die Tötungsfälle an der innerdeutschen Grenze eine mittelb. Täterschaft durch Unterlassen auch derjenigen Politbüromitglieder bejaht, welche erst nach der Jahres-Beschlussfassung über die Fortgeltung des Grenzregimes („Schießbefehl“) in das Gremium eintraten. Die Mitglieder hatten damit den Beschluss nicht selbst gefasst, jedoch erfolgten während ihrer Mitgliedschaft die Tötungen. Auch in dieser Entscheidung stützte sich der BGH dabei wie bei den Fällen des aktiven Tuns auf die „Verantwortungskette“, durch welche regelhafte Abläufe auf-

grund der hierarchischen Organisationsstruktur in Gang gesetzt werden. Die für ein Unterlassen erforderliche Garantenstellung folgte der BGH dabei aus der DDR-Verfassung und internationale Erklärungen über die Menschenrechte.

Von Teilen der Literatur wird hingegen eine solche mittelb. Täterschaft durch Unterlassen mit der Begründung abgelehnt, dass es mangels eines entsprechenden Veranlassens auch keine Tatherrschaft des Hintermanns geben könne. In diesem Fall wäre jedoch immer noch eine Strafbarkeit wegen Beihilfe durch Unterlassen denkbar.

Der BGH hält dem entgegen, dass ein aktives Tun und eine entsprechende Kausalität bei der mittelbaren Täterschaft nicht zwingend zu fordern sei, vielmehr Unterlassen auch ausreichen könnte.

Fraglich erscheint, ob eine Konstruktion über eine mittelb. T überhaupt erforderlich ist oder sich nicht ohnehin eine täterschaftliche Strafbarkeit aus Unterlassen ergibt. Ferner erscheint es problematisch, ob dem Einzelnen eine Erfolgsabwendung – etwa durch ein Hinwirken auf die Rücknahme des Beschlusses dem Einzelnen überhaupt möglich gewesen wäre. Der BGH beschränkte sich hier auf die Aussage, dass diese Möglichkeit zumindest nicht auszuschließen sein und insofern dies zu probieren gewesen wäre.

## **V. Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe)**

Als nicht täterschaftliche Beteiligungsformen kommen Anstiftung oder Beihilfe in Betracht. Der Strafgrund der Teilnahme ist strittig. Dabei wird zum Teil eine reine Verursachungstheorie vertreten. Danach liegt ein selbständiges Teilnehmerdelikt vor, welches seinen Unwertgehalt unmittelbar aus der verursachten Rechtsgutsverletzung bezieht. Die h.M. (Unrechtsteilnahmetheorie) sieht den Strafgrund der Teilnahme hingegen im Beitrag des Anstifters oder Gehilfen zur Verwirklichung des Unrechts der Haupttat.

Bzgl. der Schuld ist jeder Beteiligte gem. § 29 StGB isoliert zu prüfen. Wesensmerkmal der Teilnahme ist damit nach hM der Grundsatz der limitierten Akzessorietät: Anstiftung und Beihilfe setzen eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat iSd § 11 Nr. 5 StGB voraus, jedoch keine schuldhaft.

Daher wird als Strafgrund auch nicht mehr die Schuldteilnahme-Theorie vertreten, nach der dem Teilnehmer vorgeworfen wird, den Täter in Schuld/Strafe zu führen. Sie ist wegen § 29 StGB contra legem.

Akzessorietätslockerungen/-durchbrechungen erfolgen über § 28 StGB bei besonderen persönlichen Merkmalen:

**§ 28 I** bewirkt eine obligatorische Strafmilderung für den Teilnehmer, bei dem ein besonderes persönliches Merkmal gem. § 14 StGB fehlt, das die Strafbarkeit begründet

-> grundsätzlich wird der Teilnehmer aber wie der Täter bestraft

**§ 28 II** besondere pers. Merkmale, die strafscharfend oder strafmildernd wirken, gelten nur für denjenigen, bei dem sie vorliegen. Es kommt ggf. zu einer „Tatbestandsverschiebung“

-> Teilnehmer wird nach seinen „eigenen“ besonderen persönlichen Merkmalen bestraft

**Beachte:** Dies ist äußerst problematisch bei den täterbezogenen, also subjektiven Mordmerkmalen. Die Anwendbarkeit von Abs. 1 bzw. Abs. 2 ist zwischen Rspr. und hL umstritten. Dieser Streit ist gerade dann relevant, wenn es um die Strafbarkeit eines Teilnehmers geht und (!) um subjektiven Mordmerkmalen.

Eine **vors., rw Haupttat** als Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit des Hintermanns ist jedoch stets erforderlich. Die Haupttat muss deshalb das Stadi-

um des strafbaren Versuchs erreicht haben (Anstiftung zum Versuch). Teilnahme an fremder Fahrlässigkeit ist nicht möglich.

Fehlt es an einer vorsätzlichen, rw Haupttat, so kommt die versuchte Anstiftung in Betracht. Die versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen gem. § 30 I StGB ist streng zu trennen von der Anstiftung zum Versuch, welche nach § 26 StGB behandelt wird. Die versuchte Anstiftung zu einem Vergehen ist straflos (Ausn: §§ 111, 159 StGB). Versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen gem. § 30 I StGB liegt immer dann vor, wenn die Haupttat nicht einmal das Stadium eines strafbaren Versuchs erreicht oder kein Bestimmen vorliegt. § 31 StGB regelt dann einen möglichen Rücktritt. Bei der Anstiftung zum Versuch gelingt hingegen die Anstiftung, jedoch bleibt die Haupttat im Stadium des strafbaren Versuchs stecken. In diesem Fall greift § 26 StGB, da auch eine Versuchte Straftat eine vorsätzliche und rechtswidrige Straftat ist.

Die (vollendete) Beihilfe zu einer strafbaren versuchten Tat ist gem. § 27 I StGB strafbar. Mangels einer § 30 StGB entsprechenden Vorschrift ist die versuchte Beihilfe straflos. Daraus lässt sich folgern, dass für § 30 II („Verabredung zu einem Verbrechen“) eine täterschaftliche oder anstiftende Beteiligung erforderlich ist. Beihilfe reicht gerade nicht aus, für eine Anstiftungshandlung gilt § 30 II StGB. Sowohl bei der Anstiftung zum Versuch als auch bei der Beihilfe zum Versuch gelten die (allgemeinen) Rücktrittsregeln des § 24 Abs. 2 StGB. Für den Rücktritt von § 30 ist der § 31 StGB einschlägig.

## **1. Anstiftung, § 26 StGB**

Die Anstiftung ist nun dadurch gekennzeichnet, dass der Teilnehmer den Haupttäter zu seiner Tat bestimmt. Der Teilnehmer weckt erst den Tatentschluss. Anstiftung zur Anstiftung ist nach h.M. (mittelbare) Anstiftung zur Haupttat. Beihilfe zur Anstiftung oder Anstiftung zur Beihilfe sind hingegen lediglich als Beihilfe zur Haupttat strafbar.

## **Aufbau, § 26 StGB**

### **I. Tatbestand**

#### **1) obj. Tb.**

##### **a) Vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat**

**b) Bestimmen zur Haupttat (Anstifterhandlung):** Hervorrufen des Tatentschlusses beim Haupttäter. Hieran fehlt es beim sog. omnimodo facturus, dem bereits zur Tat Entschlossenen. In Betracht kommt dann allein eine psychische Beihilfe.

#### **2) subj. Tb.**

**(a) Vorsatz bzgl. der Haupttat:** muss gerichtet sein auf Ausführung und Vollendung einer in ihren wesentlichen Grundzügen konkretisierten Tat durch einen bestimmten Täter oder einen individuell bestimmbar Personenkreis.

##### **b) Vorsatz bzgl. der Anstifterhandlung**

##### **c) ggf. § 28 I oder II**

### **II. Rechtswidrigkeit**

### **III. Schuld**

## **(P) Anstiftung durch einen sog. „agent provocateur“ (Lockspitzel der Polizei)**

Beim Lockspitzel als Anstifter entfällt idR die Strafbarkeit, da er keinen Vorsatz auf Vollendung der Haupttat hat bzw. weil er keinen auf materielle Beendigung der Tat gerichteten Vorsatz hat. Zudem ist an Rechtfertigungsgründe wie Einwilligung oder mutmaßl. Einwilligung zu denken.

Schwieriger zu beurteilen ist die Strafbarkeit des vom Lockspitzel Angestifteten. Seine Strafbarkeit bleibt durch den Lockspitzeinsatz unbeeinflusst, wenn der Angestiftete in einem den §§ 152 II, 160 StPO vergleichbaren Grad verdächtig ist, an einer bereits begangenen Straftat beteiligt gewesen zu sein oder zu einer zukünftigen Straftat bereit zu sein. Anderenfalls liegt ein Verstoß gegen Art. 6 I EMRK vor, der zu einem schuldunabhängigen Strafmilderungsgrund von bes. Gewicht führt („Strafzumessungslösung“, *BGHSt* 45, 321,339). In der Lit. wird dem *BGH* z.T. gefolgt. Im Übrigen besteht Uneinigkeit (e.A.: Verfahrenshindernis wegen Verwirkung des staatlichen Strafanspruches, a.A.: Strafausschließungsgrund, a.A.: Beweisverwertungsverbot).

### **(P) Anstiftung eines zum Grunddelikt Entschlossenen zur Qualifikation („Aufstiftung“)**

Nach Rspr. mögl. wegen des Entschlusses zur Verwirklichung eines höheren Unrechtsgehalt, den der Anstifter durch seine Bestimmungshandlung hervorgerufen hat. Ferner kommt der Gedanke der erhöhten RG-gefährdung zum Tragen. Insofern ist Anstiftung mögl. Die h.L. bejaht eine Anstifterhandlung nur dann, wenn ein selbständiges strafrechtliches Unrecht geschaffen wird, da ansonsten kein aliud, sondern nur ein Mehr an Unrecht vorliegt und damit nur (psychische) Beihilfe.

### **(P) Error in persona beim Angestifteten („Rose-Rosahl-Fall“)**

->Auswirkung auf Anstifter str.:

- **Preußisches Obertribunal:** error in persona auch beim Anstifter unbeachtlich („Rose-Rosahl-Urteil“). Gemäß § 26 StGB wird der Anstifter „gleich einem Täter bestraft“.
- **e.A.:** aberratio ictus des Anstifters, da der Anstiftervorsatz auf eine bestimmte Tat gerichtet ist, welche der Haupttäter wegen seines Irrtums gerade nicht verwirklicht. Gegen den error in persona wird insb. das sog. „Gemetzelnargument“ angeführt. Umstritten, ob der Anstifter – ggf. in Tateinheit mit fahrlässiger Tat – wegen Anstiftung zum Versuch (so die wohl hM) oder wegen versuchter Anstiftung (§ 30 I StGB, nur bei Verbrechen!) bestraft wird.
- **vermittelnde Ansicht:** es ist darauf abzustellen, ob der Anstifter dem Haupttäter die Individualisierung des Opfers überlassen hat (dann unbeachtlicher error in persona, da sich dann das vom Anstifter zu verantwortende Irrtumsrisiko verwirklicht) oder nicht (dann aberratio ictus)
- Nach der Rspr. des *BGH* (St 37,214f. „Hoferbenfall“; *NStZ* 1998, 294/295) ist der Irrtum hingegen grds. unbeachtlich. Das Rechtsgut „Leben“ wird bereits mit der Einwirkung auf den Haupttäter unmittelbar angegriffen. Dies ist gerade das Wesen der Anstiftung. Auf einen späteren Irrtum bei der Ausführung kommt es nicht mehr an. Bei Verwechslung außerhalb jeder Lebenserfahrung kann ein beachtlicher Irrtum über den Kausalverlauf vorliegen.

## **2. Versuchte Anstiftung**

Für § 26 muss die Haupttat zumindest das Stadium des strafbaren Versuchs erreicht haben (Anstiftung zum Versuch). Fehlt es an einer vorsätzlichen, rw Haupttat (oder auch an einem Bestimmen, etwa weil der Haupttäter bereits zur Tat entschlossen war), so kommt die versuchte Anstiftung bei einem

entsprechenden Tatentschluss in Betracht. Die versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen gem. § 30 I StGB ist streng zu trennen von der Anstiftung zum Versuch, welche nach § 26 StGB behandelt wird. Die versuchte Anstiftung zu einem Vergehen ist straflos (Ausn: §§ 111, 159 StGB). Versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen gem. § 30 I StGB liegt immer dann vor, wenn die Haupttat nicht einmal das Stadium eines strafbaren Versuchs erreicht oder kein Bestimmen vorliegt. § 31 StGB regelt dann einen möglichen Rücktritt.

### **Aufbau § 30 I StGB**

#### **I. Vorprüfung**

##### **1) Fehlen der Deliktvollendung**

Die Anstiftung ist nicht vollendet, wenn

->keine vors. rw Haupttat vorliegt (wenn eine solche vorliegt, ist nämlich allein § 26 StGB einschlägig), dh der Haupttäter muss die Schwelle zum strafbaren Versuch erreicht haben

->oder objektiv kein Bestimmen erfolgt ist

##### **2) Strafbarkeit des Versuchs**

Die versuchte Anstiftung ist grds. nur bei Verbrechen strafbar (Ausn. § 159 StGB: versuchte Anstiftung zur Falschaussage)

#### **II. Tatentschluss**

zumindest dolus eventualis bzgl. der Verwirklichung der obj. TBM, also bzgl. der vors. rw. Haupttat und bzgl. des Bestimmens

#### **III. unmittelbares Ansetzen zum Bestimmen**

#### **IV. Rechtswidrigkeit/ V. Schuld**

#### **VI. Rücktritt § 31**

### **3. Beihilfe, § 27 StGB**

Der Gehilfe fördert lediglich die fremde Haupttat. Dabei kommt iRd § 27 StGB jedwede Unterstützungshandlung in Betracht. Auch eine rein psychische Beihilfe durch Bestärkung des fremden Tatentschlusses ist ausreichend (dazu *BGH*, NSTz 2002, 139 f.). Hierauf ist insb. zu achten, wenn ein bereits zur Tat Entschlossener angestiftet werden soll.

#### **(P) Sukzessive Beteiligung und § 257 StGB**

Nach Rspr. ist eine Beihilfe auch sukzessiv zwischen Vollendung und Beendigung möglich. Die Abgr. zu § 257 StGB erfolgt danach, ob der Gehilfe mit der Absicht handelt, dem Täter die Vorteile der Tat zu sichern (dann § 257, sonst sukzessive Beihilfe). Dieser Auffassung begegnen ähnliche Bedenken wie der sukzessiven Mittäterschaft. Ferner spricht dagegen die Existenz des § 257 StGB, insbesondere könnte das Merkmal Vorteilssicherungsabsicht unterlaufen werden.

#### **(P) Kausalität der Beihilfehandlung**

Strittig ist ebenfalls, ob die Beihilfehandlung kausal für den Erfolg der Haupttat sein muss. Nach der Rspr. ist dies nicht erforderlich. Dadurch könnte § 27 StGB jedoch zu einem reinen Gefährdungsdelikt umfunktioniert werden. Deshalb wird teilweise zumindest eine Mitursächlichkeit gefordert. Auch nach Rspr. reicht aber eine bloße Unterstützungsabsicht des Gehilfen nicht aus.

### **Aufbau § 27 StGB**

#### **I. Tatbestand**

##### **1) obj. Tb.**

##### **a) Vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat**

- b) **Beihilfehandlung:** jegliche Unterstützung der fremden Haupttat
- 2) **subj. Tb.**

a) **Vorsatz bzgl. Haupttat** -> gerichtet auf Ausführung und Vollendung der Haupttat. Opfer, Tatzeit oder nähere Details der konkreten Begehungsweise müssen dem Gehilfen nicht bekannt sein; ausreichend ist, dass sein Vorstellungsbild den wesentlichen Unrechtsgehalt der Haupttat erfasst.

b) **Vorsatz bzgl. Beihilfehandlung**

c) ggf. § 28 I oder II

## II. Rechtswidrigkeit / III. Schuld

### (P) **Beihilfe durch neutrale bzw. sozialadäquate Handlungen**

Nach BGH verliert berufstypisches Verhalten seinen Alltagscharakter und bedeutet eine Solidarisierung mit dem Täter, wenn dessen Handeln nur auf das Begehen einer strafbaren Handlung abzielt und der Fördernde dies weiß. In der Regel lassen sich diese Fälle jedoch schon interessengerecht über den Vorsatz (dolus eventualis) bezüglich der vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat lösen, welcher häufig nicht vorliegen wird, so dass eine Strafbarkeit schon vor diesem Hintergrund ausscheidet.

## H. Versuch und Rücktritt

Ablauf eines strafrechtlichen Delikts

- > **Tatentschluss**
- > **Vorbereitungshandlung**
- > **Versuch**
- > **Vollendung**
- > **Beendigung**

Gem. § 23 I StGB ist der Versuch eines Verbrechens stets strafbar, der eines Vergehens nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt. Während damit der Versuch meist strafbar ist, sind Tatentschluss (Ausn.: § 30 II StGB) und Vorbereitungshandlungen (Ausnahme: §§ 83, 98, 149, 234a III, 263a III StGB) grundsätzlich straflos.

Das Versuchsstadium endet mit der formellen Vollendung, also der vollständigen Erfüllung aller Tatbestandsmerkmale. Materiell beendet ist die Tat jedoch erst, wenn das Tatgeschehen über die eigentliche TB-Verwirklichung hinaus seinen tatsächlichen Abschluss gefunden hat. Wann dies der Fall ist, und ob überhaupt eine Beendigungsphase existiert, hängt von der Deliktsstruktur des jeweiligen Tatbestandes ab.

**Anmerkung:** Typischer Beispielsfall für ein Delikt mit Beendigungsphase ist der Diebstahl, der zwar mit Gewahrsamsbegründung vollendet ist, dessen Beendigung aber von der hinreichenden Sicherung des erlangten Gewahrsams abhängt. Bis zur Beendigung wäre z.B. noch Notwehr, sukzessive Teilnahme (sehr strittig!) oder die Verwirklichung qualifizierender Merkmale denkbar.

### Strafgrund des Versuchs

Strafgrund des Versuchs ist nach der herrschenden obj.-subj. Theorie die Betätigung rechtsfeindlicher Gesinnung und deren Eindruck auf die Allge-



meinheit (Handlungsunrecht), der zu einer Erschütterung des Rechtsbewusstseins und zur Gefährdung des Rechtsfriedens führen kann. Ein bloßes Abstellen auf den Tatentschluss wäre Gesinnungsstrafrecht. Deswegen ist ein unmittelbares Ansetzen erforderlich.

## **Prüfungsschema beim Versuch**

### **I. Vorprüfung**

- 1) Fehlen der Deliktvollendung
- 2) Strafbarkeit des Versuchs

### **II. Tatentschluss**

### **III. unmittelbares Ansetzen**

### **IV. Rechtswidrigkeit**

### **V. Schuld**

### **VI. Rücktritt**

- 1) kein fehlgeschlagener Versuch
- 2) Anforderungen an die Rücktrittshandlung
- 3) Freiwilligkeit

## **Probleme im Einzelnen**

### **I. Vorprüfung**

#### **1) Fehlen der Deliktvollendung**

Der obj. Tatbestand ist nicht oder nicht vollständig erfüllt, etwa wegen Ausbleiben des Erfolges, fehlender Kausalität oder mangelnder Zurechenbarkeit des eingetretenen Erfolges.

#### **2) Strafbarkeit des Versuchs**

Gem. § 23 I StGB ist der Versuch eines Verbrechens stets strafbar, der eines Vergehens nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt. Die Begriffe Verbrechen und Vergehen sind in § 12 StGB legal definiert. Es zählt nur der Regelstrafrahmen. Etwaige Strafrahmenverschiebungen durch Schärfungen oder Milderungen werden nicht berücksichtigt.

### **(P) Versuch bei erfolgsqualifizierten Delikten (siehe unten)**

#### **(P) Exkurs: Versuch eines Regelbeispiels (RB)**

Dies ist schon begrifflich nicht möglich, da als bloße Strafzumessungsregel nicht zur Bestimmung der Versuchsstrafbarkeit geeignet. Fraglich ist jedoch, ob die Indizwirkung auch eintritt, wenn die Voraussetzungen des Regelbeispiels obj. nicht vorliegen, der Täter jedoch deren Verwirklichung in seinen Vorsatz aufgenommen hatte – also diesbezüglich quasi einen Tatentschluss hatte.

-> ausführliche Darstellung der Problematik erfolgt bei § 243

### **(P) Strafbarkeit des Untauglichen Versuchs (vgl. i.ü. Irrtums-Übersicht)**

Vom untauglichen Versuch spricht man, wenn der Täter seinen Tatentschluss aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen überhaupt nicht verwirklichen kann, ohne dies zu bemerken. Die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ist weit gehend anerkannt und ergibt sich nach h.M. aus dem Strafgrund des Versuchs und dem Umkehrschluss aus § 23 III StGB. Die typ.

Fälle sind Untauglichkeit des Tatobjekts, des Tatmittels oder des Tatsubjekts selbst. Vor allem beim Irrtum über die Tauglichkeit des Subjekts, wenn also der Täter sich selbst irrtümlich als tauglichen Täter eines Sonderdelikts ansieht, ist auf die Abgr. zum straflosen Wahndelikt zu achten. Letzteres liegt vor, wenn der Täter bei korrekter Tatsachenkenntnis denkt, sein Verhalten würde einer Verbotsnorm unterfallen, die nicht existiert oder die er infolge falscher Auslegung zu seinen Ungunsten überdehnt.

Straflos ist jedoch der sog. „abergläubische Versuch“, also der Fall, dass der Tatentschluss sich deswegen nicht verwirklichen lässt, weil der Täter den Taterfolg mit irrealen, der menschlichen Beherrschbarkeit entzogenen, Mitteln herbeiführen will.

## **II. Tatentschluss**

### **1) Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale**

Welche Vorsatzform der Tatentschluss erfordert, entscheidet der jeweilige Tatbestand. Erforderlich ist in jedem Fall ein unbedingter Handlungswille, anderenfalls läge bloße Tatgeneigtheit vor, die für einen Tatentschluss nicht ausreicht. Am unbedingten Handlungswillen ändert es nichts, wenn der Täter die Tatausführung vom Eintritt einer objektiven, von ihm nicht zu beeinflussenden, Bedingung abhängig macht („Tatentschluss auf bewusst unsicherer Tatsachengrundlage“).

**2) Sonstige bes. subj. Merkmale:** richten sich nach den Besonderheiten des jeweiligen Delikts

## **III. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB**

Das unmittelbare Ansetzen ist das objektive Unrechtselement. Es ist notwendig, um Versuchs- und Vorbereitungshandlungen voneinander abzugrenzen. Der Versuchsbeginn ist in § 22 StGB legal definiert. Nach § 22 StGB verlangt der objektive Versuchstatbestand, dass der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt.

**hM** (= Kombination verschiedener Ansichten): Der Täter setzt unmittelbar an, wenn er subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht's los“ überschritten hat und objektiv Handlungen vornimmt, die unmittelbar in den tatbestandlichen Geschehensablauf einmünden, sodass nach seiner Vorstellung von der Tat keine wesentlichen Zwischenschritte mehr erforderlich sind und das geschützte Rechtsgut bereits konkret gefährdet ist.

### **Problematische Fälle**

#### **(P) Täter lauert dem Opfer auf („Pfeffertütenfall“)**

Fraglich ist in diesen Fällen, ob die Schwelle zum Versuch bereits überschritten wird, wenn die Täter das ihrerseits Erforderliche getan haben und nur noch auf das Opfer warten. Der *BGH* hat dies im Pfeffertüten-Fall ausdrücklich bejaht. Das Auflauern könne ein unmittelbares Ansetzen darstellen, wenn zusätzliche Umstände hinzutreten (Pfeffer, Pistole, laufender Motor, Strumpfmassage). Dies ist in der Rechtswissenschaft auf Kritik gestoßen. In den „Auflauerungs-Fällen“ naht eine Gefahr (nach Tätervorstellung) lediglich heran. Der für das unmittelbare Ansetzen erforderliche Eintritt einer unmittelbaren Gefährdung steht noch aus. Desgleichen könne es keinen Unterschied machen, ob der Täter sich auf den Weg zum Opfer macht (typische Vorbereitungshandlung!), oder ob sich umgekehrt das Opfer auf den Weg zum Täter macht.

### **(P) Türklingelfälle**

In den Türklingelfällen differenziert die Rspr. (zuletzt BGH L&L 2014 S. 110f.) sehr stark nach dem vom Täter geplanten Deliktsablauf. Der Unterschied zu den Auflauerungsfällen liegt in dem Umstand, dass sich das Opfer (nach der Vorstellung des Täters) bereits am Tatort befindet und nicht erst erscheinen muss. Ausschlaggebend dafür, ob bereits das Klingeln ein unmittelbares Ansetzen ist, ist der Plan des Täters. Will er sofort nach Öffnung der Tür losschlagen, dann setzt er mit dem Klingeln unmittelbar an. Bedarf es indessen noch weiterer Zwischenhandlungen (vermeintliches Ablesen eines Stromzählers, Verkaufsgespräch im Rahmen eines vorgetäuschten Haustürgeschäfts, etc...) vor Eintritt in die unmittelbare TB- Verwirklichung, so ist das Klingeln noch eine Vorbereitungshandlung.

### **(P) Unmittelbares Ansetzen bei unechten Unterlassungsdelikten**

Str., zum Versuchsbeginn werden folgende Ansichten vertreten:

- **e.A.:** Verstreichenlassen der letzten Rettungsmöglichkeit;  
dagegen: Versuch und Vollendung würden regelmäßig zusammenfallen
- **a.A.:** Verstreichenlassen der ersten Rettungsmöglichkeit;  
dagegen: Ansicht lässt außer Betracht, ob das betroffene Rechtsgut bereits in irgendeiner Weise gefährdet wurde -> zu weite Ausdehnung der Strafbarkeit
- Daher **wohl h.M.: unmittelbares Ansetzen, wenn**  
nach Vorstellung des Täters bereits akute Gefahr für RG vorliegt, Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs nahegerückt ist und Täter erste Rettungsmöglichkeit verstreichen lässt oder Täter das Kausalgeschehen bei Möglichkeit einer Gefahrentwicklung bereits vorher aus der Hand gegeben hat!

### **(P) Unmittelbares Ansetzen bei Mittätern**

Im Rahmen der Mittäterschaft ist unstr. dass wenigstens ein Mittäter auf der Grundlage des gemeinsamen Tatplans unmittelbar angesetzt haben muss. Nach der sog. Gesamtlösung treten in diesem Moment alle Mittäter ins Versuchsstadium ein. Nach der Einzellösung treten die übrigen Mittäter erst ins Versuchsstadium ein, wenn sie zu ihrem eigenen, Tatherrschaft vermittelnden Tatbeitrag unmittelbar angesetzt haben. Dem Wesen der Mittäterschaft wird wegen der Struktur des § 25 II StGB wohl nur die Gesamtlösung gerecht. Der Versuch beginnt danach einheitlich für alle Mittäter, wenn einer von ihnen auf der Grundlage des gemeinsamen Tatplans zur Verwirklichung des TB unmittelbar ansetzt. (zu dem veralteten Streit Gesamt-/Einzellösung: *Krack*, ZStW 110(1998), 611f).

### **(P) Unmittelbares Ansetzen bei vermeintlicher Mittäterschaft - „Münzhändlerfall“**

Fraglich ist, ob bei dem Ansetzen durch einen vermeintlichen Mittäter für die Frage des unmittelbaren Ansetzens beim Versuch die Gesamtlösung herangezogen werden darf, um dem Irrenden das Handeln des vermeintlichen Mittäters nach § 25 II StGB zuzurechnen. Der 4. Senat des *BGH* bejaht dies im sog. „Münzhändlerfall“ (*BGHSt* 40, 299f.). Er lässt die vermeintliche Mittäterschaft, also die irrige Annahme, dass eine andere Person aufgrund eines gemeinsamen Tatplans handelt, als Grundlage der Zurechnung genügen. Dies stützte der *BGH* vor allem darauf, dass beim Versuch (im vorliegenden Fall war es ein untauglicher Versuch) allein die Vorstellung des Täters ent-

scheidend sei. Kritik: das unmittelbare Ansetzen ist gerade auch objektiv zu bestimmen!

Anders entschied der 2. Senat im ähnlich gelagerten „Türklingsfall“ (BGHSt 39, 236f.). Er lehnt eine Zurechnung dann ab, wenn die Tat zum Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens nicht mehr auf einem gemeinsamen Tatplan beruhe. Dies sei der Fall, wenn der vermeintliche Mittäter (im vorliegenden Fall war es ein „abtrünniger Mittäter“, der sich vorher der Polizei offenbarte) zu dem Zeitpunkt, in welchem dieser unmittelbar zur Tat ansetzt, keinen Vorsatz bzgl. der Mittäterschaft mehr hat. Es kommt dann nur eine Strafbarkeit nach § 30 II StGB in Betracht.

### **(P) Unmittelbares Ansetzen bei der mittelbaren Täterschaft**

- e.A.: wie bei der Mittäterschaft liegt Versuchsbeginn erst vor, wenn zur tatbestandlichen Ausführungshandlung unmittelbar (durch den Tatmittler) angesetzt wird.
- Teilweise wird auf den Zeitpunkt der Einwirkung auf den Tatmittler abgestellt. Dabei ist es auch irrelevant, wenn der Hintermann seine Tatherrschaft später verliert
- Die h.M. stellt auf den ZP ab, in dem der mittelbare Täter das Geschehen aus der Hand gibt und nach seiner Vorstellung das betroffene Rechtsgut bereits unmittelbar gefährdet ist, weil es ohne weitere wesentliche Zwischenschritte zur Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung durch den Tatmittler kommen soll.

Für die hM spricht, dass es sich um mittelbare Täterschaft handelt, also auf das eigene Handeln des Täters abgestellt werden muss. Es geht um die täterschaftliche Begehung und damit um das Tatstadium, das der Täter unmittelbar beherrscht. Liegt beim Hintermann kein Gefährdungsbewusstsein vor (hält dieser z.B. noch weitere Vorbereitungshandlungen für erforderlich), so erfolgt der Eintritt in das Versuchsstadium aber spätestens mit dem Ansetzen des Tatmittlers, was überzeugt, denn mit der Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung durch den Tatmittler ist das Stadium des strafbaren Versuchs immer erreicht.

### **(P) Notwendige Mitwirkung des Opfers / Werkzeug gegen sich selbst , sog. Passauer „Giffalle“ vgl. BGH NJW 1997, 3454 = NStZ 1998, 241 (hier abgewandelt)**

Unbekannte waren in das Haus des Apothekers A eingedrungen und hatten unter anderem auch die Hausbar geplündert. Die Polizei ging von einer erneuten Rückkehr der Einbrecher aus, sodass 4 Polizisten im Haus blieben. Vorher schon hatte sich A entschlossen, eine Weinflasche aufzustellen, und diese mit einem tödlich wirkenden Gift zu versetzen. Hierbei nahm er die Tötung der Einbrecher billigend in Kauf. A kamen anschließend Bedenken, da er die Polizisten nicht eingeweiht hatte, woraufhin er diese auf den giftigen Inhalt der Flasche hinwies.

Der BGH verneinte die Strafbarkeit des Versuchs aufgrund des mangelnden unmittelbaren Ansetzens: Setze ein Tatplan die Mitwirkung des Tatopfers zu dessen Selbstschädigung zwingend voraus, sei für den Täter aber andererseits noch ungewiss, ob das Opfer sich so verhalten werde, wie er geplant habe, so beginne der Versuch erst später. Das Tatopfer müsse sich dann tatsächlich so in den Wirkungskreis des Tatmittels (hier der Giffalle) begeben, dass sein Verhalten bei ungestörtem Fortgang unmittelbar in die Verwirklichung eines Straftatbestandes einmünden könne. Das sei hier nicht der Fall gewesen, da ein erneutes Erscheinen der Einbrecher ungewiss und we-

gen der polizeilichen Observation darüber hinaus mit einer sofortigen Festnahme zu rechnen gewesen sei.

**IV. Rechtswidrigkeit/Schuld:** Es gilt dasselbe wie beim vollendeten Vorsatzdelikt.

#### **V. Rücktritt als persönl. Strafaufhebungsgrund, § 24 StGB**

Im Anschluss an die Versuchsprüfung ist immer an einen möglichen Rücktritt zu denken. Für die Begründung dieser Möglichkeit werden verschiedene Ansätze vertreten. Ein Teil der Lehre will dem Täter eine goldene Brücke zurück in die Legalität bauen. Andere betonen den Verdienst der Verhinderung des Erfolgeintritts durch den Rücktritt, welche durch die Gewährung der Straffreiheit belohnt werden soll. Die Strafzwecktheorie begründet die Strafaufhebung damit, dass general- und spezialpräventive Gründe bei freiwilligem Rücktritt eine Bestrafung nicht erfordern. Der *BGH* kombiniert zum Teil diese Ansätze und würdigt den Rückzug als honorierungsfähige Umkehrleistung. Nach dem *BGH* ist dabei darauf abzustellen, dass ein Strafbefürfnis nicht besteht, wenn der verbrecherische Wille nicht stark genug zur Durchführung des Delikts ist. Weder aus spezial- noch generalpräventiven Gründen erscheint dann eine Bestrafung geboten. Die Ermöglichung des Rücktritts dient darüber hinaus auch dem Opferschutz.

#### **1) kein fehlgeschlagener Versuch**

Ein Rücktritt ist immer ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist. Fehlgeschlagen ist der Versuch, wenn der Täter meint, nach seiner Vorstellung von der Tat den tatbestandlichen Erfolg mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht mehr oder nicht ohne räumlich oder zeitlich relevante Zäsur herbeiführen zu können.

In diesem Falle besteht kein Rücktrittsrecht, was sich dadurch erklärt, dass es keine Honorierung verdient, wenn ein Täter, der vom Fehlen einer Verwirklichungsmöglichkeit ausgeht, die weitere Ausführung aufgibt. Es fehlt eine Umkehrleistung.

Bei **mehraktigen Geschehensabläufen** ist bei der Frage des fehlgeschlagenen Versuchs umstritten, wie das Geschehen zu betrachten ist.

#### **a) Einzelaktstheorie (Planhorizont)**

Die Einzelaktstheorie behandelt jeden einzelnen Ausführungsakt gesondert, den der Täter bei Tatbeginn für erfolgstauglich gehalten hat. Jede gescheiterte Ausführungshandlung begründet insofern einen selbstständigen fehlgeschlagenen Versuch. Dies gilt auch dann, wenn der Täter im Anschluss erkennt, dass ihm noch weitere erfolgsversprechende Möglichkeiten verbleiben, die er u.U. bei der Tatplanung gar nicht bedacht hatte.

Da dies zu einem künstlichen „Aufsplitten“ eines einheitlichen, natürlichen Lebensvorganges führt und die Rücktrittsmöglichkeiten zu sehr einschränkt, ist diese Ansicht abzulehnen.

#### **b) Gesamtbetrachtungslehre (Rücktrittshorizont)**

Die herrschende Gesamtbetrachtungslehre stellt darauf ab, ob ein „einheitliches Geschehen“ vorliegt; wenn dieses der Fall ist, soll der Täter die Möglichkeit haben, insgesamt und im Hinblick auf alle in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Einzelakte mit strafbefreiender Wirkung zurückzutreten. Voraussetzung ist jedoch, dass die vorausgegangenen erfolglosen Teilakte mit dem neuen Anlauf, auf den der Täter verzichtet, einen einheitlichen Lebensvorgang bilden. Sieht der Täter nach Abschluss der letzten Handlung

noch die Möglichkeit zur Aufrechterhaltung und Fortführung seines ursprünglichen Tatentschlusses, auf dessen Verwirklichung die bisher vorgenommenen Maßnahmen gerichtet waren, unabhängig davon, ob er diese bei der gedanklichen Vorbereitung der Tat schon bedacht hat, so ist der Versuch nicht fehlgeschlagen.

Im Rahmen dieser Ansicht ist fraglich, bis zu welcher Grenze man noch von einer Einheitlichkeit des Lebensvorganges sprechen kann. Als Indiz ist weitgehend die Figur der natürlichen Handlungseinheit aus der Konkurrenzlehre anerkannt (vgl. *BGH*, *NStZ* 2001, 315). Sofern diese vorliegt, ist in strafrechtlicher Hinsicht ja noch „dieselbe Handlung“ im Sinne des § 52 StGB gegeben. Eine solche natürliche Handlungseinheit ist insbesondere bei einem einheitlichen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang gegeben, bei der keine relevante Zäsur vorliegt (siehe hierzu im Einzelnen die Übersicht zu den Konkurrenzen).

Diese Ansicht ist vorzugswürdig, da sie die Probleme der Einzelaktstheorie vermeidet. Ferner spricht für sie der Opferschutz, welcher durch eine weitgehende Rücktrittsmöglichkeit für den Täter gefördert wird. Des Weiteren ist die Einzelaktstheorie auch nicht mit der herrschenden Konkurrenzlehre vereinbar, da bei natürlicher Handlungseinheit in strafrechtlicher Hinsicht nur eine („dieselbe Handlung“) im Sinne des § 52 StGB vorliegt.

Die Gesamtbetrachtungslehre gilt ferner nicht nur beim Versuch durch aktives Tun, sondern auch wenn das Geschehen zu mehreren Unterlassungsvorwürfen führt (*BGH*, *NJW* 2003, 1057 f.).

**Aufbauhinweis:** Zu beachten ist, dass diese Streitfrage sich nur bei **mehraktigen Geschehensabläufen** stellt. Liegt nur ein einzelner Akt vor, so ist die Darstellung dieses Streits überflüssig.

Ferner werden teilweise bei der Frage des fehlgeschlagenen Versuchs auch die Tatplantheorie und die Lehre vom Rücktrittshorizont aufgeführt. Dies ist meines Erachtens wenig überzeugend. Es handelt sich bei diesen (insgesamt) vier Theorien letztlich nicht um vier unterschiedliche Meinungen. Vielmehr hängen Gesamtbetrachtungslehre und Lehre vom Rücktrittshorizont zusammen bzw. bedingen sich gegenseitig, da bei der Frage des fehlgeschlagenen Versuchs im Rahmen der Gesamtbetrachtungslehre der Rücktrittshorizont entscheidend ist. Gleiches gilt für Einzelaktstheorie und Tatplantheorie. Insofern lassen sich diese beiden „Theorien-Paare“ letztlich nicht genau trennen. Dogmatisch am überzeugendsten ist es, den Streit um die Gesamtbetrachtungslehre und die Einzelaktstheorie in Rahmen des fehlgeschlagenen Versuchs, den Streit um die Lehre vom Rücktrittshorizont bei den Anforderungen an die Rücktrittshandlung, insbesondere bei der Abgrenzung des beendeten vom unbeendeten Versuch darzustellen.

## **2) Anforderungen an die Rücktrittshandlung**

Die Anforderungen an die Rücktrittshandlung hängen insbesondere davon ab, ob man einen Allein-Täter vor Ort hat, für den § 24 I StGB anwendbar ist oder ob mehrere Beteiligte (Täter und Teilnehmer) vor Ort anwesend sind. Im letzteren Fall gilt § 24 II StGB.

### **a) § 24 I 1 StGB (Allein-Täter vor Ort)**

#### **aa) Abgrenzung unbeendeter/beendeter Versuch**

Der Allein-Täter kann durch die bloße Aufgabe der weiteren Ausführung nur strafbefreiend zurücktreten, wenn ein unbeendeter Versuch vorliegt. Beim beendeten Versuch bedarf es hingegen der bewussten und gewollten Verhinderung der Vollendung als aktive Umkehrleistung, wobei zumindest Mi-

tursächlichkeit der Rücktrittshandlung bei der Erfolgsabwendung erforderlich ist. **Die Abgrenzung „beendeter – unbeendeter Versuch“ ist nur relevant für die Anforderungen an die Rücktrittshandlung.**

Ein Versuch ist **unbeendet**, wenn der Täter aus seiner Sicht noch nicht alles zur TB-Verwirklichung Erforderliche getan hat. Der Versuch ist **beendet**, wenn der Täter aus seiner Sicht alles Notwendige zur TB-Verwirklichung getan hat.

Bei mehraktigen Geschehensabläufen ist an dieser Stelle umstritten, ob auf die Vorstellung des Täters bei Tatbeginn oder bei Abschluss der letzten Ausführungshandlung abzustellen ist.

### **(1) Tatplantheorie (Planhorizont)**

Die Tatplantheorie greift auf den bei Tatbeginn feststehenden Tatplan zurück. Hielt der Täter die geplante Handlung für ausreichend zur Deliktsverwirklichung, so ist es unerheblich, wenn der Täter nachträglich die mangelnde Eignung erkennt. Auch hier wird ein natürlicher Lebensvorgang auseinandergerissen und die Rücktrittsoption zu stark eingeschränkt. Die Tatplantheorie führt zu einer Privilegierung des kriminelleren Täters, wenn dieser von vornherein mehrere Handlungsvarianten in Betracht zieht, um sich die Rücktrittsmöglichkeit durch bloßes Aufhören zu erhalten.

### **(2) Lehre vom Rücktrittshorizont**

Nach dieser Lehre, die eine Fortführung der Gesamtbetrachtungslehre ist, kommt es entscheidend darauf an, wie der Täter nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung im Rahmen eines einheitlichen Lebensvorgangs die Erfolgsaussichten seines bisherigen Tuns beurteilt. Ob er zu diesem Zeitpunkt eine Verwirklichung des Tatbestandes ohne weitere Aktivitäten für möglich hält, ist völlig unbeeinflusst vom Vorliegen eines Tatplans bei Tatbeginn und dessen inhaltlicher Ausgestaltung. Diese Ansicht ist vorzugswürdig, da sie dem Opfer größeren Schutz bietet und den Rücktritt nicht unnötig erschwert. Sie wird auch vom *BGH* vertreten (*BGHSt* 31, 170 (175f.)).

### **(P) Korrigierter Rücktrittshorizont (vgl. *BGH*, *NStZ-RR* 2002,73f.)**

Auch unmittelbar im Anschluss an die letzte Ausführungshandlung eintretende Umstände sind infolge des engen zeitlichen und örtlichen Zusammenhangs für den Rücktrittshorizont maßgebend und müssen berücksichtigt werden. Eine Änderung von Umständen, die keinen unmittelbaren zeitlichen und örtlichen Zusammenhang zur letzten Ausführungshandlung aufweisen, aber bei früherem Auftreten Auswirkungen auf die Merkmale "fehlgeschlagen" u "unbeendet" gehabt hätte, darf nicht berücksichtigt werden.

**Bsp. hierzu:** T glaubt, es sei die Beibringung von 10 Tropfen Gift erforderlich, um sein Opfer B zu töten. Nachdem er die Flasche Gift gekauft hat, bringt er dem O mit Tötungsvorsatz auch 10 Tropfen bei. Wider Erwarten reichen die 10 Tropfen jedoch nicht aus. T erkennt dies. Er könnte O weiteres Gift beibringen, nimmt jedoch davon Abstand, weil er ein besserer Mensch werden will, wodurch O völlig gesund wird. -> strafbefreiender Rücktritt vom unbeendeten Versuch

**Beachte:** Die Lehre vom korrigierten Rücktrittshorizont kann sich jedoch auch zu Lasten des Täters auswirken. Bsp.: T sticht mit Tötungsvorsatz auf O ein und trifft ihn in die Bauchregion. Als T das Messer hinauszieht, kommt nur wenig Blut zum Vorschein, so dass sich T abwendet und davon ausgeht, O nicht tödlich verletzt zu haben. Kurz darauf erkennt der sich immer noch in der Nähe des Tatorts befindliche T, dass O zusammengebrochen ist, stark blutet und sterben könnte. Trotzdem macht er nichts. Der zufällig vorbeikommende P ruft sodann einen Notarzt, der O noch retten kann.

Hier lag im Zeitpunkt nach der letzten Ausführungshandlung aus Sicht des Täters ein unbeendeter Versuch vor, sodass T eigentlich durch freiwilliges Aufgeben zurücktreten konnte. Jedoch wurde sein Rücktrittshorizont im engen zeitlichen und örtlichen Zusammenhang noch dahingehend korrigiert, dass er erkannte, dass er alles Erforderliche für die Tötung getan hatte, sodass ein beendeter Versuch vorlag. Somit kommt ein strafbefreiender Rücktritt nur bei aktiver Abwendung des Erfolges in Betracht, sodass T durch sein Unterlassen nicht zurücktreten konnte.

**Beachte:** In einer späteren Entscheidung hat der BGH (1 StR 20/11 vom 26.05.2011 = L&L 2011 S. 866) klargestellt, dass wenn der Täter zunächst von Vollendung ausgeht (Täter schlägt mit einer Machete mit Tötungsvorsatz auf seine Frau ein und hält die schwerverletzte Frau zunächst für tot) und dann erst erkennt, dass keine Vollendung vorliegt, nicht die Grundsätze des korrigierten Rücktrittshorizonts gelten, sondern ein **erstmaliger Rücktrittshorizont** bei dieser Einsicht zu Grunde zu legen ist.

#### **bb) Anforderung an die Rücktrittshandlung beim unbeendeten Versuch**

Die weitere Ausführung der Tat muss freiwillig (dazu unten) und endgültig aufgegeben werden, wobei im Einzelnen strittig ist, was genau unter dem Kriterium der Endgültigkeit zu verstehen ist. Denkbar wäre es, für einen endgültigen Rücktritt die Aufgabe der Durchführung des kriminellen Entschlusses im Ganzen und für immer zu fordern. Dem Tatbegriff am ehesten entspricht jedoch die hM, welche eine Aufgabe der konkreten Tat i.S.d. einschlägigen Tatbestandes genügen lässt.

#### **cc) Anforderung an die Rücktrittshandlung beim beendeten Versuch**

Zur Verhinderung der Vollendung reicht es aus, dass der Täter bewusst u gewollt eine neue Kausalkette in Gang setzt, die für das Ausbleiben der Vollendung wenigstens mitursächlich wird. Nach h.M. ist nicht erforderlich, dass der Täter die bestmögliche zur Verfügung stehende Rettungsmöglichkeit wählt, dass also bei kausaler Erfolgsverhinderung der Täter zusätzlich dem Maßstab gerecht wird, der im Falle des § 24 I 2 gilt. Es ist aber sorgfältig darauf zu achten, ob der Täter, der eine unsichere Rettungsmöglichkeit wählt, obwohl er erkennt, dass ihm bessere zur Verfügung stehen, tatsächlich den erforderlichen Rettungswillen hat. Sofern dieser vorliegt, reicht auch eine nicht optimale Rettungshandlung aus, sofern diese die Vollendung verhindert. Der Täter trägt natürlich das Risiko, dass die nicht optimale Rettungshandlung nicht die Vollendung verhindert. Wird die Vollendung nicht verhindert, dann stellt sich die Frage des Rücktritts nicht, da die Tat damit auch vollendet ist.

Es reicht aus, dass die neue Kausalkette mitursächlich ist, wobei bei Sachverhaltensungewissheiten der in dubio pro reo Grundsatz in der Hauptverhandlung gilt. Hierzu unbedingt lesen: **BGH-Urteil vom 12.09.2018 (AZ 2 StR 113/18 = L&L 2019 S. 184f.)**

#### **dd) Sonderfall: Anforderung an die Rücktrittshandlung bei § 24 I 2 StGB**

Wird die Tat nicht vollendet, weil bspw. ein untauglicher Versuch vorlag, der Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges nicht zurechenbar war oder die Rettung durch Dritte erfolgt ist, so bleibt der Täter straflos, wenn er sich freiwillig und ernsthaft um das Ausbleiben des Erfolges bemüht hat. Der Täter muss alles tun, was aus seiner Sicht geeignet und notwendig ist, um einen Erfolg zu verhindern. Es müssen effektive Maßnahmen gewählt werden.

#### **b) § 24 II StGB (mehrere Beteiligte) -> Anforderung an die Rücktrittshandlung**



§ 24 II StGB verschärft die Anforderungen an den Rücktritt, wenn mehrere Beteiligte handeln, da dies ein erhöhtes Gefahrenpotential beinhaltet. Der Rücktrittswillige muss in jedem Falle aktiv werden, um eine Umkehr zu bewirken. Zwischen beendetem und unbeendetem Versuch wird nicht differenziert. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass sein früherer Tatbeitrag nicht mehr fortwirkt, oder die Tat ohne sein Zutun nicht verwirklicht wird. Allerdings ist auch dann ernsthaftes Bemühen um die Verhinderung erforderlich. Bloßes Nichtweiterhandeln kann iRd § 24 II 1 StGB nur genügen, wenn der Rücktrittswillige sicher weiß, dass die Tat ohne seinen Tatbeitrag überhaupt nicht vollendet werden kann.

Merke: Sind an der Tat mehrere beteiligt (d.h. mehrere Täter oder Teilnehmer), aber am Tatort agiert nur ein Täter, während die übrigen Beteiligten lediglich als Anstifter oder Unterstützer agieren, dann gilt für den Alleintäter vor Ort der 24 Abs. 1 StGB, während für die anderen Beteiligten der § 24 Abs. 2 StGB gilt.

### **3) Freiwilligkeit**

Der *BGH* stellte im Anschluss an die Rspr. des *RG* dabei darauf ab, ob für den Täter ein zwingender Grund bestand, die Durchführung seines Vorhabens aufzugeben, er also durch eine äußere Zwangslage daran gehindert oder durch seelischen Druck unfähig wurde, die Tat zu vollbringen. In derartigen Fällen kann der Täter „verständiger Weise“ keine andere Entscheidung mehr treffen und ist gerade nicht mehr „Herr seiner Entscheidung“. Entscheidend ist somit, ob sich der Täter aus eigenem Antrieb zur Aufgabe der Tat entschieden hat, denn dann handelt er auch freiwillig.

Auf dieser Grundlage ist zw. autonomen Motiven (dann freiwillig) u heteronomen Motiven (dann nicht freiwillig) zu unterscheiden. Autonom ist die Entscheidung vor allem dann, wenn der Täter Herr seiner Entschlüsse ist und bspw. aus Gewissensbissen, Reue, Scham, Mitleid oder seelischer Erschütterung von der Tat Abstand nimmt. Dies überzeugt, weil die Regelung des § 24 StGB auf dem Gedanken beruht, dass dem Täter ein gewisser Verdienst für sein Abstandnehmen zuzusprechen ist. Dies ist aber auch dann gegeben, wenn den Täter kein sittlich hochwertiges Motiv zum Rücktritt veranlasst hat. Eine sozial-ethische Bewertung der Motive findet nicht statt. Auch ein Rücktritt im Zustand der Schuldunfähigkeit kann freiwillig sein (*BGH*, NStZ-RR 1999, 8).

Unfreiwilligkeit im Sinne eines heteronomen Motivs liegt erst dann vor, wenn der Täter durch Umstände zum Rücktritt veranlasst werde, die von seinem Willen unabhängig sind. Dies ist der Fall, wenn die Tatumstände unüberwindliche Hemmungen auslösen oder die Sachlage sich zu Lasten des Täters so wesentlich verändern, dass er die mit der Tatfortführung verbundenen Risiken nicht mehr für tragbar hält oder sie nicht in Kauf nehmen will. Lässt sich nicht eindeutig klären, welche Vorstellungen den Täter zum Rücktritt bewogen haben, würde aber jeder der denkbaren Beweggründe Unfreiwilligkeit begründen, so ist der Rücktritt als unfreiwillig anzusehen. Bleibt dagegen noch Raum für ein Motiv, das zur Freiwilligkeit führen würde, gilt der Grundsatz in dubio pro reo.

### **(P) Entdeckung der Tat**

Für die Frage der Tatentdeckung kommt es auf die subj. Vorstellung des Täters an. Als entdeckt muss sich der Täter dabei erst dann betrachten, wenn er weiß oder glaubt, dass ein Unbeteiligter seine Tat in ihrer kriminellen Eigenschaft wahrgenommen hat. Dabei braucht der Dritte aus Sicht des Täters nicht alle Einzelheiten in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht erkannt zu haben. Der Dritte muss aber immerhin soviel wissen, dass er den

Erfolg der Tat verhindern oder auf seine Wahrnehmungen ein Strafverfahren gegründet werden könnte. Dass der Täter die Tat für entdeckt hält, führt nicht zwingend zur Unfreiwilligkeit eines eventuellen Rücktritts. Entscheidend ist, ob der Täter sich aufgrund der (vermeintlichen) Entdeckung an der weiteren Tatausführung gehindert sieht (BGH, StV 1992, 224).

**Beachte:** Sofern die Tat schon vollendet ist, ist ein Rücktritt nicht mehr möglich. Jedoch gibt es bei „frühzeitig“ vollendeten Delikten die tätige Reue (z.B. §§ 158, 306e, 314a, 320, 330b StGB) mit einer fakultativen Strafmilderung oder sogar einem Absehen von Strafe.

## **D. weitere Problemfälle**

### **(P) Rücktritt vom unechten Unterlassungsdelikt**

**BGH/hM:** immer beendeter Versuch, da Unterlassungs-Täter Erfolg nur durch aktives Tun abwenden kann. Der Unterlassende trägt *stets* das Risiko des Misslingens seiner Rettungsbemühungen

arg.: Wenn bereits der Anknüpfungspunkt für den strafrechtlichen Vorwurf ein Nicht-Handeln ist, so kann nicht auch die Rücktrittshandlung in einem Nichtweiterhandeln wie beim unbeendeten Versuch liegen. Schließlich hat der Täter aktiv nichts getan, womit er aufhören könnte.

Diese Ansicht ist mE inzwischen als herrschend zu bezeichnen. Während der **BGH** in seiner Entscheidung (**BGH L&L 2010, S. 741f.**) dies schon andeutete, wird dies im **BGH Urteil vom 29.06.2016 (AZ 2 StR 588/15 = L&L 2017 S. 103f. – lesen!)** eindeutig klar gestellt.

Leitsatz der Entscheidung: *„Der Rücktritt des Unterlassenstäters ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nach den Grundsätzen des beendeten Versuchs beim Begehungsdelikt gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. StGB zu beurteilen, da den Täter von der ersten Rettungsmöglichkeit an eine Pflicht zum Handeln trifft (vgl. BGH NJW 2000, 1730, 1732). Er scheidet aus, wenn der/die Angeklagte die Vollendung der Tat weder verhindern (§ 24 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. StGB) konnte noch die Tat ohne ihr Zutun nicht vollendet wurde (§ 24 Abs. 1 Satz 2 StGB).“*

**a.A.:** Unterscheidung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch. Auch diese Ansicht verlangt immer ein aktives, auf Erfolgsverhinderung gerichtetes Handeln, es wird aber hins. der Art und Intensität der erforderlichen Handlung unterschieden:

- Versuch unbeendet, solange der Eintritt des tatbestandlichen Erfolges aus Tätersicht noch durch Nachholung der ursprünglich gebotenen Handlung verhindert werden kann  
→ Nachholung der urspr. gebotenen Handlung reicht aus
- Versuch beendet, wenn der tatbestandliche Erfolg nur noch durch andere Maßnahmen abzuwenden ist  
→ Täter muss diese anderen Maßnahmen in Angriff nehmen

Im Unterschied zur ersten Ansicht hat der Täter hiernach beim Vorliegen eines noch unbeendeten Versuchs das Risiko der Erfolgsabwendung nicht zu tragen: Ein Rücktritt vom unbeendeten Versuch kann auch dann vorliegen, wenn der Erfolg von anderer Seite verhindert wird. arg.: Beiden Alt. des § 24 I StGB liegt der Gedanke zugrunde, das Risiko der Erfolgsabwendung beim Rücktritt je nach dem Verwirklichungsgrad der Tat verschieden zu verteilen

**Anmerkung:** Ist der Unterlassungsversuch subjektiv fehlgeschlagen, so ist wie beim Begehungsversuch ein Rücktritt nicht mehr möglich.

**Fall nach BGH NStZ 1997, 487:** T zwängte seine Frau während eines Streits hinter einem Heizkörper ein. Er drehte das Thermostat auf die höchste Stufe (80 Grad), ohne dass ihm Tötungsvorsatz nachgewiesen werden konnte. Am nächsten Morgen um 7 Uhr erkannte T, dass seine Frau versterben könnte, unternahm aber nichts. Zu diesem ZP hatte diese jedoch bereits die todbringenden Verletzungen erlitten. Erst um 10 Uhr befreite er seine Frau, die wenig später verstarb.

In Betracht kommt versuchter Totschlag durch Unterlassen (sowie § 227), da zum entscheidenden ZP um 7 Uhr morgens eine Lebensrettung nicht möglich war und damit das Unterlassen für den Erfolg nicht mehr ursächlich gewesen sein konnte. T konnte von diesem Totschlagsversuch nicht strafbefreiend zurücktreten, weil er die Vollendung der Tat nicht mehr verhindern konnte. Allein auf diesen Gesichtspunkt kann es nach dem BGH für die Frage des strafbefreienden Rücktritts vom Versuch des Unterlassungsdelikts ankommen. Damit sind die Rücktrittsvoraussetzungen beim Versuch des Unterlassungsdelikts dieselben wie beim beendeten Versuch des Begehungsdelikts. Daneben liegt natürlich auch eine Körperverletzung mit Todesfolge vor. Fraglich erscheint mE jedoch, ob nicht ein Rücktritt nach § 24 I 2 greift.

**(P) Täter macht sich keine Vorstellungen über Folgen seines Handelns BGHSt 40, 304** (Täter hatte sein Opfer niedergestochen und sich entfernt; es konnte nicht festgestellt werden, ob er meinte, alles Erforderliche getan zu haben) **BGH: Versuch ist beendet! -> Arg.:**

-> Andernfalls käme der Täter in den Genuss der Straffreiheit, obwohl er keine Distanzierung von der drohenden Rechtsgutsverletzung, geschweige denn eine innere Umkehr, erkennen lasse

-> keine Privilegierung gegenüber Täter, der sich Gedanken über die Folgen seines Tuns macht, die Gefahr für das Opfer erkennt u nur durch erfolgsverspr. Verhindern Straffreiheit erlangen kann

->Vergleich mit dol.ev.: Täter handelt vorsätzlich, weil er mit jeder eintretenden Möglichkeit rechnet

### **(P) Irrtümer über die Folgen der Tathandlung**

Ein beendeter Vers. liegt jedenfalls dann vor, wenn der Täter die Möglichkeit des Erfolgseintritts nur irrtümlich angenommen hat; hierbei könne er sich nicht darauf berufen, seinen urspr. Tatplan nicht voll ausgeschöpft zu haben, denn **maßgebend sei allein die ihm bewusst gewordene Erfolgsnähe der konkreten Gefahrenlage.**

**Bsp.:** T glaubt, es sei die Beibringung von 10 Tropfen Gift erforderlich, um sein Opfer B zu töten. Nachdem er die Flasche Gift gekauft hat, beginnt er O mit Tötungsvorsatz Gift-Tropfen zu verabreichen. Nach 7 Tropfen geht T davon aus, dass diese bereits ausreichen, um B zu töten. Daraufhin verabreicht er keine weiteren Tropfen mehr. B wird jedoch gerettet.

**Str. ist jedoch, ob und inwieweit ein Irrtum des Täters über die Folgen seines Tuns in Form der Unkenntnis der Erfolgsgeeignetheit beachtlich sein soll:**

**Bsp.: Abwandlung zum obigen Fall:** T glaubt, es sei die Beibringung von 10 Tropfen Gift erforderlich, um sein Opfer B zu töten. T bricht sein Vorhaben nach 8 Tropfen ab, weil er Gewissensbisse bekommt. Sicherheitshalber alarmiert er sogar einen Arzt. Jedoch stirbt O wider Erwarten am nächsten Tag infolge des Giftes, weil dieses doch eine stärkere Wirkung gehabt hatte.

-> **wohl h.M.:** Irrtum ist unbeachtlich, d.h. Bestrafung wegen vorsätzlich vollendetem Delikt, weil der Erfolg eingetreten ist und Rücktritt damit nicht mehr in Frage komme.

-> **a.A.:** Irrtum ist jedenfalls dann beachtlich, wenn der Täter zu einem Zeitpunkt aufgibt, in dem der Erfolg noch nicht eingetreten ist. Mit dem Aufgeben entfällt dann der Vorsatz, weshalb der Erfolg allenfalls als fahrlässig herbeigeführt zugerechnet werden könnte.

Für die 2. Auffassung spricht die Vorstellung des Täters, die nicht nur beim unmittelbaren Ansetzen Grundlage für die Versuchsstrafbarkeit ist, sondern auch für die Beendigung des Versuchs maßgeblich ist. Gibt der Täter auf, endet das Unrecht des Versuchs (kein Handlungsunrecht mehr). Das dennoch eintretende Erfolgsunrecht ist vom Erfolgsunrecht des Versuchs unabhängig, sodass – wenn der Erfolgseintritt vorhersehbar war – allenfalls Fahrlässigkeit in Betracht kommt.

### **(P) Denkkettelfälle: Rücktritt vom unbeendeten Versuch bei außertatbestandlicher Zielerreichung?**

→ **früher h.L. sowie 2. u. 5. Senat des BGH:** § 24 I 1 1. Alt. StGB (-)

- keine honorierbare Verzichtleistung, denn der Täter könne nicht auch noch belohnt werden, wenn er das erreicht hat, was er erreichen wollte
- bricht der Täter sein Handeln nach Erreichen des Zwischenziels ab, ist die Tat aus Tätersicht abgeschlossen, ein Weiterhandeln beruhe dann auf einem neuen Tatentschluss
- durch sein Aufhören stelle der Täter keine Rechtstreue unter Beweis

→ **1. Senat des BGH:** § 24 I 1 1. Alt. StGB grds. (+)

andernfalls würde der mit direktem Tötungsvorsatz handelnde Täter hins. des Rücktritts bessergestellt als der im Hinblick auf das tatbestandliche Ziel nur mit dolus eventualis handelnde Täter

→ **Großer Senat (BGHSt, 39, 221):** § 24 I 1 1. Alt. StGB (+)

- § 24 I StGB meint nur die „Tat“ als Verwirklichung der Merkmale des konkreten Tatbestands. Der Entschluss, die Tat aufzugeben, bezieht sich daher auch nur auf die Verwirklichung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale
- Opferschutz
  - § 24 I 1 1. Alt. StGB bezieht sich nicht auf außertatbestandliche Handlungsziele, insb. liege auch *kein* fehlgeschlagener Versuch infolge eines sinnlos gewordenen Tatplans (Zweckerreichung) vor

### **Der Versuch beim erfolgsqualifizierten Delikt**

Von einem erfolgsqualifizierten Delikt spricht man, wenn über das vorsätzliche Grunddelikt hinaus eine schwere Folge gem. § 18 StGB wenigstens fahrlässig verursacht wird und zwischen Grunddelikt und qualifizierender Folge ein tatspezifischer Gefahrezusammenhang besteht. Es ist also eine deliktsspezifisch gesteigerte Zurechnung der schweren Folge notwendig.

### **(P) Möglichkeit des Versuchs bei erfolgsqualifizierten Delikten**

Gem. § 11 II StGB gelten erfolgsqualifizierte Delikte als Vorsatzdelikte. Ein Versuch ist daher grds. denkbar. Ferner ist zw. dem erfolgsqualifizierten Versuch und dem Versuch der Erfolgsqualifikation zu differenzieren.

### **I. Versuch der Erfolgsqualifikation (auch genannt „Versuch des qualifizierenden Erfolges“)**

Nach h.M. ist der Versuch der Erfolgsqualifikation sowohl möglich, wenn das Grunddelikt vollendet u die schwere Folge vers. wurde, als auch wenn Grunddelikt u schw. Folge nur versucht wurden. Der Grundfall der Erfolgsqualifikation setzt gem. § 18 StGB wenigstens Fahrlässigkeit hinsichtlich der

schweren Folge voraus. Einige Delikte verlangen sogar wenigstens Leichtfertigkeit als gesteigerte Form der Fahrlässigkeit, vgl. § 251 StGB. Voraussetzung für die Strafbarkeit des Versuchs der Erfolgsqualifikation ist neben dem Tätervorsatz hinsichtlich des Grunddelikts zwingend auch Vorsatz bezüglich der schweren Folge. Es gibt keinen Versuch der fahrlässigen Verursachung. Insofern ist für diesen Fall immer Vorsatz bzgl. der schweren Folge erforderlich!

## II. Erfolgsqualifizierter Versuch

Vom erfolgsqualifizierten Versuch spricht man, wenn das Grunddelikt nur versucht wurde, dabei aber bereits die schwere Folge verwirklicht wurde. Die Strafbarkeit wegen erfolgsqualifizierten Versuchs ist nur möglich, wenn im Rahmen des tatbestandsspezifischen Gefahrzusammenhangs der qualifizierte Erfolg mit der Gefährlichkeit der **Tathandlung** des Grunddelikts verknüpft ist und nicht mit der Gefährlichkeit des tatbestandlichen Erfolgs des Grunddelikts. Dies ist durch Auslegung des jeweiligen Tatbestandes zu ermitteln. Bsp.: Tatbestandlicher Erfolg beim Raub ist die Wegnahme. Die besondere Gefährlichkeit des Raubes resultiert jedoch aus dem finalen Einsatz der Nötigungsmittel. Anknüpfungspunkt für die spezifische Gefahr i.S.d. § 251 StGB kann insofern nur die Nötigung als Raubhandlung sein.

Vor allem bei der Auslegung der §§ 223, 227 StGB besteht Streit über den Anknüpfungspunkt für die Todesfolge. Die sog. Letalitätstheorie sieht den spezifischen Gefahrzusammenhang zwischen Körperverletzungserfolg und Todeserfolg (z.B. *Hardtung*, NSTZ 2003, 261 (262 f.)), während nach der h.M., der auch der BGH angehört (L&L 2003, 185 (188 f.)), der Gefahrzusammenhang auch zwischen Körperverletzungshandlung und Todeserfolg bestehen kann.

Strittig ist, ob Versuch in Betracht kommt, wenn der Versuch des Grunddelikts nicht strafbar ist (z.B. §§ 221 I, II Nr. 2, III und 235 I, II, IV Nr. 1, V StGB).

## III. Möglichkeit eines Rücktritts

Für die Fälle des **erfolgsqualifizierten Versuchs** ist die Rücktrittsmöglichkeit umstritten. e.A. argumentiert, die grunddeliktsspezifische Gefahr habe sich schon im Eintritt der schweren Folge verwirklicht. Das Grunddelikt sei damit zumindest mat. vollendet, von ihm könne folglich nicht mehr zurückgetreten werden. Dem widerspricht die h.M. (BGHSt 42, 158f.). Die Gegenansicht funktioniere den Grund-TB contra legem vom Erfolgsdelikt zum bloßen Unternehmensdelikt um.

Nach der h.M. bewirkt somit der Rücktritt vom Versuch des Grunddelikts nicht nur die diesbezügliche Strafbefreiung, sondern auch Strafbefreiung bezüglich der Qualifikation, die mit dem Rücktritt vom Grunddeliktsversuch ihre Grundlage verliert. Doch bleibt die schwere Folge meist selbstständig strafbar (z.B. § 222 StGB). Sorgfältig zu prüfen ist aber, ob der Täter, der unter dem Eindruck des Eintritts der schweren Folge steht und deswegen vom Versuch des Grunddelikts zurücktritt, dies auch freiwillig tut.

Keine Probleme gibt es hingegen beim **Versuch der Erfolgsqualifikation**. In beiden denkbaren Konstellationen ist ein Rücktritt vom Versuch der schweren Folge möglich.

Nach dem BGH-Beschluss vom 05.06.2019 (AZ 1 StR 34/19 = Life&Law 2020, 107f. – lesen!) ist ein wirksamer Rücktritt vom Versuch der räuberischen Erpressung mit Todesfolge als **Versuch der Erfolgsqualifikation** allein schon durch die Verhinderung des Todes möglich. Es ist dabei gerade keine Voraussetzung, dass der Täter auch vom Versuch der besonders schweren räuberischen Erpressung zurücktritt. Im konkreten Fall verhinderte

eine Kaufhauserpresser durch einen Hinweis, dass er Babynahrung vergiftet hatte, das Babys zu Tode gekommen sind (er wählte nicht die optimale Rettungsmöglichkeit, verhinderte aber dennoch den Erfolgseintritt → 24 I (+) s.o.), hielt aber weiterhin an seiner Erpressungsabsicht fest.

#### **IV. Prüfungsschema erfolgsqualifizierter Versuch**

**Bsp.: §§ 227, 22, 23**

##### **I. Vorprüfung**

###### **1) Fehlen der Deliktvollendung**

-> die fehlende Vollendung bezieht sich bei der Konstellation des erfolgsqualifizierten Versuchs stets auf das Grunddelikt

###### **2) Strafbarkeit des Versuchs**

-> § 227 ist ein Verbrechen, sodass der Versuch grds. immer strafbar

-> gem. § 11 II werden erfolgsqualifizierte Delikte ferner wie Vorsatzdelikte behandelt, sodass ein Versuch auch rechtsdogmatisch möglich ist.

##### **II. Tatentschluss bzgl. des Grunddelikts §§ 223 - 226**

##### **III. unmittelbares Ansetzen bzgl. des Grunddelikts §§ 223 – 226**

##### **IV. Erfolgsqualifikation**

###### **1. Eintritt des Todeserfolges**

###### **2. (P) Kausalität und Unmittelbarkeitszusammenhang?**

###### **(1.(P)) Anknüpfungspunkt: Handlung oder Erfolg?**

**e.A.:** KV-Erfolg (Letalitätstheorie) **Wortlautarg.:** „Tod der verletzten Person“ hiernach ist der erfolgsqualifizierte Versuch nicht strafbar, da mangels Körperverletzungserfolg der Anknüpfungspunkt fehlt.

**h.M.:** KV-Handlung **Wortlautarg.:** Klammerzusatz „§§ 223 bis §§ 226“; damit auch Versuchsbereich miterfasst, vgl. §§ 223 II, 224 II, 225 II danach ist ein erfolgsqualifizierter Versuch bei § 227 möglich, da mit der KV-Handlung (=unmittelbares Ansetzen) ein Anknüpfungspunkt vorliegt

-> hM folgen

###### **(2. (P)) tatbestandsspezifischer Gefahrenzusammenhang im konkreten Fall zu bejahen?**

###### **3. mindestens obj. fahrlässig § 18**

##### **V. Rechtswidrigkeit**

##### **VI. Schuld -> subj. fahrlässig**

##### **VII. Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch nach hM möglich**

**Beispiel:** A will B mit dem Pistolenknopf von hinten niederschlagen. Beim Ausholen löst sich ein Schuss in der ungesicherten Waffe, dringt in den Rücken des B ein, durchbohrt das Herz. B verstirbt.

##### **A. §§ 223, 224 I Nr. 2 Nr. 2**

###### **I. Tatbestand**

(-), da konkrete KV zumindest nicht vom Vorsatz des A umfasst

II. Erg.: Vollendete gefährliche Körperverletzung (-)

##### **B. §§ 223, 224 I Nr. 2, II, 22, 23 I**

###### **I. Vorprüfung (+)**

###### **II. Tatentschluss**

→ Tatentschluss hinsichtl. körperl. Misshandlung/Gesundheitsschädigung (+)

→ auch bzgl. § 224 I Nr. 2 2. Alt. Tatentschluss (+)

###### **II. Unmittelbares Ansetzen durch Ausholen (+)**

###### **III. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)**

IV. Rücktritt, § 24 I (-), da fgV (Tote kann man nicht mehr verletzen)

V. Ergebnis: §§ 223, 224 I Nr. 2 2. Alt., 22, 23 I, 25(+)

##### **C. §§ 227, 22, 23 I, 25 II (erfolgsqualifizierter Versuch)**

**(hiermit kann auch gestartet werden)**

#### **I. Vorprüfung**

1. keine Vollendung des Grunddelikts
2. Versuch strafbar? grds. (+), da § 227 Verbrechen  
aber (P) Vors.-Fahrl.-Delikt → aber wg. § 11 II Vers. mögl.

#### **II. Tatentschluss bzgl. des Grunddelikts (+) s.o.**

#### **III. Unmittelbares Ansetzen zum Grunddelikt (+) s.o.**

#### **IV. Erfolgsqualifikation**

##### **1. Eintritt des Todeserfolges: Tod des F (+)**

##### **2. (P) Kausalität und Unmittelbarkeitszusammenhang?**

Spez. Gefahr der KV muss sich gerade verwirklicht haben; sonst ist die hohe Strafandrohung nicht schuldangemessen.

##### **(1. P) Anknüpfungspunkt: Handlung oder Erfolg?**

→ Bei jedem erfolgsqualifizierten Delikt ist selbst. zu ermitteln, worin spezifische Gefahr liegt → bei § 227?

**e.A.:** Spez. Gefahr bei §§ 223f. liegt gerade im KV-Erfolg (Letalitätstheorie)

→ hiernach erfolgsqual. Vers. nicht strafbar, da Anknüpfungspunkt fehlt

**h.M.:** Spez. Gefahrenzusammenhang kann auch schon an die KV-Hdlg. anknüpfen → hiernach erfolgsqual. Vers. mögl.

→ **Streitentscheid!** (kann auch erst nach dem (2. P) gemacht werden)

Für Letalitäts-T: Wortlaut „Tod der verletzten Person“; für hM Klammerzusatz „§§ 223 bis §§ 226“ erfasst heute auch Versuch (§§ 223 II, 224 II, 225 II) und beim Versuch muss an die Handlung angeknüpft werden; nach Letalitäts-T teilweise auch zufällige Ergebnisse

→ **hM überzeugt! (a.A. vertretbar)**

##### **(2. P) Unmittelbarkeit im konkreten Fall zu bejahen?**

→ Unmittelbarkeit (+), da typisches Risiko des Ausholens mit einer ungesicherten Waffe sich im Tod des B unmittelbar verwirklicht hat.

##### **3. obj.Fahrl. (+)**

#### **V. RW**

**VI. Schuld:** A handelte subj. fahrlässig und schuldhaft

**VII. Rücktritt? Streit, ob ein solcher nach Eintritt des Todes möglich kann hier dahingestellt bleiben, da jedenfalls fgV (s.o)**

**Ergebnis: §§ 227, 22, 23 I, 25 (+)**

#### **D. ggf. Prüfung weiterer Delikte**

### **V. Prüfungsschema Versuch der Erfolgsqualifikation**

#### **Bsp.: §§ 251, 22, 23**

##### **I. Vorprüfung**

###### **1) Fehlen der Deliktvollendung**

-> Mangels Eintritts der schweren Folge keine Vollendung

###### **2) Strafbarkeit des Versuchs**

-> § 251 ist ein Verbrechen, sodass der Versuch grds. immer strafbar

-> gem. § 11 II werden erfolgsqualifizierte Delikte ferner wie Vorsatzdelikte behandelt, sodass ein Versuch auch rechtsdogmatisch möglich ist.

##### **II. Tatentschluss**

###### **1. bzgl. des Grunddelikts §§ 249, 250**

###### **2. bzgl. § 251**

**(P) ist bzgl. der schweren Folge dolus eventualis erforderlich oder reicht Leichtfertigkeit**

Sofern die schwere Folge nicht eingetreten ist, liegt kein Erfolgsunrecht vor. Da Fahrlässigkeit im Versuch nicht bestraft wird, ist Handlungsunrecht erforderlich. Voraussetzung für die Strafbarkeit ist daher, dass der Täter dolus eventualis bzgl. der schweren Folge hat.

##### **III. unmittelbares Ansetzen zum Grunddelikt und Erfolgsqualifikation**

#### IV. Rechtswidrigkeit

#### V. Schuld

#### VI. Rücktritt vom Versuch der Erfolgsqualifikation möglich

### VI. Beispiele Versuch der Erfolgsqualifikation

#### 1. Beispiel:

T schlägt O mit einem Baseballschläger von hinten gegen den Rücken, um dessen goldene Uhr wegzunehmen. O stirbt nicht, ist aber bewusstlos. T erkennt, dass O nicht schwer verletzt ist, nimmt die Uhr und geht.

**Abwandlung:** T hat beim Schlag Tötungsvorsatz. Er geht nach dem Schlag irrtümlich davon aus, dass O tot ist, nimmt die Uhr und geht.

#### **A. §§ 211 I, II, 212, 22, 23**

(-), kein Tötungsvorsatz nachweisbar (Hemmschwellen-Gedanke).

#### **B. §§ 249, 250 II Nr. 1 2. Alt**

I. TB

1. § 249

a) obj. TB

aa) qualifiziertes Nötigungsmittels (+)

bb) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache

(P) Abgrenzung zu §§ 253, 255

BGH: Spezialfall des Raubes greift, da äußerliche Wegnahme. Mitwirklicher §§ 253, 255 wird verdrängt

hL: auch Raub, da keine Restwahlmöglichkeit aus Sicht des Opfers

→ Streitentscheid entbehrlich

cc) Finalität (+)

b) subj. TB sowohl dol.ev. als auch rw Zueignungsabsicht (+)

2. § 250 II Nr. 1 2. Alt (+), da Gefährlichkeit nach der Verwendung zu bestimmen

verdrängt § 250 I Nr. 1a 2. Alt.; insofern kann dahingestellt werden, ob Baseballschläger beim bloßen Beisichführen ein gefährl. Werkzeug wäre

II. RW (+)

III. Schuld (+)

#### **C. §§ 251, 22, 23 als sog. Versuch der Erfolgsqualifikation (prüfen!)**

I. Vorprüfung

1. keine Vollendung: Tod ist nicht eingetreten, daher § 251 nicht vollendet

2. Strafbarkeit des Versuchs: § 251 ist ein Verbrechen, folglich ist der Versuch immer strafbar. Problematisch erscheint jedoch, dass § 251 eine Vorsatz/Fahr.-Kombination ist und bei Fahrl.delikten eine Versuchsstrafbarkeit nicht möglich ist. Jedoch wird § 251 gem. § 11 Abs. 2 wie ein Vorsatzdelikt behandelt, sodass der Versuch rechtsdogmatisch möglich ist.

II. Tatentschluss

1) bzgl. §§ 249, 250 II Nr. 1 2. Alt. s.o. (+)

(Die Vollendung beinhaltet selbstverständlich den Tatentschluss)

2) bzgl. § 251

Problematisch erscheint, ob hier eine Leichtfertigkeit (Wortlaut des § 251) bzgl. eines möglichen Todeseintritts ausreicht oder ob dolus eventualis bzgl. des Todes des Opfers zu fordern ist.

Da ein Erfolg nicht eingetreten ist und insofern kein Erfolgsunrecht vorliegt, ist für eine Strafbarkeit zwingend Handlungsunrecht erforderlich und dies



erfordert Vorsatz. Eine Fahrlässigkeit wird gerade im Versuch nicht bestraft. Daher ist dolus eventualis bzgl. des Todes zu fordern, was nach dem Wortlaut (wenigstens leichtfertig) gedeckt ist. Mangels Tötungsvorsatz (s.o.) scheidet aber hier eine Strafbarkeit wegen des Versuchs der Erfolgsqualifikation aus.  
III. ZwErg.: §§ 251, 22, 23 (-)

#### **D. weitere Delikte....**

##### **Abwandlung:**

##### **A. §§ 211 I, II, 212, 22, 23**

- I. Vorprüfung
- II. Tatentschluss
  - 1. bzgl. § 212 (+)
  - 2. bzgl. § 211 Heimtücke und Habgier (+)
- III. unmittelbares Ansetzen (+)
- IV. RW und Schuld (+)
- V. Rücktritt § 24 I (-)

##### **B. §§ 249, 250 II Nr. 1 2. Alt**

- I. TB
  - 1. § 249
    - a) obj. TB
      - aa) qualifiziertes Nötigungsmittels (+)
      - bb) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache  
(P) Abgrenzung zu §§ 253, 255  
BGH: Spezialfall des Raubes greift, da äußerliche Wegnahme. Mitverwirklichter §§ 253, 255 wird verdrängt  
hL: auch Raub, da keine Restwahlmöglichkeit aus Sicht des Opfers  
→ Streitentscheid entbehrlich
      - cc) Finalität (+)
    - b) subj. TB sowohl dol.ev. als auch rw Zueignungsabs. (+)
  - 2. § 250 II Nr. 1 2. Alt (+), da Gefährlichkeit nach der Verwendung zu bestimmen ist. § 250 II Nr. 1 2. Alt verdrängt § 250 I Nr. 1a 2. Alt.; insofern kann dahingestellt werden, ob ein Baseballschläger beim bloßen Beisichführen ein gefährliches Werkzeug wäre.
- II. RW (+)
- III. Schuld (+)

##### **C. §§ 251, 22, 23 als sog. Versuch der Erfolgsqualifikation (prüfen!)**

- I. Vorprüfung
  - 1. keine Vollendung: Tod ist nicht eingetreten, daher § 251 nicht vollendet
  - 2. Strafbarkeit des Versuchs: § 251 ist ein Verbrechen, folglich ist der Versuch immer strafbar. Problematisch erscheint jedoch, dass § 251 eine Vorsatz/Fahr.-Kombination ist und bei Fahrl.delikten eine Versuchsstrafbarkeit nicht möglich ist. Jedoch wird § 251 gem. § 11 Abs. 2 wie ein Vorsatzdelikt behandelt, so dass der Versuch rechtsdogmatisch möglich ist.
- II. Tatentschluss
  - 1) bzgl. §§ 249, 250 II Nr. 1 2. Alt. s.o. (+)  
(Die Vollendung beinhaltet selbstverständlich den Tatentschluss)
  - 2) bzgl. § 251  
Problematisch erscheint, ob hier eine Leichtfertigkeit (Wortlaut des § 251) bzgl. eines möglichen Todeseintritts ausreicht oder ob dolus eventualis bzgl. des Todes des Opfers zu fordern ist.

Da ein Erfolg nicht eingetreten ist und insofern kein Erfolgsunrecht vorliegt, ist für eine Strafbarkeit zwingend Handlungsunrecht erforderlich und dies erfordert Vorsatz. Eine Fahrlässigkeit wird gerade im Versuch nicht bestraft. Daher ist dolus eventualis bzgl. des Todes zu fordern, was nach dem Wortlaut (wenigstens leichtfertig) gedeckt ist.

Wie oben bereits dargestellt ist der Tötungsvorsatz zu bejahen, sodass der Tatentschluss auch in dieser Hinsicht vorliegt.

Auch Vorsatz bzgl. des Unmittelbarkeitszusammenhangs (+)

III. unmittelbares Ansetzen (+) (unprobl., da Grunddelikt sogar vollendet)

IV. RW und Schuld (+)

V. Rücktritt § 24 I (-)

VI. ZwErg.: §§ 251, 22, 23 (+)

#### **D. §§ 211 I, II, 212, 13, 22, 23**

(-), da Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit im aktiven Tun; i.ü. beim Weggehen kein Vorsatz mehr

#### **E. weitere Delikte....**

#### **2. Beispiel:**

T will, weil er schlecht drauf ist, ein altes bewohntes Wohnhaus in der Stadt anzünden und bis auf die Grundmauern niederbrennen. Dazu dringt er nachts um 2 Uhr in den Keller ein und setzt dort Altpapier in Brand und verschwindet. Er hat die Vorstellung, dass nunmehr das gesamte Gebäude lichterloh brennen wird. In Wirklichkeit erlischt der Brand des Papiers jedoch nach kurzer Zeit mangels ausreichenden Sauerstoffs. Das Gebäude fing nie Feuer und ist auch nicht einmal teilweise zerstört.

**Abwandlung:** T geht vorher durch das Mehrfamilienhaus und vergewissert sich, dass niemand im Haus ist, was wegen der Urlaubszeit auch der Fall ist.

#### **A. §§ 211 I, II, 212, 22, 23**

I. Vorprüfung (+), niemand stirbt

II. Tatentschluss

1. bzgl. § 212 (+), wenn ein bewohntes Wohnhaus nachts um 2 Uhr angezündet wird, ist es sehr naheliegend, dass der Täter den Tod der Bewohner billigend in Kauf nimmt.

2. bzgl. § 211 gemeingefährliche Mittel und Heimtücke (+)

III. unmittelbares Ansetzen durch das Anzünden des Papiers (+)

IV. RW und Schuld (+)

V. Rücktritt § 24 I (-)

#### **B. §§ 306a (ggf. §306b), 23, 23**

I. Vorprüfung

1. keine Vollendung des § 306a

2. Strafbarkeit des Versuchs: § 306a ist ein Verbrechen, folglich ist der Versuch immer strafbar.

II. Tatentschluss

1) bzgl. § 306a (+)

2) ggf. bzgl. § 306b

III. unmittelbares Ansetzen

IV. RW/Schuld (+)

V. tritt § 24 I (-)

#### **C. §§ 306c, 22, 23 als sog. Versuch der Erfolgsqualifikation (prüfen!)**

I. Vorprüfung

1. keine Vollendung: Tod ist nicht eingetreten, daher § 306c nicht vollendet
2. Strafbarkeit des Versuchs: § 306c ist ein Verbrechen, folglich ist der Versuch immer strafbar. Problematisch erscheint jedoch, dass § 306c eine Vorsatz/Fahr.-Kombination ist und bei Fahrl.delikten eine Versuchsstrafbarkeit nicht möglich ist. Jedoch wird § 306c gem. § 11 Abs. 2 wie ein Vorsatzdelikt behandelt, sodass der Versuch rechtsdogmatisch möglich ist.

#### II. Tatentschluss

- 1) bzgl. §§ 306a (ggf. 306b) s.o. (+)
- 2) bzgl. § 306c

Problematisch erscheint, ob hier eine Leichtfertigkeit (Wortlaut des § 306c) bzgl. eines möglichen Todeseintritts ausreicht oder ob dolus eventualis bzgl. des Todes des Opfers zu fordern ist.

Da ein Erfolg nicht eingetreten ist und insofern kein Erfolgsunrecht vorliegt, ist für eine Strafbarkeit zwingend Handlungsunrecht erforderlich und dies erfordert Vorsatz. Eine Fahrlässigkeit wird gerade im Versuch nicht bestraft. Daher ist dolus eventualis bzgl. des Todes zu fordern, was nach dem Wortlaut (wenigstens leichtfertig) gedeckt ist.

Wie oben bereits dargestellt ist der Tötungsvorsatz zu bejahen, sodass der Tatentschluss auch in dieser Hinsicht vorliegt.

Auch Vorsatz bzgl. des Unmittelbarkeitszusammenhangs (+)

III. unmittelbares Ansetzen (+) s.o.

IV. RW und Schuld (+)

V. Rücktritt § 24 I (-)

VI. ZwErg.: §§ 306c, 22, 23 (+)

#### **D. §§ 211 I, II, 212, 13, 22, 23**

(-), da Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit im aktiven Tun

#### **E. weitere Delikte....**

### **Abwandlung:**

#### **A. §§ 211 I, II, 212, 22, 23**

(-), kein Tötungsvorsatz nachweisbar.

#### **B. §§ 306a (ggf. §306b), 23, 23**

I. Vorprüfung

1. keine Vollendung des § 306a

2. Strafbarkeit des Versuchs: § 306a ist ein Verbrechen, folglich ist der Versuch immer strafbar.

II. Tatentschluss

1) bzgl. § 306a

(P) teleologische Reduktion des § 306a wegen des gewissenhaften Brandstifters? hM: allenfalls bei einräumigen Hütten → hier (-)

→ TE bzgl. § 306a (+)

2) ggf. bzgl. § 306b

III. unmittelbares Ansetzen

IV. RW/Schuld (+)

V. tritt § 24 I (-)

#### **C. §§ 306c, 22, 23 als sog. Versuch der Erfolgsqualifikation (prüfen!)**

I. Vorprüfung

1. keine Vollendung: Tod ist nicht eingetreten, daher § 306c nicht vollendet

2. Strafbarkeit des Versuchs: § 306c ist ein Verbrechen, folglich ist der Versuch immer strafbar. Problematisch erscheint jedoch, dass § 306c eine Vorsatz/Fahr.-Kombination ist und bei Fahrl.delikten eine Versuchsstrafbarkeit nicht möglich ist. Jedoch wird § 306c gem. § 11 Abs. 2 wie ein Vorsatzdelikt behandelt, sodass der Versuch rechtsdogmatisch möglich ist.

II. Tatentschluss

1) bzgl. §§ 306a (ggf. 306b) s.o. (+)

2) bzgl. § 306c

Problematisch erscheint, ob hier eine Leichtfertigkeit (Wortlaut des § 306c) bzgl. eines möglichen Todeseintritts ausreicht oder ob dolus eventualis bzgl. des Todes des Opfers zu fordern ist.

Da ein Erfolg nicht eingetreten ist und insofern kein Erfolgsunrecht vorliegt, ist für eine Strafbarkeit zwingend Handlungsunrecht erforderlich und dies erfordert Vorsatz. Eine Fahrlässigkeit wird gerade im Versuch nicht bestraft. Daher ist dolus eventualis bzgl. des Todes zu fordern, was nach dem Wortlaut (wenigstens leichtfertig) gedeckt ist.

Wie oben bereits dargestellt ist der Tötungsvorsatz jedoch zu verneinen

III. ZwErg.: §§ 306c, 22, 23 (-)

#### **D. weitere Delikte....**

# I. Rechtswidrigkeit

## I. Notwehr und Nothilfe, § 32 StGB

Der Notwehr liegt das Rechtsbewährungsprinzip zugrunde („Das Recht dem Unrecht nicht zu weichen“).

### 1. Objektives Rechtfertigungselement

#### **a) Notwehrlage:**

##### **gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff auf ein Individualrechtsgut:**

**Angriff** ist jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich geschützter Interessen.

**Gegenwärtig** ist der Angriff, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch andauert (Achtung: anders als bei § 34 StGB reicht hier eine Dauer Gefahr nicht aus).

**Rechtswidrigkeit** ist gegeben, wenn ein Widerspruch zur obj. Rechtsordnung (nicht nur StGB) und keine Duldungspflicht besteht (zB bei seinerseits durch Notwehr gerechtfertigtem Angriff).

**Individualrechtsgut:** insb. Leben, körperliche Unversehrtheit, Eigentum, Ehre (hier häufig aber keine Gegenwartigkeit gegeben; diese endet wenn die Beleidigung ausgesprochen ist und keine weiteren folgen), Freiheit (nach wohl hM auch die allgemeine Handlungsfreiheit).

Nach dem OLG Hamburg (Beschluss vom 05.04.2012; AZ 3-14/12) auch das Recht am eigenen Bild, so dass ein Schlag gegen die Kamera eines Fotografen gerechtfertigt sein kann, wenn dieser gerade dabei ist, rechtswidrig ein Bild der Person anzufertigen.

#### **(P) Notwehrfähigkeit von Rechtsgütern der Allgemeinheit**

Rechtsgüter der Allgemeinheit wie die öff. Sicherheit und Ordnung, Gewässerreinheit oder Tierschutz begründen *keine notwehrfähigen subjektiven Rechte* des Bürgers. Ihr Schutz ist Aufgabe der zuständigen Staatsorgane (Gewaltmonopol). Insofern kommt nur § 34 StGB in Betracht.

#### **b) Notwehrhandlung**

Die Notwehrhandlung kann sich nur gg. den *Angreifer bzw. dessen Rechtsgüter* richten, nicht gegen Dritte (aber bei §§ 34, 35 StGB möglich).

##### **aa) Geeignetheit der Notwehrhandlung**

(+), wenn durch sie der Angriff sofort und endgültig beendet oder zumind. abgeschwächt werden kann.

##### **bb) Erforderlichkeit der Notwehrhandlung**

Die Handlung ist erforderlich, wenn die das mildeste der **gleich** geeigneten Mittel ist. Das Risiko einer möglicherweise nicht ausreichenden Verteidigung oder weiteren Beeinträchtigungen muss der Angegriffene nicht eingehen. Gleichwohl muss bei Vorliegen mehrerer *gleich effektiver Mittel das mildeste* gewählt werden. Maßgeblich ist eine ex-ante-Betrachtung.

Auf ein milderer aber mit der Gefahr eigener Beeinträchtigungen verbundenes Mittel muss der Angegriffene sich nicht verweisen lassen. Allerdings sind tödlich wirkende Mittel in der Regel vorher anzudrohen (bspw. durch einen Warnschuss). Dies ist idR ein milderer gleich geeignetes Mittel, den Angriff abzuwenden. So wird ein Messerangreifer in der Regel bei einer gewissen räumlichen Distanz bei einem Warnschuss von dem Angriff absehen, da ihm klar sein wird, dass er erschossen sein wird, bevor er die Distanz

überbrückt hat. Sofern der Messerangreifer nur noch 2 Meter vom Opfer entfernt ist, ist ein Warnschuss natürlich nicht mehr zumutbar, da die Zeit, welcher dieser in Anspruch nimmt, ausreicht, um das Opfer zu verletzen/töten, so dass der Warnschuss dann kein milderes gleich geeignetes Mittel mehr ist. Dieses Beispiel macht deutlich, dass immer eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen ist.

**Eine Güterabwägung findet wegen des Rechtbewährungsgedankens nicht statt. „Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“!**

**cc) Gebotenheit der Notwehrhandlung**

In Ausnahmefällen muss das Notwehrrecht aus sozialethischen Gründen eingeschränkt werden:

- **Unerträgliches Missverhältnis** zw. Art und Umfang der drohenden Verletzung und der Verletzung des Angreifers; hier lebt die allgemeine Güterabwägung wieder auf. „Kirschbaumfall“!
- **Angriffe erkennbar schuldlos Handelnder**, von Kindern, Geisteskranken; das Rechtsbewährungsprinzip verlangt keine Verteidigung. Es gilt „Ausweichen vor Schutzwehr vor Trutzwehr“!
- **enge familiäre Beziehung**; hM verlangt Hinnahme leichter Verletzungen (P) „Gewalt in der Ehe“. *Der BGH hierzu in § 212, 16, 32, 33 StGB (NStZ-RR 2002, 303ff. = Life&Law 2003, 29ff.)* Allein die subjektive Befürchtung, ein Angriff stehe unmittelbar bevor, begründet für sich genommen noch keine Notwehrlage. Auf die rechtlichen Grundsätze der Putativnotwehr findet § 33 StGB keine Anwendung. Die frühere Rechtsprechung des BGH, dergemäß Ehegatten unter bestimmten Umständen abverlangt wird, auf ein sicher wirkendes, aber tödliches Verteidigungsmittel zu verzichten, auch wenn die Anwendung eine Beseitigung der Gefahr nicht mit Sicherheit erwarten lässt, bedarf zumindest der Einschränkung. Ob an dieser Rechtsprechung festgehalten werden kann, bleibt offen. Ein Ausweichen der Ehefrau statt der Verwendung eines möglicherweise tödlich wirkenden Verteidigungsmittels kann zumutbar sein, wenn die familiäre Auseinandersetzung in neuerliche Gewalttätigkeiten des Ehemanns zu eskalieren droht und eine lang andauernde gewalttätige Vorgeschichte mit mehrfacher Trennung der Eheleute, aber Rückkehr der Ehefrau (eines der Opfer der Gewalttätigkeiten) zu ihrem Ehemann besteht.
- **Bagatellangriffe**: sog. Unfugabwehr (z.B. „Anleuchten mit der Taschenlampe“). Eingriffe in die körperliche Integrität dürften kaum gerechtfertigt sein. Häufig dürfte schon gar kein Angriff auf ein geschütztes Individual-Rechtsgut vorliegen.

**Examensrelevanteste Fallgruppe: Notwehrprovokation**

**Aufbau in der Klausur – Strafbarkeit des provozierenden Täters**

**A. Strafbarkeit durch das Provozieren des Täters, idR § 185 (+)**

**B. Strafbarkeit durch den späteren „Gegenangriff“, idR §§ 211f., 223f.**

**I. TB**

**II. RW: § 32?**

### 1) Notwehrlage: ggw rw Angriff durch den Provozierten (Opfer)

(P) RW → ist O. seinerseits durch Notwehr gerechtfertigt?

idR (-), da Angriff (idR Beleidigung) abgeschl. → ggw.(-)

→ ggw. rw. Angriff des O. (+)

### 2) Notwehrhandlung

a) geeignet (+)

b) erforderlich (+)

c) Gebotenheit: sozialetische Einschränkungen

→ Notwehrprovokation!

(1.(P)) Streit um die Qualität des Vorverhaltens

Streitentscheid entbehrl., wenn strafrechtl. relevantes Vorverhalten gegeben

(2.(P)) Einordnung Absichtsprovokation/sonstige Provokation

→ Behandlung strittig → Streit darstellen, subsumieren und ggf. entscheiden

→ RW idR (+)

III. Schuld (+) → Strafb.keit (+)

### Probleme im Einzelnen

(1) (P) Welche Qualität muss das provozierende Verhalten haben ?

es ist zu differenzieren:

-> **rechtmäßige und sozialadäquate Handlungen.:**

nicht strafrechtlich relevant -> Kein Bedürfnis für Einschränkung des Notwehrrecht

-> **rechtswidrige Handlung:** Provokation (+)

-> **Handlung ist rechtmäßig, aber sozialetisch missbilligenswert: Provokation str.:**

**Bsp.(vereinfacht nach BGHSt 42, 97):** *In einem überfüllten Eilzug setzte sich J zum späteren Angeklagten A in ein Abteil der 1. Klasse, obwohl J nur eine Fahrkarte der 2. Klasse hatte. J war durch Alkohol „leicht bis mittelgradig“ berauscht; Biergeruch breitete sich im Abteil aus. Obwohl A in nur wenigen Minuten aussteigen musste, öffnete er das Fenster, um den nur leicht bekleideten J aus dem Abteil „hinaus zu ekeln“. J schloss das Fenster und drohte A; A öffnete es wieder und zeigt J ein Messer. Ob J das Messer im Halbdunkeln wahrnahm, ließ sich nicht klären. Es kommt nach einem Angriff des J zur Eskalation und zum Kampf, der mit einer tödlichen Stichverletzung des J endet.*

**arg. gegen Provokation:** Störender bewegt sich auf dem Boden des Rechts;

**arg. für Provokation:** Die Gebotenheit ist eine sozialetische Einschränkung des Notwehrrechts, also muss es hier auch auf sozialetische Beurteilung ankommen

### (2) Behandlung der Notwehrprovokation

Die Behandlung der Notwehrprovokation ist im Einzelnen strittig. Wichtig ist die Differenzierung zwischen **Absichtsprovokation und fahrlässigen Notwehrprovokation.**

-> Hat der Provokateur die Notwehrlage absichtlich herbeigeführt, um den anderen „unter dem Deckmantel der Notwehr“ verletzen zu können, so liegt eine **Absichtsprovokation** vor.

->Die Fälle der nicht absichtlichen Notwehrprovokation, dh (bedingt) vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführter Angriff, werden unter dem Stichwort „**fahrlässige Notwehrprovokation**“ oder besser unter „**sonst vorwerfbar verursachte Notwehrprovokation**“ diskutiert.

### (a) Absichtsprovokation

Es werden im Wesentlichen drei verschiedene Ansichten vertreten:

-> **BGH und wohl hL** : Versagung jedlichem Notwehrrecht.

Arg.: Rechtsmissbräuchlichkeit, eigentlicher Angreifer ist der Provozierende, Einwilligung in den Angriff

(fraglich, da wohl keine Einwilligung in eine Verletzung)

->**große Teile der Literatur** abgestuftes Notwehrrecht („Ausweichen vor Schutzwehr vor Trutzwehr“): zunächst muss der Provozierende ausweichen oder weglaufen; nur wenn dies nicht mögl. Ist, ist eine Schutzwehr zulässig; nur wenn diese nicht mögl. ist, darf der Provozierende zur Trutzwehr übergehen. Das Maß der hinzunehmenden Angriffsintensität hängt dabei von der Schwere der Provokation ab.

->**actio illicita in causa**: knüpft für die Rechtswidrigkeit an die Provokationshandlung an (die konkrete Verteidigungshandlung gilt hingegen als gerechtfertigt). Dagegen spricht, dass das Verhalten dann gleichzeitig rw und - als Abschluss des in Gang gesetzten Ablaufs – rm wäre. Zudem fehlt es an der obj. Zurechnung, da der Provozierte selbst entscheidet, ob er angreift = sich provozieren lässt.

**(P) Absichtlich provoziertes Angriff erfolgt intensiver als erwartet.**

Der *BGH* bleibt auch in diesen Fällen bei der strengen Versagung des Notwehrrechts. Die wohl hL lässt hingegen zumindest ein abgestuftes Notwehrrecht wiederaufleben (Arg.: wie ein Fahrlässigkeitsvorwurf bzgl. des intensiveren Angriffs).

**(b) Sonst vorwerfbar verursachte Notwehrprovokation**

Hat der Provokateur den Angriff (bedingt) vorsätzlich oder fahrlässig hervorgerufen, so steht ihm nach überwiegender Ansicht nur ein eingeschränktes, abgestuftes Notwehrrecht. Das Maß der hinzunehmenden Beeinträchtigung richtet sich nach der Schwere und Vorwerfbarkeit der Provokation.

Zu beachten ist, dass der *BGH* mittlerweile anerkennt, dass auch bei einer Rechtfertigung der konkreten Notwehrhandlung im Rahmen des abgestuften Notwehrrechts eine **Fahrlässigkeitsstrafbarkeit an die Provokation** anknüpfen kann („actio illicita in causa“ – siehe *BGH NJW 01,1075ff.* = *L&L 01, 409f.* und *Life&Law 2011, 99f.*).

## **2. Subjektives Rechtfertigungselement**

nach h.M. bei Vorsatzdelikten *Verteidigungswille* erforderlich.

## **II. Rechtfertigender Notstand § 34 StGB**

Zu beachten ist, dass die zivilrechtlichen Notstandsregeln BGB (§ 228, § 904) den allg. rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB verdrängen. Kommen sie in Betracht, sind sie also vorrangig zu prüfen! Diese sind aber nur relevant, wenn es um die Rechtfertigung von Sachbeschädigungsdelikten geht.

### **1) Objektives Rechtfertigungselement**

**a) Notstandslage:** Gegenwärtige Gefahr für geschützte Rechtsgüter

**Gefahr** = Zustand, bei dem Eintritt e. Schadens wahrscheinlich ist. (obj. ex-ante-Urteil)

**gegenwärtig** ist die Gefahr, wenn der Zustand bei natürlicher Weiterentwicklung jederzeit in einen Schaden umschlagen kann, sofern nicht alsbald Abwehrmaßnahmen getroffen werden.

Auch bei Dauergefahr anzunehmen, wenn zur **wirksamen Abwendung sofortiges Handeln angezeigt ist** (Bsp.: Immer wiederkehrender Spanner).



## **b) Notstandshandlung**

Richtet sich die Handlung gegen eine Sache, so sind §§ 228, 904 BGB vorrangig zu prüfen; § 34 StGB erfasst als lex specialis nur andere Eingriffe in Rechtsgüter Dritter

### **aa) Gefahr nicht anders abwendbar**

Erforderlichkeit; Unterschied zu § 32 StGB: Von Ausweichmöglichkeit ist Gebrauch zu machen

### **bb) Interessenabwägung**

->Wesentliches Überwiegen des geschützten Interesses (zu berücksichtigen: Rang- und Wertverhältnis der betroffenen Rechtsgüter (Indiz: Aufzählungsreihenfolge des § 34 StGB, Strafandrohungen des BT) und konkrete Umstände des Falles, z.B. Art, Ursprung, Nähe der Gefahr; bes. Gefahrtragungspflichten; Rettungschancen für das bedrohte Rechtsgut → Keine Abwägung „Leben gegen Leben“ !

**Hier bei ist ggf. auch eine Differenzierung zwischen aggressiven und defensiven Notstand zu machen. Beim aggressiven Notstand richtet sich das Handeln gegen ein Rechtsgut, von dem keine Gefahr ausgeht (dies ist bei der Notwehr nicht denkbar!). In diesem Fall muss das geschützte Rechtsgut ganz gravierend überwiegen. Im Rahmen des defensiven Notstands richtet sich das Handeln gegen ein Rechtsgut, vom dem die Gefahr ausgeht, dies ist im Rahmen der Abwägung zu Lasten des beeinträchtigten Rechtsguts zu berücksichtigen.**

### **cc) Angemessenheit**

Handlung muss nach anerkannten Wertvorstellungen der Allgemeinheit als sachgemäße und dem Recht entsprechende Lösung des Konflikts erscheinen. Kein Eingriff in das höchstpersönliche Recht auf Selbstbestimmung (zwangsweise durchgeführte Blutentnahme, um das Leben eines anderen zu retten, ist grds. nicht angemessen. Ausnahme möglich bei engsten Schutz- und Beistandspflichten (zB Eltern - Kind).

## **2) Subj. Rechtfertigungselement**

Handeln in Kenntnis und aufgrund (str., s.o.) der Notstandslage

## **III. Vorläufige Festnahme, § 127 StPO**

Differenziere zwischen Abs. 1 und 2; Abs. 1 gilt für jedermann

### **1. Prüfungsschema Abs.1**

#### **a) Festnahmelage**

Täter wird auf frischer Tat betroffen bzw. verfolgt und ist der Flucht verdächtig o. seine Identität nicht sofort feststellbar

#### **Problem: Muss tatsächlich Straftat vorliegen?**

(dieses Problem sollte übrigens auch im 2. Examen noch diskutiert werden, weil die Strafsenate des BGH den Fall nicht entschieden haben)

**BGH (Zivilsenate): Dringender Tatverdacht nach pflichtgemäßer Prüfung genügt.**

Arg.:

- Altruistisches Handeln liegt im Interesse der Allgemeinheit und soll gefördert werden
- Festnehmender soll nicht das Irrtumsrisiko tragen

- Schnelles Handeln ist gefragt; Einschätzung nicht sicher möglich
- StPO-Maßnahmen erfordern grds. keinen Nachweis der Täterschaft; es gilt die Unschuldsvermutung

**BayObLG (JR 1987, S. 344f.)**

Tatverdacht genügt, wenn das objektiv erkennbare Geschehen ohne vernünftige und begründete Zweifel den Schluss auf das Vorliegen einer Straftat zulässt (entspricht weitgehend BGH)

**hL : Wirklich begangene Tat erforderlich; Tatverdacht genügt nicht.**

Arg.: - Systematischer Zusammenhang mit Abs. 2 zeigt, dass nur Strafverfolgungsorgane bei Verdacht handeln dürfen und damit gerechtfertigt sind.

- Dem vermeintlichen Täter würde das NotwehrR genommen.
- Altruistisch Handelnder ist über Erlaubnistatbestandsirrtum hinreichend geschützt.

**b) Festnahmehandlung**

Sie muss zur Identitätsfeststellung erforderlich sein und unterliegt strenger Verhältnismäßigkeitsprüfung. Wesentliche Eingriffe in die körperliche Integrität sind nicht zulässig.

**c) Subj. Rechtfertigungselement**

Handlung muss in Kenntnis des Festnahmerechts erfolgen.

**2. Prüfungsschema Abs. 2 (gilt nur für Strafverfolgungsorgane)**

**a) Festnahmelage**

Vor. für Erlass eines Haftbefehls müssen vorliegen, §§ 112ff. StPO. **Wichtig: dringender TV genügt!**

**Beachte:** Dies ist hier völlig unumstritten, da es im Gesetz steht! Es ist mal eine Examensklausur gelaufen, wo ein Polizist festgenommen hat. Dennoch haben nicht wenige Kandidaten – völlig unzutreffend - § 127 I StPO mit dem gängigen Problem geprüft!

**b) Festnahmehandlung = s.o.**

**c) Subjektives Rechtfertigungselement = s.o.**

**IV. Einwilligung – tatbestandsausschl. Einverständnis**

	<b>tb-ausschl. Einverständnis (obj. TB-Ebene)</b>	<b>Einwilligung (RW-Ebene)</b>
<b>Dispositivfähigkeit</b>	TB muss Handeln gegen oder ohne den Willen des Betroffenen voraussetzen	Einwilligender muss verfügen dürfen; (-) bei Rechtsgütern der Allgemeinheit oder dem Leben
<b>Einwilligungsfähigkeit</b>	Natürliche Willensfähigkeit genügt, da Einverständnis rein tatsächlichen Charakter hat.	Natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit erforderlich (Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich, str. bei Vermögensdelikten). Willensmängel sind aber beachtlich, so etwas bei Täuschung über

		die Sachlage)
<b>Form</b>	Keine ausdrückliche Erklärung erforderlich! Es genügt der innere bestehende Wille.	Jede nach außen erkennbare Manifestation; keine WE erforderlich! Äußerung muss eindeutig sein/kein Widerruf
<b>Zeitpunkt</b>	Vor oder während der Tat	Vor/während der Tathandlung.; keine nachtr. Gen. wie bei GoA
<b>Freiwilligkeit</b>	Willensmängel sind unbeachtlich außer Zwang	Ernstlich-/Freiwilligkeit erforderlich; keine wes. Willensmängel
<b>Sittenwidrigkeit</b>	Unbeachtlich	Grds. unbeachtlich; Ausnahme: § 228 StGB!
<b>subj. Vor.</b> Bei (mutmaßl.) Einwilligung subj. RF-Element)	Kenntnis des Einverständnisses. Wenn (-): Obj. TB entfällt, es bleibt Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs	Kenntnis und Handeln aufgrund der Einwilligung Wenn subj. RF-Element (-): s.o. Ausführungen bei Notwehr
<b>Irrtümliche Annahme</b>	Vorsatz entfällt gem. § 16 I 1.	Erlaubnistatbestandsirrtum

Die Einwilligung ist bei Straftaten gegen den Einzelnen ein RF-Grund. Sie begründet sich im Selbstbestimmungsrecht des Opfers und setzt disponible Rechtsgüter voraus. Jedoch ist bei Straftatbeständen, deren deliktischer Charakter spezifisch dadurch geprägt wird, dass zwangsläufig sie gegen den Willen des Betroffenen begangen werden müssen (bspw. §§ 123, 239, 240, 242, 249 StGB) bei einer Billigung durch den Betroffenen bereits der objektive Tatbestand nicht verwirklicht. Man spricht insofern von einem tb-ausschließenden Einverständnis.

Als Einwilligungersatz fungiert die **mutmaßliche Einwilligung**. Diese ist subsidiär, dh eine solche liegt nur vor, wenn die Zustimmung des Betroffenen nicht rechtzeitig eingeholt werden kann, aber eine Würdigung aller Umstände aber die Annahme erlaubt, dass der Betroffene, falls man ihn fragen könnte, zustimmen würde.

Das OLG Köln hat sich in einem äußerst interessanten Beschluss vom 4.4.2019 (2 Ws 122/19, SpuRt 2019, 134) entschieden, dass ein Profiboxer sich der Körperverletzung nach § 223 StGB strafbar macht, wenn er gedopt kämpft. In diesem Fall scheidet die rechtfertigende Einwilligung aufgrund eines beachtlichen Willensmangels des Opfers. Bei den eingesetzten Boxhandschuhen handelt es sich allerdings um bestimmungsgemäß in Einsatz gebrachte Sportgeräte, und damit nicht um gefährliche Werkzeuge, so dass § 224 I Nr. 2 2. Alt StGB ausscheidet.

### **Exkurs: § 228 StGB bei Massen/Hooligan-Schlägereien**

Bei einem Boxkampf sind die wechselseitigen Körperverletzungsdelikte der (nicht gedopten) Sportler über die Einwilligung gerechtfertigt. Allerdings scheidet eine solche Einwilligung bei Massen/Hooligan-Schlägereien in aller Regel an § 228 StGB.

Der BGH hat im Beschluss vom 20.02.2013 (AZ 1 StR 585/12) festgestellt, dass bei Verletzungen tätlicher Auseinandersetzungen rivalisierender Grup-

pen bei der in § 228 StGB vorzunehmenden Bewertung der Gefährlichkeit der Verletzungshandlungen die mit derartigen Tätlichkeiten typischerweise verbundene Eskalationsgefahr zu berücksichtigen ist. Fehlen bei solchen Auseinandersetzungen **das Gefährlichkeitspotential begrenzende Absprachen und effektive Sicherungen für deren Einhaltung**, verstoßen die in deren Verlauf begangenen Verletzungen trotz Einwilligung selbst dann gegen die guten Sitten, wenn mit den einzelnen Verletzungen keine konkrete Todesgefahr verbunden war. Im Urteil vom 22.01.2015 (AZ 3 StR 233/14) hat der BGH dann klargestellt, dass die rechtswidrige und schuldhaft Verwirklichung des Tatbestandes des § 231 StGB führt zur Annahme der Sittenwidrigkeit der Körperverletzungstat i.S.d. § 228 StGB. Dies gilt nicht nur in den Fällen, in denen die schwere Folge des § 231 StGB tatsächlich eingetreten ist. Der Verstoß gegen die Wertung des § 231 StGB begründet das Sittenwidrigkeitsurteil unabhängig davon, ob der sich aus § 231 StGB ergebenden gesteigerten Gefahr für Leib und Leben durch Vorkehrungen, mit denen eine Eskalation der Auseinandersetzung verhindert werden soll, entgegengewirkt werden könnte. Der Tatbestand des § 231 StGB setzt nur eine Schlägerei oder einen Angriff mehrere voraus. Im Unterschied zu einem Boxkampf fehlt es hier gerade an einem festen Regelwerk und einem deseskalierend wirkenden neutralen Ringrichter.

## **V. Rechtfertigende Pflichtenkollision**

An diese ist immer im Bereich der unechten Unterlassungsdelikte zu denken. Rechtfertigend ist eine Pflichtenkollision nämlich nur, wenn den Handelnden mehrere Erfolgsabwendungspflichten (Handlungspflichten) treffen, von denen er nur eine auf Kosten der anderen erfüllen kann. Subjektiv muss mit dem Bewusstsein gehandelt werden, überhaupt eine der Erfolgsabwendungspflichten zu erfüllen.

## **VI. Wahrnehmung berechtigter Interessen, § 193 StGB**

### **Voraussetzungen:**

- Täter muss obj. und subj. berechnete Interessen verfolgen
- Äußerung muss zur Wahrnehmung dieser Interessen geeignet und erforderlich sein.
- Äußerung muss sich aufgrund einer Interessenabwägung auch als angemessenes Mittel erweisen.

->Häufig wird die Pressefreiheit und Meinungsfreiheit, Art. 5 I GG, in diesem Kontext zu prüfen sein.

### **(P) „Soldaten sind Mörder. Weltweit“ (BVerfG NJW 95, 3303)**

Lässt eine Äußerung mehrere Deutungsmöglichkeiten zu, so sind unter Berücksichtigung von Art. 5 GG die Varianten anzunehmen, die nicht tatbestandsmäßig oder aber gerechtfertigt sind.

## **VII. Schwangerschaftsabbruch, § 218a StGB**

§ 218a I StGB enthält bei Erfüllung bloß prozeduraler Bedingungen (Beratung, Frist) einen tb-ausschließenden Grund.

§ 218a II, III StGB enthalten RF-gründe für die dort genannten Indikations-tatbestände als Spezialfälle des § 34 StGB.

## J. Schuld

### Die wichtigsten Problematiken

#### I. Schuldfähigkeit

##### 1. § 19 StGB

Bei Kindern unter 14 Jahren besteht nach § 19 StGB eine absolute Schuldunfähigkeit, d.h. diese wird unwiderleglich vermutet. Bei Jugendlichen zwischen 14 und 18 Jahren (vgl. § 1 II JGG) ist immer nach § 3 JGG die Schuldfähigkeit positiv festzustellen. Der Jugendliche muss zur Tatzeit nach seiner geistigen u sittlichen Entwicklung reif genug gewesen sein, das Unrecht der Tat einzusehen. Bei Heranwachsenden zwischen 18 und 21 Jahren ist hingegen eine Schuldfähigkeit gegeben. Hier muss nur geklärt werden, ob „Erwachsenen-Strafrecht“ oder „Jugend-Strafrecht Anwendung findet.

##### 2. §§ 20, 21 StGB

§§ 20, 21 StGB enthalten zwei kumulative Element (biologisches und psychologisches) vorliegen. Liegt einer der enumerativ aufgezählten Defekte vor, so ist in einem zweiten Schritt zu klären, ob sich dieser auch auf die Einsichts- u. Steuerungsfähigkeit auswirkt.

In der Klausur tauchen §§ 20, 21 StGB typischerweise in Verbindung mit einer Alkoholisierung auf. Der Vollrausch lässt sich als „tiefgreifende Bewusstseinsstörung“ oder auch als „krankhafte seelische Störung“ erfassen. Zu beachten sind dabei folgende Promillegrenzen: Der Anwendungsbereich des § 21 beginnt bei 2,0 ‰ (bei Tötungsdelikten 2,2 oder 2,3). Schuldunfähigkeit ist ab 3,0 ‰ zu problematisieren (3,3 bei Tötungsdelikten). Dies ist allerdings nur eine Faustregel; vorzunehmen ist eine Gesamtwürdigung unter Einbeziehung aller äußeren und inneren Aspekte des Tatgeschehens und der Persönlichkeitsverfassung. Der BAK kommt dabei aber entscheidendes Gewicht zu.

##### 3. Rechtsfolgen der Schuldunfähigkeit

Mangels Schuld kann der Täter wegen der begangenen Tat nicht bestraft werden. Nicht ausgeschl. ist jedoch die Verhängung von Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 63, 64, 69 StGB), da diese in die Zukunft gerichtet sind und auf die „Gefährlichkeit“ des Täters abstellen. Bei nicht verantwortlichen Jugendlichen i.S.d. § 3 JGG können gem. § 3 S.2 JGG Erziehungsmaßnahmen angeordnet werden.

#### II. Die sog. actio libera in causa (alic) und § 323a StGB

Gem. § 20 StGB muss die Schuld des Täters zum Zeitpunkt der Tat vorliegen, also zum Zeitpunkt der Tathandlung vorliegen, damit er zur Verantwortung bestraft werden kann (Koinzidenzprinzip). Befindet sich der Täter zum Zeitpunkt der Tathandlung im Zustand des § 20 StGB kann er mangels Schuldfähigkeit nicht bestraft werden. Dies ist bedenklich, wenn der Täter sich bewusst in diesen Zustand versetzt und schon beim Berauschen zumindest dolus eventualis bezüglich der späteren Rauschtat in ihren wesentlichen Zügen hat. Das Verhalten des Täters ist dann rechtsmissbräuchlich und der (ansonsten subsidiäre) § 323a StGB, der die Rauschtat als obj. Bedingung der Strafbarkeit erfasst, erscheint wegen seiner Strafraumenbegrenzung auf 5 Jahre zumindest beim Tötungsdelikten dem Unrechtsgehalt

des Täterverhaltens nicht gerecht zu werden. Um dieses unbillige Ergebnis zu vermeiden, wurden mehrere stark heterogene Lösungsansätze entwickelt, um den Täter doch wegen der unmittelbar begangenen Tat betrafen zu können. Diese Lösungsansätze werden gemeinhin unter dem Oberbegriff der actio libera in causa diskutiert. Ein Bedürfnis zu einer Korrektur besteht jedoch nur bei einer sogenannten vorsätzlichen alic.

### **1. Die vorsätzliche actio libera in causa**

Die sogenannte „vorsätzliche alic“ setzt im Zeitpunkt des Berausehens Vorsatz bzgl. des Berausehens (der Täter muss seinen Defektzustand daher mindestens mit dolus eventualis herbeigeführt haben) **und** bzgl. der späteren Tat in ihren wesentlichen Zügen voraus (bspw. auch der Fall, wenn der Täter sich Mut antrinkt, da er meint, nüchtern die Tat nicht vollbringen zu können). Die spätere Tat muss zu diesem Zeitpunkt (wenigstens ihrer Art nach) in den wesentlichen Zügen konkretisiert sein. Tatvorsatz und Tatablauf müssen sich dabei in ihren wesentlichen Grundzügen decken.

Weicht die Tat von den Planvorstellungen des Täters ab, ist nur für § 323a Platz. Eine wesentliche Abweichung liegt nach h.L. - entgegen BGHSt 21, S. 381, 384 - auch bei einem error in persona bei der Ausführung vor, da dem Täter der Irrtum erst nach Verlust der Schuldfähigkeit unterlaufe und damit die den Schuldvorwurf tragende Verbindung zwischen Tatplan und Tatgestaltung beseitigt sei (->aberratio ictus).

**Achtung: Die actio libera in causa ist als Problematik im Rahmen der Strafbarkeitsprüfung nur ausführlich anzusprechen und auszuführen, wenn ein Fall der sogenannten „vorsätzlichen alic“ zumindest möglich erscheint!**

### **Die Behandlung der sog. „vorsätzlichen alic“ ist umstritten**

#### **→ Lösungsansätze**

#### **a) Ausnahmemodell / Ausdehnungsmodell / Schuldvorverlagerungsmodell**

Diese Auffassungen hat der *BGH* (BGHSt 38, 235/241) alle ausdrücklich vor dem Hintergrund des Wortlauts des § 20 StGB („Bei Begehung der Tat“) als Verstoß gegen Art. 103 II GG verworfen („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“).

#### **b) Tatbestandslösung**

Die Tatbestandslösung ist keine Ausnahme vom Koinzidenzprinzip. Der strafrechtliche Vorwurf knüpft nicht an die Rauschtat an, sondern an das Sich-Berauschen selbst, die sog. actio praecedens. Der Tat-ZP wird vorverlagert auf einen Zeitpunkt, in dem die Schuldfähigkeit noch vorlag. Dies führt allerdings zu einer sehr weiten Ausdehnung des jeweiligen TB. An diesem Aspekt knüpft auch die neuere Rspr. des *BGH* an, die sich zwar nur auf Verkehrsdelikte bezog (BGHSt 42, 235 f.), deren Aussage aber durchaus auf alle anderen Delikte übertragen werden kann. Der *BGH* stellt klar, dass im Rahmen der sog. vorsätzlichen alic die Tatbestandslösung die einzige tragfähige Konstruktion ist. Nur sie wahrt das Koinzidenzprinzip.

Die Tatbestandslösung ist im Hinblick auf Art. 103 II GG aber **nur bei den reinen Erfolgsdelikten zulässig**. Hier ist gerade nicht umschrieben, wie der Taterfolg herbeigeführt werden muss. Insofern ist auch eine Herbeiführung durch das Sich-Berauschen als Tathandlung möglich. Unzulässig ist die TB-Lösung hingegen bei reinen Tätigkeitsdelikten (Bsp.: § 316 „führen“), bei denen die Tathandlung genau umschrieben ist. Ein Gleichsetzen dieser Tathandlung mit dem Sich-Berauschen würde gegen Art. 103 II GG verstoßen.

Bei den reinen Tätigkeitsdelikten kommt man jedoch über den Strafrahmen des § 323 a StGB bereits zu befriedigenden Lösungen, so dass kein wirkliches Bedürfnis für die alic besteht.

### **c) Lösung über die mittelbare Täterschaft**

Hiernach macht sich der Täter durch das Berauschen zu seinem eigenen schuldunfähigen Werkzeug. Es reichen daher Schuld und Vorsatz im Zeitpunkt der Einwirkung auf das Werkzeug (Berauschen). Die Ansicht verkennt aber, dass die mittelbare Täterschaft zwingend zwei existente Personen voraussetzt. Durch das Sich-Berauschen wird der Täter kein „von sich selbst Verschiedener“ und mithin kein anderer i.S.d. § 25 I 2.Alt. StGB. Es wird zu keinem Zeitpunkt eine überlegene Tatherrschaft des Hintermannes begründet, da dessen Handlungs- und Steuerungsfähigkeit in gleichem Maße sinkt wie die des „Werkzeugs“. Außerdem versagt diese Lösung bei eigenhändigen Delikten. Der BGH hat diesen Lösungsansatz jedoch noch nicht verworfen

### **Aufbau in der Klausur**

In der Klausur sollte man der Tatbestandslösung folgen. Der Aufbau soll anhand eines kurzen Beispielfalls verdeutlicht werden. **Bsp.: T versetzt sich vorsätzlich in einem Rausch-Zustand, um dann im schuldunfähigen Zustand den O zu erschießen. Mit einem BAK von 3,5 ‰ tötet er dann O durch einen Schuss mit seinem Gewehr. Strafbarkeit des T?**

#### **A. § 212 StGB durch Erschießen**

I. TB (+)

II. RW (+)

III. Schuld?

-> zum Tatzeitpunkt schuldunfähig

-> Problem der alic mit den vertretenen Ansätzen darstellen

-> insb. Ausnahme- und Ausdehnungsmodell/Schuldvorverlagerungstheorie ablehnen

-> meines Erachtens auch überzeugend hier die Konstruktion über die mittelbare Täterschaft ablehnen

-> letztlich bleibt dann nur die Tatbestandslösung

**->RF: § 212 StGB durch das Erschießen jedenfalls aufgrund des 20 StGB (-)**

#### **B. § 212 StGB durch das Sich-Berauschen**

I. TB

-> nach der Tatbestandslösung (+), da § 212 StGB reines Erfolgsdelikt.

**Beachte: Dabei lässt sich gerade die obj. Zurechnung und der Vorsatz zum Tatzeitpunkt (Berauschen) nur begründen, wenn ein Fall der vorsätzlichen alic vorliegt!!!**

II. RW (+)

III. Schuld -> zu diesem Zeitpunkt unproblematisch (+)

### **2. Fahrlässigkeits-Problematiken („fahrlässige actio libera in causa“)**

Die Darstellung der obigen Problematik ist nur vorzunehmen, wenn tatsächlich doppelter Vorsatz (bzgl. des Berauschens und der Deliktsbegehung im schuldunfähigen Zustand) vorliegt. Der Täter muss sich also vorsätzlich berauschen und **beim Berauschen schon Vorsatz bzgl. der späteren vorsätzlichen Tat** haben. Alle anderen Fälle (1. Vorsatz bzgl. Berauschen, aber fahrlässige Tat, 2. Fahrlässigkeit bzgl. des Berauschens und vorsätzliche Tat, 3. Fahrlässigkeit sowohl bzgl. Berauschen als auch hinsichtlich der späteren Tat) sind nicht nach den Grundsätzen der vorsätzlichen alic zu behan-

deln. Es kommt dann typischerweise eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Betracht, für die es nach h.M. der oben genannten Konstruktionen nicht bedarf, da dort der Einheitstäterbegriff gilt. Täter kann im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte grundsätzlich jeder sein, der eine pflichtwidrige Ursache setzt, die sich im tatbestandlichen Erfolg verwirklicht. Zu beachten ist jedoch, dass im Rahmen der **fahrlässigen Strafbarkeit nie auf Handlungen abgestellt werden darf, welche im schuldunfähigen Zustand begangen werden**. In diesem Fall steht einer Strafbarkeit zwingend der § 20 StGB entgegen. Insofern kann (wie bei der Tatbestandslösung) nur ein Anknüpfen an das Berauschen erfolgen. Dabei müssen die Voraussetzungen für eine fahrlässige Strafbarkeit sauber geprüft werden und selbstverständlich vorliegen. Problematisch können in diesem Zusammenhang insbesondere die Pflichtverletzung und der Pflichtwidrigkeitszusammenhang sein. Grundsätzlich ist ein Berauschen nicht unbedingt fahrlässig, sondern zumindest in Westeuropa durchaus sozialadäquat. Insofern müssen hier typischerweise andere Aspekte hinzutreten (bspw.: Der Täter wird unter Alkoholeinfluss gewalttätig oder fuhr in der Vergangenheit wiederholt betrunken mit dem KfZ). Sofern eine Strafbarkeit durch das Berauschen nicht vorliegt, kommt jedoch gegebenenfalls bei einer fahrlässigen Verursachung durch Handlungen im schuldunfähigen Zustand (selbstverständlich) eine Strafbarkeit nach § 323 a in Betracht.

Soweit das Fahrlässigkeitsdelikt aber ein bestimmtes Verhalten erfordert, hilft auch der Einheitstäterbegriff nicht mehr weiter. Eine Strafbarkeit kommt dann nur aus § 323 a in Betracht.

Meines Erachtens ist die Begrifflichkeit der fahrlässigen alic missverständlich, da es sich hier letztlich nur um allgemeine Fahrlässigkeitsdogmatik handelt.

#### **Abschließender Beispielfall zur alic:**

Der Lkw-Fahrer L fährt mit seinem Lkw von Hamburg nach München. In Kassel hält er bei einer Raststätte und fängt an, sich dort vorsätzlich zu betrinken. Dabei nimmt er billigend in Kauf, dass er im stark alkoholisierten Zustand noch einmal mit seinem Lkw fahren wird (dies hatte er in der Vergangenheit schon häufiger getan) und dabei auch Menschen bzw. andere Rechtsgüter konkret gefährdet werden können. Allerdings nimmt er nicht billigend in Kauf, dass er Menschen verletzen oder töten werde. Mit 3,4 ‰ setzt er sich dann hinter das Steuer, übersieht alkoholbedingt ein Stauende. Es kommt zu einem schweren Unfall, bei dem drei Personen sterben. Strafbarkeit des L?

#### **I. § 212 durch das Fahren in das Stauende**

(-) kein Vorsatz, im Übrigen Schuldunfähig

#### **II. § 212 durch das Berauschen**

(-) kein Vorsatz im ZP des Berauschens (keine vorsätzliche alic)

#### **III. § 227 durch das Fahren in das Stauende**

Kein Körperverletzungsvorsatz, im Übrigen schuldunfähig (20 StGB)

#### **IV. § 227 durch das Berauschen**

(-) kein Körperverletzungsvorsatz im ZP des Berauschens (keine vorsätzliche alic)

#### **V. § 222 durch das Fahren in das Stauende**

(-), zwar TB-Voraussetzungen gegeben, aber schuldunfähig (20 StGB)

#### **VI. § 222 durch das Berauschen (+)**

Fall der „fahrlässigen alic“: Voraussetzungen (+), insb. Pflichtverletzung, Vorhersehbarkeit und Pflichtwidrigkeitszusammenhang (+)

#### **VII. § 315c I Nr. 1a durch das Fahren in das Stauende**

(-) zwar Tatbestand gegeben, aber nicht schuldunfähig (20 StGB)



### **VIII. § 315c I Nr. 1a durch das Berauschen**

Nicht möglich, da hier ein Handlungsdelikt vorliegt und L damit beim „Führen des Fahrzeuges“ zwingend schuldfähig sein muss (Wortlaut § 20 StGB)

### **IX. § 323a (bzgl. 315c I Nr. 1a im schuldunfähigen Zustand) (+)**

## **III. Fehlende Schuld aufgrund von Irrtümern**

Hier ist nach der hM der ETBI relevant (rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Theorie), sowie der Erlaubnis- bzw. Verbotsirrtum, § 17 StGB (vgl. hierzu ausführlich die Übersicht zu den Irrtümern oben)

## **IV. Entschuldigungsgründe**

Entschuldigungsgründe führen zu einer so starken Herabsetzung des Unrechts- u Schuldgehaltes der Tat, dass die Schwelle der Strafbarkeit nicht mehr erreicht wird und der Täter aufgrund der außergewöhnl. Motivationslage auf die Erhebung eines Schuldvorwurfes verzichtet. Das vom Täter begangene Unrecht (TB und RW) bleibt jedoch erhalten, so dass weiterhin eine teilnahmefähige Haupttat vorliegt.

### **1. Entschuldigender Notstand, § 35 StGB**

#### **Prüfungsschema:**

#### **a) Notstandslage**

ggw Gefahr, aber nur für Leib, Leben und Fortbewegungsfreiheit des Täters, eines Angehörigen oder einer nahestehenden Person (überzeugend hier die Wertung der Beschützergaranten heranzuziehen)

#### **b) Notstandshandlung**

Gefahr darf nicht anders abwendbar sein. Es darf kein gleich geeignetes, milderer Mittel vorhanden sein. Eine Güterabwägung ist grundsätzlich nicht erforderlich. Es darf daher sogar „Leben gegen Leben“ gestellt werden! Auch Angemessenheit ist nicht erforderlich. Gleichwohl wird als ungeschriebene Voraussetzung des § 35 I S.1 angenommen, dass keine Unverhältnismäßigkeit bestehen darf.

#### **c) keine Ausnahme i.S.d. § 35 I 2 StGB (Zumutbarkeit)**

Täter darf die Gefahr nicht selbst verursacht haben und nicht rechtlich zur Hinnahme verpflichtet sein. Dies gilt z.B. für Polizisten, Feuerwehrmänner oder bei § 81 a StPO. Die Aufzählung in § 35 I S.2 ist nicht abschließend („namentlich“).

**d) Rettungswille als subj. Entschuldigungselement** Handeln in Kenntnis und aufgrund der Notstandslage

#### **(P) Nötigungsnotstand**

Nach h.M. erfasst § 35 I StGB auch den sog. Nötigungsnotstand. In diesen Fällen wird eine Person durch Nötigung in eine Notstandslage versetzt, um dadurch gezielt einen Eingriff in fremde Rechtsgüter zu verursachen, welcher der Abwehr der Nötigung dient. Liegen die Voraussetzungen des § 35 I StGB vor, so ist der Genötigte entschuldigt; der Nötigende handelt in einer solchen Konstellation als mittelbarer Täter in Bezug auf den Nötigungserfolg. Scheidet § 35 I StGB für den Genötigten aus, insb. weil kein Rechtsgut i.S.d. § 35 StGB beeinträchtigt ist, kommt für den Nötigenden nur Anstiftung in Betracht.

Nach **a.A.** komme bei Nötigungsnotstand jedoch zunächst eine Rechtfertigung in Betracht, da bei einer Nötigung in jedem Falle eine Notstandslage iSd. **§ 34 StGB** vorliege. Ob die konkrete abgenötigte Handlung gerechtfertigt ist, könne allein von der Güterabwägung im Rahmen des § 34 StGB abhängen.

Gegen diese Lösung wendet die hM ein, dass dann dem Opfer Abwehrrechte gg den Genötigten vollständig versagt blieben u es auf seine (zumeist wenig effektive) Verteidigungsbefugnis gegenüber dem Nötigenden verwiesen würde. Dies erscheint unbillig, da der Genötigte „bewusst auf die Seite des Unrechts getreten“ sei.

Dafür, § 34 StGB nicht von vornherein auszuschließen, spricht jedoch, dass dieser aufgrund seines Abwägungserfordernisses („wesentliches Überwiegen“) nur solche Fälle erfasst, in denen es sich um den Schutz hochwertiger Güter durch einen Eingriff in geringwertige Güter handelt; eine Versagung des Notwehrrechts sei in diesen Fällen nicht unbillig.

Für die hM lässt sich aber anführen, dass die bewusst in Rechtsgüter eines Unbeteiligten eingreifende Tat des Genötigten nicht als „angemessenes Mittel“ iSd § 34 StGB zur Lösung der Situation erscheint.

**Aufbauhinweis:** Es erfolgt zunächst eine klassische Prüfung des § 34 StGB im Rahmen der Rechtswidrigkeit (1): Notstandslage (+), (2.) Notstandshandlung: wesentliches Überwiegen? Wenn (+): Streit darstellen. Wenn (-), reicht es, kurz auf die Entbehrlichkeit des Streites hinzuweisen. Sofern man der hM folgt, ist dann eine „normale“ Prüfung des § 35 StGB vorzunehmen (dabei insb. an die von Abs.1 erfasste Dauergefahr denken, sofern bedrohliche Lage für den Genötigten nicht akut ist).

## **2. Notwehrexzess, § 33 StGB**

§ 33 StGB erfasst nach h.M. nur den intensiven, nicht den extensiven Notwehrexzess. Ein solcher liegt vor, wenn der Täter iRd Notwehr nur die Grenze der Erforderlichkeit überschreitet. Gem. § 33 StGB ist der Täter zumindest entschuldigt (nicht gerechtfertigt!), wenn er „aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken“ handelte. Dabei ist von herausragender Bedeutung, dass **alle Voraussetzungen** der Notwehr vorliegen bis auf die Erforderlichkeit! Ferner muss ein innerer Zusammenhang zw. Überschreitung und Affekt vorliegen, wobei es sich um einen sog. asthenischen Affekt handeln muss. Solche Affekte sind Ausdruck eines Gefühls der Bedrohung, das durch die unrechtsmindernde Notwehrlage hervorgerufen wird. Aus diesem Grunde entfällt gerade der Schuldvorwurf. Dies erklärt auch, warum der extensive Exzess nicht erfasst wird. Hier liegt in zeitl. Hinsicht keine unrechtsmindernde Notwehrlage mehr vor.

Liegen auch sthenische, aggressive Affekte (Wut, Zorn) vor, so entfällt § 33 StGB bei einem solchen Affektbündel erst dann, wenn die asthenischen Affekte völlig verdrängt werden. Dies begründet sich insbesondere dadurch, dass solche inneren Vorgänge einem Beweis nur schwer zugänglich sind.

Darstellung des § 33 StGB

### **Aufbau in der Klausur:**

- I. TB
- II. RW -> Prüfung des § 32 StGB
  1. Notwehrlage (+)
  2. Notwehrhandlung
    - a) geeignet (+)
    - b) **erforderlich (-)**
- III. Schuld -> § 33 StGB
  1. Vorliegen der Voraussetzungen des § 32 StGB bis auf die Erforderlichkeit

-> hier ist nun die Gebotenheit und der Verteidigungswille bzgl. der Notwehr zu prüfen, da dies im Rahmen der Rechtswidrigkeit gerade noch nicht geprüft wurde

2. weitere Vor. des § 33 StGB

### **3. Übergesetzlich entschuldigender Notstand (auch entschuldigende Pflichtenkollision genannt)**

Rspr. und Literatur haben diesen Entschuldigungsgrund in Anlehnung an § 35 I StGB entwickelt. Er schließt eine Lücke, die sich ergibt, wenn § 34 StGB bei einer Abwägung „Leben gegen Leben“ ausscheidet, und § 35 StGB mangels betroffenen Personenkreises gleichfalls nicht greift.

**Typische Fälle:** KZ-Ärztelall (Euthanasie), Weichensteller-Fall, Flugsicherheitsproblematik (Theaterstück/Fernsehfilm „Terror“)

-> **Voraussetzungen:**

- ggw Lebensgefahr, die nicht anders abgewehrt werden und auch nicht hingenommen werden kann.
- Das vom Täter angerichtete Übel muss bei einer ethischen Gesamtbetrachtung gegenüber dem durch die Tat verhinderten Unheil das wesentlich geringere Übel sein.
- Täter muss alle Umstände kennen und aus einer Gewissensnot heraus mit Gefahrabwendungs- bzw. Übelverringierungswillen handeln. Rspr. fordert dabei eine gewissenhafte Prüfung der Notstandslage.
- Strittig ist, ob der übergesetzlich entschuldigende Notstand voraussetzt, dass das angerichtete Übel so oder so eingetreten wäre (so würden bei der Flugsicherheitsproblematik die Passagiere im abgeschossenen von Terroristen bemächtigten Flugzeug bei dem Terroranschlag so oder so sterben. Eine Minderansicht fordert dies, so dass bspw. der Weichenstellerfall kein Fall des übergesetzlich entschuldigenden Notstandes mehr wäre, da der Weichensteller durch das Umstellen der Weiche Menschen tötet, die ansonsten gerade nicht gestorben wären. Die hM sieht aber auch derartige Fälle als erfasst an, da es die Schuld des „Täters“ nicht strafwürdig ist, wenn er aus echter Gewissensnot sich für das bei einer ethischen Gesamtbetrachtung geringeres Übel entscheidet, was meines Erachtens überzeugend ist.

Dass der Abschuss im Rahmen der Flugsicherheitsproblematik nach dem BVerfG öffentlich rechtlich verfassungswidrig ist, hindert strafrechtlich nicht den übergesetzlich entschuldigende Notstand, da es hier nicht um die öffentlich rechtliche Verfassungs- oder Rechtswidrigkeit geht, sondern um die persönliche Schuld des Täters (keine Strafe ohne persönliche Schuld).

**Anmerkung:** Diese Konstellation muss unbedingt von der rechtfertigenden Pflichtenkollision unterschieden werden, bei der mehrere Handlungspflichten bestehen, also Unterlassungs-Strafbarkeit droht.

## K. Konkurrenzen

**Notfalllösung:** zum Schluss der Klausur einfach schreiben:

Konkurrenzen: „Im Verhältnis der Tatkomplexe zueinander stehen die Delikte in *Tatmehrheit* (§ 53 StGB), innerhalb der Tatkomplexe stehen die Delikte in *Tateinheit* (§ 52 StGB)“

### I. Aufgabe der Konkurrenzen

Die §§ 52f. StGB sind vor allem für die Strafenbildung von Bedeutung. Grds. gibt es drei Möglichkeiten. Die sogenannte *Gesetzeseinheit* (=Gesetzeskonkurrenz). Die Gesetzeseinheit bildet die engste Beziehung zwischen mehreren erfüllten Strafgesetzen und führt dazu, dass das „unterliegende“ Strafgesetz vollständig verdrängt oder aufgesogen wird und auch im Tenor des Strafurteils nicht mehr in Erscheinung tritt. Die verdrängten Paragraphen haben rechtsdogmatisch keine Bedeutung mehr für die Konkurrenzen.

Daneben gibt es **Tateinheit = Idealkonkurrenz**, § 52 StGB, und **Tatmehrheit = Realkonkurrenz**, §§ 53ff. StGB. Beides sind Fälle der sogenannten *Gesetzesmehrheit*, da mehrere Delikte nebeneinander zur Anwendung kommen. Im Fall der **Tateinheit** gilt die **Absorption**. Bei der Absorption erfolgt die Strafenbildung nur aus dem Strafrahmen des schwersten Delikts, wobei berücksichtigt wird, dass tateinheitlich andere Delikte verwirklicht wurden. Bei der **Tatmehrheit** gilt hingegen das Prinzip der **Asperation**. Bei der Asperation erfolgt eine Gesamtstrafenbildung, indem zunächst für jedes tatmehrheitliche Delikt Einzelstrafen gebildet werden. Dann wird die höchste Einzelstrafe um die anderen maßvoll erhöht (Ermessen des Gerichts), wobei nie die Summe der Einzelstrafen erreicht werden darf.

**Begrifflich** betreffen die Bezeichnung „**Gesetzeseinheit**“ und „**Gesetzesmehrheit**“ somit die Fragen, ob die *Strafgesetze nebeneinander zur Anwendung kommen und ob ggf. Strafgesetze infolge einer sog. „Verdrängung“ durch andere ausscheiden*. „**Handlungseinheit**“ und „**Handlungsmehrheit**“ regelt hingegen die Frage, wie viele *Handlungen vorliegen*. Hierbei ist es so, dass aus Handlungseinheit zwingend Tateinheit und aus Handlungsmehrheit zwingend Tatmehrheit vorliegt, sofern kein Fall der Gesetzeseinheit (also des „Verdrängtwerdens“ gegeben ist). „**Tateinheit**“ und „**Tatmehrheit**“ (noch einmal: beide Fälle der Gesetzesmehrheit, da mehrere Straftatbestände nebeneinander zur Anwendung kommen) regeln die Frage, ob die Strafenbildung *nach § 52 (Absorption) oder §§ 53, 54 StGB (Asperation) erfolgt*.

### II. Aufbauhinweis in der Klausur

Beim Aufbau der Klausur ist zunächst nach Tatkomplexen zu gliedern. Diese Einteilung hat **nach strafprozessualen Taten** zu erfolgen. Dies ist vor allem im 2. Examen zwingend, da dies entscheidend ist für die Erhebung der Anklage und für Einstellungen.

Innerhalb der Tatkomplexe gelten die gängigen Aufbauregeln. Dabei ist mE nur die Aufbauregel, dass der Tatnächste zunächst geprüft wird, unumstößlich. Ansonsten gilt grds. Vollendung vor Versuch (aber selbstverständlich ist der versuchte Mord vor der vollendeten Körperverletzung zu prüfen) sowie die schwersten Delikte zuerst prüfen (Ausnahmen sind hier zu machen, wenn ein anderer Aufbau verständlicher ist und Inzidentprüfungen so vermieden werden). Sofern innerhalb eines Tatkomplexes Tatmehrheit herrschen sollte (selten!), erscheint es häufig sinnvoll

innerhalb der Tatkomplexe die Prüfung der Strafbarkeit nach den selbständigen Handlungen weiter zu untergliedern (Bsp.: T fährt betrunken O an. Anstatt O zu helfen entscheidet er sich dann jedoch dazu, wegzufahren → sinnvoller Aufbau innerhalb dieses Tatkomplexes: A. Strafbarkeit durch das Anfahren... B. Strafbarkeit durch das Wegfahren ...). Die Konkurrenzen sind somit zwar nicht entscheidend für die Einteilung in Tatkomplexe, können jedoch schon eine Bedeutung für den Aufbau haben. Im ersten Examen ist es mE auch möglich (wenn auch ungewöhnlich) nach den Konkurrenzen aufzubauen. Dann hat eine Einteilung in Handlungsabschnitte (nicht Tatkomplexe!) zu erfolgen, welche sich nach dem Handlungsbegriff der Konkurrenzen ausrichten. In diesem Fall würde bei Tatmehrheit auch jeweils ein neuer Handlungsabschnitt beginnen. Innerhalb der Tatkomplexe gelten die gängigen Aufbauregeln. Dabei ist mE nur die Aufbauregel, dass der Tatnächste zunächst geprüft wird, unumstößlich. Ansonsten gilt grds. Vollendung vor Versuch (aber selbstverständlich ist der versuchte Mord vor der vollendeten Körperverletzung zu prüfen) sowie die schwersten Delikte zuerst prüfen (Ausnahmen sind hier zu machen, wenn ein anderer Aufbau verständlicher ist und Inzidentprüfungen so vermieden werden). Sofern innerhalb eines Tatkomplexes Tatmehrheit herrschen sollte (selten!), erscheint es häufig sinnvoll innerhalb der Tatkomplexe die Prüfung des hinreichenden Tatverdachts nach den selbständigen Handlungen weiter zu untergliedern (Bsp.: T fährt betrunken O an. Anstatt O zu helfen entscheidet er sich dann jedoch dazu, wegzufahren -> sinnvoller Aufbau innerhalb dieses Tatkomplexes: A. Hinreichender Tatverdacht durch das Anfahren... B. Hinreichender Tatverdacht durch das Wegfahren ...).

Ferner ist zu beachten, dass auch die **Konkurrenzen** im 2. Examen eine entscheidendere Bedeutung haben. Zu beachten ist dabei, dass insbesondere die Tatmehrheit entscheidend ist für die Gliederung im Rahmen des abstrakten Anklagesatzes.

Grundsätzlich ist folgende **Vorgehensweise** – zumindest gedanklich – **bei den Konkurrenzen** angebracht:

1. **Schritt:** zunächst ist zu schauen, ob Delikte verdrängt werden. Dabei gibt es drei Fälle: Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion (einschließlich mitbestrafter Vor- und Nachtat). In diesen Fällen spricht man von Gesetzeseinheit oder Gesetzeskonkurrenz.
2. **Schritt:** Sind nach dem ersten Schritt noch mindestens zwei Delikte übrig, ist zu fragen, ob diese in Tateinheit (§ 52 StGB) stehen. Dies ist immer der Fall, wenn Handlungseinheit, also eine Handlung im Sinne des StGB, vorliegt (vgl. § 52 StGB). Hier ist häufig zu prüfen, ob eine Handlung iSd StGB noch durch die sog. natürliche Handlungseinheit gegeben ist.
3. **Schritt:** Dieser ist denkbar einfach. Sofern nämlich keine Handlungseinheit und damit keine Tateinheit vorliegt, ist zwingend Handlungsmehrheit und damit Tatmehrheit (§ 53 StGB) gegeben. Gesetzeseinheit ist im Rahmen der Tatmehrheit nur über mitbestrafte Vor- und Nachtat denkbar (Fälle der Konsumtion).

**Beachte: wenn keine Gesetzeskonkurrenz und keine Tateinheit vorliegt, muss es Tatmehrheit sein!!!**

→ Fälle der **Gesetzeseinheit** können möglichst früh angesprochen werden. Wenn etwas verdrängt wird, taucht es in der Klausur nicht mehr auf. Es

empfiehlt sich daher zurücktretende Tatbestände aus der weiteren Betrachtung auszuschließen (d. h. es erfolgt keine Prüfung des betroffenen Delikts, sondern lediglich die Feststellung im Urteilsstil, dass z. B. „die ebenfalls verwirklichte Nötigung hinter der Erpressung zurücktritt“) und so die Überlegungen zur Tateinheit/Tatmehrheit von zurücktretenden Tatbeständen zu entlasten.

→ Überlegungen zur **Tateinheit/Tatmehrheit** hängen dagegen von der Struktur des zu prüfenden **Sachverhalts** ab und können erst am Ende der Fallbearbeitung geprüft werden.

### **III. Fälle der Gesetzeseinheit = Gesetzeskonkurrenz**

→ Es sind nur 3 Fälle der Gesetzeskonkurrenz denkbar:

- 1) Spezialität
- 2) Konsumtion (inkl. Fälle mitbestrafter Vor- oder Nachtat)
- 3) Subsidiarität

Während Spezialität und Subsidiarität häufig relativ klar erkennbar sind, ist im Rahmen der Konsumtion häufig eine Argumentation erforderlich. Gegen eine Konsumtion spricht dabei häufig die Klarstellungsfunktion des Tenors. Dies meint, dass das für das „Verdrängtwerden“ in Frage stehende Delikt einen derartig gravierenden Unrechtsgehalt hat, dass es im Tenorauspruch des Gerichts mit auftauchen muss. Daher konsumiert überzeugenderweise bspw. der versuchte Totschlag nicht die vollendete Körperverletzung und der vollendete Raub diese ebenfalls nicht. In beiden Fällen muss nämlich zum Ausdruck gebracht werden, dass ein Mensch verletzt wurde, was bei den anderen Straftatbeständen nicht zwingend der Fall ist.

### **IV. Fallgruppen für „dieselbe Handlung“ i.S.d. § 52 StGB**

Sofern ein Fall der Gesetzesmehrheit vorliegt, ist zunächst zu prüfen, ob Handlungseinheit also eine Handlung im Sinne des StGB vorliegt (vgl. § 52 StGB). Dabei ist entscheidend zu verstehen, dass der Handlungsbegriff im StGB nicht derselbe ist wie im allgemeinen Sprachgebrauch. So liegen bei mehreren Willensbetätigungen (also bspw. 2 Messerstiche) nicht zwangsläufig mehrere Handlungen vor. Vielmehr wird dies im Strafrecht typischerweise noch eine Handlung iSd StGB sei, da ein Fall der sog. **natürliche Handlungseinheit** gegeben ist. **Dies ist der wichtigste und häufigste Fall, welcher in der Klausur zu prüfen ist.** Die natürliche Handlungseinheit ist ferner auch ausschlaggebend für die Frage, ob im Rahmen der herrschenden Gesamtbetrachtungslehre ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt. Solange natürliche Handlungseinheit vorliegt ist noch eine Handlung iSd StGB gegeben, so dass das Geschehen einheitlich zu betrachten ist und es damit auch nur die einen Versuch und nicht mehrere fehlgeschlagene Versuche geht (vgl. hierzu Übersicht zum Versuch).

### **Fallgruppen für „dieselbe Hdlg.“ iSd § 52 StGB**

<u>Fallgruppen</u>	<u>Voraussetzungen</u>	<u>Beispiele</u>
<b>Tatbestandliche Handlungseinheit</b> a) mehraktige u. zus. gesetzte Delikte b) Dauerdelikte c) Unt.delikte bei Identität des Erfolges d) TB mit generalisierender Handlungsbeschreibung	- ein Willens-entschluss - mehrere Willensbetätigungen - vom Strafgesetz zu einer Einheit zusammengefasst	zu a) § 249: Gewalt und Wegnahme zu b) §§ 123, 239, 316 zu c) Täter nimmt mehrere Handlungsmöglichkeiten nicht wahr, um denselben Erfolg abzuwenden zu d) § 231 „Schlägerei“; § 153 mehrere falsche Angaben in einer Aussage; § 225 „Quälen“
<b>Handlung im natürlichen Sinn</b> (auch bei verschiedenen höchst-pers. Rechtsgütern)	- 1 Willensentschl. - 1 Willensbetätigung(auf die Anzahl der Erfolge kommt es nicht an)	Werfen eines Sprengsatzes, durch das 5 Menschen getötet, 2 Menschen verletzt Und fremde Sachen beschädigt werden.
<b>Natürliche Handlungseinheit</b> (teilweise nicht von „Handlung im natürlichen Sinn“ getrennt!) <b>Beachte:</b> Bei Verl. höchstpers.Rechtsgüter von verschiedenen Personen kommt eine natürl. Hdlg.seinheit nicht in Betracht (h.L., vgl. aber auch BGH NJW 1985, 1565)	- mehrere Willensbetätigungen - enger räuml.u. zeitl. Zus.hang - bei sinnvoller Betrachtung als Einheit anzusehen (nicht erford. ist ein einziger Willensentschluss; Gesamtvorsatz ist ausreichend)	- Sachbeschädigung durch Einschlagen der Vitrine und gleich anschließendem Diebstahl des Inhalts - Diebstahl mehrerer Sachen durch verschiedene unmittelb.aufeinander folgende Wegn.-akte ( <i>iterativ</i> ): § 242 in x Einzelfällen - A tötet B, indem er ihn mit Tötungsvorsatz bis zur Bewusstlosigkeit würgt, ihm einen Stein an den Kopf schlägt und ihn dann ertränkt ( <i>sukzessiv</i> ).
<b>Teilidentität der Ausführungshandlungen</b>	ein Teilakt trägt zur Verwirkung mehrerer Tatbestände bei	Zusammentreffen von Körperverletzung und Raub im Gewaltelement des Raubes
<b>Klammerwirkung</b>	wenn 2 an sich selbst.Hdlg. jeweils mit einer 3. in etwa gleich schwer wiegenden Hdlg. überschneiden; nach der Rspr. sogar dann, wenn <i>eines</i> der verklammerten Delikte schwerer wiegt als das Bindeglied Nach hL muss das Bindeglied zumind. gleich schwer sein wie die zu verklammernden Delikte! (unstr. keine Verklammerung durch das WaffG)	Im Laufe einer geheimdienstlichen Agententätigkeit (§ 99 I Nr. 1) wird ein Einzelakt in Tateinheit mit § 242 (von Dokumenten), ein anderer in Tateinheit mit § 267 begangen. Auch § 242 und § 267 stehen in Tateinheit zueinander. Der Täter begeht im Rahmen einer Freiheitsberaubung eine versuchte Vergewaltigung und eine Straßenverkehrsgefährdung (str.)

<p><b>Fortgesetzte Hdl.</b> (sog. „Fortsetzungszusammenhang“) Nach BGHSt 40, 138 aber auf Ausn.fälle beschränkt, wo es „zur sachgerechten Erfassung des verwirkl. Unrechts und der Schuld unumgänglich ist“, aber (-), bei §§ 173, 174, 176, 177, 242, 255, 263, 266, 266a, 267 StGB.</p>	<p>- Verletzung desselben Rechtsguts - mehrere Willensbetätigungen - gleichartige Begehungsweise - Gesamtvorsatz (TdL lässt Fortsetzungsvorsatz genügen) (nicht erford. ist ein enger, räumlicher oder zeitlicher Zusammenhang)</p>	<p>(P) Ein Dieb beschließt, einen Apfelbaum zu plündern und pflückt jede Nacht einen Korb voll Äpfel bis der Baum leer ist. (P) A hatte mit seiner minderjährigen Tochter aufgrund eines einheitlichen und von vorn herein auf wiederholte gleichartige Begehung gerichteten Entschlusses in 2 Jahren in 50 Fällen Geschlechtsverkehr.</p>
---	---	--

**Klausurtaktik hinsichtlich der Konkurrenzen:** Klausurtaktisch sollte zunächst möglichst früh angesprochen werden, ob Delikte im Wege der Gesetzeseinheit verdrängt werden. Dies hat den Vorteil, dass die Delikte dann nicht mehr erwähnt werden müssen. Ansonsten sind am Ende jedes Tatkomplexes (und damit innerhalb jeder strafprozessualen Tat) die Konkurrenzen zu behandeln. Im Verhältnis der Tatkomplexe zueinander ist bei richtiger Einteilung der Tatkomplexe zwingend Tatmehrheit iSd § 53 StGB gegeben.

## L. Wahlfeststellung

### 1. Unechte Wahlfeststellung

(Tatsachenalternativität = Gleichartige Wahlfeststellung)

Es steht fest, dass ein Straftatbestand verletzt wurde, unklar, mit welcher konkreten Handlung -> Sachverhaltsungewissheit führt nicht zu einer Rechtsnormungewissheit. In diesem Fall ist kein Raum für den in der Hauptverhandlung geltenden in dubio pro reo Grundsatz.

Bsp: A, der Kenntnis von seiner HIV-Infektion hat, hat im Zeitraum vom 07.2.2012 bis 15.3.2012 zwölfmal ungeschützten Geschlechtsverkehr mit O, ohne sie über seine HIV-Infektion aufzuklären. A steckt O mit HIV an, ungeklärt bleibt durch welchen konkreten Geschlechtsakt.

RF: Verurteilung aus dem einschlägigen Straftatbestand (im Bsp. nach hM § 224 I Nr. 1,5 StGB! Die Problematik ist im Rahmen der kausalen Handlung darzustellen.

### 2. Echte Wahlfeststellung

Bei der echten Wahlfeststellung führt eine Sachverhaltsungewissheit zu verschiedenen Straftatbeständen.

Jedoch liegt in folgenden Fällen weder ein Fall der Wahlfeststellung vor, noch ist Raum für eine doppelte Anwendung des in dubio pro reo Grundsatzes:

#### (1) Stufenverhältnis

Verhältnis „Mehr und Weniger“, zB Grundtatbestand /Qualifikation, Versuch / Vollendung, Teilnahme / Täterschaft



## (2) Auffangtatbestand

Bsp.: Vorsatz / Fahrlässigkeit, § 242 / § 246

Nach neuer Rspr. des BGH gilt dies auch für das Verhältnis von § 138 zu §§ 253,255,27 StGB (Bsp.: Es steht fest, dass G von der bevorstehenden Tat des T Kenntnis gehabt hat und dieses nicht angezeigt hat. Nicht aufklärbar ist, ob G auch eine Beihilfe zu der späteren Tat geleistet hat (in diesem Fall könnte er sich wegen des nemo-tenetur-Grundsatzes nicht nach § 138 StGB strafbar machen). Der BGH verurteilt aus dem mildereren § 138 StGB als Auffangtatbestand (dies wird auch teilweise als „Präpendenz“ bezeichnet).

## (3) Postpendenz

Dies umschreibt den Fall, dass die Vortatbeteiligung unsicher ist, das Nachtatgeschehen, aber sicher feststeht.

Bsp.: H wird dabei gefasst, wie er in Kenntnis der Vortat von dem Dieb D das Diebesgut annimmt („sich verschaffen“ iSd § 259 StGB), nicht nachweisbar (aber möglich) ist, dass H auch Mittäter des Diebstahls gewesen ist.

### **BGH: Verurteilung aus dem Nachtatgeschehen**

Die Postpendenz geht dabei einer Wahlfeststellung vor! Im Beispiel daher Verurteilung aus § 259 I 2. Var. StGB)

arg.: dieses steht fest, keine Privilegierung, weil möglicherweise erneuter Strafvorwurf

aber: (-), wenn Nachtatgeschehen nicht sicher, dann Wahlfeststellung  
Insbesondere bei der Problematik § 242 / § 259 nimmt der BGH die Postpendenz an, wenn mittäterschaftlich Vortatbegehung in Frage steht (siehe BGH, Beschl. v. 24.02.2011 - 4 StR 651/10); aber auch bei § 242 / § 261 geht der BGH über die Postpendenz vor (BGH 2 StR 320/17 - Beschluss vom 9. November 2017).

**h.L.:** Nachtaten immer (-), wenn Beteiligung an der Vortat möglich ist, insofern nur eine Wahlfeststellung möglich. Im Beispiel daher Verurteilung aus § 259 I 2. Var. StGB)

Bei der **echten Wahlfeststellung** stellt sich das Problem der Abwägung zw. Art. 103 II GG und der Einzelfallgerechtigkeit. Der in dubio pro reo Grds erscheint hier jedoch nicht angebracht, wenn ein strafrechtliches Verhalten feststeht. Insofern kann man in engen Grenzen unter folgenden Voraussetzungen zu einer wahlweisen Verurteilung nach 2 Delikten kommen:

### **Tatbestandsalternativität = ungleichartige Wahlfeststellung**

Innerhalb einer strafprozessualen Tat (§ 264 StPO) muss feststehen, dass Täter mindestens eines von den zur Auswahl stehenden Delikten verletzt hat.

- Eindeutige Feststellung nicht möglich
- jede tatsächliche Möglichkeit muss StGB verletzen
- rechtsethische u. psychologische Vergleichbarkeit (hL: Identität des Unrechtskerns)  
->ähnliche verletzte Rechtsgüter /ähnl. Einstellung des Täters zu den verl. RG

**Achtung: Nach Ansicht des 2. BGH-Strafsenats ist die Wahlfeststellung jedoch verfassungswidrig (Beschl. v. 28.01.2014 - 2 StR 495/12 =**

**Life&Law 2014, 740f.)** Die richterlich entwickelte Rechtsfigur der ungleichartigen (echten) Wahlfeststellung verstößt gegen Art. 103 II GG. Eine wahldeutige Verurteilung wegen (gewerbsmäßigen) Diebstahls oder (gewerbsmäßiger) Hehlerei ist daher unzulässig. Anfragebeschluss des 2. BGH-Strafsenats zur Änderung der bisherigen BGH-Rechtsprechung (die anderen Strafsenate haben daraufhin bereits bekundet, an der bisherigen Rspr. festhalten zu wollen).

#### **Aufbau der echten Wahlfeststellung in der Klausur:**

Bsp.: Dem O wird das weltbekannte Bild „der Krampf“ gestohlen. Die Polizei bekommt einen anonymen Tipp, dass das Bild sich nun im Gewahrsam des T befindet. Bei einer Hausdurchsuchung wird das Bild gefunden und T festgenommen. T verweigert beharrlich die Aussage auf die Frage, wie er an das Bild gekommen ist. Die Ermittlungen ergeben, dass T das Bild entweder selbst gestohlen hat oder in Kenntnis des Diebstahls das Bild angekauft hat. Wie es genau gewesen ist, lässt sich nicht klären. Es steht jedoch mit Sicherheit fest, dass eine der beiden Möglichkeiten in jedem Fall zutrifft. Strafbarkeit des T?

#### **A. Strafbarkeit durch die Erlangung des Bildes**

Hier ist zunächst darzustellen, dass weder bei dem Diebstahl nach § 242 noch bei einer Hehlerei nach § 259 I 1. Var. StGB die Tathandlung sicher nachzuweisen ist. Dies führt jedoch nicht zwangsläufig zur doppelten Anwendung des in dubio pro reo Grundsatzes, da bei beiden Sachverhaltsalternativen eine Verurteilung nach dem StGB in Betracht kommt. Der T könnte sich im Rahmen der echten Wahlfeststellung strafbar gemacht haben. Dies setzt aber zunächst voraus, dass T – unter der jeweiligen Prämisse, dass er die Tathandlung ausgeführt hat, sich strafbar gemacht hätte.

#### **I. Strafbarkeit nach § 242 I StGB, wenn T das Bild selbst entwendet hätte**

1. TB
- a) obj. (+)
- b) subj. (+)
2. RW / Schuld
3. Zw.Erg.: § 242 (+)

#### **II. Strafbarkeit nach § 259 I 1. Var. StGB, wenn T das Bild in Kenntnis des Diebstahls angekauft hätte (+)**

#### **III. Strafbarkeit nach den Grundsätzen der Wahlfeststellung**

1. Vor.:
  - a) Eindeutige Feststellung nicht möglich (+) s.o.
  - b) jede tatsächliche Möglichkeit muss StGB verletzen (+) s.o.
  - c) rechtsethische/psychologische Vergleichbarkeit (hL: Identität des Unrechtskerns) (+)

#### **B. Erg.: T hat sich wahlweise wegen § 242 oder § 259 I 1. Var. Strafbar gemacht.**

## **2. Abschnitt: Strafrecht Besonderer Teil**

### **Teil I: §§ 211 bis 227 StGB**

#### **A. § 212 StGB - Totschlag**

##### **I. Tatbestand**

##### **1. objektiver Tatbestand**

##### **a) Tod eines Menschen**

##### **(P) Beginn des menschlichen Lebens**

Im strafrechtlichen Sinne sind die Eröffnungswehen (bei Kaiserschnitt Öffnung des Uterus entscheidend). Vorher liegt kein taugliches Tatobjekt vor. Taten gegen das ungeborene Kind im Mutterleib vor Beginn der Eröffnungswehen werden abschließend von § 218 StGB erfasst. Insofern kommt bei Fällen der pränatalen Einwirkung mit postnatalen Folgen (Kind kommt mit Gesundheitsschaden zur Welt) eine Strafbarkeit gem. §§ 223f. StGB bzgl. des Kindes (aber an der Mutter denkbar) nicht in Betracht (dies wurde in erster Instanz im Contergan-Prozess verkannt). Der entscheidende Zeitpunkt, an dem dann auch ein taugliches Tatobjekt vorliegen muss, ist gem. § 8 StGB allein der Zeitpunkt der Tathandlung und nicht der des Erfolgseintritts.

##### **(P) Ende menschlichen Lebens**

Das Menschsein und damit die Tauglichkeit als Tatobjekt endet mit dem Tod. Strafrechtlicher Todeszeitpunkt ist nach herrschender aber umstrittener Auffassung der Zeitpunkt des sog. Hirntodes. Hierunter versteht man den Zeitpunkt, ab dem endgültig keine Hirntätigkeit mehr messbar ist („Nulllinie im EEG“). Handlungen an der Leiche werden allenfalls als Störung der Totenruhe gemäß § 168 StGB erfasst. Glaubt der Täter, dass sein Opfer noch lebt, irrt er über die Tauglichkeit des Tatobjekts und begeht einen strafbaren untauglichen Tötungsversuch.

##### **b) Tathandlung (ggf. Unterlassen -> § 13, insb. Garantenstellung erforderlich)**

##### **c) Kausalität**

##### **2. Subj. Tatbestand**

Hier ist dolus eventualis ausreichend. Gegen diesen spricht grds. die sog. Hemmschwellen-Theorie (Die Tötung eines Menschen ist das größte Unrecht, so dass dieser aufgrund einer damit verbundenen natürlichen Hemmschwelle idR vom Täter nicht billigend in Kauf genommen wird). Nicht selten ist die Abgrenzung dolus eventualis von bewusster Fahrlässigkeit hierbei ein Schwerpunkt des Falles.

Interessant zum Tötungsvorsatz: BGH Urteil vom 01.03.2018 (AZ 4 StR 399/17 = Life&Law 2018, 460ff. – erstes BGH Urteil zum Berliner Raser Fall)

**Aufbau:** Sofern man den Tötungsvorsatz verneint, bitte **zwingend (!) § 227** danach prüfen und nicht vorschnell auf § 222 eingehen

## II. RW und Schuld

III. Minder schwerer Fall, § 213 StGB ->Strafzumessungsregel (nach der Schuld prüfen)

## **B. § 211 StGB - Mord**

**Aufbauschema als Qualifikation des § 212 (so die hL)**

### I. Tatbestand

#### 1. objektiver Tatbestand

- a) Obj. TB des § 212 StGB: siehe oben
- b) ggf. objektive Mordmerkmale; § 211 II 2. Gruppe

**Heimtücke / Gemeingefährliches Mittel / Grausamkeit:** Grausam ist die Tötung, wenn der Täter dem Opfer aus einer gefühllosen und unbarmherzigen Gesinnung Schmerzen und Qualen zufügt, welche über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen.

#### 2. subjektiver Tatbestand

- a) subj. TB des § 212: zumindest dolus eventualis
- b) ggf. zumindest dolus eventualis bzgl. der obj. Mordmerkmale
- c) ggf. subjektive Mordmerkmale § 211 II 1. und 3. Gruppe

**Mordlust / Zur Befriedigung des Geschlechtstriebes / Habgier / sonst niedrige Beweggründe / Ermöglichungs- / Verdeckungsabsicht**

### II. Rechtswidrigkeit/ III. Schuld

### Im Einzelnen:

#### I. Deliktsnatur des § 211 StGB

Bei Betrachtung des Mord-Paragraphen fällt auf, dass dieser anders formuliert ist, als alle anderen Straftatbestände, in dem er zunächst im Abs. 1 auf die Bestrafung des Mörders abstellt. Im Abs. 2 wird dann nicht abstrakt eine Handlung des Täters umschrieben, sondern personalisierend an den Mörder angeknüpft. Diese Formulierung ist vor dem Hintergrund des historischen Kontexts zu sehen. § 211 StGB ist 1941 in das StGB eingeführt worden und spiegelt die im Dritten Reich vorherrschende Tätertypenlehre wieder.

Aufgrund dieser eigenständigen Formulierung des § 211 ist die Deliktsnatur des § 211 StGB umstritten. Nach der hL ist § 211 eine Qualifikation des § 212 StGB, nach dem BGH ein eigenständiger Straftatbestand. Dieser Streit ist im Examen ausschließlich bei Teilnehmern und subjektiven (=täterbezogenen) Mordmerkmalen im Rahmen der Prüfung des § 28 StGB relevant. Da es sich bei diesen um besondere persönliche Merkmale i.S.d. § 28 StGB handelt, gelangt die hL zur Anwendung des § 28 II StGB, der BGH zu § 28 I StGB.

**Täterbez. Mordmerkmale (MM) sind nach hM im subj.; die obj. unstr. im obj.TB zu prüfen.**

#### II. Strafantrohung

Mord wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet. Diese absolute Strafantrohung erlaubt keine Abstufungen. Dies ist verfassungsrechtlich bedenklich vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) und mit dem Resozialisierungsprinzip. Diese Problematik wird durch § 57a StGB entschärft. Nach diesem ist der Rest der lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung auszusetzen, wenn 15 Jahre der Strafe verbüßt sind, die Schwere der Schuld hin-

sichtlich der Tat nicht entgegensteht, der Verurteilte einwilligt und keine Gefahr für die Allgemeinheit darstellt. Dennoch ist nach dem BVerfG eine lebenslange Freiheitsstrafe nur dann mit Art. 20 Abs. 3 GG vereinbar, wenn die Bestrafung im Verhältnis zur Schwere der Tat und der Schuld des Täters angemessen ist. Dies führt zur restriktiven Auslegung der MM. Gleichwohl kann es Fälle geben, in denen trotz restriktiver Handhabung ein Mordmerkmal vorliegt, dennoch aber die lebenslange Freiheitsstrafe unverhältnismäßig erscheint. Berühmt ist das Beispiel des „Haustyrannen“, der heimtückisch von den Familienmitgliedern getötet wird. In diesen Fällen wird eine Korrektur vorgenommen. Wie diese zu erfolgen hat, ist umstritten.

**hL: Typenkorrektur!** Im Rahmen einer Gesamtwürdigung wird geprüft, ob nicht mangels einer entsprechenden Verwerflichkeit statt des § 211 StGB nur der § 212 StGB einschlägig ist (sog. Typenkorrektur). Dies wird sowohl als negative Typenkorrektur vertreten, nach der die durch das Vorliegen eines MM indizierte Verwerflichkeit ausnahmsweise entfällt als auch als positive Typenkorrektur, nach der die besondere Verwerflichkeit immer positiv festgestellt werden muss und im Fall des Nichtvorliegens § 211 zu verneinen ist.

**BGH: sog. Rechtsfolgenlösung!** Der BGH erachtet grds. eine restriktive Auslegung der MM für ausreichend. Als ultima ratio kommt jedoch auf Strafzumessungsebene eine Milderung in Anlehnung an § 49 I Nr. 1 StGB in Betracht, um eine unverhältnismäßige lebenslange Freiheitsstrafe abzuwenden. Die Verurteilung erfolgt dabei jedoch stets nach § 211 StGB.

**Gegen die Lit.** spricht die eindeutige Ausgestaltung des § 211 StGB. Eine Verwerflichkeitsprüfung wäre contra legem. Durch eine solche Prüfung würden zwingende TBM zu Strafzumessungsregeln mit Indizwirkung umfunktioni-ert.

### III. Tatbezogene Mordmerkmale, § 211 II 2. Gruppe StGB

Die **tatbezogenen MM** kennzeichnen die besondere Verwerflichkeit der Art und Weise der Tatbegehung. Sie sind daher im **obj. TB** zu prüfen, auch wenn sie subj. Komponenten enthalten (Heimtücke, Grausamkeit). § 28 StGB ist unanwendbar, so dass sich die Unterschiede zwischen Lit. und Rspr. nicht auswirken können. Hinsichtlich einer etwaigen Teilnahme gelten die allgemeinen Akzessorietätsregeln der §§ 26, 27 StGB. Auch § 16 StGB ist anwendbar.

#### 1. Heimtücke

Heimtückisch tötet, wer die auf der Arglosigkeit beruhende Wehrlosigkeit des Opfers bewusst in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzt. Ein Teil der Literatur fordert einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch. Jedoch gebietet weder der Wortlaut („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“) noch der Sinn und Zweck eine Beschränkung auf besondere persönliche Beziehungen. Ferner wird die gebotene restriktive Handhabung des Mordmerkmals schon über das Merkmal des bewussten Ausnutzens in feindlicher Willensrichtung erreicht. Insofern erscheint diese Ansicht nicht überzeugend.

- Arglos ist das Opfer, wenn es nicht mit einem Angriff auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit rechnet. Dies ist nie der Fall bei konstitutionell Arglosen (Bewusstlose, Kleinkinder), denen die Fähigkeit zum Argwohn fehlt. Schlafende können dagegen ihre Arglosigkeit nach h.M. mit in den Schlaf nehmen.
- Die Arg- und Wehrlosigkeit nutzt der Täter bewusst aus, wenn er die taterleichternden Umstände willentlich zur besseren Durchführung der Tat ausnützt.

**Beachte BGH LNRB 2008, 11909 = Life&Law 2008, 461** Bei Personen, die aufgrund ihrer Bewusstlosigkeit keinen Argwohn bilden können, ist hinsichtlich des Mordmerkmals „heimtückisch“ auf die Schutzbereitschaft Dritter abzustellen. Voraussetzung ist allerdings, dass die dritte Person den Schutz wirksam erbringen kann.

## **2. Gemeingefährliches Mittel**

Gemeingefährlich sind Mittel, die der Täter nicht sicher beherrschen kann und deren Einsatz geeignet ist, eine Vielzahl von Menschen an Leib und Leben zu gefährden. Nach herrschender Meinung und Rechtsprechung ist entscheidend, ob die Verwendung des Mittels in der konkreten Situation abstrakt in der Lage ist, eine Vielzahl von Menschen an Leib und Leben zu gefährden. Eine konkrete Gefahr für eine Vielzahl von Menschen an Leib und Leben ist nicht erforderlich. Nach neuer Rspr. handelt der Täter daher nicht mit gemeingefährlichen Mitteln, wenn er einen schweren Gegenstand von einer Autobahnbrücke schmeißt, um einen Unfall herbeizuführen, die Autobahn aber zu dieser Zeit kaum befahren ist.

Es reicht ferner nicht aus, dass der Täter eine schon bestehende gemeingefährliche Lage zu einer Tat durch Unterlassen ausnutzt, auch wenn er diese Lage vorher selbst, aber ohne Tötungsvorsatz geschaffen hat (BGHSt 34, 13/14).

Auch eine Geisterfahrt auf der Autobahn mit bedingtem Tötungsvorsatz kann ein gemeingefährliches Mittel nach BGH darstellen (NStZ 2006, 503ff. = Life&Law 2007, 191ff.).

## **3. Grausamkeit**

Grausam ist die Tötung, wenn der Täter aus einer gefühllosen und unbarmherzigen Gesinnung dem Opfer besondere Schmerzen und Qualen zufügt, welche über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen.

# **IV. Täterbezogene Mordmerkmale § 211 II 1./3. Gruppe StGB**

## **1. Mordlust**

Mordlust liegt vor, wenn die Tötung aus dem führenden Wunsch des Täters resultiert, andere Menschen sterben zu sehen.

## **2. Zur Befriedigung des Geschlechtstriebes**

Der unstrittige Fall des Lustmords ist der Fall, dass der Täter die geschlechtliche Befriedigung durch den Tötungsakt selbst empfindet. Nach ganz hM ist auch der Täter erfasst, der das Opfer allein aus dem Grund tötet, um sich an der Leiche vergehen zu können. Von der herrschenden Meinung wird auch der in der Praxis wohl häufigste Fall dieses Mordmerkmals erfasst, bei dem der Sexualverbrecher insbesondere im Rahmen einer Vergewaltigung den Tod des Opfers billigend in Kauf nimmt. Dieser Fall ist nicht unumstritten, da es keine direkte Verknüpfung zwischen Tod und sexueller Befriedigung gibt. Nach hM ist es allerdings ausreichend, dass die Tötungs**handlung** (bspw. Würgen des Opfers, um die Vergewaltigung durchzusetzen) zur Befriedigung des Sexualtriebs vorgenommen wird. Eine dogmatisch ähnliche Problematik findet sich bei den Merkmalen Ermöglichungsabsicht und Verdeckungsabsicht. Auch hier ist es ausreichend, dass die Tötungs**handlung** mit der entsprechenden Absicht vorgenommen wird, auch wenn der Tod nur billigend in Kauf genommen wird (siehe unten).

Nach umstrittener Rechtsprechung des BGH soll es ausreichen, wenn der Täter von vornherein plant, die Befriedigung erst später beim Anschauen von Filmmaterial der Tötung zu empfinden (Kannibale von Rothenburg).

### **3. Habgier**

Habgier ist das rücksichtslose Streben nach Gewinn um jeden Preis. Es genügt, wenn der Täter die Ersparnis von Aufwendungen bezweckt. Allerdings muss der materielle Vorteil unmittelbar der Tötung entspringen, so dass nicht jedwede Absicht, einen Vermögensvorteil zu erzielen, zur Bejahung der Habgier führt.

### **4. Niedrige Beweggründe**

Dem Merkmal „Niedrige Beweggründe“ kommt innerhalb der 1. Gruppe eine Auffangfunktion zu. Die anderen Merkmale der 1. Gruppe sind vertypete niedrige Beweggründe. Der Tatantrieb muss sittlich und moralisch auf niedrigster Stufe stehen und als besonders verachtenswert erscheinen. Bei einem Motivbündel sind die vorherrschenden Motive maßgeblich.

Rache ist grds. ein niedriger Beweggrund. Eifersucht kommt dann als niedriger Beweggrund in Frage, wenn diese auf krasser Eigensucht und Triebhaftigkeit beruht.

Problematisch sind hier insbesondere die sogenannten „Ehrenmorde“. Nach der Rspr. **kann** hier das kulturelle Umfeld des Täters und eine entsprechende Drucksituation aus dem Umfeld des Täters dazu führen, dass vor dem Hintergrund der restriktiven Handhabung der Mordmerkmale die niedrigen Beweggründe abzulehnen sind.

### **5. Ermöglichen/Verdecken einer Straftat**

- Bei der Ermöglichungsabsicht soll die Tötungshandlung als Mittel zur Begehung weiteren kriminellen Unrechts dienen.
- Bei der Verdeckungsabsicht soll die Tat der Verdeckung dienen. Die zu verdeckende Tat muss dabei nicht einmal das Versuchsstadium erreicht haben. Da hier nur die bloße Absicht erforderlich ist und die Strafschärfung rechtfertigt, ist die Tätervorstellung einer strafbaren Tat ausreichend. Überzeugenderweise muss aber zumindest der (ggf. auch irrtümlich) vorgestellte Sachverhalt eine Straftat darstellen, so dass kein reines Wahndelikt verdeckt werden darf. Bei der „anderen“ Tat muss es sich ferner auch nicht um eine eigene handeln.

### **(P) Verhältnis von Tötungsvorsatz und Ermöglichungs- bzw. Verdeckungsabsicht**

Zu klären bleibt, ob Ermöglichungs- bzw. Verdeckungsabsicht auch denkbar ist, wenn die Tötung nur mit dolus eventualis erfolgt. Meistens ist dies bei der Verdeckungsabsicht problematisch. Die Ausführungen gelten aber entsprechend für die Ermöglichungsabsicht.

Nach früherer Rspr. kam „Verdeckungsabsicht“ nur in Betracht, wenn der Tod gerade das Mittel zur Verdeckung war. Richtigerweise - so nun auch die neuere Rspr. - ist aber zu differenzieren. Mittel der Verdeckung ist der vom Täter in Gang gesetzte Ursachenverlauf. Anknüpfungspunkt ist also primär die Tötungshandlung und nicht der Tötungserfolg! Handelt der Täter, um eine Tat zu verdecken und tötet er dabei einen Menschen, so ist es grds. egal, wer das Opfer ist.

Richtet sich die Tat jedoch gegen eine Person, von der die Aufdeckung der Tat offensichtlich zu befürchten ist, muss Tötungsabsicht vorliegen, um das MM zu bejahen. Ansonsten ist ein widerspruchsfreies Nebeneinander von Tötungsvorsatz und Verdeckungsabsicht nicht möglich. Die Tötung muss dann Mittel zur Verdeckung der Tat sein. Sie darf nicht bloß als Folge der

Tathandlung eintreten. Ist hingegen keine Aufdeckung von der betroffenen Person zu erwarten und gerät diese bei Vornahme der eigentlichen Verdeckungshandlung in Todesgefahr, so genügt es, wenn der Täter den Tod der eigentlich unbeteiligten Person billigend in Kauf nimmt (BGHSt 41, 358/360f.). Gerade in der Gefährdung Unbeteiligter liegt die bes. Verwerflichkeit.

Ein widerspruchsfreies Nebeneinander von Ermöglichungs- bzw. Verdeckungsabsicht und bedingtem Tötungsvorsatz ist also möglich, wenn der Tod des Opfers nicht unabdingbare Voraussetzung der Ermöglichung oder Verdeckung ist.

#### **(P) Mord durch Unterlassen in Verdeckungsabsicht - Entsprechungsklausel (Modalitätenäquivalenz), § 13 StGB**

Ferner ist strittig, ob Mord in Verdeckungsabsicht durch Unterlassen denkbar ist. Das Problem liegt in der Entsprechungsklausel (Modalitätenäquivalenz) des § 13 StGB. Klassischerweise ist es eine Entscheidung zum aktiven Tun jemanden zu töten, um zu verdecken. Fraglich ist, ob dies durch ein Unterlassen äquivalent herbeigeführt werden kann. Dies ist nach inzwischen ganz herrschender Meinung zu bejahen, das der Unrechtsgehalt äquivalent ist. Ein klassischer Fall für die Examensklausur: Der Täter fährt betrunken nachts um 3 auf einer abgelegenen Landstraße einen Radfahrer an und schleudert diesen dann schwerverletzt in den Straßengraben. Obwohl der Täter die Möglichkeit des Todes erkennt (und billigend in Kauf nimmt), entscheidet er sich gegen eine Rettungshandlung, damit er wegen der Trunkenheitsfahrt nicht belangt werden kann. Auch wenn das Opfer nicht stirbt, ist in jedem Fall versuchter Mord in Verdeckungsabsicht durch Unterlassen zu prüfen (und noch einmal: Das Opfer ist **verletzt**, der Täter **verlässt** den Tatort und es ist an versuchten Mord durch Unterlassen zu denken!)

#### **(P) Mord zur Verdeckung eigener Tötungshandlungen (BGH NJW 03, 1060f. = L&L 03, 486 f.)**

Die zu verdeckende Straftat kann auch die zuvor lediglich versuchte Tötung des Opfers sein, sofern zw. zunächst erfolgloser Tötungshandlung und erneuter Tötungshandlung eine deutliche zeitliche Zäsur liegt (also quasi Tatmehrheit vorliegt). Ansonsten gilt, dass das bloße Hinzutreten der Verdeckungsabsicht als weiteres Tötungsmotiv die vorherigen Tathandlungen nicht zu einer „anderen Straftat“ macht. Hat der Täter zunächst die Tötung des Opfers mit zumindest bedingtem Tötungsvorsatz versucht und *unterlässt* er es anschließend, Hilfe zu holen, damit die vorherigen Tathandlungen unentdeckt bleiben, so ist der Täter allein wegen Totschlags zu bestrafen. Selbst wenn zw. aktiver (aber zunächst erfolgloser) Tötungshandlung und dem Entschluss, keine Hilfe zu holen, um die vorherige Handlung zu verdecken, eine deutliche zeitliche Zäsur liegt, so ist die vorherige aktive Tötungshandlung keine „andere Straftat“, da der Täter keine neue Kausalkette in Gang setzt, sondern es bloß unterlässt, von der vorherigen versuchten Tötung zurückzutreten. Anders ist das Geschehen zu beurteilen, wenn der Täter zunächst beim aktiven Handeln nur Körperverletzungsvorsatz gehabt hat und dann erkennt, dass er das Opfer lebensgefährlich verletzt hat, und so dann es mit Tötungsvorsatz unterlässt, dem Opfer zu helfen, um seine Körperverletzung zu verdecken. In diesem Fall ist Mord in Verdeckungsabsicht einschlägig.

### **VI. Auswirkung der Meinungsstreitigkeit um die Deliktsnatur des Mordes bei den täterbezogenen (subjektiven) Mordmerkmalen (MM) der 1. und 3. Gruppe**

Bei der Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe §§ 26, 27 StGB) zu den §§ 211, 212 StGB, kann es zu Einschränkungen des Grundsatzes der limitierten Ak-



zessorietät kommen, da es sich bei den täterbezogenen Mord-Merkmalen (sog. subj. MM der 1. und 3. Gruppe) um besondere persönliche Merkmale (§ 14 I StGB) handelt. Dabei kann sich dann auch der Meinungsstreit zwischen der Rspr. und der hL um die Deliktsnatur des Mordes prüfungsrelevant auswirken, zumindest wird dieser Streit in einer Klausur typischerweise darzustellen sein.

Da der BGH und der überwiegende Teil der Rspr. § 211 gegenüber § 212 StGB als selbstständigen Tatbestand ansieht, setzt er die täterbezogenen MM mit strafbegründenden Merkmalen i.S.d. § 28 I StGB gleich.

Nach h.L. kommt ihnen jedoch nur strafscharfende Wirkung zu, da Mord eine Qualifikation des Totschlags sei. Insofern wäre § 28 II StGB einschlägig.

**Wichtig:** Bei der Teilnahme ist es immer erforderlich, dass der Teilnehmer im Rahmen des doppelten Teilnehmersvorsatzes Vorsatz bzgl. der vors. rw Haupttat hat.

Dies ist der entscheidende Punkt bei der Strafbarkeit des Teilnehmers, wenn der Täter nur objektive Mordmerkmale der 2. Gruppe verwirklicht. Begeht der Täter nämlich einen Mord nur durch die Verwirklichung von objektiven Mordmerkmalen, so ist eine Teilnahme zum Mord nur gegeben, wenn der Teilnehmer zumindest dolus eventualis bzgl. der Verwirklichung der obj. Mordmerkmale beim Täter hat. Dies ist völlig unstrittig. Bei obj. MM spielt § 28 I oder II StGB niemals eine Rolle, da die obj. MM keinesfalls persönliche Merkmale iSd § 28 StGB sind.

*Bsp.: A stiftet den Killer K an, den O zu töten. K tötet in der Folge O heimtückisch. Eine Anstiftung zum § 211 StGB durch A liegt nur vor, wenn er billigend in Kauf nimmt, dass K heimtückisch tötet. Sofern dies nicht vorliegt, bleibt eine Strafbarkeit gem. §§ 212,26 StGB.*

**Bei den subj. Mordmerkmalen (nur bei diesen!) stellt sich hingegen die Problematik der Anwendung von § 28 I bzw. II StGB.**

Nach dem BGH sind die subj. MM strafbegründenden Merkmalen i.S.d. § 28 I StGB. Dabei ist der Grundsatz, dass der Teilnehmer gem. §§ 26, 27 StGB grds. wie der Täter bestraft wird, sofern er zumindest dolus eventualis bzgl. der vors., rw Haupttat beim Täter, in diesem Fall bzgl. eines Mordes, hat. Das bedeutet, dass der Teilnehmer zumindest dolus eventualis bzgl. der subj. MM beim Täter haben muss. Eigene subj. MM braucht der Teilnehmer grds. nicht. Liegt jedoch das subj. MM des Täters nicht auch beim Teilnehmer vor, so wird die Strafe des Teilnehmers gem. §§ 28 I, 49 StGB gemildert.

Nach der Literatur kommt den subj. MM hingegen nur strafscharfende Wirkung zu, so dass § 28 II StGB einschlägig wäre. Nach § 28 II StGB wird jeder Beteiligte (Täter oder Teilnehmer) nur nach seinen eigenen MM bestraft. Völlig irrelevant ist nach der hL hingegen, ob der Teilnehmer Vorsatz hinsichtlich der subj. MM beim Täter hat.

**Es sind folgende Konstellationen denkbar:**

**I. Täter hat keine subj. MM.; Teilnehmer hat auch keine subj. MM**

BGH:Täter: § 212 StGB

Teilnehmer §§ 212, 26 oder 27 StGB

HL: Täter: § 212 StGB  
Teilnehmer §§ 212, 26 oder 27 StGB

## **II. Täter hat subj. MM. (bspw. Habgier); Teilnehmer hat aber keine subj. MM**

BGH: Täter: § 211 StGB  
Teilnehmer § 211, 26 oder 27 StGB, sofern er nur zumindest dolus eventualis bzgl. des subj. MM beim Täter hat.  
Da jedoch das subj. MM beim Teilnehmer fehlt, wird seine Strafe gem. §§ 28 I, 49 I gemildert.

HL: Täter: §§ 211, 212 StGB  
Teilnehmer §§ 212, 26 oder 27 StGB, da er kein subj. MM hat (28 II StGB)

## **III. Täter hat keine subj. MM.; Teilnehmer hat aber subj. MM (bspw. Habgier)**

BGH: Täter: § 212 StGB  
Teilnehmer §§ 212, 26 oder 27 StGB  
§ 28 I StGB spielt nun keine Rolle, das subj. MM beim Teilnehmer findet keine Berücksichtigung (allenfalls beim Strafrahmen)

HL: Täter: § 212 StGB  
Teilnehmer §§ 211, 212, 26 oder 27 StGB, da er selber subj. MM hat (28 II StGB)

## **IV. Täter hat subj. MM.; Teilnehmer hat auch subj. MM**

→ zu differenzieren:

### **1) Täter und Teilnehmer haben dasselbe subj. MM (bspw. Habgier)**

BGH: Täter: § 211 StGB  
Teilnehmer § 211, 26 oder 27 StGB, sofern er nur zumindest dolus eventualis bzgl. des subj. MM beim Täter hat.  
Da das subj. MM beim Teilnehmer auch vorliegt, wird seine Strafe nicht gem. §§ 28 I, 49 I gemildert.

HL: Täter: §§ 211, 212 StGB  
Teilnehmer §§ 211, 212, 26 oder 27 StGB, da er selber ein subj. MM hat (28 II StGB)

### **2) Täter und Teilnehmer haben unterschiedliche subj. MM (bspw.: Täter: Habgier, Teilnehmer: niedrigen Beweggründe )**

BGH: Täter: § 211 I, II 1. Gruppe 3. Var StGB  
Teilnehmer § 211, 26 oder 27 StGB, sofern er nur zumindest dolus eventualis bzgl. des subj. MM beim Täter hat.

Da jedoch das subj. MM des Täters beim Teilnehmer nicht vorliegt, müsste seine Strafe eigentlich gem. §§ 28 I, 49 I gemildert werden. Bei dieser Konstellation der sog. „**Gekreuzten Mordmerkmale**“ korrigiert der BGH - wenn es sich um ein gleichartiges MM handelt - die eigentlich zwingende Strafmilderung gem. §§ 28 I, 49 I wird durch die Annahme der Gleichartigkeit.

HL: Täter: §§ 211 I, II 1. Gruppe 3. Var., 212 StGB

Teilnehmer §§ 211 I, II 1. Gruppe 4. Var., 212, 26 oder 27 StGB, da er selber das subj. MM der niedrigen Beweggründe hat (28 II StGB)

### **Meinungsstreit:**

Die hL erkennt, dass die vors. Tötungsdelikte systematisch aufeinander bezogen sind und überzeugt durch klare widerspruchsfreie Erg.. Sie ist nicht auf schwer begründbare Korrekturen aus Billigkeitsgründen angewiesen. Sie kommt insb. auch dann zu sachgerechten Ergebnissen, wenn beim Teilnehmer ein persönliches Merkmal vorliegt und beim Täter keines.

Für die Rspr. sprechen nur die (schwachen) systematischen Argumente, dass § 211 vor § 212 StGB steht und Mord nicht als schwerer Totschlag gekennzeichnet wird. Auch im Bereich der Mittäterschaft hat die konsequente Literaturansicht keine Probleme, während die Rspr. die Unanwendbarkeit des § 25 II StGB bei täterbezogenen Merkmalen heranziehen muss, um zu begründen, warum es trotz jeweiliger Kenntnis der Mittäter wegen des pers. Nichtvorliegens des Merkmals zu einem Auseinanderfallen der Strafbarkeit kommen kann. Auch der 5. Senat hat 2006 in einem obiter dictum erklärt, dass er die hL für vorzugswürdig erachtet.

Hinweis: gute Übersicht über alle denkbaren Konstellationen bei *Fischer/Gutzeit*, JA 98,41 (46).

**Beachte:** Die obige Problematik setzt sich im Rahmen der versuchten Anstiftung, § 30 StGB, fort. Auch hier ist zu klären, ob der erfolglose Anstifter oder der potentielle Täter das täterbezogene Mordmerkmal verwirklichen muss.

**Aufbau:** Die Problematik sollte dort geprüft werden, wo sie relevant ist. Zunächst mal ist sie damit zwingend erst beim Anstifter anzusprechen. Beim Haupttäter darf der Streit nicht angesprochen werden. Hier könnte man diese schon im obj. TB ansprechen bei der vorsätzlichen rw Haupttat ansprechen. Dies ist jedenfalls dann in keinem Fall zu machen, wenn die Haupttat nur ein Totschlag ist. Sofern die Haupttat ein Mord ist, könnte an dieser Stelle problematisiert werden, ob die vors. rw Haupttat ein Mord als Qualifikation des Totschlags oder ein Mord als eigenständiger Straftatbestand ist. Dies erscheint mE jedoch nicht überzeugend, da ja letztlich unstrittig ist, dass die vors. rw. Haupttat ein Mord ist.

Sofern die vors. rw. Haupttat ein Mord ist, ist jedoch zwingend im subj. TB darauf einzugehen, dass der BGH Vorsatz bzgl. der vors. rw Haupttat und damit bzgl. der subj. MM beim Haupttäter fordert, die hL hingegen keinen diesbezüglichen dolus eventualis fordert, da diese eine Lösung über § 28 II StGB vornimmt. Insofern ist hier der Streit schon darzustellen und ggf. bei unterschiedlichen Ergebnissen zu entscheiden.

Ansonsten sollte das Problem der Anwendung von § 28 I oder § 28 II StGB nach der Schuld erfolgen. In der Schuld erscheint auch wenig überzeugend, da die subj. Mordmerkmale nach hM keine speziellen Schuldmerkmale sind (ansonsten wäre § 29 StGB einschlägig).

**Beachte:** Keine unterschiedlichen Ergebnisse zwischen den Ansichten ergeben sich im Rahmen der mittelbaren Täterschaft oder der Mittäterschaft. Keinesfalls erfolgt hier eine Zurechnung von subj. Mordmerkmalen, da nur

objektive Tathandlungen zugerechnet werden. Ferner ist § 28 I StGB hier nicht einmal anzusprechen, da dieser sich nur auf Teilnehmer bezieht. Insofern wird jeder Mittäter bzw. der mittelbare Täter nur nach seinen eigenen subj. Mordmerkmalen bestraft. Die hL kommt zu diesem Ergebnis über § 28 II StGB, der auch für Täter gilt. Der BGH wendet § 28 II StGB nicht an und kommt zwangsläufig zu diesem Ergebnis, da er Mord als eigenständigen Tatbestand sieht.

### **C. § 216 StGB - Tötung auf Verlangen**

§ 216 StGB ist eine Privilegierung für den Täter, der sich dem ernsthaften und endgültigen Todeswunsch des Opfers unterordnet. Aufgrund des § 216 StGB ist das Rechtsgut „Leben“ grundsätzlich nicht dispositiv (Ausnahme: Fälle der passiven Sterbehilfe), dh eine rechtfertigende Einwilligung kommt außerhalb der zulässigen Sterbehilfe nicht in Betracht.

Fraglich erscheint, welche Anforderungen an die Einwilligung zu stellen sind. Zunächst muss die Initiative bei § 216 StGB immer vom Opfer ausgehen („Bestimmen“). Ferner muss das Opfer die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit hinsichtlich der Konsequenzen seines Verlangens aufweisen, und das Verlangen muss auf einer fehlerfreien Willensbildung beruhen. Nach neuer BGH-Rspr. (L&L 08/2011) ist die Einsichtsfähigkeit zwar zwingende Voraussetzung, aber alleine noch nicht ausreichend für ein wirksames Bestimmen. Vielmehr muss der Todeswunsch des Opfers auch gefestigt sein, darf also kein spontaner Entschluss sein.

Beim Fall des sog. Kannibalen von Rothenburg (NJW 2005, 1876ff. = Life&Law 2005, 535ff.) wurde § 216 StGB abgelehnt, da ein derartiges, auf einen schweren psychischen Defekt beruhendes Einverständnis nicht ernsthaft sein kann. Des Weiteren ging es den Getöteten vornehmlich darum, „gegessen“ zu werden, so dass er überwiegend darin einwilligte. Dies würde für § 216 StGB nicht ausreichen, auch wenn der Tod notwendig für das spätere „Gegessen-werden“ ist. Ferner muss bei § 216 StGB die Initiative immer vom Sterbenden ausgehen. Auch dies ist in diesem Fall nicht gegeben gewesen, da der „Kannibale“ in einschlägigen Internet-Foren nach einem „Opfer“ suchte.

Nach hM kann des Weiteren bei einem Mord § 216 nicht zum Tragen kommen. Dies folgt wohl schon daraus, dass sich bei Vorliegen von Mordmerkmalen der Täter nie dem Todeswunsch des Opfers unterordnen dürfte.

**Anmerkung:** Im Zusammenhang mit §§ 212, 216 StGB ist stets an die Möglichkeit eines Irrtums über privilegierende Tatumstände gem. § 16 II StGB zu denken.

#### **(P) Abgrenzung zur straflosen Beihilfe zum Selbstmord**

Da der Selbstmord nicht strafbar ist, ist auch die Teilnahme dazu mangels vors. rw Haupttat nicht strafbar. Jedoch ist die straflose Beihilfe zum Selbstmord abzugrenzen vom § 216 StGB (Tötung auf Verlangen). Als Abgrenzungskriterium hat sich die funktionelle Tatherrschaft durchgesetzt. Beherrscht der Tötende das Tatgeschehen, so ist er Täter des § 216 StGB. Eine rein subj. Theorie wird hier auch vom *BGH* abgelehnt. Sie muss im Zusammenhang mit § 216 StGB zwangsläufig versagen, da dessen Tatbestand schließlich die Unterwerfung unter den Willen des Todeswilligen verlangt.

Strittig ist aber der Anknüpfungspunkt der Tatherrschaft. Während der *BGH* eine Gesamtwürdigung der Umstände vornimmt und danach fragt, ob das Opfer den Tod dulddend entgegennimmt (dann § 216 StGB), verlangt die h.L. wegen der hohen Hemmschwelle und der Willensfreiheit des Suizidenten die

Tatherrschaft im todbringenden Moment, die dann fehlen soll, wenn dem Opfer nach dem Tatbeitrag des anderen noch die freie Entscheidung über Leben und Tod verbleibt. Vorangegangene - auch wesentliche - Beiträge vermögen demnach keine Tatherrschaft zu begründen. Vor. sowohl für § 216 StGB als auch für straflose Beihilfe zum Selbstmord ist aber ein freiverantwortlicher Entschluss des Suizidenten. Zu prüfen ist daher die Fähigkeit der fehlerfreien Willensbildung analog der Einwilligungstheorie. Ruft der Täter einen Willensfehler hervor, oder nutzt er einen bestehenden bewusst aus, so kommt eine Tötung in mittelb.T. in Betracht.

### **(P) Unterlassungstäterschaft des Teilnehmers am Suizid**

Nach dem *BGH* entsteht eine Erfolgsabwendungspflicht des Teilnehmers an der Selbsttötung, wenn der Suizident die Tatherrschaft verliert (teilw. wird auch § 323c StGB angewendet, wobei dann wg. der folgenden Arg. die Zumutbarkeit der Hilfeleistung verneint wird). Wirklich überzeugend erscheint dies jedoch nicht. Dies läuft nämlich der Wertentscheidung des Gesetzgebers zuwider, denn ohne Hinweis auf eine Sinnesänderung beim Suizidenten kann die bloße Passivität des Teilnehmers nicht in strafbare Unterlassungstäterschaft umgedeutet werden. Etwas anderes gilt natürlich, wenn ein Sinneswandel des Suizidenten erkennbar wird, oder ein Lebensgarant sich der fehlenden Ernsthaftigkeit und Freiverantwortlichkeit bewusst ist.

### **(P) Sterbehilfe**

Bei dem Problemkreis der Sterbehilfe geht es letztlich um eine verfassungskonforme Auslegung der § 212f. StGB. Dabei ist insbesondere ein Recht auf einen würdevollen und schmerzfreien Tod als Ausdruck der Menschenwürde zu berücksichtigen. Die Grundrechte überlagern in diesem Zusammenhang das StGB als einfach gesetzliche Regelungen. Vor diesem Hintergrund ist es nicht möglich, sämtliche Tötungshandlung unter Strafe zu stellen. Dies hätte gegebenenfalls zur Folge, dass der todkranke Mensch erhebliche Schmerzen in Kauf nehmen müsste, damit das Rechtsgut Leben abstrakt absolut geschützt wird. Hierdurch könnte der Einzelnen zum Objekt degradiert werden. Bei der Sterbehilfe handelt es sich somit gegebenenfalls um eine verfassungskonforme Auslegung des StGB.

Die sog. „**Rechtfertigungslösung - § 34**“ (**zuneigend BGHSt 42, 301f.**) geht davon aus, dass die Ermöglichung des Todes in Würde und unter Beachtung des Selbstbestimmungsrechts ein höherwertiges Rechtsgut darstellt, als die Aussicht unter schwersten, insbesondere sog. Vernichtungsschmerzen noch kurze Zeit leben zu müssen (Überwiegen des Schmerzlinderungsinteresses im Rahmen der „interne Güterkollision“). Der **BGH** nimmt hingegen nunmehr eine Lösung auf Rechtfertigungsebene über eine **Einwilligung (BGH L&L 2010 S. 681f.)** vor.

### **I. Aktive Sterbehilfe**

Die **aktive (tatherrschaftliche) Sterbehilfe** ist, wie bereits ausgeführt, auch bei Einverständlichkeit und aussichtsloser Krankheitsprognose strafrechtlich verboten. Es ist daher festzuhalten, dass der strafrechtlich Lebensschutz auch unheilbar Kranken und Todgeweihten zugutekommt. §§ 212f. StGB erfassen grds. jede aktive, tatherrschaftliche Verkürzung des Lebens und differenzieren nicht danach, ob das Opfer nur noch kurze Zeit gelebt hätte. Eine Versagung des Schutzes der §§ 212f. StGB für diese Fälle käme der Definition „unwerten Lebens“ gleich. Sofern man jedoch von aktiver „Sterbehilfe“ spricht, wird eine Einwilligung des Sterbenden vorliegen, so dass keine

Strafbarkeit nach § 212 StGB, sondern nach dem milderen § 216 StGB in Betracht kommt.

## II. Behandlungsabbruch / „Passive Sterbehilfe“

Straflos ist hingegen die sog. **passive Sterbehilfe durch einen Behandlungsabbruch**, also ein „Sterben lassen“ durch das Unterlassen lebensverlängernder Maßnahmen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- **Lebensbedrohliche Erkrankung:** Es muss eine „Schädigung“ in der Art vorliegen, dass der Patient ohne medizinische, lebensverlängernde Rettungsmaßnahmen (bspw.: Infusion, Herz-Lungen-Maschine) sterben würde
- Es muss zumindest „normativ“ ein Unterlassen vorliegen, also das **Unterlassen einer Behandlung** („passiv“ = z.B. Einstellen einer Reanimation) oder **Beenden einer lebenserhaltenden Maßnahme** („aktiv“ = z.B. Durchtrennen eines Ernährungsschlauchs), **um einem Krankheitsprozess seinen natürlichen tödlichen Lauf zu lassen.**
- Lebensbeendende Maßnahme muss **Behandlungsbezug** aufweisen
- Das Unterlassen der lebensverlängernden Maßnahmen muss dem (mutmaßlichen) Willen des Sterbenden entsprechen. Hierbei ist eine Patientenverfügung nunmehr bindend.

Die passive Sterbehilfe meint somit keine Passivität im Sinne eines klassischen strafrechtlichen Unterlassens, denn dann wäre der Abbruch von medizinischen Maßnahmen (bspw. Abschalten der Herz-Lungen-Maschine oder Durchschneiden eines Schlauches einer lebenserhaltenden Injektion) durch Dritte (also nicht diejenigen, welche die Maßnahme veranlasst haben) aktives Tun. Entscheidend ist eine Passivität im Sinne eines Abbruches lebenserhaltender Maßnahmen, was ein Sterben lassen herbeiführt, so dass der Patient quasi „passiv“ stirbt. Diese Ansicht hat auch der BGH noch einmal 2010 gestärkt (L&L 2010 S. 681f.). In strafrechtlicher Hinsicht ist dabei interessant, dass auch hinsichtlich des tatsächlichen Vorliegens der Einwilligung des Opfers in der Hauptverhandlung der in dubio pro reo Grundsatz gilt. Sofern die Voraussetzung der Sterbehilfe vorliegen, aber eine (ggf. mutmaßliche) Einwilligung des Sterbenden keinesfalls sicher, aber auch nicht auszuschließen ist, ein Freispruch erfolgt. Hintergrund ist – wie bereits ausführlich dargelegt - das verfassungsrechtlich gebotene Erfordernis, einen Menschen entsprechend seinem Willen menschenwürdig sterben zu lassen. Das Unterlassen muss zwingend dem (mutmaßlichen) Willen des Todgeweihten entsprechen und sich diesem unterordnen. In diesen Fällen ist eine verfassungskonforme Auslegung des StGB vorzunehmen. Eine solche Korrektur ist auf Tatbestandsebene oder im Rahmen einer Rechtfertigung über § 34 StGB oder eine Einwilligung (so wohl BGH) möglich. Im Rahmen des § 34 StGB kann hier bei einer internen Güterkollision das Leben des Sterbenden mit dem Recht auf einen würdevollen Tod (Selbstbestimmungsrecht) abgewogen werden. Sind diese Vor. der passiven Sterbehilfe erfüllt, ist der Täter nach h.M. auch bei **Abbruch einer lebensverlängernden Maßnahme** durch positives Tun straflos. Nach neuerer Rspr. (BGH, NJW 1995, 204f.) gelten die o.g. Grundsätze zur strafrechtlichen Beurteilung passiver Sterbehilfe auch bei unheilbarer Krankheit, selbst wenn der Sterbeprozess noch nicht eingesetzt hat („Hilfe zum Sterben“). Das Selbstbestimmungsrecht genießt auch hier den Vorrang. An die Annahme eines nur mutmaßlichen Willens des Patienten sind aber noch strengere Anforderungen zu stellen als bei der passiven Sterbehilfe i.e.S. Dies beruht nach BGH auf richterlicher Fortbildung des Betreuungsrechts.

### **III. Indirekte Sterbehilfen (sog. Palliative Sedierung)**

Wird der Tod als unbeabsichtigte Nebenwirkung durch die Verabreichung schmerzlindernder Medikamente beschleunigt und dies billigend in Kauf genommen, so spricht man von einer unstreitig straflosen „Hilfe beim Sterben“/indirekte Sterbehilfe.

### **D. § 221 StGB – Aussetzung**

Die Aussetzung ist kein Verletzungsdelikt, sondern ein konkretes Gefährdungsdelikt (Subsidiarität). Erforderlich ist lediglich der Eintritt einer Lebens- oder Gesundheitsgefahr. Diese Gefahr muss aber „durch“ die tatbestandsmäßige Handlung entstanden sein (Gefahrzusammenhang), wobei die Intensivierung der bereits der hilflosen Lage innewohnenden Gefahr ausreichend ist. Es handelt sich mithin um ein konkretes Gefährdungsdelikt. Als Erfolgsdelikte verdrängen §§ 211f. StGB daher § 221 StGB auf Konkurrenzenebene. Ein Rücktritt von den §§ 211f. StGB beseitigt aber nicht die Strafbarkeit hinsichtlich des (bereits vollendeten) Gefährdungsdelikts.

#### **Aufbau**

##### **I. Tatbestand**

###### **1. objektiver Tatbestand**

a) Tathandlung: 2. Möglichkeiten

→Nr. 1 einen Menschen in eine hilflose Lage versetzen

→Nr. 2 einen Menschen in einer hilflosen Lage im Stichlassen, obwohl der Täter ihn in seiner Obhut hat oder ihm sonst beizustehen verpflichtet ist

Def. „hilflose Lage“: Lage, in der sich das Opfer aus eigener Kraft nicht mehr zu schützen vermag.

b) Entstehen einer konkreten Gefahr **durch die hilflose Lage**

**2. subj. Tatbestand:** zumindest dolus eventualis bzgl. aller obj. TBM (auch bzgl. konkreter Gefahr!)

##### **II. Rechtswidrigkeit/ III. Schuld**

§ 221 I Nr. 1 StGB ist ein Jedermann-Delikt. Nach seiner neuen Fassung verlangt er ein Versetzen in eine hilflose Lage. Das Gesetz lässt also nicht jede Verursachung genügen. Eine Ortsveränderung des Opfers ist wegen des geänderten Wortlautes („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“) nach h.M. allerdings nicht mehr erforderlich (früher: „...aussetzt...“).

§ 221 I Nr. 2 StGB ist hingegen ein Sonderdelikt und erfasst das Unterlassen der Beseitigung einer bereits bestehenden hilflosen Lage. Als „Im-Stichlassen“ gem. Nr. 2 gilt aber nicht mehr nur das Verlassen des Opfers (früher: „... in hilfloser Lage verlässt ...“). Bei Vorliegen einer Obhutspflicht genügt auch die schlichte Passivität ohne räumliches Verlassen. Mithin entspricht es der gesetzgeberischen Wertung, eine Aussetzung durch Verlassen nur dann als strafbar zu behandeln, wenn das Opfer sich bereits in hilfloser Lage befand und wenn den Täter gegenüber dem Opfer eine besondere Obhutspflicht trifft. Sofern § 221 I Nr. 2 StGB zu prüfen ist, ist auch immer an (versuchten) Mord durch Unterlassen zu denken

**Wichtig: Die konkrete Gefahr muss stets aus der hilflosen Lage resultieren und vom Vorsatz des Täters umfasst sein!**

## E. § 223 StGB

### I. Aufbau

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

„**Körperliche Misshandlung**“: „jede üble, unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht unerheblich beeinträchtigt“

„**Gesundheitsbeschädigung**“: „jedes Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustandes“

Ein pathologischer Zustand ist dabei gegeben, wenn eine ärztliche Behandlung erforderlich ist. Im Zweifelsfall ist also auf die Notwendigkeit ärztlicher Behandlung abzustellen.

2. **Subjektiver Tatbestand**: zumindest dolus eventualis

#### II. Rechtswidrigkeit

#### III. Schuld

#### IV. Beachte Strafantrag gem. § 230 (relatives Antragsdelikt)

## F. § 224 StGB (gefährliche Körperverletzung)

Bei § 224 handelt es sich um eine echte Qualifikation.

### I. Aufbau

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

###### a) **Grund-TB**:

Körperliche Misshandlung oder Gesundheitsbeschädigung

###### b) **Qualifikation**

§ 224 I Nr. 1 - 5

##### 2. **Subjektiver Tatbestand**:

zumindest dolus eventualis bzgl. Grund-TB und Qualifikation

#### II. Rechtswidrigkeit

#### III. Schuld

### II. Tatbestand

#### **Nr. 1: Beibringen von Gift oder anderen gesundheitsschädlicher Stoffen**

Erfasst sind alle Stoffe, die objektiv die Eignung zur Gesundheitsbeschädigung besitzen (Arsen, Schlangengift, Alkohol, Ecstasy): Nach ganz hM ist diese Fallgruppe nicht auf tote Substanzen beschränkt, sondern es werden auch lebende erfasst wie bspw. Krankheitserreger (insbesondere AIDS, Hepatitis-Viren). Hingegen ist es nach hM nicht erforderlich, dass der Stoff im Innern ist, vielmehr reicht die Berührung des Stoffes mit dem Körper. Ist jedoch keine Körperverletzung eingetreten, so kommt nur Versuch in Betracht.



## **Nr. 2: Körperverletzung mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs**

Im Rahmen der Waffe gilt der eigene Waffenbegriff des StGB. Danach ist eine Waffe ein Gegenstand der dazu **bestimmt** ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Allerdings ist dieser Begriff durch die Rechtsprechung in letzter Zeit stark ausgeweitet worden (vgl. Ausführungen. zu §§ 244 und 250). Der Begriff des gefährlichen Werkzeugs ist i.S.d. § 224 I Nr. 2 StGB jeder Gegenstand, der nach seiner **objektiven Beschaffenheit** und nach **Art seiner Benutzung** im Einzelfall geeignet ist, **erhebliche** Körperverletzungen zuzufügen (z.B. beschuhter Fuß, brennende Zigarette im Gesicht). Hier ist zu beachten, dass die Bestimmung im Gegensatz zu §§ 244 und 250 StGB wenig problematisch ist, da man auf die konkrete Art der Benutzung abstellen kann, was bei §§ 244 und 250 StGB nicht möglich ist, da dort ein „Beisichführen“ ausreicht. Nach hM kann überzeugender Weise weder ein starrer unbeweglicher Gegenstand (bspw. Wand) noch die Faust oder der Fuß eines Kampfsportlers ein gefährliches Werkzeug. Hier dürfte die Grenze des Wortlautes („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“) und damit des Art. 103 II GG erreicht sein, welche nicht überschritten werden darf (verbotene Analogie zu Lasten des Täters).

Beim Tritt mit dem beschuhten Fuß ist nach dem Strafzweck des § 224 auf die erhöhte Gefährlichkeit gegenüber den blanken Fuß abzustellen, welcher bei einem „soften“ Turnschuh idR nicht gegeben ist, da dieser ja eher weicher als der blanke Fuß ist. Hingegen wäre § 224 StGB bei einem Springerstiefel ggf. sogar mit Stahlkappe unproblematisch zu bejahen.

## **Nr. 3: Mittels eines hinterlistigen Überfalls**

„**hinterlistig**“ = wenn der Täter seine wahren Absichten planmäßig berechnend verdeckt, um gerade hierdurch dem Angegriffenen die Abwehr zu erschweren

Dies bitte nicht verwechseln mit der „Heimtücke“. Von hinten angreifen ist beispielsweise „heimtückisch“, aber nicht hinterlistig, da gerade nichts planmäßig berechnend verdeckt wird.

## **Nr. 4: von mehreren gemeinschaftlich**

Es sind mindestens **2 Beteiligte am Tatort** (Teilnehmer ausreichend) erforderlich. Dies müssen nicht Mittäter sein. Jedoch ist die Anwesenheit am Tatort erforderlich! Andernfalls kommt die erhöhte Gefährlichkeit nicht zum Tragen. Diese begründet sich damit, dass die Abwehrmöglichkeiten des Opfers eingeschränkt sind und sich zwei Beteiligte gegenseitig „hochschaukeln“ können, woraus sich eine Eigendynamik im Sinne einer Gewaltspirale ergeben kann.

Nach dem BGH kann auch das Zusammenwirken des Täters mit einem **am Tatort anwesenden Gehilfen** für § 224 I Nr. 4 StGB genügen, wenn der Gehilfe die Täterhandlung in einer Weise verstärkt, welche die Lage des Verletzten zu verschlechtern geeignet ist (**BGH NJW 2002, 3788**). Dies überzeugt, da beide oben genannten Argumente für die Gefährlichkeit auch in dieser Konstellation greifen. Zum einen ist das Opfer zumindest psychisch in seinen Abwehrmöglichkeiten gehemmt, weil es immer befürchten muss, dass bei einer Verteidigungshandlung der bisherige Teilnehmer in die Auseinandersetzung eingreift. Ferner kann sich eine Gewaltspirale auch ergeben, wenn einer schlägt und der andere ihn anfeuert.

## **Nr. 5: Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung**

In diesem Zusammenhang ist der absolute Klassiker der Streit, ob die Lebensgefährdung abstrakt oder konkret sein muss

Die **h.M.** lässt eine abstrakt-generelle Gefährlichkeit der Handlung ausreichen. § 224 StGB sei kein konkretes Gefährdungsdelikt. Ferner spricht hierfür der Opferschutz und der Vergleich mit den anderen Qualifikationen.

## **G. § 225 StGB (Misshandlung Schutzbefohlener)**

### **I. Aufbau**

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Objektiver Tatbestand**

- a) **Taugliches Tatobjekt und Täter § 225 Abs. 1 Nr. 1- 4**
- b) **Tathandlung:  
quälen, roh misshandeln oder böswillig vernachlässigen**

##### **2. Subjektiver Tatbestand: zumindest dolus eventualis**

#### **II. Rechtswidrigkeit**

#### **III. Schuld**

### **Beachte: Qualifikation des § 225 III StGB als konkr. Gefährungsdelikt**

#### **II. Tatbestand**

**Quälen** ist das Zufügen länger dauernder oder sich wiederholender Schmerzen oder Leiden körperlicher oder seelischer Art. Dies ist auch durch Unterlassen möglich. Hinsichtlich der Länge des Quälens reicht nach dem BGH auch kurzzeitiges Einsperren, welches Todesangst beim Opfer hervorruft aus.

**roh misshandeln** liegt vor, wenn die Misshandlung aus einer zumindest vorübergehenden gefühllosen und gleichgültigen Gesinnung gegenüber den Leiden des Opfers erfolgt.

**böswillig vernachlässigen:** Das Vernachlässigen und die daraus resultierende Gesundheitsschädigung muss aus böswilligen, d.h. aus besonders verwerflichen, selbstsüchtigen Gründen (etwa Hass, Bosheit, Geiz, Sadismus, rücksichtsloser Egoismus). Der Vorwurf ist hier ein Unterlassen. Es handelt sich hier um ein echtes Unterlassungsdelikt, jedoch folgt aus § 225 Abs. 1 Nr. 1- 4 eine Quasi-Garantenstellung.

## **H. § 226 StGB (schwere Körperverletzung)**

Bei § 226 Abs. 1 StGB ist ein erfolgsqualifiziertes Delikt. Es gilt also § 18 StGB, so dass bzgl. der schweren Folge zumindest Fahrlässigkeit erforderlich ist. Hier kann sich die Problematik des erfolgsqualifizierten Versuchs und der Versuch der Erfolgsqualifikation stellen.

§ 226 Abs. 2 StGB ist hingegen ein Vorsatzdelikt, was bzgl. der schweren Folge sogar dolus directus 1. oder zumindest 2. Grades. Dolus eventualis reicht nicht aus. Damit erfordert § 226 Abs. 2 StGB eine Sonderform des Vorsatzes, da es gerade nicht ausreicht den Erfolg nur billigend in Kauf zu nehmen.

### **I. Aufbau § 226 Abs. 1 StGB**

#### **I. Tatbestand**

## **1. Tatbestand des § 223**

- a) **Obj. TB:** Körperliche Misshandlung oder Gesundheitsbeschädigung
- b) **Subj. TB:** dolus eventualis

## **2. Erfolgsqualifikation des § 226**

- a. **Variante Nr. 1 – 3**
- b. **Kausalität zwischen Körperverletzung und Folge**
- c. **Mindestens Fahrlässigkeit § 18**
- d. **Tatbestandsspezifischer Gefahrenzusammenhang**

## **II. Rechtswidrigkeit**

### **III. Schuld insb. subj. Fahrl. bzgl. schwerer Folge**

## **II. Aufbau § 226 Abs. 2 StGB**

### **I. Tatbestand**

#### **1. Objektiver Tatbestand**

- a) **Grund-TB:** Körperliche Misshandlung oder Gesundheitsbeschädigung
- b) **Qualifikation des § 226**

#### **3. Subjektiver Tatbestand:**

zumindest dolus eventualis bzgl. Grund-TB

dolus directus 1. oder 2. Grades bzgl. der schweren Folge der Qualifikation

## **II. Rechtswidrigkeit**

### **III. Schuld**

#### **Nr. 1 „das Sehvermögen auf einem Auge oder beiden Augen, das Gehör, das Sprechvermögen oder die Fortpflanzungsfähigkeit verliert“**

Umstritten ist die Frage, ob Nr. 1 auch verwirklicht ist, wenn man nur auf einem Ohr das Gehör verliert, die hM lehnt dies ab, weil gerade im Hinblick auf die Augen beide Fälle erfasst sind und dies beim Gehör gerade nicht übernommen wurde.

#### **Nr. 2 „ein wichtiges Glied des Körpers verliert oder dauernd nicht mehr gebrauchen kann“**

Nach hM werden keine inneren Organe erfasst, sondern nur Körperteile, welche ein Gelenk voraussetzen. Nach neuerer Rspr. des BGH wird die Wichtigkeit des Glieds subjektiv bestimmt, so ist etwa der kleine Finger für einen Konzertpianisten wichtig; auch ist der kleine Zeh für einen behinderten Menschen ohne Hände, bei welchem die Füße eine handähnliche Funktion haben, ein wichtiges Glied.

#### **Nr. 3 „in erheblicher Weise dauernd entstellt wird oder in Siechtum, Lähmung oder geistige Krankheit oder Behinderung verfällt“**

Bei der Entstellung ist erforderlich, dass dieses dauernd ist, so dass Nr. 3 nicht erfüllt ist, wenn nach der Heilung keine erhebliche Entstellung mehr vorliegt.

## **I. § 227 StGB (Körperverletzung mit Todesfolge)**

Bei § 227 StGB ist ein erfolgsqualifiziertes Delikt. Es gilt also § 18 StGB, so dass bzgl. der schweren Folge zumindest Fahrlässigkeit erforderlich ist. Hier

kann sich die Problematik des erfolgsqualifizierten Versuchs und der Versuch der Erfolgsqualifikation stellen.

## **I. Aufbau § 227**

### **I. Tatbestand**

#### **1. Tatbestand des § 223**

- a) **Obj. TB:** Körperliche Misshandlung oder Gesundheitsbeschädigung
- b) **Subj. TB:** dolus eventualis

#### **2. Erfolgsqualifikation des § 227**

- a) **Tod**
- b) **Kausalität zwischen Körperverletzung und Folge**
- c) **Tatbestandsspezifischer Gefahrenzusammenhang (beinhaltet nach diesem Aufbau die obj. Zur.)**
- d) **Obj. Fahrlässigkeitsvorwurf § 18**

## **II. Rechtswidrigkeit**

## **III. Schuld insb. subj. Fahrl. bzgl. schwerer Folge**

### **II. Tatbestand**

Beim § 227 StGB ist insbesondere der tatbestandsspezifische Gefahrezusammenhang problematisch. Die besondere Gefährlichkeit der Körperverletzung muss sich gerade in der schweren Folge realisiert haben. Dabei – und auch bei der Kausalität – ist umstritten, ob Anknüpfungspunkt die Körperverletzungshandlung (bspw.: Messerstich, Schlag mit dem Baseballschläger) oder der Körperverletzungserfolg (bspw. Stichwunde, Schädelbasisbruch) ist.

Nach einer Minderansicht, der sog. „Letalitätstheorie“ muss sich gerade der Körperverletzungserfolg in der schweren Folge (Tod) realisieren. Argument ist hierfür die hohe Strafandrohung und der Wortlaut („verletzten Person“). Beachte: nach dieser Ansicht ist der erfolgsqualifizierte Versuch, wo der Streit wirklich relevant wird, nicht möglich, weil das Grunddelikt ja gerade im Versuch stecken bleibt, so dass es keinen Körperverletzungserfolg gibt.

Nach dem BGH und der hM ist es ausreichend, wenn die Körperverletzungshandlung zum Tod geführt hat (BGH NJW 2003, 150). Hauptargument ist neben kriminalpolitischen Erwägungen der Wortlaut („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“). Nach einer Änderung des Wortlauts verweist § 227 bei der Körperverletzung nicht mehr nur auf § 223 Abs. 1 und § 224 Abs. 1 StGB, sondern auf die vollen Paragraphen der §§ 223 bis 226 StGB, wodurch auch der Versuch nach § 223 II und § 224 II StGB erfasst wird, bei dem es ja gerade keinen Körperverletzungserfolg gibt, so dass Anknüpfungspunkt nur die Körperverletzungshandlung sein kann.

Beachten Sie, dass im Rahmen des tatbestandsspezifischen Zusammenhangs immer nur an eine vorsätzliche Körperverletzungshandlung angeknüpft werden kann.

## Teil II: Vermögensdelikte

### A. Diebstahl, § 242 StGB

Aufbau:

I. Tatbestand

1. Obj. Tb

a) Fremde bewegliche Sache

b) Wegnahme: Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams

2. Subj. TB

a) Vorsatz

b) Rechtswidrige Zueignungsabsicht

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Verwirklichung von Regelbeispielen (RB) § 243 I S. 2 Nr. 1 - 7

#### Probleme im Einzelnen

Obj. Tb

→ Fremde bewegliche Sache:

*Tiere* sind Sachen (unabhängig von § 90a BGB – könnte verbotene Analogie sein), eigenständiger Sachen-Begriff im StrafR!

**(P) Leichen:** Leichen sind Sachen, aber wegen grundrechtlichen Wertungen nicht eigentumsfähig (Ausn.: Anatomie- und Museumsleichen).

Genauso ist der menschliche Körper nicht eigentumsfähig. Nach überzeugender herrschender Meinung gilt dies auch für Prothesen, sofern sie eine Körperersatz-Funktion haben (bspw.: Bein-Prothese; Zahngold). Nach einer neueren Entscheidung (siehe Life&Law 10/2008) setzt sich diese Wertung nach dem Tod fort, so dass ein Mitarbeiter eines Krematoriums an den bei der Verbrennung des Körpers übrigbleibenden Zahngold kein § 242 StGB mangels Eigentumsfähigkeit begehen kann. Jedoch macht er sich gem. § 168 StGB strafbar, da das Zahngold unter „Asche“ subsumiert werden kann.

**Beweglich** sind alle Sachen, die tatsächlich fortbewegt werden können. Unter Abweichung von §§ 94, 95 BGB sind also auch solche Sachen erfasst, die zum Zwecke der Wegnahme erst beweglich gemacht werden.

**Fremd** ist eine Sache, wenn sie nicht im Alleineigentum des Täters steht und nicht herrenlos ist. Grundsätzlich ist hier eine rein zivilrechtliche Prüfung vorzunehmen. Im Strafrecht kommt es jedoch nur auf den Zeitpunkt der Tat handlung an. Rückwirkungsfiktionen (ex tunc- Wirkungen wie z.B. bei: §§ 142, 184, 1953 BGB) sind Strafrecht irrelevant. Die Rechtsfolge tritt nur ex nunc ein.

**Wegnahme:**

Bruch fremden und Begründung neuen, nicht unbedingt tätereigenen Gewahrsams.

**Gewahrsam:** Gewahrsam ist die vom natürlichen Herrschaftswillen (subj.) getragene tatsächliche Sachherrschaft (obj.).

Dieser Gewahrsamsbegriff ist nicht mit dem zivilrechtlichen Besitz gleichzusetzen. Im StrafR findet eine rein faktische Betrachtung statt, die sich nach der *Verkehrsanschauung* richtet (→ Einbruchsstelle für wertende Betrachtung).

tung!). Besitz im Sinne des BGB ist hingegen auch etwas Rechtliches, so gilt die Fiktion des § 857 BGB im Strafrecht nicht.

**Wichtig:** Auch an vergessenen Sachen besteht gelockerter Gewahrsam, wenn diese ohne äußere Hindernisse zurückerlangt werden kann. Dies geht allerdings in die Richtung einer Gewahrsamsfiktion. Auch wenn dies nicht der Fall ist, kann neuer Gewahrsam des Inhabers der Räumlichkeit entstehen, in der die Sache verloren wurde! Hierbei spricht man von einem *generellen Gewahrsamswillen* bzw. einem *potentiellen Gewahrsamswillen*. Dies ist bspw. in einem Kino oder bei einem Zugführer in Zügen der deutschen Bahn anzunehmen.

Bei mehreren Gewahrsamsinhabern ist es ausreichend, wenn gleich- oder übergeordneter Gewahrsam gebrochen wird. Kriterien dafür, wer (übergeordneten) Gewahrsam hat, sind einerseits die Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten des Übergeordneten, andererseits die Eigenverantwortlichkeit des Untergeordneten).

Achtung: Die Mitgewahrsamsverhältnisse sind irrelevant, wenn ein Dritter, der keinerlei Gewahrsam innehat, die Sache wegnimmt!

### → Bruch des Gewahrsams:

Fremder Gewahrsam wird gebrochen, wenn er ohne oder gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers aufgehoben wird. Liegt ein *tatbestandsausschließendes Einverständnis* vor, so ist bereits das TBM der Wegnahme nicht erfüllt.

Folgende Fälle sind dabei wichtig:

**Kaufhausdiebstahl:** Beobachtet ein Ladendetektiv den Diebstahl, so ist darin kein tatbestandsausschließendes Einverständnis zu sehen. § 242 ist kein heimliches Delikt!

**Diebesfalle:** Soll jemand des Diebstahls überführt werden, indem eine präparierte Sache dem Dieb quasi „angeboten“ wird, so liegt bzgl. des Gewahrsamsbruchs ein Einverständnis vor (→ untauglicher Versuch, probl. dann Konkurrenz zum vollendeten § 246 StGB).

**Warenautomaten (nach h.M. gilt für diesen nicht § 265a):** Wird ein Warenautomat z.B. mit Falschgeld gefüttert, so geht die h.M. davon aus, dass das Einverständnis des Inhabers des Automaten nur unter der Bedingung der ordnungsgemäßen Bedienung gilt. Somit würde eine Wegnahme vorliegen. Anders hingegen, wenn der Automat ordnungsgemäß bedient wird, es jedoch nur an der Berechtigung fehlt (bspw.: Geldautomat der vom Nichtberechtigten mit der Karte und der richtigen PIN benutzt wird). Hier dürfte überzeugenderweise nur § 246 einschlägig sein.

### (P) Tankstellenfälle

Bsp.: Täter tankt und fährt ohne zu Zahlen weg.

Sofern der Täter beobachtet wird und dies auch billigend in Kauf nimmt, liegt ein Betrug vor. Die Vermögensverfügung ist das Dulden des Tankvorgangs durch den Tankstellenmitarbeiter (Dreiecksbetrug). Der Schaden der Tankstelle liegt jedenfalls im Gewahrsamsverlust an dem Benzin (insofern ist auf die Eigentumsfrage nicht ausführlich einzugehen).

Strittig ist der Fall, bei welchem der Täter nicht beobachtet wird und dies zumindest billigend in Kauf nimmt, da insbesondere der Gewahrsamsbruch fragwürdig erscheint.

#### **Lösungsskizze in dieser Konstellation:**

**A. § 263 I (-); kein Irrtum des Kassierers**

**B. § 263a I (-); keine Disposition durch eine Maschine (anders bei vollautomatischen Tankstellen)**

### C. § 242 I am Benzin durch den Tankvorgang

I. TB

1. obj.

Wegnahme einer fr. bew. Sache?

a) Durch das Wegfahren kein Gewahrsamsbruch mehr

b) Durch das Tanken („Drücken“ auf die „Zapfpistole“)?

aa) zu diesem ZP fremde bewegliche Sache?

Benzin zu diesem ZP fremd, da § 929 S. 1 BGB am Eigentumsvorbehalt (kein Bedingungseintritt) scheitert

bb) aber auch Gewahrsamsbruch?

**(P) tb-auschl. Einverständnis? sehr str.**

**BGH: (-) → § 242 StGB (+)**

**hL: (+) → § 242 StGB (-)**

→ hL überzeugend, da die Zapfsäule ordnungsgemäß bedient wird

**2. / II. Erg: 242 StGB (-)**

### D. § 246 I

I. TB

1. obj.

obj. Manifestation des Zueignungswillens bzgl. einer fr. bew. Sache?

→ Erst wenn der Täter wegfährt ohne zu zahlen

→ ist zu diesem ZP das Benzin eine fremde bewegl. Sache?

- grds. §§ 948, 947 I → Mit-Eig! → fremde bewegl. Sache (+)

- §§ 948, 947 II → Allein-Eig des Täters?

→ Kfz wird nicht mit dem Benzin vermischt, sondern Alt-Benzin mit Neu-Benzin (aber fraglich, ob „ein Benzin“ als Hauptssache anzusehen ist):

→ die Benzinmenge der Tankstelle ist idR weit mehr als das bereits vor-

handene Benzin des Täters → daher zumindest Mit-Eig der Tankstelle

→ fremde bewegl. Sache (+) (anders nur wenn die vorhandene Benzin-

menge des Täters weit überwiegt, dann ggf. Strafbarkeitslücke.

→ wenn der Täter wegfährt ohne zu zahlen → obj TB (+)

2. subj. TB: dol. ev. ausr. → hier (+)

II. RW und Schuld (+) → § 246 I (+)

### E. wenn T billigend in Kauf nimmt, beobachtet zu werden:

§§ 263 I, II, 22, 23 (+) (dann tateinheitlich mit 246 I)

Die Anforderungen an den dolus eventualis sind so gering, dass es durchaus möglich ist, dass der Täter sowohl billigend in Kauf nimmt, beobachtet zu werden, als auch billigend in Kauf nimmt, nicht beobachtet zu werden (so auch der BGH, der dann wie oben bereits dargestellt § 242 StGB tateinheitlich mit §§ 263 I, II, 22, 23 StGB bejaht).

### → Begründung neuen Gewahrsams:

Neuer Gewahrsam ist begründet, wenn der Täter die tatsächliche Sachherrschaft derart erlangt hat, dass ihrer Ausübung keine weiteren Hindernisse mehr entgegenstehen.

Auch hier ist, anknüpfend an die herrschende *Apprehensionstheorie*, die *Verkehrsanschauung* entscheidend (vgl. die sog. *Gewahrsamsenklaue*).

## 2. Subj. Tb

**a) Vorsatz** (zumind. dolus eventualis) bzgl. aller obj. Tbm. Dabei beachten, dass es sich bei dem Tbm „fremd“ um ein *normatives Tbm* handelt.

**b) Absicht, die Sache sich oder einem Dritten rw zuzueignen -> Zueignungsabsicht:**

Die Zueignungsabsicht besteht aus einer Aneignungs- und einer Enteignungskomponente. Zueignungsabsicht setzt nämlich zumindest vorübergehende An-

eignungsabsicht (zweimal a) und dauerhaften Enteignungseventualvorsatz (zweimal e) voraus.

### **(1) Aneignungsabsicht: Subjektiv ist *dolus directus* 1. Grades erforderlich!**

Täter muss sich nach der herrschenden Vereinigungstheorie (so schon das RG) *zumindest vorübergehend* die Sache selbst (*Substanztheorie*) o. den in ihr verkörperten Sachwert (*Sachwerttheorie*) zueignen und sich dadurch eine eigentümerähnliche Herrschaftsstellung anmaßen („*se ut dominum gere-re*“). An einer Einverleibung in das eigene Vermögen fehlt es auch dann, wenn der Täter die Sache wegnimmt, um sie sofort danach *wegzuwerfen* o. *zu zerstören*.

### **(2) Enteignungsvorsatz: *dolus eventualis* ausreichend**

*Auf Dauer angelegte* Verdrängung des Eigentums aus seiner Eigentumsposition.

### **(P) Abgrenzung zur Gebrauchsanmaßung**

Die Gebrauchsanmaßung (*furtum usus*) ist grds. straflos (Ausnahme: §§ 248b, 290 StGB). Für die Abgrenzung zum Diebstahl ist der sog. *Rückführungswille* entscheidend: War die Wegnahme erwiesenermaßen von dem Willen (*dolus eventualis*) getragen, die Sache nach dem Gebrauch wahllos preiszugeben und es dem Zufall zu überlassen, ob, wann und in welchem Zustand der Eig. sie zurückbekommt, so ist von einem Diebstahl auszugehen.

**Wichtig:** Die Zueignungsabsicht muss zum Zeitpunkt der Wegnahme vorliegen. Entwickelt sich diese Absicht erst später, ist § 246 zu prüfen. Liegt sie zunächst vor, gibt der Täter die Sache aber später zurück, liegt § 242 vor!

### **(P) Strafbarkeit, wenn Täter Pfandflaschen entwendet, um diese zurückzugeben**

In diesem Fall liegen fremde bewegliche Sachen vor, da diese unabhängig von der sonstigen Eigentumslage an Pfandflaschen, jedenfalls für den Täter fremd sind. Problematisch ist die Zueignungsabsicht, insbesondere der Enteignungsvorsatz. Die Beurteilung hängt von der zivilrechtlichen Lage ab.

Die ganz hM nimmt bei nicht individualisierten Flaschen eine Übereignung an den Käufer (Endverbraucher) an. Dann würde der Täter später als Eigentümer der Flasche auftreten, was ausreichend für einen dauerhaften Enteignungsvorsatz bei der Wegnahme ist. Ferner dürfte beim Einlösen ein Betrug vorliegen, da der Einlösende wegen § 935 BGB nicht Eigentum erlangt. Dieser dürfte jedoch als mitbestrafte Nachtat zurücktreten.

Bei individualisierten Flaschen (wo das Label bspw. in die Flasche eingestanzt ist) behält sich der Hersteller nach wohl hM das Eigentum an Flaschen vor (eine Minderansicht lehnt dies ab, da der Endverbraucher nicht zwischen den Flaschentypen differenziert). Dann will der Täter bei der Rückgabe nicht eigentümergeich auftreten, so dass der Enteignungsvorsatz fehlen würde. Jedoch lässt sich auch bei individualisierten Flaschen der Enteignungsvorsatz vertreten, wenn man in den Flaschen zugleich eine „Quittung“ (analog § 370 BGB) für den Rückzahlungsanspruch sieht, die der Täter weggenommen hat, um sie insoweit eigentümergeich zu nutzen. Letztere Problematik wäre auch für das Folgeproblem von Bedeutung, ob ein Betrug (Täuschung über die Berechtigung!) beim Einlösen zum Nachteil des Einlösenden vorliegt. Ein Vermögensnachteil könnte in den Ansprüchen des früheren Besitzers nach § 1007 BGB gegen den Einlösenden zu sehen sein.



### **Rechtswidrigkeit der Zueignung:**

Es handelt sich um ein obj. Tbm, das im subj. Tb zu prüfen ist und hinsichtlich dessen zumindest *dolus eventualis* notwendig ist (d.h.: Fehlt der Vorsatz bzgl. der Rw der Zueignung so greift § 16!). An der Rw der Zueignung fehlt es, wenn ein fälliger, einredefreier Anspruch besteht.

## **II. Rechtswidrigkeit / III. Schuld**

### **IV. Verwirklichung von Regelbeispielen (RB) § 243 StGB**

**Wichtig:** Die RB des § 243 StGB sind Strafzumessungsregeln. Sie sind damit nur iRd Strafrahmens des § 242 StGB relevant. Bejaht man § 244 StGB so haben sie keine Bedeutung. Allerdings kann man in einer Klausur durchaus kurz erwähnen, dass § 243 StGB verwirklicht ist.

Liegen die Vor. eines RB's vor, so kann das Gericht dennoch die Annahme eines schweren Falls im Einzelfall verneinen. Umgekehrt ist auch bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen eines RB die Annahme eines schweren Falles im Einzelfall zulässig.

Die RB's stellen keinen TB, sind aber *tb-ähnlich*, so dass sich der Vorsatz des Täters (der diesbzgl. natürlich an dieser Stelle und nicht beim „Subj. Tb“ geprüft wird) auch auf die obj. Merkmale des RB beziehen muss. Bei einem Irrtum ist § 16 analog anzuwenden!

### **Die wichtigsten Regelbeispiele des § 243 I 2 StGB:**

#### **Nr. 1 (Merke: Alle Tatmodalitäten „zur Ausführung der Tat“)**

Umschlossener Raum (Oberbegriff für § 243 I 2 Nr.1) = „Raumgebilde, das (mindestens auch) dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden und das mit mind. teilweisen künstlichen Vorrichtungen umgeben ist, die das Eindringen von Unbefugten abwehren sollen“

**Einbrechen** = gewaltsames Öffnen der äußeren Umschließung; Täter muss den Raum nicht betreten, Hineingreifen genügt; Substanzverletzung zwar nicht nötig, aber Aufwendung nicht ganz unerheblicher körperlicher Kraft erforderlich!

**Einsteigen** = Betreten des Raumes auf einem dafür nicht bestimmten Wege unter der Überwindung von Hindernissen

**Falscher Schlüssel** = „wenn der Schlüssel vom Berechtigten zur Tatzeit nicht zur Öffnung bestimmt ist.“ Die danach entscheidende „Bestimmung“ (Widmung) kann der Berechtigte dem Schlüssel entziehen (Entwidmung).

Bei *Originalschlüssel* str., ob die Bestimmung durch einen äußerlichen Entwidmungsakt aufzuheben ist. Bei Abhandenkommen liegt Entwidmung jedenfalls erst ab *Bemerken* des Verlustes durch den Berechtigten vor. Aber nach BGHSt 21, 189 rechtfertigt die Tatsache, dass der Berechtigte den Diebstahl des Schlüssels *entdeckt* hat, in der Regel ohne weiteres die Feststellung, er habe ihm die Bestimmung zur ordnungsgemäßen Öffnung entzogen.

#### **Nr. 2**

Verschlussenes Behältnis = „ein zur Aufnahme von Sachen dienendes Raumgebilde, welches nicht zum Betreten von Menschen geeignet ist und dessen Inhalt aufgrund von Sicherheitsvorkehrungen nicht ohne weiteres zugänglich ist“

Sicherungsetiketten im Supermarkt nach h.M. (-), da keine Sicherung gegen Wegnahme, da nur zur Wiedererlangung; a.A.: (+), da psychisches Hemmnis

Geldspielautomaten (+) bei ordnungswidrigem Zugriff von außen; aber (-) bei Einwurf von Falschgeld (keine Überwindung des Sicherungsmechanismus) Ausnahme: Überlistung eines Münzprüfers (str.)

### Nr. 3

Gewerbsmäßig handelt, wer sich aus wiederholter Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Umfang und einer gewissen Dauer verschaffen will

(P) Beachte: § 28 II analog für Teilnehmer!

**(P) Eingreifen der Strafzumessungsregel, wenn § 243 nicht verwirklicht wurde, aber zu diesem „quasi unmittelbar angesetzt“**

**(häufig fälschlicherweise bezeichnet als Versuch eines Regelbeispiels)**

Es gibt keinen Versuch eines Regelbeispiels (!), da § 22 nur den Versuch von Tatbeständen regelt und die Regelbeispiele gerade keine Tatbestände darstellen.

Sehr umstritten ist die Frage, ob die Indizwirkung und damit die Straferhöhung des § 243 StGB auch eintritt, wenn die Voraussetzungen des Regelbeispiels obj. nicht verwirklicht sind, der Täter jedoch bezüglich der Verwirklichung Wissen und Wollen hat – also diesbezüglich quasi einen Tatentschluss hatte – und der Täter ferner zu der Verwirklichung quasi unmittelbar angesetzt hat.

### Übersicht

	<b>Regelbeispiel verwirklicht</b>	<b>Zum RB nur quasi „unmittelb. angesetzt“</b>
Diebstahl vollendet	<ul style="list-style-type: none"> <li><b>Fall 1</b> §§ 242 I iVm 243 (nicht strittig)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li><b>Fall 3</b> <b>eA:</b> §§ 242 I iVm 243 I 2 <b>hL/BGH (!):</b> § 242 I</li> </ul>
Diebstahl versucht (un.Ans.zu § 242 erf.)	<ul style="list-style-type: none"> <li><b>Fall 2</b> §§ 242 I, II, 22, 23 I iVm § 243 I 2 (nicht mehr strittig)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li><b>Fall 4</b> <b>BGH:</b> §§ 242 I, II, 22, 23 I iVm § 243 I 2 <b>hL:</b> §§ 242 I, II, 22, 23 I</li> </ul>

In den Fällen 2 und 4 kommt eine Versuchsstrafbarkeit selbstverständlich nur in Betracht, wenn man auch zu dem Grundtatbestand des § 242 unmittelbar angesetzt hat.

### **Unstrittig sind die Fälle 1 und 2:**

Die Fälle 1 und 2 sind nicht strittig! Sofern das RB voll verwirklicht ist, tritt selbstverständlich die Indizwirkung ein, so dass im Fall 1 ein vollendeter Diebstahl in einem besonders schweren Fall, im Fall 2 ein versuchter Diebstahl in einem besonders schweren Fall vorliegt.

Beispiel Fall 1: T bricht die Kellertür eines Geschäftshauses auf, und stiehlt wertvolle PCs.

Beispiel Fall 2: T will die Kellertür eines Geschäftshauses aufbrechen, um wertvolle PCs zu stehlen. Er bricht die Tür auf, wird dann aber von der Polizei gestellt, als er gerade die PCs entwenden will.

### **Umstritten ist Fall 4 und war Fall 3:**

Beispiel Fall 3: T will ein KfZ aufbrechen, um einen wertvollen PC zu stehlen, welcher gut sichtbar auf dem Beifahrersitz liegt und setzt das Brecheisen an. Da die Autotür aber zu seiner Verwunderung geöffnet ist, kann er ohne den PC ohne ein „Aufbrechen“ stehlen.

Beispiel Fall 4: T will ein KfZ aufbrechen, um einen wertvollen PC zu stehlen, welcher gut sichtbar auf dem Beifahrersitz liegt. Als er gerade mit den Brecheisen ausholt, um das Fenster an der Beifahrerseite einzuschlagen und sogleich den PC zu entwenden, wird er von der Polizei festgenommen.

#### **Generelle Lösungsansätze für den Fall 4:**

##### **BGH : Indizwirkung des § 243 (+)**

- > Regelbeispiele sind „tatbestandsähnlich“.
- > Grundlage der Strafzumessung ist Schuld des Täters: Diese spiegelt sich im Tatentschluss wider.
- > historisch: Gesetzgeber hat durch Umwandlung des § 243 von Qualifikation zu Regelbeispielen Reichweite des § 243 nicht einschränken wollen.

##### **hL: Indizwirkung des § 243 (-)**

- > Verstoß gegen Wortlaut und somit gegen Art. 103 II GG („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“)
- > Indizwirkung hängt von der Verwirklichung des Regelbeispiels ab.
- > Unterschied im Unwertgehalt zwischen Vollendung des Regelbsp. und dem bloßen Ansetzen würde eingeebnet.
- > Regelwirkung wäre auch bei Irrtum zu bejahen.

#### **Neue Rechtsprechung zum Fall 3:**

Bisher hat die Rechtsprechung den Fall 3 überwiegend wie den Fall 4 behandelt und Diebstahl in einem besonders schweren Fall bejaht (§ 242 iVm § 243) und damit die Indizwirkung der Strafzumessungsregelung eintreten lassen. Nunmehr hat der BGH jedoch entschieden, dass nur ein „einfacher“ Diebstahl (§ 242) vorliegt.

Widersprüchlich erscheint dabei, dass der BGH somit Fall 4 und Fall 3 unterschiedlich löst. Dies begründet der BGH jedoch überzeugend damit, dass bei einem versuchten § 242 eine Strafmilderung des Strafrahmens des § 243 gemäß §§ 23 II, 49 I stattfinden kann, so dass dies im Rahmen des Fall 4 berücksichtigt werden kann. Im Fall 3 ist dies aufgrund des vollendeten § 242 nicht möglich, so dass eine Strafschärfung nach § 243 StGB ohne Milderungsmöglichkeit nicht interessengerecht erscheint, da dann unberücksichtigt bleibt, dass das Regelbeispiel nicht verwirklicht wurde.

**Aufbau:** Das Problem ist überzeugenderweise stets nach der Schuld anzusprechen, unabhängig ob man sich im Vollendungs- oder Versuchsaufbau befindet. Es ist zunächst ein „schlichter“ § 242 bzw. ein versuchter § 242 bis einschließlich der Schuld zu prüfen. Mit Ausnahme des Obersatzes darf die Problematik des § 243 bis nach der Schuld nicht auftauchen. § 243 ist nur eine Strafzumessungsregelung, kein Straftatbestand (Noch einmal: es gibt keinen versuchten § 243, sondern allenfalls einen versuchten § 242 in einem besonders schweren Fall). Nach der Schuld ist dann in den umstrittenen Fällen zu problematisieren, ob die Indizwirkung des Regelbeispiels und damit auch die Straferhöhung auch dann eintritt, wenn zum Regelbeispiel willentlich quasi nur „unmittelbar angesetzt“ wurde,

##### **(P) Geringwertigkeitsklausel des § 243 II**

Als Faustformel lässt sich für diese Regelung Folgendes sagen:

*§ 243 II greift nur, wenn die gestohlene Sache obj. geringwertig ist und der Tätersatz bei Erfüllung des RB's auf die Erlangung einer geringwertigen Sache gerichtet war.*

## **Im Einzelnen gilt es drei Konstellationen zu unterscheiden:**

-> Urspr. Vorsatz bzgl. geringwertiger Sache, Wegnahme hochwertiger Sache: Nach h.M. ist es für die Gesamtbeurteilung einer einheitlichen Tat unwesentlich, ob der Diebstahlsvorsatz zunächst auf bestimmte Objekte beschränkt war oder dahinging, alles „Stehlenswerte“ mitzunehmen. Daher in Fall der sog. *Vorsatzerweiterung* § 243 II (-).

-> Urspr. Vorsatz bzgl. hochwertiger Sache, Wegnahme einer geringwertigen Sache: Da hier z.Z. der Verwirklichung des RB's der Vorsatz auf eine hochwertige Sache bezogen war, greift § 243 II nicht ein (sog. *Vorsatzverengung*).

-> Endgültige Vorsatzausgabe: Richtet sich der Vorsatz bei Verwirkl. des RB's auf eine hochwertige Sache, wird von dieser Tat aber nach Verwirklichung des RB's Abstand genommen (Rücktritt!) und wird erst danach aufgr. eines *neuen Tatentschlusses* eine geringwertige Sache gestohlen, so greift § 243 I wegen der vorliegenden *wesentlichen Zäsur* im Geschehensablauf nicht, obwohl z.Z. der Verwirklichung des Regelbeispiels der Vorsatz auf eine hochwertige Sache gerichtet war!

### **Beachte: Konkurrenzverhältnis § 243 zu § 303**

Nach neuer BGH-Rspr. scheidet Gesetzeskonkurrenz aus, wenn § 303 bei konkreter Betrachtung von dem regelmäßigen Verlauf eines §§ 242, 243 I 2 Nr. 1,2 abweicht, von einem eigenständigen, nicht absorbiertem Unrechtsgehalt geprägt ist und sich deshalb nicht als sog. typische Begleitatt erweist. In diesem Fall ist § 52 StGB einschlägig.

## **B. § 244 StGB (Qualifikation)**

### **Aufbau:**

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Tatbestand § 242**

- a) obj. TB des § 242 StGB: Wegnahme einer fremden bewegl.Sache
- b) subj. TB bzgl. § 242
  - > Vorsatz
  - > Rechtswidrige Zueignungsabsicht

##### **2. Tatbestand § 244**

- b) obj. TB des § 244 StGB: Tathandlung nach 244 I Nr.1,2 oder 3,IV
- c) subj. TB bzgl. § 244: Vorsatz

#### **II. Rechtswidrigkeit**

#### **III. Schuld**

##### **1. Obj. Voraussetzungen**

- a) Abs.1 Nr.1a): Zum **Waffenbegriff** und zur **Definition des gefährlichen Werkzeuges** siehe Übersicht zum schweren Raub.

##### ***(P) Beisichführen***

*Beisichführen* durch mind. einen Tatbeteiligten (Täter, Mittäter oder Teilnehmer) beinhaltet eine *räumliche* und eine *zeitliche* Komponente: *Räumlich*

braucht der Täter die Waffe nicht am Körper zu tragen. Es genügt, wenn sie in Griffnähe ist. *Zeitlich* muss er sie nach h.M. zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Beendigung bei sich führen. Nach einer m.M. ist nur der Zeitraum zwischen Versuchsbeginn und Vollendung relevant, da ansonsten die Wertung des § 252 unterlaufen und gegen Art. 103 II GG verstoßen werde.

#### **(P) Berufswaffenträger**

**BGH:** Nr. 1a (+) arg.: Systematik § 244 I Nr. 1b StGB: Gebrauchsabsicht erforderlich; abstrakte Gefährlichkeit ist unabhängig von der Verwendung gegeben

**h.L.:** Nr. 1a (-) arg.: Berufswaffenträger darf nicht zum Vorwurf gemacht werden, gesetzl. zum Tragen von Waffen verpflichtet zu sein

**Kritik:** Berufswaffenträger sind erst recht verpflichtet, keine Straftaten zu begehen; i.Ü. ist Einsatz wg. berufl. Existenz im Einzelfall nicht unwahrscheinl.; auch ist Gebrauchsabsicht selten festzustellen

#### **b) Abs.1 Nr.1b): siehe Ausführungen zu § 250 StGB**

Beachte: IRd § 244 ist die Subsumtion der Scheinwaffe noch besser vertretbar als iRd § 250 I Nr.1b). Im Gegensatz zum Raub enthält der Diebstahl kein Nötigungselement, so dass auch das Beisichführen e. Scheinwaffe zu e. Unrechtserhöhung bzgl. des Grundtb führen kann.

#### **c) Abs.1 Nr.2:**

Der Begriff der Bande und insb. der Bandendiebstahl war sehr umstr. Neben den Fragen, wie viele Mitglieder für eine Bande notw. sind und ob es sich bei der Bandenmitgliedschaft um ein tat- o. täterbezogenes Merkmal handelt (Rspr.: § 28 II (+)), war insb. umstr., ob auch das Mitglied e. Bandendiebstahl begehen kann, das nicht selbst am Tatort anwesend ist.

Beachte zunächst: Diese Frage darf nicht mit dem Problem verwechselt werden, ob der nichthandelnde Bandenchef gem. §§ 242, 25 II bestraft werden kann! Dies ist eine Frage der Mittäterschaft, und nach h.M. ist der alles organisierende Bandenchef nach den Regeln der Mittäterschaft gem. §§ 242, 25 II zu bestrafen. Der **große Senat des BGH hat** schließlich die streitigen Fragen der Bandentäterschaft zumind. für die Rspr. geklärt (L&L 2001, 634 = NJW 2001, 2266):

-> Der Begriff der Bande setzt den Zusammenschluss von mind. **drei Personen** voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen. Ein „gefestigter Bandenwille“ o. ein „Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse“ ist nicht erford.. Bandenmitglied kann dabei auch der sein, dem nach der Bandenabrede nur eine Gehilfentätigkeit zufallen soll! Die Bande unterscheidet sich somit von der *Mittäterschaft* durch das Element der auf eine gewisse Dauer angelegten Verb. mehrerer Pers. zu zukünftiger gemeins. Deliktsbegehung. In Abgr. zur *kriminellen Vereinigung* muss keine Organisationsstruktur und kein verbindl. Gesamtwille vorliegen

-> Ein Mitglied einer Bande kann auch dann Täter eines Bandendiebstahls sein, wenn es zwar nicht an der Ausübung des Diebstahls unmittelbar beteiligt war, aber auf eine andere als täterschaftlichen Tatbeitrag zu bewertende Weise daran mitgewirkt hat.

-> § 244 I Nr.2 StGB setzt nicht voraus, dass wenigstens zwei Bandenmitglieder örtl. und zeitl. die Wegnahmehandlung zusammen begehen. Es reicht aus, wenn ein Bandenmitglied als Täter und ein anderes Bandenmitglied (evtl. auch nur als Gehilfe!) beim Diebstahl in irgendeiner Weise zusammenwirken. Die Wegnahmehandlung selbst kann auch durch eine ban-

denfremde Person ausgeführt werden, wenn im Übrigen zwei Mitglieder der aus zumind.3 Personen bestehenden Bande am Diebstahl mitwirken und mind. einen von ihnen die unmittelbare Tatausführung des Nichtmitglieds als Täter zuzurechnen ist!

#### **Merke: 3 – 2 – 1 – 0 – Formel**

Insgesamt müssen sich **3** Personen sich zu einer Bande zusammengeschlossen haben, von denen **2** in irgendeiner Form (Täterschaft oder Teilnahme) an der Tat beteiligt sind, zumindest **1** aber täterschaftlich beteiligt ist, am Tatort muss hingegen **kein** Bandenmitglied sein. Diese Formel ist lediglich eine gedankliche Orientierung, welche die Grundsätze der BGH-Rspr. zusammen fasst. In der Klausur darf sie so nicht genannt werden. Aber selbstverständlich sollten die Grundsätze der BGH-Rspr. als minimale Anforderungen an eine Bandenkonstellation iSd § 244/§ 250 StGB (orientiert an dieser Formel) dargestellt und darunter anhand des konkreten Sachverhaltes konkretisiert werden.

Nach der Rechtsprechung ist nur die Frage, noch nicht abschließend beantwortet, ob bei dem Merkmal „unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds...“ auch eine Anstiftung oder eine psychische Beihilfe ausreicht oder ob eine „tatsächliche“ Beihilfehandlung vorliegen muss. Hierfür könnte der Wortlaut „Mitwirkung“ sprechen („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“). Es ist damit wohl eine Tendenz zu letzterem erkennbar (bei der **3 – 2 – 1 – 0 – Formel** wäre das ein Problem, ob „**2**“ in irgendeiner Form (Täterschaft oder Teilnahme) tätig werden müssen.

**Beachte:** Es gibt zwei Fragen, welche zu trennen sind. Einmal ist zu klären, ob eine Bandenkonstellation iSd § 244/§ 250 StGB vorliegt. Eine andere Frage ist, wie die konkret Beteiligten zu bestrafen sind (dies hängt insbesondere von der Art der konkreten Beteiligung ab sowie nach hM von § 28 II StGB, nach dem nur derjenige nach § 244/§ 250 StGB bestraft werden kann, der Bandenmitglied ist

**Achtung:** Bei **§§ 260 I Nr.2, 260a und § 263 III/V** ist allerdings zu beachten, dass im Gegensatz zu § 244 I Nr.2 und § 250 I Nr.2 keine Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds am Tatort erforderlich ist! Hier gilt quasi **3 – 1 – 0!**

#### **d) Abs.1 Nr. 3, IV:**

Hierbei muss der Täter durch das Einbrechen unmittelbar in den Wohnraum gelangen. Nicht ausreichend ist nach BGH, wenn er in einen Geschäftsraum einbricht und von da ohne weitere Schutzvorrichtung in den Wohnraum gelangen kann (ggf. aber untauglicher Versuch, wenn der Täter meint, direkt in den Wohnraum zu gelangen). Ferner reicht es nicht aus, wenn man in einen Kellerraum oder den Treppenflur eines Mehrfamilienhauses gelangt (strenge Wertung von Art. 13 GG). Auch nach dem Tod der Bewohner behält ein abgeschlossener und überdachter Raum, der weiterhin voll funktionstüchtig als Unterkunft von Menschen dienen kann, seine Eigenschaft als Wohnung i.S.d. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB (BGH, Beschluss vom 22.01.2020 – 3 StR 526/19).

Betrifft der Wohnungseinbruchdiebstahl nach Absatz 1 Nummer 3 eine dauerhaft genutzte Privatwohnung, so ist die Strafe nach Absatz 4 nunmehr Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren. Damit wurde aufgrund von Art. 13 GG und der mit diesem Delikt einhergehenden Verunsicherung des Bestohlenen ein Verbrechenstatbestand geschaffen.

Achtung: § 243 gilt nicht für § 244! Vielmehr wird § 242 iVm 243 von § 244 im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt.

## **2. Subj. Voraussetzungen**

Bei allen drei Varianten ist Vorsatz (zumindest dolus eventualis) bzgl. der obj. Voraussetzungen notwendig.  
Bei Nr.1b ist zusätzlich die potenzielle Verwendungsabsicht erforderlich

## **C. § 244a StGB (Qualifikation)**

§ 244a ist gegenüber § 242 (i.V.m. § 243) u § 244 I Nr.1 o. 3 ein echter Qualifikationstb. Er ist daher aufgrund seiner Spezialität vorrangig zu prüfen. § 244a ist immer dann einschlägig, wenn eines der RB des § 243 I 2 ( die hier TBM sind !!!) oder der TB des § 244 I Nr.1, 3 im Wege des Bandendiebstahls erfüllt sind. Die Tat ist ein Verbrechen. Somit kann § 30 Anwendung finden.

Auch hier ist zwingend erforderlich, dass die Tat „unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds...“ erfolgt.

### **Aufbau:**

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Tatbestand § 242**

- a) obj. TB des § 242 StGB : Wegnahme einer fr. beweglichen Sache
- b) subj. TB bzgl. § 242
  - > Vorsatz
  - > Rechtswidrige Zueignungsabsicht

##### **2. Tatbestand § 244a**

- a) obj. TB des § 244a StGB
  - aa) Begehung als Mitglied einer Bande (wie bei § 244 I Nr. 2)
  - bb) unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds (wie bei § 244 I Nr. 2)
  - cc) des Weiteren alternativ
    - (1) obj. TB des § 244 I Nr. 1
    - (2) obj. TB des § 244 I Nr. 3
    - (3) Fall des § 243 I 2 Nr. 1 – 7 (Achtung hier werden die RB aufgrund des Verweises zu TBM)
- b) subj. TB bzgl. § 244a: Vorsatz

#### **II. Rechtswidrigkeit**

#### **III. Schuld**

**Aufbau:** Wie bei jeder Qualifikation besteht grds. eine Vermutung dafür mit dem schwersten Delikt und damit mit § 244a die Prüfung zu beginnen. Jedoch ist zu beachten, dass dies ggf. eine sehr lange Deliktsprüfung nach sich zieht. Deswegen kann es gerade bei § 244a sehr sinnvoll sein, zunächst §§ 242 iVm § 243 zu prüfen, dann § 244 I Nr. 2 und dann erst § 244a. Dabei kann man dann bei § 244a hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale nur noch auf die obige Prüfung verweisen.

## **D. Unterschlagung, § 246 StGB**

### **I. Aufbau**

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Obj. Tb**

- a) Fremde bewegliche Sache
- b) objektive Manifestation des Zueignungswillens (hM)

## 2. Subj. TB: dolus eventualis II. Rechtswidrigkeit / III. Schuld

### II. Probleme im Einzelnen

#### 1. Subsidiarität

§ 242 setzt im Gegensatz zu § 246 einen Gewahrsamsbruch voraus. § 246 StGB ist damit unstreitig subsidiär, wenn § 242 StGB zum Tragen kommt. Ferner ist auch die Subsidiarität gegenüber anderen Zueignungsdelikten nicht streitig. Umstritten ist hingegen, ob die Subsidiarität auch gegenüber anderen Delikten greift. Nach wohl **h.L.** greift die Subsidiarität insbesondere aufgrund der historischen Auslegung nur gegenüber Zueignungsdelikten. Nach dem **BGH** folgt aus dem Wortlaut als Auslegungsgrenze („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“), dass die Subsidiarität gegenüber allen Delikten greift. Hierfür spricht der Vergleich mit anderen Subsidiaritätsklauseln, bei denen dies explizit geregelt ist.

#### 2. Objektive Manifestation des Zueignungswillens

Unstrittig muss die Zueignung bei § 246 StGB ebenfalls auf An- und Enteignung gerichtet sein. Während dies jedoch bei § 242 StGB subjektiv als Zueignungsabsicht geprüft wird, ist dies nach heute ganz hM bei § 246 StGB objektiv zu bestimmen.

Nach der früher häufig vertretenen **Aneignungstheorie** muss die Aneignung schon vollzogen sein. Dies würde die Natur als Erfolgsdelikt herausstellen und schwierige Abgrenzungsfragen würden sich erübrigen. Aufgrund des späten Vollendungszeitpunkts hat sich diese Ansicht jedoch nicht durchgesetzt. Die **h.M. vertritt die Manifestationslehre**, wonach nur die Betätigung des auf Zueignung gerichteten Willens erforderlich. Nach einer Minderansicht, der sog. **weiten Manifestationslehre**, schließt die Mehrdeutigkeit von Handlungen die Zueignung und damit die Vollendung nicht aus. Diese Ansicht möchte potenzielle Strafbarkeitslücken vermeiden. Aufgrund von Bedenken im Hinblick auf Art. 103 II GG vertritt die hM jedoch die „**Enge Manifestationslehre**“, welche eine Eindeutigkeit des Handelns aus Sicht eines objektiven Dritten fordert.

Nach hM muss der Wille der Zueignung somit nach außen treten. Zueignung bedeutet „se ut dominum genere“, sich also zum Eigentümer aufschwingen. Dies muss eindeutig nach außen treten. Was sehr kompliziert klingt ist es damit nicht. Die objektive Manifestation des Zueignungswillens ist gegeben (und damit die Unterschlagung vollendet) wenn ein objektiver Dritter erkennt, dass der Täter eine Handlung vornimmt, die nur dem Eigentümer zusteht. Dies ist noch nicht bei ambivalenten oder auch dereliktions-ähnlichen Handlungen wie Zerstören, Wegwerfen, Wegstellen, Stehen- und Liegenlassen gegeben, hingegen bspw. zu bejahen bei Verbrauch, Veräußerung, Verarbeitung, längerem Gebrauch verbunden mit Gebrauchsminderung, Nichtherausgabe der Sache. Umstritten ist dies bei Ablegnen des Besitzes.

#### 3. Problem Drittzueignung

Nach h.M. ist weder der Vollzug des Aneignungsaktes durch den Dritten noch das Einverständnis des Dritten mit der Zueignung erforderlich

#### 4. Wiederholte Zueignung

Umstritten ist, ob die wiederholte Zueignung durch den Täter den Tatbestand der Unterschlagung erfüllen kann, nachdem er sich diese bereits zugeeignet hat (Bsp.: Dieb bietet gestohlene Sache zum Verkauf an).



**Tatbestandslösung:** Nach dieser vornehmlich in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht ist der Tatbestand des § 246 schon nicht erfüllt. Eine Zweitzueignung sei schon begrifflich nicht möglich, da Zueignung ein einmaliger Vorgang zur Herstellung der Sachherrschaft ist. Ferner würden die §§ 257, 259 StGB abschließende Regelungen bilden.

**Konkurrenzlösung:** Nach dieser in der Literatur überwiegend vertretenen Ansicht ist die Zweitzueignung tatbestandlich § 246 StGB. Sofern die Ersttat jedoch nicht verjährt ist, würde diese den § 246 StGB als mitbestrafte Nachtat auf Konkurrenzebene (Fall der Konsumtion) verdrängen. Argument hierfür ist insbesondere, dass Strafbarkeitslücken bei Teilnehmern durch das Vorliegen einer vors. rw Haupttat vermieden werden können. Überzeugend erscheint die Tatbestandslösung, da durch die Konkurrenzlösung ein Unterlaufen der Verjährungsvorschriften droht, dass damit das Unrecht der Erst-Tat durch die weiteren Unterschlagungen quasi nie verjähren würde.

### **5. Veruntreuende Unterschlagung bei sittenwidrigen Geschäften**

**Anvertraut** in diesem Sinne ist eine Sache dann, wenn sie dem Täter von einem Dritten mit der Verpflichtung erlangt hat, sie zu einem bestimmten Zweck zu verwenden oder zurückzugeben. Dies stellt ein persönliches Merkmal im Sinne des § 28 II StGB dar.

Umstritten ist, ob dies bei sittenwidrigen Geschäften zum Tragen kommt. Eine Ansicht lehnt § 246 II StGB in diesen Fällen ab, da wegen der Sittenwidrigkeit keine Schutzbedürftigkeit des Opfers gegeben ist. Ferner spräche die Einheit der Rechtsordnung hierfür. Die **h.M.** bejaht hingegen § 246 II StGB, da ebenfalls besonderes Vertrauen enttäuscht wird und eine Einheit der Rechtsordnung nicht gegeben sei (vgl. Streit um den Vermögensbegriff beim Betrug). Jedoch sei § 246 II StGB nicht einschlägig, wenn bereits die Übergabe den Interessen des Eigentümers zuwider läuft.

## **E. Begünstigung, § 257 StGB**

### **I. Tatbestand**

#### **1. Objektiver Tatbestand**

§ 257 StGB regelt die sachliche Begünstigung, eine auf die Sicherung der Tatvorteile gerichtete nachträgliche Beihilfe, die dem Vortäter geleistet wird.

#### **a) rw Tat eines anderen**

Ähnlich wie bei § 259 StGB muss die Vortat des anderen vollendet sein („begangen hat“). Da die Beendigung der Vortat nicht erforderlich ist, stellt sich in diesem Zeitraum die schwierige Frage der Abgrenzung zur sukzessiven Beihilfe (bspw. §§ 242, 27 StGB).

Dies ist insbesondere von Bedeutung, wenn keine Vorteilsicherungsabsicht vorliegt, der Täter also aus anderen Gründen handelt.

**BGH:** Vorstellung und Willensrichtung des Gehilfen ist entscheidend. Hat der Täter die Vorteilsicherungsabsicht, so ist es § 257, ansonsten sukzessive Beihilfe

**hL:** nur § 257 StGB kommt in Betracht. Die sukzessive Beihilfe ohne Erfolgsverursachung ist abzulehnen, da die Vorteilsicherungsabsicht unterlaufen wird

#### **b) Hilfe leisten**

Nach hM fällt hierunter jede Handlung, die objektiv geeignet ist, dem Vortäter die aus der Vortat erlangten Vorteile gegen Entziehung zu sichern und

zugleich subjektiv mit dieser Tendenz vorgenommen wird“ (subjektive Tendenz fehlt insbesondere bei Maßnahmen der bloßen Sacherhaltung, z.B. Füttern der gestohlenen Tiere).

## **2. Subjektiver Tatbestand**

### **a) dol. ev. bzgl. aller obj. TBM**

### **b) Vorteilsicherungsabsicht zu Gunsten des Vortäters**

Vorteil muss zwar nach h.M. unmittelbar aus der rechtswidrigen Vortat stammen, so dass die Einbeziehung der Surrogate auch bei § 257 StGB Probleme bereitet.

Zumindest bei Geld ist sich der BGH mit der h.M. einig, dass eine Sachidentität nicht erforderlich ist. Denn § 257 StGB spricht nur von „Vorteilen“, nicht wie § 259 StGB von „Sachen“.

## **II./ III. Rechtswidrigkeit Schuld**

# **F. Hehlerei, § 259 StGB**

## **Aufbau**

### **I. Tatbestand**

#### **1. Obj. Tb**

a) Hehlereiobj.: Sache, die ein anderer aus e.rw Vermögenstat erlangt hat

b) Hehlereihandlung:

*ankaufen (1. Var.),*

*sich oder einem anderen verschaffen (2. Var.)*

*absetzen (3. Var.)*

*absetzen helfen (4. Var.)*

#### **2. Subj. Tb**

a) Vorsatz (dol. ev. bzgl. aller obj. TBM)

b) (Dritt-) Bereicherungsabsicht

### **II. Rw / III. Schuld**

## **I. Tatbestand**

### **1) Obj. Tb**

**Hehlereiobjekt:** Allein **Sachen** (körperl. Gegenstände) können Tatobjekt sein; gleichgültig ist, ob es sich um eine fremde, herrenlose oder eigene Sache des Täters handelt.

aus einer **rw Vermögenstat** erlangt:

Def.: Jede Tat, die unter Verletzung fremder Vermögensinteressen zu einem deliktischen Sacherwerb und dadurch zu einer rw Vermögenslage geführt hat. Tat muss obj. und subj. Tb eines Strafgesetzes verwirklicht und rw begangen worden sein

### **(P) Vollendung der Vortat**

Nach hM muss die Vortat zum ZP der Hehlerei bereits vollendet sein. Allerdings reicht „logische Sekunde“ aus, so dass beide Handlungen nahezu ineinander übergehen können. Bspw: durch Verkaufsofferte § 246 und damit Vollendung der Vortat.

Bsp: Verwalter eines Kraftstofflagers stellt die Zähleruhr ab (§ 246) und füllt seinem Bekannten so „preiswert“ den Tank auf (§ 259) („Tanklastzugfall“: BGH NJW 1959, 1377).

### **(P) Strafloze Ersatzhehlerei**

Es ist eine körperliche Identität zwischen erlangter und gehehlter Sache erforderlich. Nach dem eindeutigen Wortlaut muss diejenige Sache im Rahmen der Hehlerei verschoben werden, die selbst (unmittelbar) aus der rechtswidrigen Vermögensstraftat stammt („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“).

Die sog. **Ersatzhehlerei bleibt daher nach § 259 StGB straflos.**

Beachte: Wurde die durch die Vortat rw erlangte Sache durch ein Rechtsgeschäft in eine andere Sache getauscht, so ist immer zu prüfen, ob nicht dieses RG eine Straftat darstellt (zB § 263 StGB bei Verkauf gestohlener Sachen wg. § 935 I BGB), so dass die nun vorliegende Sache auch wieder direkt aus einer Straftat iSd § 259 stammt und Gegenstand der Hehlerei sein kann.

Umstr. ist, ob dies auch in Bezug auf Geld gilt. Aufgrund des § 935 II BGB stellt das Tauschen eines Geldscheins regelmäßig keine Straftat dar. Es fragt sich dann, ob an diesem nicht aus einer Straftat stammenden „Ersatzgeld“ eine ausnahmsweise strafbare Ersatzhehlerei möglich ist:

Nach hM liegt auch bei Geld eine straflose Ersatzhehlerei vor. Die Gegenansicht (Wertsumentheorie) lässt sich nicht aus dem Wortlaut („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“) ableiten und würde auch – anderes als bei § 242 – auf eine verbotene Analogie zu Lasten des Täters hinauslaufen („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“).

**Weiterhin rw Vermögenslage** (ungeschriebenes TBM):

(-), wenn zwischenzeitlich (z.B. gem. § 950 BGB) unanfechtbarer Eigentumserwerb von Bestand erlangt wurde, da dann die Bemakelung der Sache entfällt.

### **Hehlerei-Handlungen:**

#### **(1) Ankaufen bzw. Sich-Verschaffen:**

Def.: Übernahme der tatsächlichen Verfügungsgewalt zu eigenen Zwecken im Wege des abgeleiteten Erwerbs und des einverständlichen Zusammenwirkens mit dem Vortäter.

Dabei muss Verfügungsgewalt in derart vorliegen, dass die Sache ihrem wirtschaftlichen Wert nach übernommen wird (vgl. die Zueignungsabsicht bei § 242); daran fehlt es bei der Übernahme der Sache zur Entsorgung und damit zur Vernichtung (vgl. BGH NStZ 1995, 544) ebenso, wie bei der bloßen Aufbewahrung, der Umarbeitung, dem bloßen Gebrauch als Entleiher oder Mieter und auch bei dem sog. Verkaufskommissionär, der die „bemakelte“ Sache für Rechnung des Vorbesitzers veräußern soll (aber evtl. Begehungsform des „Absetzens“).

Ausreichend ist aber die Annahme der Sache als Pfand oder Darlehen (BGH JR 1958, 466)!

Die Varianten 1. und 2. sind nicht erfüllt, wenn Sache dem Vortäter durch Zahlung eines Lösegeldes „abgekauft“ wird, um sie dem Berechtigten zurückzugeben, da in diesem Fall keine Aufrechterhaltung der rw Vermögenslage gegeben ist (nach aA ist § 259 nur (-), wenn der durch die Vortat Verletzte die Sache ohne Leugnung seines Eig. U. ohne weitere Aufwendungen zurückerhält).

Zur Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt kann auch mittelbarer Besitz ausreichen, wenn der mittelbare Besitzer entsprechende faktische

Einwirkungsmöglichkeiten hat. Hingegen liegt ein Sich-Verschaffen idR nicht vor, wenn sich der Vortäter ein Mitspracherecht bzgl. der Verwertung der bemakelten Sache vorbehält.

### **(P) Erwerb durch Betrug/Erpressung**

Uneinheitlich wird die Frage nach den Anforderungen an das einvernehmliche Zusammenwirken beantwortet, wenn sich der Erwerber die bemakelte Sache durch Betrug, Erpressung oder Nötigung verschafft (dieses Problem stellt sich auch beim Absetzen bzw. bei der Absatzhilfe):

**BGH/hM:** „Sich-verschaffen“ (-), da zumindest bei Erpressung/Nötigung besondere Gefährlichkeit fehle, die vom Hehler typischerweise dadurch ausgeht, dass er dem Dieb die gefahrlose Verwertung seiner Beute ermöglicht (ständiger Anreiz zur Begehung weiterer Taten schafft).

Problematisch erscheint der Fall, wenn der Hehler die Sache durch eine Täuschung und damit gleichzeitig durch Betrug erlangt. Der BGH bejaht inzwischen in diesem Fall den Betrug

Der BGH führt hierzu im Urteil vom 25. Juli 1996 (BGH 4 StR 202/96) noch aus: *„Das "Sich-Verschaffen" im Sinne des § 259 Abs. 1 StGB setzt das Erfordernis einverständlichen Zusammenwirkens voraus. Hieran fehlt es insbesondere, wenn der Täter dem Vortäter die Sache wegnimmt oder gegen dessen Willen weiter über sie verfügt.“*

Der BGH stellte jedoch im Urteil vom 10. Oktober 2018 (BGH 2 StR 564/17) dann klar: *„Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt § 259 Abs. 1 StGB in diesen und allen anderen Tatvarianten als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal einvernehmliches Handeln zwischen Hehler und Vortäter voraus. An dem zur Tatbestandserfüllung erforderlichen Einvernehmen fehlt es, wenn der Hehler die eigene Verfügungsgewalt über die Sache durch Wegnahme begründet oder dem Vortäter die Verfügungsgewalt über die Sache abnötigt; deshalb ist nicht wegen Hehlerei strafbar, wer die Verfügungsgewalt über die gestohlene Sache durch Nötigung des Vortäters herstellt. Das zur Erfüllung des Tatbestands der Hehlerei erforderliche einvernehmliche Handeln zwischen Vortäter und Hehler liegt jedoch auch in Fällen vor, in denen das Einverständnis des Vortäters auf einer Täuschung beruht. Hehlerei in der Variante des Sich-Verschaffens begeht daher auch derjenige, der die Verfügungsgewalt über die gestohlene Sache durch Betrug des Vortäters erlangt.“*

### **(2) Drittverschaffen**

Def.: Weiterleitung der Sache an einen Dritten im eigenen Interesse

Entscheidend ist, dass der Täter selbständig tätig wird und sich nicht dem Interesse des Vortäters (dann Absatzhilfe, s. u.) oder des die Sache erwerbenden Dritten (dann Beihilfe zum Sich-Verschaffen) unterordnet. Tatbestandsvariante des Drittverschaffens in der Praxis daher eher selten.

### **(3) Absetzen bzw. absetzen helfen**

Def.: Weiterverschieben der bemakelten Sache bzw. beim Absetzenthelfen:  
*Unterstützen eines anderen beim Weiterverschieben*

Dies kann erfolgen

-> durch selbständiges Handeln für eigene oder fremde Rechnung („Absetzen“), z.B. der Verkaufskommissionär.

-> durch unselbständige, weisungsabhängige Tätigkeit („Absatzhilfe“): Es handelt sich dabei um eine vertatbestandliche Beihilfehandlung um strafrechtliche Lücke zu schließen. Daher ist § 259 I 4. Alt StGB nur anwendbar, wenn die Unterstützungshandlung ansonsten straflos bliebe, das heißt bei Unterstützung des Vortäters bzw. des Zwischenhehlers (hat sich Sache bereits „verschafft“). Wird hingegen ein Absatzhelfer bei dessen Absatzhilfe ge-

holfen so ist dieser Gehilfe nach §§ 259, 27 StGB strafbar, da die Absatzhilfe eine beihilfefähige Haupttat ist.

#### **(P) Absatzerfolg zur Vollendung erforderlich?**

**BGH (bisher):** auf Absatz gerichtete Tätigkeit ausreichend, wenn dieses Bemühen um Absatz grds. geeignet ist, die rw Vermögenssituation zu vertiefen. Auch § 259 StGB a.F. setzte keinen Erfolg voraussetzte. Zudem sei diese Ansicht auch kriminalpolitisch erforderlich.

**hL und wohl auch der BGH nunmehr (siehe L&L 01/2014, S. 24):** Absatzerfolg notwendig; ansonsten liege Versuch vor. Begründet wird dies damit, dass auch für das „Sich-verschaffen“ unstr. ein Erfolg nötig sei (sog. Kehrseitenargument). Zudem wäre ansonsten der Bereich der Versuchsstrafbarkeit praktisch auf null reduziert. Auch sei eine Perpetuierung der rw Vermögenslage nur gegeben, wenn ein Absatzerfolg erzielt werde. Schließlich würde auch der Wortlaut („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“) eine solche Auslegung fordern (Art. 103 II GG). Dieser Ansicht hat sich jetzt zumindest der 3. Senat des BGH angeschlossen. Es ist zu erwarten, dass sich der BGH insgesamt nunmehr dieser Ansicht anschließen wird.

#### **(P) Absetzen an einem verdeckten Ermittler**

Hierbei liegt nach hM keine vollendete Hehlerei vor. Dies wird damit begründet, dass sich der Strafzweck der Hehlerei, nämlich das Aufrechterhalten der rechtswidrigen Vermögenslage nicht verwirklicht, da der verdeckte Ermittler die Rückgabe an den Berechtigten veranlassen wird. Da der Täter jedoch keine Kenntnis von der Identität des verdeckten Ermittlers hat, liegt selbstverständlich ein Versuch vor. Häufig wird dies Problem kombiniert mit der Problematik, ob ein Absatzerfolg erforderlich ist. Sofern es nicht zu einem Absatzerfolg gekommen ist, kann der oben aufgeführte Streit dahingestellt bleiben, da im Ergebnis auch die Rspr. jedenfalls vor dem Hintergrund des verdeckten Ermittlers zur Versuchsstrafbarkeit kommt.

#### **(P) Veräußerung an den durch die Vortat verletzten**

Ähnlich wie ein Sich-verschaffen nicht vorliegt, wenn die Sache in Besitz genommen wird, um sie dem Berechtigten zurückzugeben (vgl. oben), liegt auch kein Absetzen vor, wenn die Sache dadurch dem Berechtigten zurückgegeben werden soll, da auch hier keine Aufrechterhaltung der rw Vermögenslage gegeben ist.

## **2) Subj. Tb**

**a) Vorsatz:** zumindest dolus eventualis bzgl. aller obj. TBM, insb. bzgl. der rw Vortat.

**b) Bereicherungsabsicht:** Def.: Streben nach Gewinn in Gestalt eines geldwerten Vermögensvorteils für sich oder einen Dritten. Dolus directus 1. Grades erforderlich!

An einem solchen Vorteil fehlt es beim Erwerb gestohlener Sachen, die sich der Täter ohne Probleme zum gleichen Preis auf rechtmäßigem Wege hätte verschaffen können, wenn also ein wirt. nicht vorteilhafter Austausch von Leistungen vorliegt. Ausreichend ist aber hingegen schon, wenn der Täter mit der Sache den üblichen Geschäftsgewinn machen will.

Nach hM ist weder die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils erforderlich, noch muss Stoffgleichheit zwischen dem Hehlereiobjekt und dem erstrebten Vermögensvorteil vorliegen! Strafbar ist daher auch, wer aus einer rw Vortat stammendes Geld als Bezahlung einer bestehenden Schuld annimmt.

### **(P) ist eine Bereicherung zugunsten des Vortäters ausreichend?**

**BGH/hL:** nicht möglich und damit straflos! Dies folgt aus dem Wortlaut („jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG“), weil der dort als „andere“ bezeichnete Vortäter schwerlich zugleich Dritter sein kann. Zum anderen habe die typ. Gefährlichkeit der Hehlerei auch ihren Grund in dem verbreiteten Bereicherungsstreben Dritter, nicht des Vortäters.

Soll dem Vortäter ausschließlich der Besitz der rw erlangten Sache erhalten werden, so soll § 257 eingreifen (vgl. BGH NSTZ 1995, 595).

### **II. Rw, Schuld**

**III. Strafantrag** Gem. § 259 II gelten die §§ 247 und 248a entsprechend.

### **IV. Täterschaft/Teilnahme**

-> Täter/Mittäter der Vortat können keine Hehler sein (keine „anderen“)

-> Anstifter und Gehilfen der Vortat können nach ganz h.M. der Hehler sein (Tatmehrheit zur Vortatbeteiligung). Nur wenn es der Beteiligte von vornherein auf die Beute abgesehen hat, steht die Beteiligung nach der hM zur Hehlerei in Tateinheit. Nach aA soll, wenn es der Beteiligte von vornherein auf die Beute abgesehen hat, § 259 nicht anwendbar sein.

-> Der Vortäter kann zwar Anstifter zu § 259 sein, jedoch ist dies eine mitbestrafte Nachtat

### **V. Qualifikationen § 260, § 260a beachten**

Bei § 260 I Nr.2 ist allerdings zu beachten, dass im Gegensatz zu § 244 I Nr.2 und § 250 I Nr.2 keine Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds am Tatort erforderlich ist!

## **G. Geldwäsche § 261 StGB**

Schutzgut ist die inländische Rechtspflege, bei Abs.2 ferner das durch die Vortat verletzte Interesse. § 261 hat zum Zweck, das Einschleusen von Vermögensgegenständen aus organisierter Kriminalität in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf zum Zweck der Tarnung zu verhindern. Diese Gegenstände unterliegen nämlich dem Verfall und der Einziehung (§§ 73f StGB; siehe auch § 261 X).

### **I. Tatbestand**

#### **1. Obj. Tb**

**Vortat:** heute nur noch erforderlich, dass der Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat herrührt („Katalogtaten“ sind ebenso aufgegeben, wie dass die Delikte gewerbsmäßig oder vom Mitglied einer Bande iSd Nr.4 begangen sein müssen.)

**Tatobjekt:** Hier kommt nicht nur Geld, sondern jedes Rechtsobjekt in Betracht, das einen Vermögenswert darstellt (also auch Forderungen, Grundstücke und bewegliche Sachen).

**Herrühren:** sehr weit zu verstehen, so dass neben dem, was aus der Vortat als Lohn oder Entgelt erlangt ist, aber auch die producta sceleris sowie die der Einziehung unterliegenden sog. Beziehungsgegenstände, bemakelte Tatobjekte sind. Aber auch Surrogate dieser Gegenstände sollen erfasst sein, soweit ein „Vermögenszusammenhang noch identifizierbar“ ist.

**Abs.1:** Das Verbergen und Verschleiern der Herkunft beschreibt die typ. Fälle der Geldwäsche. Zweck dieser Handlungen ist es meist, den Gegenstand dem staatlichen Zugriff zu entziehen.

**Abs.2:** hier ist das Verheimlichen oder Verschleiern von Tatsachen, die dem Auffinden oder dem Ermitteln der Herkunft dienen, unter Strafe gestellt.

## **2. Subj. TB**

Es muss zumindest dolus eventualis bzgl. aller obj. TBM vorliegen. Dieser braucht sich jedoch nur auf die in der gesetzl. Bezeichnung der Tat zum Ausdruck gekommene soziale Sinnbedeutung zu erstrecken. Gegebenenfalls kann diesbzgl. auch ein Tatumstandsirrtum nach § 16 vorliegen.

Nach Abs. 6 genügt es auch, wenn der Täter leichtfertig verkennt, dass der Gegenstand aus einer in Abs.1 bezeichneten Straftat herrührt.

Achtung: Bzgl. aller übrigen Merkmale – also auch der Tathandlung nach Abs.1 und 2 und der Tatumstände im Übrigen – bleibt das Vorsatzerfordernis bestehen.

## **II. Rw und Schuld**

### **III. Regelbeispiel**

Abs. 5 enthält strafschärfende Regelbeispiele (nach der Schuld zu prüfen)

### **IV. Strafaufhebungsgrund**

Abs. 8 einen persönlichen Strafaufhebungsgrund.

### **Sonder-(P): Strafbarkeit von Strafverteidigern durch Honorarannahme (P) Spannungsfeld zw. Unschuldsvermutung des Mandanten sowie Recht auf Verteidigung und einer effektiven Strafverfolgung, Art. 12 GG**

Der BGH hat über einen solchen Fall entschieden und grds. die Strafbarkeit der Verteidiger bejaht (L&L 2001, 856 = NJW 2001, 2891). Dabei wurden folgende Argumente vorgebracht:

-> Sinn und Zweck des § 261 – die vollständige Isolation des Vortäters – gestatten eine solche Ausnahme nicht. Der Wahlverteidiger würde zur „legalen Geldwäscheeinrichtung“.

-> Art. 12 GG ist in Bezug auf die Verteidiger nicht verletzt. Kein Recht des Verteidigers auf Honorierung aus illegalen Mitteln. Keine Störung des Vertrauensverhältnisses durch Überprüfung der Herkunft

-> auch Recht des Betroffenen, einen Verteidiger seiner Wahl zu bestellen, nicht beeinträchtigt, da. Dieses Recht steht nur demjenigen zu, der über die hierfür nötigen legalen Mittel verfügt.

**Das Problem ist nunmehr in § 261 I S. 3 StGB abgemildert** („Wer als Strafverteidiger ein Honorar für seine Tätigkeit annimmt, handelt in den Fällen des Satzes 1 Nummer 3 und 4 nur dann vorsätzlich, wenn er zu dem Zeitpunkt der Annahme des Honorars sichere Kenntnis von dessen Herkunft hatte“).

## **H. Betrug, § 263 StGB**

Anmerkung: Die Betrugsprüfung sollte im Gutachten durch einen gut formulierten Obersatz eingeleitet werden. Dieser sollte enthalten, durch welche

Handlung die Täuschung verübt wird und wem gegenüber (Getäuschter = Verfügender), zu wessen Lasten (=Geschädigter) und zu wessen Gunsten (Begünstigter der rechtswidrigen Bereicherungsabsicht) der Betrug begangen wird.

### **Aufbau**

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Objektiver Tatbestand**

- a) Täuschung über Tatsachen
- b) dadurch Hervorrufen eines Irrtums
- c) dadurch Vermögensverfügung
- d) dadurch Vermögensschaden

##### **2. Subjektiver Tatbestand**

- a) Vorsatz
- b) Rechtswidrige (Dritt-) Bereicherungsabsicht
  - aa) (eigene oder Dritt-) Bereicherungsabsicht
  - bb) Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung
  - cc) Stoffgleichheit
- 3. ggf. Qualifikation § 263 V

#### **II. Rechtswidrigkeit / III. Schuld**

#### **IV. Regelbsp. § 263 III (nur relevant, wenn keine Qual. § 263 V vorliegt)**

### **I. Tatbestand**

#### **1. Obj. Tb**

**Wichtig:** Zwischen allen vier Tatbestandsmerkmalen (Täuschung über Tatsachen, Hervorrufen eines Irrtums, Vermögensverfügung, Vermögensschaden) muss ein Kausalzusammenhang bestehen!

#### **a) Täuschung über Tatsachen**

**Beachte:** Dies ist das einzige TBM was von dem Täter verwirklicht wird!

**Täuschung** ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen Menschen mit dem Ziel der Irreführung über Tatsachen.

**Tatsachen** sind Ereignisse oder Zustände der Gegenwart oder Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind.

Hier hat der Gesetzgeber eine Wertentscheidung getroffen, dass die Täuschung über Werturteile keine Strafbarkeit wegen Betruges rechtfertigt. Möglich ist eine Täuschung über vermeintliche Werturteile jedoch dann, wenn diese einen nachprüfbarer Tatsachenkern enthalten.

**Beachte:** In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der BGH neuerdings bei der Behauptung eines Anspruchs genau prüft, ob in dieser Behauptung auch ein Tatsachenkern steckt. Die Anspruchsbehauptung als solche muss also nicht zwangsläufig eine Täuschung über Tatsachen enthalten. In diesem Zusammenhang hat der BGH seine differenzierende Rechtsprechung zwischen Fehlbuchung und Fehlüberweisung aufgegeben. Die Vorlage eines Überweisungsträgers enthält heute weder im Fall einer Fehlbuchung und Fehlüberweisung die (konkludente) Behauptung einen Anspruch aus dem Girovertrag auf den Betrag zu haben.



Es kann über äußere Tatsachen (z.B. Herkunft, Alter, Beschaffenheit) und auch innere Tatsachen (z.B. Zahlungswilligkeit) getäuscht werden.

**Täuschungshandlung** kann zunächst jedes ausdrückliche Tun sein. Es kommt aber auch eine Täuschung durch schlüssiges Verhalten (konkludent) in Betracht, wobei jeweils nach der Verkehrsanschauung zu ermitteln ist, worin die stillschweigende Erklärung zu erblicken ist (z.B. wird bei einer Bestellung im Restaurant konkludent die spätere Zahlungsbereitschaft erklärt). Beachte hierzu auch die Entscheidung des BGH zu den rechnungsähnlichen Angebotsschreiben in L+L 01, 709 = NJW 01, 2187 = Täuschung (+) bei zielgerichtetem und planmäßigem Vorgehen.

Eine Täuschung ist auch **durch Unterlassen möglich**, soweit eine Garantienstellung besteht (vgl. L&L 2001, 179=NJW 2000, 3013). Eine solche Garantienstellung kann sich insb. aus Gesetz (z.B. § 666 BGB), Ingerenz oder aus einem vertraglich begründeten besonderen Vertrauensverhältnis (hier ist im Einzelfall zu prüfen, ob dieses Vertrauensverhältnis auch eine besondere Einstandspflicht begründet!) ergeben.

**Aufbauhinweis:** In diesem Fall sollten alle „Unterlassen-Probleme“ (z.B. Möglichkeit der Vornahme der Handlung, hypothetische Kausalität) an dieser Stelle dargestellt werden. Eine Umformung des Betrugstatbestand nach dem Aufbauschema eines unechten Unterlassensdelikts ist nicht erforderlich!

**Achtung:** Bevor eine Täuschung durch Unterlassen geprüft wird, ist zu prüfen, ob nicht eine Täuschung durch (konkludentes) aktives Tun vorliegt.

Jedoch besteht bei einer zu starken Ausweitung einer konkludenten Täuschung die Gefahr, dass man das Erfordernis einer Garantienstellung bei einem Täuschen durch Unterlassen und damit die Voraussetzung des § 13 StGB unterläuft. Dies ist auch die Problematik des sogenannten „Hoyzer-Falles“ (L&L 2007, S. 180f.) im Rahmen eines Sportwettenbetruges gewesen. Der BGH hat damals – stark kritisiert – bejaht, dass ein Täter bei Abgabe eines Sportwettsscheines in einem Wettbüro konkludent miterklärt, dass er den Spielausgang nicht manipuliert hat, indem er den Schiedsrichter bestochen hat. Meines Erachtens ist dies jedoch überzeugend, da dies einer Wette immanent ist. Ferner hat der BGH eine solche konkludente Täuschung auch bejaht, wenn der Täter eine Lebensversicherung abschließt in der Vorstellung zur Finanzierung einer Terror-Gruppe später in Ägypten seinen Tod mittels gefälschter Papiere zu fingieren und so die Versicherung zur Auszahlung zu veranlassen.

#### **b) Hervorrufen eines Irrtums**

Ein Irrtum ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen, die Gegenstand der Täuschung waren. Dieser muss erregt o. unterhalten (Fehlvorstellung bestärken oder deren Aufklärung verhindern oder erschweren) werden.

Bei **konkreten Zweifeln** schaden nicht, sofern es noch für möglich gehalten wird.

Ein **sachgedankliches Mitbewusstsein** (auch ständiges Begleitwissen genannt) genügt für die Annahme eines Irrtums, so dass dieser auch vorliegt, wenn das Opfer davon ausgeht, dass alles „schon in Ordnung ist“. Dieses Mitbewusstsein muss sich aber auf eine hinreichende Tatsachengrundlage stützen, die sich z.B. aus vorherigen Kontrollen (Bahnkontrolleure) oder der allgemeinen Lebenserfahrung (Kellner bzgl. Zahlungswilligkeit) ergeben kann. Kein Irrtum liegt hingegen vor, wenn sich das Opfer überhaupt keine Gedanken über den fraglichen Umstand macht (sog. ignorantia facti).

Nach neuer Rspr. des BGH (L&L 2012, S. 500) hat der zuständige Rechtspfleger bei Erlass des Mahnbescheides im zivilprozessualen Mahnverfahren ein sachgedankliches Mitbewusstsein, dass der Antragsteller keine nicht-bestehende Forderung behauptet, um sich so sittenwidrig einen Titel zu erschleichen. Konsequenterweise hat der BGH daher eine Strafbarkeit gem. § 263 StGB bejaht, wobei er im konkreten Fall (mit der Geschäftsführerin der Antragsgegnerin war abgesprochen, dass kein Widerspruch eingelegt wird) den Vermögensschaden und damit die Vollendung schon im Erlass des Mahnbescheides sah. Letzteres erscheint fraglich, da man mit diesen noch keinen vollstreckungsfähigen Titel erlangt hat.

Konsequenterweise bejaht der BGH (L&L 2014, S. 511) im elektronischen Mahnverfahren eine Strafbarkeit gem. § 263a I StGB.

#### **(P) Irrtumserregung bei garantierten Zahlungssystemen (Kreditkarten/EC-Karten bei Zahlung mit PIN/früher: Euroschecks)**

In diesen Fällen kann der Täter nicht über seine Zahlungsfähigkeit beim Einsatz der Karten täuschen. Aufgrund der Garantieerklärung der Ausstellerbank machen sich die Verkaufsstellen nämlich überhaupt keine Gedanken darüber, da dies ihnen letztlich egal ist. Diese Strafbarkeitslücke soll § 266b StGB schützen.

Selbstverständlich kann jedoch auch bei diesen Karten ein Betrug vorliegen, wenn der Täter über andere Umstände täuscht, bspw. bei gestohlenen Karten darüber, der Karteninhaber zu sein.

Des Weiteren kann der Täter völlig unproblematisch über seine Zahlungsfähigkeit täuschen und damit § 263 StGB verwirklichen, wenn er mit EC-Karte durch Unterschrift im Rahmen des Lastschriftverfahrens zahlt. In diesem Fall gibt es nämlich keine garantierte Zahlung, vielmehr wird die Lastschrift bei mangelnder Deckung von der kontoführenden Stelle nicht eingelöst.

#### **c) Vermögensverfügung:**

Def.: jedes (rechtliche oder tatsächliche) Tun, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.

Grundsätzlich erfordert die Vermögensverfügung nach ganz hM kein Verfügungsbewusstsein! Bei einem Sachbetrug, bei der die Vermögensverfügung in der Gewahrsamsübertragung (ggf. auch Übereignung) einer beweglichen Sache (sei es durch Weggabe des Opfers oder durch geduldete Wegnahme des Täters) besteht, ist ein Verfügungsbewusstsein jedoch zwingend erforderlich, da ansonsten eine Abgrenzung zum Gewahrsamsbruch des § 242 StGB nicht möglich ist. Hingegen ist bei einem Forderungsbetrug, bei welchem die Vermögensverfügung das Unterlassen der Geltendmachung einer Forderung darstellt, ein Verfügungsbewusstsein nicht erforderlich (und regelmäßig auch nicht gegeben).

Dabei darf die Vermögensverfügung durch Unterlassen (für die natürlich keine Garantenstellung erforderlich ist) nicht mit dem Täuschen durch Unterlassen verwechselt werden!

#### **(P) Abgrenzung Sachbetrug – Trickdiebstahl**

Ausgangspunkt dieser Problematik ist das Exklusivitätsverhältnis von Diebstahl und Betrug. Wie gerade dargelegt, setzt eine Vermögensverfügung beim Sachbetrug ein Verfügungsbewusstsein voraus. Entscheidend ist somit, ob das Opfer mit Bewusstsein, unmittelbar vermögensmindernd über den Gewahrsam an der Sache verfügt. Ist dies der Fall, so kann aufgrund des tatbestandsausschließenden Einverständnisses kein Gewahrsamsbruch vorliegen (!). Es ist daher im Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob sich das Opfer durch eine bewusste Vermögensverfügung selbst schädigt (→ Sachbetrug) oder der Täter sich durch die Täuschung nur die Wegnahme erleichtert hat

(→ Trickdiebstahl). Dabei ist auch das Kriterium der Unmittelbarkeit häufig entscheidend, da ein § 242 StGB als Fremdschädigungsdelikt vorliegt, wenn der Täter durch seine Täuschung letztlich nur eine sog. Gewahrsamslockerung und damit die Erleichterung seiner Wegnahme erreicht. In diesem Fall ist kein § 263 StGB gegeben.

#### → **Beschlagnahmefälle**

Fall: Täter gibt sich als Polizist aus und lässt sich angeblich gestohlenen Gegenstand zur notwendigen Beschlagnahme vom Opfer aushändigen.

Lösung: Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist hier die Freiwilligkeit der „Weggabe“.

Nach Rspr. kommt es auf eine freiwillige Vermögensverfügung iRd § 263 an, nach der Lit. auf ein tatbestandsausschliessendes Einverständnis im Rahmen des § 242. Letztlich kommen beide Ansichten zur Annahme des § 242. Mit der Lit. lässt sich das sehr gut damit begründen, dass ein tatbestandsausschliessendes Einverständnis zwar durch Täuschung erlangt werden kann, aber immer freiwillig zustande gekommen sein muss. Das ist hier gerade nicht der Fall, da das Opfer sich nur der vermeintlichen Staatsmacht beugt.

#### → **Gewahrsamslockerung**

Wird durch die Täuschung nur eine Gewahrsamslockerung erreicht und muss der Täter darüber hinaus noch eigenmächtig handeln, um den (gelockerten) Gewahrsam des Opfers zu brechen und neuen zu begründen, so führt die Einräumung des gelockerten Gewahrsams nicht unmittelbar(!) zur Vermögensminderung. Es liegt keine Vermögensverfügung, sondern eine Wegnahme vor.

#### → **Wechselgeldfälle**

Unter diesen Begriff fällt eine Vielzahl von Konstellationen, bei denen der Täter in einem Ladengeschäft nicht nur die Ware und das Wechselgeld, sondern durch sein trickreiches Vorgehen auch sein ursprünglich gezahltes Geld erlangt. Es gibt hier keine allgemein gültige Lösung. Vielmehr müssen im Einzelfall die zivilrechtlichen Übereignungstatbestände der §§ 929f. BGB und ggf. auch die §§ 946f. BGB genau untersucht werden, um festzustellen, ob ein bestehender Gewahrsam des Ladeninhabers gebrochen wurde oder dieser über das Geld oder die Ware verfügt hat.

#### → **Ladendiebstahl**

Schleust der Täter Gegenstände verdeckt im Einkaufswagen zur den Kassensbereich, so begeht er einen Diebstahl. Eine Vermögensverfügung der Kassiererin scheidet aus, da sich deren Verfügungsbewusstsein nur auf die auf dem Laufband liegenden, ordnungsgemäß verpackten Gegenstände bezieht. So ist auch die Annahme von § 252 möglich, wenn der Täter hinter dem Kassensbereich gegenüber einem Detektiv handgreiflich wird.

#### **(P) Abgrenzung Dreiecksbetrug – Diebstahl in mittelbarer Täterschaft**

Bei einem Betrug müssen zwar Getäuschter und Verfügender, nicht aber Verfügender und Geschädigter identisch sein. Da in solchen Fällen der Verfügende als Mittelsperson für die Schädigung des Dritten benutzt wird, kann aber auch eine Wegnahme in mittelb. T. in Betracht kommen. Es hängt daher von der Beziehung zwischen dem Verfügenden und dem Geschädigten ab, ob dessen Handeln dem Geschädigten als selbstschädigende Vermögensverfügung zugerechnet werden kann oder eine dem Täter über die Grds. der mittelbaren Täterschaft zurechenbare Wegnahme vorliegt.

**hM: Dreiecksbetrug (+), wenn ein besonderes Näheverhältnis** des Getäuschten und Verfügenden zum betroffenen Vermögensgegenstand des Geschädigten schon vor der Tat bestand, welches den Getäuschten in eine engere Beziehung zu **diesem Vermögensgegenstand** bringt als jeden Außenstehenden. Diese Theorie hat sich aus der sog. Lagertheorie entwickelt, welche vornehmlich früher vertreten wurde, jedoch die Schwäche hat, dass diese den Prozessbetrug nicht erklären kann. Der Richter hat zwar aufgrund seiner hoheitlichen Befugnis, über den Rechtsstreit zu verfügen, ein Näheverhältnis zu den Parteien, steht jedoch aufgrund seiner Neutralität nicht im Lager einer Partei.

Dabei muss der Verfügende aber gerade bzgl. des konkreten Gegenstandes eine Obhutsbeziehung haben, die ihn als Repräsentant des Sachherrn erscheinen lässt, und er muss sich subj. in den Grenzen seines Tätigkeitsbereiches halten wollen.

Beispiel: Will der Täter, verkleidet als Personal einer Reinigung, einen Pelzmantel abholen, so würde eine Herausgabe durch die Haushälterin, nicht aber durch den Gärtner den Anforderungen an dieses besondere Näheverhältnis genügen.

#### **(P) Prozessbetrug**

Beim Prozessbetrug unterliegt der Richter zB durch eine Falschaussage einem Irrtum. Dabei immer genau prüfen, wessen Täuschung (Partei/Zeuge) kausal für den Irrtum des Richters war und wie man evtl. die kausale Täuschung eines Zeugen dem Täter zurechnen (mittelbare Täterschaft oder Mitäterschaft) kann. Die Partei kann in aller Regel nicht kausal täuschen, weil der Richter nicht etwas glaubt, wenn der Kläger es behauptet. Anders kann diese nur sein, wenn es wie bei einem Versäumnisurteil auf die Schlüssigkeit des Klägervortrags ankommt.

Die Vermögensverfügung liegt in dem Erlass des Urteils. Geschädigter ist jedoch der Beklagte (nach hM wohl schon mit Erlass des Urteils und nicht erst mit Rechtskraft). Das erforderliche Näheverhältnis zwischen Richter und geschädigtem Beklagten besteht in der Befugnis des Richters kraft seiner hoheitlichen Stellung über den Rechtsstreit zu entscheiden.

#### **d) Vermögensschaden:**

Der Vermögensschaden ermittelt sich durch einen Vergleich der Vermögenslage vor und nach der Vermögensverfügung (sog. Gesamtsaldierung). Dabei ist in einem ersten Schritt zunächst zu prüfen, welche Vermögenspositionen das Vermögen verlassen haben. In einem zweiten Schritt ist dann zu überprüfen, ob eine Kompensation durch ein unmittelbar mit der Vermögensverfügung zusammenhängenden, wirtschaftlich gleichwertigem Äquivalent stattgefunden hat. Hierbei finden zivilrechtliche Ersatzansprüche keine Berücksichtigung (sog. reparatio damni). Berücksichtigt werden hier beim Eingehungsbetrug nur die Ansprüche, welche im Synallagma stehen bzw. beim Erfüllungsbertrag, welche im Rahmen dessen ausgetauscht werden.

Besteht nach einer solchen Gesamtsaldierung eine nachteilige Vermögensdifferenz, so liegt ein Vermögensschaden vor.

**Wichtig:** Der Betrug ist mit Eintritt des Vermögensschadens vollendet. Eine Bereicherung des Täters oder eines Dritten ist nicht erforderlich. Es ist ausreichend, dass die Täuschungshandlung in Bereicherungsabsicht ausgeführt wird.

Dabei ist beim sog. Eingehungsbetrug ein Vergleich der beiderseitigen Vertragsverpflichtungen ausschlaggebend. Dieser Betrug ist bereits mit der Ein-

gehung der vertraglichen Verpflichtung (= Vermögensverfügung und Vermögensschaden) vollendet. Hier wurde häufig von einer konkreten Vermögensgefährdung (vgl. unten) gesprochen, da ja noch keine Leistungen ausgetauscht wurden. Dies ist jedoch dogmatisch zumindest nach neuerer Rspr. und mE auch überzeugenderweise nicht zutreffend. Der bereits erfolgte Schaden liegt hier darin, dass die Leistung und die Gegenleistung aus dem Vertrag sich nicht entsprechen. Dies ist in letzter Zeit von dem BGH sehr oft bejaht worden, was letztlich den Vollendungszeitpunkt vorverlagert und damit auch einen Rücktritt ausschließt. So wurde im sogenannten „Hoyzer-Falles“ (Life & Law 2007, S.180f.) im Rahmen eines Sportwettenbetruges der Schaden mit Begründung des Wettvertrags bereits in dem sogenannten Quotenschaden gesehen, da bei einem manipulierten Fußballspiel, bei dem der Schiedsrichter „bestochen“ wurde, ein bestimmtes Ergebnis „herbeizupfeifen“ die Wettquote nicht mehr stimmt und damit Leistung und Gegenleistung aus dem Wettvertrag sich nicht mehr entsprechen (siehe hierzu auch L&L 2009 S. 606f.). Das BVerfG hat den Strafgerichten jedoch aufgelegt in einem Urteil ausreichend konkrete Feststellungen zu einem Vermögensschaden zu machen. Damit ist es heute wohl nicht mehr möglich einfach einen „Quotenschaden“ zu begründen, ohne festzustellen, wie dieser sich konkret zusammensetzt (hierzu lesenswert sog. „Al-Qaida-Fall“ L&L 2012 S. 224f.).

Der BGH hat daraufhin festgestellt, dass sofern der Vermögensschaden nicht bestimmt werden kann, nur eine Verurteilung wegen versuchten Betruges erfolgen darf.

Dies gilt auch beim sog. Anstellungsbetrag, bei dem im Einzelfall entschieden werden muss, ob die falschen Angaben zur Person und (fachlichen bzw. persönlichen) Qualifikation zu einem Vermögensschaden geführt haben (dazu lesen: BGH NJW 1999, 1485 – MfS-Mitarbeiter).

Beim sog. Erfüllungsbetrag ist ein Vergleich der geschuldeten mit der tatsächlich erbrachten Leistung anzustellen. Wichtig ist hier, dass die Täuschung gerade bei Erfüllung erfolgen muss. Der Schaden liegt hier darin, dass die geleistete Vermögensposition hinter der geschuldeten zurückbleibt.

Beachte: Schwierigkeiten bereiten hier die Fälle, in denen der Kaufgegenstand seinen Preis wert ist, ihm jedoch eine zugesicherte Eigenschaft fehlt und hierüber bei Vertragsschluss getäuscht wird (sog. unechter Erfüllungsbetrag). Ein Eingehungsbetrag liegt hier wegen der objektiven Gleichwertigkeit nicht vor. Bzgl. eines Erfüllungsbetruges ist fraglich, ob hierfür auf die Täuschung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt werden kann. Der BGH scheint hier einen Erfüllungsbetrag ablehnen zu wollen (BGHSt 16, 220), wenn die Täuschung bei Vertragsschluss erfolgt und nur weiter aufrechtgehalten wird. Cramer (in Schönke/ Schröder, § 263, Rdn. 137 m.w.N.) will hingegen mit guten Argumenten einen solchen bejahen.

### **(1) Kein Schutz der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit**

Ferner ist zu beachten, dass die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit (bspw. enttäuschte Gewinnerwartungen) gerade nicht von dem Vermögensschaden des § 263 StGB erfasst ist.

**(2) Problem der konkreten Vermögensgefährdung:** Auch eine konkrete Vermögensgefährdung kann schon einen Vermögensschaden darstellen, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtung bereits eine Verschlechterung der Vermögenslage eingetreten ist. Dies ist in den Fällen wichtig, wo die Verfü-

gung nur mittelbar zu einem Vermögensschaden führt, also durch weitere schädigende Handlungen (bspw.: Erschleichen der Ec-Karte und späteres Abheben).

### **(3) Problematik des Vermögensbegriffs**

Bei der Bestimmung des Vermögensschadens ist im Rahmen der Gesamtsaldierung zu berücksichtigen, dass sowohl bei einem Vermögensabfluss als auch im Rahmen einer möglichen Kompensation von Bedeutung sein kann, welche Vermögensposition überhaupt vom § 263 StGB umfasst sind. Der Begriff des Vermögens ist in diesem Zusammenhang umstr.:

**Juristischer Vermögensbegriff:** Diese veraltete Ansicht stellt umfasst nur Vermögensrechte und -pflichten, ohne Rücksicht auf ihren wirtschaftlichen Wert. Dies ist auch der Kritikpunkt, da Rechte auch wertlos sein können und eine rein tatsächliche Leistung hingegen nicht berücksichtigt wird. In der Klausur muss die Ansicht mE nicht mehr dargestellt werden.

### **Wirtschaftlicher Vermögensbegriff: Alle geldwerten Positionen.**

Nach dieser Ansicht sind auch widerrechtlich erlangte und aus nichtigen oder sittenwidrigen Geschäften hervorgegangene Vermögenspositionen geschützt (P kein rechtsfreier Raum im Ganovenmilieu, vgl. L&L 2001, 261=NJW 2001, 86; L&L 2002, 256 = NSTZ 2002, 33). Auch die Arbeitskraft als solche zählt hierzu (vgl. L&L 2001, 482=NJW 2001, 981).

**Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff:** Alle wirtschaftlichen Positionen, soweit sie den Schutz der Rechtsordnung genießen. Diese Ansicht wird mit der Einheitlichkeit der Rechtsordnung begründet. Es soll kein Wertungswiderspruch zwischen Zivil- und Strafrecht bestehen.

Anmerkung: grds. vertritt der BGH den wirtschaftlichen Vermögensbegriff, ergänzt und korrigiert ihn jedoch im Einzelfall durch normative Wertungen. Wichtigstes Beispiel für diese „normative Wertung“ war der Dirnenlohnfall (BGH JR 1988, 125). Hier ist nun jedoch zu beachten, dass nach der neuen rechtlichen Stellung durch das ProstG (BGBl. I 2001, S.3983) der Anspr. der Prostituierten auf Lohn rechtlich geschützt ist. Eine ähnliche Problematik besteht jedoch weiterhin im Rahmen von „Drogengeschäften“.

### **(4) Begründung eines normativen Schadens**

Ferner kann ein Schaden im Rahmen des § 263 StGB auch über eine Wertung, also „normativ“ begründet werden, dabei sind folgende Konstellation von Bedeutung:

#### **→ (P) Individueller Schadenseinschlag:**

Es gibt Fälle, in denen Leistung und Gegenleistung zwar obj. in einem wirt. Äquivalenzverhältnis zueinanderstehen, die Leistung aber speziell für die Zwecke des Betroffenen jedoch ungeeignet ist.

Der BGH hat dazu 3 Fallgruppen entwickelt:

→ Die angebotene Leistung ist für den Erwerber nicht (voll) zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck verwendbar (z.B. Computerzeitschrift für 90-Jährige).

→ Der Erwerber wird durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt (z.B. Kreditaufnahme).

→ Der Erwerber kann durch die eingegangene Verpflichtung nicht mehr über die für die ordnungsgemäße Erfüllung seiner Verbindlichkeiten unerlässlichen Mittel verfügen.

Anmerkung: Die 2. und 3. Gruppe wird von der Lit. kritisiert, da in diesen Fällen eine unbewusste Selbstschädigung fehle und die Unmittelbarkeit zw. Vfg und Schaden nicht gegeben sei.

→ **(P) Zweckverfehlungslehre:** Wird jemand durch Täuschung zu einer unentgeltlichen Leistung veranlasst, so liegt an sich eine bewusste Selbstschädigung vor. Es kann aber dennoch ein relevanter Vermögensschaden iSd § 263 angenommen werden, wenn mit der unentgeltlichen Leistung verbundene objektivierbare sozial relevante Zwecksetzungen enttäuscht wurde (zB Fälle des Bettelbetrugs).

→ **(P) Makeltheorie (immer ein Problem der Schadenskompensation):**

Fraglich ist hier, ob ein Schaden anzunehmen ist, wenn der Täter eine ihm nicht gehörende Sache veräußert und der über die Eigentumslage Getäuschte gutgläubig Eigentum erlangt (§§ 929 S.1, 932 BGB). Während die Rspr. früher in diesem „sittlichen Makel“ einen Schaden erblickte, nimmt sie heute einen Schaden zumindest bei deliktisch erlangten Sachen aufgrund des zu erwartenden Prozessrisikos an. Die hL hingegen stellt auf den Einzelfall ab und untersucht, ob ein über das allg. Maß gesteigertes Prozessrisiko vorliegt, was aufgrund der Beweislastregelung des § 935 II BGB oft zu verneinen sein wird.

Der BGH sieht aber schon dann einen Vermögensschaden, wenn der Besitz dem gutgläubigen Erwerber durch eine Beschlagnahme der Polizei quasi sicher zunächst abhandenkommt (auch wenn er diesen später wiedererlangt). In diesem Fall vermag der gutgläubige Erwerb nicht den durch die Vermögensverfügung entstandenen Schaden zu kompensieren.

## 2. Subj. Tatbestand

**a) Vorsatz:** (zumindest dolus ev.) muss sich auf alle 4 Tatbestandsmerkmale, inkl. des Kausalzusammenhangs, beziehen. Dabei ist genau zu prüfen, ob dieser Vorsatz gerade zum ZP der Tathandlung (also der Täuschung) bestand. Dies gilt insb. auch für die nun folgende Bereicherungsabsicht (z.B. (-), wenn der Entschluss, nicht zu bezahlen bei der SB-Tankstelle erst nach dem Tanken getroffen wird, vgl. zur Tank-Problematik OLG Köln L+L 2002, 474 = NJW 2002, 1059).

**b) Rechtswidrige (Dritt-) Bereicherungsabsicht:** dolus directus 1. Grades erforderlich, also Absicht, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen.

**Rechtswidrig:** Objektives Tatbestandsmerkmal, auf das sich der Vorsatz (zumind. dolus eventualis) beziehen muss. Die RW der Bereicherungsabsicht ist nicht gegeben, wenn der vom Betrug Begünstigte (Täter oder bei der Drittbereicherungsabsicht ein Dritter) einen einredefreien Anspruch auf die Leistung hat. (vgl. die Ausführungen zu § 242, wo es bei der RW der Zurechnungsabsicht ähnliche Probleme gibt. Siehe auch BGH L+L 2002, 754 = NSTZ-RR 2002, 214).

**Stoffgleichheit:** ungeschriebenes objektives Tatbestandsmerkmal. Das Merkmal resultiert daraus, dass § 263 (anders als etwa § 266) ein Vermögensverschiebungsdelikt ist. Vor diesem Hintergrund widerspricht es der Deliktsnatur, dass das Erstreben von rein mittelbaren Vorteilen zu einer Strafbarkeit nach § 263 StGB führt.

Def.: Der Vorteil muss Kehrseite des Schadens sein. Dabei muss der Vorteil ohne Umweg über eine andere Vermögensmasse unmittelbar aus dem Vermögen des Geschädigten dem Bereicherten zuwachsen.

Anmerkung: Die Stoffgleichheit ist regelmäßig ein Problem in den sog. Provisionsfällen:

Ein Provisionsvertreter dreht einer 90-Jährigen eine Computerzeitschrift an (individueller Schadenseinschlag!), um die Provision von dem Zeitschriftenverlag zu erlangen.

Hier ist der Vorteil des Vertreters (Provision) nicht Kehrseite des Schadens der alten Frau (Zahlung für ein unbrauchbares Zeitungsabo). Es liegt aber ein fremdnütziger Betrug durch den Vertreter zu Lasten der 90-Jährigen und zu Gunsten des Verlages vor. Insoweit liegt Stoffgleichheit vor und der Vertreter hat auch Drittbereicherungsabsicht zu Gunsten des Verlages, da der Vorteil des Verlages die Kehrseite des Schadens der alten Frau ist und der Vertreter die Bereicherung des Verlages als notwendiges Zwischenziel für die Erlangung seiner Provision benötigt. Über diese Argumentationslinie bejaht die hM die Drittbereicherungsabsicht zu Gunsten des Verlages. Angesichts des Wortlauts („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“) ist diese Argumentation jedoch fraglich.

Zudem liegt noch ein Betrug zu Gunsten des Vertreters und zu Lasten des Verlages vor, wenn der Vertreter die Provision mit der Täuschung von dem Verlag verlangt, dass ein wirksamer Vertrag mit der 90-Jährigen zu Stande gekommen sei.

**Beachte:** Ein vollendeter Betrug setzt nicht voraus, dass der Täter oder ein Dritter bereichert ist. Es muss nur die jeweilige Täuschungshandlung durch den Täter in der Absicht ausgeführt werden, sich oder einen Dritten zu bereichern. Der Betrug ist bereits mit dem Eintritt des Vermögensschadens beim Opfer vollendet.

### **III. Rechtswidrigkeit und Schuld**

### **IV. Regelbeispiele des § 263 III**

### **V. Strafverfolgungsvoraussetzungen/-hindernisse des § 263 IV**

**Achtung: § 263 V StGB ist eine Qualifikation und damit im TB zu prüfen!**

### **Exkurs § 265 StGB - Versicherungsmissbrauch**

Der sog. Versicherungsbetrug ist einfach ein § 263 StGB zu Lasten der Versicherung (immer als Dreiecksbetrug, da die Versicherung geschädigt ist, aber ein Sachbearbeiter verfügt). Davon zu unterscheiden ist der Versicherungsmissbrauch nach § 265 StGB, der von dem 263 StGB verdrängt wird (Subsidiarität). Bei diesem wird durch den Täter eine gegen Untergang, Beschädigung, Beeinträchtigung der Brauchbarkeit, Verlust oder Diebstahl versicherte Sache beschädigt, zerstört, in ihrer Brauchbarkeit beeinträchtigt, beiseite schafft oder einem anderen überlassen, um sich oder einem Dritten Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen.

Während ein Versicherungsbetrug erst mit der Auszahlung vollendet ist und erst mit dem Absender der Schadensanzeige an den Versicherer versucht wird (= unmittelbares Ansetzen), ist der § 265 StGB bereits mit der Tathandlung (Beschädigen des versicherten Gegenstandes, etc. ...) vollendet. Die Absicht, sich oder einem Dritten Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen, ist lediglich eine rein subjektive Komponente.



Als Tatobjekt kommen nach dem Wortlaut („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“) nur Gegenstände in Betracht, die selber gegen Untergang oder dergleichen versichert sind (also sog. Kaskoversicherungen). Sofern der Täter über eine Haftpflichtversicherung abrechnen möchte (welche immer nur Schäden ersetzt, welche die versicherte Person oder der versicherte Gegenstand an anderen Rechtsgütern verursacht), ist § 265 StGB nicht (!) einschlägig (aber idR klarstellend anzuprüfen).

## **I. Computerbetrug § 263a StGB**

### **Aufbau**

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Objektiver Tatbestand**

a) Tathandlung: Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs beeinflussen -> 4 Varianten möglich:

1. Var.: durch unrichtige Gestaltung des Programms
2. Var.: durch Verwendung unrichtiger / unvollständiger Daten
3. Var.: durch unbefugtes Verwenden von Daten
4. Var.: sonst durch unbefugte Einwirkung

b) Vermögensdisposition durch den Datenverarbeitungsvorgang

c) Unmittelbarer Vermögensnachteil

##### **2. Subjektiver Tatbestand**

a) Vorsatz

b) rw (Dritt-) Bereicherungsabsicht (wie bei § 263 StGB; inkl. Stoffgleichheit)

#### **II. Rechtswidrigkeit / III. Schuld**

### **Hinweis zu § 263 a:**

Neben § 263 ist immer auch der ihm verwandte § 263a StGB sehr prüfungsrelevant. Dies gilt umso mehr als nun der BGH sich in seiner neueren Rechtsprechung beim § 263a I 3. Var. (unbefugtes Verwenden von Daten) der sog. betrugsspezifischen Auslegung des TBM „unbefugt“ angeschlossen hat und dabei darauf abstellt, ob ein Mensch, der anstelle des Computers eine Prüfung vorgenommen hätte, durch das Täterhandeln getäuscht worden wäre (Früher war die subj. Auslegung herrschend).

### **(P) Meinungsstreit**

Nach wie vor sollte im ersten Examen der Streit dargestellt werden, wann ein „unbefugtes“ Verwenden bei § 263a I 3. Var. vorliegt.

mA: „Computerspezifische Auslegung“. Nach dieser Minderansicht liegt ist die Tathandlungen nur bei einer funktionswidrigen Bedienung, also vor allem bei klassischen Manipulationen des Computersystems zu bejahen.

aA: „subjektive Auslegung“. Die frühere Rechtsprechung stellte hingegen zur Bestimmung des unbefugten Verwendens auf den Willen des Automatenherstellers ab, was angesichts von Art. 103 II GG fragwürdig erscheint.

hM: „täuschungsgleiche/betrugsspezifischen Auslegung“. Die hM fordert ein täuschungsgleiches Verhalten. Dies erscheint angesichts der Tatsache völlig überzeugend, dass der § 263a StGB (nur) die Strafbarkeitslücke schließen soll, welche der § 263 StGB dahingehend hinterlässt, dass man keinen „Computer“ täuschen kann, § 263a StGB daher aber nicht weiter gehen sollte als § 263 StGB.

Die Frage dabei ist vor allem, wann ein täuschungsgleiches Verhalten vorliegt. Hierbei ist zu schauen, ob der Täter statt des Automaten eine natürliche Person hätte täuschen können, die genau das prüft, was der Automat prüft. Der entscheidende Aspekt ist dabei, ob eine natürliche Person sich

über den Umstand, über den getäuscht wird, überhaupt Gedanken machen würde. Es ist daher bei der Subsumtion eine Zwei-Schritt-Prüfung vorzunehmen. Zunächst ist zu schauen, über welche Tatsache der Täter täuscht und dann ist zu fragen, ob eine natürliche Person, die genau das prüft, was der Automat prüft, sich über diesen Umstand überhaupt Gedanken machen würde oder ob es der Person egal wäre.

#### **(P) EC-Karten-Fälle**

Das täuschungsgleiche Verhalten verneint der BGH für den Fall, in dem der berechnigte EC-Kartentinhaber bei einem Bankautomaten Geld abhebt, ohne zum Ausgleich des erlangten Betrages willens oder in der Lage zu sein (BGH L+L 2002, 386 = NJW 2002, 905, unbedingt lesen!!!). Zudem hat der BGH klargestellt, dass § 266b bei der missbräuchlichen Verwendung einer Scheckkarte als Codekarte an einem Geldautomaten durch den Berechnigten nur im sog. 3-Partner-System Anwendung findet (also, wenn bei einer fremden Bank abgehoben wird).

Bei den sog. EC-Kartenfällen bejaht der BGH § 263a I 3. Var. nach der täuschungsgleichen Anwendung, wenn die EC-Karte durch verbotenen Eigenmacht oder im Rahmen eines Betruges erlangt wurde. Bei der sog. Auftragsüberschreitung (Täter soll für das Opfer abheben, hebt aber einen höheren Betrag ab, den er für sich behält) oder bei dem Abheben mit der eigenen Karte verneint der BGH § 263a I 3. Var. StGB. Das OLG Köln ist hingegen noch enger und bejaht den § 263a I 3. Var. ausschließlich bei einer verbotenen Eigenmacht.

#### **(P) § 263a I 4. Var.**

Bei der § 263a I 4. Var. StGB hat der BGH bisher die subj. Auslegung vertreten. Dies erscheint nach der neueren Rspr. zu § 263a I 3. Var. fraglich.

In diesem Zusammenhang sollte unbedingt die Entscheidung des OLG Braunschweig L&L 08/S. 467f. nachgelesen werden, welche bei § 263a I 4. Var. StGB in einem Fall einer automatischen Tankstelle weiterhin die subj. Auslegung vertreten, was sehr fraglich erscheint.

#### **(P) Abgrenzung zu anderen Vermögensdelikten (insb. § 242 StGB)**

In letzter Zeit ist auch die Abgrenzung zu § 242 StGB von ausschlaggebender Bedeutung. Die **Rechtsprechung (OLG Hamm L&L 2014, S. 29f. - unbedingt lesen)** hat nunmehr klargestellt, dass die Manipulation des Datenverarbeitungsvorgangs iRd § 263a StGB **unmittelbar eine vermögensrelevante Disposition des Computers verursacht**. Die Vermögensminderung muss unmittelbar, dh ohne weitere Zwischenhandlungen des Täters, des Opfers oder eines Dritten durch den Datenverarbeitungsvorgang selbst eintreten. Daran fehlt es, wenn durch die Manipulation nur die Voraussetzungen für eine weitere vermögensmindernde Handlung geschaffen werden. In diesem Fall kommen dann nur andere Straftaten, wie vor allem § 242 StGB in Betracht.

## **J. Untreue § 266 StGB**

### **Aufbau**

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Objektiver Tatbestand**

###### **a) Tathandlung**

Missbrauchsalternative oder Treuebruchalternative

###### **b) Vermögensbetreuungspflicht**

bei der Treuebruch-Alt unstrittig erforderlich, bei der Missbrauchs-Alt. str.

### c) Unmittelbarer Vermögensnachteil

**2. Subjektiver Tatbestand** Dolus event. bzgl. aller obj. TBM ausreichend  
**II. Rechtswidrigkeit / III. Schuld**

**A. Allgemeines:** Geschütztes Rechtsgut ist das Vermögen. Es ist keine Bereicherungsabsicht erforderlich, so dass es sich nicht um ein Vermögensverschiebungsdelikt, sondern um ein Fremdschädigungsdelikt handelt. Der Versuch ist nicht strafbar! Die Tat ist vollendet mit dem Eintritt des Vermögensnachteils bzw. der schadensgleichen Vermögensgefährdung. Täter kann nur sein, wer in dem bes. Pflichtenverhältnis steht; § 266 ist daher ein Sonderdelikt, so dass Außenstehende nur als Teilnehmer in Betracht kommen (für sie gilt § 28 I StGB).

#### I. Tatbestand

##### 1. Obj. Tb

###### **Missbrauchs-Tatbestand (1. Alt.)**

Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis für fremdes Vermögen erforderlich! Die Befugnis, über fremdes Vermögen („fremd“ (+), wenn einem anderen an dem Vermögen die Zwecksetzungsbefugnis zukommt) zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, kann sich nach der Norm aus drei Aspekten herleiten:

Gesetz: Hier sind zu nennen: Vermögensfürsorgepflicht der Eltern (§ 1626 I 2 BGB); Vertretungsbefugnis des Vormundes (§ 1793 I 1 BGB), des Betreuers (§§ 1896ff BGB), des Pflegers (§ 1909 I BGB), des Testamentsvollstreckers (§§ 2205, 2216 BGB), des Insolvenzverwalters (§ 56 InsO) und des Gerichtsvollziehers (§§ 753, 814ff ZPO).

Behördlicher Auftrag: Erfasst sind nicht nur Sonderaufträge, sondern auch diejenigen, die dem Täter gewöhnlich bei der Ausübung seiner Dienste obliegen. Dabei muss die Verfügungsbefugnis rechtswirksam eingeräumt sein (wenn (-) evtl. Treuebruchtatbestand).

Rechtsgeschäft: Erfasst sind die Fälle der Vollmacht.

Beispiele: Vertretungsmacht nach §§ 164ff BGB, §§ 54ff, 125ff HGB; Verfügungsermächtigungen nach § 185 BGB; Prokura nach §§ 48ff HGB; Vertretungsmacht der gesellschaftlichen Organe nach z.B. §§ 35 I, 37 II GmbHG, 78, 82 AktG; Kassierer einer Bank.

Achtung: Auch der Alleingesellschafter einer Ein-Mann-GmbH ist geeigneter Täter, da das Gesellschaftsvermögen auch für ihn fremd iSd § 266 ist (BGHSt 34, 379 und NJW 00, 155).

###### **Missbrauch der Befugnis:**

**Kurzform: Handeln im Rahmen des rechtlichen Könnens (Außenverhältnis) unter Überschreitung des rechtlichen Dürfens (Innenverhältnis). Damit entspricht dies dem Missbrauch der Vertretungsmacht im Zivilrecht**

Wichtig: Das Rechtsgeschäft muss zivilrechtlich wirksam sein! Auch darf es sich nicht lediglich um eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht handeln. Auch Gutglaubensvorschriften sind für eine derartige Wirksamkeit nicht ausreichend (§§ 932ff BGB, § 366 II HGB). Selbstverständlich kann jedoch bei Unwirksamkeit der Treuebruch-Tatbestand in Betracht kommen.

**Ist der Vermögensinhaber mit der dem Handeln des Täters einverstanden, so liegt keine Pflichtverletzung iSd § 266 StGB vor.** Umstritten ist dabei, ob es sich hierbei tatsächlich um ein tatbestandsausschließendes Einverständnis (so die wohl hL) oder eine rechtfertigende Einwilligung (so

BGHSt 9, 203 (216)) handelt. Letztlich hat dieser Streit keine besonderen Auswirkungen, da auch nach der Lit. bei § 266 StGB für das Einverständnis (anders als sonst) Willensmängel beachtlich sind.

### **(P) Vermögensbetreuungspflicht auch für Missbrauchstatbestand?**

**h.M.:** fordert im Rahmen einer restriktiven Auslegung auch bei dem Missbrauchstatbestand eine Vermögensbetreuungspflicht. Ein Korrektiv sei hier schon deshalb nötig, weil ansonsten jeder zivilrechtliche Missbrauch der Vertretungsmacht strafrechtlich sanktioniert sei und dies gegen das ultima-ratio-Prinzip des Strafrechts verstoße (vgl. BGHSt 24, 386 (387)).

### **Treuebruch-Tatbestand (2. Alt.)**

**Beachte: Hier ist eine Vermögensbetreuungspflicht unstr. erforderlich!**

Diese Pflicht kann wie bei der 1. Var. aus Gesetz, behördlichem Auftrag oder Rechtsgeschäft resultieren. Sie kann sich aber auch aus einem sonstigem (tats.) Treueverhältnis ergeben. Grundlage für die Vermögensbetreuungspflicht ist ein fremdnützig typisiertes Schuldverhältnis, bei dem die Vermögensfürsorge als wesentliche Hauptpflicht und nicht nur beiläufige Pflicht einige Bedeutung hat und bei dem Pflichtigen eine gewisse Eigenverantwortlichkeit und Selbständigkeit zukommt (nicht ganz untergeordnete oder rein mechanische Tätigkeit) → **restr. Auslegung!**

**Bsp:** Der Kunde einer Bank hat gegenüber dieser keine Vermögensbetreuungspflicht. Insoweit ist auf die §§ 263a, 266b StGB abzustellen.

Der BGH nimmt hingegen den Treubruchtatbestand an, wenn ein Vermieter die Mietkaution vertragswidrig verwendet (BGHSt 41, 224). Dies ist aber sicherlich die Grenze dessen, wo man eine Vermögensbetreuungspflicht annehmen kann. In einer neueren Entscheidung hat der BGH dies auf Wohnraummietverhältnisse beschränkt (**siehe BGH L&L 08/S. 531f. – unbedingt lesen!!!**). Dies hat der BGH mit § 551 III BGB, der nur bei Wohnraummietverhältnissen gilt, dh bei gewerblichen Mietverhältnissen ist § 266 StGB mangels Vermögensbetreuungspflicht zu verneinen.

### **→ Verletzung dieser Pflicht**

Ausreichend ist jedes rechtliche oder tatsächliche Verhalten, wenn die dadurch bewirkte Pflichtverletzung im inneren Zusammenhang mit dem übertragenen Pflichtenkreis steht.

Dabei kommt auch ein Unterlassen in Betracht, wobei die Vermögensbetreuungspflicht ein Prüfen der Garantenstellung und Entsprechungsklausel des § 13 StGB entbehrlich macht.

### **Vermögensnachteil**

Der Begriff ist wie die Vermögensbeschädigung iSd § 263 zu verstehen. Demnach fehlt es an einem solchen Nachteil, wenn der eingetretene Verlust durch gleichzeitig erlangte Vorteile, die unmittelbar auf dem pflichtwidrigen Verhalten beruhen, wirtschaftlich voll ausgeglichen wird.

Grds. gilt auch hier, dass eine bloße Wiedergutmachung der durch die pflichtwidrige Handlung verursachten Nachteilszufügung nichts an der Tatbestandsverwirklichung ändert. Allerdings hat der BGH eine Nachteilszufügung verneint, wenn der zum Ausgleich gewillte Täter „eigene flüssige Mittel in entsprechender Höhe zum Einsatz ständig bereithält“ und auch fortwährend zahlungsbereit ist. Dies hat der BGH nunmehr auch in einer neueren Entscheidung bekräftigt (**siehe BGH L&L 08/S. 531f. – unbedingt lesen!!!**)

### **2. Subj. Tb:**

Der Täter muss zumind. mit dolus eventualis bzgl. der Pflichtverletzung und der Zufügung des Vermögensnachteils handeln. Hier werden von der Rspr.

gerade bei sog. Risikogeschäften und in Fällen, in denen es an einem eigensüchtigen Handeln fehlt, hohe Anforderungen gestellt. Vorsätzlich untreu handelt demnach nur, wer die ihm obliegende Vermögensbetreuungspf. kennt, ihr wissentlich und willentlich zuwiderhandelt und dabei voraussieht oder sich zumindest damit abfindet, dass er durch sein Verhalten dem anvertrauten Vermögen Schaden zufügt.

Geht man davon aus, dass sich ein Einv. des Vermögensinhabers tb-ausschl. auswirkt, so führt ein diesbzgl. Irrtum zum Vorsatzausschluss gem. § 16 I StGB. Nimmt man mit der Rspr. eine Einwilligung an, so wird bei einem Irrtum zumeist ein (vermeidbarer) Verbotsirrtum vorliegen.

**II. Rw:** Qualifiziert man das Einverständnis des Vermögensinhabers als rechtfertigende Einwilligung, so wäre sie an dieser Stelle zu erörtern. Ansonsten kann hier auch der rechtfertigende Notstand gem. § 34 StGB eine Rolle spielen.

### **III. Schuld**

### **IV. Regelbeispiel, §§ 266 II, 263 III StGB**

### **V. Antragserfordernis, §§ 266 II, 247, 248a StGB**

## **K. Kreditkartenmissbrauch § 266 b StGB**

### **I. Tatbestand**

#### **1. Objektiver Tatbestand**

##### **a) Täter = nur der berechtigte Karteninhaber (Sonderdelikt!)**

andere sind bzgl. § 266b StGB nur als Teilnehmer (§§ 26,27 StGB) zu bestrafen. Dabei ist die Strafe gem. §§ 28 I, 49 I StGB zu mildern.

##### **b) Scheckkarte oder Kreditkarte**

Die Alternative des Scheckkartenmissbrauchs läuft mittlerweile leer, da die Banken und Sparkassen das Euroschecksystem zum 31.12.2001 eingestellt haben, so dass die Vorschrift derzeit nur für den Kreditkartenmissbrauch einschlägig ist.

Erforderlich ist für die Kreditkarte nach hM ein typisches 3-Partner-System (z.B. American Express, Eurocard). Bei 2-Partner-Verhältnissen, wie bspw. „Kundenkarten“ wie Quelle-Card, Metro Card, etc. ist § 266b nicht einschlägig (aber § 263 StGB möglich!)

Umstritten ist, ob die EC-Karte, wenn mit der PIN bezahlt/abgehoben wird, unter § 266b subsumiert werden kann. Die EC-Karte heißt heute Electronic-Cash-Card und kann daher nicht mehr unter Scheckkarte subsumiert werden. Fraglich erscheint, ob die EC-Karte eine Kreditkarte ist. Das Problem ist, dass Kreditkarten ursprüngliche eine „Stundungsfunktion“ haben und daher quasi Kredit geben. Dies ist bei der EC-Karte nicht der Fall. Jedoch kann man Kreditkarte auch in dem Sinne einer „Garantie“ verstehen. Die Verkaufsstellen übereignen heute die Ware, weil sie aufgrund der Garantie sicher sind, dass die Ausstellerbank zahlt. Insofern macht die Karte den Inhaber „kreditwürdig“. In diesem Sinne wäre die EC-Karte dann eine „Kredit“-Karte. Für ein derartiges Verständnis spricht der Sinn und Zweck des § 266b StGB, jedoch erscheint der Wortlaut („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“) dabei zumindest problematisch.

### **c) Tathandlung**

Missbrauch der eingeräumten Verfügungsmacht durch Einsatz der Karte. Der Täter hält sich dabei aufgrund der Garantie im Außenverhältnis an das rechtliche Können, überschreitet jedoch im Innenverhältnis zum Kartenaussteller die Grenze seines rechtlichen Dürfens.

Der Inhaber der Karte ist in der Lage, die Kreditkartengesellschaft zu einer Zahlung an das Vertragsunternehmen in der entsprechenden Höhe zu verpflichten. Der Kreditkartenherausgeber muss sich dann die jeweiligen Beträge von dem Kreditkarteninhaber „zurückholen“, was i.d.R. durch eine – monatliche – Abbuchung von dessen Girokonto erfolgt.

### **d) Vermögensschaden**

Strittig ist hierbei vor allem, ob eine Vermögensgefährdung angesichts des Schutzzwecks der Vorschrift reicht. Der Schadenseintritt dürfte jedoch auch unabhängig von dem Aspekt der konkreten Vermögensgefährdung wohl bereits mit dem Zustandekommen des Garantievertrages vorliegen.

**2. Subjektiver Tatbestand:** dol. ev. bzgl. aller obj. TBM

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

### **L. Raub, § 249 StGB**

Der Raub ist ein sog. *zweiaktiges Delikt*. Er verbindet die Merkmale des Diebstahls mit einer qualifizierten Nötigung zu einem eigenständigen Delikt.

### **Aufbau:**

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Objektiver Tatbestand**

- a) Gewalt gegen eine Person oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben**
- b) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache**
- c) Gewalt/Drohung als Mittel zur Wegnahme(Finalität)**

##### **2. Subjektiver Tatbestand**

- a) Vorsatz bzgl. obj. Tb**
- b) rechtswidrige Zueignungsabsicht**

#### **II. Rechtswidrigkeit**

#### **III. Schuld**

## **Probleme im Einzelnen**

### **1. Objektiver Tatbestand**

#### **a) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache:**

Bezüglich dieser Merkmale besteht vollständige Kongruenz zu § 242, so dass auf die dortigen Ausführungen verwiesen wird.

Umstritten ist jedoch, ob in Abgrenzung zu §§ 253, 255 StGB eine äußerliche Wegnahme für § 249 erforderlich ist. Die Rspr. fordert dies. Nach der hL erfordert eine Wegnahme hingegen lediglich, dass das Opfer keine Restwahlmöglichkeit

sieht. Das äußere Erscheinungsbild ist nach der hL völlig irrelevant (lese zu dem Meinungsstreit die ausführliche Darstellung bei §§ 253, 255)

### **b) Gewalt gegen eine Person:**

Definition: Körperlich wirkender Zwang durch eine unmittelbare oder mittelbare Einwirkung auf einen anderen, die nach der Vorstellung des Täters dazu bestimmt und geeignet ist, einen tatsächlich geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden oder unmöglich zu machen (rein psychisch wirkender Zwang reicht nicht!).

Wichtig: Es bedarf nicht unbedingt einer „unmittelbaren Einwirkung auf den Körper“ des Opfers, auch die unmittelbare Einwirkung auf eine Sache kann ausreichend sein, wenn dieser sich nur mittelbar gegen eine Person richtet und bei der Person einen physisch wirkenden Zwang erzeugt (z.B. Einsperren durch Abschließen eines Raumes, dagegen nicht das Aussperren, um im Rauminnern die Wegnahme vollziehen zu können).

Die körperliche Zwangswirkung muss nicht unbedingt empfunden werden, so dass auch Gewalt gegen Schlafende oder Bewusstlose möglich ist (problematisch kann aber die Finalität sein, wenn es dem Täter nur darauf ankommt, das Opfer unbeobachtet an dunkler Stelle ausplündern zu können)

Keine Wegnahme mit Gewalt liegt vor, wenn nicht körperliche Kraftentfaltung, sondern List und Schnelligkeit das Tatbild prägen (z.B. Schnelles Greifen einer Handtasche, die aufgrund des Überraschungseffektes nur locker gehalten wurde; anders hingegen, wenn das Entreißen vom Opfer erwartet und daher die Tasche festgehalten wird).

### **c) Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben:**

Definition: Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluss hat oder zu haben vorgibt.

Abgrenzung zur Gewalt: Gerade in den Fällen des Bedrohens mit einer Waffe könnte man unter beide Tatbestandsmerkmale subsumieren.

Abgrenzungskriterium ist letztlich die Gegenwartigkeit: Während die Gewalt gegenwärtig sein muss, bezieht sich die Drohung auf die Zukunft (der Begriff der Drohung mit einer „gegenwärtigen Gefahr“ ist parallel zu § 34 StGB auszulegen, d.h. es bedarf einer Sachlage, die jederzeit – alsbald oder auch erst später zu einem ungewissen Zeitpunkt – in einen Schaden umschlagen kann).

Achtung: Gerade in den Fällen des Bedrohens mit einer Waffe, könnte tatbestandlich auch ein Sich-Bemächtigen iSd § 239a (Erlangung der physischen Herrschaft über den Körper des Opfers) angenommen werden. Hier dann aber die restriktive Auslegung des § 239a im 2-Pers.-Verhältnis darstellen und gegebenenfalls § 239a so schnell ablehnen!

Abgrenzung zur Warnung: Eine Warnung liegt vor, wenn jemand lediglich auf ein künftiges Übel aufmerksam macht, auf dessen Eintritt er gerade keinen Einfluss hat, und dies auch deutlich zum Ausdruck bringt.

Adressat der Gewalt oder der Drohung kann jeder sein, der nach der Vorstellung des Täters zum Schutz fremden Gewahrsams verpflichtet oder bereit ist (z.B. Nachtwächter oder Begleiter des zu Beraubenden).

### **d) Finalität: Gewalt oder Drohung als Mittel zur Ermöglichung der Wegnahme**

-> Keine Kausalität, aber Finalität („durch“)

-> Es muss nur ein subj. Finalzusammenhang iSd bestehen, dass die Gewalt/ Drohung nach der Vorstellung des Täters der Ermöglichung der Wegnahme dient.

-> Die Finalität ist vornehmlich etwas Subjektives! Jedoch hat sie insoweit eine objektive Komponente, dass nach Vollendung der Wegnahme kein qualifiziertes Nötigungsmittel mehr final eingesetzt werden kann.

-> entscheidend ist der Zeitpunkt des Einsatzes des Nötigungsmittels  
-> sehr lehrreiche Entscheidung BGH L&L 2014, S. 430

### **Problematisch ist das Vorliegen des Finalzusammenhangs in folgenden Fällen:**

Ausnutzen einer ohne Wegnahmevorsatz mit Gewalt geschaffenen Zwangslage reicht grds. nicht für die Annahme des Finalitätszusammenhangs aus (dann liegt nur § 242 vor, auch an § 243 I 2 Nr. 6 denken!). Dauert die Gewaltausübung jedoch noch während des Tatenschlusses zur Wegnahme an, so ist Finalität gegeben. Zudem kann selbst nach Abschluss der Gewalt der Täter z.B. durch sein einschüchterndes Auftreten zur Drohung übergehen.

#### **(P) „Raub durch Unterlassen“ (vgl. L&L 2004, 250=BGHSt 48, 365)**

Umstritten ist, ob der Finalzusammenhang auch in Verbindung mit einer Gewaltausübung durch Unterlassen gegeben sein kann. Examensrelevante Konstellation: Täter fesselt das Opfer zunächst mit anderer Zielrichtung, entwendet ihm dann unter Ausnutzung der zuvor von ihm selbst bewirkten Wehrlosigkeit Sachen

Rspr.: zur Wegnahme final eingesetzte Gewalt durch Unterlassen liegt vor, wenn der Täter als Garant pflichtwidrig die andauernde Wirkung des Nötigungsmittels nicht beseitigt und in den Dienst der Wegnahme stellt

M.M.: Gewalthandlung ist mit Fesselung etc. beendet, lediglich der Taterfolg setzt sich fort; wer aber nur im Bewusstsein wegnimmt, eine Zwangslage beseitigen zu müssen, kann nicht mit aktivem Gewalttäter gleichgesetzt werden (fehlende Modalitätenäquivalenz iSv § 13 I 2. HS)

## **2. Subj. Tb**

**a) Vorsatz bzgl. obj. Tb:** Zumindest dolus eventualis. Dass sich dieser Vorsatz auch auf die Finalität bezieht, versteht sich von selbst, da die Finalität gerade ein subj. Element darstellt, welches im obj. Tb zu prüfen ist, da es die beiden obj. Tatbestandsmerkmale Wegnahme – Gewalt/ Drohung miteinander verknüpft.

#### **b) rw Zueignungsabsicht:**

Es gelten keine Besonderheiten im Vergleich zu § 242, so dass sich alle dortigen Probleme auch hier stellen können. Diesen wichtigen Bereich daher noch einmal im Zusammenhang mit § 242 durcharbeiten.

## **3. ggf. § 250 oder § 251 StGB**

## **II. Rw, Schuld**

## **M. Räuberischer Diebstahl, § 252 StGB**

**Aufbau:**

### **I. Tatbestand**

#### **1. Objektiver Tatbestand**

##### **a) Geeignete Vortat § 242 (ggf. § 249)**



**b) auf frischer Tat betroffen**

**c) qualifiziertes Nötigungsmittel (wie beim Raub)**

## **2. Subjektiver Tatbestand**

**a) Vorsatz bzgl. des obj. TB**

**b) Besitzerhaltungsabsicht**

## **II. Rechtswidrigkeit**

## **III. Schuld**

# **Probleme im Einzelnen**

## **1. Objektiver Tatbestand**

### **a) Vortat:**

Nach dem Wortlaut des § 252 („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“) kommt als Vortat ausschließlich ein Diebstahl in Betracht. Da allerdings jeder Raub gem. §§ 249f. einen Diebstahl beinhaltet, letzterer nur im Rahmen der Konkurrenzen (und damit nur im Rahmen der Strafenbildung verdrängt wird), ist auch jeder Raub gem. §§ 249f. eine taugliche Vortat zu § 252 StGB.

### **(P) Kann der Diebesgehilfe Täter des 252 sein**

Sehr umstritten ist, ob der Teilnehmer (insbesondere der Diebesgehilfe) der Vortat Täter des § 252 StGB sein kann. Unstrittig kann es derjenige nicht, der nicht im Besitz der Beute ist. Schon nach dem Wortlaut des § 252 StGB („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“) muss der Täter des § 252 StGB handeln, „um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten“. Eine Drittbeuteerhaltungsabsicht sieht das Gesetz nicht (siehe hierzu bei der mittelbaren Täterschaft auch das Folgeproblem der nomativen mittelbaren Täterschaft). Sofern der Diebesgehilfe aber den Besitz hat, ist die Frage sehr strittig.

**BGH:** Es kann auch der Teilnehmer der Vortat, der im Besitz der Beute ist, Täter des § 252 StGB sein.

**hL:** § 252 StGB ist nach dem Sinn und Zweck ein Delikt was nur ein als Täter agierender Dieb begehen kann

Nach meinem Verständnis ist der BGH überzeugend, da der Sinn und Zweck der Norm den Teilnehmer der Vortat nicht ausschließt und der § 252 StGB nach dem Wortlaut nicht zwingend einen Täter der Vortat fordert.

### **b) Auf frischer Tat betroffen:**

Auf frischer Tat betroffen ist, wer alsbald nach Vollendung der Tat am Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe von einem anderen bemerkt – also sinnlich wahrgenommen wird. Derjenige, der den Täter antrifft, muss weder der Eigentümer der weggenommenen Sache sein noch muss er den Täter des Diebstahls als solchen wahrgenommen haben, sondern kann jeder sein, der nach der Ansicht des Täters bereit ist, die Beendigung der Tat zu verhindern.

Es ist aber auch möglich, dass die Beute des Diebstahls aufgrund der örtlichen Umstände (Sammeln der Diebesbeute durch den Dieb in einem Zugabteil, welcher nur für den Schaffner zugänglich ist) noch nicht endgültig gesichert ist, so dass der Diebstahl noch nicht beendet ist, aber dennoch der § 252 daran scheitert, dass die Diebstahls-Handlung zeitlich sehr weit zurück liegt und der Täter damit nicht mehr auf frischer Tat betroffen wird.

### **(P) Täter kommt dem Bemerkwerden zuvor**

Da das Gesetz unscharf nur von Betreffen, nicht von Bemerkten spricht, soll nach der h.M. ohne Überschreiten der Auslegungsgrenzen auch der Fall erfasst sein, dass der Täter, von einem anderen überrascht, dem unmittelbar bevorstehendem Betroffenwerden durch schnelles Zuschlagen zuvorkommt. Nach einer M.M. widerspricht eine solche Auslegung dem Wortlaut des § 252 („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“) und ist damit unzulässig.

### **c) Gewalt gegen eine Person / Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben:**

#### **-> Abgrenzung zum Raub**

**Wichtig:** Das Nötigungsmittel muss gerade **zwischen Vollendung und Beendigung** angewandt werden. Wendet der Täter vor Vollendung zur Ermöglichung der Wegnahme Nötigungsmittel an, so liegt § 249 StGB vor. Wendet er sie nach Beendigung an, so kommt § 240 evtl. iVm § 223f. in Betracht. Mit Einsatz der Nötigungsmittel ist § 252 vollendet. Die Beuteerhaltung muss nicht erfolgreich sein.

## **2. Subj. Tb**

### **a) Vorsatz:**

Bzgl. aller obj. Tatbestandsmerkmale zumindest dolus eventualis.

### **b) Besitzerhaltungsabsicht:**

dolus directus 1. Grades bzgl. der Erhaltung des gerade erlangten Besitzes. Braucht nicht die einzige Motivation für das Handeln des Täters zu sein. In der Praxis ist diese Voraussetzung zumeist nicht nachzuweisen. Die Einlassung des Beschuldigten, er habe bei dem Einsatz der Nötigungsmittel nur noch an die Flucht und nicht an die Tatbeute gedacht, ist regelmäßig nicht zu widerlegen. Dies gilt vor allem, wenn der Beschuldigte vor dem Einsatz der Nötigungsmittel die Tatbeute fallengelassen oder verloren hat. Ebenfalls ist allein aus der Feststellung, dass er die Beute nicht weg geschmissen hat nicht zu folgern, dass er in Besitzerhaltungsabsicht gehandelt hat, zumindest nicht, wenn er durch das Wegschmeißen quasi die Vortat eingestehen würde.

## **3. Qualifikationen**

Bei §§ 252 erfolgt die Bestrafung gleich dem Räuber, womit auch der Anwendungsbereich der Qualifikationen der §§ 250, 251 eröffnet ist. Jedoch muss der Täter bei Verwirklichung der Qualifikationen noch die Beuteerhaltungsabsicht haben!

### **(P) Kann der Teilnehmer der Vortat, der im Besitz der Beute ist, Täter des § 252 sein?**

Nach der h.M. ist dies ausgeschlossen, da es sich bei § 252 – ähnlich wie bei § 249 – um ein aus Diebstahls- und Nötigungselementen zusammengesetztes Delikt handelt. Daher kann auch nur (Mit-) Täter sein, wer beide Elemente täterschaftlich verwirklicht hat; die Besitzerhaltungsabsicht ist zudem eine verlängerte Zueignungsabsicht, die nur beim Täter der Vortat vorliegt.

## **V. Konkurrenzen**

Ein vorausgegangener Diebstahl wird im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt. Ein vorausgehender Raub hat hingegen Vorrang vor § 252. Nur wenn der räuberische Diebstahl – im Gegensatz zum vorausgegangenen Raub – qualifiziert ist (§§ 250, 251), geht er dem einfachen Raub vor (nach a.A. soll Tateinheitlich eine Nötigung hinzutreten, um die zweimalige Anwendung von Gewalt im Tenor klarzustellen).

## **N. Räuberische Erpressung, §§ 253, 255 StGB**

### **I. Tatbestand**

#### **1. Objektiver Tatbestand**

a) qualifiziertes Nötigungsmittel

b) Nötigungserfolg: Handeln, Dulden oder Unterlassen

(P) Vermögensverfügung erforderlich? hL: (+) / BGH: (-)

c) Unmittelbarer Vermögensnachteil

#### **2. Subjektiver Tatbestand**

a) Vorsatz

b) Rechtswidrige Bereicherungsabsicht

aa) (eigene oder Dritt-) Bereicherungsabsicht

bb) RW der beabsichtigten Bereicherung

cc) Stoffgleichheit

### **II. Rechtswidrigkeit**

### **III. Schuld**

### **Probleme im Einzelnen:**

#### **1. Objektiver Tatbestand**

##### **a) Gewalt gegen Personen/ Drohen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben:**

Die Gewalt oder Drohung kann sich auch gegen einen Dritten richten. Nach h.M. ist es in diesen Fällen nicht erforderlich, dass der Erpresste sich selbst an Leib oder Leben bedroht fühlt oder dass ein besonderes Näheverhältnis zwischen ihm und dem Bedrohten besteht. Es soll genügen, dass sich ihm selbst die entsprechende Bedrohung des Dritten als Übel darstellt (zu unterscheiden von der Konstellation der Dreieckerpressung, dazu unten!).

Der Drohung ist auch das Element der Täuschung immanent. Bei der Frage, ob bei einer Drohung durch Täuschung auch § 263 in Tateinheit vorliegen kann, ist zu differenzieren:

->Dient die Täuschung lediglich dazu, die Ausführbarkeit der Drohung vorzuspiegeln oder das in Aussicht gestellte Übel in einem besonders grellen Licht erscheinen zu lassen, so ist diese Täuschung durch die Bestrafung nach §§ 253, 255 mitabgegolten (der dogmatische Weg ist umstr.).

->In Ausnahmefällen kommt Tateinheit in Betracht, wenn die Drohung und Täuschung unabhängig von einander zur Motivation des Opfers beitragen (z.B.: Durch Drohung erlangte Hingabe von Sachen wird dadurch erträgli-

cher gemacht, dass deren – natürlich nicht geplante – Rückgabe in Aussicht gestellt wird).

Die Antwort auf die Frage, ob iRd der Gewalt auch vis absoluta tatbestandlich ist, hängt davon ab, ob man für §§ 253, 255 eine Vermögensverfügung verlangt (dann nämlich kann nur vis compulsiva erfasst sein). Dazu sogleich!

#### **b) Handeln, Dulden oder Unterlassen:**

Hierbei ist äußerst umstritten, ob dieses Handeln, Dulden oder Unterlassen eine **Vermögensverfügung** (Def.: jedes Tun, Dulden, Unterlassen, das sich unmittelbar (hier str.) vermögensmindernd auswirkt) darstellen muss.

Dies ist relevant für den Meinungsstreit um die Abgrenzung Raub von räuberischer Erpressung. Ausgangspunkt des Meinungsstreits ist die Frage, ob für die Erpressung eine **Vermögensverfügung** des Opfers erforderlich ist. Diese Streitigkeit besteht auch bei dem Grunddelikt des § 253 StGB. Ferner resultieren aus diesem Streit gänzlich unterschiedlichen Vorstellungen von Rspr. und Lit. bezüglich der Systematik der §§ 249f..

#### **BGH:**

Eine Vermögensverfügung ist nicht erforderlich, jedes Tun, Dulden oder Unterlassen ist ausreichend.

Es sind damit sowohl äußerliche Wegnahmen des Täters umfasst (Dulden bzw. Unterlassen des Opfers), als auch äußerliche Weggaben (Handeln des Opfers).

Bei einer äußerlichen Wegnahme, die nach dem BGH für § 249 StGB zwingend erforderlich ist, liegt damit regelmäßig **§§ 253, 255 StGB und gleichzeitig § 249 StGB** vor. § 249 StGB verdrängt in diesem Fall jedoch §§ 253, 255 StGB auf Konkurrenzebene (für die Strafenbildung relevant) als lex specialis. Bei einer äußeren Weggabe scheidet nach der Rspr. hingegen § 249 StGB aus und es kommt nur §§ 253,255 StGB in Betracht.

#### **HL:**

Eine Vermögensverfügung ist erforderlich. § 249 StGB und §§ 253, 255 StGB schließen sich damit wechselseitig aus.

Eine Vermögensverfügung kann nicht zugleich eine Wegnahme sein, da diese in diesem Fall an einem tatbestandsausschließenden Einverständnis scheitert.

Das Abgrenzungskriterium für die Tatbestände ist damit die Vermögensverfügung. Diese liegt vor, wenn das Opfer **nach seiner Vorstellung** eine **Restwahlmöglichkeit im Hinblick auf den Gewahrsamsverlust an der Sache** hat (der Täter also aus Opfersicht auf ein „Mitwirken“ des Opfers, sei es auch nur in Form eines Unterlassens des Opfers angewiesen ist). Hingegen liegt eine Wegnahme vor, wenn das Opfer meint, keine Restwahlmöglichkeit **im Hinblick auf den Gewahrsamsverlust an der Sache** zu haben.

Was äußerlich passiert ist völlig irrelevant.

#### **Aufbauhinweis:**

Dieses Problem kann sowohl beim Merkmal „Wegnahme“ innerhalb des § 249, als auch beim Merkmal „Handeln, Dulden oder Unterlassen“ bei §§ 253, 255 geprüft werden.

Bei Zeitproblemen bitte mit dem Tatbestand anfangen, welchen man am Ende bejahen möchte.

Achtung: Die Abgrenzungskriterien haben für Rspr. und hL ganz unterschiedliche Bedeutung: Für die Rspr. dienen sie nur der Entscheidung, ob der Auffangtatbestand des §§ 253, 255 oder die lex specialis des § 249 greift. Für die hL hat die Abgrenzung mitunter jedoch strafbegründende Auswirkung, da hier entschieden wird, welche der im Exklusivitätsverhältnis stehenden Normen anzuwenden ist, wobei gerade keine Rückgriffsmöglichkeit auf die andere Norm besteht!

Nach dem BGH spielt dabei die innere Vorstellung des BGH keinerlei Rolle. Die Abgrenzung erfolgt allein nach dem äußeren Erscheinungsbild. Dabei liegt in nahezu jedem Raub eine räuberische Erpressung. Etwas anderes kann nur ausnahmsweise gegeben sein, wenn die für den Raub erforderliche Finalität zwar gegeben ist, aber die im Rahmen von §§ 253, 255 erforderliche Kausalität nicht vorliegt (äußerst seltener Fall).

Hingegen spielt nach der hL das äußerliche Erscheinungsbild keinerlei Rolle. Auch wenn äußerlich eine Wegnahme vorliegt, kann selbstverständlich §§ 253, 255 nach der hL einschlägig sein. Wenn der Täter nämlich meint, eine Restwahlmöglichkeit zu haben, liegt die Vermögensverfügung in der Duldung der Wegnahme.

Beachte: nach dem BGH ist auch für den Grundtatbestand der Erpressung nach § 253 StGB keine Vermögensverfügung erforderlich. Diese unterscheidet sich von der räuberischen Erpressung nur durch den Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels des § 255. Bei § 253 StGB ist der Streit Vermögensverfügung jedoch nahezu nie relevant, da eine solche nahezu immer besteht, da bei § 253 StGB nur mit einem empfindlichen Übel gedroht wird.

### **(P) Unmittelbarkeit der Vermögensverfügung**

Umstritten innerhalb der herrschenden Literatur ist, ob die Vermögensverfügung sich unmittelbar vermögensmindernd auswirken muss. Dies ist bspw. relevant, wenn der Täter von dem Opfer eine Zahlenkombination erpresst und mit dieser dann einen Safe öffnet, um Schmuck zu entwenden. Ein Teil der Literatur bejaht das Erfordernis der Unmittelbarkeit, wodurch in diesen Fällen die Frage relevant wird, ob eine konkrete Vermögensgefährdung als Schaden ausreicht. Dies wird überwiegend bejaht, so dass durch die Preisgabe des Codes (Vermögensverfügung) dann unmittelbar der Vermögensschaden in Form der konkreten Vermögensgefährdung eintritt und die räuberische Erpressung vollendet ist. Eine andere Ansicht sieht den Vermögensschaden erst in der Erlangung des Schmucks. Jedoch reicht dieser Ansicht bereits eine mittelbare Vermögensverfügung (Preisgabe des Verstecks), so dass auch hiernach eine räuberische Erpressung vorliegt, welche allerdings später vollendet ist. Der BGH geht hier bei einer späteren äußerlichen Wegnahme des Schmuckes von einem Raub aus (siehe auch unten beim Vermögensschaden). Dies ist nach der hL jedoch nicht möglich, da das Opfer eine Restwahlmöglichkeit hat und daher eine Vermögensverfügung und keine Wegnahme vorliegt.

### **(P) Dreieckerpressung**

Der Genötigte und der die vermögensschädigende Handlung, Duldung, Unterlassung unmittelbar Vornehmende müssen identisch sein, während der an seinem Vermögen Geschädigte davon personenverschieden sein kann. Nimmt man mit der Lit. an, dass die Erpressung eine Vermögensverfügung voraussetzt, so können die Grundsätze des Dreiecksbetrugs auf die Dreieckerpressung übertragen werden, d.h. es ist ein Näheverhältnis zwischen Genötigtem und geschädigtem Vermögensinhaber erforderlich („Lagertheorie“), damit die Verfügung dem Vermögensinhaber zugerechnet werden kann (nach a.A. ist wegen des Freikaufcharakters der Erpressung maßgeblich, ob Genötigter und Geschädigter eine Opfergemeinschaft in dem Sinne bilden, dass das Nötigungsmittel den Vermögensinhaber zu demselben vermögensschädigenden Verhalten veranlasst hätte). Auch die Rspr., die das Verfügungserfordernis nicht anerkennt, verlangt für eine Dreieckerpressung ein solches Näheverhältnis (BGHSt 41, 123 lesen!). Eine typische Dreieckskonstellation ist die qualifizierte Nötigung eines Bank- oder Ladenangestellten, der zugunsten des Täters über das Vermögen eines Dritten (Bank-/Geschäftsinhaber) verfügt.

### **c) Vermögensnachteil:**

Es besteht weitgehend Kongruenz mit dem Begriff des Vermögensschadens iSd § 263 StGB. Umstritten ist jedoch, ob eine konkrete Vermögensgefährdung ausreicht, was innerhalb der Literatur teilweise abgelehnt wird, von BGH jedoch grds. bejaht wird. Jedoch stellt nach dem BGH die bloße Preisgabe eines Versteckes oder einer Geheimzahl, mit deren Hilfe dem Täter sodann die geplante Wegnahme gelingt, kein Vermögensnachteil in diesem Sinne dar (L&L 2006, 192f. lesen!). So stellt nach dem BGH die erzwungene Preisgabe einer Zahlenkombination für einen Tresor für sich genommen jedenfalls dann noch keinen Vermögensschaden dar, sofern das Nötigungsmittel allein zur Ermöglichung der späteren Wegnahme eingesetzt wird und bis zu dieser fortlaufend andauert (dann § 249 StGB).

Beachte: Verteidigt der Täter nach Begehung eines Aneignungs- oder Bereicherungsdelikts die erlangte Sache durch Nötigung, so wird dadurch idR kein neuer Schaden i.S.d. §§ 253, 255 verursacht (nach a.A. wird der tatbestandliche vorliegende §§ 253, 255 als mitbestrafte Nachtat verdrängt), der über den bereits aus der Vortat erwachsenen hinausgeht (Stichwort: sog. Sicherungserpressung, vgl. BGH NJW 1984, 501). Der BGH hat jetzt in mehreren Entscheidungen die Sicherungserpressung mangels Vermögensschadens schon tatbestandlich abgelehnt. Neue und sehr interessante Entscheidungen in diesem Zusammenhang sind L&L 2011, S. 246f. und 805f..

## **2. Subj. Tb**

### **a) Vorsatz:**

Bezgl. aller obj. Tatbestandsmerkmale zumindest dolus eventualis.

### **b) rw (Dritt-)Bereicherungsabsicht:**

Es gilt das zu § 263 Gesagte entsprechend.

**Der BGH lehnt die RW der Bereicherungsabsicht ab, wenn der bestohlene Dieb einen Anspruch aus § 861 BGB hat gegen den Täter hat!**

### **c) Stoffgleichheit:**

Im Rahmen der Stoffgleichheit, die schon aus § 263 bekannt ist, kann es Probleme in den Fällen geben, in denen ein Gegenstand abgepresst wird, um

ihn als Pfand zur Durchsetzung einer Forderung zu verwenden. Nach dem BGH (StV 1999, 315; NSTZ 1988, 216) liegt hier keine Stoffgleichheit vor, da der Täter kein Interesse an der Nutzung der (Pfand-)Sache hat, die Nutzungsmöglichkeit aber die Kehrseite des Schadens des Erpressten sei (a.A. bspw. Bernsmann NJW 1982, 2214 (2217)).

### **3. Qualifikationen**

Bei §§ 253, 255 erfolgt die Bestrafung gleich dem Räuber, womit auch der Anwendungsbereich der Qualifikationen der §§ 250, 251 eröffnet ist.

#### **II. Rechtswidrigkeit**

Die RWK entfällt **erstens**, wenn ein RFG eingreift (erlaubte Tat ist nicht rw.), **zweitens**, wenn es sonst an der **Verwerflichkeit** der Anwendung von Gewalt oder der Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck fehlt (§ 253 II StGB; **Beachte:** Einsatz der Nötigungsmittel des § 255 StGB ist stets verwerflich!)

#### **III. Schuld**

### **Relevanz des Meinungsstreits um eine Vermögensverfügung bei §§253, 255/ Abgrenzung zu § 249 StGB**

Der Meinungsstreit muss im ersten Examen immer bei der Prüfung von § 249 oder §§ 253, 255 StGB dargestellt werden. Die Darstellung erfolgt entweder bei § 249 bei der Wegnahme oder bei §§ 253, 255 StGB bei der Frage, ob eine Vermögensverfügung erforderlich ist.

Mit welchem Tatbestand die Prüfung zu beginnen ist, ist nicht entscheidend. Da die meisten Studenten in der Strafrechtsklausur im ersten Staatsexamen ein Zeitproblem haben, erscheint es regelmäßig sinnvoll mit dem Tatbestand zu beginnen, welchen man im Ergebnis annehmen möchte.

Sofern die Ansichten nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist der Streit nicht zu entscheiden.

Kommen die Ansichten zu unterschiedlichen Ansichten, so ist der Streit immer zu entscheiden. In der Regel reicht es jedoch aus, den Streitentscheid kurz zu halten, da im Ergebnis der Strafraumen von § 249 und §§ 253, 255 identisch ist.

Ausführlich sollte der Streit nur dargestellt werden, wenn er sich wirklich relevant auswirkt. Folgende Fälle sind denkbar:

#### **1. Handeln ohne Zueignungsabsicht mit vis absoluta**

Bsp.: Täter entwendet gewaltsam ein Kraftfahrzeug ohne Zueignungsabsicht, d.h. er will dieses später zurückbringen, hat also keinen Vorsatz bzgl. dauerhafter Enteignung.

<b>Lösung nach BGH</b>	<b>Lösung nach h.L.</b>
§ 249 (-), da Zueignungsabsicht (-)	§ 249 (-), da Zueignungsabsicht (-)
§§ 253, 255 (+), da Verfügung nicht	§§ 253, 255 (-), da Vermögens-

erforderlich und § 255 lex generalis zu § 249 § 240 (+); § 248b (+) §§ 223ff. (+)	verfügung (-) § 240 (+); § 248b (+) §§ 223ff. (+)
---	---

## 2. Wegnahme der eigenen Sache

Bsp.: Pfandkehr, § 289, d.h. der Täter entwendet gewaltsam seine eigene bewegliche Sache, obwohl an ihr ein Vermieterpfandrecht durch Einbringung in die Wohnung gem. § 562 BGB entstanden ist und der Vermieter das Entfernen der Sache zu verhindern versucht.

Lösung nach BGH	Lösung nach h.L.
§ 249 (-), da fremde Sache (-) §§ 253, 255 (+), da Verfügung nicht erforderlich und § 255 lex generalis zu § 249 § 240 (+); § 289 (+) §§ 223ff. (+)	§ 249 (-), da fremde Sache (-) §§ 253, 255 (-), da Vermögensverfügung (-) § 240 (+); § 289 (+) §§ 223ff. (+)

## 3. Forderungserpressungen mit absoluter Gewalt

Bsp.: Der Täter schlägt das Opfer nieder, um dieses an der Geltendmachung seiner Forderung zu hindern.  
§ 249 StGB scheidet mangels tauglichen Tatobjekts aus.

Lösung nach BGH	Lösung nach h.L.
im abgenötigten Verzicht auf die Geltendmachung der Forderung kann ein nach §§ 253, 255 StGB relevantes Unterlassen liegen	lediglich § 240, ggf. auch § 223 StGB kommen in Frage; §§ 253, 255 StGB scheiden aus, da absolute Gewalt eine Willensbildung unmöglich macht und daher auch die geforderte Vermögensverfügung nicht vorliegen kann

## 4. teilweise relevant (anderer TB, aber gleiche Strafe)

Hier kann der Streitentscheid kurz gehalten werden!!!

### a) Äußeres Erscheinungsbild = Weggabe; Opfer meint aber keine Wahl zu haben

Bsp.: Der Räuber bedroht eine Passantin, die ihm ihre Handtasche in der Vorstellung aushändigt, dass der Räuber sich die Tasche so oder so gewaltsam genommen hätte.

Lösung nach BGH	Lösung nach h.L.
§ 249 (-), da nach äußerem Erscheinungsbild keine Wegnahme §§ 253, 255 (+), da Verfügung nicht erforderlich und § 255 lex generalis zu § 249 (der nicht greift) ist §§ 223ff. (+)	§§ 253, 255 (-), da Vermögensverfügung (-), denn das genötigte Opfer sieht seinen Gewahrsamsverlust nicht als von seinem Verhalten abhängig an § 249 (+) §§ 223ff. (+)

### b) Äußeres Erscheinungsbild = Wegnahme, Opfer meint aber eine Wahl zu haben

Bsp.: Der Räuber bedroht einen körperlich überlegenen Passanten und nimmt ihm das Portemonnaie aus der Tasche. Der Passant lässt dies ge-



schehen, obwohl er der Meinung ist, er könne es verhindern, weil er der Gefahr einer Eskalation vorbeugen will.

Lösung nach BGH	Lösung nach h.L.
§ 249 (+), da nach äußerem Erscheinungsbild Wegnahme §§ 253, 255 (+), da Verfügung nicht erforderlich, wird aber verdrängt da § 229 lex specialis gegenüber §§ 253, 255 ist §§ 223ff. (+)	§§ 253, 255 (+), da Vermögensverfügung (+), denn das genötigte Opfer sieht seinen Gewahrsamsverlust als von seinem Verhalten (Unterlassen) abhängig an § 249 (-), da keine Wegnahme §§ 223ff. (+)

### III. Relevanz der Abgrenzung im Rahmen anderer Straftatbestände

#### 1. Erpr. Menschenraub/Geiselnahme (§§ 239a, 239b StGB)

§ 239a StGB setzt die Absicht zu einer Erpressung iSv § 253 voraus. Bejaht man mit der Rspr. in den o.g. Streitfällen eine solche Erpressungsabsicht, kann – sofern der Sachverhalt überhaupt Anlass dazu gibt – § 239a StGB geprüft werden. Folgt man dagegen der Literaturansicht und verneint eine Erpressung, kommt im Hinblick auf die qualifizierte Nötigungsabsicht (beachte aber die Unterschiede zu den §§ 249f. StGB!) evtl. noch § 239b StGB in Betracht.

#### 2. Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (§ 316a StGB)

##### Beispiele:

- Der Täter nimmt dem Kraftfahrer das Fahrzeug bei einem verkehrsbedingten Halt mit absoluter Gewalt weg und maßt sich (ohne Zueignungsabsicht) dessen Gebrauch an.
- Der Täter nötigt einen Taxifahrer durch Anwendung von absoluter Gewalt dazu, auf die Geltendmachung seiner Forderung aus dem Beförderungsvertrag zu verzichten.

Bejaht man in den Beispielfällen mit der Rspr. eine räuberische Erpressung bzw. Absicht bzgl. einer räuberischen Erpressung (vgl. oben II.1 und 2), eröffnet sich die Möglichkeit, den § 316a StGB zu prüfen. Folgt man dagegen der Literaturabsicht, kommt man nicht zu den Problemen des § 316a StGB.

#### **(P) Qualifikationen von § 249 / § 252 / §§ 253, 255**

**Wichtig: Die Qualifikationen des § 250 StGB und die Erfolgsqualifikation des § 251 StGB sind auch für die räuberische Erpressung und den räuberischen Diebstahl anzuwenden.**

## **(A.) Schwerer Raub, räuberische Erpressung, räuberischer Diebstahl, § 250 StGB**

### **I. Probleme des Tatbestands des § 250 Abs. 1**

#### **Nr.1 a): Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges**

**Waffe = Gegenstand, der nach seiner obj. Beschaffenheit u. seinem Zustand zur Zeit der Tat bei bestimmungsgemäßer Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen!**

Grundsätzlich ist der Waffenbegriff des Strafrechts von dem des StGB zu unterscheiden. Jedoch bietet nach dem BGH die Begriffsbestimmungen des § 1 I, VII WaffG (geändert seit 01.04.2003) bieten dabei eine (S) „gewisse Orientierung“. „Maßgebend bleibt aber allein die Gefährlichkeit, die unabhängig von waffen-rechtlichen Verboten zu bestimmen ist.“ (BGH NJW 2003, 1677). Waffen i.S.d. WaffG sind auch Gegenstände, die zwar nicht ursprünglich für Angriffs- oder Verteidigungszwecke gg. Menschen bestimmt sind, wegen ihrer Beschaffenheit, Handhabung oder Wirkungsweise aber in großem Umfang tatsächlich für Angriffs- und Verteidigungszwecke verwendet werden und damit eine Gefährlichkeit aufweisen, die derjenigen vergleichbar ist, die von echten Waffen ausgeht.

**Achtung: Nach BGH (L&L 2014, S. 418) ist es nicht erforderlich, dass der Täter den Gegenstand mit zum Tatort bring, vielmehr ist es ausreichend, wenn er ihn dort wegnimmt.**

**§ 250 I Nr. 1a (und auch II Nr. 1) StGB ist nicht erfüllt bei ungeladenen echten Waffen, defekten Waffen sowie Attrappen und Spielzeugpistolen.**

(P) bleibt in diesen Fällen aber beim § 250 I Nr. 1b StGB unter den zusätzlichen **subjektiven** Voraussetzungen („um den Widerstand...“).

Hingegen liegt nach dem BGH eine Waffe sowohl bei einer (**geladenen**) **Gas-** und jetzt auch bei einer **Schreckschusspistole** vor, deren Explosionsdruck nach vorne austritt (BGH NJW 2003, 1677). Letzteres verwundert, da diese eher nicht bei bestimmungsgemäßer Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Insofern nahm man dies früher nur an, wenn diese in der unmittelbaren Nähe zum Körper eines anderen Menschen eingesetzt wurde. Der BGH bejaht jedoch die Waffeneigenschaft einer **Schreckschusspistole**, deren Explosionsdruck nach vorne austritt und begründet dies insb. mit der Orientierung am Waffengesetz. Damit hat der BGH aber mit der oben angeführten Definition gebrochen, da diese gerade nicht bei „bestimmungsgemäßer“ Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen, da die bestimmungsgemäße Verwendung des „Erschrecken“ darstellen dürfte. Hintergrund dieser Ausweitung des Waffenbegriffes dürfte die verfassungsrechtliche Problematik um die Unbestimmtheit des Begriffes des gefährlichen Werkzeugs sein.

#### **(P) „Anderes gefährliches Werkzeug“**

Konzeption des Gesetzgebers (Verweis auf § 224 I Nr. 2 StGB) ist verfehlt und systematisch widersprüchlich (da Einsatz bzw. Einsatzwille unnötig).

#### **Folgeproblem: Bestimmung des „gefährlichen Werkzeugs“ bei § 244 und § 250 I**

**->Als Lösung für dieses Problem werden verschiedene Ansätze vorgeschlagen:**

„**Subjektive Ansicht**“: entscheidend beabsichtigte konkrete Verwendung i.S. eines inneren Verwendungsvorbehalts / einer Gebrauchsabsicht  
arg.: Wille des Gesetzgebers, welcher die gleiche Auslegung wie bei § 224 I Nr. 2 StGB wollte.

contra: Kein Unterschied zu § 250 I Nr. 1b StGB, der gerade die Verwendungsabsicht fordert

„**Objektive Ansichten**“:

**Rspr (früher)**: „Neben obj. Beschaffenheit des Gegenstandes ist **generelle**, von der Tat losgelöste Bestimmung des Gegenstandes zur gefährlichen Verwendung seitens des Täters zu verlangen“. Dies beinhaltet jedoch auch eine subj. Komponente! (BGH NStZ 1999, 301/302 – war nicht entscheidungserheblich!!!).

Nach **OLG Braunschweig** gelte dies zumindest bei Gegenständen, die konstruktionsbedingt nicht zur Verletzung von Personen bestimmt sind (L&L 02, 609 = NJW 02, 1735).

**OLG Schleswig** (NStZ 2004 S. 213): (+), wenn Gegenstand objektiv geeignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen, und damit dem Täter die Möglichkeit bietet, ihn - etwa in einer bedrängten Situation - als Gewalt- oder Drohungsmittel einzusetzen. Keine **vorherige „Widmung“ erforderlich**.

**Achtung**: Der BGH ist nunmehr (Life&Law 11/2008) von seiner Einschätzung abgerückt und fordert keine generelle abstrakte Widmung mehr. Eine obj. Gefährlichkeit des Gegenstandes kann demnach ausreichen. Weiter hat der BGH die Problematik jedoch nicht eingegrenzt. Jedenfalls sein ein Taschenmesser mit einer nicht ganz unerheblichen Klingenlänge unabhängig von einer generell abstrakten Widmung aufgrund seiner obj. Gefährlichkeit ein gefährliches Werkzeug (entschieden für § 244 StGB!)

**In der Literatur vertretene Gesichtspunkte:**

-> Abstellen auf die **generelle** Geeignetheit; Abstellen auf die **potenzielle** Gefahr („Ist der Gegenstand typischerweise verletzungsg geeignet?“)

-> kann der Gegenstand in der konkreten Situation für den Täter **keine andere Verwendung** haben?

-> Werkzeuge, deren Eignung zur Zufügung erhebliche Verletzungen **ohne weiteres ersichtlich** sind und die in der konkreten Tatsituation keine andere Funktion haben können, als potenziell zu Verletzungszwecken eingesetzt zu werden.

-> Werkzeuge, die eine „**Waffenersatzfunktion**“ aufweisen, also die aufgrund ihres bes. **Risikopotenzials** nicht für jedermann frei verfügbar sind

-> Gegenstände, die nicht offensichtlich **zweckentfremdet** werden

**(P) Zeitpunkt des „Beisichführens“ bzw. „Verwendens“**

**BGH**: zwischen Versuchsbeginn und Beendigung (auch nach Vollendung, vgl. BGHSt 38, 295/297ff.)

**Dies könnte angesichts neuer Rspr. des BGHs zu der Verwirklichung von Qualifikationen in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung fraglich geworden sein (siehe unten)!**

**h.L.**: Konzeption des BGH verstößt gegen Art. 103 II GG, da nach Vollendung des Raubes das Merkmal „am Raub“ nicht mehr gegeben ist (so im Übrigen auch BGH NStZ 1987, 453f.).

**Beachte: Beendet sind Raub (und Diebstahl)**

→ wenn der Täter **sicheren** Gewahrsam erlangt hat oder  
→ wenn der Täter **vor** Erlangung von **sicherem** Gewahrsam den Gewahrsam an der Beute wieder verloren hat (sei es durch Eingreifen Dritter, sei es durch Preisgabe jenes Gewahrsams etwa zur Erleichterung der Flucht oder aus Enttäuschung über den geringen Wert, vgl. hierzu BGH NSTz 1996, 599).

### **Nr. 1b (P) Scheinwaffe**

Während § 242 kein Nötigungselement enthält, beinhaltet der § 249 schon die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, so dass sich fragt, ob das Drohen mit einer ungefährlichen Scheinwaffe ein gegenüber § 249 erhöhtes Unrecht darstellt. Dementsprechend forderte die Lit. bei der alten Fassung des § 250 I Nr. 2, gerade im Hinblick auf die hohe Strafdrohung von mind. 5 Jahren, auch eine restriktive Auslegung, die zum Ausschluss der Scheinwaffen führte.

Für die Auslegung der Neufassung ist aber zu berücksichtigen, dass sie nach dem Willen des Gesetzgebers ein Auffangtatbestand sein soll, der ausdrücklich auch Scheinwaffen erfassen soll. Zudem ist die Strafdrohung auf 3 Jahre reduziert und gerade in den Fällen, in denen das Opfer die Ungefährlichkeit der Waffe erkennt, wird idR von einem minder schweren Fall gem. Abs. 3 auszugehen sein.

Zudem sollen nach dem Willen des Gesetzgebers (BT-Drucks. 13/9064, S. 18) **offensichtlich ungefährliche Gegenstände** als Drohungsmittel (z.B. Plastikrohr unter der Jacke wird vom Täter als Pistole dargestellt; Labello-Stift wird dem Opfer in den Rücken gedrückt) nicht unter § 250 I Nr. 1 b) fallen, da hier die Täuschung des Opfers im Vordergrund steht.

### **Buchstabe c):**

Kein erfolgsqualifiziertes, sondern ein konkretes Gefährdungsdelikt, bei dem sich die konkrete Gefährdung auf eine schwere Gesundheitsbeschädigung beziehen muss. Diese liegt – anders als bei § 226 – schon vor, wenn der Betroffene in seiner psychischen oder physischen Stabilität oder in seiner Arbeitsfähigkeit nachhaltig beeinträchtigt wird.

Beachte: Diese schwere Gesundheitsbeschädigung muss nicht eintreten! Es reicht, wenn die konkrete Gefahr bestand, dass sie eintritt! Es muss ein Gefährdungsvorsatz (zumindest dol.eventualis) geben sein.

## **II. Probleme des Tatbestandes des § 250 Abs. 2 StGB**

### **Nr.1**

Es muss eine Waffe oder ein anderes obj. gefährliches Werkzeug verwendet werden, so dass Scheinwaffen hier ausscheiden!

Mittlerweile ist anerkannt, dass das gefährliche Werkzeug (anders als bei §§ 250 I Nr. 1a StGB) bei § 250 II Nr. 1 StGB nach der konkreten Art der Verwendung zu bestimmen ist. (Bsp.: Junkie J droht O ihm den gezückten Schraubenzieher in den Magen zu rammen, wenn dieser ihm nicht sein Portemonnaie gibt: In diesem Fall ist § 250 II Nr. 1 a 2. Alt StGB unproblematisch zu bejahen. Dieser verdrängt § 250 I Nr. 1 2. Alt StGB. Daher sind dort längere Ausführungen verfehlt)

### **(P) Begriff des Verwendens**

Nach mittlerweile ganz herrschender Meinung ist für das Verwenden kein bestimmungsgemäßes Gebrauchen der Waffe oder des Werkzeugs nötig (Abfeuern der Schusswaffe/ Zustecken mit einem Messer). Hierfür spricht, dass nach dem

Wortlaut („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“) ein Verwenden beim Raub ausreichend ist. Die Tathandlung des Raubes ist auch das Drohen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Insofern muss auch das Verwenden beim Drohen ausreichend sein. Des Weiteren begründet schon das bloße Drohen im Gegensatz zu den Begehungsformen des Abs. 1 eine erhöhte Gefährlichkeit des Tatgeschehens und ruft auch beim Opfer ein erhöhter Angst- und Verunsicherungszustand hervor.

Jedoch ist es erforderlich, dass das Opfer den Gegenstand wahrnimmt. Ferner setzt das Verwenden nach dem BGH eine verwendungsbereite Waffe voraus. Dies liege nicht vor, wenn die Waffe nicht geladen ist. Dies selbst dann, wenn das Magazin in einem Rucksack bei sich geführt wird oder gar in der Jacken-/Hosentasche bei sich geführt wird und durch zwei/drei schnelle Handgriffe scharf gemacht werden könnte. In diesem Fall liegt dann auch keine Waffe iSd § 249 I Nr. 1a StGB vor. Es ist nur § 250 I Nr. 1 b einschlägig.

**Nr. 2:** Kombination aus Abs.1 Nr.1 a) (Tatmittel aber nur Waffe!) und Abs. 1 Nr. 2.

**Nr. 3** Bei Nr. 3 b) handelt es sich – ähnlich wie bei Abs.1 Nr. 1c) – nicht um eine Erfolgsqualifikation, sondern um ein konkretes Gefährungsdelikt, so dass nicht auf § 18 abzustellen ist, sondern Gefährungsvorsatz (zumindest. dolus eventualis) vorliegen muss

### **III. Abs. 3: Minder schwerer Fall des schweren Raubes.**

#### **(B.) Raub, räuberische(r) Erpressung/Diebstahl mit Todesfolge, § 251 StGB**

§ 251 ist eine Erfolgsqualifikation zu §§ 249, 250 oder §§ 252, 250 oder §§ 253, 255, 250. In der Klausur eignet sich § 251 besonders zu einer Verknüpfung mit Problemen des allgemeinen Teils (Zurechnungsfragen iRd des tatbestandsspezifischen Gefährzusammenhangs, erfolgsqualifizierter Versuch etc.).

#### **Aufbau:**

##### **I. Tatbestand**

###### **1. Grunddelikt § 249 oder § 252 oder §§ 253, 255 ggf. mit § 250 StGB**

###### **a) Objektiver Tatbestand**

###### **b) Subjektiver Tatbestand**

###### **2. Erfolgsqualifikation, § 251 StGB**

###### **a) Eintritt des Todeserfolges**

###### **b) Kausalität**

###### **c) ggf. Objektive Zurechnung**

###### **d) Tatbestandsspezifischer Gefährzus.hang**

###### **e) zumindest Leichtfertigkeit**

##### **II. Rechtswidrigkeit**

##### **III. Schuld**

### **I. Probleme im Einzelnen bei der Erfolgsqualifikation**

#### **1. Erfolgseintritt**

Der Todeserfolg muss nach h.M. nicht beim Raubopfer, sondern kann auch bei jedem unbeteiligten Dritten eintreten, solange nur die weiteren Voraussetzungen, insbesondere der tatbestandsspezifische Gefahrezusammenhang vorliegt.

## **2. Kausalität/ Tatbestandsspezifischer Gefahrezusammenhang**

Die erhöhte Strafdrohung des § 251 ist nur durch gerechtfertigt, wenn neben der Kausalität auch eine spezifische Verknüpfung von Grunddelikt und Folge vorliegt. Daher muss sich in dem Todeserfolg die dem Grundtatbestand anhaftende eigentümliche („tatbestandsspezifische“) Gefahr niederschlagen. Typisch ist der Todeseintritt infolge der tatbestandsspezifischen Nötigungsmittel. IRd § 251 ist (anders als bei § 227) unstrittig die Handlungsgefahr als Anknüpfungspunkt ausreichend, da die Gefährlichkeit des Grunddelikts gerade aus der Nötigungshandlung und nicht aus dem Rauberfolg (Wegnahme) resultiert. Der Gefahrezusammenhang wird daher von der ganz h.M. bei wegnahmebedingter Todesverursachung (z.B. Entwenden eines lebenswichtigen Medikaments) verneint, denn dieser Erfolg könnte auch nach Diebstahl oder Unterschlagung eintreten und ist somit nicht tatbestandsspezifisch.

## **3. Wenigstens Leichtfertigkeit bzgl. der Todesfolge**

Die grobe Sorgfaltspflichtverletzung ist regelmäßig durch das Grunddelikt indiziert. Es bleibt die Prüfung der obj. Vorhersehbarkeit.

## **II. Rechtswidrigkeit**

Hier bestehen keinerlei Besonderheiten.

## **III. Schuld**

IRd Schuld ist die subj. grobe Sorgfaltspflichtverletzung, sowie die subj. Vorhersehbarkeit zu prüfen.

## **IV. Versuch und Rücktritt**

Es stellen sich hier alle klassischen Probleme der erfolgsqualifizierten Delikte (Versuch der Erfolgsqualifikation/erfolgsqualifizierter Versuch, ggf. wiederholen!).

### **(P) Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch**

Wegen der Zweiaktivität des Raubtatbestandes bietet sich § 251 in der Klausur an, um die Problematik des Rücktritts vom erfolgsqualifizierten Versuch abzu prüfen (Beispiel: Bei einem Raubüberfall gibt der Täter leichtfertig einen Schuss ab, der das Opfer ungewollt tötet; ohne etwas wegzunehmen, gibt der Täter das Vorhaben daraufhin freiwillig auf).

M.M. (u.a. Roxin): Rücktritt ist nicht mögl., **arg.:** mit Eintritt der schw. Folge ist § 251 materiell vollendet; „Tat“ iSd § 24 („die weitere Ausführung der Tat aufgibt“) muss nicht zwingend der Grundtatbestand sein

Rspr., h.L.: Rücktrittsmöglichkeit bleibt bestehen, **arg.:** ohne ein strafbares (versuchtes) Grunddelikt gibt es für die Qualifikation keinen Anknüpfungspunkt, da diese zum Grund-TB akzessorisch ist; durch den Ausschluss des Rücktritts würde der Raub-TB ein Unternehmensdelikt iSv § 11 I Nr. 6 umgedeutet

Aufbauhinweis: Prüft man den versuchten Grund-TB inkl. Rücktritt separat, kommt man zu dieser Problematik nicht; daher ist es empfehlenswert, §§ 249, 22, 251 zusammen zu prüfen (vgl. obiges Schema).

## **V. Konkurrenzen mit den Tötungsdelikten**

Handelt der Räuber bzgl. des Todeserfolges vorsätzlich, so konkurrieren die §§ 212, 211 (Habgier, Ermöglichungsabsicht) und § 251 nach h.M. ideal, um auszu-drücken, dass der vorsätzlich herbeigeführte Tod eine tatbestandsspezifische Folge des Raubes ist.

## **(C.) Verwirklichung der Qualifikation § 250 oder der Erfolgsqualifikation § 251 in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung von Raub, räuberischer Erpressung und räuberischen Diebstahl**

### **I. Problemaufriss**

Fraglich erscheint ob die Tatbestände des § 250 und § 251 ohne weitere Voraussetzungen in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung verwirklicht werden können. Problematisch erscheint dabei die Wertung des § 252 StGB. Dieser macht deutlich, dass in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung von Diebstahl und Raub eine Beuteerhaltungsabsicht Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit ist. Daraus kann man die Wertung ableiten, dass ein Täter in dieser Phase bei Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel nur weitergehend wegen der Vermögensdelikte bestraft werden kann, wenn er aufgrund der verwerflichen Motivation handelt, die Beute sichern zu wollen. Diese Wertung könnte man gerade beim Raub – aber auch bei der räuberischen Erpressung und dem räuberischen Diebstahl – unterlaufen, wenn in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung die Tatbestände des § 250 und des § 251 ohne Vorliegen einer solchen Beuteerhaltungsabsicht verwirklicht werden können.

### **II. Bisherige Rechtsprechung zu § 250 / § 251**

Bisher hat die Rspr. weitgehend angenommen, dass man gerade bei § 249 die Tatbestände des § 250 und § 251 ohne weitere Voraussetzungen in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung verwirklichen kann. Diese Problematik stellte sich insbesondere Rahmen von § 251 StGB. Hier wurde eine Verwirklichung auch ohne Beuteerhaltungsabsicht angenommen, sofern nur der tatbestandsspezifische Gefahrezusammenhang zu bejahen war. Dies war immer dann problematisch, in Fällen, in denen die Handlung, die zum Tod des Opfers führt, nicht final zur Ermöglichung der Wegnahme eingesetzt wurde. Nach dem BGH ergab sich aber aus der ratio des § 251, dass auch nicht finale Handlungen im tatbestandsspezifischen Gefahrezusammenhang stehen, wenn sie mit dem Raubgeschehen derart eng verbunden sind, dass sich in der Todesfolge die dem Raub/ Raubversuch eigentümliche bes. Gefährlichkeit verwirklicht hat.

Beispiel: Nach misslungenem Raubversuch sticht der Täter im unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang auf das Opfer ein, um eine weitere Gegenwehr des widerspenstigen Opfers zu verhindern.

Dies wurde ausdrücklich auch in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung des Raubes ohne weitere Voraussetzungen – insbesondere auch bei Fehlen einer Beuteerhaltungsabsicht – angenommen (bspw. im berühmten „RAF-Fall“). Diese Ausweitung auch im Hinblick auf den tatbestandsspezifischen Gefahrezusammenhang ist in der Literatur gerade in den Fällen stark kritisiert worden, in denen der Anwendungsbereich des § 252 eröffnet sein könnte. Wird die Handlung nämlich nach Vollendung des Raubes zur Flucht und Beutesicherung eingesetzt, so ist grds. der Anwendungsbereich des § 252 eröffnet, über den man dann auch zur Erfolgsqualifikation des § 251

gelangt (§ 252: „... wird gleich einem Räuber bestraft...“). Allerdings setzt die Anwendbarkeit des § 251 dann voraus, dass das Grunddelikt des § 252 (insb. die Besitzerhaltungsabsicht) erfüllt ist.

Indem der BGH diese Handlungen aber noch dem Raub zurechnet und deren Gefährlichkeit zur Begründung des tatbestandsspezifischen Gefährlichkeitszusammenhangs zwischen § 249 und dem Todeserfolg heranzieht, wird diese Abgrenzung von § 249 und § 252 verwischt und es besteht die Gefahr, dass die Voraussetzungen des § 252 umgangen werden.

### III. Wende in der Rechtsprechung bei § 250

Der BGH dürfte nunmehr eine Trendwende in der Rspr. vollzogen haben. Dies wurde eingeleitet durch die sogenannte „Kinokassenentscheidung“ (L&L 2009 S. 35f.). Hier hatte der Täter zunächst mit Beuteerhaltungsabsicht § 252 StGB in der Qualifikation des § 250 I Nr. 1 a 2. Alt StGB verwirklicht, indem er bei dem Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels ein Pfefferspray bei sich trug. Anschließend sprühte er ohne Beuteerhaltungsabsicht mit dem Pfefferspray. Der BGH lehnte hier die Verwirklichung des § 250 II Nr. 1 StGB (Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs) ab, da es erforderlich sei, dass der Täter beim Verwenden noch eine Beuteerhaltungsabsicht hat.

Entscheidend ist jedoch die Entscheidung L&L 2010 S. 675f. zu einer versuchten räuberischen Erpressung. Hier hat der BGH zunächst klargestellt, dass die Phase zwischen Vollendung und Beendigung bei einer Versuchsstrafbarkeit der Phase nach einem fehlgeschlagenen Versuch gleichzustellen ist. Verwirklicht der Täter in der Phase nach einem fehlgeschlagenen Versuch der räuberischen Erpressung die Qualifikation des § 250 II Nr. 3 StGB, so kommt eine Bestrafung nur in Betracht, sofern eine Beuteerhaltungsabsicht in dieser Phase vorliegt. Dies erscheint auf den ersten Blick verwunderlich, da §§ 253, 255 StGB keine Beuteerhaltungsabsicht voraussetzen und auch keine taugliche Vortat für § 252 StGB ist. Letztlich überzeugt dieses aber. Entscheidend ist mE, dass der Gesetzgeber durch § 252 StGB deutlich gemacht hat, dass in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung von Diebstahl und Raub eine Beuteerhaltungsabsicht Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit ist. Daraus kann man die Wertung ableiten, dass ein Täter in dieser Phase bei Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel nur weitergehend wegen der Vermögensdelikte bestraft werden kann, wenn er aufgrund der verwerflichen Motivation handelt, die Beute sichern zu wollen. Diese Wertung könnte man gerade beim Raub – aber auch bei der räuberischen Erpressung und dem räuberischen Diebstahl – unterlaufen, wenn in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung die Tatbestände des § 250 ohne Vorliegen einer solchen Beuteerhaltungsabsicht verwirklicht werden können.

Dies Rspr. müsste nunmehr mE auch zwingend bei dem Raub gelten. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass nach der Rspr. Raub nur ein Spezialfall der räuberischen Erpressung ist.

**Damit ist in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung oder nach einem fehlgeschlagenen Versuch von Raub, räuberischer Erpressung oder räuberischen Diebstahl eine Verwirklichung der Qualifikationen des § 250 nur möglich, wenn der Täter eine Beuteerhaltungsabsicht hat.** Dies dürfte jedoch dann bei einem fehlgeschlagenen Versuch immer ausscheiden, da der Täter nicht im Besitz der Beute ist, wenn das versuchte Vermögensdelikt scheitert. Eine etwaige Strafbarkeit nach § 223f. ist jedoch keinesfalls gehindert.



### **III. Bisherige Rechtsprechung zu § 251 gilt aber fort (!)**

Jedoch hat der BGH (L&L 2018 S. 183f.) nunmehr entschieden, dass der Tatbestand (Erfolgsqualifikation) des § 251 ohne Vorliegen einer Beuteerhaltungsabsicht in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung verwirklicht werden kann (selbstverständlich muss im Einzelfall der tatbestandspezifische Gefahrenzusammenhang zu bejahen sein). Insofern hat der BGH seine Rechtsprechung zu § 250 nicht auf § 251 StGB übertragen und stellt sich damit gegen die hL, welche dies gerade anders sieht. In sich widersprüchlich ist die Rechtsprechung wohl nicht, da sich die teleologische Reduktion des § 250 StGB aus der extrem hohen Strafandrohung (ohne dass ein Mensch verletzt werden muss) ergibt. Bei § 251 StGB kommt es hingegen zum Tod eines Menschen, so dass eine Einschränkung über die Beuteerhaltungsabsicht normativ nicht zwingend geboten ist. Allerdings muss der BGH sich den Vorwurf gefallen lassen, damit gerade im Rahmen des § 249 StGB den § 252 StGB und die dafür erforderliche Beuteerhaltungsabsicht zu unterlaufen.

## **O. Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer oder Mitfahrer § 316a StGB**

### **Aufbau:**

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Objektiver Tatbestand**

- a) Führer eines Kraftfahrzeugs oder Mitfahrer**
- b) Angriff auf dessen Leib/Leben/Entschlussfreiheit**
- c) Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs**

##### **2. Subjektiver Tatbestand**

- a) Vorsatz**
- b) Absicht zur Begehung von §§ 249, 252 oder 253, 255 (selbstverständlich auch in der Qual. § 250)**

#### **II. Rechtswidrigkeit / III. Schuld**

### **Probleme im Einzelnen:**

#### **-> Angriff auf dessen Leib oder Leben bzw. Entschlussfreiheit des Führers oder Mitfahrers eines Kraftfahrzeuges**

Ein solcher Angriff liegt vor, wenn der Täter auf den Fahrer oder einen Mitfahrer (vgl. § 1 II StVG) einwirkt. Es reicht grds. jede Form der Nötigung. Eine Beeinträchtigung muss nicht eintreten, der Angriff muss jedoch ausgeführt werden.

#### **Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs**

Der Täter muss die besonderen Verhältnisse im Straßenverkehr ausnutzen, d. h. er muss eine sich aus dem fließenden Straßenverkehr ergebende, ihm eigentümliche Gefahrenlage für den Kraftfahrzeugteilnehmer ausnutzen. Das Kfz muss für die geplante Tat als Verkehrsmittel eine Rolle spielen.

Dies ist grds. nur während des Betriebes der Kfz möglich, also während das Opfer ein Kraftfahrzeug führt bzw. darin mitfährt. Dies liegt jedoch auch während eines verkehrsbedingten Haltens (Bsp. an der Ampel oder einem Bahnübergang) ein. Problematisch ist das nicht verkehrsbedingte Halten. Hier ist § 316a StGB denkbar, solange das Opfer sich im Fahrzeug aufhält

und auch mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist. Ein Indiz ist dabei kann der laufende Motor sein. Hingegen soll § 316a StGB nach hM nicht mehr vorliegen, wenn ein Taxifahrer überfallen wird, während er ausschließlich mit dem Abrechnen beschäftigt ist, da dies gerade kein verkehrsspezifischer Umstand ist. Hierzu führt der BGH IM Urteil vom 27. April 2017 (4 StR 592/16) aus:

*„Bringt ein Kraftfahrer sein Fahrzeug nicht verkehrsbedingt zum Stehen, bleibt er solange Führer des Kraftfahrzeugs, wie er sich noch im Fahrzeug aufhält und mit dessen Betrieb oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist. Dies ist regelmäßig erst dann nicht mehr der Fall, wenn er sein Fahrzeug zum Halten gebracht und den Motor ausgestellt hat“*

Allerdings ist § 316a StGB weiterhin einschlägig, wenn bei einem verkehrsbedingten Halten aufgrund der sog. Stop-Automatik der Motor automatisch ausgeht.

Ferner wurde von der Rspr. auch das Vereinzelungskriterium aufgegeben. Demnach liegt § 316a StGB auch dann nicht vor, wenn der Täter das Opfer mittels des KfZ an einen entlegenen Ort gebracht hat.

Hingegen ist das Überfallen des Beifahrers während der Fahrt von § 316a StGB erfasst. Die besonderen Verhältnisse im Straßenverkehr werden insoweit ausgenutzt, als dass der Beifahrer sich während der Fahrt dem Angriff nicht entziehen kann.

### **-> Absicht zur Begehung von §§ 249, 252 oder 253, 255 (selbstverständlich auch in der Qualifikation des § 250)**

Der Täter muss in der Absicht handeln, seinen Angriff zu einem Raub, einem räuberischen Diebstahl oder einer räuberischen Erpressung zu nutzen. Dies ist insofern im subj. TB zu prüfen.

### **-> Vollendung**

Die Tat gilt als vollendet, wenn der Täter den Angriff ausgeführt hat.

### **-> Beachte Qualifikationen des § 316a Abs. 3 StGB**

## **P. §§ 239a, b StGB**

### **I. Tatbestand**

#### **1. Objektiver Tatbestand:**

**a) Entführen:** Ortsveränderung erforderlich.

**b) oder sich-Bemächtigen:** die physische Herrschaft über das Opfer erlangen; keine Ortsveränderung erforderlich; bereits bloßes Vorhalten einer Waffe kann genügen.

#### **2. Subjektiver Tatbestand:**

**a) Vorsatz für Tathandlung**

**b) Absicht der Ausnutzung der durch das Entführen oder des Sich-Bemächtigen geschaffene Lage**

-> **Bei § 239a StGB:** muss hier eine Erpressung sein.

-> **Bei § 239b StGB** das als Ziel dieser Handlung abgenötigte Verhalten ist **nicht eingegrenzt**

(anwendbar daher etwa auch bei Duldung sexueller Handlungen). Dafür hier aber **qualifizierte Nötigungshandlung** erforderlich: Absicht, den Erfolg durch Drohung mit dem Tod oder mit einer schweren Körperverletzung zu erreichen (bei Vorhalten einer Pistole der Fall).

## **(P) (P) Einschränkung der Auslegung im Bereich der Zwei-Personen-Verhältnisse (wohl besser im subj. TB zu prüfen)**

§ 239 a,b wurde erst mit dem StÄG von 1989 auf Zwei-Personen-Verhältnisse ausgeweitet, um so eine sachgemäßen Bekämpfung typischer Erscheinungsformen terroristischer Gewaltkriminalität zu ermöglichen. Zuvor war der Tatbestand ausschließlich auf Dreiecksstrukturen angelegt. Ohne eine Einschränkung wäre praktisch jede räuberische Erpressung zugleich ein erpresserischer Menschenraub, was den Strafraumen deutlich steigern würde. -> §§ 239a,b StGB sind sog. **unvollkommene zweiseitige Delikte**:

Erforderlich sind ein **funktionaler und zeitlicher Zusammenhang** zwischen der Bemächtigung und der angestrebten Nötigung. Die durch die Bemächtigung geschaffene **stabile Lage** wurde vom Täter gerade deswegen beabsichtigt, um sie zur Drohung auszunutzen.

-> bei **Entführung** wg. Ortsveränderung (Einschränkung der Verteidigungsmöglichkeit) idR (+)

-> bei bloßem **Sich-Bemächtigen** meist abzulehnen:

**Arg.:** Eine Lage, die ausgenutzt werden soll, setzt eine **gewisse Stabilisierung** voraus. Dient die Drohung des Täters dazu, sich des Opfers zu bemächtigen und es **zugleich** zu einer weitergehenden Handlung oder Duldung zu nötigen, so kommt der Bemächtigungssituation i.d.R. keine solche eigenständige Bedeutung zu.

->**zeitlicher Zusammenhang** erfordert, dass der Täter dem Opfer noch **während der Dauer** der Entführung oder Bemächtigung eine Handlung, Duldung oder Unterlassung abpressen will.

**Beachte: Vollendung** bereits mit Entführung oder Sich-Bemächtigen in der entsprechenden Absicht. Realisierung dieser Absicht nicht erforderlich (Delikt mit überschießender Innentendenz)

## **II. Rechtswidrigkeit / III. Schuld**

## **Q. Erpressung, § 253 StGB**

### **I. Tatbestand**

#### **1. Objektiver Tatbestand**

- a) Nötigungsmittel: **Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel (wie bei § 240)**
- b) Nötigungserfolg: **Handeln, Dulden oder Unterlassen**  
**(P) Vermögensverfügung erforderlich? hL: (+) / BGH: (-)**
- c) **Unmittelbarer Vermögensnachteil**

#### **2. Subjektiver Tatbestand**

- a) **Vorsatz**
- b) **Rechtswidrige Bereicherungsabsicht**
  - aa) **(eigene oder Dritt-) Bereicherungsabsicht**

## **bb) RW der beabsichtigten Bereicherung**

## **cc) Stoffgleichheit**

### **II. Rechtswidrigkeit**

### **III. Schuld**

Bei der Erpressung reichen die rudimentären Nötigungsmittel aus (siehe hierzu im Einzelnen Ausführungen zu § 240 StGB). Der Unterschied zur Nötigung ist, dass der Täter bei § 240 StGB irgendein Handeln, Dulden oder Unterlassen (ohne Vermögenskomponente) vorsätzlich herbeiführen kann, während bei § 253 das Handeln, Dulden oder Unterlassen kausal zu einem Vermögensnachteil führt, wobei der Täter aufgrund von Bereicherungsabsicht agiert.

Da bei § 240 das Drohen mit einem empfindlichen Übel ausreicht, ist der Streit um das Erfordernis einer Vermögensverfügung hier im Ergebnis nicht relevant (und kann dahin gestellt bleiben), da bei einem Drohen mit einem empfindlichen Übel das Opfer eine Restwahlmöglichkeit hat und insofern eine Vermögensverfügung gegeben ist.

## Teil III: Urkundendelikte

### A. § 267 I StGB

#### I. Tatbestand

##### 1. Obj. Tb

##### a) Urkunde

**Jede Verkörperte Gedankenerklärung (Perpetuierungsfunktion),**

Die Gedankenerklärung (immer durch einen Menschen) muss durch die Verbindung mit einem festen körperlichen Gegenstand eine Dauerhaftigkeit besitzen und optisch visuell wahrnehmbar sein.

Dadurch Abgrenzung zu sog. sachlichen Beweismitteln (Fingerabdruck, Fußspuren oder andere Augenscheinsobjekte) und technischen Aufzeichnungen (dann aber evtl. § 268).

**die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist (Beweisfunktion)**

Ferner muss sie zum Beweis von rechtlich erhebliche Tats. geeignet (obj. Element, weit auszulegen und daher fast immer (+)) und bestimmt (subj. Element → Absichts-/ Zufallsurkunde) sein

**und ihren Aussteller erkennen lässt (Garantiefunktion).**

Ausreichend ist, dass der Aussteller aus dem Inhalt der Urkunde bestimmbar ist. Dies ist bei anonymen Urkunden (Benutzung eines offensichtlich unrichtigen Namens oder eines Allerweltnamens, wie Max Mustermann) nicht der Fall, wenn jeder Hinweis auf den Aussteller fehlt.

#### **Urkundensarten:**

##### ->Beweiszeichen

Beweiszeichen sind keine Schriftstücke. Da wird von e.A. die Subsumtion der Beweiszeichen unter den Begriff der Urkunde abgelehnt, da diese Auslegung nicht mehr vom Wortlaut gedeckt sei („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“), sog. enger Urkundenbegriff.

Nach der h.M. müssen Urkunden nicht zwingend Schriftstücke sein. Auch die mit einem körperlichen Gegenstand fest verbundenen (daher handelt es sich auch zumeist um sog. zusammengesetzte Urkunden (dazu sogleich)). Beweiszeichen, die eine menschliche Gedankenerklärung verkörpern, ihren Aussteller erkennen lassen und nach Gesetz, Herkommen oder Vereinbarung der Beteiligten geeignet und bestimmt sind, zum Beweis für eine rechtlich erhebliche Tatsache zu dienen, können Urkunden i.S.d. § 267 StGB sein. Das Gegenstück zum Beweiszeichen ist das sog. Kennzeichen, das gerade nicht für eine bestimmte rechtliche Beziehung Beweis erbringen soll, sondern ihrer Funktion nach lediglich der unterschiedlichen Kennzeichnung, der Sicherung oder dem Verschluss von Sachen dienen und ist keine Urkunde ist! Die Abgrenzung erfolgt über die Funktion des Zeichens.

Beispiele: Motor- u. Fahrgestellnummer, Kfz-Kennzeichen, TÜV-Plakette, Preisschilder und Künstlerzeichen am Gemälde sind Beweiszeichen.

Wäschemonogramm, Eigentümerzeichen in Büchern, Namenszeichen auf Tieren und Plomben an Postsäcken sind Kennzeichen.

##### ->Zusammengesetzte Urkunde

Eine zusammengesetzte Urkunde liegt vor, wenn eine verkörperte Gedankenerklärung mit einem anderen Gegenstand fest zu einer Beweismittelleinheit verbunden wurde und dadurch Urkundenqualität erlangt. Dabei ist es aber nicht zwingend erforderlich, dass vorher noch keine Urkunde vorlag;

entscheidend ist vielmehr, dass so zumind. eine neue Urkunde mit neuem Beweisinhalt entsteht (vgl. sogleich das Bsp.).

Beispiel: Ein Preisschild für sich ist ein bedeutungsloses Zeichen. Wird es jedoch hinreichend fest mit einer Ware verbunden, so entsteht eine zusammengesetzte Urkunde, da der Hersteller/ Verkäufer für diese Ware einen bestimmten Preis festgesetzt hat.

Allerdings ist eine hinreichend feste Verbindung nicht schon zu bejahen, wenn das Preisschild auf der losen Verpackung klebt. Vielmehr muss die Verpackung irgendwie verschlossen sein.

Bei dem Kennzeichen eines Autos kann sich eine zusammengesetzte Urkunde zum einen aus dem Kennzeichen i.V.m. dem Wagen oder auch schon i.V.m. dem Zulassungstempel ergeben. Hier zeigt sich, dass auch die schon bestehende Urkunde „Kennzeichen mit Zulassungstempel“ durch die Verbindung mit dem Auto zu einer neuen zusammengesetzten Urkunde führt. Allerdings hat der BGH entschieden, dass das Überkleben eines Kfz-Kennzeichens mit sog. Anti-Blitz-Folie kein Verfälschen der zusammengesetzten Urkunde Kennzeichen/ Zulassungstempel darstellt, da sich deren Gedankenerklärung nur auf den Zeitpunkt der Stempelung bezieht (aber § 22 StVG beachten). Nach h.M. scheidet des Weiteren auch § 274 aus, da regelmäßig das subj. Merkmal der Nachteilzufügungsabsicht zu verneinen ist.

#### **(P) Kilometerzähler**

Die herrschende Meinung sieht hierin keine verkörperte Gedankenerklärung, sondern ein reines Zählwerk, so dass § 267 ausscheidet. Eine Minderansicht bejaht hingegen das Vorliegen einer verkörperten Gedankenerklärung, da bewiesen werden soll, wie viel Kilometer das Kfz gefahren hat. Nach h.M. scheidet auch § 268 aus, da für eine „Darstellung“ idS erforderlich ist, dass die Aufzeichnung (wie etwa bei Fahrtenschreiber) in einem vom Gerät trennbaren Teil selbständig produziert werde, was bei Kilometerzähler gerade nicht der Fall wäre, da dies ein reines Anzeigeobjekt darstelle. Nach einer Minderansicht reiche hingegen schon jede Darstellung von einer gewissen Dauerhaftigkeit aus, so dass § 268 reift. Die h.M. hält hingegen einen Schutz über § 263 bei einer Weiterveräußerung nach dem „Zurückdrehen“ für ausreichend.

#### **(P) Verwenden von „Anti-Blitzfolie“, um das Foto durch eine Geschwindigkeitskontrolle zu vereiteln**

Problematisch erscheint die Strafbarkeit des Fahrzeugführers, welcher sein Kraftfahrzeug mit einer Anti-Blitzfolie versieht, so dass die Bildaufnahme des Blitzgeräts vereitelt wird. Eine Fälschung techn. Aufzeichnungen gem. § 268 StGB liegt nicht vor, da der Eingriff nicht die konkrete Funktion des Geräts beeinträchtigt. Dies liegt nicht vor, wenn lediglich ein Fall des „täuschenden Beschickens“ vorliegt, also wenn die Entstehung einer Aufzeichnung an sich verhindert worden ist, wie es hier der Fall ist. Auch eine Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr. 1 StGB greift nicht ein, da keine Urkunde unterdrückt wird, sondern nur eine Überbelichtung beim Foto entsteht. Umstritten ist jedoch, ob diese Überbelichtung eine Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB darstellt, indem eine Funktionsbeeinträchtigung als „Beschädigen“ angenommen wird. Das OLG München hat dies mit der Begründung bejaht, dass der Täter erreicht, dass der betreffende Bildausschnitt auf dem Lichtbild im Bereich des Fahrzeugführers überbelichtet war und eine Fahreridentifizierung dadurch unmöglich wurde. Dem lässt sich entgegenhalten, dass ein Bild ja entsteht, nur teilweise nicht sichtbar ist, weil die Anlage die hohe Belichtung technisch nicht verarbeiten kann. In jedem Fall bleibt aber eine Strafbarkeit nach § 22 I Nr. 3 StVG.

### **-> Gesamturkunden**

Diese liegen vor, wenn mehrere einzelne Einzelurkunden dergestalt miteinander verbunden werden, dass gerade die sinnvolle u geordnete Zusammensetzung einen über die Beweiskraft der Einzelurkunde hinausgehenden selbst., für sich bestehenden Gedankeninhalt zum Ausdruck bringen. Eine Urkundenfälschung liegt hier schon bei dem Entfernen einer Einzelurkunde vor, da hierdurch der selbst. Gedankeninhalt der Gesamturkunde verändert wird.

Beispiele: Kaufmännische Handelsbücher, Einwohnermeldeverzeichnis, aus mehreren Rechnungen bestehende Endabrechnung.

### **-> Vervielfältigungsstücke**

Es ist nach den einzelnen Vervielfältigungsstücken zu differenzieren:

**Kopien:** Grds. sind Fotokopien keine Urkunden, da aus dem Schriftstück selbst nicht ersichtlich ist, wer Gewähr für die Gedankenerklärung übernehmen möchte, so dass der Aussteller nicht erkennbar ist. Es ist nämlich nach allgemeiner Lebenserfahrung gerade nicht zutreffend, dass der Aussteller des Originals sich im Rechtsverkehr alle Kopien zurechnen lassen möchte, da er – sofern er die Kopie nicht selbst gemacht hat – nicht überprüfen kann, ob diese mit dem Original übereinstimmt (Kopien sind nämlich bekanntermaßen sehr „fälschungsanfällig“). Zumindest ist aus dem Schriftstück selbst nicht erkennbar, ob der Aussteller des Originals sich im Rechtsverkehr auch die konkret vorliegende Kopie zurechnen lassen möchte (vgl. hierzu L&L 2001, S.329 = NJW 2001, S.167).

**Ausn.:** **Reproduktion wird als angeblich vom Aussteller herrührende Urschrift hergestellt und soll durch geschickte Manipulation den Anschein einer Originalurkunde erwecken (täuschend echt aussehende Fotokopie). Nach der Rspr. reicht teilweise auch schon eine bloße Verwechslungsgefahr aus.**

Beachte: Auch Collagen, die nicht den Anschein einer echten Urkunde erwecken sollen, fallen nicht unter den Urkundenbegriff (BGHSt 24, 140; BGH, MDR 1976, 813)

**(P) Anwendbarkeit des § 268:** Umstritten ist, ob in den Fällen des Kopierens einer Urkunde § 268 eingreift. Nach h.M. ist dies nicht der Fall, da die Kopie nicht Ergebnis eines selbsttätigen Vorgangs ist (vgl. § 268 II), sondern durch den Menschen bewirkt wird. Nach einer m.M. ist der Kopiervorgang selbsttätig in diesem Sinne. Der Mensch sei nur Auslöser dieses Vorgangs.

**Abschriften:** Die einfache Abschrift stellt keine Urkunde dar, da sie die Erklärung nicht selbst enthält und daher weder die Beweis- noch die Garantiefunktion erfüllt.

Eine beglaubigte Abschrift stellt i.V.m. dem Beglaubigungsvermerk eine zusammengesetzte Urkunde dar.

**Durchschriften** sind Urkunden, da sie gerade dazu angefertigt werden mit mehreren Exemplaren der Urkunde Beweis antreten zu können.

**Telefax:** Der Telefax-Ausdruck beim Empfänger ist nach hM keine Urkunde i.S.d. § 267 StGB, da sie nicht geeignet ist, im Rechtsverkehr den Eindruck zu erwecken, es handele sich um das Original. Der Fernkopie kommt grds. keine höhere Qualität zu als einer einfachen Kopie. Das Original beim Absender stellt natürlich regelmäßig eine Urkunde dar. Aus dem Telefax-Ausdruck beim Empfänger lässt sich zwar regelmäßig die Absender-Nummer erkennen, aber es kann nicht darauf geschlossen werden, dass der Inhaber des Absender-Faxgerätes oder der Absender-Faxnummer das Fax

auch verschickt hat und sich alle Telefax-Ausdrucke beim Empfänger im Rechtsverkehr zurechnen lassen möchte. Daher ist nach hM kein Aussteller erkennbar.

## **b) Tathandlung**

### **(1) Herstellen einer unechten Urkunde**

**Herstellen:** Jede zurechenbare Verursachung der Existenz einer unechten Urkunde durch Identitätstäuschung.

**Echtheit der Urkunde:** Sowohl bei dem Herstellen einer echten wie bei dem Verfälschen einer echten Urkunde ist die Echtheit der Urkunde von zentraler Bedeutung.

**Unecht ist eine Urkunde, wenn derjenige, der aus objektiver Sicht im Rechtsverkehr als Aussteller aus der Urkunde hervorgeht, nicht der tatsächlichen Aussteller ist, also sich die Gedankenerklärung gerade nicht im Rechtsverkehr zurechnen lassen möchte.**

**Auf die inhaltliche Richtigkeit kommt es - im Gegensatz zu § 271 - nicht an !!! Die schriftliche Lüge ist straflos!**

**Ermittlung des wirklichen Ausstellers:** Wer der wirkliche Aussteller ist, bestimmt sich nach der heute herrschenden sog. Geistigkeitstheorie. Aussteller ist demnach derjenige, der „geistiger Urheber“ der Urkunde ist. Dies muss – entgegen der früher vertretenen Körperlichkeitstheorie – nicht unbedingt derjenige sein, der die Urkunde anfertigt. Ferner ist der geistige Urheber nicht derjenige, der den geistigen Gedanken „erfunden“ hat, sondern derjenige, der sich die Gedankenerklärung im Rechtsverkehr zurechnen lassen will und kann. Das „Können“ ist dabei strafrechtlich und nicht zivilrechtlich zu bestimmen (siehe dazu unten bei der verdeckten Stellvertretung)

**Wichtig: Es ist weder erforderlich festzustellen, wer der wirkliche Aussteller ist, noch muss es einen geben! Völlig ausreichend ist die Feststellung, dass der erkennbare Aussteller nicht der wirkliche Aussteller ist!**

Bsp.: Schreibt jemand in Absprache mit dem eigentlichen Ersteller seinen Namen unter einen fremden Text (etwa bei einer Klausur) und will sich diesen somit geistig zurechnen lassen, so liegt nicht das Herstellen einer unechten Urkunde vor, da dieser Fall nicht anders zu behandeln ist, als wenn der ganze Text abgeschrieben wird. Anders hingegen, wenn ein „Schlepper“ die Klausur schreibt und mit anderen Namen unterschreibt (§ 267 I 1. und 3. Var. (+)).

Ferner ist die relevante Identitätstäuschung von der bloßen unbeachtlichen Namenstäuschung zu unterscheiden: Kann bei Verwendung eines falschen Namens aus den Umständen des Einzelfalls der tatsächliche Aussteller ermittelt werden, so liegt nur eine Namenstäuschung vor (z.B. Unterschrift der Hotelreservierung in Gegenwart des Gastwirts mit „Mr. James Bond“). In diesen Fällen ist str., ob zu der Ermittlung des Ausstellers auch Umstände herangezogen werden können, die nicht selbst Inhalt der Urkunde sind (nach h.M. (+)).

Hingegen kann auch bei der Verwendung des tatsächlichen Namens eine relevante Identitätstäuschung vorliegen (z.B. wird bei einer Versandhausbe-



stellung eine richtiger Zweitname angegeben, um so eine andere (kreditwürdige) Identität vorzutäuschen).

### **(P) Stellvertretung**

#### **Offene Stellvertretung (Unterschrift des Vertreters mit dem Zusatz „i.V.“)**

Hier ist erkennbarer Aussteller der Vertreter selbst. Sollte die angegebene Vertretungsmacht nicht existieren, so stellt dies nur eine „schriftliche Lüge“ dar, die für § 267 gerade unbeachtlich ist (vgl. zur Stellvertretung beim Ausfüllen eines Blanketts L&L 2001, S. 103 = StV 2000, 477).

**Verdeckte Stellvertretung:** Unterschreibt der Vertreter mit dem Namen des Vertretenen, ohne die Vertretung offen zu legen, so ist erkennbarer Aussteller der Vertretene. Jedoch wird die Erklärung des Vertreters dem Vertretenen unter folgenden Voraussetzungen zugerechnet:

- 1) Der Vertreter hatte die Befugnis zur Stellvertretung, dh der Namens-träger wollte sich im Tatzeitpunkt vertreten lassen
- 2) Der Vertreter wollte den Namensträger vertreten
- 3) Die Vertretung ist rechtl. zulässig, dh die Eigenhändigkeit der Erklärung war nicht rechtlich vorgeschrieben (damit ausgeschlossen bei höchstpersönlichen Rechtsgeschäften)

**Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist der Vertretene Aussteller!!!**

Anmerkung: Zivilrechtlich würde hingegen regelmäßig keine wirksame Stellvertretung vorliegen, da es an der Offenkundigkeit fehlen wird.

### **(2) Verfälschen einer echten Urkunde**

Das Verfälschen einer echten Urk. ist ein Spezialfall der Herstellung einer unechten Urkunde!

In beiden Fällen ist das Ergebnis eine unechte Urkunde. Bei dem Verfälschen liegt jedoch zunächst eine echte Urkunde vor, an der ein anderer als der wirkliche Aussteller Manipulationen am Inhalt der Urkunde vornimmt.

Wichtig: Damit ergibt sich für die Abgrenzung der beiden Varianten bei Einwirkung auf eine bestehende Urkunde, dass nur Manipulationen am gedanklichen Inhalt von der 2. Var. erfasst sind.

Wenn der Täter, der nicht der ursprüngliche Aussteller ist, in der Originalurkunde inhaltlich etwas ändert, entsteht hierdurch gerade eine unechte Urkunde, da für den Rechtsverkehr der ursprüngliche Aussteller aus der Urkunde als Aussteller hervorgeht, diese sich aber die veränderte Gedanken-erklärung in der Regel gerade nicht mehr im Rechtsverkehr zurechnen lassen möchte (sondern halt nur die Unveränderte), so dass er nicht der tatsächlichen Aussteller ist und folglich eine unechte Urkunde entsteht.

Bsp.: A stellt B einen Schuldschein über 50 € aus. B verändert nachträglich 50 € zu 500 €. Die veränderte Urkunde weist immer noch A als erkennbaren Aussteller aus. A will sich jedoch die veränderte Gedanken-erklärung im Rechtsverkehr nicht zurechnen lassen. Daher liegt die 2. Var als Spezialfall der 1. Var vor. Irrelevant ist, ob A dem B tatsächlich 50 € oder 500 € schuldet (noch einmal: die inhaltliche Richtigkeit/Unrichtigkeit ist nicht geschützt.

Wird hingegen an der Ausstellerbezeichnung manipuliert, indem diese ersetzt wird, so greift die 1. Var. als Auffangtatbestand ein (hier aber prüfen, ob der Handelnde sich den Gedankeninhalt der Urkunde zu eigen macht, wenn er mit seinem eigenen Namen unterschreibt → § 267 (-)!). Der klassische Fall der 1. Var. ist jedoch, dass eine unechte Urkunde neu erschaffen wird.

### **(P) Einwirkung auf den Inhalt einer bereits verfälschten Urkunde**

In diesen Fällen sind zwei Konstellationen zu unterscheiden: Wird der noch unverfälschte Teil der Urkunde verändert, so liegt eine Urkundenfälschung

vor, da die Urkunde nur insoweit unecht geworden ist, als ihr durch die erste Verfälschung ein neuer Inhalt gegeben wurde. Wird dagegen auf den bereits verfälschten Teil der Urkunde erneut eingewirkt, so ist der Täter wegen (erneuter) Herstellung einer unechten Urkunde strafbar (Auffangwirkung des Grundtb).

#### **(P) Verfälschen durch den wirklichen Aussteller**

Wird eine Urkunde durch den ursprünglichen Aussteller selbst im Nachhinein verändert, so ist dessen Strafbarkeit gem. § 267 str.:

Nach e.A. kann der Aussteller selbst seine Urkunde nicht verfälschen, da nach dem obigen Echtheitsbegriff die Urkunde auch nach der Änderung noch echt ist. Würde man eine Strafbarkeit gem. § 267 bejahen, so müsste man den Begriff der Echtheit in der 2.Var.anders verstehen als in der 1. Var. Die Strafbarkeit durch § 274 erfasst ausr. den vorliegenden Unrechtsgehalt. Nach der h.M. ist auch ein solches Verhalten gem. § 267 strafbar, wenn der Aussteller die Dispositionsbefugnis über die Urkunde verloren hat. Ansonsten hätte die 2. Var. neben der 1. Var. keine eigenständige Bedeutung. Beachte: Diese Ansicht hat aber tatsächlich zur Folge, dass hier der Begriff der Echtheit anders verstanden wird. Denn auch nach der Veränderung durch den Aussteller stimmen erkennbarer und wirklicher Aussteller überein.

#### **(3) Gebrauchen einer unechten oder verfälschten Urkunde**

Unechte o. verfälschte Urkunde muss dem zu Täuschenden so zugänglich gemacht werden, dass dieser die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat.

(P) Gebrauchen einer Kopie als Gebrauchen der Urkunde

Nach dem BGH stellt unter Umständen bereits dies ein Gebrauchen dar (BGHSt 24, 140 (142)). Es reiche die mittelbare Wahrnehmung aus, wenn zumindest überhaupt eine solche Urkunde existiert.

#### **Konkurrenzen zur 1. und 2. Var.**

Wird eine unechte Urkunde hergestellt oder eine echte Urkunde verfälscht, um sie anschließend zu gebrauchen, so liegt eine tatbestandliche Handlungseinheit vor (a.A.: Gebrauchen = straflose Nachtat). Beruht das Gebrauchen auf einem neuen, selbständigen Tatentschluss, so ist Realkonkurrenz anzunehmen.

#### **2. Subj. Tb**

Vorsatz bzgl. aller obj. Tatbestandsmerkmale (zumindest dol.ev.). Da es sich bei der Urkunde um ein normatives TBM handelt, kann es bei Irrtumskonstellationen zu schwierigen Abgrenzungsproblemen kommen.

Für das Merkmal „zur Täuschung im Rechtsverkehr“ ist nach hM dolus dir. 2. Grades ausreichend, da es dem Täter meist nicht primär auf die Täuschung ankommt, so etwa bei professionellen Fälschern, welche einfach Geld verdienen wollen. Der Täter muss daher nur wissen, dass ein anderer über die Echtheit oder Unverfälschtheit der Urkunde im Rechtsverkehr getäuscht wird und dadurch zu einem rechtserheblichen Verhalten veranlasst wird. Diese Auslegung erscheint normativ geboten, da eine andernfalls bestehende Strafbarkeitslücke vom Gesetzgeber nicht gewollt ist, erscheint allerdings angesichts des Wortlauts („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“) verfassungsrechtlich zumindest bedenklich.

#### **3. Rw, Schuld**

#### **4. Strafzumessungsregel, § 267 III**

### **Exkurs § 268 StGB**

Der § 268 StGB soll die Strafbarkeitslücke schließen, dass § 267 StGB eine menschliche Gedankenerklärung voraussetzt und daher bei maschinell produzierten Erklärungen ausscheidet. Für eine technische Aufzeichnung ist ferner maßgeblich, dass die Aufzeichnung in einem vom Gerät trennbaren Teil selbständig produziert werde. Dies ist beim Kilometerzähler als reines Anzeigeelement gerade nicht der Fall, hingegen beim Fahrtenschreiber eines Lkws, der Blackbox eines Flugzeuges oder dem Steuerungsgerät eines Kfz zu bejahen.

### **Exkurs § 269 StGB**

Der § 269 StGB soll die Strafbarkeitslücke schließen, dass § 267 StGB eine perpetuierte Gedankenerklärung voraussetzt, wodurch Manipulationen von elektronischen Daten ausscheiden. Der Straftatbestand setzt voraus, dass beweis erhebliche Daten so gespeichert oder verändert werden, dass bei ihrer Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde, so dass inzident zu prüfen ist, ob eine unechte Urkunde vorliegen würde, wenn die Gedankenerklärung perpetuiert wäre.

## **B. § 271 StGB**

### **Dogmatik und Anwendungsbereich**

§ 271 ist im Zusammenhang mit § 348 zu sehen: Wegen der Eigenschaft des § 348 als Sonderdelikt („echtes Amtsdelikt“) ist zwar Anstiftung und Teilnahme, nicht aber die Begehung in mittelbarer Täterschaft möglich. § 271 betrifft damit dogmatisch einen ausdrücklich geregelten Fall der (sonst hier nicht möglichen) mittelbaren Täterschaft (kraft überlegenen Wissens) zu einer Falschbeurkundung im Amt. Je nachdem, ob der handelnde Amtsträger vors. oder nicht handelt ergeben sich folgende Konstellationen:

Handelt er vorsätzlich, so ist er gem. § 348 strafbar. Wer ihn dazu bestimmt ist gem. §§ 348, 26 strafbar (§ 28 beachten). § 271 ist nicht anwendbar, da ansonsten die hohe Strafdrohung des §§ 348, 26 bzw. 27 umgangen werden würde. Handelt er unvorsätzlich, so ist mangels vorsätzlicher u rw Haupttat weder Anstiftung noch Beihilfe möglich. In diesem Fall greift jedoch § 271!

### **Nach h.M. ist § 271 auch in beiden denkbaren Irrtumskonstellationen anwendbar:**

Hält der Hintermann den gutgläubigen Amtsträger für bösgläubig, so greift nach h.M. § 271. Nach a.A. liegt eine (straflose) versuchte Anstiftung zu § 348 vor.

Anmerkung: Bei der gleichen Konstellation i.R.d. §§ 153 ff würde hier nicht der dem § 271 strukturell ähnliche § 160 Anwendung finden, sondern § 159, der ausnahmsweise die Strafbarkeit für die versuchte Anstiftung zu einem Vergehen normiert.

Hält der Hintermann den bösgläubigen Amtsträger für gutgläubig, so ist er nach h.M. gem. § 271 strafbar. Eine a.A. nimmt einen Versuch (§ 271 IV) an, da es sich um einen Fall der versuchten mittelbaren Täterschaft handle.

### **I. Tatbestand**

#### **1. obj. TB**

##### **a) öff. Urkunde**

→ Urkundsbegriff s.o., Legaldefinition der öff. Urkunde in § 415 ZPO: Urkunden, die von einer öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person (z.B. Notar) innerhalb ihrer sachlichen Zuständigkeit in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind.

### **b) erhöhte Beweiskraft der öff. Urkunde**

**Ist die Urkunde geeignet und bestimmt für und gegen jedermann Beweis zu erbringen?**

Vom Schutzzweck des § 271 werden nur solche Urkunden erfasst und nicht sog. schlichtamtliche Urkunden, die vornehmlich für den inneren Dienstbetrieb bestimmt sind.

(+) bei: Kfz-Schein, Führerschein, Reifezeugnis, Erbschein, Pfändungsprotokoll.

(-) bei: Kfz-Brief, innerdienstliche Aktenvermerke, pol. Vernehmungsprotokolle.

### **c) inhaltliche Unrichtigkeit**

**->Ist etwas Unwahres beurkundet worden? → abzustellen ist hier auf die inhaltliche Richtigkeit!**

Ist das Unwahre von der besonderen Beweiskraft der öff. Urkunde gedeckt?

### **d) Bewirken durch den Täter**

→ Nach h.M. jede Verursachung der unwahren Beurkundung, die nicht als Beteiligung am Delikt des § 348 zu erfassen ist (vgl. oben).

## **2. Subj. TB: zumind. dolus eventualis**

### **II. RW und Schuld**

## **C. § 274 I Nr.1 StGB**

### **I. TB**

#### **1. Obj. Tb**

**Tatgegenstand:** Nur echte Urkunden u techn. Aufzeichnungen, die dem Täter nicht oder nicht aussch. gehören. Mit „gehören“ meint das Gesetz hier nicht die dinglichen Eigentumsverhältnisse, sondern das Recht, die Urkunde oder techn. Aufzeichnung zum Beweis zu gebrauchen.

**Beispiel:** Trotz der (allerdings rein öffentlich-rechtlichen) Vorlagepflichten gehören Reisepässe, Personalausweise und Führerscheine ausschließlich ihren Inhabern.

#### **Tathandlung:**

Vernichten bedeutet die völlige Beseitigung der beweiserheblichen Substanz, wie etwa durch Zerstörung, Unleserlichmachen oder Trennung einer zusammengesetzten Urkunde.

Beschädigungshandlungen müssen hier zu einer Beeinträchtigung des Beweiswertes führen; andernfalls bleibt nur Raum für § 303.

Unterdrücken liegt in jeder ohne Zueignungsabsicht (ansonsten wird die Norm grds. von den Aneignungsdelikten verdrängt, soweit das Beweisführungsrecht Bestandteil des Eigentumsrechtes ist) erfolgte Handlung, durch die dem Beweisführungsberechtigten die Benutzung des Beweismittels dauernd oder zeitweilig entzogen oder vorenthalten wird.

#### **2. Subj. Tb**

Zum Vorsatz gehört neben der Kenntnis aller Tatumstände (zumindest dol.ev), dass der Beeinträchtigungswille sich gegen die Funktion des Tatobjekts als Beweismittel richtet. (sonst ggf. § 303).

Hinzukommen muss die Absicht dem Betroffenen dadurch (insb. durch die Verschlechterung seiner Beweislage) einen Nachteil zuzufügen. Dabei muss es sich nicht unbedingt um einen Vermögensnachteil handeln, sondern auch

ein „Beweisnachteil“ reicht aus. Eine Vereitelung des staatlichen Straf- oder Bußgeldanspruches reicht allerdings nicht.

Nach hM reicht dolus directus 2. Grades für diese Absicht aus. Dies ist gerade nach Wortlaut („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“) auch überzeugend, da das Wort „absichtlich“ im Sprachgebrauch (und das ist entscheidend!) als Gegensatz zu „versehentlich“ nur bedeutet, dass der Handelnde zumindest genau gewusst hat, was er tut, was gerade zumindest dolus directus 2. Grades in der strafrechtlichen Dogmatik bedeutet.

Wichtig ist hierbei, dass der Nachteil gerade unmittelbar auf der Unterdrückung und nicht erst aus einer weiteren Handlung resultieren darf.

### **3. Rechtswidrigkeit/ 4. Schuld**

**5. Konkurrenzen** § 274 geht § 303 als lex specialis vor.

Zu § 133 besteht aufgrund der bes. Schutzrichtung evtl. Tateinheit. Bildet der Eingriff in e. echte Urk. nur das Mittel zu deren Verfälschung, tritt § 274 I hinter § 267 zurück (Konsumtion), soweit anderenfalls ein einheitlicher Lebenssachverhalt getrennt werden würde (z.B. Abfummeln eines Preisschildes, um gleich das neue (weniger auszeichnende) Preisschild aufzukleben).

## Teil IV: Brandstiftungsdelikte

### A. Brandstiftung, § 306

**Deliktscharakter:** Eigentumsdelikt bzw. spez. Sachbeschädigungsdelikt, dem ein Element der Gemeingefährlichkeit/-schädlichkeit anhaftet. § 306 ist einwilligungsfähig.

#### I. Tatbestand

##### 1. obj. Tatbestand

###### a) Tatobjekte im Sinne des Abs. 1 Nr 1 bis 6

-> **Fremdheit:** liegt (wie bei § 242 StGB) vor, wenn die Sache nicht im Alleineigentum des Täters steht und nicht herrenlos ist

-> Wegen des hohen Strafrahmens wird z.T. eine restriktive Ausl. der Nr. 4 und 6 vertreten i.S. eines Tatobjekts von nicht unbedeutendem Wert und eines nicht unerheblichen Schadens. Jedenfalls aber ist an die Anwendung des § 306 II (minder schwerer Fall) zu denken.

###### b) Tathandlung

###### aa) In Brand setzen:

-> (+), wenn das Tatobjekt oder zumindest ein Teil, der für den bestimmungsgemäßen Gebrauch des geschützten Objekts wesentlich ist, vom Feuer derart erfasst ist, dass es / er selbständig, d.h. auch nach Entfernen des Zündstoffes, weiterbrennt.

->Teile, die für den bestimmungsgemäßen Gebrauch eines Gebäudes wesentlich sind: Fensterrahmen, Wohnungstür, Zimmerwand; nicht: Einrichtungsgegenstände, Einbauschränke

-> Schon brennende Objekte: werden dadurch in Brand gesetzt, dass ein neuer Brandherd gelegt wird. Bloßes Verstärken eines bestehenden Brandes hingegen (-)

->Inbrandsetzen durch Unterlassen ist nach Maßgabe des § 13 möglich und setzt bei schon brennendem Tatobjekt voraus, dass der Täter das Entstehen eines neuen Brandherdes nicht verhindert. Das bloße Weiterbrennenlassen ist keine täterschaftliche Inbrandsetzung.

###### bb) Durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört:

-> ganz zerstört: Tatobjekt wird vernichtet oder verliert - für eine nicht nur unbedeutende Zeit – (insbesondere durch Ruß) seine bestimmungsgemäße Brauchbarkeit völlig.

->Teilweise zerstört: Teile, die für die bestimmungsgemäßen Brauchbarkeit des Tatobjekts wesentlich sind (vgl. oben), werden vernichtet oder werden unbrauchbar für die bestimmungsgemäßen Brauchbarkeit des Tatobjekts

-> Es reicht aus, dass die Zerstörung durch die von dem gelegten Feuer ausgehende Ruß-, Gas-, Rauch- und Hitzeentwicklung oder eine (ungewollte) Explosion des Zündstoffes eintritt. Hierdurch soll der Verwendung feuerbeständiger Baustoffe Rechnung getragen werden, die zwar das Inbrandsetzen des Tatobjekts verhindern, nicht aber die o.g. Zerstörungen.

-> Sofern der Löschmitteleinsatz zu Zerstörungen im o.g. Sinne führt, kann auch insoweit eine Zerstörung durch Brandlegung angenommen werden. Dagegen lässt sich einwenden, dass von Löschmitteln keine brandtypische gemeine Gefährlichkeit ausgeht.

##### 2. subj. TB: dolus eventualis

#### II. RW

Einwilligung des Eigentümers – anders als bei § 306a – möglich. Die Einwilligung muss aber spätestens zum ZP der Tathandlung vorliegen.

### III. Schuld

#### **B) Schwere Brandstiftung, § 306a I StGB**

Abstraktes Gefährungsdelikt; auf die Fremdheit des Tatobjekts kommt es nicht an.

I. Tatbestand

##### **1. obj. TB**

a) Tatobjekte des Abs. 1

Probleme bei der Nr. 1:

-> Zur Wohnung von Menschen dienen (+), wenn das Tatobjekt nach seiner tatsächlichen Verwendung wenigstens vorübergehend zur Unterkunft von mindestens 1 Menschen als Aufenthaltsmittelpunkt dient. Entscheidend ist die rein tatsächliche, ggf. auch widerrechtliche Widmung zum Wohnen (Bsp.: Hausbesetzer oder Obdachlose schlafen und essen regelmäßig im Bauwagen auf einer Baustelle; aber Vorsicht ist in diesen Fällen mit dem Vorsatz angezeigt)

-> Entwischung: Die Wohnungseigenschaft kann durch Entwischung aller tatsächlichen Bewohner (auch gegen den Eigentümer) aufgehoben werden. Unschädlich ist dabei, wenn die Wohnung bei Fehlschlag der Brandstift. weiter bewohnt werden soll. Eine konkludente Entwischung ist auch durch Inbrandsetzung mögl.

##### **(P) in Brand setzen gemischt genutzter Gebäude:**

Gebäude mit einem Wohnungsteil und einem andersartig, i.d.R. gewerblich, genutzten Gebäudeteil. Der Täter setzt nur den andersartig genutzten Gebäudeteil in Brand.

**eA:** § 306a I schon (+), wenn nicht auszuschließen ist, dass Feuer auf den Wohnungsteil übergreift.

**aA:** § 306a I nur anwendbar, wenn der andersartig genutzte Teil mit dem Wohnungsteil ein einheitliches Gebäude bildet, so dass sich das Feuer auf Teile des Gebäudes auszubreiten vermag, die für dessen Gebrauch als Wohnung von wesentlicher Bedeutung sind.

**aA:** Vollendungsstrafbarkeit nach § 306 a I ist nur möglich, wenn das Feuer den Wohnungsteil erfasst. Die o.g. Kriterien sind lediglich im Rahmen einer Versuchsstrafbarkeit verwendbar.

##### **(P) Teilweise Zerstörung gemischt genutzter Gebäude:**

Achtung: nach neuerer BGH-Rspr. muss für die Vollendung dieser Variante auch der Wohnteil zumindest teilweise zerstört worden sein.

**(P) Teleologische Reduktion des § 306a I StGB, wenn der Täter zuvor in den Räumen nachschaut, um auszuschließen, dass Menschen sich darin befinden:**

**hM:** nur bei absolut lückenlosen Maßnahmen denkbar. Daher nur möglich bei Tatobjekten, die auf einen Blick übersehbar sind, wie z.B. einräumige Hütten oder Häuschen. Eine weitergehende Reduktion kommt nicht in Frage. Die Reduktion vernachlässigt die dogmatische Unterscheidung zwischen abstrakten und konkreten Gefährungsdelikten. Allenfalls ist ein milderer schwerer Fall nach § 306a III denkbar. Vor dem Hintergrund, dass §

306a ein abstraktes Gefährdungsdelikt ist, erscheint eine teleologische Reduktion ohnehin generell fraglich.

**Probleme bei der Nr. 3:**

Bsp. für erfasste Räumlichkeiten: Bauwagen, Theater, Werkshalle, Büro, geräumige Verkehrsmittel. Zur Tatzeit müssen sich Menschen in der Räumlichkeit aufzuhalten pflegen. Haben sie die Räumlichkeit zu ihrem Aufenthaltsmittelpunkt gemacht, greift Nr. 1 ein.

**b) Tathandlungen: wie bei § 306 (s.o)**

**2. subj. TB / Vorsatz: dolus eventualis**

**II. RW:** Einwilligung des Eigentümers nicht möglich!

**III. Schuld**

**C) Schwere Brandstiftung, § 306a II StGB**

Konkr. Gefährdungsdelikt. konkrete Gefahr („einen anderen Menschen“) erforderlich!

Opfer kann nach hM in Gefährdung einwilligen, so dass Strafbarkeit nach § 306a II entfällt!

**I. Tatbestand**

**1. obj. Tatbestand**

**a) Tatobjekt „eine in § 306 Abs. 1 Nr. 1 bis 6“ bezeichnete Sache**

Nach hL und BGH ist § 306a II StGB auf fremde, eigene und herrenlose Objekte der § 306 StGB bezeichneten Art anwendbar. Keine Verweisung auf „fremd“ in § 306 I. Nach aA hingegen deshalb § 306a II StGB nicht auf eigene und herrenlose, sondern nur fremde Sachen anwendbar.

**b) Tathandlung (wie bei §§ 306, 306a I)**

**c) Konkreter Gefährdungserfolg / Gefahrverwirklichungszusammenhang**

**aa) konkrete Gefahr bzgl. der Gesundheitsbeschädigung eines anderen Menschen**

obj. ex-post-Betrachtung: Sicherheit e. Person muss so stark beeinträchtigt sein, dass es nur noch vom Zufall abhing, ob ihre Gesundheit verletzt wurde o. nicht. Allein räuml. Nähe der Person zum Brand reicht nicht aus. Anforderungen dürfen aber auch nicht überspannt werden.

**bb) Gefahrverwirklichungszusammenhang**

Gefahr der Gesundheitsschädigung muss aus spezifischer Gefährlichkeit der Tathandlung (s.o.) folgen („dadurch“) -> ausr., dass sich Brandgefährlichkeit des Brandlegungsakts realisiert.

**2. subj. TB: zumindest dolus eventualis**

Der Vorsatz des Täters muss sich beim Absatz 2 auch auf die konkrete Gefahr der Gesundheitsschädigung beziehen (§ 18 gilt nicht). Liegt der Vorsatz



bzgl. der konkreten Gefahr nicht vor, sondern nur Fahrlässigkeit, so greift aber § 306 d I Var. 3 (erfolgsqualifiziertes Delikt).

Sofern weder Vorsatz bzgl. Tathandlung als auch konkreter Gefahr vorliegt, greift § 306d II.

## II. RW / III. Schuld

### D) Besonders schwere Brandstiftung, § 306b

**Deliktscharakter:**

**Absatz 1: Erfolgsqualifikation zu § 306 und § 306 a, § 18 gilt.**

**Absatz 2: Qualifikation, Vorsatz des Täters bzgl. der obj. Merkmale der Nr. 1 und 3 erforderlich (Nr. 2 ist eine rein subj. Qualifikation)**

#### Probleme der Erfolgsqualifikation des Absatz 1

**1) Schwere Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen; vgl. § 225 III Nr. 1**

-> physischer oder psych. Krankheitszustand, der die Gesundheit des Opfers ernstlich, einschneidend und nachhaltig (insb. langwierig, lebensbedrohend o. qualvoll) beeinträchtigt.

**2) Gesundheitsschädigung einer großen Zahl von Menschen:**

nach BGH jedenfalls (+) bei 14 (= Einwohnerzahl eines mittelgroßen Hauses), i.Ü. str.

**3) tatbestandsspezifischer Gefahrenzusammenhang**

Typisches Risiko der schweren Brandstift. muss sich im qualifizierenden Erfolg unmittelbar realisieren

#### Probleme der Qualifikationen des Absatz 2

**1) Nr. 1: anderen Menschen in die Gefahr des Todes bringen:**

Konkrete Todesgefahr (vgl. oben § 306 a II); typ. Brandstiftungsrisiko muss sich realisieren. Hierzu muss sich das Opfer aber nicht zur Tatzeit in den Räumlichkeiten aufhalten.

**2) Nr. 2: Ermöglichungs- oder Verdeckungsabsicht**

die in § 306 b II Nr.2 geforderte Absicht ist täterbezogenes besonderes persönliches Merkmal iSd § 28 II StGB

**a) Ermöglichungsabsicht**

Bzgl. des Erfolges der Brandstiftung und der zu ermöglichenden Tat reicht dolus ev. aus.

**(P) Restriktive Auslegung?**

Beispiel: A zündet sein Mietshaus an, um die Versicherungssumme zu kassieren. 3 Tage später zeigt er den Schaden seiner Versicherung an, die die Versicherungssumme auszahlt.

(1) eA: Nach der Vorstellung des Täters müssen die spezifischen Auswirkungen der gemeingefährlichen Situation (Verwirrung, Panik, etc.) die Begehung der anderen Tat begünstigen. Gefordert wird zudem ein naher örtlicher & zeitlicher Zshg. zw. Brandstiftung und anderer Tat. Die Ermöglichung eines Versicherungsbetruges fällt hiernach gerade aus dem Tatbestand.

Ferner würde sonst der Strafraumen des § 263 III 2 Nr. 5 StGB unterlaufen, der deutlich geringer ist (ab 6 Monate) als § 306 b II Nr. 2 (nicht unter 5 Jahren).

(2) hM: Keine restriktive Auslegung; ausreichend ist, dass der Täter bei seiner Tathandlung das Ziel verfolgt, die andere Tat, für die ihm die Brandstiftung nicht als notwendiges Mittel erscheinen muss, mindestens zu erleichtern. Argumentation:

-> Strafgrund ist die Verknüpfung von Unrecht mit weiterem Unrecht durch den Täter.

-> Auch die Ermöglichungsabsicht in § 211 u § 315 III Nr.1 b wird in dieser Weise interpretiert.

-> früher hatte die Vorgängervorschrift sogar einen Strafraumen von nicht unter 10 Jahren. Ferner hat man den Wortlaut von „ausnutzen“ in „ermöglichen“ verändert. Insofern hat der Gesetzgeber dem bekannten Streit bereits Rechnung getragen, so dass nunmehr eine restriktive Auslegung abzulehnen ist (§ 307 Nr. 2: *„Die schwere Brandstiftung (§ 306) wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren bestraft, wenn (...) 2. der Täter in der Absicht handelt, die Tat zur Begehung eines Mordes (§ 211), eines Raubes (§§ 249, 250), eines räuberischen Diebstahls (§ 252) oder einer räuberischen Erpressung (§ 255) auszunutzen ...“*).

### **Aufbau des § 306 b II Nr. 2**

#### **I. TB**

##### **1. obj.**

Erfüllung des obj. Tb des § 306 a

##### **2. subj.**

a) Vorsatz bzgl. des obj. TB

b) Ermöglichungsabsicht bzgl. einer anderen Straftat

**Hier ist inzident zu prüfen, ob das was der Täter beabsichtigt, auch strafbar ist**

-> im oben angeführten Fall § 263 V (+), auch rw Bereicherungsabsicht (+), gemäß § 81 VVG hat A keinen Anspruch auf die Summe. Auch das Regelbeispiel des § 263 III 2 Nr. 5 V ist verwirklicht. § 265 I StGB wird hingegen nicht ermöglicht, sondern gleichzeitig mit dem § 306 a StGB mitverwirklicht. Problematisch ist hier häufig die RW der Drittbereicherungsabsicht, wenn der Betrug zG eines Dritten begangen wird. Hier ist immer die Frage relevant, ob das Verschulden des Täters dem Versicherten im Rahmen des § 81 VVG zugerechnet werden kann, so dass dann der Anspruch aus dem Versicherungsvertrags ausgeschlossen wäre und daher die RW der Drittbereicherungsabsicht gegeben wäre. Dies ist möglich, wenn der Täter Repräsentant des Versicherten ist. **Hierzu bitte unbedingt lesen: BGH in L&L 07, S. 605f.!!!**

#### **II. RW / III. Schuld**

##### **b) Verdeckungsabsicht**

Bsp.: T hat O in dessen Mietwohnung getötet. Um alle Spuren an der Leiche zu beseitigen, übergießt T die Leiche mit Benzin und zündet sie an. Dabei nimmt T billigend in Kauf, dass die Wohnung und auch das Mietshaus in Brand geraten. Dies geschieht auch, allerdings befanden sich zur Tatzeit keine weiteren Menschen im Haus ->Strafbarkeit des T?

-> § 306 a I Nr. 1 (+), da Wohngebäude

-> § 306 b II Nr. 1 i.V.m. § 306 a I (-): Niemand geriet in konkrete Todesgefahr. Glaubte T, es befänden sich weitere Personen im Haus, kommt eine Versuchsstrafbarkeit in Frage.

-> § 306 b II Nr. 2 Var. 2 (+): Zwar handelte T bzgl. Inbrandsetzung des Wohngebäudes nicht mit Absicht, sondern nur mit dol. Ev.. Die für Erfolg kausale Tathandlung beging T aber gerade, um die Spuren der vorherigen Tötung des O zu beseitigen, also mit Verdeckungsabsicht.

### **3) Nr. 3: Verhindern/Erschweren des Löschens des Brandes**

Es muss wenigstens zu einer tats. Erschwerung des Löschens gekommen sein, bloße Erschwerungsabsicht reicht nicht aus. Zeitpunkt der Handlung i.S. der Nr. 3 ist unerheblich

## **E) Brandstiftung mit Todesfolge, § 306 c**

-> Erfolgsqualifiziertes Delikt

### **I. Tatbestand**

#### **1. Tatbestand des § 306a**

a) Obj. TB

b) Subj. TB

#### **2. Erfolgsqualifikation des § 306c**

a) Tod

b) **Kausalität zwischen Grundtatbestand und schwerer Folge**

Kausalität zwischen Brandstiftungshandlung nach den §§ 306-306 b u. dem Tod

c) **Tatbestandsspezifischer Gefahrezusammenhang**

Im Tod des anderen Menschen muss sich typ. Risiko der Brandstiftungshandlung realisieren. Hierzu muss sich Opfer nicht zur Tatzeit in den Räumlichkeiten aufhalten -> ausr., dass es sich im Wirkungsbereich des Brandes bzw. des (teilw.) zerstörten Obj. befindet.

#### **(P) selbst. Begeben des Opfers in Gefahrenbereich („Retterschäden“):**

eA: tatbestandsspezifischer Gefahrezusammenhang immer (-), kein brandtypisches Risiko

hM: tatbestandsspezifischer Gefahrezusammenhang regelmäßig (+), da dem Täter auch das Gelingen von Rettungsmaßnahmen zugutekäme. Ausnahme: Rettung ist sinnlos und mit offensichtlich unverhältnismäßigen Wagnissen verbunden, so dass sich Brandstiftung als bloße Veranlassung des Opfers zur freiwilligen Selbstgefährdung darstellt.

d) **wenigstens Leichtfertigkeit**

### **II. Rechtswidrigkeit**

III. **Schuld** insb. subj. Fahrlässigkeitsvorwurf bzgl. schwerer Folge

## **F) Fahrlässige Brandstiftung, § 306 d**

l) Tatbestände

-> Abs. 1 Var. 1: Fahrl. Begehung einer Brandstiftung nach § 306 I

-> Abs. 1 Var. 2: Fahrl. Begehung einer schw.Brandstiftung; § 306 a I

-> Abs. 1 Var. 3: Schw. Brandstiftung nach § 306 a II, wobei die konkrete Gesundheitsgefahr fahrl. verwirklicht wird (Vors.-Fahrl.-Komb.)

-> Abs. 2: Schwere Brandstiftung nach § 306 a II, die hinsichtlich Brandstiftung und konkreter Gesundheitsgefahr fahrlässig begangen wird (Fahrlässigkeits- / Fahrlässigkeitskombination).

## II) (P) Wertungswidersprüche

**Beachte: Diese Problematik ist äußerst speziell und sollte nur dargestellt werden, wenn der Sachverhalt darauf ausgerichtet ist.**

### 1) Beispiels- und Problemfälle:

a) A setzt **vorsätzlich** ein fremdes / eigenes Gebäude in Brand, das nicht unter § 306 a I fällt.

->Fremdes Gebäude: § 306 I Nr. 1 (+), Strafe: 1-10 Jahre

->Eigenes Gebäude: Strafflos

b) A setzt **vorsätzlich** ein fremdes / eigenes Gebäude in Brand, das nicht unter § 306 a I fällt und führt dadurch fahrlässig die konkrete Gefährdung eines anderen Menschen herbei.

->§ 306 d I Var. 3 unabhängig von Eigentumslage (+), Strafe: Geldstrafe oder Freiheitsstr. bis zu 5 J

**-> (P) Bei fremden Gebäude damit geringere Strafe als bei a), obwohl zusätzliches Unrecht**

c) A setzt **fahrlässig** ein fremdes / eigenes Gebäude in Brand, das nicht unter § 306 a I fällt.

-> Fremdes Gebäude: § 306 d Var. 1 (+), Strafe: Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 5 J

->Eigenes Gebäude: Strafflos

d) A setzt fahrlässig ein fremdes / eigenes Gebäude in Brand, das nicht unter § 306 a I fällt, und führt dadurch fahrlässig die konkrete Gefährdung eines anderen Menschen herbei.

->§ 306 d II unabhängig von der Eigentumslage (+), Strafe: Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 3 J

**-> (P) Bei fremden Gebäude damit geringere Strafe als bei c), obwohl zusätzliches Unrecht**

### 2) Lösungsansätze

**a) Verweis in § 306 a II auf § 306 I Nr. 1-6 bezieht sich nur auf eigene, herrenlose oder mit Einwilligung des Eigentümers angezündete Objekte (s.o.)**

**-> Auswirkung auf Fälle:**

**Fall b):** Fremdes Gebäude: § 306 d I Var. 3 greift nicht ein, da wegen der Fremdheit des Tatobjekts kein Fall des § 306 a II vorliegt. A ist strafbar gemäß § 306 I, wie in Fall a).

Eig. Gebäude: § 306 d I Var. 3 (+). geringere Strafe entspr. Tatsache, dass A kein fremdes Eigentum verletzt hat.

**Fall d):** Fr. Gebäude: § 306 d II (-), da wg. Fremdheit des Tatobj. kein Fall des § 306 a II vorliegt; strafb. gem. § 306 d I Var.1, wie in Fall c). Folge (P) zusätzliche fahrlässige Gefährdung bleibt unberücksichtigt

Eig. Gebäude: § 306 d II (+). geringere Strafe entspricht Tats., dass A kein fr. Eig. verletzt hat.

**b) Lösung auf Konkurrenzenebene:**

**Fall b):** fremde Gebäude: §§ 306 d I Var. 3, 306 I, 52 (Tateinheit/Idealkonkurrenz). Strafraum wird gem. § 52 II 1 dem § 306 I entnommen. (Dogmatisches Probl.: Tateinheit kommt an sich nicht infrage, da § 306 d I Var. 3 alle Elemente des § 306 I enthält, so dass § 306 I zurücktreten müsste.) / Eigenes Gebäude: § 306 d I Var. 3

**Fall d):** Fremdes Gebäude: §§ 306 d I Var. 1, 306 d II, 52 (Tateinheit/Idealkonkurrenz). Strafraum wird gem. § 52 II 1 dem § 306 d I entnommen. (Dogmatisches Probl.: Tateinheit kommt an sich nicht infrage, da § 306 d II alle Elemente des § 306 d I Var. 1 enthält, so dass § 306 d I Var.1 zurücktreten müsste) / Eigenes Gebäude: § 306 d II

## **F) Herbeiführen einer Brandgefahr, § 306 f**

I) **Abs. 1:** Einwilligungsfähiges konkr. Eigentumsgefährdungsdelikt

II) **Abs. 2:** „Spezifisches konkretes Gefährdungsdelikt“

Erforderlich ist ein doppelter Gefährerfolg:

- 1) Eintritt einer konkreten Brandgefahr an einem der in Abs. 1 genannten Objekte, ohne dass es auf die Eigentumslage ankommt.
- 2) Eintritt einer konkreten Lebens-, Gesundheits- oder Sachgefahr

## **G) Tätige Reue, § 306 e**

I) **Sinn der Vorschrift:** Wegen der frühen Vollendung scheidet ein Rücktritt nach § 24 häufig aus. Die Vorschrift soll aber einen Anreiz geben, weitere Schäden und Gefahren zu verhindern.

II) **Allgemeine Voraussetzungen**

1) **Freiwilligkeit:** Zu beurteilen nach den für § 24 entwickelten Kriterien (psychologisierende Beurteilung / normative Beurteilung)

2) Bevor ein erheblicher Schaden entstanden ist

a) Personenschäden:

Erheblicher Schaden ist eine KV, die über eine einfache KV i.S. des § 223 hinausgeht.

b) Sachschaden:

- BGH: Erst ab 2.500,- € (aA ca.700-800€).

- Insb. bei einer tätigen Reue in den Fällen der gemeingefährlichen Brandstiftungsdelikte ist aber v.a. auf die Relation zwischen bereits eingetretenem und verhindertem Schaden abzustellen.

3) Löschen des Brandes: Muss nicht notw. allein oder eigenhändig durch Täter geschehen.

III) **Analogien**

1) § 306 e ist nur auf die genannten §§ anwendbar, kann nicht auf § 306 f angewandt werden.

2) Falls das Löschen nicht die beste Möglichkeit zur Schadensverhinderung darstellt, sondern z.B. das Wecken von gefährdeten Personen, und der Täter diese Möglichkeit ergreift, ist über eine analoge Anwendung des § 306 e zu seinen Gunsten nachzudenken. Denkbar ist auch eine analoge Anwendung des § 314 a II, III.

## **H) Hinweise zu den Konkurrenzen**

I) § 306 verdrängt die §§ 303f.

II) § 306 I tritt nach der Rspr. hinter § 306 a I zurück, obwohl bei fremden Tatobjekten ein Klarstellungsinteresse bejaht werden könnte (so die wohl hL, welche Tateinheit annimmt). Die Fremdheit des Tatobjekts kann besser in der Strafzumessung (§ 46 II) berücksichtigt werden.

III) Tateinheit zwischen § 306 c und § 211 (Feuer ist gemeingefährliches Mittel) ist möglich.

## **Teil V: Aussagedelikte**

Geschützt von den §§ 153f. StGB ist die staatliche Rechtspflege. Bei den Aussagedelikte handelt es sich ferner um schlichte Tätigkeitsdelikte, da es keines Erfolges bedarf. Ferner sind Aussagedelikte eigenhändige Delikte, so dass weder Mittäterschaft noch mittelbare Täterschaft möglich ist. Um eine Strafbarkeitslücke im Bereich der mittelbaren Täterschaft zu schließen normiert § 160 StGB die Strafbarkeit des „mittelbaren Täters“.

## **A. Falsche uneidliche Aussage, § 153**

### **I. Tatbestand**

#### **1. Objektiver Tatbestand**

##### **a) -> Täter:**

Täter kann nur ein Zeuge oder ein Sachverständiger sein. Insofern handelt es sich um ein Sonderdelikt. Beschuldigte im Strafprozess und Parteien eines Zivilprozesses scheiden hier ebenso aus, wie der Betroffene im Untersuchungsausschuss. Auch der Dolmetscher soll als Verfahrensbeteiligter sui generis (vgl. § 185 GVG) nicht erfasst sein.

##### **b) ->Falschheit der Aussage:**

**Objektive Theorie (h.M.):** Falsch ist hiernach eine Aussage, wenn sie mit der Realität nicht übereinstimmt. Sagt der Täter etwas obj. Falsches aus, ist er aber davon überzeugt, dass diese Aussage der Realität entspricht, so fehlt ihm der Vorsatz (evtl. § 163!). Auch hiernach ist eine Aussage jedoch dann nicht falsch, wenn Aussagender deutlich macht, nur unsichere Erinnerung zu reproduzieren

**Gegenstand** der Aussage, auf den sich die Wahrheitspflicht bezieht:

- Gegenstand der Aussage können äußere und innere Tatsachen, beim Sachverständigen auch Werturteile sein. Gegenstand der Vernehmung ergibt sich im Strafprozess aus dem Vertrautmachen des Zeugen mit dem Untersuchungsgegenstand (§ 69 StPO), im Zivilprozess aus dem Beweisbeschluss (§§ 358, 359 ZPO). Der Gegenstand der Vernehmung kann jedoch durch Fragen des Richters o. einer Prozesspartei jederzeit innerhalb der angeklagten Tat im prozessualen Sinn erweitert werden.
- Im Gegensatz zum Sachverständigen bezieht sich die Wahrheitspflicht des Zeugen auch auf die Angaben zur Person (vgl. § 68 StPO, § 395 ZPO)!
- **Achtung:** Der Aussagende hat ungefragt alle Tatsachen zu äußern, die mit dem Gegenstand der Vernehmung in untrennbarem Zusammenhang stehen und für das Beweisthema erkennbar von Bedeutung sind. Tut er dies nicht, so ist seine Aussage unvollständig und damit falsch! Es liegt also hier kein unechtes Unterlassungsdelikt vor, da der Täter ja handelt (nur eben unvollständig).

**Wichtig:** Es hilft dem Zeugen auch nicht, wenn er sich insoweit später auf ein ihm zustehendes Zeugnisverweigerungsrecht beruft, da er deutlich machen muss, wenn er sich dessen bedienen will.

- Spontane Äußerungen eines Zeugen, die für die Entscheidung erhebl: sein können, aber außerhalb des Vernehmungsgegenstandes liegen, werden nach hM von der Wahrheitspflicht nur erfasst, wenn sie nach e. nachträgl. Erweiterung des Beweisthemas aufrechterhalten werden.

**Beachte:** Glaubt der Täter hingegen, dass auch eine solche Äußerung von der Wahrheitspflicht erfasst sei, so handelt es sich nach richtiger An-

sicht um ein strafloses Wahndelikt und nicht um einen untauglichen Versuch, da der Täter die Sachlage richtig erfasst, nur den Strafbarkeitsrahmen der §§ 153 ff überspannt.

### **c) -> Zuständige Stelle:**

Es muss sich um eine staatl. Stelle handeln und die Zuständigkeit dieser Stelle für die eidliche Vernehmung muss gerade für das fragliche Verfahren gesetzlich vorgesehen sein.

- **(+):** Staatliche (nicht private) Gerichte, parl. Untersuchungsausschüsse.
- **(-):** StA (§ 161a I S.3 StPO), Polizei, Referendare, Rechtspfleger
- **Beachte:** Geht der Betroffene davon aus, dass die StA auch zur Abnahme von Eiden zuständig sei, so ist die Annahme eines straflosen Wahndeliktes gut vertretbar.

### **(P) Vollendung:**

Vollendet ist die Tat mit dem Abschluss der Aussage – also sobald der Ausagende nichts mehr zu bekunden und kein Verfahrensbeteiligter mehr fragen an ihn stellen will und sich gewöhnlich die Frage der Vereidigung stellt. Bis dahin kann die Aussage korrigiert werden, danach gilt § 158. Wird die Aussage rechtzeitig korrigiert, so bleibt der Täter straflos, da der Versuch des § 153 nicht strafbar ist.

### **(P) Auswirkungen von Verfahrensfehlern auf die Strafbarkeit**

Nach h.M. kein Entfallen der Strafbarkeit gem. §§ 153f. Dies soll auch dann gelten, wenn die Aussage auf Grund des Fehlers unverwertbar ist. Allerdings soll bei allerschwersten Verfahrensfehlern eine Ausnahme gelten (z.B. Fehler bei der Eidesleistung, allergrößte Zuständigkeitsmängel, Verstöße gegen § 136a StPO). Aber idR wird ein minder schwerer Fall gem. § 154 II vorliegen (sog. Strafzumessungslösung).

Nach a.A. ist zumindest bei einem Verw. verbot schon der TB ausgeschlossen, da bei Unverwertbarkeit keine Gefährdung des geschützten Rechtsgutes – staatliche Rechtspflege – anzunehmen sei und zudem die Einheit der Rechtsordnung eine einheitliche Bewertung gebiete (sog. Tatbestandslösung).

## **2. Subjektiver Tatbestand**

Täter muss zumindest dolus ev. bzgl. der Unwahrheit/ Unvollständigkeit der Aussage, auf die sich die Wahrheitspflicht erstreckt, sowie bezüglich der Zuständigkeit der handelnden Stelle haben.

**Beachte:** Umstritten ist, wie der Fall zu behandeln ist, wenn ein Zeuge z.B. nicht weiß, dass sich die Wahrheitspflicht auch auf die Angaben zur Person bezieht und gibt er aus Eitelkeit ein falsches Alter an. Überzeugenderweise müsste dann ein tatbestands-ausschließender Irrtum gem. § 16 I vor angenommen werden (grds. dann an § 161 denken, nicht aber bei § 153!). Nach der überwiegenden Rspr. ist dies jedoch ein Rechtsirrtum, der gem. § 17 StGB zu behandeln ist. Ein solcher Irrtum wird dann regelmäßig vermeidbar sein, es sei denn die Belehrung ist fehlerhaft gewesen.

## **II. Rw und Schuld**

### **III. Strafmilderung/ Absehen von Strafe § 157, § 158:**

**Wichtig:** § 157 gilt nach hM nicht für die Partei im Zivilprozess und Teilnehmer, insb. nicht für den Anstifter, auch wenn dieser bei wahrer Aussage Strafverfolgung fürchten muss (anders bei § 158)!

## **B. Meineid, § 154**

-> § 154 ist im Verhältnis zu § 153 eine Qualifikation und damit ein Spezialtatbestand, jedoch nur sofern § 153 greift. Für die Partei im Zivilprozess und den Dolmetscher ist § 154 daher ein eigenständiger Tb.

-> Da § 154 ein Verbrechen ist, ergibt sich die Versuchsstrafbarkeit aus §§ 12 I, 23 I.

-> Versuch beginnt mit dem Beginn des Sprechens der Eidesformel. Vollenendet und zugleich beendet ist die Tat mit vollständiger Ableistung des Eides.

### **I. Tatbestand**

#### **1. obj. TB**

**Täter:** Täter kann, mit Ausnahme des Beschuldigten selbst (wird er vereidigt geht auch die h.M. von einem groben Verfahrensfehler aus, so dass schon der Tatbestand entfällt, vgl. oben), nach h.M. jeder sein, der auf Grund seiner Verstandesreife eine genügende Vorstellung von der Bedeutung des Eides besitzt (hier zeigt sich die konsequente Anwendung der Strafzumessungslösung bei Verfahrensfehlern). Nach a.A. kann Täter nur ein Eidesmündiger iSd § 60 StPO sein.

**Tathandlung:** Beschwören einer falschen Aussage. Beachte § 155. Bezüglich des Gegenstandes auf den sich der Eid bezieht gilt das oben zu § 153 Gesagte entsprechend.

**Zuständige Stelle:** Es gilt das zu § 153 Gesagte entsprechend.

#### **2. subj. TB**

**Vorsatz** Auch hier reicht dolus eventualis. Dieser Vorsatz muss sich grds. auch darauf erstrecken, dass sich der ihm abverlangte Eid gerade auf den falschen Teil der Aussage bezieht. Beachte: Jedoch ist auch hier umstritten, wie der Fall zu behandeln ist, wenn ein Zeuge z.B. nicht weiß, dass sich die Eidespflicht auch auf die Angaben zur Person bezieht und gibt er aus Eitelkeit ein falsches Alter an. Überzeugenderweise müsste dann ein tb-ausschließender Irrtum gem. § 16 I vor angenommen werden (wobei jedoch dann § 161 einschlägig wäre). Nach der überwiegenden Rspr. ist dies jedoch ein Rechtsirrtum, der gem. § 17 StGB zu behandeln ist. Ein solcher Irrtum wird dann regelmäßig vermeidbar sein, es sei denn die Belehrung ist fehlerhaft gewesen.

### **II. Rw. Schuld**

**III. Strafmilderung/ Absehen von Strafe** zu §§ 157, 158 siehe bei § 153.

## **C. Falsche Versicherung an Eides Statt, § 156**

### **I. Tatbestand**

#### **1. obj. TB**

**Zuständige Stelle:** Ähnlich wie bei §§ 153, 154 muss die Stelle nicht nur allg. für die Abnahme von eidesstattlichen Versicherungen zuständig sein, sondern die eidesstattliche Versicherung muss auch über den konkr. Gegenstand in dem konkreten Verfahren zulässig und nicht völlig wirkungslos (zB eV des Beschuldigten im Strafverfahren) sein.

In der Praxis steht die Zuständigkeit der Gerichte im Vordergrund, wo die eidesstattliche Versicherung ein wichtiges Mittel der Glaubhaftmachung tat-



sächlicher Behauptungen ist (vgl. §§ 294, 920 II, 936 ZPO; 26 II, 45 II, 56, 74 III StPO; 123 VwGO). Wichtig sind sie insb. iRd Zwangsvollstreckung, wo sie auch als Ersatz für den Offenbarungseid Anwendung gefunden haben (vgl. § 807 ZPO).

**Umfang und Grenzen der Wahrheitspflicht:** Bestimmen sich nach dem Verfahrensgegenstand und den Regeln des jeweiligen Verfahrens. So erstreckt sich die Wahrheitspflicht iRd § 807 ZPO nur auf die von § 807 ZPO geforderten Angaben.

**2. subj. TB: Vorsatz!** Das zu § 153 Gesagte gilt entsprechend.

#### II. Rw, Schuld

**III. Strafmilderung/ Absehen von Strafe:** Bei § 156 findet nur § 158, nicht aber § 157, Anw.

### **D. Versuch der Anstiftung zur Falschaussage, § 159**

Ausn. zu § 30 I, nach dem grds. der Versuch der Anstiftung nur bei Verbrechen strafb. ist. Um die aus dieser Regelung resultierenden Bedenken zu mildern, soll nach Rspr. § 159 nur Anwendung finden, wenn die in Aussicht genommene Haupttat im Falle ihrer Begehung tatsächlich den Tb der §§ 153, 156 voll verwirklicht hätte (also § 159 bei untauglichem Versuch (-)).

Achtung: kein Verweis auf § 30 II StGB!!!

#### I. Vorprüfung

Anstiftung darf nicht zum Erfolg geführt haben. Warum dies der Fall ist (z.B. weil der Anzustiftende schon zur Tat entschlossen ist, gutgläubig falsch oder sogar die Wahrheit aussagt) ist egal.

Strafbarkeit ergibt sich für § 153/§ 156 über §§ 159 iVm 30 I, 31. Bei § 154 gilt § 30 direkt!

#### II. Tatentschluss

Es muss der doppelte Anstiftervorsatz (zumind. dolus eventualis) vorliegen:

-> Vorsatz bzgl. der Haupttat bedeutet, dass der Täter sich vorstellt, dass die Beweisperson vors. falsch aussagt. Die Schuldfähigkeit ist wg. der limitierten Akzessorietät nicht relevant.

->Vorsatz bzgl. des Hervorrufens des Tatentschlusses.

#### III. Unmittelbares Ansetzen

#### IV. Rw, Schuld

**V. Rücktritt: Es gilt über § 159 die Regelung des § 31 I Nr.1, II.**

### **E. Verleitung zur Falschaussage, § 160**

#### Allgemeines

Da bei den Aussagedelikten weder Mittäterschaft noch mittelb. T. mögl. ist, versucht § 160 die im Bereich der mittelb. Täterschaft entstehenden Strafbarkeitslücken zu schließen. § 160 erfasst allerdings nicht alle Fälle, die nach den Grds. des AT unter die mittelb. Täterschaft fallen.

Vielmehr ist § 160 wegen der äußerst geringen Strafandrohung nach hM subsidiär. Er greift

daher nur ein, wenn die Tat nicht auch als Anstiftung o. Anst.zum Vers. eingestuft werden kann

**Faustregel:** § 160 (+), wenn der Tatveranlasser die Aussageperson für gutgl. gehalten hat.

### **I. Tatbestand**

Fall der mittelbaren Täterschaft! Der Verleitungsvorsatz muss die Verwirklichung des obj. Unrechts-TB umfassen und darauf gerichtet sein, dass der zu Verleitende gutgläubig aussagen soll.

### **Folgende Irrtumskonstellationen sind denkbar**

#### **1) Aussagender handelt – entgegen der Vorstellung der Verleitenden – vorsätzlich.**

In diesem Fall scheidet eine Bestrafung des Verleitenden wegen Anstiftung aus, da ihm auf Grund der Annahme, dass der Aussagende gutgläubig sei, der Anstiftersvorsatz fehlt.

Achtung: Der (umstr.) Grds., dass im Vorsatz des mittelbaren Täters der Anstiftersvorsatz als minus enthalten sei, kann hier keine Anwendung finden. Denn er beruht auf dem Gedanken, dass die Anstiftung ggüb. der mittelb. Täters. das mildere Delikt ist. Das ist hier im Verhältnis § 160 zu §§ 153ff, 26 wegen der niedrigen Strafdrohung des § 160 gerade nicht der Fall.

**hM/BGH:** Trotz Bösgl.keit des Aussagendenvollendeter § 160, da die Tatvollendung nicht daran scheitern dürfe, dass der Verleitete in subj. Hinsicht mehr tut als er tun sollte.

aA: nur Versuchsstrafbarkeit gem. § 160 II, da es nicht zu der eigentlich beabsichtigten (gutgläubigen) Tat kam. Für diese Ansicht spricht auf jeden Fall die Dogmatik, da hier obj. und subj. Tb auseinanderfallen, was gerade typisch für den Versuch ist. Ferner fehlt es in dieser Konstellation an dem für die mittelbarer Täterschaft typischen Defekt des Vordermanns.

#### **2) Entgegen Vorstellung des Verleitenden ist Aussagende nicht bösgl., sondern gutgl..**

In diesem Fall kommt e.Anstiftung mangels vors. Haupttat nicht in Frage. § 160 scheidet aus, da der Verleitende von einem bösgl. Aussagenden ausging. Es ergibt sich aber bei § 154 direkt, bei § 153, 156 über § 159 eine Strafbarkeit wegen versuchter Anstiftung (§§ 30 I, 159).

### **II. Rw, Schuld**

### **F. Fahrlässiger Falscheid/**

falsche Versicherung an Eides Statt, § 161

Die Sorgfaltspflichtverletzung kann sich bei einem Zeugen vor allem folgendermaßen ergeben:

- Es fehlt aus Nachlässigkeit an der gebotenen Anspannung des Gedächtnisses
- erkennbare Fehlerquellen bzgl. Wahrnehmungsmöglichkeiten werden nicht berücksichtigt
- bei Zweifeln über den Umfang der Wahrheits- und Eidespflicht wird nicht der Richter befragt.

Beachte: Nach der hM ist bei der obj. Fahrlässigkeit auf eine Durchschnittsperson aus dem Verkehrskreis des Täters abzustellen, Daher haben nach hM Zeugen in amtlicher Stellung (z.B. Polizeibeamter), Sachverständiger, Prozessparteien und der zur Offenbarung seines Vermögens verpflichtete

Schuldner eine Informationspflicht vor der Aussage. Ansonsten besteht besteht grds. keine Vorbereitungspflicht für den Aussagenden.

Pers. Strafaufhebungsgrund in § 161 II 1 mit Verweis auf § 158 II und III. § 157 gilt hier nicht.

Konkurrenzen: Fahrlässige Eidesverletzung geht in vorsätzlicher (§ 154) auf. Da sich § 161 nicht auf § 153 bezieht ist Tateinheit mit § 153 möglich!

### **G. Sonderproblem: Beihilfe durch Unterlassen**

Für die Beihilfe zu den Aussagedelikten durch aktives Tun gelten keine Besonderheiten.

Beachte: Aus dem Bereich der strafb. Teilnahme fallen jedoch alle Verursachungs- und Förderungsbeiträge heraus, die in prozessordnungsgemäßen Handlungen bestehen (was die StPO explizit gestattet, kann nach mat.R auch im Bereich der Aussagedelikte nicht unter Strafe gestellt sein).

**Str. ist aber, wann Beihilfe durch Unterlassen kraft Garantenstellung anzunehmen ist:**

- Anerkannt ist, dass der Zeuge proz. unter eigener Verantwortung steht. Garantenstellung e. Prozesspartei lässt sich daher nicht allein mit ihrer Wahrheitspfl. (vgl. §138 ZPO) begründen.
- Aufgegeben ist die Ansicht, nach der eine Prozesspartei eine in ihrer Gegenwart stattfindende Falschaussage schon dann verhindern müsse, wenn sie durch ihr wahrheitswidriges Bestreiten die Vernehmung eines vom Prozessgegner benannten Zeuge veranlasst hat.
- Garantenstellung wird heute bejaht, wenn der Verfahrensbeteiligte den Zeugen pflichtwidrig in eine bes., dem Prozess nicht mehr eigentümliche (inadäquate) Gefahr der Falschaussage gebracht hat. Wann das der Fall ist, ist sehr umstr.. Man wird dies jedoch wohl zumindest dann ablehnen können, wenn der potenzielle Gehilfe sich rechtmäßig i.S.d. der StPO verhalten hat (keine Ingerenz bei rm Verhalten).

## **Ferner können in der Klausur als typische Folgedelikte auch zu prüfen sein:**

### **H. Falsche Verdächtigung, § 164**

Rechtsgut der falschen Verdächtigung ist die inländische staatliche Rechtspflege, da die ungerechtfertigte Beanspruchung und Irreführung der Verfolgungsbehörden verhindert werden soll, sowie der betroffene Einzelne, der vor ungerechtfertigter staatlicher Verfolgung geschützt werden soll.

#### **I. Tatbestand**

##### **1. obj. TB**

**a) zuständige Stelle:** Behörde (vgl. § 11 I Nr. 7 StGB: auch Gerichte); **zur** Entgegennahme von Anzeigen zuständiger Amtsträger; Militärischer Vorgesetzter oder öffentlich.

**b) Tathandlung** Diese muss sich auf eine rechtswidrige Tat (vgl. § 11 Nr. 5 StGB = Straftat); die Verletzung einer Dienstpflicht oder andere Verhaltensweisen, die für das Tatopfer negative Rechtsfolgen auslösen (§ 164 II StGB z.B. Verwaltungsverfahren, Bußgeldbescheid) beziehen.

Dies ist in zwei Alternativen möglich:

- (1) Verdächtigen (Abs. 1): Verhalten, durch das ein Verdacht hervorgerufen oder verstärkt wird. Dabei muss die Verdächtigung objektiv unwahr sein. Möglich durch: ausdrückliche oder konkludente Tatsachenaussage, Schaffung einer verdächtigen Beweislage oder Unterlassen in Garantstellung.
- (2) Aufstellen einer – unwahren – sonstigen Behauptung tatsächlicher Art (bei § 164 II StGB)

**(P) Angabe unwahrer Tatsachen gegenüber einem an sich Schuldigen**

Nach dem **BGH (Beschuldigtentheorie)** ist es notwendig, dass der Täter einen anderen zu Unrecht der Begehung einer rechtswidrigen Tat beschuldigt.

Nach anderer Ansicht, **sog. Unterbreitungstheorie**, ist ausreichend, dass vorgebrachte Verdachtstatsachen oder sonstigen Beweismaterialien falsch sind.

Das BVerfG hat (in L&L 2008 S. 312f.) festgestellt, dass es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, wenn ein Strafgericht bei der Anwendung des § 164 I StGB – anders als der BGH - der so genannten Unterbreitungstheorie (Gegensatz: Beschuldigungstheorie) folgt, d.h. davon ausgeht, dass sich die Unwahrheit der Verdächtigung nur auf die dem Adressaten unterbreiteten Tatsachen beziehen muss, ohne dass es auf die Schuld oder Unschuld des Verdächtigen ankommt. In der zugrundeliegenden Entscheidung hatte ein Rechtsanwalt eine Strafanzeige für seinen Mandanten gestellt und dabei (nur) wahrheitswidrig behauptet, dass der Anzeigende nicht vorbestraft ist.

**Beachte, dass nach hM die Strafbarkeit entfällt, wenn der Beschuldigte die Tat tatsächlich begangen hat.**

**(P) Selbstbegünstigung bei gleichzeitiger (konkludenter) Fremdverdächtigung**

Wer nur die Aussage verweigert macht sich nicht strafbar. Dies gilt auch für das bloße Abstreiten der Tat, selbst wenn der Verdacht damit zwangsläufig auf einen anderen fällt. Umstritten ist der Fall, wenn der Täter lediglich das ausspricht, was sich bei einem Leugnen ohnehin aufdrängen würde. Dies wird aber von der hM noch als straffrei erachtet

**2. Subjektiver Tatbestand:**

- > dol. ev. bzgl. der zuständigen Stelle und des anderen Betroffenen
- > wider besseren Wissens bzgl. der Unwahrheit der Verdächtigung (Abs.1) oder dem Aufstellen falscher Behauptungen (Abs. 2).
- > „Absicht“ ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen das Tatopfer herbeizuführen oder fort dauern zu lassen (nach h.M. dol. dir. 2 Grades ausreichend)

**II./ III. Rechtswidrigkeit und Schuld**

**IV. (P) Anwendung der §§ 158, 258 V, VI StGB analog**

Nach h.M. kann ist § 158 StGB anwendbar, nicht aber §§ 258 V, VI StGB.

**I. Vortäuschen einer Straftat § 145d**

Rechtsgut ist die innerstaatliche Rechtspflege und die Verfolgungsorgane.

**I. Tatbestand**

### **1. obj. TB**

Tathandlung ist das Vortäuschen einer begangenen oder bevorstehenden Tat gegenüber einer zuständigen Stelle. Vortäuschen ist das Erregen oder Verstärken des Verdachts einer rechtswidrigen Tat durch (konkludente) Tatsachenbehauptung, das Schaffen einer verdachtserregenden Beweislage oder die Selbstbezeichnung. § 145d ist dabei ein Tätigkeits- und kein Erfolgsdelikt, so dass es nicht erforderlich ist, dass es tatsächlich zu Ermittlungen kommt.

#### **(P) Tat wurde tatsächlich begangen, Täter täuscht schwerere vor**

**Rspr.:** keine Strafbarkeit bei bloßen Übertreibungen, aber strafbar, wenn eine völlig andere Tat oder ein erheblich schwereres Delikt vorgetäuscht wird

**hL:** zumindest strafbar, wenn statt einem Vergehen ein Verbrechen behauptet wird

#### **(P) Strafbarkeit nach § 145d II StGB, wenn Verdacht auf einen anderen gelenkt wird:**

Jedenfalls keine Strafbarkeit, wenn der Verdacht lediglich vom Täter abgelenkt wird. Ebenso wenig ist das bloße Leugnen der Tat strafbar. Hingegen ist der § 145d StGB einschlägig, wenn Strafanzeige gegen Unbekannt gestellt wird und konkrete Hinweise gegeben werden, in Wirklichkeit aber nichts dergleichen passiert ist oder passieren wird (= uneigentliches Amtsdelikt).

### **2. Subjektiver Tatbestand.**

### **II./ III. Rechtswidrigkeit und Schuld**

## **J. Strafvereitelung § 258 / Strafvereitelung im Amt**

### **§ 258a**

Geschütztes Rechtsgut der Strafvereitelung ist die innerstaatliche Strafrechtspflege.

#### **I. Tatbestand**

##### **1. obj. TB**

Die Strafvereitelung ist in drei Alternativen verwirklichbar:

**a) § 258 I StGB:** Strafvereitelung. Hierunter sind Maßnahme zu fassen, die verhindern, dass ein anderer wegen einer von ihm begangenen rechtswidrigen Tat verurteilt wird.

Unter **Vereiteln** ist dabei ein Verhalten zu verstehen, welches bewirkt, dass der staatliche Strafanspruch ganz oder zum Teil endgültig oder für geraume Zeit nicht durchgesetzt werden kann. Dabei muss es sich um eine tatsächlich begangene Tat handeln. **Achtung:** Hier kann ggf. inzident zu prüfen sein, ob wirklich eine rechtswidrige Tat eines anderen vorliegt.

Begünstigter muss **ein anderer** sein. Die Selbstbegünstigung ist folglich nicht strafbar. Hierzu gibt es Sonderregeln in § 258 V StGB, wenn neben einem anderen auch eine eigene Straftat verdeckt werden soll.

Durch das Vereiteln muss entweder die Bestrafung wegen einer rechtswidrigen Tat (vgl. § 11 I Nr. 5 StGB) oder die Verhängung einer Maßnahme (vgl. § 11 I Nr. 8 StGB) verhindert werden

##### **(P) Strafvereitelung durch Strafverteidiger**

Auch ein Strafverteidiger kann sich im Rahmen einer Strafverteidigung einer unzulässigen Strafvereitelung strafbar machen, da er auch Organ der Rechtspflege ist. Dies ist mitunter ein schmaler Grad. Der Verteidiger darf zwar grundsätzlich alles tun, was in gesetzlich nicht zu beanstandender Weise seinem Mandanten nützt. Er hat sich aber jeder aktiven Verdunkelung oder Verzerrung des Falles zu enthalten, insbesondere darf er dem Mandanten oder Zeugen nicht aktiv zum Lügen anraten

**b) § 258 II StGB:** Vollstreckungsvereitelung: Maßnahme, die verhindert, dass eine gegen einen anderen verhängte Strafe vollstreckt wird.

Hierbei ist ein absolutes Standardproblem die Bezahlung fremder Geldstrafen. Nach hM liegt eine Strafvereitelung nur dann vor, wenn die zwangsweise Beitreibung der Geldstrafe behindert, nicht aber, wenn eine fremde Geldstrafe bezahlt wird.

**c) § 258a StGB:** Strafvereitelung im Amt: Straf- oder Vollstreckungsvereitelung, die von einem Amtsträger (vgl. § 11 I Nr. 2 StGB) begangen wird (= uneigentliches Amtsdelikt).

**2. Subjektiver TB:** dolus directus 1. oder 2. Grades erforderlich

#### **II./ III. Rechtswidrigkeit und Schuld**

**Beachte den besonderen Strafausschließungsgrund aus § 258 VI** („Wer die Tat zugunsten eines Angehörigen begeht, ist straffrei“). Allerdings können natürlich typische Folgedelikte des Angehörigen wie etwas §§ 153f, 164, 145d StGB zum Tragen kommen.

## Teil VI: Straßenverkehrsdelikte

### **A. Gefährdung des Straßenverkehrs, § 315c StGB**

Beachte: Oftmals werden im Zusammenhang mit Straßenverkehrsdelikten auch Ordnungswidrigkeiten vorliegen. Hier ist § 21 Abs.1 OWiG zu beachten, nach dem in diesem Falle nur die strafrechtlichen Delikte verfolgt werden. Im Examen ist die Prüfung aber regelmäßig auf das StGB begrenzt.

Im Rahmen des § 315c ist zwischen der Fahruntüchtigkeit (Nr. 1 idR wegen Alkohol) und den sieben Todsünden des Straßenverkehrs (Nr. 2) zu differenzieren.

#### **Aufbau § 315 c Abs. 1 Nr. 1**

##### **I. Tatbestand**

###### **1. Obj. Tb**

###### **a) Tathandlung des § 315 c Abs. 1 Nr. 1**

Führen eines Fahrzeuges im Straßenverkehr/ eigenhändiges Delikt  
→ **und dabei** Fahruntüchtigkeit

###### **b) dadurch (!) konkrete Gefährdung**

###### **2. subj. Tb**

-> grds Vorsatz bzgl. aller obj. TBM, insb. auch bzgl. Fahruntüchtigkeit und konkreter Gefährdung -> auch in Vorsatz-Fahrl.-Komb. bzw. als Fahrl.-Delikt § 315 c Abs. 3 Nr. 1,2 mögl. (Aufbau s. AT).

##### **II. Rechtswidrigkeit**

##### **III. Schuld**

#### **Aufbau § 315 c Abs. 1 Nr. 2**

##### **I. Tatbestand**

###### **1. Obj. Tb**

###### **a) Tathandlung des § 315 c Abs. 1 Nr. 2**

Führen eines Fahrzeuges im Straßenverkehr/ eigenhändiges Delikt  
→ **und dann** grob verkehrswidrige Verwirklichung einer der „sieben Todsünden“ des Straßenverkehrs

###### **b) dadurch (!) konkrete Gefährdung**

###### **2. subj. Tb**

-> grds Vorsatz bzgl. aller obj. TBM, insb. auch bzgl. Fahruntüchtigkeit und konkreter Gefährdung -> auch in Vorsatz-Fahrl.-Komb. bzw. als Fahrl.-Delikt § 315 c Abs. 3 Nr. 1,2 mögl. (Aufbau s. AT).

##### **II. Rechtswidrigkeit**

##### **III. Schuld (Nur bei Nr.2: Rücksichtslos - alternativ im subj.TB)**

#### **Probleme bei § 315c Abs. 1 Nr. 1 oder 2 im Einzelnen:**

##### **I. Tatbestand**

###### **1. Obj. Tb**

->**Täter** kann nur sein, wer das Fahrzeug führt; d.h., wer es (egal, ob mit oder ohne Motorkraft) unmittelbar in Bewegung setzt oder hält. Es handelt sich also um ein Sonderdelikt in Form eines eigenhändigen Deliktes (Mittäterschaft/mittelb. Täterschaft nicht möglich). Teilnahme ist aber natürlich möglich.

Beachte: Auch Fahrräder werden von diesem Tatbestand erfasst!

-> **Straßenverkehr** ist nur der öff. Verkehr, d.h. der auf Wegen und Plätzen stattfindet, die jedermann o. allg. bestimmten Gruppen zur Benutzung offen stehen (das können z.B. auch priv. Parkplätze sein!).

#### **a) Tatbestandsalternative des § 315 c Abs. 1 Nr.1 oder Nr. 2**

##### **-> Tatbestandsalternative des § 315 c Abs.1 Nr.1:**

Es muss bei dem sehr examensrelevanten Buchstaben a) eine rauschbedingte Fahruntüchtigkeit vorliegen.

- Fahruntüchtigkeit ist gegeben, wenn der Fahrer nicht fähig ist, eine längere Strecke so zu steuern, dass er den Anforderungen des Straßenverkehrs so gewachsen ist, wie es von einem durchschnittlichen Fahrer zu erwarten ist.
- Beim Alkoholrausch sind dabei folgende Stadien zu unterscheiden:
  - Absolute Fahruntüchtigkeit liegt bei allen Kraftfahrzeugen bei einer Blutalkoholkonzentration von 1,1 o/oo vor. Es bedarf kann keiner weiteren äußerl. Anzeichen der Trunkenheit (sog. unwiderlegbare Vermutung).  
Beachte: Es ist auch ausr., dass sich zum Tatzeitpunkt z.B. aufgrund eines sog. Sturztrunkes eine Alkoholmenge im Körper befindet, die sich erst später zu einer solchen BAK entwickelt.
  - Absolute Fahruntüchtigkeit liegt bei Fahrrädern erst bei einer Blutalkoholkonzentration von 1,6 o/oo vor.
  - Absolute Fahruntüchtigkeit liegt nach hM bei bei Sportbooten nunmehr auch bei einer Blutalkoholkonzentration von 1,1 o/oo (früher teilweise 1,3 o/oo) vor.
  - Relative Fahruntüchtigkeit wird bei allen Fahrzeugen ab 0,3 o/oo angenommen. Hier bedarf es zur Annahme der Fahruntüchtigkeit zusätzlich sog. alkoholbedingter Ausfallerscheinungen, die jeweils sorgfältig im Einzelfall zu ermitteln sind.

Beachte: Fehler macht jeder mal! Daher muss geprüft werden, ob der Fahrer im nüchternen Zustand anders reagiert hätte, um eine **alkoholbedingte Ausfallerscheinung** annehmen zu können. Klassiker sind dabei das sog. enthemmte Fahren (also mit hoher Geschwindigkeit) oder das Fahren von „Schlangenlinien“

##### **->Tatbestandsalternative des § 315 c Abs.1 Abs.1 Nr.2:**

Nr.2 zählt die „sieben Todsünden“ des Straßenverkehrs abschließend auf. Zusätzlich muss der Täter grob verkehrswidrig (obj. Element) **und** rücksichtslos (umstr., ob dieses Merkmal im subj. Tatbestand oder als besonderes Schuldmerkmal oder in der Schuld geprüft. Hier sollte man mal wieder nicht den Aufbau erklären, sondern einfach nach seiner Überzeugung verfahren) handeln:

->**Grobverkehrswidrig** ist ein Verhalten, wenn es sich obj. als besonders schwerer Verstoß gegen eine Verkehrsvorschrift und die Sicherheit des Straßenverkehrs darstellt. Die bloße Schaffung einer konkreten Gefahr reicht nicht!

-> **Rücksichtslos** handelt, wer sich aus eigensüchtigen Gründen über seine Pflichten gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern hinwegsetzt oder aus Gleichgültigkeit von vornherein Bedenken gegen sein Verhalten nicht aufkommen lässt und unbekümmert drauflosfährt.

#### **b) Konkrete Gefährdung**

Konkrete Gefährdung von Leib und Leben eines anderen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert (ab Verkehrswert von ca. 750 Euro) muss durch die Tat handlung verursacht werden.

Eine **konkrete Gefährdung** liegt nach dem BGH vor, wenn der Eintritt des Schadens wahrscheinlicher war als dessen Ausbleiben, es also nur vom Zufall abhing, ob das Rechtsgut verletzt wird oder nicht („Beinahe-Unfall“).



**Wichtig:** Zur Verwirklichung des Tatbestandes des § 315c StGB muss – über den Gesetzeswortlaut hinaus – einer fremden Sache von bedeutendem Wert auch ein bedeutender Schaden gedroht haben.

**(P) Konkr. Gefährdung eines Mitfahrers außerhalb kritischer Verkehrssituationen**

Da nicht nur außenstehende Dritte, sondern auch die Insassen des Fahrzeugs selbst Gefährdungsobjekt sein können, stellt sich die Frage, wann diese konkret gefährdet sind:

Früher nahm der BGH eine konkrete Gefährdung des Insassen schon an, wenn ein alkoholbedingt absolut fahruntüchtiger Fahrer das Fahrzeug führte, unabhängig davon, ob es tatsächlich zu einer kritischen Gefährdungssituation gekommen war. Dies wurde später aufgegeben, da nicht von der abstrakt gefährl. Tathandlung auf den Eintritt einer konkr. Gefahr geschlossen werden kann. Sonst würde die Grenze zw. abstraktem und konkretem Gefährdungsdelikt verwischt. Es muss nach hM also auch in diesen Fällen zu einer „Beinahe-Unfall“ gekommen sein.

**(P) Konkr. Gef. eines anderen in Gestalt des beteiligten Beifahrers**

Unstrittig kann ein Beifahrer grds. Gefährdungsobjekt sein (ggf. ist jedoch eine Einwilligung zu problematisieren; s.u.). Äußerst umstritten ist jedoch, ob eine Strafbarkeit nach § 315c StGB mögl. ist, wenn das einzige Gefährdungsobjekt ein tatbeteiligter Beifahrer ist.

**wohl h.M.:** Gefährdung des Teiln. nicht ausr., da er auf der Seite des Täters und nicht stellvertretend für die Gemeinschaft stehe. Gefährdet werden müsse ein anderer. Andernfalls würde der Teiln. – wenn nichts anderes gefährdet würde – seine eigene Strafbarkeit begründen (diese Argumentation passt nicht bei Fahrl./Fahrl.-Kombination, da dann Teilnahme ausscheidet).

**TdL:** Es gäbe keinen Grds., nach dem der Teilnehmer nicht selbst Objekt der Straftat sein könne. Die Strafrechtsordnung gelte auch im Verhältnis von Straftätern untereinander. Zudem gehe es dabei eigentl. um die Frage, ob der Teilnehmer in die Verletzung einwilligen könnte (vgl. unten).

**Beachte: Dieses Problem führt zu einem extrem komplizierten Aufbau beim Haupttäter:**

**Strafbarkeit des Haupttäters gem. § 315c I Nr.1 a**

**I. TB**

**1. Obj. TB -> (P) Konkr. Gefahr für Leib/Leben oder fr. Sache?**

Gefährdung des Beifahrers?

-> Insassen grds. von § 315c geschützt -> (P) teilnehmender Beifahrer? Str.

**a) zunächst: Inzidentprüfung, ob überhaupt eine strafbare Teilnahme besteht?**

**(1) obj. TB**

-> **Beihilfe- bzw. Anstiftungshandlung (+)**

-> **(P) vors. rw Haupttat des Haupttäters (Gefährd.obj. zu unterstellen)**

Hier ist dann der Haupttäter weiter zu prüfen. Es ist zumindest Vorsatz bzgl. der Fahruntüchtigkeit für eine vors.rw Haupttat erforderlich. In diesem Fall greift die Vorsatz-Fahrl.-Kombination, welche nach § 315c III Nr. 1 wegen § 11 II ausr. ist für eine vors. Tat. (Achtung: sofern man sowohl für Fahruntüchtigkeit als auch für konkr.Gefahr Vors. ablehnt (Fall des § 315c III Nr. 2 , macht sich der Teilnehmer mangels vors.rw.HT nicht strafb. und ist unprobl. Gefährd.objekt!!!)

→ **(P) RW der Haupttat → (P)Einwilligung in die Gefährdung des § 315c**

**hM: (-), da vor allem die Sicherheit des StrVerk.geschützt**

**(2) subj. TB: setzt doppelten Teilnehmervorsatz voraus**

**(3) RW/Schuld (+)**

**b) Nunmehr Streit relevant, ob teilnehmender Beifahrer Gefährdungsobjekt sein kann?**

**HM: (-), da er sonst eigene Strafbarkeit begründen würde!**

**II. Erg.: § 315 c I Nr. 1a daher nach hM (-)**

**(P) Täterfremdes Tatfahrzeug als Sache von bedeutendem Wert**

ganz h.M.: nicht möglich! **Tatmittel und Gefährdungsobjekt können nicht identisch sein.**

Bei diesem Fahrzeug handelt es sich nämlich um das zur Tatbestandsverwirklichung notwendige Werkzeug, dass nicht gleichzeitig geschütztes Rechtsgut sein könne. Zudem würde ansonsten die Strafbarkeit von Zufällen abhängen, wie z.B. bei einem unter EV gekauften Wagen.

**c) Kausalität / Pflichtwidrigkeitszusammenhang**

In allen Fällen des § 315c muss sich die Pflichtwidrigkeit des Täterverhaltens in der konkr. Gefährdung realisiert haben (so muss z.B. nachgewiesen werden, dass die Alkoholbeeinflussung für den Eintritt der Gefahr ursächlich war. Ansonsten ist nur Raum für § 316!).

Beachte: Liegt eine Fahrt vor, auf der mehrere „Verkehrssünden“ und konkrete Gefährdungen auftreten, so sollte dieses Geschehen nicht als „ein“ § 315c geprüft werden, sondern nach den jeweiligen „Verkehrssünden“ genau differenziert werden.

**Wichtiger Fall BGHSt 24, 31; BayObLG NStZ 1997, 388 (389):**

**Sachverhalt (vereinfacht):** A fuhr mit einem BAK von 1,39 Promille auf der Autobahn mit seiner Freundin als Beifahrerin mit einer Geschwindigkeit von 160 km/h, als der Fahrer eines etwa auf gleicher Höhe mit annähernd gleicher Geschwindigkeit auf der rechten Fahrspur fahrenden Fahrzeugs abrupten einen Fahrspurwechsel auf die mittlere Fahrspur vornahm, A konnte nicht mehr rechtzeitig bremsen, so dass es zu einer Berührung der beiden Fahrzeuge kam. Daraufhin schleuderte das Auto des A an die Autobahnmittleitplanke und von da aus auf die mittlere Fahrspur, wo der Pkw schräg zum Stehen kam. Ein nachfolgender Pkw prallte im Bereich der Beifahrertür in das stehende Auto des A, wodurch die Beifahrerin des A, die im Krankenhaus verstarb, letztlich getötet wurde.

Nach dem Sachverständigengutachten hätte A diesen Unfall mit seinen tödlichen Folgen auch dann nicht vermeiden können, wenn er nüchtern gewesen wäre. Hätte er bei Eintritt der kritischen Verkehrssituation angepasst an seine Alkoholisierung eine Geschwindigkeit von höchstens 130 km/h statt ca. 160 km/h eingehalten, wäre es - bei gleichem Geschehensablauf im Übrigen - zwar noch zu einem Unfall, nicht jedoch zur Tötung der Beifahrerin gekommen. Dann hätte die Geschwindigkeit, mit der der Pkw auf die Leitplanke geprallt wäre, nur ca. 20 km/h betragen, so dass es weder zu nennenswerten Verletzungen der Insassen gekommen noch der Pkw auf die mittlere Fahrspur gelangt wäre. Der Einfluss einer BAK von 1,39 Promille führt zu einer Einschränkung der Konzentration, der Aufmerksamkeit, der qualitativen und quantitativen Reaktion, der Dämmerungssehstärke, der Hell-Dunkeladaptation, der Tiefensehstärke und des Gesichtsfeldes und damit zu einer herabgesetzten Reaktionsfähigkeit.

**Lösung:**

**1. Gefährdung des Straßenverkehrs § 315c I Nr.1a), III Nr.1 StGB**

(-) die Trunkenheit war nicht ausschlaggebend für die Gefährdung der Beifahrerin, da auch ein nüchterner Fahrer mit dieser Geschwindigkeit den Unfall verursacht hätte

## **2. Trunkenheit im Verkehr, § 316 StGB (+)**

Führen eines Fahrzeugs im fahruntüchtigen Zustand (+).

## **3. Fahrlässige Tötung, § 222 StGB; nach Rspr. (+)**

(P) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung und objektive Zurechnung

a) Anknüpfung an Geschwindigkeit von 160 km/h

(-) war nicht objektiv sorgfaltswidrig

b) Anknüpfung an Fahren im fahruntüchtigen Zustand

(-) war zwar obj. sorgfaltswidrig, die Pflichtverletzung der Fahruntüchtigkeit hat sich jedoch gerade nicht im konkr. Erfolg realisiert, da Unfall sich auch bei nüchternem Fahrer ereignet hätte.

c) Anknüpfung an nicht an die Alkoholisierung angepasste Geschwindigkeit ->str.

-> nach Rspr. liegt Verstoß gg § 3 I 1,2 StVO vor, da der Betrunkene nicht seine Geschwindigkeit der Alkoholisierung anpasste und dieser Verstoß auch zum tödlichen Erfolg führte.

-> nach hL ist dies ein mit § 316 und § 315 c nicht zu vereinbaren, Wertungswiderspruch

## **2) Subj. Tb**

Vorsatz (zumindest dolus eventualis) bzgl. aller obj. Tatbestandsmerkmale, also auch Gefährdungsvorsatz und Vorsatz bzgl. der Trunkenheit, wobei man grds. nicht davon ausgehen darf, dass ab einer bestimmten Menge Alkohol der Täter automatisch Vorsatz bzgl. der Fahruntüchtigkeit hatte.

Fahrlässigkeit bzgl. auch nur eines Merkmals lässt die Tat unter Abs.3 fallen, in dessen Zusammenhang bei Abs.3 Nr.1 die Aussage des § 11 II beachtet werden muss.

**Beachte:** Es empfiehlt sich schon in der Überschrift bzw. im (nicht zu vergessendem) Obersatz die evtl. einschlägige Alternative des Abs.3 zu nennen.

## **II. Rechtswidrigkeit**

Hier kann problematisch werden, ob der Beifahrer in eine mögliche Gefährdung rechtfertigend einwilligen kann. Dies ist nur relevant, wenn nichts anderes gefährdet wurde. Dieses Problem kann sich auch bei einem **nicht teilnehmenden Beifahrer** stellen.

**Rspr.:** § 315c dient primär der Sicherheit des allg. Straßenverkehrs. Die Individualgefährdung soll nur einen untergeordneten Stellenwert haben. Da die allg. Verkehrssicherheit nicht zur Disposition des einzelnen steht, gehe dessen Einwilligung daher ins Leere.

Nach der **Lit.** dient § 315c gleichsam dem Schutz der allg. Verkehrssicherheit und den Schutzinteressen des einzelnen. Aus dieser Sicht ist eine kumulative Beeinträchtigung beider Rechtsgüter Voraussetzung für eine Strafbarkeit.

**Beachte:** Die Einwilligung muss aber allen Voraussetzungen genügen. Die Freiwilligkeit kann z.B. bei einem selbst völlig Betrunkenen verneint werden.

## **III. Schuld**

Bei Schuldunfähigkeit gem. § 20 (z.B. ab 3,0 o/oo BAK) greift § 315c nicht. Auch die alic ist bei Tätigkeitsdelikt – um ein solches handelt es sich hier – nicht anwendbar (vgl. BGH NJW 1997, 138). In Fällen des Abs. 3 darf die Prüfung der subj. Sorgfaltspflichtverletzung nicht vergessen werden.

## B. § 315b StGB

### Aufbau

#### I. Tatbestand

##### 1. ggf. Anw.barkeit innerhalb des Straßenverk. neben § 315c I Nr. 2 StGB

erforderlich ist eine Pervertierung mit Schädigungsvorsatz

##### 2. Obj. Tb

a) **Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs**

b) **Tathandlung Nr. 1, 2 oder 3** -> unter Nr. 3 ist die Pervertierung zum Eingriff zu fassen

**c) dadurch (!) konkrete Gefährdung**

##### 3. subj. Tb

-> grds Vorsatz bzgl. aller obj. TBM, insb. auch bzgl. Fahruntüchtigkeit und konkreter Gefährdung -> aber auch in Vorsatz-Fahrl.-Kombination bzw. als Fahrlässigkeits-Delikt nach § 315 b Abs. 4,5 möglich

##### 4. Qualifikationen nach § 315 b III

#### II. Rechtswidrigkeit

#### III. Schuld

### Probleme im Einzelnen:

#### Anwendbarkeit innerhalb des Straßenverkehrs neben § 315c I Nr. 2 StGB

§ 315c I Nr. 2 StGB enthält eine Wertentscheidung des Gesetzgebers. Es soll nicht jeder Fahrfehler innerhalb des Straßenverkehrs - wenn er noch so schwerwiegend und gefahrenträchtig ist - zu einer Strafbarkeit wegen Straßenverkehrsdelikte führen (unabhängig von dieser Wertung sind selbstverständlich Delikte mit einer anderen Schutzrichtung, wie bspw. § 222 oder § 229, welche immer einschlägig sein können). Vielmehr werden Fahrfehler abschließend nach dem Katalog des § 315c I Nr. 2 StGB und nur unter den weiteren Voraussetzungen von Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld bestraft. Wenn man nun den nach dem Wortlaut („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“) sehr weiten § 315b StGB für derartige Fahrfehler heranzieht, so würde man diese Wertung komplett unterlaufen. § 315c StGB entfaltet insofern grds. eine Sperrwirkung gegenüber § 315b, welcher damit grds. nur für verkehrsfremde Eingriffe von außen in den Straßenverkehr in Betracht kommt. Eine Ausnahme ist allenfalls zu machen, wenn ein Fahrfehler nicht vorliegen kann, da dann die Wertung des § 315c I Nr. 2 StGB nicht unterlaufen zu werden droht. Dies setzt jedoch damit voraus, dass der Täter das Fahrzeug in einer verkehrsfeindlichen Einstellung bewusst zweckwidrig eingesetzt hat, also der Straßenverkehr durch einen groben Eingriff „pervertiert“, also zweckentfremdet wird. Seit der Entscheidung vom 20.02.2003 (Az. 4 StR 228/02) fordert der BGH – um sicherzustellen, dass kein Fahrfehler vorliegt – das Vorliegen eines **Schädigungsvorsatzes (mindestens dolus eventualis bzgl. eines Schadens)**, was etwa vorliegt, wenn das Fahrzeug als Waffe oder Schadenswerkzeug missbraucht wird.

Beispiele: Absichtlich Verhindern eines Überholversuchs durch Abschneiden des Weges; Provozieren eines Auffahrunfalls durch plötzliches Bremsen zur Ermöglichung eines Versicherungsbetruges; gezieltes Zufahren auf einen Halt gebietenden Polizeibeamten.

Es ist aber bei all diesen Fällen immer sorgfältig prüfen, ob ein Schaden billigend in Kauf genommen wird und der Täter gerade nicht darauf vertraut hat, dass nichts passieren werde.

Meines Erachtens ist dies vorzugswürdigerweise ganz am Anfang des Tatbestandes zu prüfen. Sollte nämlich kein Schädigungsvorsatz gegeben sein, so würde § 315 c I Nr. 2 StGB den § 315 b StGB sperren.

**Wichtige Entscheidung:** BGH L&L 03,340 = NJW 03,836 = JuS 03,620:

Leitsatz: Greift der Täter in den fließenden Verkehr ein, indem er Hindernisse auf der Fahrbahn bereitet oder Gegenstände auf fahrende Fahrzeuge wirft, kann § 315b 1 Nr.2, Nr.3 StGB auch dann erfüllt sein, wenn die Tathandlung unmittelbar zu einem bedeutenden Fremdschaden führt und dieser Erfolg sich als Steigerung der durch die Tathandlung bewirkten Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs darstellt.

**Wichtige Entscheidung:** BGH NSTZ-RR 08,289 = Life&Law 08, 715

Zur Verwirklichung des Tatbestandes des § 315b StGB muss – über den Gesetzeswortlaut hinaus – einer fremden Sache von bedeutendem Wert auch ein bedeutender Schaden gedroht haben. Der Wert der Sache ist dabei nach dem Verkehrswert, die Höhe des drohenden Schadens der am Marktwert zu messender Wertminderung zu berechnen. Beachtet bitte, dass man zu Gunsten des Täters immer über den Wortlaut hinaus gehen kann und ungeschriebene Tatbestandsmerkmale sich immer zu Gunsten des Täters auswirken, da dieser ohne dies Tatbestandsmerkmal schon strafbar wäre (**Achtung: Dies ist mittlerweile auch zu § 315c bestätigt**).

**Beachte die versteckte Qualifikation § 315b I Nr. 2, III iVm § 315 III (Verbrechen!)**

**dazu Wichtiger Fall: vorsätzlich herbeigeführter Verkehrsunfall**

**Fall:** T bremst mit Absicht so ab, dass der ahnungslose O auffährt. Dies macht er allein aus dem Beweggrund, seinen Schaden über die Haftpflichtversicherung H des O abzurechnen. Der Sachbearbeiter SB zahlt aus. Strafbarkeit nach §§ 263, 265, 315b (andere Delikte sind relevant, aber nicht Gegenstand dieser Darstellung)

**durch Stellung des Antrags gegenüber der Versicherung**

**A. § 263 I**

**I. Tatbestand**

**1. Objektiver Tatbestand**

**a) Täuschung über Tatsachen**

→ Täuschung über den Unfallhergang

**b) Irrtum**

beim Sachbearbeiter (SB) bzgl. Unfallhergangs (+)

**c) Vermögensverfügung**

→ hier Auszahlung an T

**d) Vermögensschaden**

→ wird im Rahmen einer Gesamtsaldierung bestimmt

→ hier durch Auszahlung (+), da V bei vorsätzlicher Herbeiführung des Unfalls keinen Anspruch aus § 115 I VVG gegen die Versicherung H hat und damit H auch im Gegenzug keine Befreiung von einer Verbindlichkeit erlangt

**→ (P) Verfügender (SB) und Geschädigter (H) fallen auseinander**

→ aber hier Voraussetzungen des Dreiecksbetrug (+),

da Sachbearbeiter tatsächliche Zugriffsmöglichkeit sowie eine rechtliche Befugnis zum Verfügen hat und sowohl auch ein Näheverhältnis aufweist als auch im Lager der Versicherung steht → Streitentscheid entbehrlich

## 2. Subjektiver Tatbestand

a) dol. ev. bzgl. aller obj. TBM? Hier (+),

b) Rechtswidrige Bereicherungsabsicht

aa) (eigene oder Dritt-) Bereicherungsabsicht

→ eigene Bereicherungsabsicht unproblematisch (+)

bb) RW der beabsichtigten Bereicherung

(+), wenn der Begünstigte des Betruges keinen einredefreien fälligen Anspruch auf die Leistung hat.

Hier (+), da V bei vorsätzlicher Herbeiführung des Unfalls keinen Anspruch aus § 115 I VVG gegen die Versicherung H hat

cc) Stoffgleichheit

(+), da die von T beabsichtigte Zahlung genau Kehrseite des Schadens ist

**II. Rechtswidrigkeit (+)**

**III. Schuld (+)**

**IV. Erg.: § 263 I (+)**

### durch die Unfallverursachung

**B. § 315b I Nr. 2, III iVm § 315 III Nr. 1b 1. Alt StGB**

**I. TB**

**1. § 315b I Nr. 2**

**a) Anwendbarkeit**

Grds. nur für Eingriffe von außen in den StrVerk (Wertung § 315c I Nr.2)

→ Ausnahme Zweckentfremdung (Pervertierung)?

hier (+), da Schädigungsvorsatz (dolus eventualis) bzgl. Sachbeschädigung ausreichend

**b) objektiver Tatbestand**

→ **Tathandlung: Hindernis bereiten im Sinne des § 315b I Nr. 2 (+)**

**(aA: Nr. 3 vertretbar)**

→ **dadurch konkr. Gefahr für fremde Sachen von bedeutendem Wert (+)**

**c) subjektiver Tatbestand**

→ hier sowohl dolus eventualis bzgl. der Tathandlung als auch bzgl. der konkreten Gefahr (+)

→ hier auch Schädigungsvorsatz (für die Anwendbarkeit des § 315b innerhalb des Straßenverkehrs notwendig) gegeben.

**2. Qualifikation des § 315b III iVm 315 III Nr. 1b 1. Alt StGB**

→ **Ermöglichungsabsicht bzgl. einer anderen Straftat**

→ keine Absicht, einen § 265 zu ermöglichen, da dieser jedenfalls zeitgleich mit dem Unfall verwirklicht werden würde

→ aber Beweggrund des Abbremsens ist es gewesen, die Voraussetzungen zu schaffen, um sich später rechtswidrig durch Täuschung einen Vermögensvorteil aufgrund des Unfalls zu verschaffen. Wie oben bereits geprüft, stellt dieses einen strafbaren § 263 StGB dar. Ferner wird dieser auch durch eine andere Handlung (Anzeige bei der Versicherung) begangen

→ Ermöglichungsabsicht bzgl. § 263 StGB (+)

→ **Kein Fall von § 315 III Nr. 2 StGB**, da V nicht beabsichtigt einen Unglücksfall herbei zu führen

**II. Rechtswidrigkeit (+)**

**III. Schuld (+)**

**IV. Erg.: § 315b I Nr. 2, III iVm 315 III Nr. 1b 1. Alt StGB (+)**

**C. § 265 StGB?**

(-), da T über die Haftpflichtversicherung des O abrechnen möchte und folglich keine Absicht hat, sich Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen, über welche das Fahrzeug gerade gegen Untergang oder dergleichen versichert ist

**Beachte: abgesprochene Verkehrsunfälle**

Handeln zwei Fahrer bewusst zum Nachteil der Haftpflichtversicherung des einen zusammen, indem sie einen sog. abgesprochenen Verkehrsunfall herbeiführen, ist nach hM § 315b StGB nicht einschlägig, sofern außer den Tätern und deren Fahrzeuge niemand gefährdet wird. Allerdings erfüllt die Abrechnung gegenüber der Versicherung selbstverständlich den Tatbestand des § 263 StGB.

**C. Trunkenheit im Verkehr, § 316 StGB**

Bei § 316 handelt es sich um ein **abstraktes Gefährdungsdelikt** und ein Dauerdelikt!

Auf obj. Tatbestandsebene ist das Führen eines Fahrzeuges im Straßenverkehr im Zustand der Fahruntüchtigkeit erforderlich (siehe dazu Ausführungen bei § 315c). Ein Führen liegt vor, wenn alle Räder des Fahrzeuges rollen. Der Motor muss dazu bei einem Kfz nicht zwingend an sein. Ausreichend ist, wenn der Täter das Fahrzeug rollen lässt. Sofern der Motor an ist, das Fahrzeug aber nicht rollt, ist § 316 StGB nach hM nicht verwirklicht. § 316 ist gegenüber § 315c subsidiär. § 316 ist damit insbesondere zu prüfen, wenn § 315c an einer konkreten Gefährdung oder an dem Pflichtwidrigkeitszusammenhang scheitert. Ist der Täter jedoch schuldunfähig, so kommt nur § 323a in Betracht.

Abs. 1 setzt in subjektiver Hinsicht Vorsatz bzgl. der obj. TBM voraus. Jedoch ist zu beachten, dass nach Abs. 2 auch eine fahrlässige Begehung möglich ist.

**D. § 315d StGB**

**Aufbau Absatz 1**

Beachte: Absatz 1 ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Der Versuch ist nur bei der Nummer 1 strafbar.

**I. Tatbestand**

**1. Obj. Tb**

**Im Straßenverkehr**

- a) **Nr. 1 ein nicht erlaubtes Kraftfahrzeugrennen ausrichten oder durchführen**
- b) **Nr. 2 als Kraftfahrzeugführer an einem nicht erlaubten Kraftfahrzeugrennen teilnehmen**

c) Nr. 3 als Kraftfahrzeugführer mit nicht angepasster Geschwindigkeit und groß verkehrswidrig (obj. TBM) und rücksichtslos (überzeugend in der Schuld zu prüfen) fortbewegt, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen (subj. TBM)

**2. subj. Tb**

-> dolus eventualis zwingend erforderlich

-> bei der Nr. 3 um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen

**II. Rechtswidrigkeit**

**III. Schuld**

**Aufbau Absatz 2**

Beachte: Absatz 2 ist ein konkretes Gefährungsdelikt.

Der Versuch ist niemals strafbar.

**I. Tatbestand**

**1. Obj. Tb**

Im Straßenverkehr

**a) Tathandlung**

Nr. 2 als Kraftfahrzeugführer an einem nicht erlaubten Kraftfahrzeugrennen teilnehmen

Nr. 3 als Kraftfahrzeugführer mit nicht angepasster Geschwindigkeit und groß verkehrswidrig (obj. TBM) und rücksichtslos (überzeugend in der Schuld zu prüfen) fortbewegt, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen (subj. TBM)

**b) dadurch (!) konkrete Gefährdung (wie bei § 315b,c)**

**2. subj. Tb**

-> grds Vorsatz bzgl. aller obj. TBM, insb. auch bzgl. Handlung und konkreter Gefährdung

-> aber auch in Vors./Fahrl.-Kombination gemäß Absatz 4 möglich

-> bei der Nr. 3 um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen

**II. Rechtswidrigkeit**

**III. Schuld**

**Aufbau Absatz 5**

Beachte: Absatz 5 knüpft an Absatz 2 an und ist eine Erfolgsqualifikation

Da der Versuch von Absatz 2 niemals strafbar ist, kann nach hM auch nicht der erfolgsqualifizierte Versuch strafbar sein (str.)

**I. Tatbestand**

**1. Grundtatbestand § 315d II**

**a) Obj. Tb**

Im Straßenverkehr

**aa) Tathandlung**

Nr. 2 als Kraftfahrzeugführer an einem nicht erlaubten Kraftfahrzeugrennen teilnehmen

Nr. 3 als Kraftfahrzeugführer mit nicht angepasster Geschwindigkeit und groß verkehrswidrig (obj. TBM) und rücksichtslos (überzeugend in der Schuld zu prüfen) fortbewegt, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen (subj. TBM)

**bb) dadurch (!) konkrete Gefährdung (wie bei § 315b,c)**

**2. subj. Tb**



-> grds Vorsatz bzgl. aller obj. TBM, insb. auch bzgl. Handlung und konkreter Gefährdung -> aber auch in Vors./Fahrl.-Komb. gemäß Absatz 4 möglich  
-> bei der Nr. 3 um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen

### 3. Erfolgsqualifikation

a) Tod

b) Kausalität

c) tatbestandsspezifischer Gefahrenzusammenhang

d) mindestens obj. Fahrl. § 18

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld; insbesondere auch subj. Fahrlässigkeit

## **(P) subjektives Tatbestandsmerkmal der Nr. 3 „um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen“**

Hier ist sehr umstritten, ob der dolus directus ersten Grades wirklich darauf gerichtet sein muss, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Dies erscheint problematisch, wenn der Täter vor der Polizei flüchtet und sein primäres Ziel ist, zu entkommen; ihm dabei aber klar ist, dass er als quasi als notwendiges Zwischenziel eine höchstmögliche Geschwindigkeit erreichen muss. Daher stellt sich die Frage, ob eine Flucht vor einem Polizeiwagen ein „Rennen i. S. d. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB“ sein kann.

Das OLG Stuttgart hat dies im Beschluss vom 04.07.2019 (4 Rv 28 Ss 103/19) bejaht und führt dazu aus: *„Das in § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB vorausgesetzte Handeln, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, setzt lediglich voraus, dass es dem Täter darauf ankommt, in der konkreten Verkehrssituation die durch sein Fahrzeug bedingte oder nach seinen Fähigkeiten oder nach den Wetter-, Verkehrs-, Sicht- oder Straßenverhältnissen maximale mögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Welche weiteren Ziele der Täter verfolgt, ist unerheblich. Auch der Wille des Täters, vor einem ihn verfolgenden Polizeifahrzeug zu fliehen, schließt die Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erzielen, nicht aus.“*

Das OLG argumentiert hier mit dem Schutzzweck der Norm und einer äquivalenten Gefährlichkeit. Angesichts des Wortlauts („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“) ist diese Argumentation jedoch fraglich.

Ohnehin hält das Amtsgericht Villingen-Schwenningen § 315d StGB für verfassungswidrig und hat daher in einem Vorlagebeschluss des Gerichts vom 16.01.2020 vor (Az.: 6 Ds 66 Js 980/19) die Norm dem BVerfG vorgelegt.

Inzwischen hat sich auch der **BGH im Beschluss vom 17.02.2021 (AZ 4 StR 225/20)** weitergehend zu § 315d Abs. 1 StGB geäußert. Nach Ansicht des BGH wollte der Gesetzgeber mit § 315d Abs. 1 Nr. 3 gerade auch erfassen, dass der Täter nur mit einem einzigen Fahrzeug in objektiver und subjektiver Hinsicht ein Krafffahrzeugrennen nachstellt. Ferner ist wenig überraschend, dass der BGH hinsichtlich des grob verkehrswidrigen und rücksichtslosen Verhaltens auf seine Rechtsprechung zu § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB verweist.

**Maßgeblich sind die Ausführungen des BGH zu der Absicht, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Dieses Merkmal sei gegeben, wenn der Täter die Absicht aufweise, die nach seinen Vorstellungen unter den konkreten situativen Gegebenheiten – wie Motorisierung, Verkehrslage, Streckenverlauf, Witterungs- und Sichtverhältnisse etc. – maximal mögliche Geschwindigkeit auf einer unter Verkehrssicherheitsgesichtspunkten nicht ganz unerheblichen Strecke zu erreichen. Dabei sei es ausreichend, dass die größtmögliche Geschwindigkeit für den Täter nur ein Zwischenziel sei, da der Tatbestand eine einschränkende Auslegung nicht erfordern würde.**

## E. § 142 StGB

### I. Tatbestand

#### 1. Objektiver Tatbestand

a) **Täterkreis:** Unfallbeteiligter: § 142 V StGB (Sonderdelikt)

**Beachte:** Es genügt der begründete Verdacht, dass der Täter am Unfall beteiligt ist!

„**Unfall**“ = plötzliches (zumindest für einen) mit dem Straßenverkehr und seinen Gefahren zusammenhängendes Ereignis, das einen **nicht völlig belanglosen** Personen- oder Sachschaden zur Folge hat (Grenze bei Sachschäden < 50,00 EUR).

**h.M.:** auch bei vorsätzlicher Herbeiführung Unfall (+), arg. Rechtsgut

#### b) Tathandlung

##### aa) § 142 Abs. 1 Nr. 1: immer einschlägig, wenn feststellungsbereite Person vor Ort

passive Feststellungspflicht (Anwesenheit) und aktive Vorstellungspflicht („ich war beteiligt“)

-> insbes. keine Personalienangabe (anderes ergibt sich allenfalls aus § 34 StVO)

##### **(P) Zust. zum Entfernen aufgrund falscher Personalienangabe**

Die Angabe falscher Personalien ist nach § 142 I StGB nicht strafbar

-> **str.:** ist dadurch bedingte Zustimmung strafbarkeitsausschließend

**Rspr.:** Einwilligung -> Irrtum relevant -> RWK u. § 142 StGB (+)

**a.A.:** tatbestandsausschließendes Einverständnis -> Irrtum irrelevant

arg.: sonst entstände entgegen § 142 StGB Pflicht zur Personalienangabe

##### bb) § 142 Abs. 1 Nr. 2:

-> **einschlägig, wenn keine feststellungsbereite Person vor Ort**

**echtes Unterlassungsdelikt:** Verletzung der unverzüglichen Nachholpflicht (§ 142 III StGB)

- Wartepflicht (nach Umständen des Einzelfalls)

- falls Verstoß gegen Abs. 1, aber berechtigtes oder entschuldigtes Entfernen

##### cc) § 142 Abs. 2: Ablauf der Wartefrist (Nr. 1) bzw. berechtigt oder entschuldigt (Nr. 2)

-> **nach BVerfG (-), wenn unvorsätzlich (ansonsten verbotenen Analogie zL des Täters)**

BVerfG NJW 2007, 1666 = Life&Law 2007, 540ff. Die Auslegung des § 142 II Nr. 2 StGB, die auch das unvorsätzliche – und nicht nur das berechtigte oder entschuldigte – Sich-Entfernt-Haben vom Unfallort unter diese Norm subsumiert, ist mit dem möglichen Wortsinn der Begriffe „berechtigt oder entschuldigt“ nicht vereinbar und verstößt gegen Art. 103 II GG.

#### **2. Subjektiver Tatbestand**

##### II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld:

Beachte ferner § 142 IV StGB (Tätige Reue)

## F. Nötigung im Straßenverkehr § 240 StGB

Beeinträchtigungen bei der Teilnahme am Straßenverkehr, die auf das Verhalten bzw. die Fahrweise anderer Verkehrsteilnehmer zurückgehen, lassen sich nur in Ausnahmefällen unter den Gewaltbegriff subsumieren. Es muss sich dabei um massive Eingriffe handeln. Eine solche wurde vom BayObLG bejaht, weil der Täter durch eine Vollbremsung den Nachfolgenden zum Anhalten zwang oder zumindest die Geschwindigkeit ohne verkehrsbedingten Grund massiv auf eine unangemessen niedrige Geschwindigkeit reduziert hatte, und der Nachfolgende das aufgezwungene Verhalten nicht durch Ausweichen oder Überholen vermeiden konnte.

Nach neuerer Rspr. ist bei einer Nötigung im Straßenverkehr aufgrund der Wertung des § 315c erforderlich, dass der Nötigungserfolg gerade der Zweck des Täters ist

-> **Rücksichtsloses Überholen in aller Regel keine Nötigung**“ OLG Düsseldorf NJW 2007, 3219 = Life&Law 2008, 113ff. Der „bloß“ rücksichtslose Überholer macht sich in aller Regel nicht nach § 240 StGB wegen Nötigung strafbar, denn die Einwirkung seines Fahrverhaltens auf andere Teilnehmer ist im Zweifel nicht der Zweck, sondern nur die in Kauf genommene Folge seiner Fahrweise. In der Entscheidung wurde aber § 315c StGB bejaht

-> „**Drängeln im Straßenverkehr bei geringer Geschwindigkeit als Nötigung**“ BVerfG NJW 2007, 1669f. = Life&Law 2007, 536ff.: Dichtes, bedrängendes Auffahren eines Kraftverkehrsteilnehmers auf den Vordermann kann – insbesondere bei gleichzeitigem Betätigen von Lichtupe und Signalhorn Gewalt i.S.d. § 240 StGB sein. Dies gilt auch dann, wenn das bedrängende Auffahren im innerörtlichen Verkehr erfolgt.

## **G. Exkurs: Vollrausch, § 323a**

Es handelt sich nach der h.M. um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, welches primär die Allgemeinheit vor den von Berauschten erfahrungsgemäß ausgehenden Gefahren schützen soll.

**Teilnahme:** -> § 323a ist ein eigenhändiges Delikt -> Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft nicht möglich. Auch Teilnahme (namentlich des Gastwirtes) an der Tat des § 323a dürfte idR ausscheiden, da es Sinn dieser Vorschrift ist, die Pflicht der Selbstkontrolle nur dem Täter aufzuerlegen.

-> An der Rauschtat ist dagegen unstrittig eine strafbare Beteiligung möglich (limitierte Akzessorietät). Insbesondere kann auch ein mittelbarer Täter den Schuldunfähigen als Werkzeug benutzen.

**Vorprüfung (evtl. nur in Gedanken):** Die Strafbarkeit der Rauschtat muss wegen feststehender Schuldunfähigkeit (§ 20) oder bei Zweifeln diesbezüglich nach dem Grundsatz in dubio pro reo ausgeschlossen werden. Kann die Rauschtat trotz dieser (evtl.) Schuldunfähigkeit nach den Grds der actio libera in causa erfasst werden (funktioniert nicht bei Straßenverkehrsdelikten, da Handlungsdelikte s.o.), so ist für §323a kein Raum.

### **I. Tatbestand**

#### **1. Obj. Tatbestand**

##### **a) Tathandlung**

ist, dass sich ein Schuldfähiger in einen Rausch ersetzt, und zwar entweder durch Zusichnehmen alkoholischer Getränke oder von anderen berauschenden Mitteln.

**(P) Feststellung über den Schuldfähigkeitsgrad nicht möglich**

Ob in einem Fall, in dem nicht feststeht, ob der Täter schuldunfähig, voll oder vermindert schuldfähig war § 323a anwendbar ist, gehört zu den ungelösten Problemen dieses Delikts und ist sehr umstr.:

**eA:** Für § 323a muss feststehen, dass im maßgeblichen ZP der Täter zumindest den sicheren Bereich des § 21 erreicht hat. Wenn nicht die volle Schuldunfähigkeit feststehe, müsse wenigstens die verminderte sicher sein. Dies folge aus dem Wortlaut „...oder weil dies nicht auszuschließen ist.“ („Jede zweite Antwort im Strafrecht ist 103 II GG.“) zu entnehmen.

**Beachte:** Wenn die Möglichkeit besteht, dass der Täter voll schuldfähig war, scheidet nach dieser Ansicht § 323a aus. Zugleich scheidet nach dem Grds in dubio pro reo auch eine Bestrafung wg. der Rauschtat aus. Auch eine Wahlfeststellung zw. Vollrausch und begangener Tat darf nach hM nicht erfolgen, da es an der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit fehlt. Der Täter bleibt also straflos!

**aA:** § 323a hat Auffangfunktion, da der möglicherweise noch schuldfähige Täter nicht bessergestellt werden könne als derjenige, dem wenigstens eine verminderte Schuldfähigkeit nachzuweisen sei.

## **2. Subj. Tatbestand**

**a) Vorsatz (zum.dol.ev) oder Fahrl. sind nur für das Sich- Versetzten in den Rausch erforderlich.**

Nicht schon (+), weil bei einer BAK über 3,0 o/oo der Täter um seine vorsätzliche Berauschung wisse.

**b) Fahrlässig** handelt der T., wenn er die Folge des Rauschmittels hätte erkennen müssen und können, was aufgrund der Aufklärung der Öffentlichkeit jedenfalls bei abs. Fahruntüchtigkeit gegeben ist.

## **3. Objektive Bedingung der Strafbarkeit: Rauschtat**

Die Rauschtat ist nach h.M. obj. Bedingung der Strafbarkeit, was bedeutet, dass sich weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit im Zeitpunkt der Herbeiführung des Rausches (das haben wir gerade unter 2. geprüft) auf diese beziehen müssen.

**Bei den Anforderungen an die Rauschtat ist folgendes zu berücksichtigen:**

-> Die rw Tat (§ 11 I Nr.5) muss, wenn es ein Vorsatzdelikt ist, mit natürlichem Vorsatz (der auch bei Schuldunfähigen gegeben ist) begangen worden sein. Vgl. bei Ordnungswidrigkeit als Rauschtat § 122 OWiG.

-> Ein Tatbestandsirrtum gem. § 16 lässt diesen Vorsatz entfallen. Dies gilt nach der h.M. auch dann, wenn der Irrtum rauschbedingt ist, also im nüchternen Zustand nicht erfolgt wäre.

-> Die Rauschtat entfällt, wenn sie gerechtfertigt ist, wobei auch bei einem Berauschten die subj. Rechtfertigungselemente vorliegen müssen. Auch das Eingreifen von Entschuldigungsgründen führt zum Entfallen der Rauschtat und damit auch zum Fehlen der obj. Bedingung der Strafbarkeit.

-> Versuch kommt zwar als Rauschtat in Betracht, es ist aber zu prüfen, ob von diesem nicht strafbefreiend gem. § 24 zurückgetreten wurde.

-> Auch wenn die Rauschtat ein Verbrechen ist und auch wenn die Bedingung während des Rausches mehrfach eintritt, so liegt doch stets nur ein Vergehen nach § 323a vor.

## **II. Rw, Schuld**

## **Teil VII: Beleidigungsdelikte**

Im Hinblick auf die Systematik der §§ 185ff. StGB umfasst § 185 StGB Äußerungen gegenüber dem Verletzten und gegenüber Dritten, während §§ 186, 187 StGB nur Äußerungen gegenüber einem Dritten erfassen. Des Weiteren erfasst § 185 StGB grundsätzlich Werturteile, während §§ 186, 187 StGB Tatsachenbehauptungen erfassen. Ehrverletzende **Tatsachenbehauptungen** unterfallen § 185 StGB nur, soweit sie gegenüber dem Betroffenen selbst geäußert werden.

### **A. Beleidigung § 185 StGB**

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Objektiver Tatbestand**

Schutzgegenstand der §§ 185f. StGB ist der **(S) „dualistischer Ehrbegriff“**. Dieser umfasst sowohl die innere Ehre (vgl. Art. 1 GG, Würde, Selbstachtung) als auch die äußere Ehre (Reputation: Geltung und Ruf innerhalb der Gesellschaft).

„**Beleidigung**“: Kundgabe von Missachtung oder Nichtachtung durch Werturteile; ausdrücklich, symbolisch (Tippen an die Stirn), konkludent, tätlich (Bsp.: Ohrfeigen, Anspucken, Abschneiden der Haare). § 185 StGB ist in drei Begehungsformen denkbar:

- (1) Äußerung von Werturteilen gegenüber dem Verletzten**  
**Entweder verbal oder durch Gesten (bspw. Stinkefinger) oder**  
**tätlich (Anspucken oder auch unsittliches Anfassen, Berühren)**  
**gegenüber dem Verletzten**
- (2) Äußerungen von Werturteilen in Beziehung auf abwesende Personen**
- (3) ehrverletzende Tatsachenbehauptungen, aber nur soweit sie gegenüber dem Betroffenen selbst geäußert werden**

Dabei ist zu beachten:

- § 185 StGB (-) bei allgemeinen Unhöflichkeiten, Distanzlosigkeiten oder Persönlichkeitsverletzungen ohne abwertenden Charakter
- aufgrund teleologischer Reduktion im Familienkreis nicht strafbar
- Formalbeleidigung, § 192 StGB: trotz wahrheitsgemäßer Schilderung erfolgt Ehrverletzung, da die Ehrverletzung bei der Äußerung im Vordergrund steht
- str., ob Unwahrheit der ehrverletzenden Tatsache = ungeschr. Tbmerkmal, wohl h.M.: (+), vgl. § 192 StGB
- nach § 185 2. HS StGB ist die Strafe erhöht, wenn die Beleidigung die Beleidigung öffentlich, in einer Versammlung, durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Absatz 3) oder mittels einer Tätlichkeit begangen wird.

#### **(P) Beleidigungsfähigkeit:**

- **Natürliche Personen:** auch Kinder, Geistesranke /Tote: §189 StGB
- **Personengemeinschaften (Kollektivbeleidigung):**  
Nur wenn einheitliche Willensbildung möglich und rechtlich anerkannte soziale Funktion bestehen (z.B. Parteien, Kapitalgesellschaften, DRK, religiöse Orden, Bundeswehr)
- **Beleidigung e. Einzelperson unter einer Kollektivbezeichnung**  
Es muss sich um eine nach äußeren Kennzeichen **abgegrenzte** Mehrheit handeln, wenn sich der Täter dann vorstellt, dass die Äußerung auf alle Mitglieder der Personengesamtheit bezogen wird.

## 2. Subjektiver Tatbestand (bedingter Vorsatz genügt)

**II. Rechtswidrigkeit** Als RFG kommt insb. § 193 StGB in Betracht; für § 32 StGB ist dagegen i.d.R. kein Raum. Eine Einwilligung schließt nach einem Teil der Lehre bereits den Tatbestand aus, insb. nach dem BGH beseitigt sie jedoch nur die Rechtswidrigkeit. Nach hM kann in eine Beleidigung ausdrücklich, aber auch konkludent, das heißt durch schlüssiges Verhalten, eingewilligt werden. Dies kann darin begründet sein, dass der Verletzte sich in einer Diskussion auf ein unsachliches Niveau begibt und andere beleidigt.

## **III. Schuld und IV. Strafantragserfordernis vgl. § 194 StGB**

## **B. Üble Nachrede § 186 StGB**

§ 186 StGB ist **keine** Qualifikation des § 185 StGB, sondern ist eigenständiger Tb für ehrverletzende **Tatsachenbehauptungen** gegenüber Dritten. Der Charakter des § 186 StGB ist umstr. Nach wohl h.M. ist er ein abstraktes Gefährdungsdelikt.

### **I. Tatbestand**

#### **1. Objektiver Tatbestand**

„**Tatsachen**“: alle Umstände, die einem Beweis zugänglich sind

„**Behaupten**“: etwas nach eigener Überzeugung als gewiss oder richtig hinstellen, auch wenn man es von Dritten erfahren hat

„**Verbreiten**“: etwas als Gegenstand fremden Wissens weitergeben

#### **2. Subjektiver Tatbestand**

#### **3. Obj, Bedingung der Strafbarkeit = Nichterweislichkeit der ehrenrührigen Tatsache**

**Achtung:** Aufgrund der dogmatischen Einordnung als obj. Bedingung der Strafbarkeit liest man vielfach, dass der Angeklagte die Beweislast für die Richtigkeit der von ihm behaupteten Tatsache tragen müsse. Dies ist nicht ganz korrekt. Richtigerweise ist Folgendes gemeint: Es verbleibt auch im Hinblick auf die Feststellung der Unwahrheit der Tatsache bei der richterlichen Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO). Das Gericht muss also alle Möglichkeiten der Sachaufklärung ausschöpfen, um von Amts wegen die Richtigkeit bzw. Unrichtigkeit der Tatsache zu klären. Erst wenn die Möglichkeiten des Gerichts, den Wahrheitsgehalt der behaupteten Tatsache aufzuklären, erschöpft sind, muss der Angeklagte den Wahrheitsbeweis erbringen. Gelingt ihm das nicht, wird er gemäß § 186 StGB verurteilt.

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

### **IV. Strafantragserfordernis, § 194 StGB**

## **C. Verleumdung § 187 StGB**

§ 187 StGB ist in der Variante der Verleumdung im engeren Sinne ein Ehrverletzungsdelikt, das bis auf die Unwahrheit der Tatsache und den darauf bezogenen Vorsatz mit § 186 StGB übereinstimmt. Bzgl. der Kreditgefährdung ist § 187 StGB ein Vermögensgefährdungsdelikt.

### **I. Tatbestand**

#### **1. Objektiver Tatbestand**

- unwahre, ehrenrührige Tatsachenbehauptung gegenüber Dritten
- Unwahrheit der kundgegebenen Tatsache = obj. Tbm.

- Behaupten, verbreiten (siehe § 186 StGB); ehrenrührig (+), wenn geeignet zur Verächtlichung oder Herabwürdigung
- Kreditgefährdung

**2. Subjektiver Tatbestand: wider besseres Wissen**

**II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld**

**IV. Strafantragserfordernis, § 194 StGB**

## **Teil VIII: Straftaten gegen die persönliche Freiheit**

### **A. Nötigung, § 240 StGB**

§ 240 StGB ist der Grund- und Auffangtatbestand aller Delikte gegen die persönliche Freiheit. Er schützt die persönliche Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung.

#### **I. Tatbestand**

##### **1. obj. Tb**

Erforderlich ist, dass der Täter sein Opfer mit Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel (Nötigungsmittel) zu einer Duldung, Handlung oder Unterlassung (Nötigungserfolg) nötigt.

##### **a) Nötigungsmittel**

###### **aa) Gewalt**

Gewalt ist der (zumindest auch) physisch vermittelte Zwang zur Überwindung eines bestehenden oder erwarteten Widerstandes.

###### **(P) Der Gewaltbegriff des § 240 StGB und seine Entwicklung**

Der Gewaltbegriff ist umstritten. Unumstritten ist dabei jedoch, dass die Herbeiführung einer körperlichen Zwangseinwirkung beim Opfer Gewalt ist, womit sowohl vis absoluta als auch vis compulsiva gemeint sind. Lange umstritten war jedoch, ob auch ein rein psychisch wirkender Zwang als Gewalt anzusehen ist. Dies ist insbesondere bei den sog. Sitzblockade-Fällen problematisch gewesen. Dabei ist fraglich, ob das im Übrigen gewaltfreie Stehen oder Sitzen auf der Straße zum Zwecke der Behinderung der Fortbewegung Dritter Gewalt i.S.d. § 240 StGB darstellt.

###### **(2) Die Entwicklung in der Rechtsprechung**

Während das Reichsgericht noch das Angriffsverhalten des Täters als entscheidenden Aspekt für den Gewaltbegriff gesehen hat, sieht der BGH die Einwirkung auf das Opfer als maßgeblich an. Die körperliche Kraftentfaltung beim Angriff sei verzichtbar. Ausreichend sei eine körperliche Zwangswirkung beim Opfer. Der BGH weitete dies immer weiter aus, bis er schließlich im Laepple-Urteil sogar psychisch wirkenden Zwang von einigem Gewicht als Gewalt auffasste (sog. vergeistigter Gewaltbegriff). Als Indiz für die Erheblichkeitsschwelle wurde die faktische Auswirkung als körperlicher Zwang herangezogen. Diese Auslegung erachtet das BVerfG als einen verfassungswidrigen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG (oft bezeichnet als verbotene Analogie zu Lasten des Täters, was nichts anderes bedeutet, als dass der Wortlaut über den eigentlichen Wortsinn zu Ungunsten des Täters überdehnt wird). Beschränkt sich das Täterverhalten auf die bloße körperliche Anwesenheit, und ist das Opfer lediglich psychisch gehemmt, seinen Willen durchzusetzen, so sei das Tatbestandsmerkmal der Gewalt nicht einschlägig. Der BGH reagierte in den sog. Sitzblockadenfällen durch eine Konstruktion über die mittelbare Täterschaft. Aufgrund der rein psychischen Hemmnisse der „ersten Reihe“ der Autofahrer sei gegenüber diesen zwar keine Gewalt einschlägig. Jedoch benutzen die Täter die „erste Reihe“ als Werkzeug, um gegen die „zweite Reihe“ Gewalt auszuüben. Für diese stellt die „erste Reihe“ ein physisches, tatsächlich nicht überwindbares Hindernis und damit Gewalt dar. Der BGH bejahte daher eine Strafbarkeit gem. §§ 240, 25 I 2. Alt. StGB.



Inzwischen hat das BVerfG diese Auslegung (sog. "Zweite-Reihe-Rspr") als verfassungskonform gebilligt (2012). Bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 2001 hat das BVerfG allerdings festgestellt, dass Art. 103 II GG nicht verletzt ist, wenn das Tatbestandsmerkmal der Gewalt in § 240 StGB auf Blockadeaktionen angewandt wird, bei denen über die bloße Anwesenheit hinaus eine weitere physische Barriere (konkret: Ankettung an ein Einfahrtstor) errichtet wird.

Es ist jedoch auch nach der Auffassung des BGH zu überprüfen, ob die Grundrechte der Meinungsfreiheit und Versammlungsfreiheit (Art. 5, 8 GG) die Tat rechtfertigen. Bei einer nach dem Versammlungsgesetz ordnungsgemäß angemeldeten, friedlichen Demonstration sind die mit der Durchführung notwendig verbundenen Nebenfolgen erlaubt. Gleiches gilt für Eil- und Spontandemonstrationen. Ist aber die Beeinträchtigung Dritter nicht bloße Nebenfolge, sondern beabsichtigt, so wird dies nicht mehr von Art. 8 GG gedeckt. Vielmehr kann diese Versammlung sogar aufgelöst werden. Auch Art. 5 GG rechtfertigt die Blockade nicht, denn § 240 StGB ist ein allgemeines Gesetz i.S.d. Art. 5 II GG.

### **(P) Gewalt gegen Sachen**

Fraglich ist, ob Gewalt gegen Sachen ausreicht. Dies ist zumindest dann zu bejahen, wenn sie sich mittelbar gegen die Person auswirkt, also körperlich vermittelten Zwang darstellt, muss Gewalt bejaht werden. Bei reiner Sachgewalt ist dies strittig, wird aber von der h.M. abgelehnt. Die Gegenansicht stützt sich vor allem auf den Vergleich mit der Drohungsalternative.

### **bb) Drohung mit einem empfindlichen Übel**

Drohung ist das In-Aussicht-Stellen eines empfindlichen Übels, auf dessen Verwirklichung der Täter Einfluss hat oder Einfluss zu haben vorgibt. Empfindlich ist das Übel, wenn es einen Wertverlust darstellt, der aufgrund seines Ausmaßes geeignet ist, das Verhalten des Genötigten zu bestimmen. Die Drohung entfällt nicht, wenn der Täter die Realisierbarkeit des Übels lediglich vortäuscht. Es kommt auf die subjektive Zwangswirkung beim Opfer an.

Abzugrenzen ist die Drohung von der bloßen Warnung, bei welcher der Täter keine Einflussmöglichkeit hat, oder dies zumindest vorgibt.

**Nach neuer Rspr. des BGH (L&L 2014 S. 268) kann ein Rechtsanwalt sich gem. § 240 StGB machen, wenn er in einem außergerichtlichen zivilrechtlichen Mahnschreiben mit einer Strafanzeige droht, obwohl er weiß, dass kein strafrechtliches Verhalten vorliegt.**

### **(P) Bedrohung eines Dritten (Dreiecksnotigung)**

Richtet sich das angedrohte Übel gegen eine dritte Person, so liegt ein Nötigungsmittel gegenüber dem Opfer selbst nur vor, wenn die Drohung geeignet ist, das Verhalten des Opfers zu bestimmen, also auch diesem gegenüber eine tb-relevante Wirkung entfaltet. Ob die Drohung auch dem Genötigten gegenüber als Übel erscheint, hängt meist von der Beziehung zwischen Genötigtem und Drittem ab. Ungeklärt ist gleichwohl, wie diese Beziehung beschaffen sein muss. Teils wird eine persönliche Beziehung verlangt, teils eine wirtschaftlich-faktische. Es muss sich nicht um eine nahestehende Person handeln. Es können auch mitmenschliche Solidarität oder Rücksicht auf die öffentliche Meinung genügen.

### (P) Drohung mit einem rechtmäßigen Unterlassen

Wird das Unterlassen einer rechtmäßigen Hilfeleistung in Aussicht gestellt, zu deren Vornahme keine rechtl. Verpflichtung besteht, so fragt es sich, ob man überhaupt von einer Drohung sprechen kann. Das Aufzeigen eines Auswegs aus einer bestehenden Notlage muss grds. zulässig sein. Ein strafwürdiger Angriff entfällt jedenfalls dann, wenn der Täter als Druckmittel, gemessen am status quo, nicht eine Verschlechterung der Opfersituation einsetzt, sondern nur ankündigt, dass dem Adressaten eine Chance entgeht, wenn er sich dem Ansinnen verweigert. Es gilt das Autonomieprinzip, da der Handlungsspielraum des Adressaten in einem solchen Fall erweitert wird.

Der BGH bejaht eine Drohung gleichwohl dann, wenn diese sozialwidrig als Einflussmittel genutzt wird, um den widerstrebenden Willen des Opfers in eine bestimmte Richtung zu lenken, und ein selbstbestimmtes Standhalten nicht mehr erwartet werden kann. Eine verwerfliche Verquickung von Mittel und Zweck besteht zumindest bei strafwürdiger Antastung der Autonomie des Opfers.

**Anmerkung:** Unter Umständen lässt sich aber eine Drohung mit einem aktiven Tun konstruieren (Weiterverfolgung des Strafverfahrens bei den Ladendiebstahlsfällen), so dass es des Umwegs über eine Drohung mit einem Unterlassen gar nicht bedarf.

### b) Nötigungserfolg

§ 240 StGB ist ein Erfolgsdelikt. Die Nötigung ist daher erst vollendet, wenn das Opfer infolge des Einsatzes eines Nötigungsmittels auch tatsächlich die bezweckte Handlung oder Unterlassung vornimmt. Bei abgenötigter Duldung tritt Vollendung mit Hinderung der Entschlussfassung ein. Zwischen Nötigungshandlung und Nötigungserfolg muss ein spezifischer Zusammenhang bestehen.

## 2) subj. Tb: dolus eventualis ausreichend

## II. Rechtswidrigkeit

### (1) Fehlen von Rechtfertigungsgründen

Das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen ist stets vorrangig zu prüfen, da eine ausnahmsweise erlaubte Tat nie verwerflich sein kann.

### (2) Verwerflichkeit, § 240 II StGB

Der Tatbestand des § 240 StGB ist sehr weit und erfasst mithin viele Handlungsweisen, welche nicht strafwürdig erscheinen, so dass eine Eingrenzung vorzunehmen ist. Die Schwierigkeit, auf Tatbestandsebene hinreichend bestimmte Tathandlungen zu beschreiben, wird durch Verlagerung auf die Rechtswidrigkeitsebene gelöst, wo eine zusätzliche Verwerflichkeitsprüfung vorzunehmen ist. Es handelt sich mithin um ein allgemeines Rechtswidrigkeitsmerkmal (str.). Verwerflich ist eine Nötigung, wenn sie in einer erhöhten Grade sittlich zu missbilligen ist. Verwerflichkeit ist als Sozialwidrigkeit des Verhaltens aufzufassen, wobei die Grenze der Sozialwidrigkeit von den unabdingbaren Grundsätzen eines rechtlich geordneten Zusammenlebens bestimmt wird.

**Anmerkung:** Es wird also ein soziales Werturteil gefällt, kein moralisches!

Die Verwerflichkeit ergibt sich automatisch aus der Unzulässigkeit des Mittels oder des Ziels. Über diese isolierte Betrachtung hinaus kommt Verwerflichkeit insbesondere in Betracht, wenn die Zweck-Mittel-Relation als solche missbilligenswert erscheint. Abzustellen ist dabei nur auf den unmittelbaren

Nötigungserfolg (Nahziel). Fernziele finden nach h.M. nur bei der Strafzumessung Berücksichtigung.

**Anmerkung:** Dies gilt vor allem für die Versammlungsfälle. Berücksichtigt man mit der Gegenansicht Fernziele, so muss klar sein, dass keine Bewertung der inhaltlichen Ziele erfolgt, sondern lediglich auf das Gewicht der Angelegenheit für die Allgemeinheit abgestellt werden darf. Dieses Gewicht könnte bei einer Berücksichtigung von Fernzielen in Abwägung zur Dauer und zum Ausmaß der Beeinträchtigung gebracht werden. Eine dann mögliche Verneinung der Verwerflichkeit ändert aber nichts an etwaigen Verkehrsordnungswidrigkeiten oder –straftaten.

Auch im Verhalten kann aufgr. des inneren Zusammenhanges mit dem verfolgten Zweck verwerflich sein. Desgleichen ist die Durchsetzung berechtigter Ansprüche außerhalb der erlaubten Selbsthilfe als Selbstjustiz anzusehen und mithin verwerflich.

### **(P) Irrtümer im Bereich der Verwerflichkeit**

Denkbar sind zwei Irrtümer:

1) **Tatsachenirrtum** über das Vorliegen von Wertungsbestandteilen im Rahmen der Verwerflichkeitsprüfung -> wie ein Erlaubnistatbestandsirrtum zu behandeln, soweit die Tat bei tatsächlichem Vorliegen der vorgestellten Wertungsbestandteile nicht verwerflich und damit rechtmäßig gewesen wäre.

2) **Rechtsirrtum** über das Werturteil selbst. -> Wertungsirrtum -> wie ein Verbotssirrtum zu behandeln.

**Anmerkung:** Die Minderheitsansicht, die die Verwerflichkeit als Tatbestandskorrektiv und nicht als allgemeines Verbrechensmerkmal ansieht, kommt zu einer direkten Anwendung von § 16 I StGB.

## **III. Schuld**

### **B. § 113 (§114) StGB – Widerstand gg.Volstr.beamte**

§ 113 StGB ist ein unechtes Unternehmensdelikt. Im Gegensatz zu § 240 StGB ist somit kein Erfolg erforderlich. Geschütztes Rechtsgut ist die rechtmäßig betätigte staatliche Vollstreckungsgewalt.

§ 113 StGB ist gegenüber § 240 StGB spezieller, so dass er zuerst geprüft werden muss (mehr zum Verhältnis zu § 240 StGB unten 2.)

#### **I. Tatbestand**

##### **1) obj. Tb.**

**a) zur Vollstreckung berufener Amtsträger**

**b) bei Vornahme einer solchen Vollstreckungshandlung**

§ 113 StGB fordert, dass die Nötigung gegen einen Vollstreckungsbeamten gerichtet ist. Es muss daher eine Vollstreckungstätigkeit vorliegen, die durch einen Amtsträger i.S.d. § 11 I Nr. 2 StGB oder Soldaten der Bundeswehr ausgeführt wird. Die allgemeine Dienstaussübung ist nicht erfasst. Vollstreckungshandlung sind nur solche Diensthandlungen, welche der Durchsetzung eines bereits konkretisierten staatlichen Willens gegenüber Personen

oder Sachen dienen. Ausreichend ist desgleichen, wenn die Konkretisierung des staatlichen Willens einem Gesetz direkt entnommen werden kann.

### **c) Widerstand leisten mit Gewalt oder Drohung mit Gewalt**

**Anmerkung:** Erforderlich sind Widerstand leisten durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt. Damit ist klar, dass anders als bei § 240 StGB nur aktive Tätigkeiten den Tatbestand des § 113 StGB erfüllen können. Eine Sitzblockade kann hier also nie genügen.

Die Handlung des **tätlichen Angreifens** ist in § 113 StGB gestrichen worden. Dies führt mittlerweile in **§ 114 StGB** zu einer Strafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren.

**2) subj. Tb.:** dolus eventualis bzgl. aller obj. TBM ausreichend.

### **3) obj. Bedingung der Strafbarkeit: Rechtmäßigkeit der Diensthandlung**

Abschließend gilt es auf die objektive Strafbarkeitsbedingung (h.M.) der Rechtmäßigkeit der Diensthandlung zu achten, da nur rechtmäßig betätigte Vollstreckungsgewalt geschützt werden soll.

**Strittig ist, ob sich die Rechtmäßigkeit nach dem materiell-verwaltungsrechtlichen oder dem formell-strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff bestimmt.**

Nach dem verwaltungsrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff führt jeder Verstoß gegen eine gesetzlich vorgeschriebene Norm zur Unrechtmäßigkeit der Diensthandlung.

Nach dem strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff der h.M. ist ausreichend, dass

->der Beamte seine örtliche und sachliche Zuständigkeit beachtet

->die wesentlichen Förmlichkeiten gewahrt werden

->ggf. bestehendes Ermessen pflichtgemäß ausübt wird

->verbindliche Weisungen beachtet werden.

Die h.M. will der schwierigen Entscheidungssituation der Beamten vor Ort Rechnung tragen. Außerdem würden die spez. Rechtsbehelfe der StPO/ZPO ausgehöhlt u Selbstjustiz gefördert. Ferner werde die Effektivität der Vollstr. gewährleistet. Ein Ausgleich könne auf Sekundärebene erfolgen. Dies bestreitet eine starke Mindermeinung: Die h.M. gründe sich auf obrigkeitsstaatliches Denken. Es dürfen keine Eingriffsbefugnisse außerhalb des Gesetzes geschaffen werden. Es gäbe kein staatliches Irrtumsprivileg.

Anmerkung: Unterschiede ergeben sich nur bei Sachverhaltsirrtümern. Rechtsirrtümer gehen stets z.L.: des Staates, da die staatl Vollstreckungsbeamten zwingend über die entspr. Kenntnisse verfügen müssen.

## **II. Rechtswidrigkeit**

### **III. Schuld**

### **IV. besonders schwerer Fall, § 113 II StGB (Regelbeispiele)**

Bisher hat der BGH unter § 113 II N.1 (Waffe) StGB immer den Fall subsu-  
miert, dass der Täter mit dem Auto auf einen Vollstreckungsbeamten zuge-  
fahren ist. Der BGH hat dabei das Auto anders als bei §§ 224, 244, 250 als  
Waffen angesehen, weil er der Meinung war, der Gesetzgeber wollte bei §  
113 II StGB einen weiteren Waffenbegriff, da das gefährliche Werkzeug  
nicht bei § 113 StGB aufgeführt sei. Diese Rechtsprechung hat das BVerfG  
(L&L 02/2009) nun ausdrücklich, als verfassungswidrig verworfen, weil dies  
eine verbotene Analogie gem. 103 II GG zu Lasten des Täters sei.

Dies Problem hat mittlerweile der Gesetzgeber gelöst, indem er in § 113 II N.1 2. Alt das gefährliche Werkzeug eingefügt hat. Insofern kann die Rechtsprechung wieder einen besonders schweren Fall bejahen.

Gemäß § 114 II gelten die Regelbeispiele auch für **§ 114 StGB.**

### **(P) Verhältnis zu § 240 StGB**

Durch die gegenüber § 240 StGB höheren Anforderungen an die Nötigungsmittel und die günstigere Irrtumsregelung stellt § 113 StGB eine privilegierte Form der Nötigung dar. Es soll die besondere psychische Zwangslage berücksichtigt werden, in der sich der Täter befindet, wenn er sich staatlichen Vollstreckungstätigkeiten ausgesetzt sieht. § 113 StGB ist nach hM lex specialis zu § 240 StGB und verdrängt diesen daher im Wege der Spezialität.

### **(P) Kommt § 240 bei Drohung mit einem empfindlichen Übel gegenüber Vollstreckungsbeamten zur Anwendung?**

Mangels Drohung mit Gewalt scheidet § 113 StGB aus. Teile der Literatur vertreten, dass auch ein Rückgriff auf § 240 StGB versperrt sein soll, da ansonsten die Privilegierung unterlaufen würde. Die wohl überwiegende Ansicht bejaht in diesen Fällen § 240 StGB, da dieser nur dann verdrängt werden könnte, wenn tatsächlich die Voraussetzungen des § 113 StGB vorlägen. Zudem verdienen Vollstreckungsbeamte den gleichen Schutz wie andere Staatsbürger. Zugunsten des Täters sei allerdings § 113 III, IV StGB analog anzuwenden. Früher wurde auch vertreten, dass der Strafrahmen des § 113 in diesen Fällen heranzuziehen sei. Da aber ab dem 5.11.2011 der Strafrahmen des § 113 angehoben wurde und nunmehr dem der Nötigung entspricht, ist dies nicht mehr möglich und notwendig.

### **(P) Findet § 16 II bzgl. § 113 / § 240 Anwendung?**

Hält der Täter das Nötigungsoffer irrtümlich für einen Vollstreckungsbeamten, so wäre an § 16 II zu denken. § 113 ist zwar eine Privilegierung gegenüber § 240, doch schützen die beiden Tatbestände unterschiedliche Rechtsgüter. § 16 II scheidet daher aus. Es ist mithin § 240 anzuwenden.

## **C. Nachstellung, § 238 StGB**

Nach dem BGH ist § 238 StGB gerade kein Dauerdelikt (str.). Im Rahmen des objektiven Tatbestandes stellen sich zahlreiche Probleme. Subjektiv ist nur dolus eventualis erforderlich.

Der obj. Tatbestand setzt voraus, dass der Täter dem Opfer unbefugt und beharrlich durch eine Verhaltensweise i.S.d. § 238 I Nr. 1 bis 5 StGB nachstellt.

§ 238 I Nr. 1 StGB erfasst das Aufsuchen der räumlichen Nähe des Tatopfers. Damit sollen physische Annäherungen an das Opfer wie das Auflauern, Verfolgen, Vor-dem-Haus-Stehen und sonstig häufige Präsenz in der Nähe der Wohnung oder Arbeitsstelle sanktioniert werden. Erforderlich ist ein gezieltes Aufsuchen der räumlichen Nähe zum Opfer.

§ 238 I Nr. 2 StGB erfasst Nachstellungen durch unerwünschte Anrufe, E-Mails, SMS, Briefe, schriftliche Botschaften an der Windschutzscheibe oder Ähnliches und mittelbare Kontaktaufnahmen über Dritte. Die Nachstellungshandlung besteht insoweit darin, dass dem Betroffenen mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit seiner selbst oder einer ihm nahestehenden Person bedroht wird.

### **(P) „Beharrlichkeit“**

Der Beharrlichkeit i.S.d. § 238 StGB wohnen objektive Momente der Zeit sowie subjektive und normative Elemente der Uneinsichtigkeit und Rechtsfeindlichkeit inne. Begriff ist nicht bereits bei bloßer Wiederholung erfüllt. Vielmehr bezeichnet das Tatbestandsmerkmal eine in der Tatbegehung zum Ausdruck kommende besondere Hartnäckigkeit und eine gesteigerte Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem gesetzlichen Verbot, die zugleich die Gefahr weiterer Begehung indiziert.

Eine wiederholte Begehung ist danach zwar immer Voraussetzung, genügt aber für sich allein nicht. Erforderlich ist vielmehr, dass aus Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers mit der Absicht gehandelt wird, sich auch in Zukunft immer wieder entsprechend zu verhalten (Gesamtwürdigung notwendig!).

### **(P) „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“**

Der Begriff der Lebensgestaltung umfasst ganz allgemein die Freiheit der menschlichen Entschlüsse und Handlungen. Sie wird beeinträchtigt, wenn das Opfer durch die Handlung des Täters veranlasst wird, ein Verhalten an den Tag zu legen, das es ohne Zutun des Täters nicht gezeigt hätte. Stets festzustellen ist demnach eine erzwungene Veränderung der Lebensumstände. Dieses weite Tatbestandsmerkmal erfährt nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Einschränkung dahin, dass die Beeinträchtigung schwerwiegend sein muss. Erfasst werden damit im konkreten Kontext ins Gewicht fallende, gravierende und ernst zu nehmende Folgen, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Modifikationen der Lebensgestaltung erheblich und objektivierbar hinausgehen.

### **(P) Konkurrenzen**

Auf Konkurrenzebene ist zunächst fraglich, ob verschiedene Handlungen, die zur Verwirklichung von § 238 StGB erfolgen, **eine** Nachstellung im Rechtsinne darstellen oder mehrere Handlungen iSd. § 53 StGB vorliegen. Die Annahme (nur) **einer** Nachstellung ließe sich insbesondere dann rechtfertigen, wenn man § 238 StGB als Dauerdelikt einstufen würde. Trotz insoweit mehrdeutiger Passagen in den Gesetzesmaterialien erblickt der BGH in der Vorschrift zum „Stalking“ jedoch gerade keine Dauerstraftat. Gegen eine solche Einordnung spricht letztlich der typische Charakter von „Stalking“-Angriffen sowie die Struktur des Tatbestands. Als Dauerdelikt sind nur solche Straftaten anzusehen, bei denen der Täter, den von ihm in deliktischer Weise geschaffenen rechtswidrigen Zustand willentlich aufrecht erhält oder die deliktische Tätigkeit ununterbrochen fortsetzt, so dass sich der strafrechtliche Vorwurf sowohl auf die Herbeiführung als auch auf die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustands bezieht. „Stalking“-Angriffen zeichnen sich demgegenüber durch zeitlich getrennte, wiederholende Handlungen aus, die nicht zu einem gleichbleibenden und überbrückenden deliktischen Zustand führen. Die Beeinträchtigung der persönlichen Lebensgestaltung des Opfers wird durch jede einzelne Handlung des Nachstellens erneuert und intensiviert. Die beschriebene Angriffstypik zwingt jedoch trotzdem nicht zur Annahme mehrerer Handlungen iSd. § 53 StGB. Es liegt vielmehr nahe, typischerweise von einer sukzessiven Tatbegehung auszugehen. Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass sich der Täter dem tatbestandlichen Erfolg nach und nach nähert. Dabei werden diejenigen einzelnen Handlungen des Täters, die erst in ihrer Gesamtheit zu der erforderlichen Beeinträchtigung des Opfers führen, unter rechtlichen Gesichtspunkten im Wege einer tatbestandlichen Handlungseinheit zu einer Handlung zusammengefasst, wenn sie einen ausreichenden räumlichen und zeitlichen Zu-

sammenhang aufweisen und von einem fortbestehenden einheitlichen Willen des Täters getragen sind.

Klärungsbedürftig erscheint ferner das Konkurrenzverhältnis zu den typischerweise mitverwirklichten Delikten, wie die §§ 185f. oder § 241 StGB, welche an sich durch die verschiedenen vorliegenden Handlungen in Tateinheit stehen. In Betracht kommt in diesem Kontext eine **Verklammerung** der beiden Delikte zur Tateinheit durch die hierzu idealkonkurrierende Nachstellung. Nach der Rechtsprechung kann zwischen an sich selbstständigen Delikten (wie § 185 StGB und § 241 StGB) durch ein weiteres Delikt (hier: § 238 StGB) Tateinheit hergestellt werden, wenn dieses weitere Delikt mit den anderen Straftatbeständen jeweils ideell konkurriert und zumindest mit einem der verbundenen Delikte eine annähernde Wertgleichheit besteht oder die verklammernde Tat die schwerste ist. Diese Voraussetzungen dürften typischerweise erfüllt sein.

### **(P) § 238 III**

Hierbei handelt es sich um eine Erfolgsqualifikation. Nach überzeugender Rechtsprechung ist diese auch dann zu bejahen, wenn sich das Opfer aufgrund durch den Grundtatbestand ausgelöster Depressionen, später selbst tötet.

## **D. Freiheitsberaubung, § 239 StGB**

§ 239 StGB ist ein Dauerdelikt.

### **I. Tatbestand**

#### **1) obj. Tb.**

Geschützt ist die potenzielle persönliche Fortbewegungsfreiheit. Das Opfer muss einen Willen zur Fortbewegung bilden können. Ist dies nicht der Fall (Bsp.: Säuglinge), ist der Tatbestand nicht erfüllt. Ein Rückgriff auf den Willen der Sorgeberechtigten ist nicht möglich, da § 239 StGB gerade die persönliche Fortbewegungsfreiheit schützt. Bei Bewusstlosen und Schlafenden ist die Verwirklichung des Tatbestandes umstritten, da ein Fortbewegungswille nur vorübergehend nicht gebildet werden kann. Eine Ansicht nimmt daher Vollendung erst mit dem Aufwachen an. Der Tatbestand des § 239 ist jedoch nicht auf die aktuelle Fortbewegungsfreiheit beschränkt. Eine Kenntnis des Opfers, welches sich bei Bewusstsein befindet, von der eingeschränkten Fortbewegungsmöglichkeit ist daher nicht erforderlich.

Durch den Begriff „Berauben“ kommt zum Ausdruck, dass die Tat zwangsläufig gegen den Willen des Betroffenen erfolgen muss. Ein Einverständnis des Opfers schließt daher den Tatbestand des § 239 StGB aus. Erforderlich für die Beeinträchtigung der Fortbewegungsfreiheit ist nicht zwingend vis absoluta (Einsperren, Fesseln). Auch das Errichten einer psychischen Sperre kann ausreichend sein (Vorhalten einer Waffe). Bei solchen Drohungen muss die Überwindung jedoch mit unzumutbaren Gefahren verbunden sein.

Zu klären bleibt, wie lange die Fortbewegungsmöglichkeit geraubt werden muss. Die Beeinträchtigung darf nicht unerheblich sein. Der Maßstab des RG „ein Vaterunser lang“ erscheint zwar betagt, wird aber weitgehend akzeptiert. Klar ist lediglich, dass nicht jedes bloße Anhalten oder Festhalten für einige Sekunden genügen kann, sondern die Beeinträchtigung ein gewisses Gewicht haben muss.

#### **2) subj. TB: dolus eventualis ausreichend**

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

**Anmerkung:** Die Freiheitsberaubung ist ein Dauerdelikt. Aus diesem Grunde ist bei mehreren Beteiligten stets an die Möglichkeit der sukzessiven Tatbeteiligung zu denken. Auf Konkurrenzebene stellt sich häufig die Frage, in welchem Verhältnis § 239 StGB zu einem parallel begangenen Zustandsdelikt steht. Auch an die Möglichkeit einer Verklammerung ist bei einem Dauerdelikt stets zu denken.

### **E. Bedrohung, § 241 StGB – nur bei Verbrechen**

Die Bedrohung ist als abstraktes Gefährdungsdelikt gegenüber Erfolgsdelikten subsidiär.

Nach der früheren Bedrohung musste mit einem Verbrechen gedroht werden (Klassiker: „Ich bring Dich um!“ als Drohen mit § 212 StGB; beim Raub erfolgt dies häufig konkludent durch das Vorhalten einer Waffe). Bei den Körperverletzungen muss daher mit § 226 gedroht werden (Bsp.: „Ich schlag Dich zum Krüppel!“, hingegen nicht ausreichend: „Ich schlag Dich krankenhausauf“, nur Drohen mit § 224 StGB). Dieser Straftatbestand ist heute in Abs. 2 unter erhöhte Strafe gestellt.

**Inzwischen fordert die Bedrohung aber kein Drohen mit einem Verbrechen mehr. Nach § 241 Abs. 1 StGB ist es inzwischen ausreichend, wenn einem Menschen mit der Begehung einer gegen ihn oder eine ihm nahestehende Person gerichteten rechtswidrigen Tat gegen die sexuelle Selbstbestimmung, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder gegen eine Sache von bedeutendem Wert bedroht wird.**

### **F. weitere Delikte gegen die persönliche Freiheit**

-> Erpresserischer Menschenraub / Geiselnahme, §§ 239a, 239b StGB  
siehe oben

-> §§ 234 – 236 StGB verbieten Menschenraub, Entziehung Minderjähriger und Kinderhandel.



## **Teil IX: Straftaten gegen die öffentliche Ordnung, §§ 132f. StGB**

### **A. Amtsanmaßung § 132 StGB**

Die Amtsanmaßung schützt die staatliche Autorität und das Ansehen des Staatsapparates.

Umstritten ist, ob die Amtsanmaßung ein eigenhändiges Delikt ist, was die Rspr. bejaht. Die hL sieht dies anders. Auswirken tut sich dies vor allem bei der Frage nach der Möglichkeit von Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft, welche bei der Amtsanmaßung nach der hL möglich, nach der Rspr. hingegen abzulehnen ist.

Teilnahme ist hingegen unproblematisch möglich. Dabei ist zu beachten, dass die Amtsanmaßung kein Amtsdelikt ist, sondern sich gegen die Autorität der staatlichen Gewalt richtet, so dass § 28 StGB nicht anwendbar ist.

Die Amtsanmaßung schützt die staatliche Autorität und das Ansehen des Staatsapparates.

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Objektiver Tatbestand**

§ 132 StGB hat zwei Tatbestandsalternativen, wobei die erste Alternative einen Spezialfall der zweiten beinhaltet. In beiden Fällen ist es erforderlich, dass der Täter Handlungen vornimmt, welche sich äußerlich als Amtstätigkeit darstellen.

Jedoch ist § 132 StGB nicht einschlägig, wenn der Täter nicht gegenüber einem Dritten auftritt, also bspw. wenn der Täter einen Strafzettel an sein eigenes KfZ heftet, um eine Verwarnung zu umgehen.

**öffentliches Amt:** erforderlich ist eine Tätigkeit als Amtsträger für die Staatsgewalt, also im Dienst von Bund, Ländern oder Kommunen. Umstritten dabei ist, ob auch Rechtsanwälte unter das öffentliche Amt fallen, was die wohl HM ablehnt. Ansonsten ist ausreichend, dass die Funktionsträgerschaft nach außen hin erkennbar ist.

Auch ein Amtsträger kann § 132 StGB begehen, wenn er seine Kompetenzen in einer Weise überschreitet, dass seine Handlung den Charakter eines anderen als des von ihm auszuübenden Amtes annimmt.

Beispiele:

- Kommunalbeamter in der Bauaufsicht tritt als Amtsarzt derselben Behörde auf und nimmt ärztliche Untersuchungen in einer Schule vor: § 132 (+)
- Polizeibeamter vernimmt einen Zeugen in einem Ermittlungsverfahren, für das er sachlich und örtlich nicht zuständig ist, um Einfluss auf den Gang der Ermittlungen zu nehmen: § 132 (-), da lediglich Verstoß gegen innerdienstliche Vorschriften, ohne Überschreitung der Allgmeinzuständigkeit eines Polizeibeamten

Die zweite Tatbestandsalternative ist der Auffang-TB und setzt voraus, dass eine Handlung vorgenommen wird, die nur durch die staatliche Gewalt, also kraft öffentlichen Amtes, vorgenommen werden darf.

„Unbefugt“ ist keinesfalls in der Rechtswidrigkeit zu prüfen. Hierbei handelt es sich um ein objektives Tatbestandsmerkmal, dass daher auch vom Vorsatz umfasst sein muss.

Beachte: Der Versuch ist nicht strafbar.

## **2. Subjektiver Tatbestand** (bedingter Vorsatz genügt)

Die Behandlung des Irrtums über die Befugnis ist aufgrund der Doppelfunktionalität str. Hierbei ist sowohl § 16, als auch § 17 StGB denkbar. Letztlich kommt es dabei auf den Einzelfall an.

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

# **B. Verwahrungsbruch § 133 StGB**

## **I. Tatbestand**

### **1. Objektiver Tatbestand**

Tatobjekte können Schriftstücke und bewegliche Gegenstände sein, wobei es weder auf den wirtschaftlichen Wert noch auf die Eigentumslage ankommt.

Erforderlich ist jedoch, dass die Gegenstände sich zum Zeitpunkt der Tat in dienstlicher Verwahrung befinden. Dabei ist es erforderlich, dass dieser von einer Behörde, Körperschaft oder Anstalt des ÖR, der Bundeswehr, einem Richter oder auch einem Amtsträger für den öffentlichen Dienst in Besitz genommen wurde, und zwar um den Gegenstand in seiner Individualität zu erhalten und vor unbefugten Zugriffen zu schützen. Nicht ausschlaggebend ist dabei der Ort der Verwahrung.

Nicht verwahrt werden behördliches Inventar sowie von der Behörde selbst zu verbrauchende Gegenstände.

Ferner muss eine Tathandlung im Sinne von Zerstören, Beschädigen, unbrauchbar machen oder der dienstlichen Verwahrung entziehen vorliegen. Die letzte Variante setzt keine Ortsveränderung des Gegenstandes voraus. Es reicht aus, dass die jederzeitige Bereitschaft für den bestimmungsgemäßen Gebrauch nur vorübergehend oder erheblich erschwert wird.

### **2. Subjektiver Tatbestand**

dolus eventualis ist ausreichend

### **Beachte: Qualifikation nach Abs. 3**

Hierbei handelt es sich um ein unechtes Amtsdelikt. Bei Teilnahme durch einen Nicht-Amtsträger ist damit § 28 II StGB anwendbar.

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

# **C. Verstrickungsbruch; Siegelbruch § 136 StGB**

## **I. Tatbestand**

### **1. Objektiver Tatbestand**

Der Tatbestand enthält zwei Tatbestände. Der Verstrickungsbruch nach Abs. 1 unterscheidet sich von dem Siegelbruch nach Abs. 2 dadurch, dass bei Abs. 1 ein ör Gewaltverhältnis, bei Abs.2 das Siegel als Zeichen der äußeren Sachherrschaft geschützt ist.

Beim Verstrickungsbruch ist das geschützte Rechtsgut das durch die Pfändung oder Beschlagnahme entstehende ör Gewaltverhältnis. Die Sachen müssen gepfändet oder sonst dienstlich in Beschlag genommen sein. Dies liegt insbesondere bei einer Pfändung oder einem Arrest im Sinne der ZPO vor.

Ferner muss eine Tathandlung im Sinne von Zerstören, Beschädigen, unbrauchbar machen oder der Verstrickung entziehen vorliegen.

Bei der letzten Variante ist eine Ortsveränderung des Gegenstandes unerheblich. Einerseits kann es ausreichen, dass der Täter über den Verbleib der Sache täuscht. Andererseits liegt § 136 StGB nicht vor, wenn der Täter bspw. die Sache benutzt, was beim Fahrrad mit einer Ortsveränderung verbunden ist. Die Benutzung ist nur unzulässig, wenn eine Wertminderung eintritt, was die Rspr. bei der Benutzung eines KfZ überwiegend bejaht.

Täter kann grds. jeder sein. Strittig ist jedoch, ob der Gerichtsvollzieher die Tat durch Freigabe der gepfändeten Sache begehen kann.

Der Siegelbruch setzt als Tathandlung ein Beschädigen, Ablösen und unkenntlich machen voraus. Ebenso wird bestraft, wer den durch das Siegel bewirkten Verschluss ganz oder teilweise unwirksam macht. Dabei ist ein Siegel erforderlich, dass angelegt sein muss, um Sachen in Beschlag zu nehmen, dienstlich zu verschließen oder zu bezeichnen.

## **2. Subjektiver Tatbestand**

dolus eventualis ist ausreichend

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

**Beachte:** Die Strafbarkeit ist gem. Abs. 3 ausgeschlossen, wenn die Diensthandlung nicht rechtmäßig ist. Hier gilt der gleiche Rechtmäßigkeitsbegriff, wie bei § 113 StGB. Auch die Irrtumsregelungen entsprechen denen des § 113 StGB.

## **D. Nichtanzeige geplanter Straftaten § 138 StGB**

Als geschütztes Rechtsgut wird teilweise die Rechtspflege als Organ der Verbrechensverhütung angesehen. Zutreffender dürften jedoch die durch die jeweiligen Strafvorschriften geschützten Rechtsgüter heranzuziehen sein.

### **I. Tatbestand**

#### **1. Objektiver Tatbestand**

Die Strafbarkeit bezieht sich zunächst nur auf die in Abs. 1 genannten Taten. Die Straftat muss dabei konkretisiert sein, also wenigstens in Grundzügen feststehen.

Ferner muss der Täter von diesen Taten glaubhafte Kenntnis haben und diese Kenntnis muss zu einer Zeit da sein, zu der die Tat noch abgewendet werden kann.

Nach hM ist weder der Bedrohte noch der an der Straftat oder ihrer Vorbereitung und Planung beteiligt Gewesene anzeigespflichtig (nemo tenetur Grundsatz). Hier gilt im Zweifel der in dubio pro reo Grundsatz.

**Achtung:** Nach neuer BGH-Rechtsprechung besteht jedoch zu der Beteiligung an der Straftat ein Stufenverhältnis, so dass wenn die Nichtanzeige tatsächlich feststeht, aber die Beteiligung zweifelhaft ist, eine Verurteilung nach § 138 StGB erfolgen kann (einer echten Wahlfeststellung bedarf es dabei nicht! Bei dieser ist auch die rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit der Delikte fraglich).

## **2. Subjektiver Tatbestand**

dolus eventualis ist bzgl. aller obj. TBM erforderlich

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

**Zu beachten sind zwingend die Straflosigkeitsregelungen nach § 139 StGB!!!**