

## **Terminplan**

17.04.18	Einführung
18.04.18	Täterschaft und Teilnahme I (Grundlagen)
24.04.18	Täterschaft und Teilnahme II (Abgrenzung)
25.04.18	Täterschaft und Teilnahme III (Formen der Täterschaft)
01.05.18	Maifeiertag
02.05.18	Täterschaft und Teilnahme IV (Teilnahme)
08.05.18	Täterschaft und Teilnahme V (Anstiftung)
09.05.18	Täterschaft und Teilnahme VI (Beihilfe)
15.05.18	Wiederholung und Vertiefung §§ 211 ff. StGB I
16.05.18	Wiederholung und Vertiefung §§ 211 ff. StGB II
22.05.18	Täterschaft und Teilnahme VII (bes. pers. Merkmale, §§ 28 f.)
23.05.18	Wiederholung und Vertiefung §§ 223 ff. StGB I
29.05.18	Wiederholung und Vertiefung §§ 223 ff. StGB II
30.05.18	Fahrlässigkeit I (Wiederholung, Aufbau, Erfolgsqualifikation, Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen)
05.06.18	Fahrlässigkeit II (Versuch und Rücktritt bei Erfolgsqualifikationen)
06.06.18	Objektive Bedingungen der Strafbarkeit (z.B. §§ 231, 323a StGB)
12.06.18	Ehrdelikte I
13.06.18	Ehrdelikte II, Hausfriedensbruch
19.06.18	Unterlassen I (Grundlagen)
20.06.18	Unterlassen II (Echte Unterlassungsdelikte, z.B. § 323c I StGB)
26.06.18	Unterlassen III (vorsätzliches vollendetes unechtes Unterlassungsdelikt)
27.06.18	Unterlassen IV
03.07.18	Unterlassen V (fahrlässiges Unterlassungsdelikt)
04.07.18	Unterlassen VI (versuchtes unechtes Unterlassungsdelikt)
10.07.18	Freiheitsdelikte I (Nötigung, Bedrohung)
11.07.18	Freiheitsdelikte II (Freiheitsberaubung, §§ 239a f., Stalking)
17.07.18	Konkurrenzen
18.07.18	Wiederholung

## Täterschaft und Teilnahme II (Täterschaft)

### A. Formen der Täterschaft

#### I. § 25 I 1. Alt. – unmittelbarer Täter

Unmittelbarer Täter ist nach § 25 I 1. Alt. jeder, der den Unrechtstatbestand eines Delikts in vollem Umfang und in sämtlichen Einzelakten eigenhändig verwirklicht (*Kühl* AT 20/36). Dies kann sowohl auf den **Alleintäter** als auch auf den **Nebentäter**, der unabhängig von einem anderen neben diesem denselben tatbestandlichen Erfolg herbeiführen will und dabei den gesetzlichen Tatbestand vollständig verwirklicht, zutreffen.

#### II. § 25 I 2. Alt. – mittelbare Täterschaft

##### Voraussetzungen:

1. **Strafbarkeitsmangel beim Vordermann:** Anzunehmen, wenn Tatmittler entweder

- *objektiv tatbestandslos* (zB bei Selbstverletzungen; vgl. *BGHSt* 32, 38 [*Stern Sirius-Fall*]),
- mangels Vorsatz *subjektiv tatbestandslos* (zB *BGHSt* 30, 363 [*Salzsäure-Fall*]),
- *gerechtfertigt* (*BGHSt* 3, 4),
- *schuldlos* (zB §§ 19, 20, 35; str. ist § 21) oder
- in einem *vermeidbaren Verbotsirrtum* nach § 17 (vgl. *BGHSt* 35, 347 [*Katzenkönig-Fall*]) oder einem Irrtum gem. § 35 II handelt.

Ausnahmsweise anerkennt die Rspr. auch bei voller strafrechtlicher Verantwortung des Ausführenden eine mittelbare Täterschaft für den Hintermann (sog. „**Täter hinter dem Täter**“; so bei überlegener Organisationsherrschaft im Staatsapparat, vgl. *BGHSt* 40, 218 u. 45, 270 [*Mauerschützen-Fälle*], oder auch im Wirtschaftsunternehmen, vgl. *BGH NJW* 2004, 375, 378).

2. **Tatherrschaft des Hintermannes:** Um mittelbarer Täter sein zu können, muss der Hintermann kraft überlegenen Sachwissens und planvoll lenkenden Willens das Werkzeug (Vordermann) in der Hand haben (zumeist anzunehmen, wenn der Tatmittler durch den Hintermann getäuscht oder unter Zwang gesetzt worden ist). Typisch sind Nötigungsherrschaft (Willensherrschaft) und Irrtumsherrschaft (Wissensherrschaft).

#### III. § 25 II – Mittäterschaft

##### Voraussetzungen:

1. **Gemeinsamer Tatentschluss:** Dafür notwendig ist das bewusste und gewollte (auch konkludent) Zusammenwirken mehrerer. Ein Mittäter kann auch während der Tatausführung bis zu deren Beendigung hinzutreten (sog. sukzessive Mittäterschaft). Fehlt es am bewussten und gewollten Zusammenwirken, bleibt allenfalls Nebentäterschaft (hM, vgl. zB *Kühl* AT 20/106; aA *Lesch* JA 2000, 73 ff. mwN).
2. **Objektiver Tatbeitrag:** Genügend ist, dass jeder der Mittäter an der Ausübung der Tatherrschaft beteiligt ist. Keiner braucht dabei in seiner Person alle Tatbestandsmerkmale zu erfüllen (dann ist auch schon § 25 I 1. Alt. erfüllt – eine Prüfung von § 25 II ist bzgl. dieser Person nicht erforderlich, allerdings sehr wohl bzgl. solcher Mittäter, die nicht alle Merkmale in ihrer Person erfüllen!); was ihm

zur Erfüllung des Tatbestandes fehlt, kann – wenn es von anderen Mittätern ausgeführt wird – jedem von ihnen nach § 25 II zugerechnet werden. Ein Mehr an Plangestaltung kann ein Weniger bei der Tatausführung – im Rahmen funktionaler Tatherrschaft – ausgleichen.

3. Die einzelnen Tatbeiträge müssen sich **im Rahmen des gemeinsamen Tatplans** gehalten haben; für vorsätzliche Exzesse einzelner Mittäter haften die übrigen nicht (für error in persona str.; bejahend *BGHSt* 11, 268; einschränkend *Ebert AT*<sup>3</sup> S. 203: Getroffener haftet nur in dem Umfang, in dem er haften würde, wenn er sich selbst irrtümlich getroffen hätte).

## B. Fälle

**Fall 1: Kegelstreit** – vgl. *BGHZ* 39, 103: F und B waren während eines Kegelabends in Streit geraten. Als B mit der Kugel zu einem Wurf ausholte, versetzte F dem B einen Schlag in die Magengegend. B krümmte sich im plötzlichen Schmerz zusammen. Die Kugel flog aus seiner Hand in die Höhe und schlug A 4 Zähne aus. Strafbarkeit von F und B wegen § 229?

**Fall 2: AIDS-Fall** – BayObLG NStZ 1990, 81: Auf Drängen der erst 17-jährigen M übte der HIV-infizierte A mehrfach mit ihr den ungeschützten Geschlechtsverkehr aus. Wegen seiner Krankheit hatte er sich zunächst geweigert, dies ohne Kondome zu tun, und M eindringlich vor den Gefahren einer Ansteckung gewarnt, gab aber schließlich nach. M hat sich nicht infiziert. Ist A strafbar wegen §§ 224 I Nr. 1, 5, II, 22, 25 I?

**Fall 3: Stern Sirius** – *BGHSt* 32, 38: A lernte die 23-jährige, sehr unselbständige und komplexbeladene H kennen. Diese vertraute ihm bald blind. A sagte ihr, dass er vom Stern Sirius komme und auf die Erde gesandt sei, um dafür zu sorgen, dass einige wertvolle Menschen, darunter auch H, nach dem völligen Zerfall ihrer Körper mit ihrer Seele auf Sirius weiterleben könnten. Sie müsse, um die notwendige geistige Entwicklung für Sirius durchlaufen zu können, an das Kloster des Mönches Uliko 30.000 DM bezahlen, wobei A dieses für Uliko annehmen sollte. Das von H bezahlte Geld verbrauchte A für sich. Als H nach den Bemühungen von Uliko fragte, sagte ihr A, diese würden an der Sperre ihres Körpers scheitern. Die Blockade könne nur durch Beschaffung eines neuen Körpers beseitigt werden. Ein solcher stehe in einem roten Raum am Genfer See bereit; in diesem werde sie sich als Künstlerin wiederfinden. Auch in ihrem neuen Leben benötige sie aber Geld. Daher solle sie eine Lebensversicherung abschließen, in der A als Bezugsberechtigter bestimmt werde, wenn H durch einen vorgetäuschten Unfall aus dem Leben scheide. Auf detaillierte Weisung des A versuchte sich H mehrfach vergeblich umzubringen (z. B. durch einen Autounfall, dann durch das Werfen eines Föns in ihre Badewanne), was jedoch aus technischen Gründen immer wieder misslang. Sie handelte dabei in völligem Vertrauen auf die Erklärung des A und wollte sich das Leben nehmen, um sofort in einem neuen Körper zu erwachen. Der Gedanke an Selbstmord – was sie prinzipiell abgelehnt hätte – kam ihr dabei nie. Strafbarkeit von A?

**Fall 4: Haftprüfung** – *BGHSt* 3, 4: A schrieb 1943 an die Luftwaffeneinheit, bei der ihr Schwiegersohn S beschäftigt war, dieser treibe Spionage. Sie wusste, dass dies nicht zutrifft, wollte aber, dass er längere Zeit in Haft genommen werde. Da der zuständige Richter R die Anschuldigung ernst nahm, erließ er Haftbefehl, aufgrund dessen S für 20 Tage – bis zu seinem Freispruch – inhaftiert wurde. Strafbarkeit der A wegen Freiheitsberaubung (§§ 239, 25 I Alt. 2)?

**Fall 5: Katzenkönig** – BGHSt 35, 347: A, B und C lebten in einem von Mystizismus, Scheinerkenntnis und Irrglauben geprägten neurotischen Beziehungsgeflecht zusammen. C, ein Polizist, liebte die A sehr; A und B nutzten C hingegen als Werkzeug für eigenen Spaß. Sie brachten C dazu, an die Existenz des sog. Katzenkönigs zu glauben, der seit Jahrtausenden das Böse verkörpere. Als A erfuhr, dass ihr Ex-Freund geheiratet hatte, wollte sie aus Eifersucht dessen neue Frau F umbringen lassen. In stillschweigendem Einverständnis mit B, der, wie sie wusste, seinen Nebenbuhler loswerden wollte, spiegelte sie C vor, der Katzenkönig verlange F als Menschenopfer. Sollte C diese – in ihrer Ausführung in allen Einzelheiten dargelegte – Tat nicht gelingen, müsse er sich von A trennen; Millionen von Menschen würden dadurch vernichtet werden. C erkannte, dass er einen Mord begehen solle und wendete das biblische Tötungsverbot ein. A und B erklärten ihm daraufhin, dieses gelte nicht für sie, weil es ein göttlicher Auftrag sei. Sie ließen C bei Jesus schwören, einen Menschen zu töten. A erklärte C, bei Bruch dieses Schwures sei seine unsterbliche Seele auf immer verflucht. Zwar hatte C Gewissensbisse, wog jedoch die Gefahr für so viele Menschen ab, die er durch das Opfer der F retten könne. Anschließend versuchte er vergeblich, F zu töten. Strafbarkeit von A, B, C?

**Fall 6: Salzsäure** – BGHSt 30, 363: A wollte seinen Nebenbuhler N aus Eifersucht töten. Dafür gab er G einen Flasche mit absolut tödlich wirkender Salzsäure und sagte ihm, es handele sich nur um ein harmloses Schlafmittel, welches G dem N einflößen solle, um ihn – wie von G auch beabsichtigt – auszurauben. Auf dem Weg zu N öffnet G die Flasche und nimmt, nachdem er am Inhalt gerochen hat, Abstand von seinem Vorhaben. Strafbarkeit von A wegen versuchten Totschlages?

**Fall 7: Nötigungsnotstand**: A bringt B mit Todesdrohungen dazu, seinerseits eine Fensterscheibe bei C einzuwerfen. Strafbarkeit von B wegen §§ 303, 25 I Alt. 2 ?

**Fall 8: Mauerschützen** – BGHSt 40, 218; 45, 270; 47, 100: DDR-Grenzsoldat S schießt mit bed. Tötungsvorsatz auf einen Flüchtling an der Berliner Mauer und verletzt diesen dadurch tödlich. Dem zugrunde lag der „Schießbefehl“ des Nationalen Verteidigungsrats der DDR, dem u. a. K angehörte; am Tattag hatte Grenzgruppen-general G seine Soldaten (darunter S) „vergattert“, diese Anordnung strikt zu befolgen. Strafbarkeit jeweils wegen § 212?

**Fall 9: Amtsträger** – BGHSt 39, 381: A hat durch seine bewusst falsche Auskunft als Verantwortlicher einer Fachbehörde veranlasst, dass die zuständige Behörde eine materiell unrichtige Genehmigung zur Ablagerung von Abfällen erteilt hatte. Wie hat er sich strafbar gemacht, wenn der Ablagerer von der Unrichtigkeit wusste oder aber, wenn er davon nichts wusste?

**Fall 10: Fehlschuss** – BGHSt 11, 268: P hat zusammen mit M und T versucht, des Nachts Waren aus einem Lebensmittelgeschäft zu stehlen. Jeder war mit einer geladenen Pistole bewaffnet. Da sie bei ihrem Vorhaben entdeckt wurden, flüchteten sie auf die Straße. Als M hinter sich eine Person bemerkte, die er für einen Verfolger hielt, schoss er. Er nahm dabei in Kauf, dass sein Schuss eine tödliche Wirkung haben könnte. Bei dem vermeintlichen Verfolger handelte es sich jedoch um P, der im rechten Oberarm getroffen wurde. Das Diebestrio hatte auch bei anderen Diebestouren wiederholt geladenen Schusswaffen bei sich. Über deren Verwendung hatten sie besprochen, dass nur dann auf Menschen geschossen werden solle, wenn eine Festnahme zu befürchten sei. Dieser Abrede gemäß hatte M geschossen, um den vermeintlichen Verfolger an einer Ergreifung der drei zu hindern. Strafbarkeit von M und P wegen versuchten Totschlages (§§ 212, 22)?

**Fall 11: Schützenhilfe** – BGHSt 37, 289 (dazu *Erb*, JuS 1992, 197): A war aus einem Hafturlaub nicht in die JVA zurückgekehrt. Hierzu war er von D überredet worden, der u. a. ein größeres Rauschgiftgeschäft plante. D gab A einen Revolver, den A ständig bei sich führte. D war entschlossen, sich einer Verhaftung notfalls auch durch tödliche Schüsse zu entziehen. D dachte, was A bekannt war, dass A in solchen Situationen ebenso rücksichtslos von der Waffe Gebrauch machen und ihm Schützenhilfe geben würde. Vor der nächsten Ausfahrt besprachen sie noch einmal, dass sie sich gegenseitig bei einer Kontrolle den Weg zur Flucht freischießen würden. Kurz danach wurden sie von zwei Polizisten angehalten. Zwei weitere standen mit gezogenen Waffen in der Nähe. A zog seine Waffe nicht. D erschoss zunächst den vor A stehenden Polizisten, um sich der Festnahme zu entziehen. A hob zum Zeichen der Aufgabe beide Hände und ließ sich rückwärts gegen die Hecke fallen, rutschte daran herunter und blieb schließlich auf dem Boden liegen. D erschoss unterdes den zweiten Polizisten, um eine Festnahme auch von A zu verhindern. Daraufhin sprang A auf und lief davon. D hatte das Sich-fallen-lassen und Weglaufen von A nicht bemerkt, sondern wähnte ihn noch in unmittelbarer Nähe. Er flüchtete selbst, nachdem er noch – ohne Erfolg – auf die anderen Polizisten gezielt geschossen hatte. Strafbarkeit von A wegen versuchter bzw. vollendeter Tötung der Polizisten (§§ 212, 211)?

**Fall 12: Münzhändler** – BGHSt 40, 299 („Scheinmittäterschaft“; dazu *Erb*, NSTZ 1995, 424; *Kühne*, NJW 1995, 934; *Küpper*, JuS 1995, 488; *Sonnen*, JA 1995, 361; *Zopfs*, Jura 1996, 19; anders noch BGHSt 39, 236): A lernte in einer Gaststätte Z kennen, mit dem er erörterte, „wie man an Geld kommen könne“. Z erzählte A, ihm sei ein Münzhändler M bekannt, der seine Versicherung betrügen wolle. A solle M überfallen und berauben; M sei mit allem einverstanden. Nachdem Z dem A für seine Mitwirkung 50.000 DM versprochen hatte, erklärte sich A zur Ausführung des Überfalls bereit. Die zum Schein zu raubenden Münzen sollten Z übergeben werden, der A anwies gegenüber M nicht zu erkennen zu geben, dass er von dessen Einverständnis wisse. Der „Raub“ wurde wie geplant durchgeführt; dem in seinem Waschkeller von A geknebelten und gefesselten M gelang es, sich zu befreien und die Polizei zu alarmieren. Noch am Tag meldete er seiner Versicherung den Schadensfall. Strafbar wegen §§ 263 I, 25 II, 22?

**Fall 13: Lederspray-Fall** – BGHSt 37, 106: Die W-GmbH produziert u. a. Ledersprays, die sie über Tochterfirmen vertreibt. Nachdem sie Schadensmeldungen erhalten hatte, wonach zahlreiche Verbraucher nach Verwendung der Sprays krank geworden seien, wurde eine Änderung an der Zusammensetzung der Sprays vorgenommen; trotzdem folgten weitere Schadensmeldungen. Nachdem firmeninterne Untersuchungen keine Gefährdung ergeben hatten, wurde ein zwischenzeitlicher Produktionsstopp wieder aufgehoben. Auf einer Sondersitzung aufgrund der Vorfälle kam die Geschäftsführung (A, B und D) – nach Beratung mit dem „Chefchemiker“ (C) – einstimmig überein, eine externe Untersuchung einzuleiten und Warnhinweise auf den Spraydosen anzubringen, einen Vertriebsstopp oder eine Rückruf- bzw. Warnaktion aber erst anzuordnen, wenn diese einen „echten Produktfehler“ oder ein „nachweisbares Verbraucherrisiko“ ergeben sollte. Es kam zu weiteren Erkrankungen; ein Nachweis, dass eine bestimmte Substanz aus dem Spray schadensauslösend sei, konnte aber nicht erbracht werden. Strafbarkeit von A, B, D und C wegen § 224 I Nr. 5?

## Täterschaft und Teilnahme III (Teilnahme)

Voraussetzung ist immer eine **vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat**. Diese muss allerdings weder vollendet noch schuldhaft geschehen sein (sog. **limitierte Akzessorietät**); außer im Bereich von § 30 muss die Haupttat allerdings mindestens ins Versuchsstadium gelangt sein. Bleibt die Haupttat ein strafbarer Versuch, ist der Anstifter oder Gehilfe wegen Anstiftung oder Beihilfe z. B. zum versuchten Mord strafbar (§§ 211, 22, 26 bzw. §§ 211, 22, 27).

Der **mind. bedingte Vorsatz** des Teilnehmers muss stets auf eine (vollendete!) Haupttat sowie auf seinen Tatbeitrag hierzu (Hervorrufen des Tatentschlusses, Hilfeleisten zur Tatausführung) gerichtet sein (**Doppelvorsatz**). Anstiftung und Beihilfe scheiden damit bei fahrlässigen Delikten aus (deshalb Sonderregelung z. B. in § 160). Strafbar ist zwar die Anstiftung bzw. Beihilfe zum versuchten Delikt sowie die Beihilfe durch Unterlassen in einer Garantenstellung, nicht aber die nur versuchte Beihilfe und grundsätzlich *nur bei Verbrechen die versuchte Anstiftung* (vgl. § 30). Zur Abgrenzung von Beihilfe, Anstiftung und Beihilfe zur Anstiftung *BGH* NStZ 2000, 421 (dazu *Otto*, JK 2001, StGB § 26/7).

Aufbauhinweis: Wegen der Abhängigkeit der Teilnahme von einer Haupttat ist es unerlässlich, vor der Teilnahme die Haupttat zu prüfen, sofern nicht ausnahmsweise die Fallfrage entgegensteht (dann muss das Vorliegen einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat im Rahmen der Anstiftungs- oder Beihilfe-Prüfung inzident geprüft werden); in jedem Fall verfehlt wäre eine Prüfung der Teilnahme vor der Haupttat, und zwar auch dann, wenn der Teilnahmebeitrag (z. B. die Anstiftung) chronologisch vor der Haupttat liegt.

1. **Anstiftung, § 26**, ist die **vorsätzliche Bestimmung eines anderen zur Begehung einer vorsätzlichen rechtswidrigen Tat**; in welcher Form und durch welche Mittel diese Einflussnahme erfolgt, ist gleichgültig (*BGH* NStZ 2000, 421). Entscheidend ist nur das (Mit-)Hervorrufen des Tatentschlusses beim späteren Haupttäter. Ist dieser bereits vor der Anstiftungshandlung zur Tat entschlossen (sog. **omnimodo facturus**), bleibt allenfalls psychische Beihilfe (§ 27) durch Bestärken in dem beabsichtigten Tun. Die Anstiftung muss sich auf eine **konkrete Tat** beziehen und an eine **bestimmte Person** oder einen individuell bestimmten **Personenkreis** richten. Str. ist die Behandlung der sog. „**Aufstiftung**“ (Hervorrufen des Tatentschlusses zu einer qualifizierten Tat anstelle des vom Täter bereits beabsichtigten Grundtatbestandes). Nach hM soll in solchem Fall Anstiftung zur qualifizierten Tat in vollem Umfang anzunehmen sein, nach aA hingegen nur zu dem qualifizierenden Tatteil, soweit dieser für sich strafbar ist, i. ü. nur psychische Beihilfe (vgl. *Ebert* AT S. 211). Eine „**Umstiftung**“ zu einer anderen Tat ist Anstiftung, während eine bloße Änderung der Tatmodalitäten hierfür nicht ausreicht. Eine „**Abstiftung**“ (z. B. zu § 223 statt zu § 224) ist keine Anstiftung, weil der Täter in seinem Vorsatz zur qualifizierten Tat auch den Grundtatbestand eingeschlossen hat; denkbar ist eine psychische Beihilfe zum Grunddelikt (z. B. §§ 223, 27), doch kann hier i.d.R. wegen Risikoverringerung die obj. Zurechnung verneint oder eine Rechtfertigung gem. § 34 bejaht werden (*Rengier* AT 45/43). – Zur Wirkung des **error in persona des Haupttäters auf den Anstifter** vgl. *BGHSt* 37, 214 (Hoferben-Fall) und schon den berühmten Fall

Rose-Rosahl des preußischen Obertribunals GA 7 (1859), 322. – Der Vorsatz muss auf die Anstiftung zur *vollendeten Tat* gerichtet sein, so dass der sog. „agent provocateur“ nicht strafbar ist.

2. **Beihilfe, § 27:** Erforderlich und ausreichend ist dafür das **Hilfeleisten an einer fremden Tat mit irgendeinem Mittel.**

- Neben physischer Beihilfe kommt auch
- psychische Beihilfe in Betracht (Bestärkung im bereits gefassten Tatentschluss; bei Wecken des Tatentschlusses: Anstiftung).

Durch diese muss die Haupttat gefördert worden sein, wofür es genügt, dass ihre Durchführung erleichtert oder die Chance ihres Gelingens erhöht worden ist. Nicht erforderlich ist hier, dass der Haupttäter von der Beihilfe überhaupt Kenntnis erlangt hat. **Umstr.** ist, ob der **Gehilfenbeitrag kausal für die Tatbegehung** gewesen sein muss (so die wohl h. M. in der Lit., während die Rspr. dies nicht verlangt und dadurch auch bei selbst wirkungslos gebliebenen Hilfen Beihilfe annimmt). – Beihilfe kann schon im **Vorbereitungsstadium** geleistet werden und nach der Rspr. auch **noch nach Vollendung bis zur Beendigung** der Tat (umstr.); problematisch ist dann das Verhältnis von Beihilfe zur Vortat und Begünstigung (§ 257). – Vgl. zur Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes *BGHSt* 42, 135 (dazu *Fahl*, JA 1997, 11; *Martin*, JuS 1997, 277; *Otto*, JK 1997, StGB § 27/11; *Roxin*, JZ 1997, 210; *Scheffler*, JuS 1997, 598): Beihilfe zur Tat kann auch schon begehen, wer dem Täter ein entscheidendes Tatmittel willentlich an die Hand gibt und damit bewusst das Risiko erhöht, dass eine durch den Einsatz gerade dieses Mittels typischerweise geförderte Haupttat verübt wird.

3. Möglich ist auch eine „**Beihilfe zur Anstiftung**“, wenn der Gehilfe mit seinen Tatbeiträgen im wesentlichen nur die Anstiftungshandlung eines anderen unterstützen will (BGH NStZ 2000, 421, 422); diese ist wie Beihilfe zur Haupttat zu bestrafen (§ 27).

## Fälle

**Fall 1:** *Freundeskreis* (nach *Bloy* JuS 1994, L 69): A fährt mit seinen Freunden B und C zu einem Rockkonzert. Auf der Suche nach einem Parkplatz gerät A mit X, der ebenfalls einen sucht, in Streit um eine Parklücke. A gibt schließlich nach. Nach Konzertende bemerkt B zufällig X unter dem herausströmenden Publikum. Er sagt zu A: „Da ist der Kerl ja wieder. Dem sollte man einen Denkartel verpassen!“ A ist nur zu gerne dazu bereit, äußert aber wegen der offensichtlichen körperlichen Überlegenheit von X Bedenken. B zerstreut diese mit dem Hinweis, A können sich das Taschenmesser von C geben lassen, was A auch tut. C gibt es ihm mit den Worten: „Für alle Fälle, falls es brutal wird.“ A verfolgt nunmehr X bis zu dessen Pkw. Als X gerade einsteigen will, versetzt ihm A mehrere kräftige Schläge ins Gesicht. Der überraschte X, der dabei Prellungen davonträgt, kommt gar nicht zur Gegenwehr, so dass das Taschenmesser nicht zum Einsatz kommen muss. Strafbarkeit von A, B und C?

**Fall 2:** *Anstiftervorsatz bei Heimtückemord* – *BGH NJW* 2005, 996 (dazu *Kudlich* JuS 05, 1051; *Valerius* JA 05, 682; *Jäger* JR 05, 474): H stiftete den Z an, die Ehefrau E des H zu töten, ohne Z auf irgendeine Tötungsmodalität zu verweisen. Z tötete E heimtückisch, verwirklichte aber kein weiteres Mordmerkmal. Hat sich H wegen Anstiftung zum Mord oder „nur“ zum Totschlag strafbar gemacht, wenn er aus Gleichgültigkeit mit jeder eintretenden Möglichkeit der Tatausführung einverstanden war?

**Fall 3:** *Rose-Rosahl* – *Preuß. Obertribunal GA 7 (1859), 322* (vgl. auch *Hoferben-Fall BGHSt 37, 218*): Bauer Rosahl verspricht seinem Knecht Rose, ihn reichlich zu belohnen, wenn er den ihm verhassten Großbauer G erschieße. Rose legt sich daraufhin mit einer geladenen Waffe in den Hinterhalt vor G's Hof, um G, den er genau kennt, zu erschießen. Endlich in der Dämmerung kommt ein Mann, der G optisch sehr ähnlich sieht, daher. Diesen erschießt Rose, weil er ihn für G hält. Strafbarkeit von Rose und Rosahl?

**Fall 4:** *Zusage der Beuteverwertung* – *BGH StV 2002, 301*: A hat vor der Begehung eines Betrugs dem T zugesagt, er werde bei der Beuteverwertung mitwirken, und diese Zusage auch eingehalten. Strafbar wegen Mittäterschaft beim Betrug (§§ 263, 25 II) oder Beihilfe (§§ 263, 27)?

**Fall 5:** *Beihilfe durch alltagsneutrale Handlungen* - *BGHSt 46, 107* (vgl. auch *BGHSt 47, 100* u. *BGH NJW 2003, 2996* u. dazu *Otto JK § 27/18*): Unter Einsatz eines bankinternen Verschleierungssystems nimmt Bankangestellter B im Auftrag eines Kunden unmittelbar vor Einführung der Zinsabschlagssteuer Überweisungen auf ausländische Nummernkonten vor. Zur Verschleierung dieser Überweisungen teilt er diese in kleinere Beträge auf, die formal zunächst den Kunden bar ausgezahlt und dann von diesen sofort auf das ausländische Nummernkonto eingezahlt werden. Zu einer Aushändigung der Barbeträge an die Kunden kommt es nicht. B hält zwar entfernt auch andere Zwecke als die der Steuerhinterziehung für nicht ausgeschlossen, aber eine Steuerhinterziehung für wahrscheinlich. Einen eigenen Vorteil erlangt er aus seinem Tun nicht. Strafbarkeit wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung, wenn die Kunden später ihre Auslandskonten gegenüber dem Fiskus verschweigen?



## Wiederholung und Vertiefung §§ 211 ff. StGB

### I. Tötungsdelikte (§§ 211 – 222 StGB)

#### 1. Lebensschutz als Rechtsgebot

Mittels der Strafbewehrung des Tötungsverbots (Vgl. die 10 Gebote: „Du sollst nicht töten“) schützt der Strafgesetzgeber das menschliche Leben. Man spricht mithin davon, das Rechtsgut der §§ 211 ff. StGB sei das „Leben“. Das wird auch deutlich in der Überschrift des 16. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB: „Straftaten gegen das Leben“. Da man von dem durch eine Strafnorm (hier z. B. § 211) geschützten Rechtsgut das Angriffsobjekt der Straftat (hier: des Tötungsdelikts) unterscheidet, ist Angriffsobjekt der §§ 211 – 216, 222 der (geborene) Mensch.

Das Recht auf Leben ist im Grundgesetz ausdrücklich in Art. 2 II GG. Dazu kommt, dass der Höchstwert der Verfassung – die Menschenwürde (Art. 1 GG) – ohne menschliches Leben letztlich nicht denkbar ist, so dass Art. 1 in vielen Fällen die Verbürgung des Art. 2 II GG noch verstärkt. Art. 2 II GG verpflichtet zwar zunächst vor allem den Staat, lebensvernichtende Eingriffe grundsätzlich (d. h. ohne Rechtfertigung wie z. B. beim finalen Rettungsschuss der Polizei oder im Kriegseinsatz) zu unterlassen, doch folgt daraus nicht unmittelbar eine Verpflichtung aller Bürger, weil diese nicht Grundrechtsadressaten sind; allerdings führt der hohe Wert menschlichen Lebens (auch schon des ungeborenen) zu einer staatlichen Schutzpflicht, aufgrund derer sich der Staat als Grundrechtsverpflichteter schützend vor alles Leben stellen muss und deswegen Eingriffe verbieten und grundsätzlich auch unter Strafe stellen muss.

#### 2. Stufen des Lebensschutzes

Damit ist aber noch gesagt, was menschliches Leben ist; der Kernbereich dessen ist freilich völlig klar, denn jeder lebende Mensch ist gleichermaßen geschützt, so dass niemand wegen seines Alters, einer Behinderung etc. von Rechtswegen straflos getötet werden darf (es gibt – anders als in der NS-Zeit – kein „lebensunwertes Leben“). Aber wann beginnt dieses Leben? Wann endet es (und damit der strafrechtliche Lebensschutz – postmortal bleibt nur eine strafbare Störung der Totenruhe gem. § 168 StGB)? Und gibt es strafrechtlichen Lebensschutz auch schon vor Beginn des Menschseins?

Während die Rechtsfähigkeit eines Menschen i. S. von § 1 BGB erst „mit der Vollendung der Geburt“ einsetzt, beginnt das Leben als Mensch im Strafrecht mit dem Anfang der Geburt, d. h. mit Beginn der Eröffnungswehen bzw. – beim Kaiser-Schnitt – mit der Öffnung des Uterus; dieser relativ frühe Beginn des strafrechtlichen Lebensschutzes wurde bis 1998 mit der Regelung der „Kindstötung“ in § 217 a. F. StGB begründet („Eine Mutter, welche ihr nichteheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet ...“ – d. h. ein Kind und damit ein Mensch lag bereits während des Geburtsvorgangs vor), gilt aber auch heute noch fort, weil es im Strafrecht nicht – wie bei der Rechtsfähigkeit des Zivilrechts – darum gehen kann, ob jemand eigenständiger Träger von Rechten und Pflichten sein soll, sondern darum, den vorgeburtlichen strafrechtlichen Schutz (gegenüber Abtreibungen) vom nachgeburtlichen Lebensschutz abzugrenzen. Wann menschliches Leben endet, ist umstritten; während früher mangels technischer Hilfsmittel der Herztod das Ende des Menschen bedeutete, kann heute trotz Beendigung der selbständigen Herztätigkeit diese durch eine Herz-Lungen-Maschine ersetzt werden, so dass viele den irreversiblen Hirntod als maßgeblich ansehen; der Gesetzgeber hat in § 3 des Transplantationsgesetzes (TPG) den Hirntod zwar nicht als definitiven Todeszeitpunkt des Menschen gesetzlich definiert, wohl aber bestimmt, dass nach dem Hirntod lebenswichtige Organe zur Transplantation entnommen werden dürfen (z. B. Herz).

Vor Beginn der Geburt besteht strafrechtlicher Schutz des Embryos gegenüber einem Schwangerschaftsabbruch durch §§ 218 – 219b StGB; auch wenn diese Normen ebenfalls im Abschnitt der „Straftaten gegen das Leben“ enthalten sind, ist ihr Rechtsgut ein anderes als das der §§ 211 ff., nämlich das „ungeborene Leben“. Eine Einwirkung auf die Leibesfrucht bis zum Beginn der Geburt ist daher nur strafbar, wenn die Voraussetzungen der §§ 218 ff. (die deutlich enger als §§ 211 ff., 222 sind) gegeben sind; so ist z. B. zwar die fahrlässige Tötung eines Menschen (§ 222), nicht aber auch die fahrlässige Abtreibung der Leibesfrucht strafbar (§§ 218 f. fordern wegen § 15 Vorsatz). Da §§ 218 – 219b nicht prüfungs- und examensrelevant sind, wird hier auf eine nähere Darstellung verzichtet. Strafbar nach dem Embryonenschutzgesetz (= Nebenstrafrecht) ist weiterhin bereits ein bestimmter Umgang mit Embryonen im Reagenzglas.

### **3. Struktur des 16. BT-Abschnitts**

Die „Straftaten gegen das Leben“ i.S. der §§ 211 – 222 StGB umfassen je nach Schutzrichtung systematisch drei Gruppen:

- §§ 211 – 217, 222 sind Tötungsdelikte, d.h. sie schützen vor der Vernichtung bestehenden Lebens
- §§ 218 – 219b StGB betreffen den Schwangerschaftsabbruch und schützen mithin das ungeborene Leben (derzeit heftige Diskussion um strafbewehrtes Werbeverbot!)
- § 221 StGB (Aussetzung) schützt vor Gefährdungen des Lebens und der Gesundheit, geht also eigentlich über den Bereich der Lebensschutzdelikte hinaus.

### **4. Die einzelnen Tötungsdelikte**

#### **a) Systematik**

Systematisch lassen sich die Tötungsdelikte weiter einteilen in vorsätzliche Straftaten (§§ 211 – 217) und in die fahrlässige Tötung (§ 222). Außerhalb des 16. Abschnitts gibt es auch andere Tatbestände des StGB, in denen an die fahrlässige oder leichtfertige Tötung als Folge einer anderen Handlung angeknüpft wird (z. B. § 227: Körperverletzung mit Todesfolge); diese werden aber traditionell nicht zu den Tötungsdelikten im eigentlichen Sinne gezählt.

Innerhalb der Gruppe der vorsätzlichen Tötungsdelikte ist deren Verhältnis untereinander umstritten. So sehen viele (mit guten Gründen) nicht § 211 (Mord), sondern § 212 (Totschlag) als den Grundtatbestand an; der Mord ist dann eine Qualifikation (= benannter Strafschärfungsgrund) des Totschlags, weil ein Mord darin besteht, dass eine vorsätzliche Tötung (= Totschlag) mit mind. einem der in § 211 II genannten Mordmerkmale zusammenkommt. Dagegen sieht die Rspr. in Mord und Totschlag aus historischer, systematischer (§ 211 steht vor § 212) und grammatischer Hinsicht (in § 212 I steht: „ohne Mörder zu sein“), aber ohne überzeugende inhaltliche Begründung zwei sich einander ausschließenden selbstständige Tatbestände („aliud“). – In einer Fallbearbeitung hat diese Streitfrage verschiedene Konsequenzen, auf die im Verlauf der VL Modul I immer wieder zurückzukommen sein wird. M. E. spricht im Ergebnis viel für die in der Literatur (d. h. innerhalb der Strafrechtswissenschaftler) vorherrschende Position, dass Mord Qualifikation zum Totschlag ist; diese wird deshalb im Folgenden zugrunde gelegt.

§ 213 enthält eine Strafmilderung für bestimmte Konstellationen (nur) eines Totschlags, nicht auch des Mordes (weil darin explizit der „Totschläger“ genannt ist. § 216 (Tötung auf Verlangen) enthält eine Privilegierung zu § 212, geht aber – beim parallelen Vorliegen von Mordmerkmalen – nach der h. M. (= herrschenden Meinung) als Spezialregelung auch § 211 vor.

## **b) Grundtatbestand: Totschlag, § 212 I**

Objektiv (= äußere Tatseite) ist dieser erfüllt, wenn jemand durch sein Verhalten (= Handlung im strafrechtlichen Sinne: Tun oder Unterlassen) den (Hirn-)Tod eines Menschen (mit-) verursacht. Damit ist § 212 ein typisches Erfolgsdelikt; der tatbestandliche Erfolg (= Tod) muss dabei von der Tathandlung (der für den Tod verantwortlichen Handlung, z. B. einem Schuss etc.) getrennt werden können. Der Tatbestand des § 212 I ist nur verwirklicht, wenn der Tod des Menschen definitiv eingetreten ist, nicht bereits bei der Abgabe eines Schusses etc. Geht der Schuss daneben oder stirbt der Verletzte nicht, bleibt aber eine Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags (§§ 212, 22).

Die Klausel „ohne Mörder zu sein“ ist nur historisch erklärbar und hat für den Inhalt des Totschlags-Tatbestandes keine Bedeutung (wohl aber u. U. für das Verhältnis von § 212 zu § 211, s. o.); sie darf daher nicht im Rahmen der Prüfung von § 212 I geprüft werden! Nicht tatbestandsmäßig ist die Verursachung des eigenen Todes (z. B. Suizid), einerseits weil nach Eintritt des tatbestandlichen Erfolges (= Tod) der Verursacher nicht strafrechtlich verfolgt werden könnte, vor allem aber, weil dem deutschen Strafrecht grundsätzlich eine Strafbarkeit von Selbstverletzungen fremd ist. Ausnahmsweise sieht § 217 seit 2015 aber eine Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung einer Selbsttötung vor.

Subjektiv (= innere Tatseite) erfasst § 212 nur vorsätzliche Tötungen (fahrlässige Tötungen sind gem. § 222 strafbar); das folgt aus der AT-Regelung des § 15, wonach ohne expliziter Einbeziehung von Fahrlässigkeit nur bei Vorsatz eine Strafbarkeit gegeben ist.

## **c) Qualifikation: § 211**

Qualifikationen sind benannte Strafschärfungsgründe, bei denen sich aus dem Hinzutreten eines oder mehrerer im Gesetz genannter Umstände bei vollumfänglicher Verwirklichung des Grundtatbestandes (hier: § 212 I) eine schärfere Strafe ergibt. Da § 211 II – wie § 212 I – objektiv und subjektiv fordert, dass jemand einen anderen Menschen vorsätzlich (§ 15) tötet, ist der Totschlags-Tatbestand im Mordtatbestand enthalten. Ist wenigstens eins der in § 211 II aufgezählten Mordmerkmale gegeben, führt dies zu einer Strafschärfung zu zwingend lebenslänglich (§ 211 I). Im Unterschied dazu ist der unbenannte Strafschärfungsgrund des § 212 II keine Totschlags-Qualifikation, weil das Gesetz nicht fordert, dass (und ggf. was) zum Tatbestand des § 212 I hinzutreten muss, damit auch bei einem Totschlag eine lebenslängliche Freiheitsstrafe verhängt werden kann.

Man unterscheidet die Mordmerkmale danach, ob sie objektiv und subjektiv gegeben sein müssen (2. Gruppe), oder ob es sich nur um eine besonders verwerfliche Motivation des Täters handelt (1. und 3. Gruppe). Wegen der einzelnen Definitionen der neun Mordmerkmale kann auf Lehrbücher und Kommentare verwiesen werden:

### 1. Gruppe:

- Mordlust = Tötung als Selbstzweck (z.B. aus Freude am Töten)
- zur Befriedigung des Geschlechtstriebes = Töten als Mittel zur geschlechtlichen Befriedigung (durch das Töten selbst, sexuelle Handlungen an der Leiche oder als in Kauf genommene Nebenfolge einer Vergewaltigung)
- Habgier = übersteigertes Gewinnstreben um jeden Preis (z.B. Raubmord)
- niedrige Beweggründe = Gründe für die Tötung, die sittlich auf tiefster Stufe stehen, geradezu verächtlich sind (z.B. Tötung aus Rassenhass, umstritten sind dagegen z. B. Rache und Eifersucht, aber auch sog. Ehrenmorde)

### 2. Gruppe:

- Heimtücke = bewusstes Ausnutzen von durch Arglosigkeit des Opfers gesteigerter Wehrlosigkeit in feindlicher Willensrichtung
- Grausam = Tötung unter Zufügung unnötiger starker Schmerzen oder Qualen aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung
- Gemeingefährliches Mittel = Tötungsmittel, dessen Wirkung der Täter auf eine Mehrzahl von Menschen nicht in der Hand hat (z.B. Bombe, ggf. Kfz, nicht aber Pistole)

### 3. Gruppe:

- Um eine andere Straftat (nicht Ordnungswidrigkeit) zu ermöglichen

- Um eine andere Straftat (nicht Ordnungswidrigkeit) zu verdecken

#### **d) § 213 (Minder schwerer Fall des Totschlags)**

§ 213 kombiniert einen benannten (d.h. im Gesetz ausdrücklich genannten) Strafmindeungsgrund beim Totschlag mit einem allgemeinen, in seinen Voraussetzungen nicht näher konkretisierten „unbenannten“ minder schweren Fall. Da es sich nach h. M. um eine Strafzumessungsregel handelt, ist § 213 nicht selbständig, sondern nur im Rahmen der § 212-Prüfung mitzuprüfen.

#### **e) Privilegierung: § 216**

Die Tötung auf ausdrückliches und ernsthaftes Verlangen des Opfers (d. h. mehr als dessen bloße Einwilligung mit dem Getötetwerden), das auch z.B. vor Eintritt der Bewusstlosigkeit erklärt sein kann, nach der Rspr. für den Täter aber handlungsleitend gewesen sein muss (so dass ein anderes Motiv daneben das erklärte Verlangen zurückdrängen kann – so im sog. Kannibalen-Fall BGHSt 50, 80, 91). Aus der Strafnorm des § 216 folgt überdies als gesetzliche Wertung, dass eine Einwilligung in ein vorsätzliches Tötungsdelikt den Täter grundsätzlich nicht rechtfertigen kann (strafbar ist daher grundsätzlich die aktive Sterbehilfe, doch gibt es gewisse Ausnahmen bei der Sterbehilfe in Form eines Behandlungsabbruchs).

#### **f) Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung: § 217**

Diese rechtspolitisch umstr. Neuerung bringt eine tatbestandliche Verselbständigung der als solches nicht strafbaren Teilnahme am Selbstmord. Problematisch ist vor allem die Situation für Palliativmediziner, die eine Selbsttötung ihres Patienten in Kauf nehmen und ihm trotzdem – gegen Honorar – zur Schmerzlinderung helfen wollen. – Achtung: § 217 a.E. war bis 1998 eine Strafnorm gegen Kindstötung, so dass ältere Rspr. nicht passt!

#### **g) Fahrlässige Tötung: § 222**

Wegen § 15 muss die Strafbarkeit der fahrlässigen Tötung ausdrücklich geregelt sein; das geschieht in § 222, dessen objektive Tatseite dem (vorsätzlichen) Totschlag entspricht. Weil Selbstschädigungen grundsätzlich nicht tatbestandsmäßig sind, führt eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Getöteten zum Ausschluss des Tatbestandes und damit zur Straffreiheit (z. B. Einnahme von Drogen, die der Täter für das Opfer auf dessen Wunsch vorbereitet hat).

### **5. Die Aussetzung: § 221**

§ 221 ist kein Erfolgsdelikt, weil als Ergebnis der Tathandlungen in Nrn. 1 und 2 „nur“ die (konkrete) Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung eingetreten sein muss. Nicht erforderlich ist dagegen der Eintritt des Todes etc. als Erfolg; § 221 ist damit ein konkretes Gefährdungsdelikt. Wegen § 15 muss die Aussetzungshandlung ebenso vom Vorsatz des Täters umfasst sein wie die konkrete Lebens- oder (schwere) Leibesgefährdung (sog. Gefährdungsvorsatz).

Während in § 221 I Nr. 1 ein Begehungsdelikt normiert („in eine hilflose Lage versetzen“) enthält § 221 I Nr. 2 strukturell auch ein Unterlassungsdelikt („in einer hilflosen Lage im Stich lässt“). § 221 II, III enthalten drei Qualifikationen; während dabei § 221 II Nr. 1 eine „echte“ Qualifikation ist, bei der auch die zusätzlichen, strafschärfenden Tatbestandsmerkmale vom Vorsatz umfasst sein müssen (§ 15), sind § 221 II Nr. 2 und III sog. Erfolgsqualifikationen, bei welchen die darin genannten schweren Folgen einer Aussetzung (schwere Gesundheitsschädigung, Tod) „nur“ mindestens fahrlässig verursacht worden sein müssen (vgl. § 18).

## II. Fälle

*Wittig-Fall – BGHSt 32, 367:* Arzt A kommt zu seiner im Koma liegenden älteren und schwer kranken Patientin P, nachdem diese in Selbsttötungsabsicht eine Überdosis Medikamente eingenommen hat. Auf einem Zettel hatte P geschrieben: „An meinen Arzt – Kein Krankenhaus – Erlösung – Ich will zu meinem Mann“. P hatte A zuvor mehrfach gesagt, nach dem Tod ihres geliebten Mannes habe auch für sie das Leben keinen Sinn mehr; A hatte versucht, ihr den Gedanken an Selbstmord auszureden. Als er nunmehr P findet geht er davon aus, dass er zwar noch ihr Leben retten kann, sie aufgrund des Sauerstoffmangels sie aber bereits schwerste Hirnschäden erlitten habe. Aus Respekt vor dem Sterbewillen der P bleibt A untätig und setzt sich neben sie, bis er den Eintritt des Todes feststellen kann. Strafbarkeit wegen Totschlags durch Unterlassen?

*Trutzwehr-Fall – BGHSt 48, 207:* M hatte A durch Drohungen, ihm wegen seines Handels mit Raubkopien anzuzeigen und zusammenschlagen zu lassen, 6000 DM abgepresst. Am Tag forderte er in Begleitung des N von A weitere 5000 DM. Als A darauf nicht einging, drohte M, die Wohnzimmereinrichtung zu zerstören. A bot daraufhin Zahlung von 1200 DM, was M zu wenig war, weshalb er dem A erneut u. a. mit der Mitnahme von Gegenständen im Wert von 5000 DM drohte und begann, gegen die CD-Sammlung des A zu treten. A erklärte sich daraufhin zur geforderten Zahlung bereit und übergab N eine Tüte mit 5000 DM. M stand mit den Händen in den Hosentaschen daneben. Völlig überraschend für ihn, der „keinerlei Angriff erwartete“, trat A hinter ihn, um ihn zu töten. Er war wütend, dass M ihm das angesparte Geld wegnehmen wollte, und mochte sich von M nicht seine Existenz zerstören lassen. Blitzschnell riss er den Kopf des M zurück, schlug darauf ein und schnitt ihm den Hals durch. Strafbar wegen Heimtückemordes?

*Türkischer-Onkel-Fall – BGHSt 30, 105 (Marxen, BT, Fall 2a):* Nachdem E von O, dem Onkel ihres Mannes A, vergewaltigt wurde, unternimmt sie mehrere Selbstmordversuche und will sich von A trennen, weil dieser der Sippe des O angehört. Als A davon erfährt, kündigt er E in tiefer Verzweiflung Rache an O an und beschließt, O zu töten. Dazu begibt er sich in die Stammkneipe des O, grüßt diesen, der in sein Kartenspiel vertieft ist, und erschießt ihn. Strafbarkeit wegen Mordes?

*Chloroform-Fall – BGHSt 39, 159 (= Kühl, HRR-BT Nr. 20):* A hat Pfarrer P in dessen Wohnung überfallen und mit Chloroform betäubt, um ihn ausrauben zu können. Nach 30 Minuten erholte sich P; A entschloss sich daraufhin, auf andere Weise als durch Chloroform dafür zu sorgen, dass er die weitere Suche nach Wertgegenständen ungestört fortsetzen kann, und würgt daher P massiv am Hals, wobei er dessen Tod, der wenige Minuten später eintrat, billigend in Kauf nahm. 15 Minuten später verlässt A die Wohnung. Strafbarkeit wegen Ermöglichungsmordes?

*Rauschgift-Fall* – BGHSt 41, 8 (= Kühl, HRR-BT Nr. 21; vgl. auch Marxen, BT, Fall 2d): A hat M wahrheitswidrig die Lieferung von 5 Kg Haschisch versprochen und ihn so zu einer Vorauszahlung von 5.000 € veranlasst. In der Folgezeit drängte M wiederholt auf die Übergabe des Rauschgiftes. Obwohl A eine Lieferung niemals ernsthaft in Erwägung gezogen hatte, rechnete er nicht mit einer Strafanzeige des M, weil dieser sich dadurch als Drogendealer zu erkennen geben müsste. Dennoch fürchtete A die Reaktion des M, wenn dieser die Gewissheit erlangen würde, „abgelinkt“ zu sein. A tötete daher M, damit der Betrug unentdeckt und er im Besitz des Geldes bleiben würde. Strafbarkeit wegen Verdeckungsmordes?

## Fahrlässigkeit

### I. Grundlagen

**Fahrlässiges Handeln** ist nur ausnahmsweise – wenn es ausdrücklich im gesetzlichen Tatbestand einer Strafnorm bestimmt ist (zB §§ 222, 229, 316 II) – strafbar (vgl. § 15). Dann genügt aber **jede Form von Fahrlässigkeit**. Grundsätzlich spielt es für eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit daher keine Rolle, ob den Täter nur leichte oder sogar grobe Fahrlässigkeit trifft. Etwas anderes gilt aber dann, wenn ausnahmsweise in der jeweiligen Norm „**Leichtfertigkeit**“ (= gesteigerte [bewusste oder unbewusste] Fahrlässigkeit; im Zivilrecht: „grobe Fahrlässigkeit“) verlangt wird (zB § 97 II, 325 V; häufiger in Erfolgsqualifikationen [zB § 251]).

**Ebenso wenig wie Vorsatz ist Fahrlässigkeit im StGB definiert**, doch kann die zivilrechtliche Fahrlässigkeits-Definition in § 276 II BGB („fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt“) „als „Eselbrücke“ für den Einstieg in strafrechtliche Fahrlässigkeitsprüfungen verwandt werden“ (Kühl AT 17/3). Umgekehrt lässt sich aus § 15 herleiten, dass jedenfalls die willentliche Begehung eines Delikts (= Verwirklichung eines objektiven Tatbestandes) kein fahrlässiges Handeln darstellt (Kühl AT 17/4); das gilt aber nicht für die Wissenskomponente, so dass Kenntnis um das Risiko eines Verhaltens der Annahme „nur“ von Fahrlässigkeit nicht entgegensteht (→ bewusste Fahrlässigkeit).

Man unterscheidet bewusste und unbewusste Fahrlässigkeit. Bei **bewusster Fahrlässigkeit** geht der Täter ein Risiko ein, dessen er sich bei der Tatbegehung bewusst ist (zB er überholt, obwohl er die Stelle nicht einsehen kann, oder er fährt trotz erkannter Geschwindigkeitsbegrenzung zu schnell und verursacht dadurch jeweils einen schweren Verkehrsunfall; §§ 222, 229, 315c III); bei der **unbewussten Fahrlässigkeit** erkennt er hingegen (zu Unrecht) nicht, dass sein Verhalten einen Sorgfaltspflichtverstoß darstellt (er „übersieht“ zB ein Stoppschild und verursacht dadurch den Unfall). Damit **unterscheidet sich die Wissenskomponente nicht bei bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit**; in beiden Fällen erkennt der Täter die Möglichkeit der Deliktsverwirklichung. Für die Abgrenzung kommt es dann allein auf die Willenskomponente darauf an: findet sich der Täter mit dem für möglich gehaltenen Erfolgseintritt ab, handelt er bedingt vorsätzlich, vertraut er ernsthaft auf einen guten Ausgang nur bewusst fahrlässig.

**Merke: Lediglich bei bewusster (nicht bei unbewusster) Fahrlässigkeit stellt sich das Problem einer Abgrenzung zu (bedingtem) Vorsatz!** Geht daher aus dem SV eindeutig hervor, dass der Täter von der verletzten Pflicht (z. B. einer Geschwindigkeitsbeschränkung) nichts gewusst hat (z.B. auch durch die Formulierung: „A hätte aber das Schild sehen können ...“), sollte man gleich mit dem Fahrlässigkeitsdelikt beginnen.

#### Hinweise:

- **§ 16 I 2**, der trotz Vorliegens eines Tatbestandsirrtums eine Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit nicht ausschließt, **begründet keine eigenständige Fahrlässigkeitsstrafbarkeit**. Vielmehr ist für diese immer erforderlich, dass das konkrete, irrtumsbedingt nicht wegen Vorsatzes strafbare Delikt auch bei Fahrlässigkeit strafbar ist (zB §§ 222, 229, 315c III, 316 II). Fehlt es an einer solchen expliziten Strafbarkeitsandrohung (auch) bei Fahrlässigkeit, führt ein Irrtum i.S.d. § 16 I 1 zwingend zur Straflosigkeit! Voraussetzung einer Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit in solchen Irrtumsfällen ist des Weiteren, dass den Täter (auch) bzgl. seines Irrtums Fahrlässigkeit trifft: Konnte er diesen (objektiv oder subjektiv) nicht vermeiden, muss auch eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ausscheiden. – **Das gleiche gilt** natürlich auch bei Anwendung von § 16 analog oder dem Rechtsgedanken nach auf einen **Erlaubnistatbestandsirrtum**.
- Das Fahrlässigkeitsdelikt ist **immer nach Verneinung des Vorsatzdeliktes zu prüfen**; nur wenn aufgrund von SV-Angaben klar ersichtlich ist, dass den Täter auch nicht bedingter Vorsatz trifft, kann mit der Prüfung eines Fahrlässigkeitstatbestandes begonnen werden. Die Prüfung des vorsätzlichen und fahrlässigen Delikts ist regelmäßig zu trennen (zB nie §§ 212 und 222 zusammen prüfen! – Ausnahmen sind bei Vorsatz-Fahrlässigkeitskombinationen zB in § 315c denkbar).

- Bei Fahrlässigkeitsdelikten gibt es **weder Versuch** (mangels Tatentschluss, es fehlt ja gerade an einem auf Verwirklichung des objektiven Tatbestandes gerichteten Vorsatz! – Deswegen stellt allein die Prüfung eines „versuchten Fahrlässigkeitsdelikts“ einen schweren Fehler dar!) **noch Teilnahme** (Anstiftung oder Beihilfe), weil diese nach §§ 26, 27 immer eine *vorsätzliche* und rechtswidrige Haupttat voraussetzt. Nach ganz hM scheidet **auch Mittäterschaft** mangels gemeinsamen Tatplans aus (vgl. § 25 II); eine im Vordringen befindliche Ansicht will aber in im einzelnen umstrittenen Konstellationen mit unterschiedlicher Begründung auch „fahrlässige Mittäterschaft“ zulassen (vgl. dazu *Kühl* AT 20/116a ff. m. Nachw. zum Streitstand). – Handeln zwei Täter nebeneinander fahrlässig und verwirklichen jeder für sich den Tatbestand eines Fahrlässigkeitsdelikts (zB § 229), liegt **Nebentäterschaft** vor, bei welcher eine gegenseitige Zurechnung der Tatbeiträge und des Erfolges ausscheiden muss.

## II. Aufbau – Fahrlässigkeitsdelikt (*Abweichungen von Vorsatzdelikten kursiv*)

1. **Tatbestandsmäßigkeit** (da nach hM es keinen subj. Tb bei Fahrlässigkeitsdelikten gibt, prüft man hier nur den obj. Tb, benennt diesen aber nicht als solchen!)
  - a) **Tathandlung**
  - b) **Taterfolg** (bei Erfolgsdelikten, zB §§ 222, 229, nicht bei bloßen Tätigkeitsdelikten, zB § 316 II)
  - c) **Kausalität** (bis hierher gibt es *keinen Unterschied zum obj. Tatbestand eines vorsätzlichen Delikts*; hat man diesen bereits [zB für § 212] bejaht und nur den [Tötungs-]Vorsatz verneint, kann man im Rahmen der Prüfung des Fahrlässigkeitsdelikts [zB § 222] insoweit einfach nach oben verweisen!).
  - d) **Objektive Sorgfaltspflichtverletzung**: Objektiv pflichtwidrig handelt, wer die Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er nach den Umständen und in seiner konkreten Situation verpflichtet ist. Str. ist, ob der Maßstab nach den Durchschnittsanforderungen an gewissenhafte bzw. einsichtige und besonnene Angehörige des jeweiligen Verkehrskreises (zB als Arzt oder Kraftfahrer) zu bemessen ist (so die hM), oder ob eine Pflichtverletzung auch dann in Frage kommt, wenn der Täter nur seinem über- oder unterdurchschnittlichen Leistungsvermögen nicht nachgekommen ist (so die „Theorie von der individuellen Sorgfaltswidrigkeit“). Konkretisiert wird die Sorgfaltspflicht durch Verhaltensvorschriften (zB Straßenverkehrsregeln) und allgemeine Erfahrungssätze (auch ungeschriebene). Grenzen ergeben sich durch **Sozialadäquanz** zahlreicher gefährlicher Handlungen (zB Teilnahme am Straßenverkehr) und durch den sog. **Vertrauensgrundsatz**: Sind an einem gefahrträchtigen Vorgang mehrere beteiligt, darf sich jeder grundsätzlich darauf verlassen, dass auch die anderen die Sorgfaltspflichtenanforderungen (zB Verkehrsregeln) beachten, so dass er sein Verhalten nicht daran ausrichten muss, dass der andere (möglicherweise) sorgfaltspflichtwidrig handeln werde; *der Vertrauensgrundsatz gilt allerdings nur dann, wenn der Täters sich selbst an die (Verkehrs-)Regeln hält und nicht zugleich erkennen kann, dass andere (zB Kinder am Straßenrand) diese nicht beachten.*
  - e) **Objektive Vorhersehbarkeit** (Handlung → Erfolg): Der eingetretene tatbestandsmäßige Erfolg muss im Zeitpunkt der Handlung nach allgemeiner Lebenserfahrung als adäquate, d.h. nicht ungewöhnliche Folge der Handlung erwartet werden können; objektiv vorhersehbar muss dabei auch der zum Erfolg führende Geschehensablauf in seinen wesentlichen Zügen sein (*Ebert* AT S. 167).
  - f) **Objektiver Zurechnungszusammenhang** (Pflichtwidrigkeit → Erfolg): Dieser entspricht grundsätzlich der objektiven Zurechnung des vorsätzlichen Erfolgsdelikts. Besondere Bedeutung erlangt bei Fahrlässigkeitsdelikten der **Pflichtwidrigkeitszusammenhang**. Dieser fehlt, wenn auch bei **rechtmäßigem Alternativverhalten** der gleiche Erfolg eingetreten wäre (zB das Opfer wäre auch bei Einhaltung der Geschwindigkeitsbegrenzung vom Pkw erfasst und gleichermaßen verletzt worden:



dann wurde der Tod nicht – wie in § 222 gefordert – „durch Fahrlässigkeit“ verursacht).

## 2. Rechtswidrigkeit

Grundsätzlich indiziert auch bei Fahrlässigkeitsdelikten die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit der Tat. Es kommen auch hier sämtliche Rechtfertigungsgründe in Betracht (zB §§ 32, 34 StGB, Einwilligung). Bei der Fahrlässigkeitstat ist das Vorliegen eines **subjektiven Rechtfertigungselements aber nicht erforderlich** (Ebert AT S. 168; str.).

## 3. Schuld

a) **Schuldfähigkeit** (§§ 19, 20)

b) **Spezielle Schuldmerkmale** (bis hier *keine Unterschiede zum vorsätzlichen Delikt*)

c) **Schuldform: Fahrlässigkeit**

aa) **Subjektive Sorgfaltspflichtverletzung**: Der Täter muss nach seinen persönlichen Fähigkeiten und dem Maß seines individuellen Könnens imstande gewesen sein, die objektive Sorgfaltspflicht zu erfüllen (daran fehlt es zB bei einem durch unbemerkte Nachtblindheit des Täters verursachten Verkehrsunfall mit Todesfolge). In solchen Fällen kann ein Schuldvorwurf aber dann begründet sein, wenn den Täter ein **Übernahmeverschulden** trifft, d.h. wenn es ihm individuell erkennbar war, dass er den Anforderungen der übernommenen Tätigkeit nicht gewachsen sein werde (Ebert AT<sup>3</sup> S. 171; zB der unerfahrene Assistenzarzt A führt eine komplizierte Operation so gut er es seinem Ausbildungsstand gemäß beherrscht durch, wobei der Patient gegenüber der Vornahme durch einen Facharzt stärkere Gesundheitsbeeinträchtigungen erleidet; A hätte als Nichtfacharzt diese OP nicht übernehmen dürfen. – Ist kein Facharzt verfügbar oder ist der Patient mit der OP durch A trotz Aufklärung über das gesteigerte Risiko einverstanden, kommt eine Rechtfertigung durch § 34 oder Einwilligung in Betracht).

bb) **Subjektive Vorhersehbarkeit**: Sowohl den tatbestandsmäßigen Erfolg als auch den Geschehensablauf in seinen wesentlichen Zügen muss der Täter nach seinen individuellen Fähigkeiten voraussehen können. Daran kann es allerdings nur bei unbewusster Fahrlässigkeit fehlen, wenn der Täter an Erfahrungs- oder Intelligenzmängeln leidet (Ebert AT<sup>3</sup> S. 171).

d) **Unrechtsbewusstsein**

e) **Entschuldigungsgründe**

## III. Erfolgsqualifizierte Delikte

Nach § 18 StGB ist es möglich, dass bei einem *Vorsatzdelikt* (zB einer Körperverletzung iSd § 223) ein Straftatbestand an die Tat eine **besonders schwere Folge** knüpft (zB §§ 226, 227: Verlust bestimmter Körperteile o.ä. [Nr. 1 – 3] bzw. Tod des Verletzten); dann genügt grundsätzlich, dass den Täter **bzgl. der schweren Folge Fahrlässigkeit** trifft. Ausnahmsweise kann aber – wenn es im einzelnen Straftatbestand so angeordnet ist – wenigstens *Leichtfertigkeit* verlangt sein (zB § 251), was ungefähr der „groben Fahrlässigkeit“ im Zivilrecht entspricht; ist das Maß der Fahrlässigkeit bzgl. der schweren Folge (zB Tod) hier nicht besonders gesteigert, muss eine Strafbarkeit zB wegen § 251 ausscheiden (möglich bleibt dann natürlich eine Strafbarkeit wegen §§ 249 f. und § 222!). Umgekehrt wollen Rspr und hM § 227 – trotz des auf den ersten Blick anzuwendenden § 18 – nur auf Fälle anwenden, in denen der Täter nicht mit wenigstens bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt hat, weil ansonsten kein Unterschied zu den vorsätzlichen Tötungsdelikten (§§ 211, 212) besteht. Bzgl. § 226 I ist bei direktem Vorsatz auf den Eintritt einer der schweren Folgen § 226 II (keine Erfolgs-, sondern eine „normale“ Qualifikation) *lex specialis*. – Lehrreich zu Fragen der **Erfolgsqualifikationen**: Kühl AT § 17a, sowie ders., Jura 2002, 810 ff. und 2003, 19 ff.

In Fällen des § 18 liegt die **Pflichtwidrigkeit grundsätzlich in der vorsätzlichen Verletzungshandlung** begründet. Ausnahmsweise scheidet ein Fahrlässigkeitsvorwurf hinsichtlich der schweren Folge aus, wenn deren Eintritt zB obj. nicht vorhersehbar war. Bei Beteiligung mehrerer muss die obj. Vorhersehbarkeit für jeden Beteiligten getrennt geprüft und bejaht werden; so hat der BGH im „Gubener Menschenjagd“-Fall die obj. Vorhersehbarkeit des Todes eintritts für die Verfolger des nachmaligen Opfers sowie die Verfolger anderer Ausländer und selbst für die in den Pkw sitzen gebliebenen Fahrer bejaht; nur die – erst bei der Schuld zu prüfende – persönliche (subj.) Vorhersehbarkeit hat er für die Fahrer verneint, so dass nur „alle“ Verfolger (nicht auch die Fahrer) wegen §§ 227, 22, 25 II strafbar waren (BGHSt 48, 13).

Ein besonderes Problem liegt bereits im obj. Tatbestand der erfolgsqualifizierten Delikte auf der Frage des **spezifischen Gefahrzusammenhangs**; es genügt zB für § 227 nämlich nicht nur, dass der Täter § 223 und § 222 am gleichen Opfer verwirklicht hat, zwischen der Körperverletzung und dem späteren Todeseintritt eine ununterbrochene Kausalkette besteht und der Tod dem Täterhandeln obj. zurechenbar ist. Fehlt es an einer dieser drei Voraussetzungen, scheidet allerdings schon deswegen eine Strafbarkeit zB wegen § 227 aus. Bei Bejahung der drei Voraussetzungen muss zusätzlich zB der Körperverletzung bereits die spezifische Gefahr des (dann auch eingetretenen) Todes innegewohnt haben; str. ist bzgl. § 227 aber, ob es hier nur auf die dem konkreten Körperverletzungserfolg oder auch bereits die der Körperverletzungshandlung innewohnende Gefahr ankommen soll (vgl. *BGHSt* 31, 96; *Krey/Hellmann/Heinrich* BT 1 Rn. 292 ff.).

Da es sich bei **erfolgsqualifizierten Delikten um Vorsatzdelikte** handelt (vgl. § 18), ist der **Versuch nach allgemeinen Regeln** strafbar, wenn es sich bei der Erfolgsqualifikation um ein Verbrechen handelt oder die Versuchsstrafbarkeit ausdrücklich angeordnet ist. Denkbar sind hierfür *zwei Grundkonstellationen*:

(1) Zum versuchten oder vollendeten Grunddelikt kommt Vorsatz bzgl. der – nicht eingetretenen - schweren Folge [sog. „**versuchte Erfolgsqualifikation**“];

(2) beim nur versuchten Grunddelikt tritt bereits – vorsätzlich oder fahrlässig – die schwere Folge ein [sog. „**erfolgsqualifizierter Versuch**“]. – Weil die hM § 227 nicht auf Fälle einer vorsätzlich verursachten schweren Folge anwenden will, scheidet hierfür Konstellation 1 aus; es bleibt aber jeweils §§ 212, 22 neben einer versuchten bzw. vollendeten (ggf. gefährlichen) Körperverletzung.

Zum **Rücktritt** vom Versuch eines erfolgsqualifizierten Delikts nach Eintritt der schweren Folge (zB bei § 251 Tod des Opfers), aber vor Vollendung des Grunddelikts (zB bei § 251 ist Raub iSv § 249 mangels Wegnahme der Sache nach Einsatz der bereits tödlichen Gewalt nicht vollendet, sondern nur versucht) BGHSt 42, 158.

#### IV. Sonstige Vorsatz-/Fahrlässigkeitskombinationen

- Bei Straßenverkehrsdelikten (zB §§ 315b IV, V, 315c III) – Wichtig: Nach Bejahung des obj. Tatbestandes im subj. Tatbestand genau prüfen, ob Vorsatz angenommen werden kann!
- Bei der *actio libera in causa* (entweder war Berausung oder Tat oder beides fahrlässig geschehen – nicht im Falle einer vorsätzlichen *alic!*); *BGHSt* 42, 235, der für § 315c I Nr. 1a die Annahme einer (vorsätzlichen) *alic* ablehnt, muss für § 315c III auch einer fahrlässigen *alic* entgegenstehen, weil das danach erforderliche „fahrlässige Führen eines Kfz in trunkenem Zustand“ ebenso wenig an die vorhergehende Handlung des Sich-Betrinkens anknüpfen kann, wie beim „vorsätzlichen Führen“.

#### IV. Fälle

**Fall 1:** *No risk – no fun* (vgl. den „Radler“-Fall *BGHSt* 11, 1 und dazu die ausf. Bspr. von Eser/Burkhardt, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 1992): A fährt mit seinem Pkw abends nach Hause. Da er die Übertragung eines Fußballspiels im Fernsehen nicht verpassen will, fährt er bei einer Ortsdurchfahrt ca. 100 km/h. An einer unübersichtlichen Stelle tritt plötzlich eine ältere Frau 10 Meter vor ihm auf die Fahrbahn. Trotz eines scharfen Bremsmanövers überfährt A die Frau, die sich dabei schwer verletzt. Ein Sachverständiger stellt im Prozess fest, dass bei

50 km/h der Unfall mit 30% Wahrscheinlichkeit hätte vermieden werden können. Strafbarkeit des A gem. § 229?

**Fall 2: Höchstgeschwindigkeits-Fall – BGHSt 33, 61:** A befuhr eine bevorrechtigte Landstraße mit einer Geschwindigkeit von 140 km/h. An einer Kreuzung näherte sich von links S in seinem Pkw. S verringerte zunächst seine Geschwindigkeit. Da er den herankommenden Pkw des A nicht sah, beschleunigte er an der Haltelinie und fuhr mit 55 km/h in die Kreuzung hinein. Als A dies bemerkte (= Eintritt der „kritischen Verkehrslage“), leitete er aus einer Entfernung von 35 m eine Vollbremsung ein. Beide Fahrzeuge stießen auf der rechten Fahrbahnhälfte des A zusammen; S erlitt schwere Verletzungen. Hätte A die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 100 km/h eingehalten, hätte er auch nicht mehr in 35 m zum Stehen kommen können; er wäre aber 0,3 Sekunden später am Unfallort gewesen. In dieser Zeit hätte S die Fahrbahnhälfte des A gänzlich überquert gehabt, so dass es nicht zu einem Zusammenstoß gekommen wäre. Strafbarkeit des A wegen § 229?

**Fall 3: Zahnarzt-Fall – BGHSt 21, 59:** Zahnarzt A zog dem Mädchen W unter Vollnarkose zwei Backenzähne. W litt an starker Fettsucht und chronischen Entzündungen des Herzmuskels. Nach der Behandlung verfärbte sich W im Gesicht; Puls, Atemtätigkeit und Pupillenreaktion ließen nach. Obwohl W dem A zuvor mitgeteilt hatte, dass sie etwas am Herzen habe, hatte A es unterlassen, einen Internisten heranzuziehen. Es besteht zwar die Möglichkeit, dass dieser den Herzfehler auch nicht entdeckt und daher den Eingriff zugelassen hätte, jedoch hätte der Eingriff dann erst später stattfinden können, so dass W auch erst später gestorben wäre. Ist A strafbar nach § 222?

**Fall 4: Bierdurst (vgl. BGH NJW 1971, 388; RGSt 30, 25):** A trinkt in geselliger Runde fünf große Bier. Anschließend fährt er mit seinem beladenen Lkw nachts auf einer Autobahn mit ca. 80 km/h. Seine Blutalkoholkonzentration (BAK) beträgt zu dieser Zeit 1,1 Promille. Plötzlich bemerkt er vor sich ein langsamer fahrendes Motorrad, das er trotz scharfen Bremsens erfasst. Motorradfahrer M wird dabei tödlich verletzt. Ein Sachverständiger stellt später fest, dass auch ein nüchterner Fahrer mit 80 km/h den Unfall nicht hätte vermeiden können; wäre aber A mit der seiner alkoholbedingten Beeinträchtigung der Aufnahme- und Reaktionsfähigkeit angepassten Geschwindigkeit von 40 km/h gefahren, wäre der Unfall zu vermeiden gewesen. Strafbarkeit des A?

**Fall 5:** K fährt durch die Berliner Innenstadt mit 70 km/h, ohne dass etwas passiert wäre. Sodann biegt er Unter die Linden ein. Dort verletzt er trotz inzwischen korrekter Fahrweise vor der Humboldt-Uni den Studenten S, der in Gedanken versunken die Straße in Richtung Kommode überquert und ihm überraschend vor den Wagen läuft. Wäre K nicht zu schnell durch Berlin gefahren, wäre er erst 20 Sekunden später an der HU vorbeigefahren und hätte daher S nicht verletzt. Strafbarkeit des K?

**Fall 6: Actio libera in causa – BGHSt 42, 235:** A, bereits mehrfach wegen Trunkenheit am Steuer verurteilt, fährt mit seinem Pkw zu einem Gasthaus, um dort eine Übernachtungsmöglichkeit zu finden. Als man ihm mitteilt, daß bereits alle Zimmer belegt sind, setzt er sich frustriert an die Bar und trinkt fünf Liter Bier sowie erhebliche Mengen Schnaps. In diesem Zustand setzt er sich wieder an's Steuer, um nun eine Bleibe zu finden. An einer Kreuzung übersieht er einen den Verkehr regelnden Polizisten, den er mit seinem Pkw erfasst und tödlich verletzt. Eine Blutprobe ergibt eine BAK von 2 Promille; wegen seines Gesamtzustandes kann ein Gerichtsmediziner nicht ausschließen, dass er z. Z. des Unglücks schuldunfähig war. Hat sich A wegen § 222 (und §§ 315c I, III, 316 I) strafbar gemacht?

**Fall 7: Hochsitz-Fall – BGHSt 31, 96 (krit. dazu Krey/Hellmann/Heinrich, BT 1 Rn. 292 ff.):** A hatte den Hochsitz, auf dem sein Onkel D saß, umgestoßen. Dabei brach sich D einen Knöchel; deswegen musste er zwei Wochen im Krankenhaus liegen. Zwei weitere Wochen später starb er an einer Wechselwirkung zwischen Sturzfolgen und Alter. Ist A strafbar wegen § 227 I?

**Fall 8:** *Herzinfarkt* – BGHNStZ 1997, 341 (m. Anm. *Fahl*, JA 1998, 9): A und B schlugen und traten den 63-jährigen O, bis dieser zu Boden ging, zogen ihn wieder hoch und schlugen erneut auf ihn ein. Wegen der erlittenen Verletzungen begab sich O noch in der Nacht in ein Krankenhaus; dort wurden u. a. eine Nasenbeinfraktur, ein Trommelfellddefekt und verschiedene Hämatome am ganzen Körper festgestellt. Die von A und B verursachte Gewalteinwirkung führte in der Folge zur psychischen Belastung und Überängstlichkeit des O sowie zur Beschleunigung des Pulses und einer Überlastung seines Herzens. Dadurch bedingt erlitt O 8 Tage später einen ersten und weitere 20 Tage später einen zweiten Herzinfarkt, an dem er schließlich verstarb. Strafbarkeit von A und B nach § 227 I?

**Fall 9:** *Rücktritt vom Versuch des Raubes mit Todesfolge* – BGHSt 42, 158: A, B und C hatten sich bei einem Einbruch u.a. mit einer geladenen Pistole bewaffnet, die nach ihrer Vorstellung dazu dienen sollte, möglichen Widerstand bei den Wegnahmehandlungen zu brechen, wobei sie zumindest billigend in Kauf genommen hatten, dass die geladene Waffe auch auf Menschen gerichtet würde. Bei Auftreten von Widerstand sollte in die Luft oder in den Boden geschossen werden. Im Verlauf des weiteren Geschehens löste sich aus der von C geführten Pistole ein Schuss, der B tötete. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass C nicht bewusst und willentlich geschossen hatte. Nachdem A bemerkt hatte, dass C, der sehr erschrocken war, auf B geschossen und diesen getroffen hatte, brachen er und C einvernehmlich die weitere Tatausführung ab und verließen den Tatort ohne Beute; A machte C wegen des Schusses heftige Vorwürfe. Strafbarkeit wegen §§ 251, 22?

**Fall 10:** *Gubener Menschenjagd* – BGHSt 48, 38 (m. Anm. *Kühl*, JZ 2003, 637, *Heger*, JA 2003, 455): Nach einer tätlichen Auseinandersetzung mit Ausländern vor einer Diskothek flüchteten drei deutsche Jugendliche, wobei einem von ihnen von dem Kubaner J leichtere Verletzungen beigebracht wurden. Die Jugendlichen trafen sich mit anderen Gleichaltrigen und berichteten, dass sie von Ausländern bedroht und misshandelt worden seien. In erregter Stimmung gegenüber dem Ausländer J und Ausländern im Allgemeinen entschlossen sich die Jugendlichen, J zu suchen und zu ergreifen. Allen war bewusst, dass sie dabei Gewalt anwenden und die Person möglicherweise verletzen würden. In zwei Pkw suchten die 11 Jugendlichen nach J; als sie um 4.40 Uhr die drei Ausländer L, C und F bemerkten und darunter auch den J vermuteten, verfolgten sie diese zunächst im Pkw und sodann getrennt zu Fuß; die Fahrer blieben in den Pkw. Während andere den L verfolgten und misshandelten, mussten B und E die Verfolgung von C und F nach einigen Metern abbrechen, weil sie diese aus den Augen verloren hatten. Ihre Suche nach C und F gaben B und E jedoch nicht auf. Indessen wähten C und F die Verfolger noch hinter sich. Sie liefen zu einem etwa 200 m entfernten Mehrfamilienhaus. Da F die Haustür nicht öffnen konnte, trat er in Todesangst die untere Glasscheibe der Tür ein. Dabei oder beim anschließenden Durchsteigen verletzte er sich an den im Türrahmen verbliebenen Glasresten u. a. an einer Schlagader, woran er kurz darauf verblutete. Strafbarkeit von B und E?

### **Lösungsskizze – Gubener Menschenjagd (BGHSt 48, 38)**

#### **Strafbarkeit von B und E**

##### **I. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4 u. 5**

##### **1. Tatbestandsmäßigkeit**

**a) Objektiv:** Durch die Schnittverletzungen wurde bei F ein pathologischer Zustand und mithin eine Gesundheitsschädigung hervorgerufen; dafür war das Verhalten von B und E auch kausal, denn ohne ihre Verfolgung hätte F nicht durch die Scheibe in das Wohnhaus flüchten müssen. Zu bejahen ist auch die obj. Zurechnung zwischen der Verfolgung und der Verletzung, denn einer nächtlichen Verfolgung zum erkennbaren Zwecke der Misshandlung wohnt auch das rechtlich missbilligte Risiko inne, dass das Opfer bei der Flucht vor einer Misshandlung sich verletzt. Ein Einsteigen in ein zur Nachtzeit naturgemäß verschlossenes Wohnhaus, um sich der drohenden Misshandlung zu entziehen, liegt nicht außerhalb aller Wahr-

scheinlichkeit, so dass auch Verletzungen beim Einsteigen B und E zugerechnet werden können.

Fraglich ist darüber hinaus, ob nicht bereits das Hervorrufen von Angst und Panik – ebenfalls kausale Folge der Verfolgung – eine körperliche Misshandlung oder Gesundheitsschädigung darstellt. Allerdings sieht die h. M. und Rspr. bloße Störungen des seelischen Befindens nur dann als Gesundheitsschädigung an, wenn sich dadurch auch der körperliche Zustand des Opfers nicht unerheblich verschlechtert (z. B. Herzrasen), wofür vorliegend Anhaltspunkte fehlen. Für diese Einschränkung von § 223 I spricht auch ein Vergleich mit § 225 I, der gerade nicht nur körperliche, sondern alle – auch psychische – Misshandlungen erfasst.

Die Schnittverletzungen sind zwar nicht durch ein gefährliches Werkzeug zugefügt worden, weil nicht die Glassplitter gegen das Opfer geführt wurden, doch handelte es sich um eine obj. lebensgefährdende Behandlung (Nr. 5) durch die gemeinschaftlich handelnden Beteiligten B und E (Nr. 4), wobei es nicht darauf ankommt, ob diese Mittäter i. S. von § 25 II gewesen sind.

**b) Subjektiv:** B und E wollten F körperlich misshandeln, dachten allerdings nicht daran, dass bereits die bloße Verfolgung des F zu dessen Gesundheitsschädigung führen würde. Insofern befanden sie sich in einem Irrtum über den Kausalverlauf, der allerdings nur dann zu einer Verneinung des Vorsatzes führt, wenn die Abweichung des vorgestellten vom tatsächlich eingetretenen Kausalverlauf wesentlich ist. Dagegen könnte sprechen, dass die obj. Zurechnung nicht zu verneinen ist, denn zumeist ist nur in Fällen einer Verneinung der obj. Zurechnung auch ein vorsatzausschließender Irrtum über den Kausalverlauf anzunehmen. Vorliegend ist allerdings zu beachten, dass hier der Erfolg nicht nur anders als von B und E erwartet, sondern deutlich früher eingetreten ist. Wenn B und E – wie hier – noch nicht einmal davon ausgehen, sie hätten mit der geplanten Misshandlung überhaupt bereits angefangen (etwa zum Schlagen oder Ergreifen des F ausgeholt), ist aus ihrer Sicht eine trotz dieser vermeintlich noch weitgehend folgenlosen Verfolgung eingetretene Verletzung des F ihnen subj. (noch) nicht zuzurechnen, obwohl die obj. Zurechnung bejaht wurde. Daher fehlt B und E hinsichtlich der Schnittverletzungen der Vorsatz.

## **2. Ergebnis:**

B und E haben sich nicht wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht.

## **II. §§ 223 II, 224 I Nr. 4, II, 22**

In Betracht kommt jedoch eine Strafbarkeit wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung. Deren Versuch ist gem. §§ 223 II, 224 II strafbar.

### **1. Tatbestand**

**a) Subj.:** B und E hatten Vorsatz, den F gemeinschaftlich körperlich zu misshandeln.

**b) Obj.:** Fraglich ist jedoch, ob sie zu dieser Misshandlung bereits i. S. von § 22 unmittelbar angesetzt haben. Nach der Teilaktstheorie setzt ein unmittelbares Ansetzen voraus, dass der Täter nach seinem Tatplan den letzten relevanten Teilakt vor der Tatbestandsausführungshandlung bereits erreicht hat; dies ist hier zweifelhaft, denn nach dem Tatplan hätten B und E den F zunächst verfolgen und einholen und sodann ergreifen müssen, bevor sie mit der Misshandlung (= Tatbestandsausführungshandlung) hätten beginnen können. Der BGH bejaht allerdings ein unmittelbares Ansetzen unter Rückgriff auf die Formel, dass spätestens mit dem Verlassen der Pkw B und E die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschritten hätten; das lässt sich auch mit der Formel der zeitlichen Unmittelbarkeit begründen, denn in der Tat dürfte nach der Verfolgung des F mit dem Pkw ein körperlicher Angriff der ihn Verfolgenden zunächst räumlich und zeitlich sehr nahe zu erwarten gewesen sein. Daher lässt sich durchaus von einem unmittelbaren Ansetzen sprechen.

**2. Rechtswidrigkeit und 3. Schuld** sind gegeben.

**4. Rücktritt:** Zwar handelt es sich vorliegend um einen unbeendeten Versuch, so dass jedenfalls für den Einzeltäter ein Rücktritt gem. § 24 I 1 Alt. 1 durch bloßes Aufgeben des Tatentschlusses anzunehmen ist, doch braucht die Frage, ob dies – abweichend von § 24 II 1 – auch für das gemeinschaftliche Aufgeben des Tatentschlusses aller Tatbeteiligter gelten soll, nicht erörtert zu werden, denn aus Sicht von B und E war der Versuch einer Misshandlung des F fehlgeschlagen, so dass sie von diesem Versuch nicht mehr strafbefreiend zurücktre-

ten konnten. Damit haben sie sich wegen §§ 224 II, 22 strafbar gemacht; §§ 223 II, 22 tritt dahinter als Grundtatbestand zurück.

### III. §§ 227, 22

Weiterhin könnte eine versuchte KV mit Todesfolge anzunehmen sein. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich gem. §§ 23 I, 12 I aus dem Verbrechenscharakter von § 227, denn trotz der möglichen Fahrlässigkeit einer Verursachung der schweren Folge gem. § 18 handelt es sich insgesamt um ein Vorsatzdelikt (§ 11 II). Demgemäß ist bei Erfolgsqualifikationen grundsätzlich eine Versuchsstrafbarkeit sowohl in Form eines erfolgsqualifizierten Versuchs, bei dem bereits der Versuch des Grunddelikts den fahrlässigen Eintritt der schweren Folge verursacht, als auch in Form einer versuchten Erfolgsqualifizierung, bei der beim vollendeten oder versuchten Grunddelikt Tatentschluss auch bzgl. des Eintritts der schweren Folge besteht, anerkannt. Da vorliegend nur ein erfolgsqualifizierter Versuch der Körperverletzung in Betracht kommt, kann dahinstehen, ob bei § 227 angesichts der Tötungsdelikte überhaupt Raum für eine versuchte Erfolgsqualifizierung besteht.

**1. Tatbestand:** Die versuchte Körperverletzung führte kausal zu der Selbstverletzung und damit zum Tode des F, denn ohne Verfolgung hätte sich dieser nicht die tödlichen Schnittverletzungen zugezogen. Weiterhin ist für Erfolgsqualifikationen ein sog. spezifischer Gefährdungs Zusammenhang zwischen Grunddelikt und Eintritt der schweren Folge erforderlich, der inhaltlich der Figur der obj. Zurechnung weitgehend entspricht, so dass auf den ersten Blick mit den obigen Ausführungen zur Zurechnung der Selbstverletzungen des F grundsätzlich auch der spezifische Gefährdungs Zusammenhang gegeben ist (die ältere Rspr. zum Fall „Rötzel“ dürfte inzwischen überholt sein). Fraglich ist jedoch, ob dem Eintritt der schweren Folge nach der sog. Letalitätstheorie eine lebensgefährliche Körperverletzung zugrunde liegen muss oder – wie hier – auch ohne den Eintritt eines vorsätzlich bewirkten Körperverletzungserfolges bereits die bloße Verletzungshandlung bzw. das dazu unmittelbar Ansetzen als Anknüpfungspunkt ausreicht. Der BGH hält den Wortlaut von § 227 insoweit für offen und geht deswegen davon aus, dass sowohl der Körperverletzungserfolg als auch die Körperverletzungshandlung als Anknüpfungspunkte in Frage kommen. Dass damit auch bereits der Versuch einer Körperverletzung zu einer (wenngleich versuchten) Körperverletzung mit Todesfolge führen kann, sieht er darüber hinaus durch den Klammerzusatz „§§ 223 bis 226“ bestätigt, der auch die Versuchspönalisierungen der §§ 223 II, 224 II erfasse. Lässt man mit dem BGH auch Verletzungshandlungen genügen, wenn diesen bereits ein entsprechendes (Lebens-) Gefährdungspotenzial inne wohnt, kann dies auch für das bloße Ansetzen zu einer Verletzung angenommen werden.

Da für die Verursachung einer schweren Folge gem. § 18 Fahrlässigkeit ausreicht, muss der Eintritt der Todesfolge vorliegend für die Täter vorhersehbar gewesen sein, was man angesichts der konkreten Umstände (Flucht bei Nacht in der Nähe von schutzgebietenden Wohnhäusern etc.) bejahen kann.

**2. Rechtswidrigkeit** ist gegeben.

**3. Schuld:** Da Fahrlässigkeit im Strafrecht neben der obj. auch die subj. Vorhersehbarkeit als Grundlage der persönlichen Vorwerfbarkeit erfordert, müsste für die Täter die schwere Folge auch subj. vorhersehbar gewesen sein, was jedoch zu bejahen ist, weil nichts dafür erkennbar ist, dass für sie – anders als für andere Personen in ihrer Situation – das Risiko nicht erkennbar gewesen wäre. Daher haben sich B und E auch wegen versuchter Körperverletzung mit Todesfolge gem. §§ 227, 22 strafbar gemacht (so der BGH). Dahinter treten §§ 223 II, 224 II, 22 zurück.

## Täterschaft und Teilnahme bei Mord und Totschlag

### I. Tat- und täterbezogene Mordmerkmale

Das umstrittene Verhältnis von Mord und Totschlag gewinnt praktische Bedeutung, wenn an einer vorsätzlichen Tötung eine andere Person beteiligt ist und entweder bei dem Täter oder bei dem Teilnehmer Mordmerkmale der 1. oder 3. Gruppe des § 211 II als täterbezogene Merkmale i.S.v. § 28 (so die h.M. und Rspr.) bzw. als besondere Schuldmerkmale i.S.v. § 29 vorliegen. Dadurch ist die grundsätzliche Akzessorietät von vorsätzlicher, rechtswidriger Haupttat und der Teilnahme hieran (Anstiftung, Beihilfe) eingeschränkt. Tatbezogen sind dagegen die Mordmerkmale der 2. Gruppe des § 211 II.

### II. Täterschaft und Teilnahme bei täterbezogenen Mordmerkmalen

Versteht man mit der Rspr. Mord und Totschlag als sich gegenseitig ausschließende Tatbestände (aliud), so sind die täterbezogenen Mordmerkmale „**besondere persönliche Merkmale, welche die Strafbarkeit begründen**“ i.S.v. § 28 I; damit kommt es allein darauf an, ob der Täter einen Mord oder einen Totschlag als Haupttat begangen hat. Hat der Täter aufgrund seiner besonderen persönlichen Merkmale (z.B. Habgier) einen Mord begangen, ist die dazu ergangene Teilnahme eine Anstiftung oder Beihilfe zum Mord, unabhängig davon, ob der Anstifter oder Gehilfe seinerseits mit täterbezogenen Mordmerkmalen handelte oder nicht; fehlen in der Person des Anstifters oder Gehilfen solche Mordmerkmale, ist die Strafe aber zu mildern.

Ist dagegen (so die h.M.) der Totschlag der Grundtatbestand und der Mord eine darauf aufbauende Qualifikation, handelt es sich bei den **täterbezogenen Mordmerkmalen „nur“ um strafscharfende besondere persönliche Merkmale i.S.v. § 28 II**; diese gelten nur für den Täter oder Teilnehmer, in dessen Person sie vorliegen. Handelt daher der Täter mit täterbezogenen Mordmerkmalen, der Teilnehmer hingegen nicht, so ist letzterer „nur“ wegen Anstiftung bzw. Beihilfe zum Totschlag als dem Grundtatbestand strafbar. Fehlen umgekehrt dem Haupttäter besondere persönliche Mordmerkmale, die der Teilnehmer aufweisen kann, so ist letzterer wegen Anstiftung bzw. Beihilfe zum Mord strafbar, obwohl die Haupttat „nur“ einen Totschlag darstellt.

Handeln Täter und Teilnehmer mit dem gleichen besonderen persönlichen Mordmerkmal (z.B. Habgier), besteht kein Problem; dann ist der Täter wegen Mordes, der Teilnehmer wegen Anstiftung bzw. Beihilfe zum Mord strafbar. Bei den täterbezogenen besonderen persönlichen Mordmerkmalen ist dagegen nicht ausreichend, dass dieses der Täter in seiner Person verwirklicht (z.B. Habgier) und der Teilnehmer nur darauf gerichteten Vorsatz hat (z. B. er weiß, dass der Haupttäter aus Habgier handelt und möchte das auch); das ist der wesentliche Unterschied zu den tatbezogenen Mordmerkmalen (dazu u.).

Dagegen ist für Rspr. und h.M. **Mittäterschaft gem. § 25 II zwischen Mord und Totschlag möglich**, wenn nur ein Täter in seiner Person ein täterbezogenes Mordmerkmal verwirklicht oder bei einem tatbezogenen Mordmerkmal nur einer der Mittäter Vorsatz hat (vgl. *BGHSt* 36, 231).

### III. Sonderfall: Gekreuzte Mordmerkmale

Ein Sonderproblem stellt die strafrechtliche Behandlung der sog. „gekreuzten Mordmerkmale“ dar; in dieser Konstellation verwirklicht der **Täter** in seiner Person **ein täterbezogenes Mordmerkmal** (z.B. zur Befriedigung des Geschlechtstriebes), während der **Teilnehmer ein anderes** in seiner Person verwirklicht (z.B. Habgier). Wendet man mit der h.M. § 28 II auf die

täterbezogenen Mordmerkmale an, ist der Täter wegen Mordes zu bestrafen, der Teilnehmer aufgrund seines eigenen Mordmerkmals wegen Anstiftung bzw. Beihilfe zum Mord. Die Anwendung von § 28 I führt zwar ebenfalls zu einer Strafbarkeit wegen Mordes und Anstiftung bzw. Beihilfe dazu, doch fehlt dem Teilnehmer streng genommen das die Mordstrafbarkeit des Haupttäters begründende besondere persönliche Mordmerkmale, so dass eigentlich die Strafe des Teilnehmers zu mildern wäre. Diese – angesichts des eigenen, aber anderen Mordmerkmals – wenig überzeugende Konsequenz will die Rspr. denn auch nicht ziehen.

#### **IV. Täterschaft und Teilnahme bei tatbezogenen Mordmerkmalen**

Bei den tatbezogenen Mordmerkmalen der 2. Gruppe des § 211 II bleibt es dagegen bei der „normalen“ Akzessorietät, so dass der Anstifter oder Gehilfe zu einem Heimtücke-Mord wegen Anstiftung bzw. Beihilfe zum Mord strafbar ist, wenn sein mindestens bedingter Vorsatz bzgl. der Haupttat auch deren heimtückische Begehungsweise etc. umfasst. Ob er in seiner Person irgendein Mordmerkmal verwirklicht, spielt bei den tatbezogenen Mordmerkmalen keine Rolle.

#### **V. Strafbarkeit der Beteiligung am Selbstmord**

Die (versuchte) Selbsttötung ist nicht tatbestandsmäßig i.S.v. §§ 211, 212 StGB, so dass eine Teilnahme gem. §§ 26, 27 StGB mangels Haupttat ausscheiden muss. Ausnahmsweise ist jedoch an eine Tötung in mittelbarer Täterschaft zu denken, wenn der Suizident keine eigenverantwortliche Selbstgefährdung bzw. -verletzung unternimmt (vgl. den *Stern-Sirius-Fall* BGHSt 32, 38). Begrifflich möglich ist auch eine fahrlässige Verursachung der Selbsttötung, doch würde die Bejahung einer Strafbarkeit wegen § 222 StGB zu Wertungswidersprüchen führen, weil eine vorsätzliche Beteiligung gem. §§ 26, 27 StGB straffrei wäre; daher ist auch die fahrlässige Beteiligung an einer Selbsttötung nicht strafbar (vgl. *BGHSt* 24, 342). In Ausnahmefällen strafbar ist seit 2015 die geschäftsmäßige Förderung eines Suizids (§ 217).

#### **VI. Fälle**

(1) *Rassenhass-Fall* – BGHSt 22, 375: Kriminalassistent K war 1942/43 Angehöriger des „Judenreferats“ beim Kommandeur der Sicherheitspolizei in Krakau und half bei Ermordung zahlreicher Juden durch andere Mitglieder dieses Organs, die jeweils aus Rassenhass handelten. K selbst hielt zwar die Befehle für verbrecherisch und hegte keinen Hass gegen Juden, handelte aber so, weil es ihm befohlen war. Strafbarkeit wegen §§ 212, 27 oder §§ 211, 27?

(2) *Rachsucht-Fall* – BGHSt 1, 368: A forderte bei der Besetzung des Ortes durch amerikanische Truppen eine US-Heeresstreife auf, den Gendarmeriemeister L zu erschießen. Als Grund gab er wahrheitswidrig an, L habe Fremdarbeiter erschossen. A wollte aus Rache unter Ausnutzung der damaligen Verhältnisse erreichen, dass L ohne Verfahren und ohne Nachprüfung der Vorwürfe erreichen, dass L getötet werde. US-Soldaten erschossen L aufgrund der Anschuldigungen des A, ohne seine Unschuldsbeteuerungen anzuhören. Strafbarkeit des A wegen Anstiftung zum Mord oder zum Totschlag?

(3) *Mittäterschafts-Fall* – BGHSt 36, 231: A benötigte dringend das Geld ihrer Tante T und überredete daher ihren Sohn S – der selbst keinerlei finanzielle Interessen hatte –, die T zu töten, um so an die Erbschaft der T zu gelangen. A wies S an, die T im Schlaf mit einer Kristallvase zu erschlagen und überwachte dieses Geschehen detailliert; auch gab sie ihm ein Zeichen, dass er nunmehr zuschlagen solle, was S daraufhin auch tat, um A einen Gefallen zu tun. Aufgrund eines Affekts war S nicht bewusst, die im Schlaf bestehende Arglosigkeit der T auszunutzen. Strafbarkeit von A und S wegen §§ 212, 211, 25 II?

(4) *Selbstmord-Beihilfe-Fall* – BGHSt 24, 342: Polizist A führte eine geladene Dienstwaffe bei sich, als er mit seiner Bekannten B eine Spazierfahrt unternahm und eine Gaststätte aufsuchte. A war bekannt, dass B v. a. nach dem Genuss von Alkohol plötzlich bedrückt und



schwermütig wurde und bereits mehrere Selbstmordversuche unternommen hatte. Obwohl A die Gewohnheit hatte, seine Pistole auf das Armaturenbrett zu legen, entlud er diese nicht vor Betreten der Gaststätte. Nach einem Aufenthalt von 5 Stunden verließen beide stark alkoholisiert die Gaststätte. A legte – wie üblich – seine Pistole auf das Armaturenbrett. Als er es nicht merkte, nahm B die Waffe und erschoss sich. Ihre BAK zur Tatzeit betrug 1,45 Promille. Hat sich A wegen § 222 strafbar gemacht?

### **Lösungsskizze – Rachsucht-Fall**

#### **Strafbarkeit des A gem. §§ 212, 211, 26**

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

**a) Objektiv:** A weckte bei den US-Soldaten den Entschluss, den L zu töten. Darin müsste eine vorsätzliche und rechtswidrige Straftat gem. §§ 212, 211 zu sehen sein. Die Soldaten töteten L vorsätzlich und waren durch die bloßen Anschuldigungen des A nicht gerechtfertigt, so zu handeln, denn L hatte sich zum Zeitpunkt des Erschießens jedenfalls nicht gegen die Soldaten zur Wehr gesetzt oder diese angegriffen; auch lag kein vollstreckbares Todesurteil gegen L wegen der Anschuldigungen vor, so dass es für die Frage der Rechtswidrigkeit (noch) nicht auf die Richtigkeit der Anschuldigungen gegen den L ankommt. Die vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat der US-Soldaten könnte als Totschlag oder Mord zu qualifizieren sein; da sie jedoch nicht aus Rache handelten, sondern um einen (vermeintlichen) Mörder seiner gerechten Strafe zuzuführen – wobei sie sich nach dem Zusammenbruch der deutschen Verwaltung in der Rolle der neuen Ordnungsmacht sehen mussten, nicht als Vollstrecker einer Lynchjustiz –, handelten sie nicht aus niedrigen Beweggründen; andere Mordmerkmale sind nicht ersichtlich. Keine Rolle spielt die Schuld der US-Soldaten, so dass auch ein möglicher Verbotsirrtum gem. § 17 – selbst bei dessen Unvermeidbarkeit (die hier allerdings nicht nahe liegt, angesichts des Chaos bei Kriegsende jedoch auch nicht von vorne herein ausscheiden muss) – ohne Einfluss auf die Strafbarkeit des A wegen Anstiftung wäre. Hingegen handelte A bei seiner Anstiftung aus niedrigen Beweggründen (Rachsucht); zwar ist nicht jede Rache von vorneherein ein auf so tiefer Stufe stehendes Motiv (sondern kann auch ein verständlicher Effekt sein), doch hat hier A nicht versucht, die möglicherweise verständliche Motivation in den Griff zu bekommen, sondern vielmehr durch Täuschung andere zum Vollstrecker seines unberechtigten Verdikts gemacht. Darin ist ein niedriger Beweggrund i.S.v. § 211 II Gr. 1 Var. 4 zu sehen. Fraglich ist jedoch, ob dieses Vorliegen eines täterbezogenen Mordmerkmals in der Person des Anstifters dessen Anstiftung auf einen Mord richtet, wenn der Angestiftete mangels Mordmerkmalen „nur“ einen Totschlag begangen hat. Versteht man mit der h.M. den Mord als Qualifikation zum Totschlag, handelt es sich bei den täterbezogenen Mordmerkmalen um besondere persönliche Merkmale i.S.v. § 28 II, die die Strafe schärfen; liegen diese – wie hier – nur beim Anstifter, nicht aber beim Täter vor, wäre der Anstifter wegen Anstiftung zum Mord, der Täter (bei Vorliegen der Schuld, s.o.) wegen Totschlags zu bestrafen. Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man mit einer a.M. in der Lit. auf die Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe § 29 anwenden will. Da für die Rspr. jedoch die täterbezogenen Mordmerkmale nicht nur qualifizierend, sondern einen Totschlag ausschließend wirken, handelt es sich für sie um strafbegründende besondere persönliche Merkmale i.S.v. § 28 I, die vorliegend dem Täter fehlen, so dass auch für A nur eine Anstiftung zum Totschlag der Soldaten in Frage steht. Je nach vertretener Ansicht hat demnach A entweder eine Anstiftung zum Mord oder zum Totschlag begangen.

**b) Subjektiv:** A handelte mit dem erforderlichen Doppelvorsatz, gerichtet einerseits auf die Anstiftungshandlung (Vorsatz bzgl. des Hervorrufens des Tatentschlusses beim Haupttäter) und andererseits auf eine zu vollendende, vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat (hier den Totschlag durch die US-Soldaten).

##### **2. Rechtswidrigkeit**

Mangels Rechtfertigungsgründe ist diese gegeben.

### 3. Schuld

A handelte auch schuldhaft und hat sich daher – je nach vertretener Ansicht – wegen Anstiftung zum Totschlag (Rspr.) oder zum Mord (Lit.) strafbar gemacht.

### Lösungsskizze – *Selbstmord-Beihilfe-Fall*

#### **Strafbarkeit des A gem. § 222**

##### **1. Tatbestand:**

Der tatbestandliche Erfolg – Tod der B – ist eingetreten; hierfür war das Verhalten des A – das Liegenlassen der Dienstwaffe – auch kausal i.S.d. csqn-Formel, denn anderenfalls hätte sich B nicht mit dieser Waffe erschießen können. Da sich auch das dem Verhalten innewohnende, rechtlich missbilligte Risiko einer (Selbst-)Tötung realisiert hat, ist auch die obj. Zurechnung zu bejahen. Das Liegenlassen der schussbereiten Dienstwaffe stellt auch eine Pflichtverletzung dar; obj. voraussehbar war auch, dass jemand die Dienstwaffe unerlaubt einsetzen könnte. Schließlich ist auch der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zunächst zu bejahen, denn das rechtmäßige Alternativverhalten – Behalten der Dienstwaffe – hätte ja gerade nicht zu dem gleichen Erfolg geführt. Allerdings könnte der Schutzbereich der Norm hier möglicherweise überschritten sein. § 222 pönalisiert fahrlässige Fremdtötungen; hätte A mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt, wäre seine Beihilfe zum Selbstmord gem. § 27 straflos, weil der Selbstmord der B keine straftatbestandsmäßige Haupttat darstellt. Das Fahrlässigkeitsdelikt kennt zwar nicht die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme, sondern knüpft i.S.d. Einheitstäterprinzip eine täterschaftlich-fahrlässige Strafhaftung allein an das Vorliegen einer kausalen und zurechenbaren Pflichtwidrigkeit (wie sie vorliegend gegeben ist), doch wäre es ein Wertungswiderspruch, würde man den bedingt vorsätzlich handelnden Selbstmord-Gehilfen straflos stellen, während der nur fahrlässig die gleiche Gehilfenhandlung Ausführende als Täter des § 222 strafrechtlich zur Verantwortung gezogen würde. Deswegen muss eine Strafbarkeit wegen § 222 ausscheiden, wenn das gleiche Verhalten bei bedingtem Vorsatz straflos mangels Haupttat straflos wäre.

##### **2. Ergebnis**

Daher hat sich vorliegend A nicht wegen fahrlässiger Tötung strafbar gemacht.

**Exkurs: Aufbau** (vgl. *Heinrich*, AT, Rn. 1492 f.)

#### **I. Anstiftung**

##### **1. Tatbestandsmäßigkeit**

###### **a) Obj. Tatbestand**

- Vorliegen einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat (i. d. R. schlichter Verweis auf die Prüfung des Haupttäters)
- Bestimmen des Haupttäters zu dieser Tat (Hervorrufen des Tatentschlusses)

###### **b) Subj. Tatbestand**

- Vorsatz bzgl. des Vorliegens der vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat
- Vorsatz bzgl. des Bestimmens zu dieser Haupttat

##### **2. Rechtswidrigkeit**

##### **3. Schuld**

#### **II. Beihilfe**

##### **1. Tatbestandsmäßigkeit**

###### **a) Obj. Tatbestand**

- Vorliegen einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat (i. d. R. schlichter Verweis auf die Prüfung des Haupttäters)
- Hilfeleisten zu dieser Tat

###### **b) Subj. Tatbestand**

- Vorsatz bzgl. des Vorliegens der vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat
- Vorsatz bzgl. des Hilfeleistens zu dieser Haupttat

##### **2. Rechtswidrigkeit**

##### **3. Schuld**

## **Objektive Bedingung der Strafbarkeit (§§ 231, 323a StGB)**

### **I. Grundlagen**

Von einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit spricht man, wenn die Strafbarkeit einer vorsätzlichen Handlung (zB der Beteiligung an einer Schlägerei) nicht vom Eintritt eines daran geknüpften Erfolgs (zB einer Körperverletzung) oder einer aus der Handlung des Täters resultierenden schweren Folge i.S.v. § 18 resultiert, sondern vom außerhalb der kausalen Verursachung des Täters liegenden Eintritt eines objektiven Ereignisses abhängig ist. Dieses Ereignis kann einer schweren Folge bei einer Erfolgsqualifikation entsprechen (in § 231 muss es sich um eine der in §§ 226, 227 genannten schweren Folgen handeln), doch gilt – weil es sich eben nicht um eine Erfolgsqualifikation handelt - § 18 nicht, so dass der Täter bei der Beteiligung an der Schlägerei nicht zumindest fahrlässig in Bezug auf den Eintritt des Todes oder einer schweren Körperverletzung gehandelt haben muss. Deshalb die Bezeichnung als objektive Bedingung der Strafbarkeit: Sie muss nur (aber immerhin!) objektiv vorliegen.

**Aufbauhinweis:** Es empfiehlt sich daher, den Eintritt der objektive Bedingung der Strafbarkeit nicht bereits im objektiven Tatbestand zu prüfen (weil dieser ja regelmäßig vollumfänglich vom Vorsatz umfasst sein muss, vgl. § 15), sondern erst in einem nur bei diesen Delikten vorzusehenden eigenen dritten Unterpunkt der Tatbestandsprüfung. Nach Bejahung des (1) objektiven und (2) subjektiven Tatbestandes folgt hier (und nur hier!) ein (3) Objektive Bedingung der Strafbarkeit.

### **II. Delikte**

#### **1. Die Tatbestände**

Straftatbestände mit einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit sind im StGB selten. Prüfungsrelevant sind vor allem

- § 186 (Üble Nachrede – dieser wird bei den Ehrdelikten vorgestellt),
- § 231 (Beteiligung an einer Schlägerei),
- § 323a (Vollrausch).

Erst kürzlich wurde noch im – nicht examensrelevanten, aber kriminalpolitisch derzeit heiß diskutierten – Sexualstrafrecht mit § 184j (Straftaten aus Gruppen) ein weiterer Anwendungsfall geschaffen, der zukünftig vielleicht auch verfassungsrechtliche Probleme aufwerfen könnte.

#### **2. Struktur der objektiven Bedingung der Strafbarkeit**

Die Struktur der jeweiligen objektiven Bedingung der Strafbarkeit ist höchst unterschiedlich:

- In §§ 231, 184j geht es aus Tätersicht vor allem um für andere gefährliches Drittverhalten
- In § 186 geht es allein um das objektive Vorliegen der Nichterweislichkeit der Wahrheit
- In § 323a geht es um im schuldunfähigen Zustand begangenes eigenes tatbestandsmäßiges Verhalten des Täters

### **3. Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip**

Unabhängig davon ist die Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip aus grundsätzlichen Erwägungen umstritten, denn bei § 323a handelt der Täter ja gerade im schuldunfähigen Zustand, bei §§ 231, 184j führt gefährliches Drittverhalten, welches ihm nicht persönlich (etwa über § 25 II oder § 129) zugerechnet werden kann und für ihn nicht einmal vorhersehbar gewesen sein muss, zu einer Strafbarkeit. Bei § 186 muss der Täter einer Üblen Nachrede nicht einmal Fahrlässigkeit bzgl. der nicht zu erbringenden Erweislichkeit der Wahrheit seiner Behauptung treffen, so dass aus seiner Sicht auch solche Behauptungen, die er für wahr hält und die auch ein objektiver Dritter vor dem Erkenntnishintergrund für wahr halten dürfte, zur Strafbarkeit führen, soweit später vor Gericht nicht deren Wahrheitsbeweis geführt werden kann.

→ Die hM hält diese Deliktsstruktur nur deshalb für mit dem Schuldgrundsatz vereinbar, weil bereits ohne den Eintritt der objektiven Bedingung ein grundsätzlich vorwerfbares Verhalten vorliegen muss, das der Täter ja auch vorsätzlich begangen hat.

→ Das Erfordernis des Eintritts einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit grenzt dann den Kreis vorwerfbarer und damit schuldhafter Taten auf diejenigen ein, bei denen zusätzlich (zu dem vorwerfbaren Verhalten des Täters) auch die objektive Bedingung der Strafbarkeit gegeben ist. Da der Schuldgrundsatz etwa die Beteiligung an allen Schlägereien erfasst, handelt jeder Schläger in diesem Sinne persönlich vorwerfbar und damit schuldhaft. Von diesem Kreis schuldhaft Handelnder werden dann nur diejenigen tatsächlich bestraft, die an einer am Ende besonders gefährlichen Schlägerei beteiligt gewesen sind (das lässt sich mit der ultima ratio-Funktion des Strafrechts begründen). Der Eintritt der schweren Folge ist damit für die Frage der Schuld des Schlägers irrelevant; vielmehr haben die Schläger im Rechtsinne Glück, deren Schlägerei keine Toten oder schwer Verletzten hervorbringt.

### **III. § 231 (Beteiligung an einer Schlägerei)**

Eine Schlägerei ist der tätliche Streit von mindestens drei aktiven Personen (BGHSt 31, 124, 125), wobei auch ein wegen Notwehr strafloser Angegriffener (der sich nur aktiv verteidigt) mitzählt (BGHSt 15, 369). Ausnahmsweise genügen sogar mind. Zwei parallele tätliche Auseinandersetzungen von jeweils nur zwei Personen, sofern diese ein einheitliches Gesamtgeschehen darstellen (BGH, NSTZ 2014, 147). Für einen von mehreren verübten Angriff sind wechselseitige Tötlichkeiten nicht erforderlich; es genügt, wenn mind. 2 Personen in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper eines Dritten einwirken; Mittäterschaft gem. § 25 II (dh ein gemeinsamer Tatplan) ist nicht notwendig, doch muss es sich um einen einheitlichen Angriff handeln.

Für eine Beteiligung genügt, dass ein am Tatort Anwesender (= Täter) durch einen physischen oder psychischen Beitrag in feindseliger Weise an den Tötlichkeiten teilnimmt. Umstr. ist, ob der Täter des § 231 sich zzt des Eintritts des Todes oder der schweren KV an der Schlägerei beteiligt haben muss, oder es auch ausreicht, wenn er davor ausgestiegen oder erst danach eingestiegen ist. Die Rspr. lässt alle Varianten genügen (BGHSt 14, 132, 134 f.; 16, 130, 132 f.; dagegen die hM, wobei str. ist, ob nur die während der Beteiligung eingetretenen Folgen maßgeblich sein sollen oder auch eine Beteiligung vor deren Eintritt genügen soll, weil diese zu der Gefährdungssituation beigetragen hat; vgl. Krey/Hellmann/Heinrich BT 1 Rn. 321 ff.).

Der Vorsatz bezieht sich allein auf das Vorliegen einer Schlägerei und die Beteiligung daran im genannten Sinne.

Der Eintritt der schweren Folge i.S.v. §§ 226, 227 ist nur objektive Bedingung der Strafbarkeit. Die Folge muss nicht durch eine strafbare Handlung verursacht worden

sein; möglich ist auch eine versehentliche Selbstverletzung oder -tötung bzw. eine Verursachung, die ihrerseits durch Notwehr gerechtfertigt ist (z.B. das Opfer eines Angriffs wehrt sich gegen diesen mit tödlichen Mitteln). Verletzt sich das Opfer selbst schwer, ist es trotzdem nach § 231 strafbar.

Hat jemand die Folge durch eine strafbare Handlung (oder selbst im Zuge der Tätlichkeiten eine weniger schwere KV) verursacht, kommt für diesen Tateinheit mit §§ 211 ff., 223 ff. in Betracht (BGHSt 33, 100).

Verabreden sich Hooligans zu einer Schlägerei, führt nach umstr. Rspr. die § 231-Strafbarkeit zu einer Bejahung der Sittenwidrigkeit gem. § 228 und damit zu einem Ausschluss einer Einwilligungs-Rechtfertigung für die wechselseitig begangenen Körperverletzungen (BGHSt 60, 166; dagegen zB Mitsch NJW 2015, 1545).

§ 231 II enthält nach hM eine auf Rechtsfertigungs- (zB § 32) und Entschuldigungsgründe (zB § 33) verweisende Tatbestandseinschränkung (Lackner/Kühl, § 231 Rn. 4), dh wer zB sich aus Furcht in Überschreitung der Notwehrgrenzen selbst tötlich in eine Schlägerei eingreift, erfüllt nicht den Tatbestand von § 231 I.

#### **IV. § 323a (Vollrausch)**

**Tathandlung** ist hier allein das – vorsätzliche oder fahrlässige (!) – Sichversetzen in einen Rausch (auch durch legale Drogen). Die Strafbewehrung bereits des Berausehens soll mit dem Schuldprinzip vereinbar sein (BGHSt 16, 124, 125).

Objektive Bedingung der Strafbarkeit ist die sog. Rauschtat, dh eine rechtswidrige Straftat, die wegen (nicht auszuschließender) rauschbedingter (!) Schuldunfähigkeit (§ 20) nicht bestraft werden kann. Dabei muss die Rauschtat auch in subj. Hinsicht vorliegen; führt etwa der Rauschzustand zu einem Irrtum iSv § 16, scheidet die Strafbarkeit auch wegen § 323a aus.

### **Exkurs: Wiederholung der actio libera in causa (alic)**

**1. Vorüberlegung:** Da die **alic** nur eine **Hilfskonstruktion** zur Erfassung einer nicht explizit im Gesetz angeordneten Strafbarkeit trotz Schuldunfähigkeit darstellt, **setzt ihre Erörterung im Prüfungsaufbau notwendig eine Feststellung der Schuldunfähigkeit gem. § 20 bzw. deren Nichtausschließbarkeit in dubio pro reo voraus** (nicht bloß verminderter Schuldfähigkeit gem. § 21). Da nach der Rspr. für die Verneinung von § 20 genügt, wenn der Täter zu Beginn der Tatausführung (= unmittelbares Ansetzen i. S. v. § 22) noch schuldfähig war und erst während der Tatausführung schuldunfähig wurde, scheidet in diesen Fällen ein Rekurs auf die alic aus.

Daher ist regelmäßig mit der Prüfung des „normalen“ Delikts zu beginnen (z. B. „I. § 212“) und erst unter „3. Schuld“ nach Bejahung von § 20 (bzw. des Nichtausschließbarkeit) zu prüfen, ob aufgrund des Vorliegens einer alic ausnahmsweise doch Schuldfähigkeit gegeben sein soll.

**2. Voraussetzungen der alic:** Wie bei der Prüfung eines ETI **empfiehlt es sich m. E. auch hier, erst die Voraussetzungen einer alic zu prüfen**; sind diese zu verneinen, ist der Streit um die rechtlich „richtige“ Behandlung der alic irrelevant. Die **vorsätzliche alic** setzt voraus:

- **Vorsatz bzgl. des Betrunkens** (dol. event genügt)
- **Vorsatz bzgl. der nachmalig zu begehenden Tat bereits z. Z. des Betrunkens** (jedenfalls vor Eintritt des zur Schuldunfähigkeit führenden „Trinkerschlucks“); hier müssen alle subj. Tatbestandselemente der geplanten Tat vor-

liegen, d. h. auch Zueignungsabsicht bei § 242 etc. Spezielle Probleme ergeben sich bei einem error in persona während der Rauschtat (dazu der Fall)  
Bei der **fahrlässigen alic** muss mind. Fahrlässigkeit in Bezug auf das Sich-Betrinken sowie auf die spätere Tatbegehung vorliegen.

### **3. Zur rechtlichen Behandlung der alic gibt es drei Lösungswege:**

(1) **Ausnahmemodell** (Annahme von Schuldfähigkeit trotz des Vorliegens der Voraussetzungen des § 20 z. Z. der Tatbegehung aufgrund der alic) – dafür sprechen sicherlich systematische und Gerechtigkeitserwägungen, dagegen m. E. der eindeutige Wortlaut von § 20 und damit Art. 103 GG.

(2) **Tatbestandsmodell** (in den Tatbestand wird das Betrinken als Vorstufe der Tatbegehung miteinbezogen; zu diesem Zeitpunkt war der Täter schuldfähig und damit § 20 noch nicht einschlägig) – dafür spricht der jedenfalls nicht offensichtliche Verstoß gegen Art. 103 GG, dagegen allerdings, dass normalerweise mit Tatbegehung und Tatbestandsverwirklichung nicht auch im Vorfeld davon liegende Trinkhandlungen gemeint sind; schließlich scheidet nach dem Tatbestandsmodell eine alic bei Tätigkeitsdelikten aus.

(3) **Verneinung der alic in beiden Varianten und Beschränkung auf § 323a** – das vermeidet Verstöße gegen Art. 103 GG und Friktionen mit dem strafrechtlichen Tatbegriff, führt aber m. E. unter Gerechtigkeitsaspekten zu problematischen Fällen (z. B. Mord durch einen Täter, der sich absichtlich Mut dazu angetrunken hatte)

**4. Prüfungsreihenfolge:** Da das **Ausnahmemodell** unmittelbar an § 20 ansetzt („dies gilt ausnahmsweise nicht bei der alic“) und überdies grundsätzlich für jeden Tatbestand geeignet ist, kann und sollte es im „normalen Aufbau“ in der Schuld geprüft werden. Verneint man seine Anwendbarkeit (insbes. wegen Art. 103 GG), muss man diese Prüfung mit dem Satz beenden: „Da der Täter zur Zeit der Tatbegehung nicht schuldfähig war, hat er sich nicht nach ... strafbar gemacht“. Da muss man das **Tatbestandsmodell** prüfen (Überschrift z. B. „II. § 212 i. V. m. alic“); verneint man generell (insbes. wegen des überdehnten Tatbegriffs) oder konkret für das betroffene Delikt (bei Tätigkeitsdelikten) dessen Anwendbarkeit bleibt als **subsidiärer Auffangtatbestand § 323a** (unter „III. § 323a“). Bejaht man die alic in irgendeiner Konstellation, entfällt für diesen Fall eine Prüfung von § 323a.

## Körperverletzungsdelikte (§§ 223 – 231 StGB)

### I. Rechtsgut

Ausweislich der Überschrift des 17. BT-Abschnitts schützen die §§ 223 ff. die „körperliche Unversehrtheit“ (= Rechtsgut); Art. 2 II GG schützt neben dem Leben ebenfalls die körperliche Unversehrtheit. Lediglich in § 225 werden auch Verletzungen seelischer Art unter Strafe gestellt.

Angriffsobjekt ist hier – wie bei §§ 211 ff. – ein *anderer* lebender Mensch, so dass weder die Selbstverletzung noch die pränatale Schädigung eines später mit Behinderungen geborenen Menschen tatbestandsmäßig sein kann. Strafbar ist durchweg nur die Fremdverletzung, doch kann es sich auch um eine solche handeln, wenn ich jemanden z.B. durch Täuschung oder Nötigung dazu veranlasse, sich selbst zu verletzen (z.B. ich vertausche das Getränk, so dass das Opfer letztlich selbst, aber unwissend ein vergiftetes Getränk zu sich nimmt).

### II. Struktur und Systematik des 17. BT-Abschnitts

#### 1. Tatbestände

- § 223 ist der Grundtatbestand der vorsätzlichen (vgl. § 15) Körperverletzung und wird deshalb vielfach auch als „einfache“ Körperverletzung bezeichnet.
- §§ 224, 226 II sind „normale“ Qualifikationen des § 223, d.h. auch die qualifizierenden (= über den Grundtatbestand des § 223 hinausgehenden) Merkmale müssen vom Vorsatz umfasst sein (§ 15; in § 226 II ausdrücklich: „absichtlich oder wissentlich“ = d.h. nur direkter Vorsatz genügt).
- §§ 226 I, 227 sind Erfolgsqualifikationen i.S.d. § 18, so dass es ausreicht, wenn die darin explizierten schweren Verletzungsfolgen (z. B. Lähmung, Tod) als Konsequenz einer vorsätzlichen Körperverletzung i.S.v. § 223 mindestens fahrlässig (d. h. prinzipiell auch vorsätzlich, doch gibt es dafür teilweise Spezialregelungen wie § 226 II oder §§ 211 ff.) verursacht worden sind.
- § 225 ist nach h.M. im Wesentlichen eine qualifizierte Körperverletzung, doch geht die Einbeziehung auch bestimmter bloß seelischer Verletzung über § 223 hinaus; insoweit (nach a. M. sogar insgesamt) handelt es um einen eigenständigen Tatbestand (§ 225 ist wenig prüfungsrelevant und wird deshalb nicht vertieft)
- § 229 normiert die fahrlässige Körperverletzung.
- § 231 betrifft die vorsätzliche (§ 15) Beteiligung an einer Schlägerei oder an einem von mehreren verübten Angriff, sofern durch Schlägerei oder Angriff der Tod oder eine schwere Körperverletzung i.S.v. § 226 verursacht worden ist. Diese Folgen müssen weder vorsätzlich noch fahrlässig verursacht worden sein (§§ 15, 18 sind insoweit nicht anwendbar); es genügt dass sie objektiv – und zwar unabhängig von dem konkreten Beitrag des Täters zu der Schlägerei bzw. dem Angriff – als Folge des Geschehens eingetreten sind, weshalb man von einer „objektiven Bedingung der Strafbarkeit“ spricht (deren Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip ist freilich begründungsbedürftig).

#### 2. Abschnittsbezogene allgemeine Regelungen

#### 3. Exkurs: Regelungen außerhalb des 17. BT-Abschnitts

- § 221 normiert auch eine konkrete Leibesgefährdung.

- § 340 regelt die Körperverletzung im Amt und ist, weil der Täter Amtsträger i.S.v. § 11 I Nr. 2 sein muss, Sonderdelikt.

### III. Die einzelnen Tatbestände

**Merke:** Die vom Gesetzgeber gewählte Terminologie sollte unbedingt eingehalten werden; deshalb ist § 223 die „Körperverletzung“, § 229 die „fahrlässige Körperverletzung“, und bei § 224 („Gefährliche Körperverletzung“) darf nicht gelegentlich von einer „schweren Körperverletzung“ (diese ist in § 226 kodifiziert) geredet oder geschrieben werden. Die „schwere Körperverletzung“ (§ 226) darf überdies nicht terminologisch mit einer weiter verstandenen „schweren Gesundheitsschädigung“ (kein eigener Straftatbestand, aber Qualifikationsmerkmal z.B. in §§ 221 II Nr. 2, 250 I Nr. 1 c) verwechselt werden.

#### 1. Der Grundtatbestand: § 223

**Objektiv:** § 223 I enthält zwei Tatbestandsalternativen, die jede für sich eine vollendete Körperverletzung darstellen, aber auch kumulativ vorliegen können:

(1) Körperliche Misshandlung (§ 223 I Alt. 1) = üble, unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird (z.B. Schläge).

(2) Gesundheitsschädigung (§ 223 I Alt. 2) = Hervorrufen oder Steigern eines vom normalen Zustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden (pathologischen) Zustandes (nicht erforderlich ist die Verursachung von Schmerzen, so dass etwa die nicht fühlbare Infektion mit HIV [AIDS] eine solche Gesundheitsschädigung darstellt, BGHSt 36, 1, 6).

Nicht selten führt eine körperliche Misshandlung zu einer Gesundheitsschädigung (z.B. Schläge bewirken „blaue Flecken“ als pathologischen Zustand); der Tatbestand von § 223 I Alt. 1 ist dann zumindest für eine „logische Sekunde“ bereits vor demjenigen von Alt. 2 verwirklicht (denkbar ist auch, dass z.B. nur die körperliche Misshandlung, nicht auch die daraus resultierende Gesundheitsschädigung vom Vorsatz umfasst ist, so dass nur wegen § 223 I Alt. 1 bestraft werden kann). Da § 223 nur die körperliche Unversehrtheit schützt, reicht eine bloße Störung des seelischen (psychischen) Befindens als solche (z. B. Hervorrufen von Angst oder Panik) nicht, es sei denn, dadurch kommt es auch zu physischen Beeinträchtigungen wie z.B. Herzflimmern etc. (psycho-somatische Erkrankungen; vgl. z.B. BGHSt 48, 34, 36 f.).

Der tatbestandliche Erfolg beider Tatalternativen ist eingetreten (d. h. die Körperverletzung vollendet), wenn entweder durch die üble Behandlung eine Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens des Opfers eingetreten (Alt. 1, z.B. Schläge führen zu Schmerzen) oder der pathologische Zustand erreicht ist (Alt. 2, z.B. Hämatome treten auf); umstritten ist, ob bereits die Zufügung lebensgefährlicher Stoffe o. ä. ausreichend sein kann, auch wenn diese noch nicht zu einem konkreten Krankheitszustand geführt hat (so bejaht die Rspr. eine Vollendung der Körperverletzung bereits bei der Ansteckung mit HIV, nicht erst beim Ausbruch von AIDS, ebenso bei Zellveränderungen durch extensives Röntgen, nicht erst beim Ausbruch von Krebs; BGHSt 36, 1; 43, 346). Bis zum Eintritt des Erfolgs ist nur ein strafbarer Versuch (§ 223 II) denkbar.

Ist ein kunstgerecht vorgenommener („lege artis“) ärztlicher Heileingriff eine tatbestandsmäßige Körperverletzung? – Dies ist bis heute in der Rechtswissenschaft und innerhalb der Ärzteschaft umstritten, wird aber von der Rspr. durchgehend bejaht. Gegen diese Gleichsetzung von Ärzten und Schlägern auf der Ebene des Tatbestandes (nicht bei der Rechtfertigung!) mag man zwar einwenden, dass der Arzt dem Patienten helfen und diesen gerade nicht schädigen will, auch dass bestimmte körperliche Eingriffe für das spätere Wohlergehen unerlässlich sind (z.B. operative Ent-



fernung eines Tumors, aber auch Amputation von Gliedmaßen zur Abwehr einer lebensbedrohlichen Blutvergiftung); das ändert aber letztlich nichts daran, dass es sich – wenn man sich auf die Tathandlung und deren unmittelbares Ergebnis (d. h. den Verlust eines Körperteils, Wunden etc. beschränkt, nicht die dadurch verbesserten langfristigen Chancen wie z.B. Überleben) – um nichts anders handelt, als wenn jemand ohne medizinische Motivation die gleichen Eingriffe abnimmt, etwa einen Finger abhackt etc. (in letzterem Fall kann man aber nicht zweifeln, dass § 223 I objektiv verwirklicht ist). Für die Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Heileingriffs spricht aber noch eine weitere Wertung: In einer freiheitlichen Rechtsordnung muss es primär Sache des Patienten sein zu entscheiden, ob er einen bestimmten Eingriff vornehmen lassen will oder eben akzeptiert, dass dessen Nichtvornahme schwerwiegende Konsequenzen hat. Damit streitet die Patientenautonomie dafür, den Heileingriff als solchen als tatbestandsmäßig anzusehen und die Einwilligung des Patienten als Rechtfertigungsgrund zu behandeln. Willigt der Patient wirksam ein, begeht der operierende etc. Arzt ein strafbares Unrecht, sondern handelt vielmehr rechtmäßig (das unterscheidet ihn vom bloßen Schläger etc., der zwar ebenfalls den Tatbestand verwirklicht, mangels Rechtfertigung aber Unrecht tut und deswegen strafrechtlich verfolgt wird).

Subjektiv: Mangels Bestimmungen zur subjektiven Tatseite in § 223 gilt für beide Tatbestandsalternativen durchgehend das Vorsatzerfordernis des § 15.

## **2. Gefährliche Körperverletzung: § 224**

§ 224 qualifiziert eine „einfache“ vorsätzliche Körperverletzung i.S.v. § 223 zu einer gefährlichen, wenn objektiv und subjektiv mindestens eine der in § 224 I Nr. 1 – 5 genannten Varianten gegeben ist; d.h. wenn der Täter die Körperverletzung z. B. vorsätzlich mittels eines Messers (= gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2) begangen hat, ist eine Strafe vorgesehen zwischen 6 Monaten und zehn Jahren Gefängnis.

Grund für die Strafschärfung gegenüber § 223 (Geldstrafe oder bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe) ist die in den einzelnen Tatvarianten beschriebene, besonders gefährliche Art der Tatausführung (nicht die besondere Schwere der Folgen, dazu § 226). In § 224 I Nr. 1 - 5 nicht genannte gefährliche Begehungsweisen (z.B. nicht lebensgefährlicher [sonst Nr. 5] Faustschlag eines Boxers) können wegen des Analogieverbots (Art. 103 II GG, § 1 StGB: „nullum crimen sine lege“) nicht zu einer Strafbarkeit gem. § 224 führen, sondern nur bei der konkreten Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens von § 223 berücksichtigt werden. zu den einzelnen Varianten:

- Nr. 1: Giftbeibringung (soweit Gift auch als gefährliches Werkzeug angesehen wird, ist Nr. 1 als speziellere Norm vorrangig); als sonstige gesundheitsschädliche Stoffe kommt sogar Salz in Überdosierung in Betracht (BGHSt 51, 18, 22).
- Nr. 2: Waffe ist im technischen Sinne des Waffengesetzes zu verstehen, gefährliches Werkzeug ist der Oberbegriff (weil er auch Waffen erfasst); gefährlich ist ein Werkzeug, das nach seiner objektiven Beschaffenheit und Art der Benutzung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Körperteile sind keine Werkzeuge, wohl aber im Einzelfall gefährliche Kleidungsstücke (z.B. Stahlkappenschuhe etc.). Dabei muss das Werkzeug gegen den Körper geführt werden, nicht der Körper gegen das Werkzeug, so dass das Schlagen gegen eine Mauer nicht unter Nr. 2 fällt. Schließlich gilt für medizinische Heileingriffe eine Ausnahme; Skalpellen etc. gelten dann nicht als gefährliches Werkzeug, wenn sie zu medizinischen Zwecken eingesetzt werden, weil sie dann weder als Angriffs- noch als Verteidigungsmittel dienen.

- Nr. 3: Hinterlistiger Überfall: Hinterlistig ist ein unvorhergesehener Angriff, der auf einem planmäßig auf Verdeckung gerichteten Vorgehen beruht (nicht identisch mit dem Mordmerkmal der Heimtücke!).
- Nr. 4: Gemeinschaftlich mit einem anderen Beteiligten begangen ist die Körperverletzung, wenn dabei mindestens zwei Personen zusammenwirken und dem Verletzten gegenüber stehen, ohne dass jedoch beide selbst an der Verletzung mitgewirkt haben (z.B. einer schlägt das Opfer und der andere steht drohend und schützend dabei); nicht erforderlich ist Mittäterschaft i.S.v. § 25 II zwischen den Beteiligten, so dass auch einer bloß Gehilfe i.S.v. § 27 sein kann.
- Nr. 5: Lebensgefährdende Behandlung meint deren objektive Eignung zur Lebensgefährdung, so dass eine konkrete Lebensgefahr (= Ausbleiben des Todes Eintritts nur aufgrund von Zufall) nicht notwendig ist; nicht mittels der Behandlung verursacht ist die Lebensgefährdung, wenn die Lebensgefahr erst danach eintreten soll (z.B. Opfer wird zu Boden gestoßen und soll erst danach durch einen Pkw überrollt werden).

### **3. Schwere Körperverletzung: § 226**

In § 226 I Nr. 1 – 3 sind abschließend die Folgen einer Körperverletzung i.S.v. § 223 aufgezählt, die diese zu einer schweren Körperverletzung qualifizieren; dafür genügt grundsätzlich, dass der Täter hinsichtlich der schweren Folgen nur fahrlässig gehandelt hat (§ 18), d.h. dass er bei Vornahme der vorsätzlichen (!) Körperverletzung mindestens hätte erkennen können, dass diese zu der schweren Folge (z.B. Lähmung, Nr. 3) führen kann. Es geht in § 226 um die Schwere der Verletzung, nicht um die Gefahr für das Opfer. Deswegen genügt nicht, dass die Folge nur möglich ist; sie muss vielmehr eingetreten sein. Auch hier dürfen nicht ähnlich schwer wiegende Folgen miterfasst werden, die nicht durch Interpretation unter die Nr. 1 - 3 subsumiert werden können. So ist z.B. die Niere nach der Rspr. nicht wichtiges Glied des Körpers (Nr. 2); der Verlust einer Niere begründet daher grundsätzlich nicht § 226 I (außer die andere Niere ist krank oder fehlt und deshalb droht Siechtum, Nr. 3).

→ § 226 I ist auch einschlägig, sofern die schwere Folge „nur“ von bedingtem Vorsatz umfasst ist; allein bei direktem Vorsatz (Absicht, sicheres Wissen) geht § 226 II als spezielle Norm vor.

### **4. Körperverletzung mit Todesfolge: § 227**

§ 227 kombiniert eine vorsätzliche Körperverletzung gem. § 223 mit einer fahrlässigen Tötung i.S.v. § 222, wobei allerdings zwischen beiden Tatteilen ein sog. *gefahr-spezifischer Zusammenhang* bestehen muss (bloße Parallelität von § 223 und § 222 genügt nicht). Subjektiv genügt Fahrlässigkeit (§ 18).

→ handelt der Täter nicht nur mit Verletzungs-, sondern mit Tötungsvorsatz geht eine Strafbarkeit gem. §§ 211 ff. vor; ist nach dem SV offen, ob der Täter mit Tötungsvorsatz gehandelt hat, müssen zuerst §§ 211 ff. geprüft werden, so dass bei deren Bejahung eine Prüfung von § 227 entfällt.

### **5. Beteiligung an einer Schlägerei: § 231**

§ 231 ist abstraktes Gefährdungsdelikt, weil die Gefährlichkeit einer Schlägerei den Gesetzgeber zu dieser Pönalisierung bewegt hat. Objektiv und subjektiv genügt jede Beteiligung an Schlägerei oder Angriff, sofern nicht die Ausnahme des § 231 II eingreift; bereits diese gilt als strafwürdig, weshalb die objektive Strafbarkeitsbedingung (dazu näher später) als Strafbeschränkung auf die sich durch den Eintritt der schweren Folge als wirklich gefährlich erwiesen hat. Für eine Strafbarkeit genügt nach der Rspr. schon, wenn der Täter vor Eintritt der schweren Folge selbst sich zurückzieht oder erst danach mitwirkt (dies ist umstritten).

## A. Beleidigungsdelikte, §§ 185 ff.

### I. Systematik

§§ 185 – 188 StGB schützen die Ehre. Der strafrechtliche Ehrbegriff ist umstr., doch folgt die h. M. einem normativen Ehrbegriff, wonach die **Ehre „der objektiv anzuerkennende Wert ist, der dem Mensch kraft seiner Personenwürde und zugleich aufgrund seines sittlich-sozialen Verhaltens in der Gesellschaft zukommt: sein aus verdienter Wertgeltung erwachsender, ihm berechtigterweise zustehender Anspruch auf Achtung seiner Persönlichkeit“** (Küper, BT-Definitionen, 6. Aufl., S. 115). Eine **Ehrverletzung** liegt darin, **dass dem Betroffenen zu Unrecht Mängel nachgesagt werden, die, wenn sie vorlägen, seinen Geltungswert mindern würden** (BGHSt 36, 145).

**Beleidigungsfähig sind:**

- alle **lebenden Menschen**, auch Kinder und Geisteskranke (bei Toten schützt § 189 nicht deren Ehre, sondern das Pietätsgefühl der Angehörigen und der Allgemeinheit); ein Ehrangriff auf einzelne Menschen kann sowohl durch deren *Individualbezeichnung* (z. B. „der O“) bzw. durch die Beleidigung eines nicht konkretisierten Mitglieds einer kleinen überschaubaren Gruppe (z. B. „ein Berliner Senator“) als auch *unter einer Kollektivbezeichnung* erfolgen, wenn diese so aus der Allgemeinheit hervortritt, dass der Kreis der betroffenen Personen klar umgrenzt und die Zuordnung des einzelnen zweifelsfrei ist (BGHSt 11, 207; 36, 83 für „Soldaten der Bundeswehr“); da die Familienehre nicht eigens geschützt ist, kommt bei einer Beleidigung der „Familie“ i. d. R. eine Beleidigung der Familienmitglieder unter einer Kollektivbezeichnung in Betracht.
- **Personengemeinschaften**, die eine anerkannte soziale Funktion erfüllen, einen einheitlichen Willen bilden können und nicht vom Wechsel ihrer Mitglieder abhängig sind (z. B. staatliche Organe, aber auch Bundeswehr, Parteien, Kapitalgesellschaften)

Während § 185 die Äußerung von Werturteilen wie idR unrichtigen (Ausnahme: § 192, sog. Formalbeleidigung; zB richtige Erzählungen aus dem sexuellen Vorleben der Braut während der kirchlichen Trauung) Tatsachenbehauptungen sowohl gegenüber dem Betroffenen als auch gegenüber einem Dritten (über den Betroffenen) erfasst, **beschränken sich §§ 186, 187 auf die ehrenrührige Äußerung einer unwahren Tatsache gegenüber einem Dritten**; insofern gehen sie § 185 vor.

	<b>(nur) gegenüber dem Betroffenen</b>	<b>(auch) gegenüber einem Dritten</b>
<b>Werturteil</b>	§ 185	§ 185
<b>Tatsachenbehauptung</b>	§ 185	§§ 186, 187

Wesentlich ist daher die Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Werturteil. **Tatsachen sind konkrete äußere oder innere Vorgänge oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die dem Beweis zugänglich sind** (es gibt keine zukünftigen Tatsachen, wohl aber möglicherweise bereits jetzt eine innere Einstellung dazu, die z. B. durch Zeugenaussage bewiesen werden kann). **Werturteile sind dagegen einem Beweis nicht zugänglich**, doch ist die Abgrenzung im Einzelfall schwierig und von den konkreten Umständen abhängig.

Der **Versuch** der §§ 185 ff. ist durchgängig **nicht strafbar** (alles nur Vergehen!). (Nur) §§ 185, 189 sind grundsätzlich Antragsdelikte (§ 194).

Aufbauhinweis: Bei Äußerungen allein gegenüber dem Betroffenen oder offensichtlichen (Un-)Werturteilen (z. B. „Mistkerl“) kommt damit nur eine Strafbarkeit aus § 185 in Betracht; dann erübrigt sich jede Prüfung von §§ 186 f. Nur wenn eine Äußerung zumindest auch als Tatsachenbehauptung aufgefasst werden kann (mithin wenn zumindest eine Abgrenzung

zum Werturteil denkbar ist) und jedenfalls auch (möglicherweise neben dem Betroffenen) ein Dritter Adressat dieser Äußerung war, sollte die Prüfung mit § 186 begonnen werden.

## II. Fälle

(1) T beschimpft O am Stammtisch als „verlogenen Söldner“, weiß aber zu diesem Zeitpunkt nicht, dass dieser bereits verstorben ist. Strafbarkeit wegen §§ 185, 189 (nach *Eisele*, BT I, Rn. 547).

(2) *BayObLG*, JR 1987, 431 (m. Anm. *Streng*): A rief dreimal in der Wohnung der Familie seiner Ex-Freundin E an. Als sich jeweils eine weibliche Stimme meldete, gebrauchte er beleidigende Äußerungen, weil er dachte, es handele sich um E. Tatsächlich hatten jedoch die Mutter M und die Schwester S die Anrufe entgegengenommen. Sie erkannten A an seiner Stimme und legten den Hörer jeweils sofort wieder auf. M und S, nicht jedoch E, stellten Strafantrag wegen § 185 gegen A.

(3) *BGH*, NStZ 1984, 216: Der eifersüchtige E hat nicht verwunden, dass sich seine Frau F von ihm getrennt hat, und inseriert deshalb unter Nennung der Telefonnummer der F: „Hostess Jutta sucht Kunden für private schöne Stunden. Ruf doch mal an.“ Wie von E beabsichtigt, erhält F daraufhin anzügliche und belästigende Anrufe. Strafbarkeit wegen Verleumdung oder „nur“ Beleidigung?

(4) *BVerfGE* 93, 266 (= *Kühl*, HRR-BT Nr. 13): T zitiert in einem Flugblatt angesichts eines Bundeswehrmanövers Tucholsky mit den Worten: „Soldaten sind Mörder!“. Strafbarkeit wegen Beleidigung der an dem Manöver beteiligten Soldaten der Bundeswehr?

(5) *BVerfGE* 90, 255 (= *Kühl*, HRR-BT Nr. 15): In einem Brief an ihren inhaftierten Bruder B schreibt T, die Gefängnisaufseher seien „Schwachsinnige, die auf Beförderung geil“ seien; B solle an „KZ-Aufseher denken“, um zu wissen, welche Menschengruppe ihn umgebe. Sie nimmt dabei in Kauf, dass der Brief kontrolliert wird und der kontrollierende Beamte sich dadurch beleidigt fühlen könnte. Strafbarkeit der T wegen § 185 nach Kontrolle des Briefes?

(6) T ist verärgert, dass er nicht auf die Hochzeit seiner Ex-Freundin F eingeladen worden ist; um sie zu ärgern begibt er sich vor die Kirche und unterhält die auf die Braut wartenden Hochzeitsgäste mit wahrheitsgemäßen Geschichten aus dem Intimleben der F. Strafbarkeit wegen § 185 i. V. m. § 192?

(7) *BayObLG*, NStZ 2005, 215: Am 30.11.2002 fand von 10.30 bis 12 Uhr eine Versammlung unter dem Thema „Kein Nazi-Aufmarsch am 30.11.“ statt. Gegen 11.10 Uhr wurde die Versammlung für beendet erklärt; die Teilnehmer wurden aufgefordert, Kundgebungsmittel einzurollen. Versammlungsteilnehmer A befand sich um 11.25 Uhr noch in einer Gruppe von 3 Personen, die aufgerollte Fahnen und ein Plakat bei sich hatten, auf dem Versammlungsort. Zu diesem Zeitpunkt wurde der zivil gekleidete Polizist P auf die Gruppe aufmerksam und sprach diese an, ob es sich um eine neue Versammlung handeln würde. A antwortete: „Mit Spitzeln rede ich nicht!“ Nachdem sich P als Polizist ausgewiesen hatte, wiederholte A, dass er mit Spitzeln nicht reden würde. Strafbarkeit des A wegen Beleidigung des P?

(8) T sagt zu O: „D hat Dich einen Schwachkopf genannt“. Strafbarkeit des T, wenn es (nicht) zutrifft, dass D die genannte Äußerung getätigt hat (vgl. *Eisele*, BT I, Rn. 559).

(9) *BGHSt* 19, 235: A schreibt in einem Zeitungsartikel, ein Mitglied der bayerischen Staatsregierung habe zu den Kunden eines berühmten „Call-Girl-Rings“ gehört. Zur Tatzeit gab es ein solches Gerücht in Bezug auf Minister S (das sich später allerdings als unwahr herausstellte). A war sich sicher, dass keiner der anderen sieben Mitglieder der Staatsregierung etwas mit dem Call-Girl-Ring“ zu tun hatte. Minister H stellt Strafantrag wegen § 187.

### III. Beleidigung, § 185

#### 1. (Grund)Tatbestand: verbale Beleidigung (§ 185 Alt. 1)

**a) Objektiv:** Beleidigung ist ein **Angriff auf die Ehre durch Kundgabe eigener Miss- oder Nichtachtung in Bezug auf den Angesprochenen oder einen Dritten**. Eine Äußerung bringt Miss- oder Nichtachtung zum Ausdruck, wenn sie dem Betroffenen den elementaren Menschenwert oder seinen ethischen oder sozialen Wert ganz oder teilweise abspricht und dadurch seinen grundsätzlich uneingeschränkten Achtungsanspruch verletzt. Da die Kundgabe auf Wahrnehmung durch einen anderen gerichtet sein muss, fehlt es daran beim Selbstgespräch oder bei privaten Tagebuchaufzeichnungen sowie bei heimlichem Verhalten (z. B. heimliche Beobachtung von Liebespaaren beim Liebesspiel). Im engsten Familien- und Freundeskreis wird häufig der Kundgabecharakter verneint, doch ist diese Begründung für die i. Erg. grundsätzlich unbestrittenen Annahme einer **beleidigungsfreien Sphäre** nicht überzeugend (vgl. *Wessels/Hettinger/Engländer* BT/1 Rn. 537 ff.); jedenfalls gilt Straffreiheit nicht für Verleumdungen.

Als **Erfolgssdelikt** bedarf § 185 allerdings der **Vollendung der Ehrverletzung durch Kenntniserlangung des Ehrenträgers oder des angesprochenen Dritten**, wobei str. ist, ob dafür die bloße sinnliche Wahrnehmung des Angesprochenen ausreicht (so *Schramm*, FS Lenckner, 1998, S. 560) oder dieser den ehrenrührigen Sinn auch erfassen muss (so *Wessels/Hettinger/Engländer* Rn. 544; *Lackner/Kühl* § 185 Rn. 7); versteht etwa jemand die verächtliche Bezeichnung als „Idiot“ nicht als herabsetzend, wäre eine vollendete Beleidigung nur mit der erstgenannten Ansicht zu bejahen.

**b) Subjektiv:** Der **mind. bedingte Vorsatz** muss die Bedeutung der Kundgabe als Miss- oder Nichtachtung und deren Wahrnehmung durch den Äußerungsempfänger erfassen. Bei Behauptung einer ehrenrührigen Tatsache muss sich der Vorsatz auch auf deren Unwahrheit beziehen.

#### 2. Qualifikation: tätliche Beleidigung (§ 185 Alt. 2)

Dafür muss die Beleidigung mittels einer Tätlichkeit, d. h. mit Bezug auf den Körper des Beleidigten begangen worden sein (z. B. Anspucken). – Früher hat die Rspr. teilweise in der Vornahme bestimmter sexueller Handlungen eine Beleidigung gesehen (sog. **Sexualbeleidigung**), weil das Opfer – indem es diese geschehen lasse – sich seiner Geschlechtsehre begeben; dies ist heute wegen §§ 174 ff., die nur noch die sexuelle Selbstbestimmung schützen, überholt, so dass sexuelle Handlungen heute nur noch als Beleidigung gelten, wenn besondere Umstände einen selbständigen beleidigenden Charakter aufweisen (vgl. BGHSt 36, 145). Mit der Einfügung von § 184i sind sexuelle Belästigungen selbständig geregelt worden.

**3. Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193) als Rechtfertigungsgrund** vor allem (aber nicht nur) bei übler Nachrede, Tatsachenbehauptungen gegenüber dem Betroffenen sowie öffentlichen Meinungsäußerungen; bei Verleumdung und Formalbeleidigung scheidet er i. d. R. aus.

Die Handlung des Täters (Äußerung) muss sich **bei Abwägung der widerstreitenden Interessen und unter dem Blickwinkel der im Einzelfall tangierten Grundrechte als das angemessene Mittel zur Erreichung eines berechtigten Zweckes darstellen**. Bei Tatsachenbehauptungen besteht – soweit möglich und zumutbar – eine **Erkundungspflicht**, vor allem vor einer Veröffentlichung in der Presse. Vor allem **im öffentlichen Meinungskampf** gestattet § 193 i. V. m. Art. 5 GG auch „**starke Worte**“.

Bei Ehrangriffen in Kunstwerken ist eine Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen (Art. 2 I GG) und dem Grundrecht der Kunstfreiheit (Art. 5 III GG) erforderlich.

### IV. Üble Nachrede, § 186

Tatgegenstand sind hier nur **Tatsachenbehauptungen gegenüber einem Dritten** (bei Tatsachenbehauptungen gegenüber dem Betroffenen ist „nur“ § 185 möglich, doch muss dafür die behauptete Tatsache unwahr sein und der Vorsatz auch darauf gerichtet gewesen sein). Die Tatsache muss darüber hinaus zum Herabwürdigen in der öffentlichen Meinung (ein

größerer, individuell unbestimmter Personenkreis) oder Verächtlichmachen geeignet sein, ohne dass aber ein solcher Erfolg tatsächlich eingetreten sein muss.

**Tathandlung** ist das **Behaupten**, d. h. es als nach eigener Auffassung richtig darstellen, sowie das **Verbreiten**, d. h. die Weitergabe von Mitteilungen als Gegenstand fremden Wissens. Da die **Nichterweislichkeit der Wahrheit nur obj. Bedingung der Strafbarkeit** ist, gehört die Unwahrheit nicht zum obj. Tb und muss daher **nicht vom Vorsatz umfasst** sein.

#### V. Verleumdung, § 187

Im Unterschied zu § 186 genügen obj. auch bloß kreditgefährdende Tatsachen, deren Unwahrheit hier allerdings im obj. Tb zu prüfen ist; in Bezug auf die Unwahrheit der behaupteten Tatsache muss der Täter sichere Kenntnis haben, so dass bedingter Vorsatz nicht ausreicht.

### B. Hausfriedensbruch, § 123

**Fall:** T betritt während der Ladenöffnungszeit einen Supermarkt in unauffälliger Montur, steckt eine Packung Zigaretten ohne zu bezahlen in seine Jackentasche und verlässt den Supermarkt. Der Ladendetektiv hatte dies beobachtet, kann T aber erst vor dem Supermarkt-Gebäude stellen. Strafbarkeit wegen § 123?

**1. Rechtgut:** § 123 schützt das **Hausrecht** und damit das Bestimmungsrecht des Hausrechtinhabers sowie sein Interesse an ungestörter Besitzausübung.

**2. Geschützte Räumlichkeiten** sind Wohnungen (auch Wohnwagen) einschließlich Neben- und Kellerräumen sowie offener „Zubehörfächen“, Geschäftsräume und befriedetes Besitztum (Grundstück mit zusammenhängenden, nicht unbedingt lückenlosen Schutzwehren) oder zum öffentlichen Dienst oder Verkehr bestimmte Räume (zB Gerichtssaal, Uni-Hörsaal).

**3. Tathandlungen** des § 123 I sind das **Eindringen** (Alt. 1) und das **unbefugte Verweilen** (Alt. 2) Da Alt. 2 nur subsidiär gegenüber Alt. 1 ist, empfiehlt sich in jedem Fall eine vorrangige Prüfung des Eindringens; wird dieses bejaht, ist eine Prüfung des unbefugten Verweilens überflüssig.

- **Eindringen** ist das offene oder heimliche Betreten gegen den ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Berechtigten. Ist der Hausrechtinhaber mit dem Betreten einverstanden (und sei es auch aufgrund einer Täuschung; aM aber vertretbar), liegt begrifflich kein „Eindringen“ vor, so dass das **tatbestandsausschließende Einverständnis** bereits den obj. Tb. von § 123 I entfallen lässt und nicht erst als Rechtfertigungsgrund wirkt; bei mehreren Hausrechtinhabern genügt grundsätzlich das Einverständnis von einem, wenn die Anwesenheit des Täters nicht für den anderen unzumutbar ist (zB bei Ehebruch in der ehelichen Wohnung). – Möglich ist nach hM auch ein **Eindringen durch Unterlassen** (§§ 123 I Alt. 1, 13) entweder durch das Eindringenlassen einer Person, für die man Garant ist, oder durch Verweilen nach Aufdeckung eines Irrtums, Zeitablauf oder Ende einer rechtfertigenden Lage; anders als bei Alt. 2 bedarf es hier – wenn die Voraussetzungen von § 13 gegeben sind – für eine Tb.-Mäßigkeit nicht einer Aufforderung zu gehen (dazu Sch/Sch-Sternberg-Lieben, § 123 Rn. 18).
- **Unbefugtes Verweilen** ist das Sich-Nichtentfernen trotz entsprechender Aufforderung durch den Hausrechtinhaber oder eine ihn hierbei vertretende Person (zB ein minderjähriges Kind, BGHSt 21, 224).

**4. Antragsdelikt** (§ 123 II).

## Unterlassungsdelikte

### I. Grundlagen

Ausgangspunkt jeder strafrechtlichen Prüfung ist die Handlung des Täters iS eines sozialerheblichen menschlichen Verhaltens. Neben dem positiven Tun gilt das Unterlassen als zweite Grundform einer strafrechtlich relevanten Handlung. Zwar ist umstr., ob ein Unterlassen sachlogisch überhaupt als Handlung verstanden werden kann, doch kann dies dahinstehen, weil auch das Nichteingreifen in einen Kausalverlauf trotz der Möglichkeit dazu aufgrund des einem positiven Tun (Eingriff in die Außenwelt) vergleichbaren sozialen Sinngehalts in gleicher Weise strafrechtlicher Bewertung zugänglich ist (*Lackner/Kühl* § 13 Rn. 2).

### II. Echte und unechte Unterlassungsdelikte

Zu unterscheiden sind echte und unechte Unterlassungsdelikte. **Echte Unterlassungsdelikte** statuieren im gesetzlichen Tatbestand ein Unterlassen als Tathandlung; sie erschöpfen sich häufig (zB §§ 138, 323c I) in der Verletzung eines Handlungsgebots; ein über das Nichthandeln hinausgehender Erfolg wird bei ihnen tatbestandlich zumeist nicht vorausgesetzt. Allerdings enthalten auch einige Erfolgsdelikte echte Unterlassungsalternativen (zB § 123 I Alt. 2).

**Unechte Unterlassungsdelikte** bestehen darin, dass der Täter einen Erfolg nicht abwendet, der zum Tatbestand einer Strafnorm gehört und für dessen Nichteintritt er als Garant nach **§ 13 I StGB** rechtlich einzustehen hat (*Ebert* AT S. 175). Hierfür kommt jedes Erfolgsdelikt in Betracht, bei dem das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch positives Tun entspricht (§ 13 I aE; zB Tötung durch Verhungernlassen [=Unterlassen], §§ 212, 13 I), aber auch im Grundsatz jedes Gefährdungsdelikt (so *BGHSt* 38, 325 für § 326 I). Elemente eines echten wie eines unechten Unterlassungsdelikts weist § 221 I Nr.2 auf, dessen Tathandlung (Imstichlassen) durch Tun wie Unterlassen verwirklicht werden kann und der mit der darin genannten Beistandspflicht die in § 13 für unechte Unterlassungsdelikte vorausgesetzte Garantienpflicht enthält.

**Hinweis:** Nicht selten ist in einem Fall sowohl eine Anknüpfung an positives Tun als auch an ein Unterlassen denkbar (zB Arzt A tötet Patient P, indem er den Schalter an der lebenserhaltenden Maschine ausschaltet); da aber das Begehungs- stets vor dem Unterlassungsdelikt geprüft werden muss, ist mit der „normalen“ Prüfung des Begehungsdelikts zu beginnen, innerhalb von dessen obj. Tb. Ist dann die Frage nach der strafrechtlichen Maßgeblichkeit eines positiven Tuns zu erörtern und – sofern diese verneint wird – das entsprechende Unterlassungsdelikt zu prüfen. Eine Vorprüfung, ob der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf einem Tun oder Unterlassen liegt, ist daher unzulässig (und unnötig!).

**Aufbauhinweis:** Soweit ein Unterlassen als unechtes oder echtes Unterlassungsdelikt strafbar sein kann, wiegt regelmäßig das unechte Unterlassungsdelikt schwerer (vgl. die Strafrahmen z.B. von §§ 212, 223 einerseits und § 323c I andererseits). Schon deshalb ist es unbedingt geboten, eine denkbare Strafbarkeit wegen z. B. (ggf. auch nur versuchten) Totschlags durch Unterlassen (§§ 212, 13 bzw. §§ 212, 22, 13) vor der Unterlassenen Hilfeleistung (§ 323c I) zu prüfen; wird das unechte Unterlassungsdelikt bejaht, tritt § 323c I mit Blick auf das gleiche Unterlassen als

subsidiär zurück und sollte deshalb – zB nach Bejahung von §§ 212, 13 – überhaupt nicht mehr erwähnt bzw. angeprüft werden!

### III. § 323c I als Prototyp eines echten Unterlassungsdelikts

1. § 323c I-Aufbau (vgl. *Eisele*, BT I, Rn. 954 ff.)

a) Tatbestand

aa) obj.:

- Unglücksfall, gemeine Gefahr oder gemeine Not (= Notsituation)
- Keine Hilfeleistung (Tathandlung in Form einer Unterlassung)
- Hilfeleistung wäre gewesen
  - möglich
  - erforderlich und
  - zumutbar

bb) subj.: Mind. bed. Vorsatz bzgl. aller obj. Merkmale

b) RW

c) Schuld

#### 2. Einzelheiten:

Zumeist geht es um die strafrechtliche Erfassung der Nichthilfeleistung eines Nichtgaranten (ansonsten z.B. §§ 212, 13) angesichts eines **Unglücksfalls**, d.h. – ex post betrachtet – eines plötzlich eintretenden Ereignisses, das eine erhebliche Gefahr für Menschen oder bedeutende Sachwerte mit sich bringt oder zu bringen droht (BGHSt 6, 147, 152). Realisiert der untätig bleibende Täter nicht, dass ein Unglücksfall vorliegt, fehlt ihm der für § 323c I erforderliche mind. bed. **Vorsatz**.

Als Unglücksfall gilt auch eine Straftat zum Nachteil des Opfers, selbst wenn der Handelnde sich auf Notwehr berufen kann (BGHSt 23, 327, 328); dann ist er zwar wegen § 32 nicht für die Verletzung (z.B. § 223) strafbar und unterliegt auch keiner Garantenstellung (weil § 13 für Ingerenz rechtswidriges Vorverhalten fordert, woran es angesichts der Rechtfertigung durch § 32 ja fehlt), so dass auch eine §§ 212, 13-Strafbarkeit für das Sterbenlassen des verletzten Opfers ausscheiden muss, doch bleibt eine Strafbarkeit wegen § 323c I.

Ein Unglücksfall liegt nach der h.M. auch vor bei einer freiverantwortlichen Selbsttötung, doch ist die Hilfeleistung in Fällen eines sog. Bilanzselbstmordes oder bei entgegenstehender Patientenverfügung für den Täter (z.B. Arzt, Angehörigen) entweder nicht erforderlich (weil der Hilfsbedürftige wirksam auf Hilfe verzichtet hat) oder zumindest nicht zumutbar.

Die Hilfeleistung muss – ex ante betrachtet! – **erforderlich** sein, d.h. zum Zeitpunkt der unterlassenen Hilfeleistung muss prognostisch gesehen der Schadenseintritt abgewendet, begrenzt oder zumindest abgemildert werden können. Stellt sich ex post (!) heraus, dass dies doch nicht möglich war, ändert das nichts an der bereits mit dem Untätigbleiben eingetretenen § 323c I-Strafbarkeit. Eingesetzt werden muss die ex ante gesehen wirksamste, dem Täter mögliche Hilfe (d.h. der Arzt kann mehr als ein Laie), doch entfällt die Erforderlichkeit, wenn bereits Dritte geeignete Hilfsmaßnahmen ergriffen haben oder wenn der Hilfsbedürftige auf Hilfe verzichtet.

Bereits auf Tatbestandsebene zu prüfen ist bei § 323c I (nicht bei den unechten Unterlassungsdelikten – dort erst auf Schuldebene!) die **Zumutbarkeit** der Hilfeleistung, die insbesondere (aber nicht nur!) entfällt bei eigener erheblicher Gefahr oder bei der Verletzung anderer wichtiger Pflichten (nicht unzumutbar ist das anonyme Rufen von Hilfe). Regelmäßig nicht ausreichend ist die Gefahr eine Strafverfolgung, wenn der Täter dem Opfer hilft.



## IV. Aufbau des vorsätzlichen vollendeten unechten Unterlassungsdelikts

### 1. Tatbestand:

#### a) Objektiver Tatbestand:

- (1) **Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges**
- (2) **Unterlassung:** Der Täter muss die zur Erfolgsabwendung **objektiv gebotene**, d. h. geeignete und erforderliche, **Handlung** unterlassen haben. Ob ein Tun oder Unterlassen vorliegt, bestimmt die Rspr. nach dem „**Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit**“, die wohl hM in der Literatur hingegen danach, ob es an einem Energieeinsatz in eine bestimmte Richtung fehlt.
- (3) **Physisch-reale Handlungsmöglichkeit:** Diese gebotene Rettungshandlung muss dem Täter tatsächlich möglich gewesen sein; daran fehlt es bei zu großer Entfernung oder bei fehlenden Fähigkeiten bzw. Hilfsmitteln, jedoch kann zB auch das Herbeirufen eines Arztes als die für den medizinischen Laien gebotene Rettungshandlung gegenüber einem Verletzten unterlassen werden.
- (4) **Hypothetische Kausalität** (auch *Quasi-Kausalität* genannt): **Die erforderliche Handlung darf nicht hinzugedacht werden können, ohne dass der konkrete Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiel** (nicht bloß „mit einiger Wahrscheinlichkeit“, BGH NStZ-RR 2002, 303). Im Unterschied zu der naturwissenschaftlichen Arg. bei der der csqn-Formel beim Begehungsdelikt, für die keinerlei normative Wertung erforderlich ist, ist das Ergebnis eines Hinzu-denkens nie ganz sicher; daher bedarf es bei der Kausalität beim Unterlassungsdelikt einer normativen Beschränkung auf das Entfallen eines Erfolgs „nur“ mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit.
- (5) **Garantenstellung:** Nach § 13 I ist nur derjenige wegen eines unechten Unterlassungsdelikts strafbar, der „**rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt**“. Diese Einstehenspflicht kann auf verschiedenen Gründen fußen. Nach heute hL (**Funktionenlehre**) ist zu unterscheiden,
  - ob jemand eine Schutzfunktion für ein Rechtsgut hat (**Beschützergarant**) oder
  - ob ihm die Überwachung einer bestimmten Gefahrquelle obliegt (**Überwachungsgarant**).Nach den **Entstehungsgründen** werden Garantenpflichten unterteilt in solche:
  - aus **Gesetz** (zB Ehe, Kindschaftsverhältnis; nicht schon aus §§ 138, 323c I StGB; es bedarf vielmehr besonderer gesetzlicher Schutz- und Überwachungspflichten),
  - aus **tatsächlicher Übernahme** der Gewähr für die Unversehrtheit eines Rechtsguts oder für die Beherrschung einer Gefahrenquelle,
  - aus vorangegangenem gefahr begründendem pflichtwidrigem Verhalten (**Ingerenz**; nach hM genügt dafür nicht durch § 32 gerechtfertigtes Handeln),
  - aus **enger Lebens- oder Gefahrengemeinschaft** (nicht: Zufallsgemeinschaften); die reine Geschwistereigenschaft begründet angesichts des gesellschaftlich-familiären Wandels keine Garantenstellung. Entscheidend ist, ob zwischen den Geschwistern ein tatsächliches Obhutsverhältnis besteht, das die Garanten bewusst begründen können (LG Kiel NStZ 2004, 157).
  - aus der **Verantwortung für** bestimmte, in den eigenen Zuständigkeitsbereich fallende **Gefahrenquellen** (zB als Eigentümer oder Besitzer gefährlicher Sachen [Verkehrssicherungspflichten]; als Erziehungsberechtigter oder Lehrer; ob auch als Wohnungsinhaber ist sehr umstr. – mE idR zu

verneinen, es sei denn, Wohnung stellt als solche eine spezifische Gefahrquelle dar).

(6) **Objektive Zurechenbarkeit**

(7) **Gleichwertigkeit des Unterlassens mit positivem Tun:** (Nur) bei verhaltensgebundenen Tatbeständen (zB § 211; nicht: bei reinen Erfolgsdelikten wie zB § 212) ist gem. § 13 I aE weiterhin erforderlich, dass das Unterlassen in Beziehung nicht nur zum Erfolgseintritt selbst, sondern auch zu der tatbestandsmäßigen Art und Weise seiner Herbeiführung steht (*Ebert AT*<sup>3</sup> S. 181).

**b) Subjektiver Tatbestand:**

Der Vorsatz des Täters muss sich auf alle Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes beziehen. Der Täter muss daher um den drohenden Erfolgseintritt, die gebotene Rettungshandlung und die Möglichkeit ihrer Vornahme wissen; außerdem muss er die **Umstände kennen, die seine Garantenstellung begründen** (*Ebert AT* S. 181); dass aus diesen Umständen eine Garantenstellung und damit auch eine Garantenpflicht folgt, muss ihm nicht bewusst sein. Bei einem **Irrtum über eine Handlungspflicht** (der Täter weiß um die Umstände seiner Garantenstellung, hält sich aber trotzdem nicht zum Eingreifen für verpflichtet) kommt nur ein Verbotsirrtum (§ 17; zu prüfen auf Schuldebene!) in Form eines *Gebotsirrtums* in Betracht, der zumeist vermeidbar sein wird.

**2. Rechtswidrigkeit:**

Neben den sonstigen anerkannten Rechtfertigungsgründen kommt hier insbesondere die **rechtfertigende Pflichtenkollision** in Betracht. Jedenfalls gerechtfertigt handelt danach der Täter, der eine geringer wertige zugunsten einer höherwertigen Pflicht verletzt, wenn beide einander ausschließen (zB Täter kann nur eine Person aus dem See retten; erfüllt er seine Garantenpflicht und rettet seinen Sohn ist die gleichzeitige Missachtung seiner allgemeinen Hilfspflicht gegenüber einem fremden Kind gerechtfertigt!). Umgekehrt kommt bei Beachtung der geringer wertigen Pflicht zu Lasten der höherwertigen eine Rechtfertigung nicht in Betracht. Str. ist, ob die Beachtung von nur einer von zwei gleichwertigen Pflichten die Verletzung der anderen rechtfertigt (zB ein Arzt kann gleichzeitig nur einen von zwei genauso Verletzten versorgen). Die hM bejaht dies mit guten Gründen, weil das Recht als Verhaltensordnung anderenfalls vom Täter etwas Unmögliches verlangen würde (aM: nur Entschuldigungsgrund).

**3. Schuld:**

**a) Schuldfähigkeit, § 20**

Hat der Täter seine Schuldfähigkeit zur Tatzeit durch vorwerfbares Vorverhalten ausgeschlossen, ist nach hM eine Strafbarkeit wegen eines Unterlassungsdelikts nach dem Grundsatz der **omissio libera in causa** möglich, obwohl zum eigentlich relevanten Zeitpunkt des Untätigbleibens der Täter keine Handlungsmöglichkeit mehr hat.

**b) Entschuldigungsgründe**

Grundsätzlich sind auch auf Unterlassungsdelikte alle anerkannten Entschuldigungsgründe anwendbar (zB § 35 I, wenn Vater beim Versuch der Rettung seines Kindes selbst in Lebensgefahr geraten würde).

Nach wohl hM ist bei unechten Unterlassungsdelikten – anders als bei § 323c StGB, in dessen Tatbestand nur dem Täter zumutbare Hilfe gefordert wird – die **Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens** nur ein Entschuldigungsgrund und wirkt daher nicht tatbestandsausschließend, wie dies von einer aM (mit beachtlichen Gründen)

vertreten wird. Solche Unzumutbarkeit kann ausnahmsweise vorliegen, wenn der Garant sich der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzen würde; ebenso in Fällen echter Gewissensnot (Art. 4 I GG). Darunter können auch Fälle einer nicht gerechtfertigten Pflichtenkollision (weil der Täter einer geringer wertigen Rechtspflicht in einer notstandsähnlichen Konfliktlage nachkommt; vgl. Bsp. von *Kühl* AT 18/140: Rettung der Freundin auf Kosten des Bruders im Hinblick auf Möglichkeit späterer Heirat entschuldigt [Begründung mE nicht unproblematisch]) zu subsumieren sein. – Bedeutung hat der Meinungsstreit ähnlich wie beim Streit um die Behandlung des Erlaubnistatumstandsirrtums vor allem für einen *Teilnehmer*, denn §§ 26, 27 setzen jeweils eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Haupttat voraus (Grundsatz der limitierten Akzessorietät), so dass eine bloße Entschuldigung – und damit Straffreiheit – des Haupttäters wegen Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens auf eine Strafbarkeit des Anstifters oder Gehilfen zu dieser Haupttat ohne Einfluss bleibt.

## V. Das versuchte vorsätzliche Unterlassungsdelikt

**(0.) Vorprüfung:** Wie beim versuchten Begehungsdelikt sind hier kurz zu prüfen:

- Nichtvollendung der Tat und
- Strafbarkeit des Versuchs (§§ 23, 12)

### 1. Tatbestand

**a) Tatentschluss:** entspricht dem o. g. Tatvorsatz; daher ist u. a. auch der Vorsatz hinsichtlich der Umstände, die eine Garantenstellung begründen – und damit implizit die Voraussetzungen einer solchen –, zu prüfen.

**b) unmittelbares Ansetzen:** Umstritten ist der Zeitpunkt, ab wann die Nichtvornahme der gebotenen Handlung i. S. d. § 22 als unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung anzusehen sein soll. Hierzu werden drei Theorien vertreten:

- Verstreichenlassen der ersten Rettungsmöglichkeit
- Verstreichenlassen der letzten Rettungsmöglichkeit
- Zeitpunkt, in dem für das geschützte Rechtsgut eine unmittelbare Gefahr besteht (so mit Blick auf das grundsätzliche Ziel des Rechtsgüterschutzes überzeugend die ganz hM): Dieser kann je nach konkreter Fallkonstellation mit dem Verstreichenlassen bereits der ersten oder auch erst der letzten Rettungsmöglichkeit, aber auch zu einem dazwischen liegenden Zeitpunkt anzunehmen sein; aus Sicht des Täters muss das bedrohte Rechtsgut unmittelbar gefährdet sein (vgl. *Kühl* AT 18/149).

Da nach § 22 die Vorstellung des Täters über den Versuchsbeginn entscheidet, reicht die irriige Annahme einer unmittelbaren Gefahr durch den Täter für die Begründung von Versuchsunrecht aus; strafbar ist daher nach ganz hM auch der untaugliche Unterlassungsversuch (vgl. *Kühl* AT 18/151), etwa wenn ein Garant irrig annahm, er hätte den Erfolg (zB Tod) noch abwenden können, obwohl das Opfer – wie sich später zeigt – bereits tödlich verletzt war.

**2. Rechtswidrigkeit und 3. Schuld** entsprechen dem vollendeten Delikt.

### 4. Rücktritt vom Versuch

Grundsätzlich gilt auch für Unterlassungsdelikte § 24; rücktrittsunfähig ist daher auch hier der fehlgeschlagene Versuch (dazu *BGH* NJW 2003, 1057). Speziell für die Unterlassungsdelikte stellen sich zwei Fragen.

**a) Gibt es einen unbeendeten Versuch des Unterlassungsdelikts?**

Da der Versuchstäter beim Unterlassungsdelikt stets aktiv werden muss, um über § 24 Straflosigkeit zu erlangen, vertreten einige, dass eine Unterscheidung von beendetem und unbeendetem Versuch entbehrlich ist (sog. „Einheitstheorie“). Weil bloßes Untätigbleiben hier – anders als beim Begehungsdelikt – nicht zu einer Straflosigkeit führen kann, könne ein Rücktritt nicht aufgrund von § 24 I 1 Alt. 1, sondern nur aufgrund von Alt. 2 strafbefreiend wirken, so dass der Täter den Erfolg verhindern müsse (so auch die Rspr.: *BGH NStZ* 1997, 485).

Nach anderer Ansicht soll auch beim Unterlassungsdelikt eine Unterscheidung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch möglich sein. Zwar müsse in der Tat der Täter stets aktiv werden, doch sei diese Unterscheidung relevant für das Erfolgsabwendungsrisiko, denn nur beim beendeten Versuch trage der Täter das Risiko, das trotz seiner Gegenaktivität der Erfolg eintritt; beim unbeendeten Versuch habe er dieses Risiko nicht zu tragen. Unbeendet ist dann ein Unterlassungsversuch, wenn der Täter davon ausgeht, durch schlichte Nachholung der unterlassenen Rettungshandlung den Erfolgseintritt verhindern zu können; beendet ist er, wenn der Erfolgseintritt nach der Vorstellung des Täters nur noch durch den Einsatz riskanterer Gegenmittel verhindert werden kann (*Kühl AT* 18/153 ff.).

Bedeutung hat dieser Streit v. a., wenn der Erfolgseintritt dem Täter trotz seines vorausgegangenen Unterlassens nicht zuzurechnen ist, so dass – trotz Erfolgseintritts – „nur“ eine Versuchsstrafbarkeit begründet ist; hat der Täter noch vor Erfolgseintritt die ursprünglich gebotene Handlung nachgeholt und geht (irrig) davon aus, dass es deswegen nicht zum Erfolg kommen wird, wäre er nach dieser Ansicht gem. § 24 I 1 Alt. 1 strafbefreiend vom Unterlassungsversuch zurückgetreten.

### **b) Muss der Täter das beste Erfolgsabwendungsmittel wählen?**

Soweit der Rücktritt vom beendeten Unterlassungsversuch in Rede steht – d. h. nach der „Einheitstheorie“ immer – könnte man vom Zurücktretenden verlangen, dass er nunmehr die bestmögliche Erfolgsverhinderungshandlung an den Tag legt; die Rspr. lässt aber auch hier – wie beim beendeten Versuch eines Begehungsdelikts – genügen, dass der Täter irgendwie den Erfolg verhindert hat, und sei es auch nicht mit der optimalen Möglichkeit (*BGHSt* 48, 147), zB wenn der Täter das Opfer in der Nähe eines Krankenhauses absetzt und nicht ins Krankenhaus begleitet, es aber gleichwohl durch Krankenhausärzte gerettet wird.

## **VI. Fahrlässiges Unterlassungsdelikt (vgl. *Kühl AT* § 19; zum Aufbau *Wesels/Beulke/Satzger AT* Rn. 877)**

### **VII. Beihilfe durch Unterlassen?**

Während allg. anerkannt ist, dass auch zu einem Unterlassungsdelikt aktiv angestiftet oder Beihilfe geleistet werden kann (wobei der Teilnehmer keine Garantenstellung haben muss, sondern nur Kenntnis von den Umständen, die die Garantenstellung des untätig bleibenden Haupttäters begründen), scheidet mangels kommunikativer Beeinflussung des Haupttäters eine Anstiftung durch Unterlassen aus. Dagegen hält die Rspr. und hM eine strafbare Beihilfe (§ 27) durch Unterlassen grundsätzlich für möglich, wenn der passiv bleibende Gehilfe eine Garantenstellung hat. Im Schrifttum werden dazu folgende Theorien vertreten (vgl. *Kühl AT* 20/229 ff. mwN):

- Der unterlassende Garant ist grundsätzlich (Mit-)Täter und nur bei Delikten, die eine besondere Täterqualität erfordern, Gehilfe („Tätertheorie“).
- Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme richtet sich auch bei einem aktiven Täter zum passiv bleibenden Garanten nach den all-

gemeinen Regeln, d. h. entweder nach der Tatherrschaftslehre (so die hM im Schrifttum) oder nach der subj. Theorie (Rspr. und Teile im Schrifttum).

- Während der bloße Überwachungsgarant nur Gehilfe ist, ist der Beschützergarant (Mit-)Täter (Differenzierende Theorie).

## VIII. Fälle

**Fall 1:** A ist in den Brunnen gefallen und droht zu ertrinken. B steht am Rand und hat ein Seil. Er lässt dieses Seil langsam in den Brunnenschacht. Bevor es bei A ist, überlegt er es sich anders und wirft das Seil in den Brunnen. Strafbarkeit des A wegen § 212? – Ändert sich etwas, wenn A das Seil – was B auch bemerkt hat – bereits ergriffen und daran hochgeklettert ist? – Wie wäre C zu bestrafen, wenn er den B durch Festhalten daran hindert, das Seil in den Brunnenschacht hinunterzulassen? – Und wie wäre C zu bestrafen, wenn er B trotz dessen Aufforderung nicht beim Herausziehen des A hilft, so dass dieser – weil es B nicht allein schafft – letztlich doch ertrinkt?

**Fall 2:** *Sterbehilfe* – BGHSt 40, 257: A behandelte seit längerer Zeit die über 70-jährige, inzwischen irreversibel hirngeschädigte, nicht mehr ansprechbare O. A wandte sich nach einigen Jahren an deren Sohn S, dem er vorschlug, die Sondenernährung auf Tee umzustellen, so dass O in zwei bis drei Wochen sterbe. Dies sei – so A – rechtlich abgesichert. S glaubte ihm und willigte ein, weil O acht bis zehn Jahre vorher während einer Fernsehsendung über ähnlich Behinderte gesagt hatte, so wolle sie nicht enden. A und S wiesen schriftlich das Pflegepersonal an, O nur noch Tee zu verabreichen; sie gingen davon aus, dieses würde sich daran halten. In Wirklichkeit wandte sich der Pflegedienstleiter an das Vormundschaftsgericht, das eine weitere Sondenernährung anordnete. Strafbarkeit von A und S wegen §§ 212, 22 bzw. §§ 212, 22, 13?

**Fall 3:** *Behandlungsabbruch* – BGHSt 55, 191: Die K lag seit Oktober 2002 wegen einer Hirnblutung im Wachkoma ohne Aussicht auf irgendeine gesundheitliche Besserung. Sie hatte noch im September 2002 gegenüber ihrer Tochter G deutlich gemacht, dass sie in einem solchen Falle nicht künstlich ernährt werden wolle, dies aber nicht schriftlich fixiert. Trotzdem wurde ihr eine Magensonde gelegt, mittels derer sie bis 2007 künstlich ernährt worden ist. Beraten von Rechtsanwalt R forderte dann die G von der Heimleitung, dass die Sondenernährung beendet werde; nachdem dies die Heimleitung abgelehnt hatte, durchtrennte G auf Anraten des R die Sonde so, dass sie nicht weiter benutzt werden konnte. Der K wurde daraufhin entgegen dem Willen der G eine neue Sonde gelegt. Strafbarkeit von G und R?

**Fall 4:** *Hepatitis B* – BGH NStZ 2003, 657 (dazu Duttge JR 2004, 34; Nepomuck, StraFo 2004, 9; Geppert JK § 13/38). Chefarzt und Herzchirurg A hat sich unbemerkt mit Hepatitis B angesteckt, ohne dass er Krankheitssymptome an sich feststellen konnte. Während das angestellte Krankenhauspersonal regelmäßig auf Hepatitis B untersucht wurde, traf bereits verbeamtete Ärzte keine Untersuchungspflicht. Sein – wie A – verbeamteter Oberarzt ließ sich allerdings regelmäßig freiwillig auf Infektionen untersuchen; A verzichtete darauf, obwohl ihm das Risiko einer Ansteckung von Patienten insbes. bei Operationen bekannt war, und nahm mehrere Herzoperationen vor, bei denen insges. 12 Patienten mit Hepatitis B angesteckt wurden. Strafbarkeit von A wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Tun (OP) oder „nur“ durch Unterlassen (einer Untersuchung auf Hepatitis B)?

**Fall 5:** *Zechkumpane* – BGHSt 32, 327 (vgl. auch BGH NStZ 2000, 414 mit Anm. Engländer, JuS 2001, 958; Schröder, JA 2001, 191): A tötete seinen Zechkumpan Z bei einem Streit in Notwehr durch einen Stich ins Herz. Z war nicht mehr zu helfen; A erkannte dies nicht und ging davon aus, dass er dem Z zB durch das Rufen eines Arztes noch helfen könnte. Trotzdem blieb er untätig und nahm dabei billigend in Kauf, dass Z mangels Hilfe sterben könnte. Strafbarkeit wegen §§ 212, 22, 13 oder „nur“ § 323c oder Freispruch?

**Fall 6:** *Heimfahrt* – BGH NJW 1993, 2628 (krit. dazu Hoyer, NStZ 1994, 85; Jung, JuS 1994, 262; Mitsch, JuS 1994, 555): A sah bei seiner nächtlichen Nachhausefahrt von einem Diskothekenbesuch das ihm gut bekannte Mädchen M an der Straße und nahm sie in seinem Pkw mit. Beim Einsteigen bemerkte A, dass M stark berauscht – A dachte, wegen Alkohol – war. A beschloss daher, um M Schwierigkeiten mit ihren Eltern zu ersparen, sie – wie schon manchmal – zu sich mitzunehmen. Bei seiner Wohnung angelangt, vermochte es A aber nicht, die eingeschlafene M zu wecken. Er ließ sie daher im Pkw weiter schlafen, obwohl ihm bewusst war, dass dieser bei der herrschenden Kälte schnell auskühlen und die Kälte für die nur mit einem T-Shirt und einer Jeans bekleidete M gefährlich werden würde. Er bedeckte sie mit einer Wolldecke und ließ sie im Pkw zurück. Am Morgen war M tot. Die genaue Todesursache konnte nicht geklärt werden. M hatte erhebliche Mengen Heroin konsumiert; möglicherweise war die Unterkühlung aber für den Tod zumindest (mit-)ursächlich. Strafbarkeit von A wegen § 221 I, III?

**Fall 7:** *Garantenstellung des Wohnungsinhabers* – BGHSt 30, 391 (vgl. auch BGH StraFO 2003, 181 u. dazu Otto, JK 12/03, StGB § 13/3, sowie KG NJW 1998, 3791: erst recht keine Garantenstellung bei untervermieteten Räumen): B hatte S in das Haus von Ü und F – das nach Lage und Beschaffenheit keine besondere Gefahrquelle bildete – entführt, um sie dort zu vergewaltigen. Als er S zu misshandeln beginnt, ruft diese Ü und F zu Hilfe, die aber nicht eingreifen, weil für diesen Fall sie B mit dem Tode bedroht und außerdem einen schweren Gegenstand nach F geworfen hatte. Ü wie F verließen darauf das Haus, trauten sich aber zunächst nicht, die Polizei zu informieren. Beiden war klar, dass B die S weiter quälen und mit ihr geschlechtlich verkehren würde. Dazu kam es schließlich auch. Strafbarkeit von Ü und F wegen §§ 177, 13 (vgl. auch BGH NJW 1993, 76)?

**Fall 8:** *Ehepartner* – BGHSt 48, 301 (vgl. dazu Geppert, JK 2/04, StGB § 13/37; Rönnau JR 04, 158; Ingelfinger, NStZ 04, 409): S, die sich vor vier Wochen von ihrem Ehemann E getrennt hatte, erfuhr, dass M einen Überfall auf E plante, weil dieser den M wegen eines Diebstahls bei der Polizei angezeigt hatte. S sagte E nichts davon, obwohl sie wusste, dass sich E nur so effektiv hätte schützen können, und verhinderte auch sonst nicht den Angriff des M, der E bis zur Besinnungslosigkeit würgte. Strafbarkeit der S wegen Beihilfe zur Körperverletzung durch Unterlassen (bzw. besteht die Garantenpflicht trotz Trennung nach Maßgabe der §§ 1353 II, 1565 I BGB fort)?

**Fall 9:** *Strafbares Vorverhalten* – BGH NStZ-RR 1996, 131 (mit abl. Bspr. Stein, JR 1999, 265; vgl. aber auch BGH NStZ 2002, 139 u. dazu Geppert, JK 2002, StGB § 27/16: Psychische Beihilfe, welche die mit der Tatausführung verbundene Gefahr für das Leben des Opfers zumindest erhöht, begründet eine Garantenstellung aus Ingenrenz): C misshandelte den N mit bed. Tötungsvorsatz so schwer, dass er später daran verstarb; die M hat sich zeitweilig an den Misshandlungen beteiligt, wobei sie

zwar die Möglichkeit eines Todeseintritts erkannt hatte, sich aber nicht ausschließen lässt, dass sie den Tod nicht im Rechtssinne gebilligt hatte. Auch am nächsten Morgen, als C und M den N in hilfloser Lage verließen, hatte M keinen Tötungsvorsatz. Strafbarkeit der M wegen § 227 und § 221 I Nr. 2?

**Fall 10:** *Kraftfahrergarantenstellung* – BGHSt 34, 82: A fuhr mit seinem Pkw nachts mit einer Geschwindigkeit von 120 km/h den auf einem Moped in die gleiche Richtung fahrenden O an und schleuderte ihn zur Seite. Zugunsten von A ist davon auszugehen, dass O sich z. Z. der Wahrnehmung durch A am rechten Fahrbahnrand befunden hatte und dann max. 2 m nach links in die Fahrbahn eingeschert ist. Nach dem Unfall fuhr A ohne anzuhalten weiter. Kurz darauf kehrte er an den Unfallort zurück, sah O schwer verletzt dort liegen und stieg wieder ein, um nach Hause zu fahren. O verstarb zwei Stunden später an den Verletzungen. Bei sofortiger Hilfe durch einen Arzt wäre ein Überleben nicht ausgeschlossen gewesen. Ein Sachverständiger stellt später fest, dass der Unfall sich auch ereignet hätte, wenn A mit der zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 100 km/h unterwegs gewesen wäre. Strafbarkeit von A wegen §§ 221, 222 oder §§ 212, 22, 13 (vgl. auch BGHSt 25, 218 [keine Garantenstellung aus Ingerenz bei rechtmäßigem, d.h. den Verkehrsregeln gemäßem Verhalten]; BGH NStZ 1992, 125)?

**Fall 11:** *Bahngleise* – BGHSt 38, 356: A und B schlugen nach einer Zechtour in der Nähe des Bahnhofes den N brutal zusammen und traten ihn, als er blutend auf dem Boden lag, in den Bauch. Danach entfernten sie sich. Auf der Bahnhofstreppe sagte A zu B: „Der muss weg!“ B verstand und war einverstanden, dass A den N als möglichen Zeugen beseitigen würde. A warf ihn daraufhin auf die Bahngleise und legte ihn so hin, dass er überfahren werden würde. A und B dachten, in den nächsten Minuten käme ein Zug. Der nächste ankommende Zug hielt allerdings plangemäß vor der Stelle, an der N, der zwischenzeitlich durch eine andere Person gerettet worden war, von A hingelegt worden war. Strafbarkeit von B wegen §§ 211, 212, 22, 13 (zum Streit um die Möglichkeit eines Verdeckungsmordes durch Unterlassen angesichts der Entsprechungsklausel des § 13 I a. E. vgl. auch die Lösungsskizze in JA 2008, 859 ff.)?

**Fall 12:** *Wuppertaler Schwebbahn* – BGHSt 47, 224 (dazu Freund, NStZ 2002, 424; Kudlich, JR 2002, 468; Otto, JK § 13/33): A und B sollen an der Wuppertaler Schwebbahn noch befindliche Bauteile entfernen; während der Arbeiten kommen C und D hinzu, um ihnen dabei zu helfen. Daraufhin teilen sich die Arbeiter auf. Während A und B ein Bauteil entfernen, arbeiten C und D auf der anderen Seite. A und B gehen davon aus, dass auch C und D „ihr“ Bauteil entfernt haben, als kurz nach Abschluss der Arbeiten C oder D (es lässt sich nicht klären, wer von beiden) zu A und B stößt (der andere – C oder D – verbleibt noch an seiner Stelle). Daraufhin beenden A, B, C und D die Bauarbeiten; das in Wirklichkeit nicht abgebaute Bauteil bewirkt einen Absturz der Schwebbahn, bei dem 7 Menschen zu Tode kommen. Das LG spricht A und B vom Vorwurf einer fahrlässigen Tötung durch Unterlassen frei, weil diese nach dem Vertrauensgrundsatz auf die ordnungsgemäße Arbeit von C und D vertraut hätten. C und D spricht es in dubio pro reo frei, weil ein Schuldvorwurf nur dem letzten bei der Bauarbeit an dem verbleibenden Teil Mitwirkenden zu machen sei und nicht aufklärbar sei, ob dies C oder D war. Zu Recht?

**Fall 13:** *Opel Kapitän* – BGHSt 14, 213 (=Kühl HRR-BT Nr. 87): A verursachte nach Einbruch der Dunkelheit mit seinem Opel Kapitän einen Verkehrsunfall, indem er beim Überholen eines anderen Pkw den am linken Fahrbahnrand stehenden Fußgänger F anfuhr, der dadurch nach links auf einen Acker geschleudert wurde und am nächsten Tag verstarb. A bemerkte den Aufprall und kümmerte sich kurz um den Verletzten, verließ diesen jedoch nach kurzer Zeit, angeblich um bei der nächsten Tankstelle fernmündliche Hilfe herbeizurufen. Tatsächlich fuhr er an der 450 m entfernten erleuchteten Tankstelle vorbei und wendete in einer Fabrikeinfahrt; obwohl auch dort noch Licht brannte, machte er keinen Versuch zu telefonieren, sondern entfernte nur Glassplitter von seinem Scheinwerfer. Danach fuhr er zur Unfallstelle zurück und bemühte sich mit anderen Personen um F; als schließlich die Polizei kam, meldete er sich als Unfallzeuge und behauptete wahrheitswidrig, ein anderen Pkw habe F erfasst. Strafbarkeit des A wegen § 323c? – Würde sich etwas ändern, wenn A den F nach dem Aufprall für bereits tot gehalten hätte?

**Fall 14:** *Holztreppe* – BGHSt 39, 164 (= Kühl HRR-BT Nr. 88; dazu Tag JR 1995, 133): A und B betreten das Wohnhaus, in dem sich zur Tatzeit acht bis zwölf Personen aufhielten. Einer der beiden ging in den hinteren Teil des Treppenhauses im Erdgeschoss, schob einen dort abgestellten Kinderwagen neben die hölzerne Treppe, die zum Obergeschoß führte, übergoss den Kinderwagen mitsamt der Kissenauflage mit Heizöl aus einer Plastik-Ölkanne, die in einem Abstellraum deponiert gewesen war, zündete den Kinderwagen an und warf zusätzlich noch die Ölkanne darauf. Die Textilaufgabe des Kinderwagens brannte alsbald lichterloh. Das Feuer begann auf die Holztreppe zum Obergeschoß überzugreifen und hatte sich bereits durch die PVC-Auflage der Treppenstufen durchgefressen, als es von den Hausbewohnern entdeckt und gelöscht wurde. Feste Gebäudeteile waren von dem Brand noch nicht so erfasst, dass das Feuer selbständig hätte weiter brennen können. Es lässt sich nicht klären, welcher von den beiden Angeklagten oder ob beide Angeklagte gemeinsam den Brand gelegt haben, ob der Brandstiftung ein gemeinsamer Tatentschluss zugrunde lag oder ob jeder Angeklagte zumindest in der Form an der Tat beteiligt war, dass er den jeweils anderen – unmittelbaren – Täter zu der Tat angestiftet oder ihn bei der Tat – sei es auch nur durch seine bloße Anwesenheit – unterstützt und/oder in seinem Vorhaben bestärkt hätte. Strafbarkeit von A und B wegen § 323c I?



## XI. Lösungsskizze – Fall 10 Kraftfahrergarantenstellung (BGHSt 34, 82)

### **Strafbarkeit des A**

#### **1. Gem. § 222 [für das Anfahren]**

##### **a) Tatbestand**

Der Tod des O ist kausale Folge des von A (mit-)verursachten Unfalls. A hat dabei auch eine Sorgfaltspflicht in Form einer Verbotsnorm (Geschwindigkeitsbegrenzung) verletzt. Obj. vorhersehbar war auch, dass die Handlung (das auf O Auffahren) den tödlichen Erfolg herbeiführen konnte, d. h. dieser nicht eine außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegende ungewöhnliche Folge jener Handlung war. Fraglich ist aber der obj. Zurechnungszusammenhang; die „normale“ obj. Zurechnung steht hierbei außer Frage, denn einem Anfahren mit 120 km/h wohnt das – sich hier gerade realisierte – Risiko eines tödlichen Unfalls inne. Zweifelhaft ist hingegen der Pflichtwidrigkeitszusammenhang; dieser wäre nur zu bejahen, wenn der Tod des O nicht auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten (Fahren mit 100 km/h) eingetreten wäre, was nach dem SV-Gutachten aber der Fall ist. Damit ist der Tatbestand nicht erfüllt.

##### **b) Zwischenergebnis**

A hat sich nicht wegen fahrlässiger Tötung des O strafbar gemacht.

#### **2. Gem. §§ 212, 13 [für das Untätigbleiben nach Rückkehr an den Unfallort]**

##### **a) Tatbestand**

**Objektiv:** Der O ist tot. A hat das ihm mögliche Herbeirufen ärztlicher Hilfe als die gebotene Hilfeleistung unterlassen. Hätte er einen Arzt gerufen, wäre O auch – in dubio pro reo – nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gerettet worden, so dass die Quasi-Kausalität von Unterlassung und Erfolg obj. zu verneinen ist.

##### **b) Ergebnis**

Damit hat sich A nicht wegen Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht.

#### **3. Gem. §§ 212, 22, 13**

Wie gezeigt war der Totschlag durch Unterlassen nicht vollendet. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich grundsätzlich aus dem Verbrechenscharakter von § 212 iVm §§ 23 I, 12I; dass der Versuch – in dubio pro reo – nur untauglich war, ändert nichts, denn auch der untaugliche Versuch ist beim unechten Unterlassungsdelikt strafbar (arg. e § 23 III; BGHSt 38, 356).

##### **a) Tatbestand**

**aa) Subjektiv (Tatentschluss):** Z. Z. des Unterlassens hatte A bedingten Tötungsvorsatz. Auch umfasste sein Tatentschluss – aus seiner Sicht – die Kenntnis von der Möglichkeit einer erfolgsabwendenden Handlung (Rufen des Arztes) und die Quasi-Kausalität, da er davon ausging, er könnte dem O noch helfen. Schließlich müsste A

Vorsatz bzgl. der Umstände gehabt haben, die seine Garantenstellung begründen (vgl. § 13 I). In Betracht kommt hier eine Garantenstellung aus Ingerenz; pflichtwidriges Vorverhalten könnte hier das zu schnelle Anfahren gewesen sein. Fraglich ist jedoch, ob es auch für die Frage einer Garantenstellung auf den für die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit maßgeblichen Pflichtwidrigkeitszusammenhang ankommt. Die Rspr. verneint dies, weil für Ingerenz pflichtwidriges Vorverhalten genüge und es deshalb nicht auf den Pflichtwidrigkeitszusammenhang ankommen könne; wer eine Pflichtwidrigkeit begehe, habe daher soweit möglich alle daraus folgenden Gefahren abzuwenden (krit. *Kühl* AT 18/102). [Da es sich bei § 212 um ein reines Erfolgsdelikt (Tod = Erfolg) handelt, spielt die Entsprechungsklausel des § 13 I aE hier keine Rolle].

**bb) Objektiv** müsste A zur Tötung durch Unterlassen nach seinen Vorstellungen von der Tat iSv § 22 unmittelbar angesetzt haben. Da nach seiner Vorstellung jedenfalls bereits eine akute Gefahr für das Leben des O bestanden hat, ist dies zu bejahen.

### **b) Rechtswidrigkeit**

Mangels Rechtfertigungsgründen handelte A auch rechtswidrig.

### **c) Schuld**

Das Rufen des Arztes war dem A auch zumutbar. Da überdies Entschuldigungsgründe nicht ersichtlich sind, handelte er auch schuldhaft und hat sich wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht.

## Freiheitsdelikte, §§ 232 ff.

### A. Systematik

§§ 232 – 241a sind im 18. BT-Abschnitt als „Straftaten gegen die persönliche Freiheit“ zusammengefasst, doch handelt es sich dabei genau genommen um höchst unterschiedliche Delikte mit unterschiedlichen Rechtsgütern. Die bereits zuvor unklare Struktur dieses Abschnitts wurde noch durch die Aufnahme der §§ 232 – 233b (Menschenhandel, 2005; grundlegend erneuert 2016) und durch die Strafnormen gegen Stalking (§ 238, 2007; umgebaut 2017) sowie gegen Zwangsverheiratung (§ 237, 2011) weiter verkompliziert; umgekehrt wurden 2011 bzw. 2016 zwei Regelbeispiele aus § 240 IV entbehrlich (Nötigung zur Eingehung der Ehe (jetzt § 237) und zur Duldung sexueller Handlungen (jetzt § 177 I)).

Bereits der Begriff der (persönlichen) Freiheit ist offen und kann entweder iwS jede Willensbetätigungsfreiheit (so § 240) oder eng nur die Fortbewegungsfreiheit erfassen (so § 239, aber auch § 35 I 1).

Allerdings sind nur einige der Tatbestände dieses Abschnitts tatsächlich studien- und examensrelevant: §§ 239, 239a f., 240, 241. § 238 ist ebenfalls schon Gegenstand von Übungsaufgaben gewesen; ob dies in Zukunft auch für § 237 gelten wird (zu dem es bislang noch keine veröffentlichte Rspr., wohl aber einige Stimmen in der Lit. [vgl. nur *Bülte/Becker*, ZIS 2012, 61 ff. mwN] gibt), ist derzeit schwer sagen. Dagegen sind §§ 232 ff. nicht examensrelevant; gleiches dürfte gelten für § 234 (dazu zB *BGH*, NSTZ 2001, 247 = *Kühl*, HRR-BT, Fall Nr. 36 m. Anm. *Heger*, JA 2001, 631 ff.) und § 235 (dazu zB *Eisele*, BT I, Rn. 515 ff.; *Rengier*, BT II, § 26).

### B. Nötigung (§ 240)

§ 240 schützt die freie Willensentschließung und Willensbetätigung. Während bis 2011 die Nötigung zur Eingehung einer Ehe in § 240 IV Nr. 1 als Regelbeispiel eines besonders schweren Falles der Nötigung erfasst worden ist, handelt es sich seither um einen in § 237 I verselbständigten Tatbestand, welcher allerdings strukturell einer Qualifikation zu § 240 entspricht (§ 237 II geht demgegenüber tatbestandlich darüber hinaus und erfasst damit „neues“ Unrecht).

#### I. Tatbestand

**1. Objektiv:** Der Täter muss mittels eines Nötigungsmittels das Opfer zu einem Nötigungserfolg gebracht haben. Erst mit Eintritt dieses Nötigungserfolges – und nicht schon mit Abschluss der Nötigungshandlung durch den Täter – ist die Nötigung vollendet; davor bleibt nur ein gem. § 240 III strafbarer Versuch. Zwischen dem Nötigungsmittel und dem Nötigungserfolg muss Kausalität iSd csqn-Formel bestehen. Deswegen ist es unbedingt notwendig, das Vorliegen eines Nötigungsmittels vor dem Nötigungserfolg zu prüfen. – Umstr. ist, ob auch die Verwerflichkeitsklausel angesichts der Offenheit des Tatbestandes bereits Tatbestandsmerkmal oder erst Teil der RW-Prüfung ist (dazu u.).

**a) Nötigungsmittel** sind:

- Gewalt oder
- Drohung mit einem empfindlichen Übel.

**aa) Gewalt** umfasst nach ganz hM und Rspr.

- unwiderstehliche Gewalt (**vis absoluta**, zB Fesseln, so dass das Opfer gegen eine Handlung des Täters nicht einschreiten kann) und

- willensbeugende Gewalt (**vis compulsiva**, zB Prügeln, bis das Opfer die vom Täter verlangt Handlung vornimmt).

Vereinzelt wird im Schrifttum nur letztere als nötigende Gewalt anerkannt, doch sehen Rspr. und ganz hM auch vis absoluta als nötigende Gewalt an.

Der **Gewaltbegriff** bei § 240 ist seit Jahrzehnten umstr. und wird in besonderem Maße durch die Rspr. des BVerfG zu sog. Sitzblockaden geprägt (*BVerfGE* 73, 206; 92, 1; 104, 92). Elemente von Gewalt sind grundsätzlich:

- körperliche Kraftentfaltung des Täters,
- dadurch körperliche Zwangswirkung beim Opfer,
- um dadurch einen geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden.

Der „klassische Gewaltbegriff“ des RG (St 56, 87, 88) forderte daher die Entfaltung körperlicher Kraft, mit der zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstands auf den Körper des Opfers eingewirkt wird (vgl. nur *Eisele*, BT I, Rn. 432). Dieser Gewaltbegriff wurde in der Folge hinsichtlich beider körperlicher Komponenten stark relativiert, so dass nach dem sog. Laepple-Urteil (*BGHSt* 23, 46) auch der ohne körperliche Kraftentfaltung des Täters beim Opfer nicht körperlich, sondern nur psychisch vermittelter Zwang als nötigende Gewalt verstanden wurde (sog. „vergeistigter Gewaltbegriff“; zB Sitzenbleiben eines Demonstranten vor einem anrollenden Panzer). Dieser Entwicklung hat das BVerfG dann 1995 (*BVerfGE* 92, 1) eine Grenze gesetzt und einen „Gewaltbegriff“ in § 240 für verfassungswidrig erklärt, der weder eine körperliche Kraftentfaltung beim Täter noch eine körperliche Zwangswirkung beim Opfer voraussetzt. Gewalt ist daher zu verneinen, wenn das Verhalten des Täters allein in einer Anwesenheit besteht und die dadurch vermittelte Zwangswirkung nur psychisch ist. Dem BVerfG ist allerdings bereits genüge getan, wenn entweder der Täter körperliche Kraft entfaltet (und nicht nur Stehen bleibt) oder auf das Opfer körperlich wirkender Zwang ausgeübt wird (zB durch Verabreichung von K.O.-Tropfen). Eine körperliche Zwangswirkung ist daher zu bejahen, wenn eine vom Opfer beabsichtigte Fortbewegung durch unüberwindbare Hindernisse gestoppt wird, ohne dass es auf den Einsatz körperlicher Kraft beim Täter ankommt (vgl. *BGHSt* 41, 182, 185, sog. „2. Reihe-Rspr.“). – Gewalt gegen Sachen genügt dem BVerfG wohl nur noch, wenn diese körperlich wahrgenommen wird (zB Aushängen der Fenster im Winter, nicht aber mehr das Hinausstellen der Möbel [so noch BGH, JR 1988, 75]).

#### **bb) Drohung mit einem empfindlichen Übel:**

- **Drohung** ist das ausdrückliche oder konkludente Inaussichtstellen eines Übels, auf das der Täter Einfluss hat oder zu haben vorgibt; daher stellt eine Warnung vor einem Übel keine Drohung dar. Ob der Täter das in Aussicht gestellte Übel tatsächlich bewirken kann, ist unerheblich; es genügt, wenn das Opfer – aus Tätersicht – die Drohung ernst nehmen soll. Nimmt es – entgegen der Erwartung des Täters – die Drohung nicht ernst, bleibt nur ein strafbarer Versuch (§ 240 III).
- Ein „**Übel**“ ist jeder Nachteil, auch wenn er von Rechts wegen zu dulden ist (zB Überziehung mit einer Zivilklage).
- „**Empfindlich**“ ist dieses Übel, wenn der in Aussicht gestellte Nachteil so erheblich ist, dass seine Ankündigung geeignet erscheint, den Bedrohten zu dem Täterverlangen zu motivieren, was ausscheidet, wenn von diesem in seiner Situation zu erwarten ist, dass er der Drohung in besonnener Selbstbeherrschung stand hält (*BGHSt* 31, 195, 201; *BGH*, NStZ 1982, 287; *Rengier* BT II § 23 Rn. 44).
- **Drohung mit einem Unterlassen:** Hier sind drei Konstellationen denkbar:

(1) das in Aussicht gestellte Unterlassen ist rechtlich verboten (zB Gefängniswärter droht einer Inhaftierten, sie trotz Verbüßung ihrer Strafe nicht freizulassen, wenn sei nicht mit ihm sexuell verkehrt),

(2) das als Gegenleistung in Aussicht gestellte Tun ist rechtlich verboten, dessen Unterlassen mithin rechtlich geboten (zB Professor P droht mit Nichtverbesserung [= Unterlassen] der leistungsgerechten Note der Studentin S, wenn diese nicht zuvor sexuelle Handlungen duldet).

(3) das in Aussicht gestellte Unterlassen ist rechtlich zulässig, aber nicht geboten (zB Drohung mit Nichteinstellung einer Bewerberin, wenn diese nicht mit dem Arbeitgeber sexuell verkehrt).

Während in der 1. Konstellation eine Nötigungsstrafbarkeit zu bejahen ist, wird sie in der 2. Konstellation durchgehend verneint, weil hier nicht der von Rechts wegen bestehende Handlungsspielraum des Opfers verengt, sondern in einen unerlaubten Bereich ausgeweitet wird (S hat kein Recht auf eine bessere Bewertung; lässt sie sich auf das „unsittliche Angebot“ nicht ein und macht P daraufhin seine „Drohung“ mit Nichtanhebung ihrer Note wahr, tritt für S nur der ohnehin rechtlich gebotene Zustand ein). Umstritten ist die 3. Konstellation; hier bejaht *BGHSt* 31, 195 eine Strafbarkeit, doch ist zuvor zu prüfen, ob nicht das Opfer in besonnener Selbstbeherrschung der Drohung standhalten kann. Bejaht man im 3. Beispiel eine Nötigungsstrafbarkeit, war bis 2016 zugleich das Regelbeispiel eines besonders schweren Falles in § 240 IV Nr. 1 aF verwirklicht; heute wäre zugleich idR § 177 (nicht examensrelevant) einschlägig.

**b) Nötigungserfolg:** Die Nötigung ist vollendet, wenn die Nötigungshandlung kausal eine der folgenden Reaktionen des Opfers hervorgerufen hat.

- **Handlung** (= aktives Tun des Opfers).
- **Duldung** (= Hinnehmen einer Einwirkung namentlich bei vis absoluta); allerdings darf der Nötigungserfolg nicht allein in der Hinnahme der Gewalthandlung als solcher bestehen, so dass keine Nötigung bei der bloßen widerstandlosen Hinnahme einer Tracht Prügel gegeben ist, wohl aber, wenn das Opfer an einen Stuhl gefesselt hinnehmen muss, dass der Täter seine Wohnung durchsucht.
- **Unterlassung** (= Nichtvornahme einer möglichen Handlung).

Da letztlich jede abgenötigte Reaktion des Opfers erfasst sein soll, kommt es auf eine exakte Abgrenzung insbes. von Dulden und Unterlassen nicht entscheidend an.

**2. Subjektiver Tatbestand:** Nach der Gesetzesfassung ist eigentlich mind. bed. Vorsatz (§ 15) hinsichtlich aller obj. Tatbestandsmerkmale erforderlich, aber auch ausreichend (so *BGHSt* 5, 245, 246); gleichwohl wird angesichts der Finalstruktur der Gewalt („... zur Überwindung eines Widerstandes“) jedenfalls für dieses Nötigungsmittel Absicht hinsichtlich des damit angestrebten Zweckes (Nötigungserfolg) gefordert. Noch weitergehend fordern einige wegen des Rekurses auf den „angestrebten Zweck“ in § 240 II generell Absicht. Da allerdings zumeist ohnehin der Nötigungserfolg vom Täter mit seiner Nötigungshandlung bezweckt sein wird, wirkt sich diese Streitfrage in der Fallbearbeitung regelmäßig nicht aus (vgl. *Rengier*, BT II, Rn. 70).

## II. Rechtswidrigkeit

Wer die Verwerflichkeit der Zweck-Mittel-Relation gem. § 240 II erst auf der RW-Ebene prüft, sollte auch hier nicht damit beginnen, sondern zuvor klären, ob nicht das nötigende Verhalten durch allg. anerkannte Rechtfertigungsgründe (§§ 32, 34 etc.) gerechtfertigt ist, weil es dann jedenfalls auch nicht verwerflich sein kann (*BGHSt* 39, 133, 136 ff.). Daraus folgt als Prüfung:

### 1. Allg. anerkannte Rechtfertigungsgründe

**2. Verwerflichkeitsklausel, § 240 II:** Als Korrektiv zu dem offenen Tatbestand hat der Gesetzgeber in § 240 II (und genauso in §§ 237 I 2, 253 II) ausnahmsweise vorgesehen, dass strafbares Unrecht nur anzunehmen ist, wenn neben den o.g. Tatbestandsmerkmalen positiv festgestellt werden kann, dass „die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist“. Damit indiziert bei § 240 nicht der Tatbestand die Rechtswidrigkeit; vielmehr ist die Verwerflichkeit der Zweck-Mittel-Relation ausdrücklich festzustellen. Diese Verwerflichkeit ist zu bejahen, wenn die Verhaltensweise bei einer Gesamtwürdigung sozial unerträglich ist und deswegen strafwürdiges Unrecht darstellt (*Heger*, in: *Lackner/Kühl*, § 240 Rn. 18). Grundregel ist, dass die Verwerflichkeit umso eher zu bejahen ist, je intensiver und gravierender das Nötigungsmittel und je negativer der Nötigungszweck zu beurteilen ist (*Eisele*, BT I, Rn. 470). Diese Verwerflichkeitsprüfung lässt sich aufteilen in die

- **Verwerflichkeit des Mittels** (Nötigungshandlung); seit *BVerfGE* 73, 206 ist anerkannt, dass auch bei Gewalt als Nötigungsmittel nicht die Verwerflichkeit indiziert, sondern vielmehr positiv geprüft werden muss.
- **Verwerflichkeit des Zwecks** (Nötigungserfolg); hier ist weitgehend anerkannt, dass es auf das unmittelbare Ziel der Nötigung (Handlung, Duldung, Unterlassung; zB Blockade einer Baustelle) und nicht auf damit verfolgte Fernziele (zB Frieden, Atomausstieg, Umweltschutz) ankommt (etwas weiter aber *BVerfGE* 104, 92, 109).
- **Verwerflichkeit der Relation von für sich jeweils nicht verwerflichem Mittel und Zweck.** Maßgeblich ist hierfür das Fehlen eines inneren Zusammenhangs (Inkonnexität). So ist eine Strafanzeige bei Verdacht einer Straftat nicht rechtlich zu beanstanden, ebenso wenig der Wunsch nach sexuellen Handlungen mit einer Freundin. Droht man dieser allerdings mit einer berechtigten Strafanzeige, um die Freundin zu solchen Handlungen zu bewegen, ist § 240 II zu bejahen.

### III. Fälle:

**Fall 1:** *Parklücke* – *BayObLG* NJW 1995, 2646 (weitergehend noch *Krey/Heinrich*, BT 1, Rn. 358 ff.; völlig anders *OLG Naumburg*, DAR 1998, 28 – mE aber abzulehnen!): A fuhr mit seinem Pkw in einen Parkplatz ein, den M für einen Bekannten freihielt. A rechnete damit, dass M den Parkplatz unter dem Eindruck des langsamen Zufahrens räumen werde. Da M dies nicht tat, stieß A mit der Stoßstange gegen sein linkes Schienbein, wodurch M stürzte. Dabei zog er sich eine Prellung unterhalb der Kniescheibe zu. Außerdem verletzte M sich am linken Ellenbogen und an der linken Hand. Strafbarkeit wegen §§ 223, 224, 229, 240?

**Fall 2:** *Sitzblockade* – *BVerfGE* 92, 1 (z. T. noch anders *BVerfGE* 73, 206; zum Anketten vgl. *BVerfGE* 104, 92 m. Anm. *Heger*, Jura 2003, 112 ff.): A, B und C hatten im Rahmen friedlicher Protestaktionen gegen die atomare Nachrüstung mehrfach die Zufahrt zu einem Munitionsdepot durch bloßes Sich-auf-die-Fahrbahn-Setzen so lange vor anfahrenden Bundeswehr-Lkw behindert, bis sie von Polizisten – nach Auflösung der Demonstration – weggetragen wurden. Dafür wurden sie wegen § 240 I verurteilt. Zu Recht?

**Fall 3:** *Straßenblockade* – BGHSt 41, 182 (= Kühl, HRR-BT Nr. 40; Bspr. Hoyer, JuS 1996, 200): A hatte sich mit einer größeren Anzahl gleichgesinnter Personen an der Blockade der Autobahn A 8 beteiligt. Die Polizei hatte drei Omnibusse auf einem Rastplatz angehalten und nicht weiterfahren lassen. Daraufhin verteilten sich deren Insassen auf die Fahrbahnen, stellten sich den herannahenden Fahrzeugen in den Weg und sperrten auf diese Weise den Verkehr. A war klar, dass dadurch eine Vielzahl von Autofahrern an der Weiterfahrt gehindert wurde. Grund war der Unmut über das verwaltungsgerichtliche Verbot einer Kurdemonstration in Augsburg. Strafbar als Nötigung?

**Fall 4:** *Freundschaftsdienst* – BGH, NStZ 1982, 287: B möchte mit F, der Freundin des A, in dessen Wohnung geschlechtlich verkehren. Als F sich weigerte und hilfesuchend an A wandte, äußerte dieser, er könne nichts dagegen machen. Mit dem Voratz, F dazu zu bringen, dem B zu Willen zu sein, fügte er hinzu, „dass es zwischen ihnen aus sei, wenn sie nicht mache, was B wolle“. Dabei wusste er, dass F so stark an ihm hing, dass sie unter der Androhung, die Freundschaft zu beenden, nachgeben und mit dem anderen Mann verkehren würde. F willigte dann auch, von der Drohung beeindruckt, in den Geschlechtsverkehr ein. Strafbarkeit des A wegen § 240 I?

**Fall 5:** *Kaufhausdetektiv* – BGHSt 31, 195 (= Kühl, HRR-BT Nr. 42; vgl. Rengier, BT II, § 23 Fall 3 mit Rn. 48): Kaufhausdetektiv K hatte das Mädchen M beim Ladendiebstahl ertappt. In seinem Büro meinte er zu M, er werde die Akte nicht an die Staatsanwaltschaft weiterleiten und „die Sache unter den Tisch fallen lassen, wenn sie mit ihm schlafe“. M geht darauf ein. Ist K strafbar nach § 240 I, IV Nr. 1?

## C. Freiheitsberaubung (§ 239)

### I. Systematik

§ 239 **schützt** nach hM die **potenzielle Fortbewegungsfreiheit** (BGHSt 14, 314; 32, 183); danach kommt es – unabhängig davon, ob sich der Betroffene überhaupt fortbewegen will – für eine vollendete § 239-Strafbarkeit darauf an, dass ihm die Möglichkeit dazu genommen wird, er sich mithin nicht mehr wegbewegen könnte, wenn er denn wollte (vgl. Kühl, in: Lackner/Kühl, § 239 Rn. 1). Weil seit 1998 auch der Versuch strafbar ist (Abs. 2) und damit auch solche Handlungen strafrechtlich erfassbar sind, bei denen allein mangels Willen des Opfers zur Fortbewegung die Beraubung der Möglichkeit dazu folgenlos bleibt, wird zunehmend ein Abstellen auf die aktuelle Fortbewegungsfreiheit gefordert.

Strukturell ist § 239 ein **Dauerdelikt**; die Freiheitsberaubung ist zwar bereits mit der Vollendung des Einsperrens vollendet, doch ist auch die Phase bis zur Beendigung durch Wiedererlangung der Freiheit des Opfers tatbestandsmäßig (vgl. die an die Dauer der Freiheitsberaubung anknüpfende Erfolgsqualifikation des § 239 III Nr. 1: „länger als eine Woche“). Daher können unstr. sowohl Mittäterschaft (§ 25 II) und Beihilfe (§ 27; zB Versorgen des Eingesperreten mit Lebensmitteln) als auch Qualifikationen (Abs. 3 und 4) auch nach Vollendung des Einsperrens verwirklicht werden; denkbar ist auch eine „Aufstiftung“ zB zu einer Freiheitsberaubung von über einer Woche (nach hM wäre dies §§ 239 III Nr. 1, 26, nach aA „nur“ psych. Beihilfe gem. §§ 239 III Nr. 1, 27; vgl. AP TuT III).

§ 239 enthält in **Abs. 1** den **Grundtatbestand** („einfache Freiheitsberaubung“) und in **Abs. 3 und 4** insges. drei (**Erfolgs-)**Qualifikationen. Der Versuch ist strafbar (für Abs. 1 ergibt sich dies aus Abs. 2; für die Qualifikationen aus deren Verbrechenscharakter [§§ 23 I, 12 I]).

## II. Grundtatbestand: § 239 I

### 1. Tatbestand:

**a) obj.:** Der Täter muss das Opfer „einsperren oder auf andere Weise der Freiheit berauben“. Die Beraubung der Freiheit ist damit der Ober- und Auffangbegriff; als Erfolgsdelikt setzt § 239 voraus, dass das Opfer durch die Tat – zB das Einsperren, aber auch jede andere dazu taugliche Handlung – seiner Freiheit beraubt ist; das ist der Fall, wenn und solange er – sei es auch nur vorübergehend und ohne sein Wissen (str.) – zB durch Gewalt, List, Drohung, Betäubung, Nichtanhalten eines Kfz – gehindert wird, seinen Aufenthaltsort frei zu verlassen (vgl. *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, § 239 Rn. 2 mwN). Die Fortbewegungsfreiheit muss dabei vollständig aufgehoben sein, das Verlassen des Ortes daher mind. so erschwert sein, dass es als Alternative für das Opfer nicht in Betracht kommt (zB auch bei Verstecken der Kleider eines nackt Badenden). Nicht tatbestandsmäßig ist daher ein bloßes Aussperren, bei welchem dem Opfer nur der Zugang zu einem bestimmten Ort verwehrt, ansonsten die Fortbewegungsfreiheit aber nicht beschränkt ist (in Betracht kommt uU § 240). Da ja bereits die potenzielle und nicht nur die aktuelle Fortbewegungsfreiheit geschützt ist (hM), ist auch das Einsperren eines Schlafenden oder Besinnungslosen tatbestandsmäßig. Nach der Rspr. des RG genügt eine Dauer der Freiheitsberaubung von der Länge „eines Vater unser“. Nicht ausreichend ist dagegen ein nur kurzes Festhalten. – Eine Freiheitsberaubung ist auch durch Unterlassen in Garantenstellung denkbar (§§ 239 I, 13; zB Untätigbleiben nach versehentlicher Einsperrung).

„Berauben der Freiheit“ setzt begrifflich ein Handeln gegen den Willen des Betroffenen voraus; dessen (auch mutmaßliches) **Einverständnis schließt** daher bereits den **Tb aus** und ist nicht erst Rechtfertigungsgrund. Ist ein vorheriges Einverständnis ausdrücklich oder konkludent widerrufen, wirkt es idR nicht mehr tatbestandsausschließend; das gleiche gilt für ein erschlichesenes Einverständnis, weil auch List als Tatmittel anerkannt ist (vgl. *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, § 239 Rn. 5 mwN).

**b) subj.:** Erforderlich ist mind. bed. Vorsatz bzgl. aller obj. Tb-Merkmale (§ 15).

### 2. Rechtswidrigkeit

Da die Einwilligung des Betroffenen bereits den Tb ausschließt, kommen insbes. folgende Rechtfertigungsgründe in Betracht (vgl. *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, § 239 Rn. 7):

- Notwehr (§ 32),
- Erlaubte Selbsthilfe (§§ 229, 562b BGB),
- Festnahmerecht (§ 127 StPO),
- Erziehungsrecht, soweit das Einsperren keine entwürdigende Erziehungsmaßnahme darstellt,
- vormundschaftsgerichtliche Genehmigung,
- rechtmäßige Vollstreckungshandlungen und sonstige amtliche Befugnisse.

### III. Qualifikationen, § 239 III, IV

Während für § 239 III Nr. 2 und IV allg. anerkannt ist, dass es sich um Erfolgsqualifikationen iSv § 18 handelt, so dass die Verwirklichung der Qualifikationsmerkmale nicht vom Vorsatz umfasst, sondern nur fahrlässig bewirkt sein muss, ist dies für § 239 III Nr. 1 aufgrund einer Änderung des Wortlautes in die heutige „aktive“ Fassung str. geworden; die hM sieht aber weiterhin auch darin eine Erfolgsqualifikation, insbes. weil der Gesetzgeber mit der sprachlichen Änderung keine inhaltliche Abweichung beabsichtigt habe, während nach aA § 239 III Nr. 1 nunmehr als „normale“ Qualifikation anzusehen sein soll, womit hinsichtlich der Dauer von über einer Woche Vorsatz erforderlich wäre. Neben der Entstehungsgeschichte spricht aber auch sys-



tematisch die Parallelität zu § 239 III Nr. 2 für die Annahme einer Erfolgsqualifikation.  
- Bei § 239 IV ist der gefahrspezifische Zusammenhang zwischen Freiheitsberaubung und Todesfolge nicht nur gegeben, wenn das eingesperrte Opfer verstirbt, sondern auch bei einem tödlichen Fluchtversuch oder Selbstmord während des Eingesperrtseins.

#### IV. Konkurrenzen

Freiheitsberaubungen, die bloße Nebenfolge zB einer Körperverletzung sind, werden durch §§ 223 ff. u.a. verdrängt, wenn ihnen daneben keine eigenständige Bedeutung zukommt. Mit § 240 ist Tateinheit grds. möglich (BGH, NStZ 2006, 340); wird aber durch das Einsperren (= Gewalt) das Opfer nur zum Dulden der folgenden Freiheitsberaubung genötigt, tritt § 240 hinter § 239 zurück. Zwischen § 239 I und dem erfolgsqualifizierten Versuch der § 239 III Nr. 1 und IV ist zur Klarstellung Tateinheit anzunehmen (BGH, NStZ 2001, 247).

#### V. Fälle

**Fall 1: Freiheitsberaubung** – BGHSt 3, 4: A schrieb 1943 an die Luftwaffeneinheit, bei der ihr Schwiegersohn S beschäftigt war, wahrheitswidrig, dass S Sabotage an Flugzeugen betreibe und deswegen an die Wand gestellt gehöre. Dies tat sie, weil sie wollte, dass S längere Zeit eingesperrt werde. S wurde aber vor Ablauf einer Woche vom Kriegsgericht freigesprochen. Strafbar nach § 239 I, III Nr. 2, 22?

**Fall 2: Nacktbaden** – RGSt 6, 231 (dazu Krey/Heinrich BT 1, Rn. 313 ff.): A beobachtet B, die nackt in einem See badet, und möchte seinem Freund F diesen Anblick ebenfalls ermöglichen. Damit sich B nicht entfernt, versteckt A ihre Kleider und sucht F, den er aber nicht findet. Daraufhin kehrt A zurück zum See und legt die Kleider wieder an die vorherige Stelle. B hat von alledem nichts bemerkt und weiter gebadet. Strafbarkeit des A wegen § 239 I?.

### D. Nachstellung (Stalking), § 238

#### I. Begründung

Seit 2007 erfüllt „Stalking“ einen eigenen Tatbestand; schwere Formen von Stalking waren bereits zuvor etwa gem. §§ 123, 185, 223, 240 StGB und § 4 GewSchG strafbar, doch waren „weichere“ Formen von Stalking dadurch nicht oder nur rudimentär zu erfassen, obwohl in einer Gesamtbetrachtung darin durchaus strafwürdige Freiheitsverletzungen des Opfers zu sehen sind. Erstes Leiturteil: BGHSt 54, 189. -

#### II. Geschütztes Rechtsgut

§ 238 schützt als Rechtsgut den **individuellen Lebensbereich**, indem die Handlungs- und Entschließungsfreiheit des Opfers geschützt wird (vgl. Lackner/Kühl, § 238 Rn. 1).

#### III. Struktur

Strukturell handelte es sich bis 2017 um ein Erfolgsdelikt; der Erfolg der Tathandlung (der Nachstellungen) lag in der dadurch kausal verursachten **schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung** des Opfers (§ 238 I aF). Der Versuch von Abs. 1 und 2 (beide Vergehen) ist nicht strafbar. Mit der Neufassung 2017 wurde § 238 zu einem **Eignungsdelikte (= potenzielles Gefährdungsdelikt)**, bei dem bloß noch die Eignung zur schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung gegeben sein muss. § 238 II enthält eine (Vergehens-) Qualifikation, § 238 III eine Er-

folgsqualifikation, die aufgrund des Verbrechenscharakters gem. §§ 23 I, 12 I auch zu einer Versuchsstrafbarkeit führt.

§ 238 ist kein Dauerdelikt, doch werden mehrere Handlungen iSv § 238 I Nr. 1 – 4 zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit zusammengefasst, wenn sie erst in ihrer Gesamtheit den Erfolg in Form der schwerwiegenden Beeinträchtigung erreichen (BGHSt 54, 189, 197, 201). Verwirklicht der Täter parallel mehrere strafbare Verhaltensweisen iSv § 238 I, liegt nur eine Tat vor; Nr. 5 ist demgegenüber exklusiv, weil diese Tatvariante explizit eine andere als die in Nr. 1 – 4 genannten Taten fordert (Kühl, in: Lackner/Kühl, § 238 Rn. 12).

#### IV. Grundtatbestand, § 238 I

**1. Obj.:** Der tatbestandliche **Erfolg** in Form einer **schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers** muss iSd csqn-Formel kausal durch das Nachstellen verursacht worden sein, was der Gesetzgeber als die beharrliche Begehung einer der vier explizit genannten Handlungen (Nr. 1 – 4) oder einer „anderen vergleichbaren Handlung“ versteht. Damit kommt es nicht darauf an, den Begriff „Nachstellung“ zu definieren; maßgeblich ist nur die Verwirklichung einer der genannten Tathandlungen sowie, dass dies **beharrlich** (wiederholt und in der Haltung gesteigerter Missachtung oder Gleichgültigkeit gegenüber dem Opfer in der Absicht, sich zukünftig entsprechend zu verhalten, vgl. BGHSt 54, 189, 195) geschieht.

Zu den einzelnen Tathandlungen vgl. Lackner/Kühl, § 238 Rn. 4; im Lichte des Bestimmtheitsgrundsatzes und des Analogieverbots ist Nr. 5 verfassungsrechtlich problematisch und kann wohl nur als „innertatbestandliche Analogie“ „gehalten“ werden (vgl. Kühl, in: Lackner/Kühl, § 238 Rn. 5).

**Unbefugt** ist Tatbestandsmerkmal, so dass bereits obj. die Tatbestandsmäßigkeit zu verneinen ist, wenn der Täter zu seinem Nachstellen befugt ist, namentlich aufgrund eines Einverständnisses des Opfers, aber auch aufgrund Gesetzes (zB der Gerichtsvollzieher).

**2. Subj.:** Erforderlich ist stets **mind. bed. Vorsatz** (§ 15), doch verlangen einzelne Tathandlungen gezieltes Vorgehen (zB Nr. 1: „seine räumliche Nähe aufsucht“ erfordert das gezielte Ansteuern des Opfers, nicht bloß für möglich gehaltene Kontakte etwa an einer Bushaltestelle, die beide benutzen).

### E. Erpresserischer Menschenraub und Geiselnahme, §§ 239a, 239b

#### I. Struktur

Strukturell handelt es sich bei §§ 239a I Alt. 1, 239b I Alt. 1 um **unvollkommen zweiaktige Delikte**, bei denen die Begehung einer Erpressung bzw. qualifizierten Nötigung nur beabsichtigt ist (dol. dir. I); für die Vollendung erforderlich ist nur eine vorgelagerte Handlung (Entführung, Sich-Bemächtigen). Probleme ergeben sich aus dem gegenüber den intendierten, aber noch nicht einmal unbedingt versuchten Delikten sehr hohen Strafrahmen und dem sehr weit vorverlagerten Vollendungszeitpunkt (Abschluss des Sich-Bemächtigens etc.), der einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch ausschließt (bei §§ 239a f. besteht die Möglichkeit einer Strafmilderung wegen tätiger Reue, § 239a IV). Die Ausnutzungs-Varianten der §§ 239a I Alt. 2, 239b I Alt. 2 bilden zweiaktige Erfolgsdelikte, bei denen der Täter zunächst für das Opfer eine „Entführungs“-Lage schafft und diese danach zur Erpressung ausnutzt.

Beide Tatbestände sehen – wie § 251 – eine **Erfolgsqualifikation bei wenigstens leichtfertiger** (= grob fahrlässiger) **Todesverursachung** vor (§§ 239a III [i. V. m. §

239b II]); abweichend von § 18 genügt damit für den Todeseintritt nicht jede Form von Fahrlässigkeit.

## II. Rechtsgut

§§ 239a, 239b schützen primär die **persönliche Freiheit und Unversehrtheit des Opfers**, daneben die **persönliche Freiheit des Dritten**, dessen Sorge ausgenutzt werden soll; **§ 239a** schützt schließlich **auch das Vermögen**.

## III. Tatbestandssystematik

§§ 239a, 239b enthalten jeweils einen **Entführungstatbestand** (Alt. 1), der das Entführen und Sich-Bemächtigen als Tathandlung mit einer überschießenden Absicht kombiniert, sowie einen **Ausnutzungstatbestand** (Alt. 2), der das Ausnutzen dieser Lage zu einer Erpressung oder qualifizierten Nötigung als Tathandlung vorsieht und daher keine überschießende Innentendenz aufweist. In der (Fall-)Praxis überwiegt der strukturell kompliziertere Entführungstatbestand.

## IV. Entführungstatbestand

### 1. Tathandlungen:

**a) Entführen:** Verbringen des Opfers an einen anderen Aufenthaltsort mit der Wirkung, dass es dem ungehemmten Einfluss des Täters ausgesetzt ist. Die Ortsveränderung muss **gegen den Willen des Opfers bzw. des Personensorgeberechtigten** erfolgen. Entführungsmittel sind Drohung, Gewalt oder List.

**b) Sich-Bemächtigen:** Begründung eigener physischer Herrschaft i. S. von Verfügungsgewalt über den Körper eines anderen ohne notwendige Ortsveränderung; hierfür kann das In-Schach-Halten mit einer (auch Schein-)Waffe genügen.

### 2. subj. Tatbestand:

Hinsichtlich der **Tathandlung** (Entführen, Sich-Bemächtigen) genügt **bed. Vorsatz** (§ 15); dazu muss die **Absicht** (dol. dir. I) kommen, **diese Lage** zu einer Erpressung (§ 239a) oder einer hinsichtlich der Nötigungsmittel (Drohung mit dem Tod, einer schweren Körperverletzung oder Freiheitsberaubung von über einer Woche) qualifizierten Nötigung (§ 239b) **auszunutzen**. Soweit der Täter eine Erpressung intendiert, geht § 239a vor; verfolgt er daneben einen weiteren Nötigungszweck (z. B. sexuelle Nötigung), ist Tateinheit mit § 239b gegeben.

## V. Ausnutzungstatbestand

**1. Obj.:** Ausnutzen einer zuvor durch den Täter – nicht auch einen „Trittbrettfahrer“ – erfolgten Erpressungs- oder Bemächtigungslage zu einer Erpressung bzw. qualifizierten Nötigung, d.h. mind. i.S.v. § 22 unmittelbar zur Erpressung/Nötigung ansetzen.

**2. Subj.:** Da der Täter die später ausgenutzte Lage geschaffen haben muss, muss er insoweit vorsätzlich – wenngleich (noch) ohne Ausnutzungsabsicht – gehandelt haben; z. Z. des Ausnutzens muss er Kenntnis von der Lage des Opfers haben sowie die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Erpressung (u. a. Bereicherungsabsicht) bzw. qualifizierten Nötigung.

## VI. Prüfungsrelevantes Problem: 2-Personen-Verhältnis

§§ 239a f. waren ursprünglich nur für 3-Personen-Verhältnisse konzipiert: Der Täter entführte ein Opfer, um dadurch einen Dritten zu erpressen bzw. zu nötigen. Seit 1989 ist jedoch tatbestandlich auch eine Entführung (bzw. ein Sich-Bemächtigen)

des anschließend zu Erpressenden bzw. zu Nötigenden (sowie deren Ausnutzung). Vor allem in diesen Fällen stellt sich das Problem der Abgrenzung zu den durch die Erpressung bzw. das Sich-Bemächtigen erst angestrebten Straftaten.

Besonders krass ist die Divergenz im Fall *BGHSt* 40, 90: Durch Todesdrohungen soll das Opfer, dessen sich der Täter bemächtigt hat, zur Preisgabe von Namen gezwungen werden (= versuchte Nötigung gem. §§ 240, 22 [Strafraumen bis zu 3 Jahre, im besonders schweren Fall bis zu 5 Jahre Gefängnis mit Milderungsmöglichkeit gem. § 23 II und Rücktrittsmöglichkeit gem. § 24 I bis zur Nennung der Namen] oder zusätzlich vollendete Geiselnahme gem. § 239b I [Freiheitsstrafe 5 – 15 Jahre; bei Aufgabe der Sich-Bemächtigung vor Namensnennung nur Strafmilderungsmöglichkeit gem. § 239b II i. V. m. § 239a IV 1])? → Der Große Senat des BGH hat 1994 allerdings anerkannt, dass §§ 239a f. auch im 2-Personen-Verhältnis grundsätzlich uneingeschränkt anwendbar sein sollen. Erforderlich ist nur:

- eine **Stabilisierung der Lage des Opfers** der Entführung oder des Sich-Bemächtigens **vor dem intendierten Ausnutzen** dieser Lage sowie
- ein **funktionaler Zusammenhang zwischen den beiden Teilakten** des Entführens/Sich-Bemächtigens einerseits und der intendierten Erpressung/Nötigung.

Diese Voraussetzungen werden bei einer Entführung zumeist gegeben sein, denn die dafür erforderliche Lageveränderung wird zunächst zu einer gewissen Stabilisierung der örtlich ungünstigen Lage führen und dadurch anschließend auch zur Erpressung etc. funktionalisiert werden (z.B. *BGHSt* 40, 350: Die Täter entführen das Opfer in ein Getreidefeld, um es dort zu vergewaltigen → Strafbar gem. § 239b). Dagegen dürfte es beim bloßen Sich-Bemächtigen häufig an einer Stabilisierung der (Bemächtigungs-)Lage fehlen, weil die Bemächtigungshandlung mit dem Nötigungsmittel der intendierten Erpressung/Nötigung übereinstimmt (z.B. Bankräuber nötigt Bankangestellten mit vorgehaltener Pistole zur Herausgabe von Geld), so dass der zeitweiligen Stabilisierung der Lage des Opfers durch die Bemächtigungshandlung gegenüber dem nachfolgenden Nötigungsmittel kein eigenständiges Gewicht zukommt.

## VII. Fälle:

**Fall 1: Bombenattrappe** – *BGH*, *NStZ* 1999, 509 (= *Kühl*, *HRR-BT* Nr. 38; dazu *Bspr. Baier*, *JA* 2000, 191): A betrat mit einer ungeladenen Schreckschusspistole und einer Bombenattrappe das Büro des Sparkassenfilialleiters S, den er mit der Pistole bedrohte; die Attrappe gab er für eine in drei Minuten zündende Zeitbombe aus. S hielt die „Bombe“ für echt und telefonierte daher gemäß dem Verlangen von A die Kassiererin K herbei, die dem Ansinnen von S folgte und 307.000 DM aus Kasse und Tresor, die sich in anderen Räumen befanden, holte, weil sie die „Bombe“ ebenfalls für echt hielt. A flüchtete mit dem Geld und S als Geisel, den er kurz darauf freiließ. Strafbarkeit des A nach §§ 239a, 253, 255?

**Fall 2: Getreidefeld** – *BGHSt* 40, 350 (= *Kühl*, *HRR-BT* Nr. 39; grundlegende Entscheidung des Großen Senats – überholt ist dadurch u. a. die Arg. in *BGHSt* 39, 36 u. 330!): A, B und C sahen die F verlassen auf einem Parkplatz stehen und sich gerade übergeben. Sie fassten den Entschluss, F zu vergewaltigen; weil der Parkplatz leicht einsehbar war, wollten sie dazu F in das angrenzende Getreidefeld bringen. A fragte F, ob er ihr helfen könne. F bejahte, und ohne Argwohn ließ sie sich von A, B und C in das Feld tragen. Dort wurde sie gepackt, zu Boden gedrückt und mehrfach vergewaltigt. B hielt ihr dabei ein Messer an den Hals und bedrohte sie mit dem Tode. Strafbarkeit nach § 239b?

## Konkurrenzen

Hinweis: Die Frage nach den Konkurrenzen stellt sich nur und erst **nach Bejahung von zwei oder mehr Tatbeständen** des Kern- und/oder Nebenstrafrechts durch eine Person, sei es, dass der Täter

- verschiedene Tatbestände oder
- denselben Tatbestand mehrfach

rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht hat (*Kühl* AT 21/1). Sie kann dann entweder am Ende der Prüfung des zweiten bzw. letzten der in einem Komplex bejahten Tatbestände oder ganz am Ende der Klausur unter der Überschrift „Konkurrenzen und Ergebnis“ behandelt werden. Prüft man Grundtatbestand und Qualifikation zusammen (zB §§ 223, 224) oder unmittelbar nacheinander (zB I. § 223, II. § 224), empfiehlt es sich, bereits am Ende dieser Prüfung(en) das Konkurrenzverhältnis beider Tatbestände zu klären (Formulierung zB: „die Qualifikation des § 224 verdrängt aufgrund von Spezialität den Grundtatbestand des § 223“); bei nicht derart eng zusammenhängenden Tatbeständen dürfte hingegen zumeist eine Konkurrenzprüfung am Ende der Arbeit vorzugswürdig sein (unter der Überschrift: „Konkurrenzen und Gesamtergebnis“).

### I. Abgrenzung von Tateinheit und Tatmehrheit (§§ 52, 53)

- **Tateinheit** (*Idealkonkurrenz*, § 52) kommt immer dann in Betracht, wenn der Täter mit *einer* Handlung mehrere Tatbestände verwirklicht und diese nicht hinter einen der Tatbestände zurücktreten (zB wegen Spezialität oder Subsidiarität).
- **Tatmehrheit** (*Realkonkurrenz*, § 53) liegt vor, wenn jemand „mehrere Straftaten begangen“, d.h. durch mehrere selbständige Handlungen verschiedene Strafgesetze (*ungleichartige Tatmehrheit*, zB erst Körperverletzung, dann Betrug) oder dasselbe Strafgesetz mehrmals (*gleichartige Tatmehrheit*, zB zwei Körperverletzungen nacheinander gegen eine Person oder verschiedene Personen) verletzt hat (*Ebert* AT S. 228).

### II. Erscheinungsformen

#### 1. Tateinheit

Voraussetzung für die Annahme von *Tateinheit* (*Idealkonkurrenz*, § 52) ist immer, dass wenigstens zwei Straftatbestände nebeneinander verwirklicht sind, von denen nicht der einen gegenüber dem anderen zurücktritt (dazu unten); in letzterem Falle macht sich der Täter nämlich nur wegen der Haupttat strafbar, während bei Tateinheit die tateinheitliche Strafbarkeit wegen zwei oder mehr Tatbeständen festgestellt wird.

#### **Erscheinungsformen der Handlungseinheit:**

**a) Natürliche Handlung** bzw. **Handlung in einem natürlichen Sinne:** Soweit der Täter mit einer einzigen Handlung mehrere Straftatbestände nebeneinander (oder auch einen mehrfach gegenüber verschiedenen Rechtsgutsträgern) verwirklicht, ist immer § 52 anzuwenden.

**b) Natürliche Handlungseinheit:** durch derart unmittelbaren Zusammenhang zwischen mehreren strafrechtlich erheblichen Verhaltensweisen gekennzeichnetes Verhalten, dass sich das gesamte Tätigwerden (objektiv) auch für einen Dritten bei natürlicher Betrachtungsweise als ein einheitliches zusammengehöriges Tun darstellt (BGHSt 4, 220). *Voraussetzungen:*

- gleichartige Begehungsweise,
- unmittelbarer räumlicher und sachlicher Zusammenhang der Teilakte,
- einheitliche Willensbetätigung und
- Vorgang muss sich für Dritten als erkennbar als zusammengehöriges, einheitliches Tun darstellen.

**c) Rechtliche Handlungseinheit:** Hier beruht die Annahme einer Handlungseinheit auf rechtlicher Betrachtungsweise. Unterfälle:

- *Tatbestandliche Handlungseinheit* (zB bei mehraktigen Delikten [zB § 249: Gewalt/Drohung + Wegnahme; § 239b: Entführung/Bemächtigung + Nötigung], Dauerdelikten [zB § 239: Freiheitsberaubung dauert längere Zeit an]). Angewandt wird der Begriff einer tatbestandlichen Handlungseinheit auch auf eine sukzessive Tatausführung, bei der der Täter mit mehreren Versuchsakten zur Tatausführung ansetzte, ohne dass der Erfolg eingetreten wäre (vgl. BGHSt 41, 368); Tateinheit liegt dann vor, wenn der Täter nach den Grundsätzen über den Rücktritt vom Versuch noch strafbefreiend zurücktreten könnte (vgl. Kühl AT 21/25a).
- *Fortgesetzte Tat* (in der Folge von BGHSt 40, 138 fast gänzlich aufgegeben).
- *Handlungseinheit bei partieller Handlungsidentität*, wenn sich Tatbestandsausführungshandlungen, die zur Verwirklichung verschiedener Straftatbestände führen, teilweise decken (zB Gebrauch einer verfälschten Urkunde [§ 267 I Alt. 3] als Täuschungshandlung des Betrugs [§ 263 I]). Hierher gehört auch die Frage nach der Klammerwirkung eines dritten Straftatbestandes (zB § 316 bei einer Trunkenheitsfahrt, während der Straftaten begangen werden; Ordnungswidrigkeiten entfalten keine Klammerwirkung für Straftatbestände!), die von der Rspr. nur bejaht wird, wenn das klammernde Delikt nicht das „schwächste Glied in der Kette ist“ (eines der verklammerten Delikte muss mithin schwächer als das klammernde sein, BGH NStZ-RR 2005, 262 mit Anm. Kudlich JuS 05, 383: §§ 255, 251 können daher keine Morde [§ 211] verklammern.). I.ü. soll nach Rspr. die teilweise Identität auch erst im Stadium zwischen Vollendung und Beendigung möglich sein.

## 2. Gesetzeskonkurrenz

**a) Spezialität:** Dafür muss ein Tatbestand (evtl. erst nach Auslegung seines Inhalts) vollständig in einem anderen Tatbestand, der noch weitere Voraussetzungen enthält, enthalten sein (so verdrängt § 249 den § 242; § 240 tritt hinter § 113 zurück; § 216 ist lex specialis zu § 212, nach hL ebenso § 211 gegenüber § 212). → Das gilt generell für Qualifikationen und Privilegierungen!

**b) Subsidiarität:** Diese kann ausdrücklich im Gesetz angeordnet sein (zB in §§ 246 I, 248b I, 265 I, 316) oder sich materiell ergeben (vgl. Kühl AT 21/54 ff.).

**c) Konsumtion:** Aufgrund wertender Betrachtung werden typische Begleitdelikte durch das „Hauptdelikt“ verdrängt (zB § 123 durch §§ 243 I Nr. 1, 244 I Nr. 3 nF [nach neuester Rspr soll dies aber nicht mehr gelten]; § 242 bzgl. des Benzins durch § 248b), weil deren Unwert den der Begleittat bereits mitumfasst hat.

### 3. Mitbestrafte Vor- und Nachtaten

Auch bei diesen ist der Unrechtsgehalt bereits durch die Bestrafung der in erster Linie strafwürdigen Haupttat abgegolten (zB [Sicherungs-]Betrug nach strafbarer Erlangung einer fremden Sache durch Diebstahl: Der Täter täuscht dem zuvor Bestohlenen vor, er habe die Sache nicht, so dass dieser von seinem Herausgabeverlangen absieht).

### III. Täterschaft und Teilnahme

Bei Mittäterschaft/mittelbarer Täterschaft entscheidet sich die Frage nach Tateinheit/mehrheit allein nach dem Beitrag des einzelnen Tatbeteiligten: Fördert der Hintermann mit nur EINEM Tatbeitrag mehrere Einzeltaten der Vorderleute, so greift § 52 (BGH StV 2002, 73). Das gleiche gilt für den Anstifter oder Gehilfen, der nur eine Anstiftung bzw. Hilfeleistung zu mehreren Taten erbringt (vgl. BGHSt 49, 306, 316).

### IV. Sonderfall: Wahlfeststellung

*Voraussetzungen* (ausführlich zu den verschiedenen Konstellationen Baumann/Weber/Mitsch AT<sup>11</sup> § 10; Kühl AT 21/68):

- Nach Würdigung aller Beweismittel muss feststehen, dass der Täter jedenfalls einen von beiden Straftatbeständen verwirklicht hat,
- die wahldeutigen Tatvorwürfe müssen **rechtsethisch und psychologisch vergleichbar** sein (verneint zB zwischen § 323a und Rauschat, § 242 und § 263; bejaht dagegen für § 242 und § 259 [vgl. Jescheck/Weigend AT<sup>5</sup> § 16 Fn. 22, 23]). Ohne weiteres zulässig ist Wahlfeststellung, wenn es nur um die Wahl zwischen zwei möglichen Tatbestandsalternativen geht (zB bei § 211 Mordlust oder niedrige Beweggründe). Ist eine Wahlfeststellung zulässig, so ist das mildere Gesetz anzuwenden. Im Einzelnen ist allerdings str., wann nicht der Grundsatz in dubio pro reo Vorrang hat.

### V. Prozessuale Folge: Strafklageverbrauch

*Prozessuale Wirkungen* von Tateinheit, insbes. *Strafklageverbrauch* („**ne bis in idem**“), vgl. Art. 103 III GG und § 264 StPO für nationale Sachverhalte, Art. 54 SDÜ und Art. 50 Grundrechte-Charta für Strafklageverbrauch innerhalb der EU: Keiner darf wegen *einer* Tat mehrfach bestraft werden. Grundsätzlich orientiert sich die *Tat im prozessualen Sinne* am Begriff der *Tateinheit* im materiellen Sinne (Ausnahmen: keine Tat im prozessualen, wohl aber im materiellen Sinne sind die sog. Organisationsdelikte [zB §§ 129, 129a, 129b], so dass eine Verurteilung wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung nicht einer weiteren wegen der Beteiligung an durch diese Vereinigung begangenen Delikten [zB Raub, Mord] entgegensteht; andererseits soll trotz Tatmehrheit iSv § 53 bei Annahme einer Zäsurwirkung eines Unfalls im Straßenverkehr von nur einer Tat im prozessualen Sinne auszugehen sein, so dass eine Bestrafung wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 ein erneutes Strafverfahren wegen der zum Unfall führenden gefährlichen Fahrweise gem. § 315c ausschließt).

## VI. Fälle:

**Fall 1:** *Ballermann* – BGH JR 1985, 512 (m. abl. Anm. *Maiwald*): A schoss aufgrund einheitlichen Willensentschlusses mit bedingtem Tötungsvorsatz auf drei verschiedene Personen, die er als Zielobjekte aus einer Menschenmenge zufällig erfasst hatte. Die Opfer wurden jeweils verletzt. Stehen die Tötungsversuche in einer natürlichen Handlungseinheit i. S. d. § 52?

**Fall 2:** *Kindstod* – BGH NStZ 1996, 129 (m. Anm. v. *Heintschel-Heinegg*, JA 1996, 537): A wollte mit ihren beiden Kleinkindern T und S zusammen aus dem Leben scheiden. In einem Hotelzimmer vermischte sie in 2 Gläsern eine aus Schlaf-, Migräne- und Kopfschmerztabletten in Wasser aufgelöste breiige Tablettenmasse mit Cola und gab dieses Getränk ihren Kindern, die alsbald einschliefen. Als sich kurze Zeit später T erbrach, kam A die Vorstellung, dass das verabreichte Tablettengemisch möglicherweise nicht ausreichen würde, um ihre Kinder zu töten. Daraufhin erdrosselte sie zuerst S mit einem Wollschal im Bett, sodann auch T auf dem Boden, nachdem sie diese geraume Zeit im Arm gehalten und gestreichelt hatte. Besteht zwischen beiden Tötungen eine natürliche Handlungseinheit?

**Fall 3:** *Unfallflucht* – BGHSt 21, 203: A hatte im Zustand alkoholbedingter absoluter Fahruntüchtigkeit mit seinem Pkw an einem Fußgängerüberweg zwei Menschen angefahren und tödlich verletzt. Als er, noch im Fahren, die schweren Unfallfolgen mindestens hinsichtlich eines Menschen erkannte, fasste er den Entschluss, sich den Feststellungen durch Flucht zu entziehen und fuhr deshalb ohne Halt weiter. Es lässt sich nicht ausschließen, dass die beiden Personen auch durch einen nüchternen Fahrer tödlich verletzt worden wären. Strafbarkeit wegen §§ 222, 316 I, II, 142 und § 316 I, II? – Keine Zäsur soll hingegen der verkehrsbedingte oder freiwillige Halt sein, weil hier kein neuer Tatentschluss angenommen werden soll (S. 204).

**Fall 4:** *Ehestreit* – BGH NStZ-RR 1999, 101: Im Verlauf eines Streites würgte A seine Ehefrau E, um sie dazu zu bringen, ihm „endlich zuzuhören“; Tötungsvorsatz hatte er hierbei noch nicht. Als E plötzlich leblos in sich zusammen sank, legte A sie auf ein Sofa und öffnete ihre Jacke. Dabei fielen ein Foto seines Stiefvaters S sowie ein Liebesbrief der E an S aus der Innentasche der Jacke. Dadurch geriet A so in Wallung, dass er die immer noch leblos da liegende E erneut – und diesmal mit bedingtem Tötungsvorsatz würgte. Es lässt sich nicht mehr feststellen, ob bereits die erste Würgehandlung oder erst die zweite den Tod der E verursachten. Strafbarkeit des A wegen §§ 224, 227, 212, 213?

**Fall 5:** *Wahlfeststellung* – BGH NStZ 1992, 83: A, Häftling in einer JVA, hat nach den Feststellungen des Gerichts entweder sich seines Zellenkumpans Z bemächtigt, um so ein Gespräch mit der Anstaltspsychologin P zu erreichen, oder Z war damit einverstanden, dass sich A seiner „bemächtigte“, um so die P in die Zelle zu locken, um sich gemeinschaftlich ihrer zu bemächtigen und ein Fluchtauto zu erpressen. P jedenfalls kam nicht in die Zelle von A und Z. Strafbarkeit wegen §§ 239a, b oder § 30 II?