Examinatorium Strafrecht / AT / Versuch 1 / Unmittelbares Ansetzen – Arbeitsblatt Nr. 1

Zeitpunkt des „unmittelbaren Ansetzens“ des mittelbaren Täters

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: T überredet den schwachsinnigen und ihm hörigen Z, am nächsten Morgen den A in der Badewanne zu erschießen. Er übergibt ihm eine geladene Pistole sowie die Adresse des A und weitere Instruktionen. Z geht nach Hause, verliert aber die Adresse des A und tut daher nichts. Hier hat der Tatmittler Z zur Tatbestandsverwirklichung noch nicht unmittelbar angesetzt. Fraglich ist, ob es für den mittelbaren Täter T zu einer Vorverlegung des Zeitpunktes des Versuchsbeginns kommt oder ob ein Versuch des mittelbaren Täters erst zu dem Zeitpunkt beginnt, in dem der Tatmittler zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar ansetzt.

1. Strenge Akzessorietätstheorie (= Gesamtlösung)

Vertreter: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, § 22 Rn. 78; *Bung,* JA 2007, 868 (871); *Busch*, GA 2024, 77; *Eschenbach*, JURA 1992, 645; *Gössel*, JR 1976, 250; *Kadel*, GA 1983, 307; *Köhler*, S. 541 f.; *Krack*, ZStW 110 (1998), 628; *Krack/Schwarzer*, JuS 2008, 140 (141); *Krey/Esser*, Rn. 1239; *Kühl*, § 20 Rn. 91; *ders.*, JuS 1983, 182; *Küper*, JZ 1983, 369; *Küpper*, GA 1986, 447; *ders.*, GA 1998, 521; Lackner/Kühl/Heger-*Heger*, § 22 Rn. 9a; LK-*Vogler*, 10. Aufl., § 22 Rn. 101; *Maurach/Gössel/Zipf-Renzikowski*, AT 2, § 48 Rn. 136 f.; *Meyer*, ZStW 87 (1975), 608; *Rath*, JuS 1999, 143; *Eb. Schmidt*, Frank-FG, Bd. 2, S. 132; SK-*Hoyer*, § 25 Rn. 147; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 12 Rn. 105.

Inhalt: Das Versuchsstadium beginnt auch für den mittelbaren Täter erst in dem Moment, in dem der Tatmittler unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt.

Argument: Das Einwirken auf den Tatmittler und dessen dem mittelbaren Täter zurechenbares Verhalten bilden eine normative Einheit. Der mittelbare Täter handelt gerade „durch“ den Tatmittler und somit nicht früher als dieser. Die bei der Mittäterschaft entwickelte „Gesamtlösung“ ist auf die mittelbare Täterschaft zu übertragen.

Konsequenz: Vorbereitungsstadium und Versuch beginnen und enden für den mittelbaren Täter und den Tatmittler zur gleichen Zeit.

Kritik: Diejenige Handlung, die dem mittelbaren Täter vorzuwerfen ist, ist das Einwirken auf den Tatmittler. Dessen spätere Tat ist lediglich der Erfolg dieser Handlung, vergleichbar in etwa mit dem In-Gang-Setzen eines mechanischen Werkzeuges. Der Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens des Tatmittlers ist dem mittelbaren Täter aber oftmals gar nicht bekannt und für diesen daher höchst zufällig.

2. Einwirkungstheorie (= Einzellösung)

Vertreter: **Rechtsprechung (früher):** RGSt 53, 12 f.; 53, 45 f.; 77, 172.
Aus der Literatur: *Baumann*, JuS 1963, 92 f.; *Baumann/Weber/Mitsch*, 11. Aufl. 2003; § 29 Rn. 155; *Bockelmann*, JZ 1954, 468 (473); *Bockelmann/Volk*, § 22 II 3b; *Herzberg*, MDR 1973, 94; *ders.*, Roxin-FS 2001, S. 749 (751 f.); *Jakobs*, 21/105; *Merkel*, ZStW 107 (1995); 545 (550); *Puppe*, AT, § 20 Rn. 28 ff., 41; *dies.*, JuS 1989, 361 (363 f.); *Saliger*, JuS 1995, 1004 (1008 f.); *Schilling*, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, S. 104 ff.

Inhalt: Das Versuchsstadium beginnt für den mittelbaren Täter bereits dann, wenn er auf den Tatmittler einzuwirken beginnt.

Argument: Die tatbestandsmäßige Handlung des mittelbaren Täters ist gerade und nur das Einwirken auf den Tatmittler. Damit wird eine Kausalkette in Gang gesetzt, die ein gewisses Risiko hervorruft und bei der damit zu rechnen ist, dass der Erfolg nur noch dann abgewendet werden kann, wenn der mittelbare Täter erneut – entgegengesetzt – auf den Tatmittler einwirkt. Die Situation ist vergleichbar mit der versuchten Anstiftung, die auch mit der Einwirkung des Anstifters auf den Täter beginnt.

Konsequenz: Vorverlagerung des Versuchsbeginns ins Vorbereitungsstadium; Rücktritt vom Versuch wird oftmals zu prüfen sein.

Kritik: Die Einschaltung eines Tatmittlers darf nicht zur Vorverlagerung der Versuchsstrafbarkeit ins Vorbereitungsstadium führen. Die straflose Verabredung eines Vergehens bei Annahme von Mittäterschaft wäre somit bei der mittelbaren Täterschaft bereits Versuch. Ferner liegt ein Verstoß gegen das Unmittelbarkeitserfordernis des § 22 StGB vor.

3. Differenzierte Theorie

Vertreter: *Blei*, § 72 II 4; *Kohlrausch/Lange*, Strafgesetzbuch Kommentar, 1956, II 3 vor § 43; *Welzel*, § 24 III 5.

Inhalt: Das Versuchsstadium beginnt für den mittelbaren Täter in den Fällen, in denen der Tatmittler gutgläubig ist, bereits mit dem Einwirken auf den Tatmittler, in den Fällen, in denen dieser bösgläubig ist, erst zu dem Zeitpunkt, in dem der Tatmittler unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt.

Argument: Ist das Werkzeug gutgläubig, so setzt der mittelbare Täter mit der Einwirkung eine Kausalkette in Gang, bei der damit zu rechnen ist, dass der Erfolg nur noch dann abgewendet werden kann, wenn der mittelbare Täter erneut – entgegengesetzt – auf den Tatmittler einwirkt. Die Situation ist vergleichbar mit dem In-Gang-Setzen eines mechanischen Werkzeuges oder eines Tieres. Ist das Werkzeug hingegen bösgläubig, entscheidet der Tatmittler selbst darüber, ob und wann er handelt oder nicht.

Konsequenz: Der Versuchsbeginn hängt von der Qualität des Werkzeuges ab.

Kritik: Auch bei der unmittelbaren Täterschaft ist die Qualität des Werkzeuges gleichgültig. Wird das Delikt vollendet, so werden die Handlungen des Tatmittlers dem mittelbaren Täter auch ohne Rücksicht darauf zugerechnet, ob er gut- oder bösgläubig war. Zudem ist es nicht einzusehen, warum der mittelbare Täter bei einem gutgläubigen Werkzeug eher bestraft werden soll, als bei einem bösgläubigen.

4. Rechtsgutsgefährdungstheorie

Vertreter: **Rechtsprechung:** BGHSt 4, 273; BGHSt 30, 365; BGHSt 40, 268 f.; BGHSt 43, 180; BGHSt 68, 15; BGH NStZ 2021, 92.
Aus der Literatur: *Bosch*, JURA 2011, 915; *Busch*, GA 2024, 77 (92); *Engländer*, JuS 2003, 330 (335); Fischer-*Fischer/Anstötz*, § 22 Rn. 26 ff.; *Heinrich*, Rn. 751; *Hoffmann-Holland*, Rn. 644; *Jäger*, Rn. 448; *Jahn*, JuS 2021, 84; *Jescheck/Weigend*, § 62 IV 1; *Kudlich*, JuS 1998, 600 f.; LK-*Hillenkamp*, 12. Aufl., § 22 Rn. 158 ff.; LK-*Murmann*, 14. Aufl., § 22 Rn. 227 ff.; *Maier*, MDR 1986, 361; *Roxin*, JuS 1979, 11 f.; *ders.*, Maurach-FS, S. 217 f.; SSW-*Kudlich/Schuhr*, § 22 Rn. 57; TüKo-StGB-*Bosch*, § 22 Rn. 54a; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 979.

Inhalt: Das Versuchsstadium beginnt für den mittelbaren Täter dann, wenn er mit seiner Einwirkung auf den Tatmittler das Rechtsgut unmittelbar gefährdet oder das Geschehen aus der Hand gibt und ohne weitere Einflussmöglichkeiten auf den Tatmittler überträgt.

Argument: Erst dann, wenn der mittelbare Täter keine Einwirkungsmöglichkeiten mehr besitzt, setzt er die Kausalkette vollständig in Gang. Solange es zur Bewirkung des Erfolges noch weiterer Teilakte des mittelbaren Täters bedarf, befindet sich die Tat hingegen lediglich im Vorbereitungsstadium, da der mittelbare Täter das Geschehen noch in der Hand hat.

Konsequenz: Es ist immer zu prüfen, ob der mittelbare Täter noch Einfluss auf den Tatmittler ausüben kann.

Kritik: Die Einschaltung eines Tatmittlers darf nicht zur Vorverlegung der Versuchsstrafbarkeit ins Vorbereitungsstadium führen.

Examinatorium Strafrecht / AT / Versuch 2 / Unmittelbares Ansetzen Unterlassungsdelikt – Arbeitsblatt Nr. 2

Zeitpunkt des „unmittelbaren Ansetzens“ beim Unterlassungsdelikt

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung:
Vater V bemerkt, dass sein 6-jähriger Sohn S (Nichtschwimmer) beim Baden im See zu weit vom Ufer abgekommen ist, um Hilfe schreit und zu ertrinken droht. Obwohl es ihm als gutem Schwimmer möglich wäre, den S zu retten, unternimmt er zunächst nichts, da ihm der Tod des S gerade recht kommt. Erst als einige Minuten später sein Bekannter B vorbeikommt und ihn unter Androhung einer Anzeige zum Tätigwerden zwingt, rettet V den S, der inzwischen Wasser in die Lunge bekommen hat und längere Zeit im Krankenhaus behandelt werden muss.
Neben der hier unzweifelhaft vorliegenden Körperverletzung durch Unterlassen (V ist als Vater Garant!) ist hier auch versuchter Totschlag durch Unterlassen zu prüfen. Eine diesbezügliche Strafbarkeit hängt davon ab, ob V zur Tatbestandsverwirklichung bereits „unmittelbar angesetzt“ hat. Ein eventueller Rücktritt nach § 24 StGB scheidet hier mangels Freiwilligkeit aus. Man kann hinsichtlich des Zeitpunktes des unmittelbaren Ansetzens im Wesentlichen drei Theorien unterscheiden.

1. Theorie des letztmöglichen Eingriffs

Vertreter: AK-*Seelmann*, § 13 Rn. 84; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte (1959), S. 210 ff.; *Welzel*, § 28 A IV.

Inhalt: Das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung liegt (erst) in dem Zeitpunkt vor, indem der Garant die nach seiner Vorstellung letzte Rettungsmöglichkeit verstreichen lässt.

Argument: Die Rechtsordnung verlangt nur, dass der tatbestandsmäßige Erfolg abgewendet wird. Sofern aber die Erfolgsabwendung noch möglich ist, muss es dem Handlungspflichtigen überlassen bleiben, zu welchem Zeitpunkt er einschreiten will. Ansonsten würde das Strafrecht – entgegen den Grundsätzen bei den Begehungsdelikten – die sich nicht manifestierende verbrecherische Gesinnung sanktionieren.

Konsequenz: Es kann immer nur einen beendeten Versuch, nie einen unbeendeten Unterlassungsversuch geben, da Beginn und Ende des Versuchs notwendigerweise zusammenfallen (sonst wäre es nicht die „letztmögliche“ Rettungsmöglichkeit). Möglich ist daher in der Regel nur ein fehlgeschlagener oder ein untauglicher Versuch. Auch ein Rücktritt vom Versuch ist nach dieser Theorie kaum mehr möglich.

Kritik: Wer irrig weitere, in Wirklichkeit nicht vorliegende Rettungsmöglichkeiten annimmt, würde sich in einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum befinden. Bei den Begehungsdelikten entspricht dieser Irrtum hingegen einem unbeachtlichen Irrtum über den Kausalverlauf. – Die Theorie setzt, insbesondere bei sich über einen längeren Zeitraum erstreckendem Unterlassen im Interesse eines wirksamen Rechtsgüterschutzes zu spät ein. Denn Garantenpflichten verlangen nicht nur die bloße Erfolgsabwendung, sondern bereits die Abwendung einer Gefährdung. Auch widerspricht es der gesetzlichen Regelung, wenn für den gesamten Unterlassungsbereich der Rücktritt vom Versuch schon begrifflich nicht mehr möglich ist.

2. Theorie des erstmöglichen Eingriffs

Vertreter: *Herzberg*, MDR 1973, 96; *Klesczewski*, Rn. 489; *Lönnies*, NJW 1962, 1950; *Maihofer*, GA 1958, 297; *Schröder*, JuS 1962, 81 (86); vgl. auch aus der Rechtsprechung: RGSt 61, 361 f.; OGHSt 1, 359 ff.; wohl auch BGHSt 40, 271.

Inhalt: Das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung liegt bereits in dem Zeitpunkt vor, in dem der Garant die nach seiner Vorstellung erste Rettungsmöglichkeit verstreichen lässt.

Argument: Im Interesse des gefährdeten Rechtsgutes muss ein möglichst rasches Einschreiten gefordert werden.

Konsequenz: Die Strafbarkeit wird auf einen sehr frühen Zeitpunkt vorverlegt. Bei später doch noch vorgenommener Handlung kommt dann sehr häufig ein Rücktritt vom Versuch in Betracht.

Kritik: Die Vorverlagerung des Versuchsbeginns führt dazu, dass ein Verhalten, welches mangels Rechtsgutsgefährdung weder erforderlich noch geboten ist, bereits ein strafrechtlich relevantes Unterlassen darstellt. Durch die zu weite Vorverlagerung der Strafbarkeit gerät diese Theorie daher in die Nähe des Gesinnungsstrafrechts.

3. Theorie der unmittelbaren Rechtsgutsgefährdung (h.M.)

Vertreter: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Mitsch*, § 22 Rn. 76; *Blei*, § 86 III 2; Dölling/Duttge/König/Rössner-*Tag*, § 13 Rn. 32; Fischer-*Fischer/Anstötz*, § 22 Rn. 31 ff.; *Heinrich*, Rn. 755; *Jäger*, Rn. 447; *Hoffmann-Holland*, Rn. 650; *Jescheck/Weigend*, § 60 II 2; *Kindhäuser/Zimmermann*, § 36 Rn. 41; *Kühl*, § 18 Rn. 148; *Krey/Esser*, Rn. 1245; Lackner/Kühl/Heger-*Heger*, § 22 Rn. 17; LK-*Weigend*, 13. Aufl., § 13 Rn. 80; MüKo-*Hoffmann-Holland* 5. Aufl., § 22 Rn. 116 f.; NK-*Gaede*, § 13 Rn. 23; *Puppe*, AT, § 32 Rn. 6 f., 30; *Ritz*, JA 2022, 113; SSW-*Kudlich/Schuhr*, § 22 Rn. 68; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 14 Rn. 4; TüKo-*Bosch*, § 22 Rn. 50 f.; *Weigl/Gafus*, JURA 2022, 598; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 1227; vgl. aber auch BGHSt 38, 360; BGHSt 40, 270 f.

Inhalt: Das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung liegt in dem Zeitpunkt vor, in dem der Garant nach seiner Vorstellung entweder durch weitere Verzögerung der Rettungshandlung eine unmittelbare Gefahr für das Rechtsgut schafft oder aber den Kausalverlauf aus der Hand gibt.

Argument: Sinn und Zweck der Handlungspflicht ist es, dass das betroffene Rechtsgut nicht gefährdet wird. Nur eine solche Gefährdung kann pflichtwidrig sein. Vor diesem Zeitpunkt ist eine Rettungshandlung weder erforderlich noch geboten. Auf der anderen Seite ist der Garant nicht nur zur bloßen Schadensabwendung, sondern auch bereits zur Vermeidung der Gefahr für das bedrohte Rechtsgut verpflichtet.

Konsequenz: Die Rechtsgutsgefährdung muss konkret festgestellt werden.

Kritik: Wer irrig annimmt, eine Rechtsgutsgefährdung liege noch nicht vor, befindet sich nach dieser Theorie in einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum. Bei den Begehungsdelikten entspricht dies aber lediglich einem unbeachtlichen Irrtum über den Kausalverlauf.

Examinatorium Strafrecht / AT / Versuch 3 / Rücktritt vom Versuch – Arbeitsblatt Nr. 3

Möglichkeit des Rücktritts vom Versuch, wenn ein Versuchsakt fehlgeschlagen ist, der Erfolg aber weiterhin möglich bleibt

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: T will den O mit einem gezielten Schuss aus nächster Nähe töten. Als O sich nähert, feuert T ab. O geht getroffen zu Boden. Zur Überraschung des T erhebt sich der schwer, aber nicht lebensgefährlich verletzte O jedoch wieder und schleppt sich davon. Obwohl es dem T, der noch weitere Schüsse im Magazin hat, möglich wäre, noch weitere Schüsse auf O abzufeuern, unterlässt er dies und lässt den O fliehen.
Unproblematisch hat T hier zum Tötungsversuch unmittelbar angesetzt. Der konkrete Versuchsakt ist jedoch fehlgeschlagen. Bei einem fehlgeschlagenen Versuch ist jedoch ein Rücktritt nicht mehr möglich. Da dem T der beabsichtigte Erfolg jedoch noch weiterhin möglich ist, ist es fraglich, ob er durch bloßes Nichtwahrnehmen dieser weiteren Möglichkeiten vom Versuch zurücktreten kann.

1. Einzelaktstheorie

Vertreter: *Backmann,* JuS 1981, 336 (340 f.); *Bergmann*, ZStW 100 (1988), 351; *Freund/Rostalski*, § 9 Rn. 34, 41; *Frister*, 24. Kap. Rn. 17; *Geilen*, JZ 1972, 335 (338 f.); *v. Heintschel-Heinegg*, ZStW 109 (1997), 29 (51); *Jakobs*, 26/15; *ders.*, ZStW 104 (1992), 89; *Kühl*, JuS 1981, 195; *Ulsenheimer*, JZ 1984, 852; vgl. auch TüKo-*Bosch*, § 24 Rn. 21; vgl. auch RGSt 39, 220 (221); 43, 137.

Inhalt: Jede einzelne auf einen Erfolg gerichtete Tätigkeit, die der Täter als zur Erfolgsherbeiführung geeignet ansieht, ist als selbständiger Versuch anzusehen. Schlägt dieser fehl, so ist ein Rücktritt durch bloßes Unterlassen nicht mehr möglich.

Argument: Für die Frage des Fehlschlags einer in sich abgeschlossenen Tathandlung, die geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen, kommt es nicht darauf an, ob noch weitere Handlungen möglich sind, mit denen der Täter womöglich noch gar nicht gerechnet hat. Ferner kann es nicht sein, dass jede ausgelassene Handlungsmöglichkeit des Täters als Rücktritt honoriert werden kann. Dies hängt oft vom Zufall ab und kann dem Täter auch nur schwer widerlegt werden.

Konsequenz: Die Möglichkeiten eines Rücktritts vom Versuch werden stark eingeschränkt.

Kritik: Einheitliche Vorgänge werden auseinandergerissen. Wer sein Opfer erst mit dem zehnten Messerstich tötet, müsste demnach wegen vollendeter Tötung und wegen neun Fällen der versuchten Tötung bestraft werden.

2. Gesamtbetrachtungslehre I – Tatplantheorie

Vertreter: **Rechtsprechung (früher):** BGHSt 4, 181; 10, 131; 14, 79; 22, 177; 22, 331; 23, 359; eine Wende zeichnete sich bereits ab in BGHSt 31, 170.

Inhalt: Entscheidend ist die Tätervorstellung bei Tatbeginn. Hat der Täter von vornherein seinen Tatplan auf bestimmte Tätigkeitsakte beschränkt und schlagen diese fehl, so ist der Versuch fehlgeschlagen und der Rücktritt nicht mehr möglich. Hatte der Täter keinen fest umrissenen Tatplan oder kam es ihm auf die Mittel nicht an, so bleibt ein Rücktritt möglich.

Argument: Entscheidend ist, wie beim Versuch überhaupt, die subjektive Vorstellung des Täters. Hiernach richtet sich auch die Unterscheidung: mehrere selbständige Handlungen – einheitliches Geschehen. Lediglich der von vornherein gefasste Entschluss, eine Tat während des ganzen Geschehens fortzusetzen, fasst alle Handlungen zu einem unbeendeten Versuch zusammen. Ferner verrät ein noch nicht gezieltes Wollen eine geringere kriminelle Energie als ein genau gefasster Plan und muss daher belohnt werden.

Konsequenz: Je detaillierter der Tatplan ausgearbeitet ist, desto geringer sind die Möglichkeiten eines Rücktritts.

Kritik: Sofern nicht auf den Einzelakt abgestellt wird, wird derjenige Täter begünstigt, der umsichtig plant und bereits von vorneherein alle Möglichkeiten des Tatablaufes einkalkuliert. In der Praxis sind nach dieser Theorie psychologische Fiktionen notwendig, um herauszufinden, was der Täter nun in seinen Tatplan aufgenommen hatte und was nicht.

3. Gesamtbetrachtungslehre II - Lehre vom Rücktrittshorizont

Vertreter: **Rechtsprechung (heute):** BGHSt 31, 175; 33, 298 f.; 34, 58; 35, 91 f.; 39, 227; 40, 75 (78); BGH NStZ 1986, 264; BGH NStZ 1999, 299; BGH NStZ 2002, 427 (428); BGH NStZ 2007, 399; BGH NStZ 2008, 393; BGH NStZ 2009, 25; BGH NStZ 2009, 86; BGH NStZ 2009, 264 (266); BGH NStZ 2015, 509; BGH NStZ-RR 2020, 102; BGH NStZ-RR 2022, 39; BGH NStZ-RR 2023, 74 (75); BGH NStZ 2023, 482, (483).
Aus der Literatur: *Bock*, JuS 2006, 603 (605); *Busch*, JuS 1993, 304 (307); *Eisele*, JuS 2020, 465; *Esser/Herz*, JA 2021, 373 (377); Fischer-*Fischer/Anstötz*, § 24 Rn. 15 ff.; *Haas/Hänke*, JURA 2021, 1508; *Heinrich*, Rn. 824; *Herb*, JURA 2022, 380; *Jescheck/Weigend*, § 51 II 3d; *Joecks*, § 24 Rn. 20; *Juhas*, JuS 2022, 956; *Kadel*, JR 1987, 119; *Kindhäuser/Zimmermann*, § 32 Rn. 7 ff.; *Köhler*, S. 478 f.; *Krack/Schwarzer*, JuS 2008, 140 (143); *Krey/Esser*, Rn. 1277, 1285, 1288; *Kudlich*, JuS 1999, 350; *Kühl*, § 16 Rn. 27, 33; LK-*Murmann*, 14. Aufl., § 24 Rn. 155 ff.; *Lorenz/Rehberger*, JURA 2022, 242; *Murmann*, JuS 1996, 591; *ders*., JuS 2021, 385; NK-*Engländer*, § 24 Rn. 32 f.; *Otto*, § 19 Rn. 14 ff.; *Rengier*, § 37 Rn. 34; *Sinn*, § 9 Rn. 118 ff.; SSW-*Kudlich/Schuhr*, § 24 Rn. 21; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 11 Rn. 76 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 1022.

Inhalt: Entscheidend ist die Tätervorstellung nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung. Geht der Täter davon aus, dass noch weitere Handlungen möglich und notwendig sind, um den Erfolg zu erreichen, ist Rücktritt durch bloßes Aufhören möglich.

Argument: Die Unterscheidung, ob ein beendeter, ein fehlgeschlagener oder ein unbeendeter Versuch vorliegt, kann der Täter nur nach Ende der letzten Ausführungshandlung treffen. Steht dem Täter im unmittelbaren Anschluss der Einsatz eines weiteren Mittels zur Verfügung, um sein Ziel zu erreichen, so handelt es sich bei der Anwendung lediglich um eine Fortsetzung des ursprünglichen Tatentschlusses und nicht um einen völlig neuen Tatentschluss zu einer neuen Tat. Verzichtet der Täter auf diese weiteren Mittel, so kehrt er zur Legalität zurück, was zu honorieren ist.

Konsequenz: Die Möglichkeit des Rücktritts wird ausgedehnt.

Kritik: Der skrupellose Täter kann sich beliebig viele Fehlschläge leisten und danach durch schlichtes Aufhören alles Vorangegangene ungeschehen machen. Ferner können die Fälle des dolus eventualis nicht befriedigend gelöst werden, in denen der Täter eine Gefährdung des Opfers billigend in Kauf nimmt, um ein anderes Ziel zu erreichen, und dieses andere Ziel dann auch erreicht. Mit dieser Zielerreichung hat der Täter kein Interesse mehr, weiterzuhandeln, dennoch muss ein Rücktritt möglich sein, da er sonst schlechter stünde als ein mit direktem Vorsatz Handelnder.

4. Strafzwecktheorie

Vertreter: *Roxin*, JuS 1981, 6; *Rudolphi*, NStZ 1983, 362; SK-*Rudolphi*, 8. Aufl., § 24 Rn. 14; vgl. auch *Otto*, GA 1967, 144.

Inhalt: Entscheidend ist, ob das Unterlassen der weiteren Tatausführung durch den Täter gezeigt hat, dass der Täter den Weg des Unrechts verlassen hat, so dass seine Bestrafung weder aus spezial- noch aus generalpräventiven Gründen geboten ist.

Argument: Nach dem Sinn und Zweck der Rücktrittsvorschrift des § 24 StGB soll derjenige straffrei bleiben, der durch seinen Rücktritt unter Beweis stellt, dass seine Bestrafung nicht notwendig ist. Honoriert werden soll die Rückkehr in die Legalität, gleichgültig, wieviel kriminelle Energie der Täter zuvor aufgewendet und was er geplant hat. Entscheidend ist, ob das Abstandnehmen vom Weiterhandeln der „Verbrechervernunft“ entspricht oder nicht.

Konsequenz: Es sind die Motive festzustellen, warum der Täter von der weiteren möglichen Erfolgsverwirklichung Abstand nimmt.

Kritik: Das Gesetz kennt in § 24 StGB eine solche Differenzierung nicht.

Examinatorium Strafrecht / AT / Versuch 4 / Rücktritt vom Versuch – Arbeitsblatt Nr. 4

Möglichkeit des Rücktritts bei nur vorläufiger Abstandnahme von der Tat

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: O, der eine wertvolle Briefmarkensammlung in seinem Wandsafe im Schlafzimmer aufbewahrt, ist für mehrere Wochen in Urlaub gefahren. T hat davon erfahren und beabsichtigt, die Briefmarkensammlung zu entwenden. Am Samstagnachmittag bricht er in die Wohnung des O ein und versucht, den Safe zu knacken. Dabei merkt er, dass seine Wahl des mitgebrachten Werkzeuges nicht eben glücklich war. Zwar könnte er damit den Safe öffnen, dies würde jedoch wesentlich mehr Zeit in Anspruch nehmen als mit dem richtigen Werkzeug. T packt seine Sachen zusammen und beschließt, sich in den nächsten Tagen nach geeignetem Werkzeug umzusehen und dann gegebenenfalls wiederzukommen. Hierzu kommt es jedoch nicht, da T zuvor verhaftet wird.
Die Bestrafung des T wegen versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahls gemäß §§ 242, 244 IV StGB hängt davon ab, ob T wirksam vom Versuch zurückgetreten ist. Der Rücktritt war möglich, da es sich nicht um einen fehlgeschlagenen Versuch handelte (er hätte den Safe ja knacken können). Der Rücktritt geschah auch freiwillig. Auch hat T diese konkrete Tat zumindest vorübergehend aufgegeben. Allerdings nahm T nicht endgültig von der Tat Abstand.

1. Weite Tattheorie

Vertreter: **Rechtsprechung (früher):** RGSt 72, 349; BGHSt 7, 296; 9, 52; 21, 321; BGH NJW 1980, 602.
M.M. Literatur: *Bockelmann/Volk*, § 27 V 2; *Hruschka*, JZ 1969, 498; *Welzel*, § 25 I 2 b.

Inhalt: Ein Rücktritt vom Versuch ist nur dann möglich, wenn der Täter von seinem gesamten verbrecherischen Tatplan endgültig Abstand nimmt. Ein vorübergehendes Aufschieben genügt nicht.

Argument: Die Strafaufhebung ist ein besonderes Privileg für diejenigen, die von der Tat Abstand nehmen, nicht für diejenigen, die die Tatausführung auf einen günstigeren Zeitpunkt verschieben. § 24 StGB will lediglich den im Ergebnis ungefährlichen und nicht strafwürdigen Täter privilegieren. Wer die Tat jedoch lediglich verschiebt, bleibt weiterhin gefährlich und somit strafwürdig.

Konsequenz: Das Rücktrittsprivileg kommt nur demjenigen zugute, der endgültig von der begonnenen Tatausführung Abstand nimmt.

Kritik: Letztlich wird hier die fortbestehende verbrecherische Gesinnung bestraft, da der Täter seinen bisherigen Tatbeitrag vollständig zurückgenommen hat. Wer eine endgültige Aufgabe fordert, der fordert praktisch eine „seelische Läuterung".

2. Theorie des eingeschränkten Tatbegriffs

Vertreter: **Rechtsprechung (neu):** BGHSt 33, 142 (144 f.); 35, 184 (187).
H.M. Literatur: *Jescheck/Weigend*, § 51 III 1; LK-*Murmann*, 14. Aufl., § 24 Rn. 219 ff.; *Krauß*, JuS 1981, 883 (884); *Kühl*, § 16 Rn. 45; *Küper*, JZ 1979, 779; Lackner/Kühl/Heger-*Heger*, § 24 Rn. 8 f.; *Sinn*, § 9 Rn. 159; TüKo-*Bosch*, § 24 Rn. 39 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 1055.

Inhalt: Ein Rücktritt vom Versuch ist nur dann möglich, wenn der Täter von der konkreten Tat endgültig Abstand nimmt. Dies gilt zumindest insoweit, als er sich noch keine konkreten weiteren Pläne gemacht hat. Der Vorbehalt, die Tat irgendwann einmal später vielleicht erneut zu versuchen, schadet dem hingegen nicht.

Argument: Zwischen dem Sinn der Vorschrift des § 24 StGB, der Rückkehr zur Legalität, und seinem Wortlaut, der lediglich vom Aufgeben der „Tat" spricht, ist ein Mittelweg zu finden. Dieser darf nicht rücktrittshemmend sein.

Konsequenz: Es muss konkret festgestellt werden, ob die beabsichtigte Folgetat noch in einer Art Fortsetzungszusammenhang zum ursprünglichen Versuch steht.

Kritik: Eine solche Differenzierung kommt im Gesetzestext des § 24 StGB nicht zum Ausdruck.

3. Enge Tattheorie

Vertreter: Fischer-*Fischer/Anstötz*, § 24 Rn. 26a; *Freund/Rostalski*, § 9 Rn. 51; *Heinrich*, Rn. 843; *Herzberg*, Lackner-FS 1987, S. 336; *Jakobs*, 26/10; *Krahl*, JuS 2003, 57 (58 f.); MüKo-*Hoffmann-Holland*, 5. Aufl., § 24 Rn. 96 f.; *Otto*, § 19 Rn. 21; *Rosenau/Klöhn*, JURA 2000, 427 (430 f.); *Stratenwerth/Kuhlen*, § 11 Rn. 82.

Inhalt: Ein Rücktritt vom Versuch ist immer dann möglich, wenn der Täter die konkrete Form der Tatausführung aufgibt. Es ist unbeachtlich, ob er die Tat später erneut versuchen will. Die Folgetat darf lediglich zu dem bereits begangenen Versuch nicht in natürlicher Handlungseinheit stehen.

Argument: Das Gesetz fordert lediglich die „Aufgabe der weiteren Tatausführung", nicht die „Aufgabe der auf die Tatausführung gerichteten Absicht". Hinsichtlich der konkreten Tat hat sich der Täter als weniger gefährlich erwiesen, der bloße Plan, die Tat irgendwann noch einmal zu versuchen, ist erst dann strafwürdig, wenn eine Handlungseinheit vorliegt oder die Tat erneut versucht wird. Ferner lässt sich eine endgültige Tataufgabe praktisch nie nachweisen.

Konsequenz: Ein Rücktritt wirkt auch dann strafbefreiend, wenn er von einer sachlichen Verbrechervernunft getragen ist und das Rechtsgut auch weiterhin gefährdet bleibt.

Kritik: Die verbrecherische Berechnung, ob ein verfrühter oder durch besondere Umstände gefährdeter Anschlag nicht zu einem günstigeren Zeitpunkt fortgesetzt werden soll, verhilft dem Täter zur Straffreiheit. Von einer strafrechtlich zu privilegierenden „Rückkehr zur Legalität" kann lediglich dann gesprochen werden, wenn endgültig Abstand genommen wird.

4. Kriminalpolitische Theorie

Vertreter: *Roxin*, ZStW 77 (1965), 99; SK-Jäger, § 24 Rn. 59; SK-*Rudolphi*, 8. Aufl., § 24 Rn. 18a.

Inhalt: Es muss danach differenziert werden, ob der Täter sich durch das Aufgeben der konkreten Tatausführung als ungefährlich erwiesen hat oder nicht.

Argument: Es ist auf die ratio des § 24 StGB abzustellen: Derjenige Täter, der sich durch die Aufgabe der Tatausführung als für die Rechtsordnung ungefährlich erwiesen hat, soll straffrei bleiben. Es kommt entscheidend darauf an, aus welchen Motiven der Täter von der konkreten Tatausführung Abstand nimmt. Rückkehr in die Legalität liegt hierbei nicht vor, wenn die „Verschiebung" von einer sachgemäßen „Verbrechervernunft" getragen wird.

Konsequenz: Die Motive für die Abstandnahme von der konkreten Tatausführung müssen jeweils festgestellt werden.

Kritik: Diese Betrachtungsweise setzt sich über den Wortlaut des § 24 StGB hinweg, in dem sich eine solche Differenzierung nicht finden lässt.

Examinatorium Strafrecht /AT/ Versuch 5 / Erfolgsqualifiziertes Delikt – Arbeitsblatt Nr. 5

Strafbarkeit des erfolgsqualifizierten Versuchs

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: A will seinem Erzrivalen B mit einem kräftigen Faustschlag aufs Auge einen Denkzettel verpassen. Er holt aus, verfehlt jedoch sein Ziel, da B zurückweicht. Beim Ausweichen stolpert B jedoch und fällt mit dem Hinterkopf auf den Bordstein. Infolge dieser Verletzung stirbt B wenige Stunden später.

Hier hat A versucht, den B körperlich zu misshandeln. Durch diesen Versuch der Körperverletzung ist der Tod des B verursacht worden. In solchen Fällen ist es fraglich, ob hier eine versuchte Körperverletzung mit Todesfolge gemäß §§ 227, 22 StGB anzunehmen ist (Problem des sog. „erfolgsqualifizierten Versuchs" in Abgrenzung zum „Versuch einer Erfolgsqualifikation").

1. Theorie der Erfolgsgefährlichkeit

Vertreter: **Aus der Rechtsprechung:** RGSt 40, 325; vgl. aber auch BGHSt 20, 230.

In diese Richtung auch aus der Literatur: *Altenhain*, GA 1996, 30; *Hirsch*, GA 1972, 75; *Maurach/Gössel/Zipf-Gössel*, AT 2, § 40 Rn. 162 ff.; *Oehler*, ZStW 69 (1957), 520; *Schmidhäuser*, SB, § 11 Rn. 107.

Inhalt: Die Anwendung eines erfolgsqualifizierten Tatbestandes setzt grundsätzlich die Vollendung des Grunddeliktes voraus.

Argument: Bei erfolgsqualifizierten Delikten schlägt sich in der schweren Folge gerade die dem Grunddelikt zugrundeliegende besondere Gefährlichkeit nieder. Daher muss der gefahrbegründende Erfolg des Grunddelikts auch verwirklicht sein. Bei Delikten, bei denen der Versuch des Grunddelikts nicht strafbar ist, würde ferner der qualifizierenden Folge nicht nur strafschärfende sondern contra legem strafbegründende Wirkung zufallen.

Konsequenz: Der Grundtatbestand muss immer verwirklicht sein, bevor eine Qualifikation geprüft werden kann.

Kritik: Trotz Eintritts einer schweren Folge, die gerade auch eine Folge der dem Grunddelikt innewohnenden Gefährlichkeit darstellt, kann hier nur wegen des allgemeinen Fahrlässigkeitstatbestandes bestraft werden.

2. Theorie der Handlungsgefährlichkeit

Vertreter: **Aus der Rechtsprechung:** vgl. BGHSt 7, 39.

Aus der Literatur: *Heinrich*, Rn. 696; LK-*Vogel/Bülte*, 13. Aufl., § 18 Rn. 79; *Otto*, § 18 Rn. 87; *ders.*, JURA 1985, 671 (672); *Schröder*, JZ 1967, 368; *Stree*, GA 1960, 292 f.; vgl. auch *Wolter*, JuS 1981, 178; *ders.*, GA 1984, 445.

Inhalt: Die Anwendung eines erfolgsqualifizierten Tatbestandes ist auch dann möglich, wenn der Versuch des Grunddeliktes fehlschlägt, durch diesen Versuch jedoch die schwere Folge herbeigeführt wird. Hierbei ist es gleichgültig, um welches Grunddelikt es sich handelt.

Argument: In der schweren Folge verwirklicht sich die bereits typischerweise in der Handlung angelegte Gefahr. Wird aber gerade diese Gefahr verwirklicht, kann es nicht darauf ankommen, ob das Grunddelikt nun vollendet ist oder nicht. Ferner bezeichnet das Gesetz die schwere Folge pauschal als straferhöhenden Umstand, ohne zwischen Vollendung und Versuch zu differenzieren.

Konsequenz: Liegt ein vorsätzlicher strafbarer Versuch vor, tritt hinsichtlich möglicherweise eingetretener Folgen neben das normale Fahrlässigkeitsdelikt oft auch ein strafbarer Versuch hinsichtlich einer schweren Folge des versuchten Grundtatbestandes.

Kritik: Die Strafschärfung des erfolgsqualifizierten Delikts wird nicht an ihren gesetzgeberischen Grund (erhöhte Gefährlichkeit des Verletzungserfolges), sondern an Sorgfaltspflichtwidrigkeiten bei der Tatausführung geknüpft. Diesem Umstand wird aber durch die bestehenden Fahrlässigkeitstatbestände ausreichend Rechnung getragen.

3. Differenzierende Theorie (h.M.)

Vertreter: **Aus der Rechtsprechung:** vgl. RGSt 62, 422; RGSt 69, 332; ferner BGHSt 42, 158; BGHSt 46, 24.

Aus der Literatur: *Blei*, § 65 III 2; Fischer-*Fischer/Anstötz*, § 18 Rn. 7; *Großmann*, JuS 2021, 1054; *Jakobs*, 25/26; *Hertel*, JURA 2011, 391; *Jescheck/Weigend*, § 49 VII 2a; *Joecks/Jäger*, § 18 Rn. 6; *Kindhäuser/Zimmermann*, § 30 Rn. 18; *Krey/Esser*, Rn. 1375; *Krack/Gasa*, JuS 2008, 1005 (1006); *Kühl*, § 17a Rn. 39 ff.; *ders*., JuS 1981, 196; *Kuhli*, JuS 2020, 289; Lackner/Kühl/Heger-*Heger*, § 18 Rn. 9; LK-*Murmann*, 14. Aufl., Vor § 22 Rn. 120 ff.; *Oehler*, ZStW 69 (1957), 520; *Ruppert*, JA 2022, 734; *ders*., JA 2023, 372; *ders.* JA 2023, 638; SK-*Stein/Schneider*, § 18 Rn. 55; *Sowada*, JURA 1994, 647; *ders.*, JURA 1995, 651 f.; TüKo-*Schuster*, § 18 Rn. 9; *Welzel*, § 24 VI 3; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 1004 (diese bejahen allerdings entgegen der Letalitätslehre einen erfolgsqualifizierten Versuch auch bei § 227 StGB).

Inhalt: Entscheidend ist die tatbestandliche Ausgestaltung des jeweiligen erfolgsqualifizierten Delikts, was jeweils durch Auslegung zu ermitteln ist.

- Knüpft die schwere Folge gerade an die tatbestandsmäßige Handlung an, ist Versuch möglich (§§ 178, 251).

- Knüpft die schwere Folge gerade an den durch das Grunddelikt herbeigeführten Erfolg an, ist Versuch nicht möglich (Bsp. §§ 226 I, 227, 306c).

Argument: Entscheidende Bedeutung für die Strafschärfung muss jeweils der betreffende Tatbestand selbst erlangen. Notwendig ist eine Einzelanalyse von Struktur, Schutzrichtung und Ausgestaltung des jeweiligen Tatbestandes. So kann bei §§ 177, 251 StGB das Mittel (Gewalt) vom erstrebten Ziel (Beischlaf, Wegnahme) getrennt werden und gerade hierin die erhöhte Gefährlichkeit gesehen werden, die auch dann relevant wird, wenn der Täter sein Ziel nicht erreicht.

Konsequenz: Jeder Tatbestand muss daraufhin geprüft werden, ob die normierten schweren Folgen an die gefährliche Handlung an sich oder an den Erfolg des Grundtatbestandes anknüpfen.

Kritik: Es lassen sich kaum Kriterien finden, aus einem Tatbestand zu entnehmen, ob die schwere Folge nun an die Handlung an sich oder an den Erfolg des Grundtatbestandes anknüpft. Doch selbst wo solche Unterschiede aus dem Tatbestand entnommen werden können, legitimiert dies eine solch weitreichende Differenzierung in den Rechtsfolgen nicht.

Bei den Theorien 2. und 3. ist es weiterhin umstritten, ob der (an sich mögliche) Versuch des erfolgsqualifizierten Delikts selbst dann möglich ist, wenn das (nicht verwirklichte) Grunddelikt selbst keine Versuchsstrafbarkeit vorsieht, z.B. bei § 221 StGB (Problem: die lediglich Fahrlässigkeit erfordernde Erfolgsqualifikation – vgl. § 18 StGB – würde dann die Strafbarkeit eines Versuchsdelikts begründen; hierzu TüKo-*Schuster*, § 18 Rn. 9).

Examinatorium Strafrecht / AT / Versuch 6 / Unmittelbares Ansetzen, Mittäter – Arbeitsblatt Nr. 6

Zeitpunkt des „unmittelbaren Ansetzens“ des (vermeintlichen) Mittäters

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: A und B planen gemeinsam einen Banküberfall und versuchen hierfür, den C zu gewinnen. C, ein V-Mann der Polizei, erklärt sich hierfür zum Schein bereit. Dem gemeinsamen Tatplan entsprechend fahren die drei zur Sparkasse in S. Der A wartet im PKW, um eine schnelle Flucht zu ermöglichen, B bleibt an der Eingangstüre, um „Schmiere“ zu stehen, und C begibt sich in den Kassenraum der Bank. In dem Moment, in dem C seine Waffe zückt, um den (in alles eingeweihten) Kassierer zur Herausgabe des Geldes zu bewegen, greift, wie zuvor abgesprochen, eine Spezialeinheit der Polizei ein und verhaftet die Täter.

Rechtliche Problematik: Eine Strafbarkeit des C nach §§ 253, 255, 250 II Nr. 1, 22 StGB scheidet mangels vorsätzlichen Handelns aus (er wollte die Vollendung der Tat, insbesondere die Vermögensverfügung gerade nicht herbeiführen). „Objektiv“ stellt sein Handeln jedoch ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung dar. Fraglich ist, ob auch A und B, die vorsätzlich handelten, bereits unmittelbar angesetzt haben oder ob ihnen das unmittelbare Ansetzen des C über § 25 II StGB zuzurechnen ist.

1. Weite Gesamtlösung

Vertreter: **Rechtsprechung:** BGHSt 40, 299 (302 ff.) – 4. Strafsenat; vgl. auch BGH NStZ 2004, 110 (111).
Aus der Literatur: Fischer-*Fischer/Anstötz*, § 22 Rn. 23a; *Hauf*, NStZ 1994, 265 f.; *ders.*, JA 1995, 778 f.; *Heckler*, GA 1997, 76; *Heinrich*, Rn. 744; MüKo-*Herzberg*, 1. Aufl., § 22 Rn. 151 f.; *Weber*, Lenckner-FS 1998, S. 435 (446 f.); *Weißer/Kreß*, JA 2003, 857 (861).

Inhalt: Der Versuch beginnt für alle Mittäter, wenn ein Mittäter in Vollzug des gemeinsamen Tatplanes zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt. Ein Ansetzen des vermeintlichen Mittäters reicht aus.

Argument: Das Verhalten eines Mittäters kann den anderen über § 25 II zugerechnet werden. Da sich die Zurechnung im Rahmen der Mittäterschaft grundsätzlich nur auf objektive Tatbeiträge bezieht, reicht hierfür vermeintliche Mittäterschaft aus. Es muss hier auf den objektiven Beobachterstandpunkt ankommen.

Konsequenz: Für alle Mittäter beginnt der Versuch zu dem Zeitpunkt, in dem der erste Mittäter objektiv ansetzt.

Kritik: Zugerechnet werden kann nur, was ein anderer auch tatsächlich erfüllt.

2. Enge Gesamtlösung

Vertreter: **Rechtsprechung:** BGHSt 39, 236 – 2. Strafsenat; vgl. auch BGH wistra 1987, 27.
Literatur: *Ahrens*, JA 1996, 664 (668 ff.); *Bosch*, JURA 2011, 909; Dölling/Duttge/König/Rössner-*Ambos*, § 22 Rn. 35; *Erb*, NStZ 1995, 427; *Frister*, 29. Kap. Rn. 14; *Gropengießer/Kohler*, JURA 2003, 282; LK-*Murmann*, 14. Aufl., § 22 Rn. 244 f.; *Hoffmann-Holland*, Rn. 647; *Ingelfinger*, JZ 1995, 713; *Joecks*, wistra 1995, 59; *Kindhäuser/Zimmermann*, § 40 Rn. 18; *Krell*, JURA 2012, 150; *Krey/Esser*, Rn. 1242; *Kudlich*, JuS 2002, 29; *Kühl*, § 20 Rn. 123 f.; *Küpper/Mosbacher*, JuS 1995, 492; Lackner/Kühl/Heger-*Heger*, § 22 Rn. 9; MüKo-*Hoffmann-Holland*, 5. Aufl., § 22 Rn. 143; *Otto/Petersen*, JURA 1999, 482; TüKo-*Bosch*, § 22 Rn. 55a; *Zopfs*, JURA 1996, 23.

Inhalt: Der Versuch beginnt für alle Mittäter, wenn ein Mittäter in Vollzug des gemeinsamen Tatplanes zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt. Ein Ansetzen des vermeintlichen Mittäters reicht nicht aus.

Argument: Das Verhalten eines Mittäters kann den anderen über § 25 II zwar grundsätzlich zugerechnet werden. Dies kann aber nur dann gelten, wenn der handelnde Mittäter selbst tatbestandlich handelt, also auch den Willen hat, gemeinschaftlich mit den anderen den Tatbestand zu verwirklichen. Der bloße Glaube an die Mittäterschaft des anderen kann dessen unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB „nach seiner Vorstellung“) nicht ersetzen.

Konsequenz: Für alle Mittäter beginnt der Versuch zu dem Zeitpunkt, in dem der erste Mittäter objektiv und subjektiv ansetzt. Setzt nur der vermeintliche Mittäter unmittelbar an, kommt lediglich § 30 II StGB in Frage.

Kritik: Die lediglich innerliche Distanzierung eines Mittäters darf die anderen nicht besserstellen.

3. Strenge Einzellösung

Vertreter: *Schilling*, Der Verbrechensversuch des mittelbaren Täters und des Mittäters, 1975, S. 104 ff.; *Valdágua*, ZStW 98 (1986), 872; in diese Richtung auch *Kratzsch*, JA 1983, 578 (587).

Inhalt: Der Versuch beginnt für jeden Mittäter getrennt danach, wann er zur Verwirklichung seines die Mittäterschaft begründenden Tatbeitrags unmittelbar ansetzt.

Argument: Eine die Täterschaft begründende Tatherrschaft ist nur ab dem Zeitpunkt möglich, in dem der Mittäter selbst unmittelbar ansetzt.

Konsequenz: Für jeden Mittäter beginnt der Versuch dann, wenn er selbst unmittelbar ansetzt.

Kritik: Bei gemeinsamem Tatplan müssen alle Mittäter auch in gleicher Weise die Verantwortung tragen (Arg. gegen die Einzellösung an sich). Ungerechtfertigte Ausdehnung der Versuchsstrafbarkeit auf typische Vorbereitungshandlungen.

4. Modifizierte Einzellösung

Vertreter: *Rudolphi*, Bockelmann-FS 1979, S. 369 (383 ff.); SK-*Rudolphi*, § 22 Rn. 19a; in diese Richtung auch *Günther*, GA 1983, 330 (333); LK-*Roxin*, 11. Aufl., § 25 Rn. 199; *Roxin*, AT II, § 29 Rn. 297 ff.

Inhalt: Der Versuch beginnt für jeden Mittäter getrennt danach, wann er zur Verwirklichung seines die Mittäterschaft begründenden Tatbeitrags unmittelbar ansetzt. Allerdings muss die Gesamthandlung aller Mittäter bereits das Versuchsstadium erreicht haben.

Argument: Eine die Täterschaft begründende Tatherrschaft ist nur ab dem Zeitpunkt möglich, in dem der Mittäter selbst unmittelbar ansetzt.

Konsequenz: Für jeden Mittäter beginnt der Versuch dann, wenn er selbst unmittelbar ansetzt. Jedoch muss die Gesamthandlung das Versuchsstadium bereits erreicht haben.

Kritik: Bei gemeinsamem Tatplan müssen alle Mittäter auch in gleicher Weise die Verantwortung tragen (Arg. gegen die Einzellösung an sich). Strafrechtsschutz setzt teilweise zu spät (oder gar nicht) ein.

Examinatorium Strafrecht / AT / Versuch 7 / Rücktritt vom beendeten Versuch – Arbeitsblatt Nr. 7

Anforderung an die Verhinderung der Vollendung beim Rücktritt

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: A schlug seine Ehefrau E mit bedingtem Tötungsvorsatz nieder und fügte ihr lebensgefährliche Verletzungen zu. Dabei ging er (zu Recht) davon aus, dass E sterben würde, wenn er nicht alsbald Rettungsmaßnahmen einleitete. Darauf beschloss er, ihr zu helfen, legte sie in seinen PKW und fuhr sie bis auf 95 Meter an einen Nebeneingang eines Krankenhauses heran. Da er, weil er um seine Entdeckung fürchtete, sie nicht direkt ins Krankenhaus fahren wollte, ließ er sie aussteigen und entfernte sich, wobei er hoffte, dass sie den Weg allein zurücklegen würde. Nach einigen Metern brach die E jedoch, von A unbemerkt, bewusstlos zusammen. Sie konnte nur gerettet werden, weil sie ein zufällig vorbeikommender Passant entdeckte und ins Krankenhaus brachte (Fall nach BGHSt 31, 46). Fraglich ist, ob A mit strafbefreiender Wirkung vom Totschlagsversuch zurückgetreten ist. Da hier ein beendeter Versuch vorliegt, ist es entscheidend, ob seine Maßnahmen ausreichten, die Vollendung zu verhindern (vgl. § 24 I 1 2. Alt. StGB).

1. Chanceneröffnungstheorie

Vertreter: **Aus der Rechtsprechung:** BGHSt 33, 301; 44, 207; BGH NJW 1985, 814; BGH NJW 1986, 1002; BGH StV 1981, 397; BGH StV 1981, 515; BGH NStZ 2006, 503 (505); BGH NStZ 2008, 508 (509); BGH NStZ-RR 2019, 171 (172).
Aus der Literatur: *Bloy*, JuS 1987, 535; *Bock*, JuS 2006, 603 (607); *Dölling/Duttge/König/Rössner-Ambos*, § 24 Rn. 16; *S. Dreher*, JA 2005, 789 (793); *Fischer-Fischer/Anstötz*, § 24 Rn. 35 f.; *Grünwald*, Welzel-FS 1974, 715; *Jäger*, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996, S. 94 ff.; *Jescheck/Weigend*, § 51 IV 2; *Köhler*, S. 475 f.; *Kühl*, § 16 Rn. 70; *Maurach/Gössel/Zipf-Gössel*, AT 2, § 41 Rn. 160; *Puppe*, NStZ 1984, 489; SK-*Jäger*, § 24 Rn. 97; *ders.*, NStZ 1989, 511 ff.; TüKo-*Bosch*, § 24 Rn. 59c; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 1062.

Inhalt: Eine Verhinderung der Vollendung ist dann gegeben, wenn der Täter eine neue Kausalreihe in Gang setzt, die für die Nichtvollendung der Tat mit ursächlich wird. Ohne Belang ist dabei, ob der Täter noch mehr hätte tun können.

Argument: Aus dem Wortlaut des § 24 StGB folgt, dass der Täter lediglich den Erfolg verhindern muss, nicht aber, dass er dies auf die bestmögliche Weise tun muss. Zudem sind hier Opferschutzgesichtspunkte entscheidend: es ist für das Opfer günstiger, wenn der Täter wenigstens teilweise Rettungsmaßnahmen einleitet. Für die Verhinderung eines tatbestandlichen Erfolges müssen die gleichen Zurechnungskriterien gelten wie für die Herbeiführung eines solchen. Dann muss es aber genügen, wenn der Täter eine Rettungschance schafft, die sich im Verhinderungserfolg realisiert.

Konsequenz: Die Möglichkeiten eines Rücktritts werden ausgeweitet.

Kritik: Der Täter kehrt nur dann vollständig in die Legalität zurück und beseitigt die von ihm geschaffene Gefahr vollständig, wenn er alles ihm Mögliche unternimmt, um den tatbestandsmäßigen Erfolg zu verhindern.

2. Bestleistungstheorie

Vertreter: **Aus der Rechtsprechung:** BGHSt 31, 46; BGH NStZ 1989, 525; BGH bei Dallinger, MDR 1972, 751; BGH bei Holtz, MDR 1978, 985.
Aus der Literatur: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, § 23 Rn. 39 f.; *Blei*, § 69 III 2a; *Frister*, § 24 Rn. 45; *Herzberg*, NJW 1989, 867; *ders.*, NJW 1991, 1636 f.; *Jakobs*, 26/21; *ders.*, ZStW 104 (1992), 89; *Krey/Esser*, Rn. 1314; *Ladiges/Glückert*, JURA 2011, 552; LK-*Murmann*, 14. Aufl., § 24 Rn. 339 ff.; MüKo-*Herzberg*, 1. Aufl., § 24 Rn. 160; *Puppe*, § 21 Rn. 33 ff., 41; *Schmidhäuser*, LB, 15/91.

Inhalt: Eine Verhinderung der Vollendung ist nur dann gegeben, wenn der Täter objektiv oder zumindest aus seiner Sicht heraus die bestmöglichen Rettungsmaßnahmen ergreift. Er darf sich nicht mit Maßnahmen begnügen, die, wie er erkennt, (möglicherweise) unzureichend sind, wenn ihm bessere Verhinderungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

Argument: Wer lediglich eine unsichere Rettungsmaßnahme ergreift, hält den Erfolgseintritt weiterhin für möglich und nimmt ihn auch billigend in Kauf, handelt also mit dolus eventualis hinsichtlich der Tatbestandsverwirklichung. Da dieser für die Annahme einer vorsätzlichen Vollendungstat ausreicht, kann damit nicht gleichzeitig ein Rücktritt begründet werden. – Beim Rücktritt vom untauglichen Versuch (§ 24 I 2 StGB) wird auch durchweg ein „ernsthaftes Bemühen“ nur dann angenommen, wenn der Täter das aus seiner Sicht Beste zur Verhinderung des Erfolges tut. Dann muss dies für den tauglichen Versuch aber erst recht gelten. – Auch beim (unechten) Unterlassungsdelikt wird schließlich vom erfolgsabwendungspflichtigen Garanten durchweg gefordert, dass er sein Bestes tue.

Konsequenz: Die Möglichkeiten eines Rücktritts werden eingeschränkt.

Kritik: Werden optimale Rettungsmaßnahmen gefordert, wird der Täter oft gänzlich von Maßnahmen absehen, um sich nicht selbst überführen zu müssen.

3. Differenzierungstheorie

Vertreter: *Heinrich*, Rn. 851; *Engländer*, JuS 2003, 641 (644 f.); *Jäger*, JuS 2009, 53; *Kindhäuser/Zimmermann*, § 32 Rn. 51; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 24 Rn. 19b; *Roxin*, AT II, § 30 Rn. 243 ff.; *ders.*, Hirsch-FS 1999, S. 327 (335 ff.); vgl. ferner die differenzierten Ansätze bei *Haverkamp/Kaspar*, JuS 2006, 895 (900).

Inhalt: Bei der eigenhändigen Erfolgsverhinderung reicht es aus, wenn der Täter irgendwelche für die Rettung kausalen Maßnahmen ergreift. Dagegen muss bei einer fremdhändigen Erfolgsverhinderung gefordert werden, dass der Täter die optimale Leistung erbringt.

Argument: Wer den tatbestandsmäßigen Erfolg letztendlich eigenhändig verhindert, beseitigt die Rechtsgutsverletzung vollständig. Ob er es noch besser oder gefahrloser hätte verwirklichen können, spielt keine Rolle, denn letztlich „gibt ihm der Erfolg recht“. Mehr fordert auch der Gesetzeswortlaut nicht. – Dagegen verlässt sich der Täter bei der fremdhändigen Erfolgsverhinderung darauf, dass ein anderer tätig wird und den Erfolg letztlich verhindert. Dann muss man aber fordern, dass der Täter das bestmögliche zu dieser Erfolgsverhinderung beiträgt.

Konsequenz: Es muss zwischen eigenhändiger und fremdhändiger Erfolgsverhinderung getrennt werden.

Kritik: Die vorgeschlagene Differenzierung ist willkürlich, das Gesetz bietet hierfür keinen Anhaltspunkt.

Examinatorium Strafrecht / AT/ Rechtswidrigkeit 1 / Notwehr – Arbeitsblatt Nr. 8

Deckt das Notwehrrecht die Tötung von Menschen zum Schutz von Sachwerten?

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: Der gehbehinderte T sieht aus dem Fenster seiner Wohnung wie A und B im Begriff sind, seinen auf der Straße abgestellten PKW aufzubrechen. Auf mehrfachen Zuruf, sie sollen verschwinden, erntet er nur sanftes Gelächter. Auch auf einen Warnschuss des T reagieren A und B nicht. T erkennt, dass es keine andere Möglichkeit gibt, den Diebstahl seines PKW zu verhindern und gibt schließlich einen gezielten Schuss auf die Beine des A ab, wobei er weiß und billigt, dass dieser Schuss für A tödlich sein kann, da er ein schlechter Schütze ist. T trifft. A stirbt.
Hier liegt ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff von A vor, welcher T zur Notwehr gem. § 32 StGB berechtigt. Insbesondere im Hinblick auf Art. 2 EMRK ist es jedoch fraglich, ob die Tötung eines Menschen zum Schutz von Sachwerten von § 32 StGB erfasst wird.

1. Absolute Theorie

Vertreter: *Echterhölter*, JZ 1956, 142 (143 f.); *Frister*, GA 1985, 553 (564); *Marxen*, Die „sozialethischen" Grenzen der Notwehr, 1979, S. 60 f.; *Stratenwerth*, 4. Aufl., § 9 Rn. 86; TüKo-*Perron/Eisele*, § 32 Rn. 62; *v. Weber*, ZStW 65 (1963), 334; *Woesner*, NJW 1961, 1381 (1384); wohl auch *Klesczewski*, Rn. 351.

Inhalt: Die Regelung des Art. 2 II EMRK wirkt unmittelbar für jedermann und beschränkt das Notwehrrecht des Einzelnen.

Argument: Die Regelungen der EMRK sind für jedermann geltendes Recht. Sie sind durch Bundesgesetz zu innerdeutschem Recht geworden. Eine Beschränkung der EMRK auf das Verhältnis Staat-Bürger lässt sich weder aus dem Text noch aus der Entstehungsgeschichte der Konvention ablesen. Jedenfalls hat die EMRK Reflexwirkung. Ferner sieht Art. 13 EMRK ein Beschwerderecht bei Rechtsverletzungen vor, auch wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben. Im Umkehrschluss sind private Rechtsverletzungen somit als der Normalfall anzusehen.

Konsequenz: Die Tötung eines Menschen zur Verteidigung von Sachwerten kann nie durch Notwehr gerechtfertigt sein.

Kritik: Die Regelungen der EMRK passen vielfach für Einzelpersonen nicht. So erlaubt Art. 2 II b EMRK die Tötung sogar „um eine ordnungsgemäße Festnahme durchzuführen". Somit hätte der Einzelne das Recht, den Täter auf der Flucht zu töten, nicht jedoch die Rechtsverletzung im Wege der Notwehr zu verhindern.

2. Schutzrechtstheorie

Vertreter: *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 10 Rn. 112; AnwKomm-*Hauck*, § 32 Rn. 25; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, § 15 Rn. 52 f.; *Eisele*, JA 2000, 428; *Fischer-Fischer/Anstötz*, § 32 Rn. 40; *Heinrich*, Rn. 367; *Jakobs*, 12/39 f.; *Jescheck/Weigend*, § 32 V; *Käßner/Seibert*, JuS 2006, 810 (813); *Krey*, JZ 1979, 702 (708); *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 32 Rn. 11; LK-*Hohn/Rönnau*, 14. Aufl., § 32 Rn. 237; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 26 Rn. 31; MüKo-*Erb*, 5. Aufl., § 32 Rn. 22; *Schlüchter*, Lenckner-FS 1998, S. 313 (328 f.); *Schmidhäuser*, AT, 9/88; SK-*Hoyer*, § 32 Rn. 108; SSW-*Rosenau*, § 32 Rn. 37; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 9 Rn. 91.

Inhalt: Die EMRK hat unmittelbare Wirkung nur im Verhältnis Staat-Bürger. Das Verhältnis der Staatsbürger untereinander und somit das Notwehrrecht des Einzelnen wird dadurch nicht eingeschränkt.

Argument: Nach der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut ist die EMRK nur für hoheitliche Eingriffe gedacht. Dies ergibt sich auch aus der Auslegung des fremdsprachigen Textes. Die deutsche Übersetzung enthält mehrfache Ungereimtheiten. Dieses Ergebnis folgt vor allem daraus, dass dem Staat eine Vielzahl milderer Machtmittel zur Verfügung steht als dem Einzelnen.

Konsequenz: Die Tötung eines Menschen zur Verteidigung von Sachwerten kann durch Notwehr gerechtfertigt sein.

Kritik: Die Beschränkung auf das Rechtsverhältnis Staat-Bürger führt zu Widersprüchlichkeiten. So erscheint es kaum denkbar, dass einem Privatmensch etwas gestattet wird, was einem Polizisten in der gleichen Situation verboten wäre.

3. Übereinstimmungstheorie

Vertreter: *Bernsmann*, ZStW 104 (1992), 290 (306, 323); *Blei*, § 39 II 3; *Sinn*, § 5 Rn. 152; *Joecks/Jäger*, § 32 Rn. 28; *Otto*, § 8 Rn. 61 ff.; *Roxin/Greco* AT I, § 15 Rn. 88; *ders.*, ZStW 93 (1981), 68 (99); *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 530; *Zieschang*, GA 2006, 415 (419).

Inhalt: Die Regelung der EMRK stimmt mit dem Notwehrrecht des § 32 StGB sachlich überein, weshalb es zu keinen Überschneidungen kommt.

Argument: Eine sinnvolle Auslegung gerade des englischen und des französischen Textes ergibt nicht eindeutig, dass eine Tötung nur „zum Schutz von Leib und Leben" zulässig sein soll. Die EMRK will nur diejenigen Fälle erfassen, bei denen sich der Täter bedenkenlos über das Rechtsgut Leben hinwegsetzt. Diese Fälle decken sich im deutschen Recht jedoch mit der sozialethischen Einschränkung der Notwehr über das Merkmal der Gebotenheit. Die verbotene „absichtliche", d.h. nicht nur mit dolus eventualis vorgenommene Tötung dürfte auch im deutschen Recht mangels „Erforderlichkeit" einer solchen Abwehrhandlung kaum zulässig sein.

Konsequenz: Die Tötung eines Menschen zur Verteidigung von Sachwerten kann im Ausnahmefall durch Notwehr gerechtfertigt sein.

Kritik: Die Regelungen stimmen eben gerade in denjenigen Fällen nicht überein, in denen die Tötung des Angreifers das einzige Mittel ist, um eine Verletzung von wesentlichen Sachwerten zu verhindern.

Examinatorium Strafrecht / AT / Rechtswidrigkeit 2 / Absichtsprovokation – Arbeitsblatt Nr. 9

Absichtsprovokation

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: T unterhält sich auf einer Party angeregt mit Berta, der Freundin des als hochgradig eifersüchtig bekannten O. Diese Unterhaltung hat für T den ausschließlichen Zweck, dem O eine Tracht Prügel zu verabreichen, wenn dieser, von Eifersucht getrieben, den T körperlich angreifen würde. So geschieht es denn auch. Als der O den T mit Berta plaudern sieht, stürmt er auf T zu. Nach einigen patzigen Bemerkungen des T greift der O den T, wie geplant, körperlich an. Diesen Angriff kann T nur in der Weise abwenden, dass er den O mit einem gezielten Faustschlag niederstreckt.
Hier handelt T in der konkreten Situation in Notwehr gemäß § 32 StGB. Dem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff des O kann er nur dadurch entgehen, dass er ihn niederschlägt. Fraglich ist jedoch, ob das Notwehrrecht des T hier eingeschränkt ist (diese Frage stellt sich im Übrigen auch bei einer fahrlässigen oder vorsätzlichen Provokation, die die Schwelle zur „Absichtsprovokation" noch nicht überschritten hat. Auch hier findet eine sozialethische Einschränkung des Notwehrrechts statt, die Abwägungskriterien sind jedoch anders).

1. Rechtsbewährungstheorie

Vertreter: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, § 15 Rn. 55 ff.; *Drescher*, JR 1994, 424; *Frister*, GA 1988, 291 (309 f.); *Hohmann/Matt*, JuS 1993, 135 f.; *dies.*, JuS 1993, 131 (135 f.); LK-*Spendel*, 11. Aufl., § 32 Rn. 281 ff.; *Matt*, NStZ 1993, 271; *Mitsch*, GA 1986, 533 (545); *ders.*, JuS 2001, 751 (753); *Sinn*, § 5 Rn. 180 ff.
Inhalt: Auch gegen einen absichtlich provozierten Angriff ist Notwehr uneingeschränkt zulässig.
Argument: Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen. Der Grundgedanke der Notwehr, die Bewährung der Rechtsordnung, gilt auch hier, da ein rechtswidriger Angriff vorliegt. Der Provokateur kann dabei die Verwirklichung des Schutzes der Rechtsordnung nicht durch sein eigenes Verhalten verwirken. Das Recht verlangt, einer (nicht rechtswidrigen) Provokation zu widerstehen.
Konsequenz: Der Angriff bleibt rechtswidrig; Notwehr ist zulässig; Notwehr gegen Notwehr ist nicht zulässig.
Kritik: Gerade der Grundgedanke des Notwehrrechts, die Bewährung der Rechtsordnung, versagt doch gegenüber dem Provokateur.

2. Rechtsmissbrauchstheorie

Vertreter: **Rechtsprechung:** RGSt 60, 261 (262); BGHSt 24, 356 (359); BGHSt 26, 143; BGHSt 26, 256 (257); BGH NStZ 1993, 133.
Aus der Literatur: AnwKomm-*Hauck*, § 32 Rn. 23; *Ebert*, S. 79; *Fischer-Fischer/Anstötz*, § 32 Rn. 44; *Heinrich*, Rn. 375; BeckOK StGB-*Momsen/Savić*, § 32 Rn. 41; *Hoffmann-Holland*, Rn. 255; *Roxin/Greco* AT I, § 15 Rn. 65 ff.; *ders.*, ZStW 93 (1981), 68 (85 ff.); *Schünemann*, JuS 1979, 275 (278 f.); *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 536.
Inhalt: Gegen einen absichtlich provozierten Angriff ist Notwehr aus dem Gedanken des Rechtsmissbrauchs heraus unzulässig.
Argument: Der Rechtsmissbrauchsgedanke ist ein allgemeiner Grundsatz des Rechts. Wer sich sehenden Auges in eine Situation bringt, die für ihn gefährlich wird, bedarf nicht des Schutzes der Rechtsordnung.
Konsequenz: Der Angriff bleibt rechtswidrig, auch die Notwehr ist jedoch rechtswidrig und daher nicht zulässig.
Kritik: Das bloße Mitverschulden des Opfers durch seine Provokation kann nicht dazu führen, dass das Notwehrrecht als Bewährung der Rechtsordnung ausscheidet, da der Provozierende hierüber nicht verfügen kann.

3. Selbstschutztheorie

Vertreter: *Berz*, JuS 1984, 343; *Jakobs*, 12/50 ff.; *Jescheck/Weigend*, § 32 III 3a; *Kühl*, JURA 1991, 175 (178); LK-*Rönnau/Hohn*, 13. Aufl., § 32 Rn. 252 f.; *Meurer/Dietmeier*, JuS 2001, L 36 (L 37, 39); MüKo-*Erb*, 4. Aufl., § 32 Rn. 227; *Rengier*, § 18 Rn. 88; *Schmidt*, Rn. 362; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 9 Rn. 88; vgl. auch *Lesch*, JA 1996, 834.
Inhalt: Gegen einen absichtlich provozierten Angriff ist Notwehr nur dann zulässig, wenn keine andere Selbstschutzmöglichkeit, insbesondere keine Ausweichmöglichkeit besteht.
Argument: Der angegriffene Provokateur darf nicht in die aussichtslose Lage versetzt werden, entweder seine Rechtsgüter preisgeben zu müssen oder sich strafbar zu machen. Dennoch tritt das Rechtsbewährungsprinzip hier hinter das bloße Selbstschutzprinzip zurück. Wo sich der Angegriffene auf andere Weise schützen kann, braucht sich das Recht infolge der bewussten Provokation nicht zu bewähren.
Konsequenz: Der Angriff bleibt rechtswidrig; die Gebotenheit der Notwehr ist eingeschränkt; Prüfung, ob dem Angegriffenen noch andere Mittel blieben.
Kritik: Auch der dem Notwehrrecht zugrunde liegende Selbstschutzgedanke versagt gegenüber dem Provokateur, der sich bereits dadurch selbst schützen kann, dass er die vorherige Provokation unterlässt.

4. Actio illicita in causa

Vertreter: *Baumann*, MDR 1962, 349; *Bertel*, ZStW 84 (1972), 1 (21); *Frister*, § 16 Rn. 32 f.; *Lindemann/Reichling*, JuS 2009, 496 (498 ff.); *Schmidhäuser*, SB, 6/82; *Schröder*, JR 1962, 187 (189); vgl. ferner *Puppe*, § 15 Rn. 6 ff.; vgl. auch TüKo-*Perron/Eisele*, § 32 Rn. 54 a.E., 61.
Inhalt: Gegen einen absichtlich provozierten Angriff ist Notwehr zwar zulässig, der Handelnde wird jedoch wegen der absichtlichen Verursachung der Tat haftbar gemacht.
Argument: Das Notwehrrecht deckt zwar die Notwehrhandlung, nicht aber das vorangegangene Verhalten. Der Provokateur kann sich der strafrechtlichen Haftung nicht entziehen, wenn er sich selbst als rechtmäßig handelndes Werkzeug missbraucht. Die Situation ist hier vergleichbar mit der actio libera in causa. Das Abstellen auf die frühere Handlung bietet auch dann eine interessengerechte Lösung, wenn die Provokation nicht auf Vorsatz, sondern auf Fahrlässigkeit beruht.
Konsequenz: Obwohl der Angriff rechtswidrig bleibt und Notwehr zulässig ist (entscheidend für die Beteiligung!), wird der in Notwehr Handelnde bestraft.
Kritik: Entweder man sieht in der Provokation die rechtswidrige Setzung einer Ursache, dann ist die Notwehr unzulässig, oder man sieht darin keine rechtswidrige Verursachung, dann bleibt das Notwehrrecht bestehen.

5. Einwilligungstheorie

Vertreter: *Maurach/Zipf*, AT 1, § 26 Rn. 43 ff.; *Wagner*, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984, S. 71.
Inhalt: Gegen einen absichtlich provozierten Angriff ist Notwehr unzulässig, da der Provokateur durch seine Provokation auf den Rechtsgüterschutz verzichtet.
Argument: Es fehlt bereits an der Rechtswidrigkeit des Angriffs, wenn der Angegriffene diesen Angriff provoziert. Er verzichtet dadurch konkludent auf den Schutz der angegriffenen Rechtsgüter.
Konsequenz: Bereits der Angriff ist nicht rechtswidrig, was der Notwehr die Grundlage entzieht.
Kritik: Das bloße Mitverschulden des Opfers durch seine Provokation kann nicht dazu führen, dass das Notwehrrecht als Bewährung der Rechtsordnung ausscheidet, da der Provozierende hierüber nicht verfügen kann. Aus §§ 216, 228 StGB folgt ferner, dass auch über die eigenen Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit nicht grenzenlos verfügt werden kann. Die „Einwilligung" wird hier lediglich fingiert.

Examinatorium Strafrecht / Rechtswidrigkeit 3 / Fehlender Notwehrwille – Arbeitsblatt Nr. 10

Fehlender Verteidigungs(Nothilfe-)wille bei vorgenommener Notwehr(Nothilfe-)handlung

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung:

Die beiden streitsüchtigen Brüder A und B durchwandern eines Nachts die Straßen ihrer Heimatstadt. Als sie in eine Seitenstraße einbiegen, sehen sie den C, mit dem sie seit langem verfeindet sind, auf dem Boden knien und bei ihrem Anblick erschrocken aufspringen und fortrennen. Da A und B dem C schon lange „eins auswischen" wollen, verfolgen sie ihn, schlagen ihn nieder und lassen ihn liegen. C hatte gerade, was zwar der A, nicht jedoch der B erkannt hatte, den O niedergeschlagen und ausgeraubt. C und O werden kurz darauf von Passanten gefunden und gerettet, wobei auch der Raub des C ans Licht kommt.

Bei der Prüfung der an C begangenen Körperverletzung ist zu prüfen, ob die Tat von A und B durch Nothilfe (§ 32 StGB) gerechtfertigt ist. Hierbei ist umstritten, ob und inwieweit bei objektiv vorliegender Nothilfelage und vorgenommener Nothilfehandlung ein Nothilfewille als subjektives Rechtfertigungselement vorliegen muss.

1. Objektive Theorie

Vertreter: LK-*Spendel*, 11. Aufl., § 32 Rn. 138; *ders*., DRiZ 1978, 327 (331); *ders*., JR 1991, 250; *Rohrer*, JA 1986, 363; *Schmitt*, JuS 1963, 64 (65); *Schroeder*, JZ 1991, 682 (683); *Spendel*, Bockelmann-FS 1979, S. 245; *ders.*, Oehler-FS 1985, S. 197 (203).

Inhalt: Das objektive Vorliegen einer Notwehr- oder Nothilfelage reicht aus, um die Tat zu rechtfertigen. Ein besonderer Verteidigungs- oder Nothilfewille ist nicht erforderlich.

Argument: Der Rechtfertigungsgrund der Notwehr dient in erster Linie dazu, die Rechtsordnung zu verteidigen. Diesem Zweck wird auch ohne Kenntnis und Willen der Verteidigung gedient. Ferner würde der Täter hier bei objektiv gerechtfertigtem Verhalten lediglich wegen seiner Gesinnung bestraft.

Konsequenz: Liegt eine Notwehr- oder Nothilfelage objektiv vor, ist der Täter straflos.

Kritik: Die Rechtsordnung „verteidigen" kann nur derjenige, der davon auch weiß.

2. Kenntnistheorie

Vertreter: *Bottke,* JR 1986, 292 (293); *Freund/Rostalski*, § 3 Rn. 17 f., 21; *Frisch*, Lackner-FS 1987, S. 113 (133); *Gallas*, Bockelmann-FS 1979, S. 155 (176 f.); *Haft*, AT, D III 4c ii; *Jäger*, Rn. 177; *Jakobs*, 11/20 f.; *Kühl*, § 7 Rn. 128; *ders.*, JURA 1993, 234; *Loos*, Oehler-FS 19, S. 227 (235 f.); LK-*Hohn/Rönnau*, 14. Aufl., § 32 Rn. 263, 266 f.; MüKo-*Erb*, 5. Aufl., § 32 Rn. 251; NK-*Kindhäuser*, § 32 Rn. 148; *Otto*, § 8 Rn. 52; *Prittwitz*, JURA 1984, 74 (80); *Puppe*, § 13 Rn. 5; *Roxin/Greco*, AT I, § 14 Rn. 97, § 15 Rn. 129; *Schmidhäuser*, AT, 6/79; *Schünemann*, GA 1985, 341 (372 f.); SSW-*Rosenau*, § 32 Rn. 49; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 9 Rn. 150; TüKo-*Sternberg-Lieben,* Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 21; TüKo-*Perron/Eisele*, § 32 Rn. 63.

Inhalt: Das objektive Vorliegen einer Notwehr- oder Nothilfelage reicht nicht aus, um die Tat zu rechtfertigen. Der Täter muss Kenntnis vom Vorliegen eines Angriffs haben und sich darüber hinaus bewusst sein, dass sein Verhalten zur Abwehr des Angriffes dient. Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Täter gerade aus der Motivation heraus handelt, das bedrohte Rechtsgut zu verteidigen.

Argument: Die Rechtsordnung verteidigen kann nur derjenige, der davon auch weiß. Daher werden subjektive Rechtfertigungselemente bei allen Rechtfertigungsgründen gefordert (vgl. § 34 StGB: „um zu"). Handelt der Täter jedoch in Kenntnis der Notwehrlage und verteidigt daher die Rechtsordnung, darf nicht mehr auf seine Motive abgestellt werden, da dies eine Bestrafung des Gesinnungsunwertes darstellen würde.

Konsequenz: Die Rechtsfolge der fehlenden Kenntnis der Notwehr- oder Nothilfelage ist unter den Vertretern dieser Theorie umstritten. Es wird entweder ein vollendetes Delikt oder aber ein Versuch angenommen (vgl. unten).

Kritik: Der Angreifer, der erkennt, dass die objektiv vorliegende Verteidigungshandlung ihrerseits mangels Verteidigungsabsicht rechtswidrig ist, könnte seinerseits gegen diese Verteidigungshandlung Notwehr üben.

3. Willenstheorie

Vertreter: **Rechtsprechung:** RGSt 54, 196 (199 f.); RGSt 56, 259 (268); RGSt 60, 261; BGHSt 2, 111 (114); BGHSt 3, 194 (198); BGHSt 5, 245 (247); BGH GA 1980, 67; BGH NStZ 1983, 117; BGH NStZ 2007, 325.

Aus der Literatur: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, § 15 Rn. 47; *Fischer-Fischer/Anstötz*, § 32 Rn. 25 f.; *Geilen*, JURA 1981, 308 (310); *Heinrich*, Rn. 389; BeckOK StGB-*Momsen/Savić*, § 32 Rn. 46; *Jescheck/Weigend*, § 31 IV 1; *Krey/Esser*, Rn. 459 ff.; LK-*Hirsch*, 11. Aufl., Vor § 32 Rn. 53; *Rengier*, § 18 Rn. 108; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 414; vgl. auch *Alwart*, GA 1983, 433 (453).

Inhalt: Das objektive Vorliegen einer Notwehr- oder Nothilfelage reicht nicht aus, um die Tat zu rechtfertigen. Der Täter muss Kenntnis vom Vorliegen eines Angriffes haben, sich darüber bewusst sein, dass sein Verhalten zur Abwehr des Angriffes dient und die Verteidigung des angegriffenen Rechtsgutes muss auch gerade das – wenn auch nicht das alleinige – Motiv des Täters sein.

Argument: Die Rechtsordnung verteidigen kann nur derjenige, der davon auch weiß und die Rechtsordnung verteidigen will. Daher werden subjektive Rechtfertigungselemente bei allen Rechtfertigungsgründen gefordert (vgl. § 34 StGB: „um zu").

Konsequenz: Die Rechtsfolge des fehlenden Verteidigungs- oder Nothilfewillens ist auch unter den Vertretern dieser Theorie umstritten. Es wird entweder ein vollendetes Delikt oder aber ein Versuch angenommen (Argumente siehe unten).

Kritik: Der Angreifer, der erkennt, dass die objektiv vorliegende Verteidigungshandlung ihrerseits mangels Verteidigungsabsicht rechtswidrig ist, könnte seinerseits gegen diese Verteidigungshandlung Notwehr üben.

Rechtsfolge (bei fehlendem Verteidigungs- oder Nothilfewillen)

a) Bestrafung wegen eines vollendeten Delikts (BGHSt 2, 111 (114); *B. Heinrich*, JURA 1997, 366 (374); *ders*., Rn. 392; *Gallas*, Bockelmann-FS 1979, S. 155 (177); LK-*Hirsch*, 11.Aufl., Vor § 32 Rn. 61; *Schmidhäuser*, SB, 6/24).

Argument: Dem Täter können Umstände, die seine Motivation nicht bestimmen, auch nicht zugutekommen. Seine Einstellung zur Rechtsordnung ist genauso fehlerhaft, wie wenn die Notwehrlage objektiv nicht vorläge.

b) Bestrafung wegen eines versuchten Delikts (*Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, § 15 Rn. 48; *Kindhäuser/Hilgendorf*, LPK, Vor §§ 32-35 Rn. 20; *Krey/Esser*, Rn. 469; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 22 Rn. 16; NK-*Engländer*, § 22 Rn. 9, *Putzke*, JURA 2009, 147; TüKo-*Perron/Eisele*, § 32 Rn. 63; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 415).

Argument: Der Erfolgsunwert des Deliktes entfällt, da der Täter objektiv so handeln durfte. Zu einer Rechtsgutsverletzung ist es gerade nicht gekommen, da das Rechtsgut verletzt werden durfte. Der Unwertgehalt der Tat beschränkt sich daher, wie bei einem untauglichen Versuch, auf den subjektiven Handlungsunwert.

Examinatorium Strafrecht / AT / Rechtswidrigkeit 4 / Notwehrrecht für Amtsträger- Arbeitsblatt Nr. 11

Gelten die allgemeinen Rechtfertigungsgründe auch für sich im Dienst befindende Hoheitsträger?

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: Bei einer Routinekontrolle in einer Gaststätte wird Polizist P mehrfach beleidigt und angerempelt. Auch als er das Lokal verlässt, folgt ihm A unter fortwährenden Beschimpfungen. Als A den P schließlich am Ärmel packt, wird es P zu viel und er streckt den A mit einem gezielten Faustschlag zu Boden. Daraufhin entfernt sich A wutschnaubend.
Tatbestandlich begeht P hier eine Körperverletzung im Amt, § 340 StGB. Wäre P eine Privatperson, so wäre diese Körperverletzung allerdings gemäß § 32 StGB gerechtfertigt, da ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff des A auf die Ehre des P vorliegt. Fraglich ist, ob sich P infolge des Umstandes, dass er sich als hoheitlich handelnder Polizeibeamter im Dienst befindet, überhaupt auf das allgemeine Notwehrrecht berufen kann, oder ob seine Rechte und Pflichten in den Polizeigesetzen der Länder abschließend geregelt sind.

1. Rein öffentlich-rechtliche Theorie

Vertreter: *Blei*, § 39 II 4; *Jakobs*, 12/42; 13/42; *Kunz*, ZStW 95 (1983), 973 (981); LK-*Hohn/Rönnau*, 14. Aufl., § 32 Rn. 220; *Seelmann*, ZStW 89 (1977), 36 (50 ff.); SSW-*Rosenau*, § 34 Rn. 4; vgl. auch LK-*Zieschang*, 14. Aufl., § 34 Rn. 43.
Inhalt: Die hoheitlichen Eingriffsbefugnisse des Staates sind in den entsprechenden Gesetzen abschließend geregelt. Daher sind die allgemeinen Rechtfertigungsgründe des Strafrechts auf Amtsträger nicht anwendbar.
Argument: Jeder hoheitliche Eingriff bedarf einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung. Das Recht, hoheitlich tätig zu werden, ist öffentliches Recht. Hierzu gehören die allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe gerade nicht. Diese dürfen keine Lückenfüllerfunktion einnehmen. Das Polizeirecht stellt ausreichende Regelungen zur Verfügung. Ein Amtsträger ist ferner schon von Amts wegen zu einer erhöhten Gefahrtragung verpflichtet.
Konsequenz: Ein nur auf Notwehr gestütztes Verhalten ist weder strafrechtlich noch polizeirechtlich gerechtfertigt.
Kritik: Ein in Notwehr geratender Polizeibeamter steht schlechter da als eine Privatperson.

2. Strafrechtliche Theorie

Vertreter: **Rechtsprechung:** BGHSt 27, 260 (262 f.); BGH NJW 1958, 1405; BayObLG JZ 1991, 936.
Aus der Literatur: *Buttel/Rotsch*, JuS 1996, 717; *Kasiske*, JA 2007, 509 (513); *Kühl*, § 7 Rn. 153; *ders*., JURA 1993, 233 (238); LK-*Spendel*, 11. Aufl., § 32 Rn. 275; *Roxin/Greco* AT I, § 15 Rn. 112 ff.; *Spendel*, JR 1991, 250; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 9 Rn. 93 ff.; TüKo-*Perron/Eisele*, § 32 Rn. 42c; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 433.
Inhalt: Außer in den Fällen, in denen abschließende Einzelregelungen vorliegen, können sich auch Amtsträger auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe berufen, sodass die Handlung nicht nur strafrechtlich, sondern auch polizeirechtlich rechtmäßig ist.
Argument: Ein Amtsträger, der sich oft auch in heikle Situationen begeben muss, darf nicht schlechter stehen als eine Privatperson. Die allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe können durch Landesrecht nicht eingeschränkt werden.
Konsequenz: Ein ausschließlich auf Notwehr gestütztes Verhalten ist sowohl strafrechtlich als auch polizeirechtlich rechtmäßig.
Kritik: Das ganze Polizeirecht und die öffentlich-rechtliche Kompetenzordnung könnte über die Möglichkeit der unbeschränkten Ausübung der Nothilfe – insbesondere beim polizeilichen Schusswaffengebrauch – umgangen werden. Es wäre unverhältnismäßig, wenn Polizeibeamte in gleicher (unkontrollierter) Weise von der Schusswaffe Gebrauch machen dürften wie Privatpersonen.

3. Selbstverteidigungstheorie

Vertreter: *Amelung*, JuS 1986, 329 (332); *Blei*, § 39 II 4; *ders*., JZ 1955, 625 (627); *Fahl*, ZJS 2009, 63 (68); *Heinrich*, Rn. 398; *Hoffmann-Holland*, Rn. 276; NK-*Kindhäuser*, § 32 Rn. 146; *Schünemann*, GA 1985, 341 (365 f.); vgl. auch LK-*Hirsch*, 11. Aufl., § 34 Rn. 7.
Inhalt: Die hoheitlichen Eingriffsbefugnisse des Staates sind in den entsprechenden Gesetzen grundsätzlich abschließend geregelt. Darüber hinaus ist eine Ausnahme lediglich dann zu machen, wenn ein Amtsträger zum Zwecke der Selbstverteidigung in Notwehr handelt.
Argument: Die Polizeigesetze regeln nur spezifisch polizeidienstliche Aufgaben. Hierzu zählt zwar die Nothilfe, nicht jedoch die reine Selbstverteidigung in Fällen eines Angriffs. Auch das Polizeirecht kann einem Amtsträger das natürliche Recht zur Selbstverteidigung nicht nehmen.
Konsequenz: Lediglich Notwehr, nicht aber Nothilfe des Amtsträgers ist strafrechtlich zulässig.
Kritik: Das Gesetz behandelt in § 32 StGB Notwehr und Nothilfe gleich. Für eine Differenzierung besteht kein Anlass.

4. Trennungstheorie

Vertreter: *Kinnen*, MDR 1974, 631; *Rupprecht*, JZ 1973, 263; *Zuck*, MDR 1988, 920 (922).
Inhalt: Hoheitliche Eingriffsbefugnisse und allgemeine strafrechtliche Rechtfertigungsgründe sind voneinander unabhängig. Macht ein Amtsträger bei einer hoheitlichen Tätigkeit von seinem allgemeinen Notwehrrecht Gebrauch, handelt er jedoch als Privatperson.
Argument: Öffentlich-rechtliche Ermächtigungsgrundlagen und privatrechtliche Notrechte sind grundverschiedene Dinge. Das Recht zur Selbstverteidigung kann aber niemandem genommen werden. Dies gilt auch für die Nothilfe als ein Akt privater Solidarität. Da die Notrechte privatrechtlich zu beurteilen sind, gilt der öffentlich-rechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hier gerade nicht.
Konsequenz: Strafrecht und Polizeirecht sind vollständig getrennte Rechtsmaterien mit eigenständigen Rechten und Pflichten.
Kritik: Bereits das Recht zum Tragen einer Schusswaffe zählt zum öffentlichen Recht. Daher kann hier nicht einfach zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht getrennt werden. Es ist kaum vorstellbar, wie ein Beamter in rasch wechselnd gefährlicher Lage ständig zwischen dem hoheitlichen und dem Handeln als Privatperson hin und her schwanken soll.

5. Gemischt öffentlich-rechtlich/strafrechtliche Theorie

Vertreter: *Beaucamp*, JA 2003, 402 (404); *Beisel*, JA 1998, 721 (722 f.); *Böse/Kappelmann*, ZJS 2008, 290 (295 f.); *Jeßberger*, JURA 2003, 711 (713 Fn. 7); *Joecks/Jäger*, § 32 Rn. 86; *Kirchhof*, JuS 1979, 428 (429); *Klose*, ZStW 89 (1977), 61 (78); *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 32 Rn. 17; *Lange*, MDR 1977, 10 (11 ff.); MüKo-*Erb,* 5. Aufl., § 32 Rn. 189; *Riegel*, NVwZ 1985, 639 (640); *Otto*, § 8 Rn. 57 f.; *Rogall*, JuS 1992, 551 (558); *Schmidhäuser*, SB, 6/72; SK-*Hoyer*, § 32 Rn. 103, § 34 Rn. 97 f.
Inhalt: Die allgemeinen Rechtfertigungsgründe erweitern die öffentlich-rechtlichen Eingriffsbefugnisse nicht. Eine strafrechtliche Haftung des Amtsträgers scheidet jedoch bei Vorliegen eines allgemeinen Rechtfertigungsgrundes aus.
Argument: Öffentliches Recht und Strafrecht sind getrennte Regelungsmaterien, weshalb eine Handlung zwar öffentlich-rechtlich rechtswidrig sein, strafrechtlich dem Handelnden jedoch nicht vorgeworfen werden kann. Das Strafrecht erfasst als ultima ratio lediglich besonders sozialschädliche Verhaltensweisen.
Konsequenz: Ein ausschließlich auf Notwehr gestütztes Verhalten ist zwar strafrechtlich, nicht aber polizeirechtlich gerechtfertigt.
Kritik: Es wirkt unglaubwürdig, wenn ein Verhalten strafrechtlich gerechtfertigt ist, disziplinarrechtlich jedoch belangt werden kann.

Examinatorium Strafrecht / AT / Rechtswidrigkeit 5/ Einwilligung – Arbeitsblatt Nr. 12

Einwilligung durch Minderjährige

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: Der 15-jährige X hat von seinem Großvater eine wertvolle Skulptur geerbt, die in seinem Zimmer steht. Sein Onkel O findet die Skulptur „abgrundtief hässlich" und meint, man müsse ihr schon Arme und Beine abschlagen, damit sie etwas gleichsehe. X, der sich über diesen Gedanken amüsiert und dem die Skulptur auch nicht gefällt, meint daraufhin, das solle O doch gleich tun. O nimmt daraufhin einen Hammer und „bearbeitet" das Kunstwerk, während X zuschaut.
Tatbestandlich hat O hier eine Sachbeschädigung gemäß § 303 StGB an der Skulptur begangen. Hierzu hatte jedoch der Eigentümer X eingewilligt. Da X jedoch minderjährig ist, fragt es sich, ob seine Einwilligung strafrechtlich wirksam ist.

1. Lehre von der Einsichtsfähigkeit

Vertreter: **Rechtsprechung:** RGSt 41, 392 (394); BGHSt 4, 88 (90); BGHSt 5, 362; BGHSt 12, 379 (382); BGHSt 23, 1 (4).

Aus der Literatur: *Amelung*, ZStW 104 (1992), 525 (526 ff.); AnwKomm-*Hauck*, Vor §§ 32 ff. Rn. 15; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Mitsch*, § 15 Rn. 132; BeckOK StGB-*Eschelbach*, § 228 Rn. 13; *Fischer-Fischer/Anstötz*, Vor § 32 Rn. 3c; *Sinn*, § 5 Rn. 80; *Heinrich*, Rn. 466; *Jescheck/Weigend*, § 34 IV 1, 4; *Köhler*, S. 250 f.; *Kühl*, § 9 Rn. 33; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, Vor § 32 Rn. 16; *Lesch*, NJW 1989, 2309 (2310); LK-*Rönnau*, 14. Aufl., Vor § 32 Rn. 193, 195; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 17 Rn. 57; *Mitsch*, ZJS 2012, 38 (49 f.); *Otto*, § 8 Rn. 115; *ders.* JURA 2004, 679 (681); *Rengier*, § 23 Rn. 15 f.; *Rönnau*, JuS 2007, 18 (19); *Roxin/Greco*, AT I, § 13 Rn. 84 f.; SSW-*Rosenau*, Vor §§ 32 ff. Rn. 38; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 9 Rn. 24; TüKo-*Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 61; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 569 ff.

Inhalt: Die Einwilligung eines Minderjährigen ist strafrechtlich dann wirksam, wenn er nach seiner Einsichts- und Urteilsfähigkeit Wesen, Tragweite und Auswirkung des Eingriffs voll erfasst. Eine bürgerlich-rechtliche Geschäftsfähigkeit ist nicht erforderlich.

Argument: Die Einwilligung ist kein Rechtsgeschäft im Sinne des Zivilrechts, daher sind die Regeln über die Willenserklärung nicht anwendbar. Da es hier nicht um die Übertragung von Rechten und einen diesbezüglichen Schutz von Minderjährigen geht, sondern um die Strafwürdigkeit einer Handlung, können keine festen Altersgrenzen gesetzt werden. Selbst wenn eine Handlung zivilrechtlich nicht rechtmäßig ist, so kann doch das strafrechtliche Subsidiaritätsprinzip ein Absehen von Strafe erfordern.

Konsequenz: Die Wirksamkeit der Einwilligung eines Minderjährigen ist für jeden konkreten Fall unter Berücksichtigung der besonderen Umstände und der persönlichen Reife des einwilligenden Minderjährigen festzustellen.

Kritik: Der zivilrechtliche Schutz des Minderjährigen findet keine Entsprechung im strafrechtlichen Schutz. Ferner führt es zu unlösbaren Widersprüchen, wenn der Minderjährige wirksam in eine Rechtsverletzung einwilligen, sein gesetzlicher Vertreter aber genauso wirksam diese Einwilligung verweigern könnte.

2. Lehre von der Zivilrechtsakzessorietät

Vertreter: *Jakobs*, 7/114; *Lenckner*, ZStW 72 (1960), 446 (456); MüKo-*Schlehofer*, Vor §§ 32 ff. Rn. 166 ff.; *Schönke/Schröder-Lenckner*, 27. Aufl., Vorbem §§ 32 ff. Rn. 39 ff.; *Weber*, Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts, 1976, S. 274 f.

Inhalt: Die Einwilligung eines Minderjährigen ist hinsichtlich Eigentums- und Vermögensverletzungen strafrechtlich nur dann wirksam, wenn der Minderjährige geschäftsfähig ist (Anwendung der §§ 104 ff. BGB analog). Hinsichtlich der Verletzung von höchstpersönlichen Rechtsgütern ist jedoch ebenfalls auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Einwilligenden abzustellen.

Argument: Einheit von Zivil- und Strafrecht. Wenn der Minderjährige nicht wirksam verfügen kann, dann ist es nicht einzusehen, warum er strafrechtlich die Zerstörung seines Eigentums gestatten kann. Zwar ist die Einwilligung keine Willenserklärung, sie ist jedoch in ihrer Bedeutung eine einer Willenserklärung entsprechende Rechtshandlung und muss im Interesse des Minderjährigenschutzes auch entsprechend behandelt werden. Dagegen überwiegt bei höchstpersönlichen Rechtsgütern das Recht auf freie Selbstbestimmung über die eigene Person.

Konsequenz: Eine Einwilligung eines Minderjährigen in eine Eigentums- oder Vermögensverletzung ist in der Regel unwirksam. Es kommt diesbezüglich lediglich ein (vermeidbarer?) Verbotsirrtum über die Wirksamkeit der Einwilligung in Frage.

Kritik: Es erscheint nicht sinnvoll, einen Minderjährigen zwar in die Verletzung seines Körpers, nicht jedoch in die Verletzung seines Eigentums einwilligen lassen zu können.

Examinatorium Strafrecht / AT / Rechtswidrigkeit 6 / Festnahmerecht – Arbeitsblatt Nr. 13

Reicht ein dringender Tatverdacht für § 127 StPO aus?

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: T bemerkt beim Betreten seines Hauses, dass die Fensterscheibe eingeschlagen und die Wohnung durchwühlt wurde. Beim Blick durchs Fenster sieht er den O mit einem größeren Koffer wegrennen. Dieser hat es so eilig, weil er seinen Zug nicht verpassen will. T hält ihn jedoch für den Einbrecher und folgt ihm. Nachdem O, der es wirklich sehr eilig hat, auf mehrere Zurufe des T nicht reagiert, fasst T ihn am Arm und hält ihn mit einem schmerzhaften Griff fest. Der völlig überraschte O schlägt daraufhin, um sich zu befreien, den Täter nieder.
Bei der Frage, ob T sich wegen Körperverletzung gemäß § 223 StGB, Nötigung gemäß § 240 StGB und eventuell einer Freiheitsberaubung gemäß § 239 StGB strafbar gemacht hat, kommt es entscheidend darauf an, ob ihm das Festnahmerecht gemäß § 127 I StPO zur Seite stand. Dies ist in denjenigen Fällen umstritten, in denen zwar ein Tatverdacht vorliegt, die Straftat aber tatsächlich nicht begangen wurde. Hiervon hängt wiederum die Beurteilung einer Strafbarkeit des O wegen Körperverletzung, § 223 StGB, ab.

1. Strenge Tatlösung

Vertreter: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Mitsch*, § 15 Rn. 174; *Beulke/Swoboda*, StPO, Rn. 367; *Fischer-Fischer/Anstötz*, Vor § 32 Rn. 7a; *Frister*, § 14 Rn. 15; *Sinn*, § 5 Rn. 347; *Jakobs*, 16/16; *Joecks/Jäger*, Vor § 32 Rn. 53 f.; *Krey*, JuS 1970, 290 (291); *Krey/Esser*, Rn. 646; *Kühl*, § 9 Rn. 86; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, Vor § 32 Rn. 23; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 29 Rn. 13; *Otto*, § 8 Rn 154 f.; *ders*., JURA 2003, 685; *Schmitt/Köhler-Schmitt*, StPO, § 127 Rn. 4; TüKo-*Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 129; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 618.

Inhalt: § 127 StPO ist nur bei einer tatsächlich begangenen rechtswidrigen und schuldhaften Straftat zulässig.

Argument: Bereits der Gesetzeswortlaut fordert in Abs. 1 eine „frische Tat“, während in Abs. 2 (über § 112 StPO) ein „dringender Tatverdacht“ ausreicht. Die vorläufige Festnahme durch Privatpersonen ist als Ausnahmetatbestand eng auszulegen. Bestehen Zweifel, so sollen Eingriffe den staatlichen Behörden vorbehalten werden. Da diese zum Eingreifen verpflichtet sind, kommt ihnen, nicht aber den Privatpersonen, das Irrtumsprivileg zu Gute.

Konsequenz: Da die Festnahme nicht gerechtfertigt ist, darf hiergegen Notwehr geübt werden.

Kritik: Eine Interessensabwägung ergibt hier, dass eine vorläufige Festnahme für den Betroffenen eher zuzumuten ist, als den Festnehmenden der uneingeschränkten Notwehr des Festgenommenen auszusetzen. Da eine sichere Erkenntnismöglichkeit nie besteht, müsste dem Festnehmenden immer geraten werden, sein Festnahmerecht im Zweifel nicht auszuüben. Dies würde aber z.B. der moralischen Pflicht zur Nothilfe widersprechen.

2. Eingeschränkte Tatlösung

Vertreter: *Jescheck/Weigend*, § 35 IV 2; *Satzger*, JURA 2009, 107 (109); *Wiedenbrüg*, JuS 1973, 418 (421).

Inhalt: § 127 StPO ist nur bei einer tatsächlich begangenen rechtswidrigen Tat einschlägig. Dass der Täter schuldhaft gehandelt hat, ist nicht erforderlich.

Argument: Argumente wie oben bei 1. Lediglich auf das Erfordernis des schuldhaften Handelns muss verzichtet werden, da dies im Augenblick der Festnahme nur sehr schwer festzustellen ist. Das Ergebnis ist zudem deswegen sinnvoll, da auch gegen Schuldunfähige Strafverfahren durchgeführt werden können.

Konsequenz: Hat der Festgenommene die Tat entweder gar nicht begangen oder nicht rechtswidrig gehandelt, darf er sich der Festnahme mit Notwehr gemäß § 32 StGB widersetzen.

Kritik: Eine Interessensabwägung ergibt auch hier, dass eine vorläufige Festnahme für den Betroffenen eher zuzumuten ist, als den Festnehmenden der uneingeschränkten Notwehr des Festgenommenen auszusetzen.

3. Gemischte Tat-/Verdachtslösung

Vertreter: *Blei*, JA 1972, 792; vgl. auch HK-*Posthoff/Faßbender*, StPO, 7. Aufl. 2023, § 127 Rn. 8.

Inhalt: § 127 StPO ist bei Erfüllung des objektiven Tatbestandes einschlägig. Hinsichtlich der übrigen Merkmale reicht hingegen ein dringender Tatverdacht.

Argument: Einerseits muss gefordert werden, dass der Täter den objektiven Tatbestand auch tatsächlich erfüllt hat. Dies ist objektiv feststellbar und kann von anderen beobachtet werden. Die Voraussetzungen des subjektiven Tatbestandes, der Rechtswidrigkeit und der Schuld sind hingegen nicht so einfach festzustellen. Dringender Tatverdacht muss hierfür ausreichen.

Konsequenz: Derjenige, der den objektiven Tatbestand erfüllt, darf sich einer vorläufigen Festnahme nicht widersetzen.

Kritik: Da oft auch die Erfüllung des objektiven Tatbestandes nicht eindeutig beobachtet werden kann, gilt hier die bei 1. und 2. geäußerte Kritik entsprechend.

4. Verdachtslösung

Vertreter: **Rechtsprechung:** BGH NJW 1981, 745; OLG Zweibrücken NJW 1981, 2016; vgl. auch BayObLG JR 1987, 344.
Aus der Literatur: *Böhringer/Wagner*, ZJS 2014, 557 (565 f.); *Borchert*, JA 1982, 338 (341); *Freund/Rostalski*, § 3 Rn. 12 ff.; *Heinrich*, Rn. 508; HK-*Posthoff/Faßbender*, StPO, 7. Aufl. 2023, § 127 Rn. 7; *Jäger*, Rn. 248; KK-*Glaser*, StPO, § 127 Rn. 9; *Köhler*, S. 319 f.; *Kühne*, Strafprozessrecht, § 26 Rn. 450; LK-*Rönnau*, 14. Aufl., Vor § 32 Rn. 268; *Löwe/Rosenberg-Gärtner*, 28. Aufl. 2025, § 127 Rn. 9; *Rengier*, § 22 Rn. 10; *Roxin/Greco*, AT I, § 17 Rn. 24; SK-StPO-*Paeffgen*, 6. Aufl. 2024, § 127 Rn. 8 ff.; *Wagner*, ZJS 2011, 465 (471 f.).

Inhalt: Für § 127 StPO reicht ein dringender Tatverdacht aus, wenn der Festnehmende diesen nach pflichtgemäßer Prüfung annehmen konnte.

Argument: § 127 StPO ist eine Norm des Prozessrechts. Die vorläufige Festnahme steht am Beginn der strafprozessualen Maßnahmen, zu Beginn der Ermittlungen ist jedoch ein dringender Tatverdacht ausreichend. Auch die Privatperson, die gemäß § 127 I StPO festnimmt, handelt in öffentlich-rechtlicher Funktion. Die dort geltenden Regeln müssen somit auch für die Privatperson gelten.

Konsequenz: Eine Notwehr gegen die Festnahme ist nicht zulässig, sobald der Festnehmende von einem dringenden Tatverdacht ausgehen konnte.

Kritik: Der zu Unrecht Festgenommene weiß in manchen Fällen gar nicht, warum er angegriffen wird. Ihm das Notwehrrecht zu versagen, ist nicht nachvollziehbar.

Examinatorium Strafrecht / AT / Rechtswidrigkeit 7/ Einwilligung infolge Täuschung – Arbeitsblatt Nr. 14

Durch Täuschung bedingte Einwilligung

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: T kann moderne Kunst nicht ausstehen und beschließt daher, sämtliche Werke dieser Richtung, die er in die Finger bekommt, zu zerstören. Als er eines Tages bei seinem Bekannten O weilt, der einige Kunstwerke in seinem Wohnzimmer hängen hat, weist er sich als Kunstsachverständiger aus und macht dem O klar, dass zwei seiner Werke mit hochgradig gesundheitsgefährdenden Farben gemalt seien und daher sofort entsorgt werden müssten. Der gesundheitsbewusste O fällt auf den Trick des T herein und lässt es zu, dass T noch an Ort und Stelle die beiden Werke verbrennt.
Hier begeht T durch das Verbrennen der Bilder tatbestandlich eine Sachbeschädigung, § 303 StGB. Diese könnte jedoch durch die Einwilligung des Eigentümers O gerechtfertigt sein. Es stellt sich somit die Frage, ob eine durch Täuschung erschlichene Einwilligung die Tat rechtfertigt.

1. Allgemeine Unwirksamkeitstheorie

Vertreter: **Rechtsprechung:** OLG Stuttgart NJW 1982, 2265 (2267); vgl. auch RGSt 74, 91 (93); BGHSt 4, 88 (90); BGHSt 16, 309 (310).
Aus der Literatur: *Amelung*, ZStW 109 (1997), 490 (511 ff.); AnwKomm-*Hauck*, 3. Aufl. 2020, Vor §§ 32 ff. Rn. 16; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Mitsch*, § 15 Rn. 140; *Heinrich*, Rn. 469; *Hoffmann-Holland*, Rn. 315; *Kindhäuser/Zimmermann*, § 12 Rn. 27; *Köhler*, S. 254 Fn. 57; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 17 Rn. 59; *Rengier*, AT, § 23 Rn. 32; *Rönnau*, JuS 2007, 18 (19); *Stratenwerth/Kuhlen*, § 9 Rn. 26.

Inhalt: Eine durch Täuschung bewirkte Einwilligung ist strafrechtlich unwirksam.

Argument: Eine täuschungsbedingte Einwilligung hebt die Entscheidungsfreiheit des Einwilligenden auf. Die Einwilligung entspricht daher nicht mehr dem wahren Willen des Einwilligenden. Ein wirksamer Rechtsgüterschutz erfordert aber stets auch den Schutz des autonomen Willens des Tatopfers. Denn ein Grund dafür, warum die Einwilligung rechtfertigend wirkt, ist der Ausgleich von Interessenskonflikten. Dies funktioniert aber dann nicht mehr, wenn die Einwilligung nicht dem wahren Willen entspricht.

Konsequenz: Der Bereich der Einwilligung wird zugunsten des Tatopfers eingeschränkt.

Kritik: Das Strafrecht soll nicht über Umwege die Dispositions- und Tauschfreiheit sondern nur vor einem Rechtsgutsverlust an sich schützen. Gerade bei einer Rechtsgutspreisgabe in Verbindung mit einer Gegenleistung kann nicht jeder Motivirrtum des Opfers beachtlich sein.

2. Rechtsgutsbezogene Unwirksamkeitstheorie

Vertreter: *Arzt*, Baumann-FS 1992, S. 201 (205 ff.); *Bloy*, ZStW 96 (1984), 703 (714 ff.); *Brandts-Schlehofer*, JZ 1987, 442 (447); *Sinn*, § 5 Rn. 84 ff.; BeckOK StGB-*Eschelbach*, § 228 Rn. 14; *Jescheck/Weigend*, § 34 IV 5; *Joecks/Jäger*, Vor 32 Rn. 31; *Kühl*, § 9 Rn. 37 ff.; LK-*Rönnau,* 14. Aufl., Vor § 32 Rn. 204; *Michel*, JuS 1988, 8 (11); *Mitsch*, JA 2009, 115 (117); MüKo-*Schlehofer*, Vor §§ 32 ff. Rn. 180; *Schmidt*, Rn. 444; SSW-*Rosenau*, Vor §§ 32 ff. Rn. 40; *Sternberg-Lieben*, GA 1990, 289 (292); TüKo-*Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 75; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 574.

Inhalt: Eine durch Täuschung bewirkte Einwilligung ist nur dann strafrechtlich unwirksam, wenn die Täuschung eine rechtsgutsbezogene Fehlvorstellung bewirkt hat. Es muss also über das „Ob“ bzw. den Umfang der Rechtsgutsverletzung getäuscht werden. Wird lediglich über die Erbringung einer eventuellen Gegenleistung oder über sonstige Motive getäuscht, ist der Irrtum unbeachtlich.

Argument: Nur ein rechtsgutsbezogener Irrtum, d.h. ein Irrtum darüber, dass ein Rechtsgut „aufgegeben“ wird, führt zur Unkenntnis über die Bedeutung, Tragweite und Auswirkung des Rechtsgutsverzichts. Der Täter muss also beim Opfer eine falsche Vorstellung gerade über das preiszugebende Gut geweckt haben. Ein Irrtum über das Zustandekommen des Willens, d.h. über das bloße Motiv, ist dagegen unbeachtlich. Denn das Strafrecht soll lediglich die Eigenverantwortlichkeit der Rechtsgutsfreigabe schützen. Nicht geschützt ist hingegen die bloße Dispositions- und Tauschfreiheit. Wegen Sachbeschädigung ist daher nur derjenige strafbar, der den anderen darüber täuscht, dass durch eine bestimmte Handlung eine Sache beschädigt wird, nicht aber der, der darüber täuscht, warum eine Sache zu beschädigen ist.

Konsequenz: Einschränkung der Strafbarkeit; Unbeachtlichkeit des Motivirrtums.

Kritik: Das geschützte Rechtsgut wird zu statisch gesetzt. Es geht zu weit, jeden Irrtum im Motiv für unbeachtlich zu erklären.

3. Normative Autonomietheorie

Vertreter: *Roxin/Greco*, AT I, § 13 Rn. 70; *Roxin.*, Noll-GS 1984, S. 275; vgl. auch *Otto*, § 8 Rn. 108 ff.; *ders.*, JURA 2004, 679 (681); *Otto/Albrecht*, JURA 2010, 264 (270); *Rönnau*, JURA 2002, 665 (672 f.); *Rönnau/Hohn*, JuS 2003, 998 (1002).

Inhalt: Eine durch Täuschung bewirkte Einwilligung ist strafrechtlich nur dann unwirksam, wenn hierdurch eine selbstbestimmte Entscheidung des Rechtsgutsträgers ausgeschlossen wird. Dabei ist die Autonomie nach normativen Kriterien zu bestimmen.

Argument: Es ist jeweils fallgruppenbezogen und nicht abstrakt über die Bedeutung einer Täuschung auf der Grundlage des Autonomiegedankens zu differenzieren. Dabei ist nicht jedes Motiv zu berücksichtigen, welches der Täter für wesentlich hält.

Konsequenz: Es ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob die autonome Entscheidung beeinträchtigt war.

Kritik: Die spezifische Schutzrichtung der Delikte wird verfälscht. Der Autonomie-Gedanke ist zu unbestimmt, um ein tragfähiges Kriterium abzugeben.

Beachte: Teilweise werden die hier entwickelten Grundsätze auch auf das tatbestandsausschließende Einverständnis angewandt, teilweise werden hierfür andere Kriterien herangezogen.

Fallbeispiel: *Nussbaum,* Boxkampf mit Folgen, ZJS 2021, 350.

Examinatorium Strafrecht / AT / Täterschaft und Teilnahme 1 / Abgrenzung – Arbeitsblatt Nr. 15

Abgrenzung: Täterschaft – Teilnahme

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: Händler H ist auf den Verkauf von gebrauchten Elektrogeräten spezialisiert, die er sich von verschiedenen Bekannten „beschaffen" lässt. Er heuert A und B gegen Bezahlung einer beträchtlichen Summe an, um in einige Villen einzubrechen. Von seinem Bekannten C hat er zuvor eine Liste von Villen erstellen lassen, deren Bewohner zurzeit im Urlaub sind. A und B machen sich eines nachts mit ihren Bekannten D, E, und F auf den Weg. D hat dabei die Aufgabe, die Alarmanlage auszuschalten, E, die Aufgabe „Schmiere" zu stehen und F die Aufgabe, im LKW zu warten und die mitgenommenen Gegenstände anschließend zu H zu fahren. Aus Sorge um ihren Mann gibt die Ehefrau G dem A noch eine Pistole „zur Sicherheit" mit.
Die Strafbarkeit von A, B, C, D, E, F, G und H richtet sich in erster Linie danach, ob sie Täter oder Teilnehmer der Einbruchsdiebstähle gemäß §§ 242, 243 I 2 Nr. 3 sowie des § 244 I Nr. 1a, 2, 3 StGB sind. – Hinzuweisen ist darauf, dass die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, selbst wenn man hierfür subjektive Kriterien anwendet, zweckmäßigerweise als erster Prüfungspunkt im Rahmen des objektiven Tatbestandes erfolgen sollte (das Tatbestandsmerkmal „wer [tötet, wegnimmt etc.]" ist zu lesen als „wer als Täter [tötet, wegnimmt etc.])".

1. Formal-objektive Theorie

Vertreter: Diese Theorie war in den dreißiger Jahren herrschend, wird aber heute nicht mehr vertreten; *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen (1906), 408 ff.; *v. Hippel*, Deutsches Strafrecht II (1930), 453 ff.; *Mezger*, Strafrecht (2.Aufl. 1933), S. 444; *Wegner*, Strafrecht AT (1951), S. 249; sympathisierend aus heutiger Zeit allerdings noch *Freund/Rostalski*, § 10 Rn. 35 ff.

Inhalt: Täter ist, wer den Tatbestand durch seine Handlung entweder ganz oder teilweise objektiv erfüllt. Er muss also die Ausführungshandlung ganz oder teilweise selbst vornehmen. Teilnehmer ist, wer zur Tatbestandsverwirklichung nur durch eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beiträgt.

Argument: Enge Auslegung des Täterbegriffes. Wertende Betrachtung, die an subjektive Kriterien anknüpft, führt zu Rechtsunsicherheit und begrifflicher Unschärfe.

Konsequenz: Nur derjenige, der bei der Ausführungshandlung dabei ist, kann Täter sein.

Kritik: Nicht oder nur unzureichend erfasst werden können die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft und diejenigen Formen der arbeitsteiligen Mittäterschaft, bei denen z.B. der Bandenchef allein Vorbereitung und Planung ausarbeitet, jedoch bei der Ausführungshandlung selbst nicht dabei ist.

2. Subjektive Theorie

Vertreter: **Rechtsprechung:** vgl. RGSt 2, 160; 3, 181; 37, 55; 55, 60; 63, 101; 64, 273; 66, 236; 71, 364; 74, 21; 74, 84; BGHSt 2, 150; 2, 169 (170); 3, 349; 8, 70 (73); 8, 390 (391); 8, 393 (396); 16, 12 (13); 18, 87 (89 f.); 28, 346 (348); 34, 124 (125); 36, 363 (367); 37, 289 (291); 38, 32 (33); 38, 315 (319); 39, 381 (386); 40, 299 (300 f.).
Aus der Literatur: *Arzt*, JZ 1981, 414; *ders.*, JZ 1984, 429; *Baumann*, JuS 1963, 88; *Baumann/Weber/Mitsch*, 11. Auflage, § 29 Rn. 59 ff.

Inhalt: Täter ist, wer die Tat als eigene will, d.h. mit Täterwillen (animus auctoris) handelt. Teilnehmer ist, wer die Tat als fremde veranlassen oder fördern will, d.h. mit Teilnehmerwillen (animus socii) handelt.

Argument: Nur, wenn der Schwerpunkt auf den Willen gelegt wird, können in den Fällen, in denen im Hintergrund agierende Beteiligte sich Handlangern bedienen, um ihre geplanten Taten auszuführen, sachgerechte Entscheidungen getroffen werden. Bei Unterlassungsdelikten muss mangels objektiver Tathandlung auch auf den Willen abgestellt werden.

Konsequenz: Der Bandenchef im Hintergrund kann, auch wenn er sich eines voll deliktisch Handelnden „bedient", Täter sein.

Kritik: Täterschaft und Teilnahme können zu beliebig austauschbaren Begriffen werden. Damit wird die Rechtsunsicherheit gefördert, da es letztlich dem Ermessen des Richters überlassen bleibt, die Abgrenzung vorzunehmen. Ferner widerspricht der Umstand, dass derjenige, der den Tatbestand durch seine Handlung objektiv erfüllt, bei entsprechendem Willen nur Gehilfe ist, dem klaren Wortlaut des § 25 StGB.

3. Tatherrschaftslehre

Vertreter: **H.M. Literatur:** vgl. AnwKomm-*Waßmer*, Vor §§ 25 ff. Rn. 22; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Eisele*, § 25 Rn. 34; BeckOK-*Kudlich*, § 25 Rn. 15; *Sinn*, § 10 Rn. 79 ff.; *Heinrich*, Rn. 1206; *Jakobs*, 21/32 ff.; *Jescheck/Weigend*, § 61 V; *Krey/Esser*, Rn. 827 ff.; *Kühl*, § 20 Rn. 29; *Lackner/Kühl/Heger-Pohlreich*, Vor § 25 Rn. 6; LK-*Schünemann/Greco*, 14. Aufl., § 25 Rn. 13 ff.; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 47 Rn. 84; MüKo-*Scheinfeld*, § 25 Rn. 32 ff.; *Murmann*, JA 2008, 521 (521 f.); *Otto*, § 21 Rn. 21 ff.; *Rengier*, § 41 Rn. 10; *ders*., JuS 2010, 281 (283); *Roxin*, AT II, § 25 Rn. 27 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 12 Rn. 15 ff.; TüKo-*Weißer,* Vorbem §§ 25 ff. Rn. 75 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 812; *Wiehmann*, JuS 1993, 1005 f.

Inhalt: Täter ist, wer die Tat beherrscht, d.h. als Schlüsselfigur das Tatgeschehen nach seinem Willen hemmen, lenken oder mitgestalten kann. Teilnehmer ist, wer die Tat nicht beherrscht und lediglich als Randfigur die Begehung der Tat veranlasst oder in irgendeiner Weise fördert.

Argument: Ausgangspunkt muss, um Rechtsunsicherheit zu vermeiden, der restriktive Täterbegriff der objektiven Theorie sein. Dennoch müssen subjektive Gesichtspunkte berücksichtigt werden, um die Rechtsfiguren der mittelbaren Täterschaft und der arbeitsteiligen Mittäterschaft erklären zu können.

Konsequenz: Es erfolgt eine wertende Betrachtung mit dem objektiven Kriterium der Tatherrschaft.

Kritik: Die Lehre versagt beim absichtslos dolosen Werkzeug, da dieses die Tatherrschaft besitzt, ohne Täter zu sein. Schwierigkeiten bestehen auch bei der arbeitsteiligen Mittäterschaft, da jeder nur die Tatherrschaft über seinen Tatbeitrag besitzt.

4. Ganzheitstheorie

Vertreter: *Köhler*, S. 499; *Schmidhäuser*, AT, 14/7; 14/156 ff.; *ders.*, SB, 10/44 ff.; 10/163 ff.; *ders.*, Stree/Wessels-FS 1993, S. 343; vgl. auch *Blei*, § 71 I.

Inhalt: Es erfolgt eine wertende gesamtheitliche Betrachtung in Bezug auf den jeweiligen Unrechtstatbestand.

Argument: Da jeder Fall anders liegt, kann bei jeder Gesamtbetrachtung ein anderer Einzelzug des Geschehens den entscheidenden Ausschlag geben. Daher verbietet sich eine abstrakte Abgrenzungsdefinition.

Konsequenz: Für jedes Delikt muss eine unterschiedliche Abgrenzung im Einzelfall stattfinden**.**

Kritik: Da keine für die Entscheidung maßgeblichen Kriterien genannt werden, wird eine erhebliche Rechtsunsicherheit erzeugt, da bei einer Abwägung die Gewichte nach (nicht kontrollierbarem) Belieben gesetzt werden können.

5. Bewertung

Subjektive Theorie und Tatherrschaftslehre scheinen sich in vielen Punkten einander anzunähern. Insbesondere lässt auch der BGH Tendenzen erkennen, sich der Tatherrschaftslehre anzunähern (so findet sich zuweilen der Ausdruck „Wille zur Tatherrschaft"); vgl. BGHSt 8, 390 (393); 11, 268 (272); 19, 135; 35, 347 (353); 36, 363 (367); 37, 289 (291); 38, 32 (33); 38, 325 (329); 39, 381 (386); zu dieser Problematik vgl. auch LK-*Roxin*, 11. Aufl., § 25 Rn. 1.

Examinatorium Strafrecht / AT / Täterschaft und Teilnahme 2/ Unterlassen – Arbeitsblatt Nr. 16

Abgrenzung: Täterschaft durch Unterlassen – Teilnahme bei Nichtverhinderung der Begehungstat eines Dritten

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: Vater T sieht aus dem Fenster seiner Wohnung, wie der Nachbar N gerade dabei ist, aus einem nichtigen Anlass den Sohn des T zu verprügeln. Obwohl T eingreifen und den N ohne größere Schwierigkeiten von den Schlägen abhalten könnte, tut er nichts, da er der Meinung ist, diese Tracht Prügel geschehe seinem Sohn einmal gerade recht. --- Hier begeht N eine Körperverletzung gemäß § 223 StGB (zu prüfen wäre hier eventuell noch § 225 I StGB). Der T hat als Vater eine Garantenstellung gegenüber seinem Sohn. Daher ist er verpflichtet, die Körperverletzung seitens des N zu verhindern. Fraglich ist nur, ob die Nichthinderung zu einer täterschaftlichen Körperverletzung durch Unterlassen führt oder lediglich eine Teilnehmerstrafbarkeit begründet.

1. Subjektive Theorie

Vertreter: **Rechtsprechung:** RGSt 58, 244 (247); 64, 273 (275); 66, 71 (74 f.); BGHSt 2, 150 (151); 4, 20 (21); 13, 162 (166); 27, 10 (12); BGH NStZ 1985, 24; 1992, 31; BGH StV 1986, 50.
Aus der Literatur: *Arzt*, JA 1980,553(558); *Baumann/Weber/Mitsch*, 11. Aufl., § 29 Rn.58 f.; Seelmann, StV 1992, 416; ähnlich *Otto*, § 21 Rn. 50; *ders.*, JURA 1987, 251.

Inhalt: Auch bei Unterlassungsdelikten sind Täterschaft und Teilnahme danach abzugrenzen, ob der Unterlassende mit Täter- oder Teilnehmerwillen die Tatverhinderung unterlässt. Dabei können allerdings objektive Kriterien zur Feststellung des Willens herangezogen werden.

Argument: Ein strafrechtlicher Erfolg kann sowohl durch Tun als auch durch Unterlassen bewirkt werden. Beide Verhaltensformen sind hierbei gleich zu behandeln, die animus-Theorie liefert hierbei brauchbare Ergebnisse.

Konsequenz: Unterlassungstäter ist derjenige, der mit Täterwillen unterlässt.

Kritik: Sind Täter- und Teilnehmerwillen bereits bei den Begehungsdelikten kaum nachweisbar, so kann im Unterlassensbereich sogar noch weniger an äußere Indizien angeknüpft werden, die auf einen Täterwillen schließen lassen. Die entsprechende Anwendung der Abgrenzung berücksichtigt nicht die unterschiedliche Seinsweise von Handlung und Unterlassung.

2. Tatherrschaftstheorie

Vertreter: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*-Eisele § 25 Rn. 48; *Heinrich*, Rn. 1214; *Kielwein*, GA 1955, 227; LK-*Weigend/Ceffinato*, 14. Aufl., § 13 Rn. 94; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 49 Rn. 87; MüKo-*Joecks*, 2. Aufl., § 25 Rn. 270; *Ransiek*, JuS 2010 678 (680 f.); *Rengier*, § 51 Rn. 18 ff.; *ders*., JuS 2010, 281 (284); *Satzger*, JURA 2011, 432 (434); SK-*Stein/Eckstein*, Vor § 13 Rn. 88; TüKo-*Weißer*, Vorbem. § 25 Rn. 105; *Weißer*, JA 2010, 433 (435 f.); *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 1215.

Inhalt: Auch bei Unterlassungsdelikten sind Täterschaft und Teilnahme nach dem Kriterium der Tatherrschaft abzugrenzen.

Argument: Die Tatherrschaft ist auch hier ein geeignetes Abgrenzungskriterium, da sie sich nicht in der Möglichkeit der Erfolgsverhinderung erschöpft. Liegt die Möglichkeit der Erfolgsverhinderung vor, so ist danach zu differenzieren, bei wem die maßgebliche Entschließung zur Tatausführung und die Tatherrschaft liegen.

Konsequenz: Unterlassungstäter ist derjenige, der die Tatherrschaft besitzt.

Kritik: Ein Unterlassen zeichnet sich gerade dadurch aus, dass der Unterlassende nichts tut. Für dieses Unterlassen jedoch objektive Kriterien anlegen zu wollen, erscheint nicht möglich. Bei vorliegender Erfolgsverhinderungsmöglichkeit noch weiter danach zu differenzieren, ob der Unterlassende zudem Tatherrschaft hatte, ist ebenfalls nicht denkbar.

3. Täterschaftstheorie

Vertreter: *Bachmann/Eichinger*, JA 2011, 105 (107 f.), 509; *Blei*, § 86 IV 2b; *Bloy*, JA 1987, 492; *Eiden/Glückert*, JURA 2010, 780 (789); *Haft*, G VII; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S. 291 ff.; LK-*Roxin*, 11. Aufl., § 25 Rn. 206; *Mitsch*, JURA 1989, 197; *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 140 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 14 Rn. 23; *Welzel*, § 28 A V 2; vgl. auch *Becker*, HRRS 2009, 242 (246 ff.), der jedoch das Unterlassen im Vorfeld der Tatbestandsverwirklichung davon ausnimmt.

Inhalt: Bei Nichthinderung einer fremden Begehungstat ist der nichthindernde Garant stets Täter.

Argument: Eine Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme ist hier gar nicht möglich. Gemäß § 13 StGB ist das Unterlassen aber nur dann strafbar, wenn es der täterschaftlichen Verwirklichung des Tatbestandes entspricht. Entweder es besteht eine Rechtspflicht zum Einschreiten oder diese besteht nicht. Eine Abstufung diesbezüglich ist nicht möglich.

Konsequenz: Der Unterlassende ist immer Täter. Beihilfe durch Unterlassen in Garantenstellung ist bei Taten Dritter nie möglich.

Kritik: Auch im Unterlassensbereich muss es eine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme geben. Der Unterlassende würde sonst die zwingende Strafmilderungsmöglichkeit bei der Beihilfe (§ 27 StGB) verlieren und damit schlechter stehen als der Handelnde (wobei allerdings § 13 II StGB beim Unterlassen eine fakultative Strafmilderungsmöglichkeit vorschreibt).

4. Teilnahmetheorie

Vertreter: BeckOK/*Kudlich*, § 25 Rn. 17.2; *Gallas*, JZ 1960, 687; *Jescheck/Weigend*, § 64 IV 5; *Kühl*, § 20 Rn. 230; *Kühl/Hinderer*, JuS 2009, 919 (921, 924); *Lackner/Kühl/Heger-Pohlreich*, § 27 Rn. 5; LK-*Jescheck*, 11. Aufl., § 13 Rn. 57; *Ranft*, ZStW 94 (1982), 828 ff.

Inhalt: Bei Nichthinderung einer fremden Begehungstat ist der nichthindernde Garant stets nur Gehilfe.

Argument: Der Unterlassende ist immer nur mittelbar beteiligt und daher nur Gehilfe. Er kann nur dann die Tatherrschaft besitzen, wenn der den Tatverlauf beherrschende Begehungstäter diese nicht mehr besitzt. Gegenüber dem Begehungstäter ist der Unterlassungstäter immer in einer untergeordneten Rolle.

Konsequenz: Der Unterlassende ist immer Gehilfe. Täterschaft durch Unterlassen in Garantenstellung bei Taten Dritter ist nicht möglich.

Kritik: Auch im Unterlassensbereich muss es eine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme geben. Der Unterlassende mag zwar nur Randfigur des Begehungsdeliktes sein, hinsichtlich des davon aber völlig zu trennenden Gebotstatbestandes des Garanten ist er nicht Randfigur, sondern gerade Zentralgestalt. Auch muss es gleichgültig sein, ob die Gefahr für das Opfer selbstverschuldet ist, von Naturgewalten ausgeht (dann ist ja nur Täterschaft möglich) oder von einem anderen Menschen.

5. Differenzierende Theorie

Vertreter: *Bosch*, JA 2007, 418 (421); *Eser/Burkhardt*, II, 27 A 22; *Herzberg/Amelung*, JuS 1984, 938; *Hoffmann-Holland*, Rn. 806 f.; *Krey/Esser*, Rn. 1181 f.; LK-*Schünemann/Greco*, 14. Aufl., § 25 Rn. 235 f.; *Noak/Collin*, JURA 2006, 544 (549); *Vogel/Hocke*, JURA 2005, 709 (711); *Seher*, JuS 2009, 793 (797); *Sinn*, § 10 Rn. 312 f.; vgl. auch *Hoffmann-Holland*, ZStW 118 (2006), 620 (637 f.); ferner (mit genau umgedrehter Differenzierung) *Krüger*, ZIS 2011, 1 (6 ff.).

Inhalt: Bei der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme ist zu differenzieren: Ist der Unterlassende Obhuts- oder Beschützergarant, so ist er Täter; ist er hingegen Sicherungs- oder Überwachungsgarant, ist er lediglich Gehilfe.

Argument: Auch bei den echten Unterlassensdelikten dient die Qualität der Garantenpflicht zur Orientierung bei der Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme. Der Obhuts- oder Beschützergarant muss aber das Rechtsgut vor jeder Gefahr bewahren, während der Sicherungs- oder Überwachungsgarant nur für eine bestimmte Gefahrenquelle verantwortlich ist.

Konsequenz: Nur der Obhuts- oder Beschützergarant kann hier Täter einer Unterlassungstat sein.

Kritik: Das Gesetz selbst kennt nur das Merkmal der Garantenstellung und differenziert nicht nach einzelnen Funktionen der Garantenstellung.

Examinatorium Strafrecht / AT / Täterschaft und Teilnahme 3 / Täter hinter dem Täter – Arbeitsblatt Nr. 17

Täter hinter dem Täter bei vermeidbarem Verbotsirrtum des Tatmittlers

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: T überredet den leicht beeinflussbaren und ihm hörigen A, seine Ehefrau O umzubringen. Dabei hält er dem A vor, die O sei eine hochgradig gefährliche Verbrecherin, die im Geheimen vorhabe, die ganze Welt zu vernichten. Da man ihr aber nichts nachweisen könne, müsse sie – zur Rettung der Menschheit – getötet werden. A, der zwar weiß, dass die Tötung von Menschen Unrecht ist, lässt sich dennoch darauf ein, da er sich aufgrund der besonderen Umstände für gerechtfertigt hält.
Im vorliegenden Fall ist A wegen Totschlages zu bestrafen, da er sich lediglich in einem vermeidbaren Verbotsirrtum (Erlaubnisirrtum) befand. Fraglich ist dann, ob der T, der den A in diesen Irrtum versetzt hatte, trotzdem wegen mittelbarer Täterschaft bestraft werden kann, oder ob hier lediglich eine Strafbarkeit wegen Anstiftung möglich ist (Stichwort „Katzenkönig-Fall“).

1. Theorie der strengen Verantwortlichkeit

Vertreter: *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 347 ff.; *Bockelmann/Volk*, § 22 II 2 e; *Bottke*, JuS 1992, 768 f.; *Herzberg*, JuS 1974, 374; *Jakobs*, 21/94; *ders.*, NStZ 1995, 26; *Jescheck/Weigend*, § 62 II 5; *Krey/Esser*, Rn. 927 f.; *Maiwald*, ZStW 88 (1976), 736 f.; *ders.*, ZStW 93 (1981), 892 f.; MüKo-*Scheinfeld*, § 25 Rn. 107; *Spendel*, Lüderssen-FS 2002, S. 610; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 12 Rn. 53 ff.; *Zaczyk*, GA 2006, 411 (414).

Inhalt: Nur ein unvermeidbarer Verbotsirrtum des Tatmittlers kann zur mittelbaren Täterschaft des Hintermannes führen. Handelt der Tatmittler dagegen tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft, kommt für den Hintermann lediglich Anstiftung in Betracht.

Argument: Ein frei verantwortlich handelnder Täter kann niemals in der Weise als „Werkzeug“ eines Hintermannes angesehen werden wie ein schuldlos Handelnder. Den vermeidbaren Verbotsirrtum wertet das Recht jedoch als Tat des Irrenden. Denn bei der Verbotskenntnis handelt es sich nicht um ein psychisches Faktum, sondern um eine bloße Möglichkeit. Soweit diesem aber ein Rest an Verantwortung bleibt, kann hierfür keine vorrangige Zuständigkeit und Herrschaft des Hintermannes bestehen. Diesbezüglich passen daher die akzessorischen Teilnahmevorschriften besser.

Konsequenz: Die Rechtsfigur des „Täters hinter dem Täter“ ist nicht möglich.

Kritik: Auch bei Mittäterschaft und Nebentäterschaft kennt das Recht eine Trennung von Verantwortlichkeiten. Auch hier können mehrere unabhängig voneinander Tatherrschaft besitzen.

2. Theorie der eingeschränkten Verantwortlichkeit

Vertreter: **Rechtsprechung:** BGHSt 35, 347 (353 f. – Katzenkönig); 40, 257 (266 f.).

Aus der Literatur: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Eisele*, § 25 Rn. 138 f.; *Blei*, § 72 I 3c; *Freund/Rostalski*, § 10 Rn. 90 ff.; *Haft*, AT, H III 2 c; *Heinrich*, Rn. 1260; *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, S. 23; *ders.*, JURA 1990, 22; *Hoffmann-Holland*, Rn. 502; *Küper*, JZ 1989, 948; *Lackner/Kühl/Heger*-Pohlreich § 25 Rn. 4; LK-*Schünemann/Greco*, 14. Aufl., § 25 Rn. 110; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 48 Rn. 36, 87; *Otto*, § 21 Rn. 84; *ders.*, JURA 1987, 254 f.; *Rengier*, § 43 Rn. 46; *Roxin*, JZ 1995, 49; *Schaffstein*, NStZ 1989, 156; *Schöch*, NStZ 1995, 157; *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, S. 76 ff., 126 ff.; *ders.*, JR 1995, 177; *Schulz*, JuS 1997, 110 f.; *Schumann*, NStZ 1990, 32; *Sinn*, § 10 Rn. 109 f.; TüKo-*Weißer*, § 25 Rn. 61.

Inhalt: Auch ein vermeidbarer Verbotsirrtum der Tatmittlers kann zur mittelbaren Täterschaft des Hintermannes führen. Bei der Abgrenzung gelten die allgemeinen Vorschriften.

Argument: Auch beim vermeidbaren Verbotsirrtum des Täters kann der Hintermann durch die Täuschung Tatherrschaft besitzen. Hier kommt es jeweils auf den Einzelfall an, ob diese tatsächlich vorliegt. Ein starres Verantwortungsprinzip würde diese sinnvolle Differenzierung verhindern. Entscheidend ist nicht das schuldhafte oder schuldlose Verhalten des Vortäters, sondern ob es dem Hintermann gelingt, den Tatmittler seiner Herrschaft zu unterwerfen. Die Vermeidbarkeit oder Unvermeidbarkeit des Irrtums des Tatmittlers kann allein kein geeignetes Abgrenzungskriterium für den Hintermann sein. In beiden Fällen fehlt dem Handelnden – vom Hintermann gesteuert – die Unrechtseinsicht.

Konsequenz: Die Rechtsfigur des „Täters hinter dem Täter“ ist möglich.

Kritik: Nach dem normativ zu bestimmenden Verantwortungsprinzip können nicht beide, Tatmittler und Hintermann, in gleicher Weise für die Tat verantwortlich sein. Ansonsten ist eine klare Abgrenzung nicht mehr möglich. Jeder Irrtum des voll verantwortlichen Täters könnte somit zur mittelbaren Täterschaft des Hintermannes führen.

Examinatorium Strafrecht / AT / Täterschaft und Teilnahme 4 / Anstiftung – Arbeitsblatt Nr. 18

Möglichkeit der Anstiftung ohne kommunikative Beeinflussung?

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: Dem A geht die Sammelleidenschaft seiner Ehefrau E für altägyptische Vasen mit zunehmender Ehezeit auf die Nerven. Kurz vor einem gemeinsamen Urlaub lässt er daher heimlich die von E streng behüteten Schlüssel für die Wohnzimmervitrinen, in denen sich die Vasen befinden, nachmachen und legt die nachgemachten Schlüssel am Tag der Abreise gut sichtbar auf den Wohnzimmertisch. Dabei geht er davon aus, dass sich die Hausangestellte H diese einmalige Gelegenheit nicht entgehen lässt und sich mit den verhassten aber wertvollen Vasen aus dem Staub macht. So geschieht es denn auch.
Die H begeht hier einen Diebstahl, § 242 StGB. Da bei A schon mangels Zueignungsabsicht jede Form der Täterschaft entfällt, kommt für ihn lediglich eine Teilnahme am Diebstahl der H in Betracht. Hinsichtlich der Anstiftung ist in diesem Zusammenhang umstritten, ob das bloße Schaffen eines Tatanreizes ohne kommunikative Beeinflussung ausreichend ist oder ob das „Bestimmen" in § 26 StGB mehr voraussetzt.

1. Verursachungstheorie

Vertreter: *Baumann/Weber/Mitsch*, 11. Auflage, § 30 Rn. 63; *Blei*, § 79 II 2; *Heghmanns*, GA 2000, 487; *Herzberg*, JuS 1976, 41; *Hillenkamp*, JR 1987, 254 (256); *Kuhlen/Roth*, JuS 1995, 712; Lackner/Kühl/Heger-*Pohlreich*, § 26 Rn. 2; *Widmaier*, JuS 1970, 242 f.

Inhalt: Das Tatbestandsmerkmal des „Bestimmens" in § 26 StGB setzt lediglich die Verursachung voraus. Das Schaffen einer darauf gerichteten Sachlage reicht daher aus. Anstifter und Täter müssen nicht in kommunikativen Kontakt treten.

Argument: Strafgrund der Anstiftung ist die Verursachung einer fremden Straftat. Die Art und Weise dieser Verursachung ist gleichgültig, da es lediglich darauf ankommt, ob die Psyche des Haupttäters beeinflusst wird. Für die Strafwürdigkeit des Anstifters ist es gleichgültig, ob der Angestiftete die Anstiftung erkennt oder nicht.

Konsequenz: Der Bereich der Anstiftung wird ausgedehnt.

Kritik: Der Bereich der Strafbarkeit wird unangemessen weit ausgedehnt, was sich u.a. daran zeigt, dass bereits jede erfolglose Schaffung einer zu einem Verbrechen provozierenden Tatsituation gemäß § 30 I StGB bestraft werden müsste.

2. Kommunikationstheorie

Vertreter: *Amelung/Boch*, JuS 2000, 263; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-*Eisele*, § 26 Rn. 26*; Beulke*, Kühl-FS 2014, S. 115 (119); Dölling/Duttge/König/Rössner-*Ingelfinger*, § 26 Rn. 8; Fischer-*Fischer/Anstötz*, § 26 Rn. 3 f.; *Geppert*, JURA 1997, 304; *Hinderer*, JuS 2009, 625 (629); *Jäger*, Rn. 381; *Jescheck/Weigend*, § 64 III 2a; *Kretschmer*, JURA 2008, 265 (266); *Krey/Esser*, Rn. 1038; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 51 Rn. 16; MüKo-*Scheinfeld*, § 26 Rn. 18 ff.; *Plate*, ZStW 84 (1972), 295 Fn. 2; *Rengier*, § 45 Rn. 30; *Rogall*, GA 1979, 11 (12); *Sowada*, JURA 1994, 41; TüKo-*Weißer*, § 26 Rn. 3 f.; *Welzel*, § 16 II 1; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 885; vgl. auch BGH NStZ 2009, 393.

Inhalt: Das Tatbestandsmerkmal des „Bestimmens" in § 26 StGB setzt die kommunikative Beeinflussung des Täters durch den Anstifter voraus.

Argument: Nur das Erfordernis einer kommunikativen Beeinflussung bei der Anstiftung gewährleistet eine sinnvolle Abgrenzung zwischen der Anstiftung und der Beihilfe in diesem Bereich. Eine materielle Änderung war mit der Neufassung des § 26 StGB nicht beabsichtigt. § 48 a.F. StGB setzte aber schon nach dem Wortlaut einen kommunikativen Kontakt voraus.

Konsequenz: Um eine Anstiftung festzustellen, reicht es aus, einen kommunikativen Kontakt des Anstifters und des Täters hinsichtlich der Tat festzustellen.

Kritik: Gerade das Schaffen tatprovozierender Umstände ist oft aussichtsreicher und erfordert mehr Raffinesse als die unmittelbare kommunikative Beeinflussung. Wird auf der anderen Seite aber lediglich eine kommunikative Beeinflussung ohne kollusives Zusammenwirken gefordert, überschneiden sich Anstiftung und (psychische) Beihilfe, da auch für diese ein kommunikatives Zusammenwirken notwendig ist.

3. Kollusionstheorie

Vertreter: *Freund/Rostalski*, § 10 Rn. 115 f.; *Heinrich*, Rn. 1292; *Köhler*, S. 525 f.; *Kühl*, § 20 Rn. 172 ff.; LK-*Roxin*, 11. Aufl., § 26 Rn. 15; *Marxen*, Rn. 19a; *D.Meyer*, JuS 1970, 531; *ders.*, MDR 1975, 984; *Kindhäuser/Zimmermann*, § 41 Rn. 9; NK-*Schild/Kretschmer*, § 26 Rn. 5 ff.; *Otto*, § 22 Rn. 35 f.; *ders.*, JuS 1982, 560; *Roxin*, Stree/Wessels-FS 1993, S. 377; *Puppe*, GA 1984, 104, 121 (122); *Satzger*, JURA 2008, 514 (515); SK-*Hoyer*, § 26 Rn. 12; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 12 Rn. 143; *Wagemann*, JURA 2006, 867 (871).

Inhalt: Das Tatbestandsmerkmal des „Bestimmens" in § 26 StGB setzt voraus, dass der Anstifter unmittelbar auffordernd auf den Willen des Täters einwirkt. Ein beiläufig geäußerter Rat oder eine bloße Information reichen nicht aus.

Argument: Im Gegensatz zur Beihilfe fordert die Anstiftung ein einverständlich-kollusives Zusammenwirken. Nur dies rechtfertigt die hohe Strafandrohung ohne Milderungsmöglichkeit bei der Anstiftung. Dies ergibt sich auch bei einem Vergleich mit der Mittäterschaft, bei der auch ein kollusives Zusammenwirken – hier jedoch nicht beschränkt auf den Tatentschluss – gefordert wird.

Konsequenz: Der Bereich der Anstiftung wird stark zugunsten der Beihilfe eingeschränkt.

Kritik: Gerade das Schaffen tatprovozierender Umstände ist oft aussichtsreicher und erfordert mehr Raffinesse als die unmittelbare kommunikative Beeinflussung. Das Gleiche gilt für eine kommunikative Beeinflussung ohne unmittelbare Aufforderung zur Straftatbegehung. Da das offene Zusammenwirken oft nur schwer nachweisbar ist, können ferner Strafbarkeitslücken entstehen.

Examinatorium Strafrecht / AT / Täterschaft und Teilnahme 5 / Aufstiftung – Arbeitsblatt Nr. 19

Anstiftung eines zur Tat Entschlossenen zu einer Qualifikation

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: T will zur Nachtzeit in die Geschäftsräume des A einbrechen, um dort Waren zu entwenden. Er weiß, dass die Geschäftsräume nachts unbewacht sind. Als er sich auf den Weg machen will, überredet ihn seine Ehefrau F, die ansonsten mit derartigen Geschäften ihres Mannes nichts zu tun haben will, „zur Sicherheit" doch eine Pistole mitzunehmen. T lässt sich hierzu überreden und entwendet bei A zwei Computeranlagen. Da ihm niemand in die Quere kommt, braucht er auch die Waffe nicht.
Der T war hier entschlossen, einen besonders schweren Fall des Diebstahls gemäß §§ 242, 243 I 2 Nr. 1 StGB zu begehen. Die F stiftete ihn darüber hinaus zum Qualifikationstatbestand des § 244 I Nr. 1 lit. a StGB an. Da der T zum Diebstahl fest entschlossen war, konnte er von F hierzu auch nicht mehr angestiftet werden (sog. „omnimodo facturus"). Fraglich ist daher, wie die Anstiftung des F zur Begehung des Qualifikationstatbestandes (sogenannte „Aufstiftung") rechtlich zu behandeln ist.

1. Qualifikationstheorie

Vertreter: *Fischer-Fischer*, § 26 Rn. 5; *Haft*, H IV 3 c ee; *Langer*, JURA 2003, 135 (137); *Otto*, § 22 Rn. 38; *ders.*, JuS 1982, 561; *Satzger*, JURA 2017, 1169 (1178 f.); *Stree*, Heinitz-FS 1972, S. 293; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 889.

Inhalt: Wer einen zur Begehung des Grunddeliktes entschlossenen Täter zu einer Qualifikation anstiftet, wird wegen Anstiftung zum qualifizierten Delikt bestraft.

Argument: Durch eine Qualifikation wird die Tatidentität geändert, weshalb eine völlig neue Bewertung möglich und notwendig ist. Das qualifizierte Delikt ist eine selbständige Unrechtseinheit und nicht lediglich ein Unrechtsplus.

Konsequenz: Die Anstiftung zu einer Qualifikation lässt die an sich nicht mehr mögliche Anstiftung zum Grunddelikt aufleben.

Kritik: Eine oft nur geringfügige Steigerung des Unwertgehalts führt zu unangemessen hohen Strafen, da die Anstiftung keine Strafmilderungsmöglichkeit kennt. Dem Teilnehmer werden hier Unrechtsteile angelastet, für die er nicht verantwortlich ist. Wenn Grundtatbestand und Qualifikation wesensmäßig verschieden wären, so müsste auch derjenige, der „abstiftet", d.h. dem Täter die Begehung des Qualifikationsdeliktes ausredet, wegen Anstiftung zum Grunddelikt strafbar sein.

2. Unwertsteigerungstheorie

Vertreter: **Rechtsprechung:** BGHSt 19, 339 (340 f.); BGH NStZ-RR 1996, 1.
Aus der Literatur: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Eisele*, § 26 Rn. 37 f.; *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), 249; *Jeßberger/Book*, JuS 2010, 321 (326); LK-*Schünemann/Greco*, § 26 Rn. 34 ff.; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 51 Rn. 11; *Rengier*, § 45 Rn. 38; *Schmidhäuser*, SB, 10/120; *Steinberg*, ZJS 2010, 518 (520); *Tausch*, JuS 1995, 617; im Ergebnis ähnlich *Puppe*, § 25 Rn. 12.

Inhalt: Wer einen zur Begehung des Grunddeliktes entschlossenen Täter zu einer Qualifikation anstiftet, ist dann wegen Anstiftung zu bestrafen, wenn der Unwert der geplanten Tat konkret gesteigert wird.

Argument: Die Abgrenzung, ob das qualifizierte Delikt mit dem Grunddelikt noch identisch ist und somit eine Tatidentität darstellt, muss nach dem materiellen Kriterium des Unrechtsgehalts geschehen. Wird das Unrecht konkret gesteigert, so ist Anstiftung zum Tatganzen möglich, da diese konkrete Tat so vom Täter nicht beabsichtigt war.

Konsequenz: Der Qualifikationstatbestand muss daraufhin untersucht werden, ob er den Unwertgehalt der Tat steigert oder nicht.

Kritik: Ein vernünftiger Maßstab dafür, wann bei einer Qualifikation das Unrecht gesteigert wird und wann nicht, ist kaum zu finden. Diese Trennung ist daher willkürlich.

3. Wesentlichkeitstheorie

Vertreter: *Cramer*, JZ 1965, 32; *Geilen*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 1977, S. 202; *Krey/Esser*, Rn. 1047; vgl. auch *Schulz*, JuS 1986, 938.

Inhalt: Wer einen zur Begehung des Grunddeliktes entschlossenen Täter zu einer Qualifikation anstiftet, ist nur dann wegen Anstiftung zu bestrafen, wenn die Tatabwandlung wesentlich ist.

Argument: Die Frage der Tatidentität wird durch viele, abstrakt nicht festlegbare Faktoren bestimmt. Es treten hierbei ähnliche Probleme auf, wie bei der Kausalität. Deren Regelung – die Abgrenzung nach wesentlichen und unwesentlichen Abweichungen vom Kausalverlauf – kann daher übertragen werden. Das Kriterium der „Wesentlichkeit" wird schließlich auch bei der Frage benutzt, inwieweit der Anstifter zu bestrafen ist, wenn der Täter etwas anderes tut als vorgesehen.

Konsequenz: Der Qualifikationstatbestand ist daraufhin zu untersuchen, ob er eine wesentliche Abweichung zum Grunddelikt enthält oder nicht.

Kritik: Ein vernünftiger Maßstab dafür, wann bei einer Qualifikation die Abweichung wesentlich und wann unwesentlich ist, kann nur schwer gefunden werden. Eine Trennung ist hier sehr oft willkürlich.

4. Beihilfetheorie

Vertreter: *Bock*, JA 2007, 599 (602); *Gropp/Sinn*, § 10 Rn. 267; *Grünwald*, JuS 1965, 313; *Heinrich*, Rn. 1302; *Ingelfinger*, JuS 1995, 322 f.; *Jescheck/Weigend*, § 64 II 2c; *Joecks/Jäger*, § 26 Rn. 15; *Klesczewski*, Rn. 698; *Koch/Wirth*, JuS 2010, 203 (207); *Köhler*, S. 526 f.; *Küpper*, JuS 1996, 23; *Lackner/Kühl/Heger-Pohlreich*, § 26 Rn. 2b; MüKo-*Scheinfeld*, § 26 Rn. 45; *Puppe*, ZStW 92 (1980), 887; SK-*Hoyer*, § 26 Rn. 18 ff.; *Sternberg-Lieben*, JuS 1996, 142; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 12 Rn. 145; TüKo-*Weißer*, § 26 Rn. 13.

Inhalt: Wer einen zur Begehung des Grunddeliktes entschlossenen Täter zu einer Qualifikation anstiftet, kann nicht wegen Anstiftung bestraft werden. Anstiftung ist nur dort möglich, wo nicht zu einem „Mehr", sondern zu einem „aliud" angestiftet wird. Wird lediglich zu einem „Mehr" angestiftet, so ist nur eine Strafbarkeit wegen psychischer Beihilfe möglich.

Argument: Eine Anstiftung kann sich nur auf denjenigen Teil der Straftat beziehen, zu dessen Begehung der Täter nicht bereits entschlossen war. Nur wenn dieser Teil für sich gesehen einen Straftatbestand erfüllt, kann diese dem Anstifter auch angelastet werden. Es muss somit differenziert werden, zwischen der Anstiftung zu einem abgegrenzten Tatteil und der Beihilfe zum Tatganzen. Ein „Steigern" ist ferner eben kein „Hervorrufen", wie es § 26 StGB verlangt.

Konsequenz: Der Qualifikationstatbestand muss daraufhin untersucht werden, ob er ein bloßes „Mehr" oder ein „aliud" darstellt.

Kritik: Die Grenze zwischen aliud und Qualifikation ist nicht eindeutig zu ziehen. Sie hängt oft von Zufälligkeiten ab. Einheitliche materielle Kriterien existieren nicht.

Examinatorium Strafrecht / AT / Täterschaft und Teilnahme 6 / Agent provocateur – Arbeitsblatt Nr. 20

Anstiftervorsatz beim agent provocateur

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: Der verdeckte Ermittler T hat A und B im Verdacht, besonders in den Sommermonaten Einbruchsdiebstähle in Villenvierteln durchzuführen. Da er die beiden auf frischer Tat ertappen will, teilt er ihnen bei einem Treffen mit, der Eigentümer der Villa X sei vom 14.–26. Juli im Urlaub, das Haus sei in dieser Zeit unbewohnt und nicht durch eine Alarmanlage gesichert. Die Gelegenheit sei günstig, sie sollten „jetzt zuschlagen". Dabei geht T davon aus, dass die das Haus beobachtenden Polizeibeamten zwar das Einbrechen nicht verhindern können, die beiden jedoch beim Verlassen des Hauses festnehmen können. Er rechnet jedoch auch damit, dass A und B eventuell mit der Beute entkommen können. Tatsächlich stellen sich A und B so geschickt an, dass die vor dem Haus in einem Versteck postierten Polizeibeamten vom Einbruch nichts mitbekommen.
Hier haben sich A und B jedenfalls wegen eines Wohnungseinbruchsdiebstahls, § 244 I Nr. 3 StGB (möglicherweise zudem §§ 244 I Nr. 2, IV, 244a StGB) strafbar gemacht. T hat sie zu dieser Tat durch seine Hinweise bestimmt. Fraglich ist, ob in einem solchen Fall eine Anstiftung vorliegt. Diese scheidet jedenfalls dann aus, wenn der „agent provocateur" lediglich den Versuch, nicht aber die Vollendung der Tat in seinen Vorsatz mit aufnimmt. Umstritten sind jedoch diejenigen Fälle, in denen die Tat bereits in Teilen vollendet wurde (hier bezüglich der ansonsten konsumierten Delikte der Sachbeschädigung und des Hausfriedensbruches) und eine weitere Gefährdung des Rechtsguts nicht ausgeschlossen werden kann.

1. Theorie von der Rechtsgutsgefährdungsgrenze

Vertreter: *Baumann,* JuS 1963, 125 (133 f.); *Jescheck/Weigend*, § 64 II 2b; *Plate*, ZStW 84 (1972), 294 (306 f.); *Schmidhäuser*, LB, 14/108.

Inhalt: Anstiftung scheidet nur in den Fällen aus, in denen es der Anstifter lediglich zum Versuch der Haupttat unter Ausschluss weiterer Gefährdung des Tatobjekts kommen lassen will. Kann die Vollendung der Tat nicht ausgeschlossen werden oder ist eine formelle Vollendung der Tat sogar notwendig, liegt immer eine Anstiftung vor.

Argument: Bereits in der Möglichkeit der Rechtsgutsgefährdung liegt die für den Teilnehmer strafbegründende Angriffsrichtung für das Rechtsgut. Die bloße Abwehrbereitschaft des agent provocateur kann dem Handeln nicht den rechtsgutsverletzenden Charakter nehmen. Ferner muss der straffreie Spielraum, der zu Lasten des Rechtsgutsträgers geht, eingeschränkt werden.

Konsequenz: Sobald eine Gefährdung des Rechtsguts nicht ausgeschlossen oder die Tat formell vollendet ist, ist nur noch § 34 möglich.

Kritik: Die Verlagerung des Problems auf den Bereich des § 34 StGB ist nicht zufriedenstellend, da dessen Anwendung gerade im Bereich des Handelns von Amtsträgern umstritten ist. Auch wird hier bewusst fahrlässiges Verhalten (Rechtsgutsgefährdung) zu vorsätzlichem Verhalten gemacht. Nur dolus eventualis kann jedoch vorsätzliches Verhalten begründen.

2. Theorie von der formellen Vollendungsgrenze

Vertreter: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Eisele*, § 26 Rn. 48 ff.; *Bitzilekis*, ZStW 99 (1987), 723 (744 ff.); *Gropp/Sinn*, § 10 Rn. 275; *Kühl*, § 20 Rn. 203; *Küper*, GA 1974, 330 f.; *Seier/Schlehofer*, JuS 1983, 50 (53); SK-*Hoyer*, Vor §§ 26-31 Rn. 66; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 12 Rn. 150.

Inhalt: Anstiftung scheidet in den Fällen aus, in denen es der Anstifter lediglich zum Versuch der Haupttat kommen lassen will. Dabei spielt es keine Rolle, wenn der Anstifter eine weitere Gefährdung nicht ausschließen kann. Nimmt er hingegen auch die formelle Vollendung der Tat in seinen Vorsatz mit auf, so liegt immer Anstiftung vor.

Argument: Notwendig für die Anstiftung ist ein vorsätzliches Verhalten hinsichtlich des Erfolgseintrittes. Vorsatz liegt auch dann vor, wenn der Erfolg billigend in Kauf genommen wird. Er fehlt hingegen, wenn lediglich ein Gefährdungsvorsatz vorliegt, es sich hinsichtlich des Erfolges jedoch nur um bewusste Fahrlässigkeit handelt. Ab dem Zeitpunkt der Vollendung, also der eingetretenen Rechtsgutsverletzung, bieten die Vorschriften über die Rechtswidrigkeit aber die besseren Abwägungskriterien**.**

Konsequenz: Sobald die Tat vollendet ist, ist nur noch § 34 StGB möglich.

Kritik: Es erscheint oft kriminalpolitisch sinnvoll und notwendig, die Vollendung des Delikts abzuwarten, um den Täter zu überführen. Eine bleibende Rechtsgutsverletzung ist dabei in vielen Fällen nicht zu erwarten. Diese Fälle über § 34 zu lösen, erscheint insbesondere im Hinblick auf die Fragwürdigkeit dessen Anwendung bei Amtsträgern nicht sinnvoll.

3. Theorie von der materiellen Vollendungsgrenze

Vertreter: *Franzheim*, NJW 1979, 2016; *Janssen*, NStZ 1992, 238; *Krey/Esser*, Rn. 1061 ff.; *Krey/Hellmann/M. Heinrich*, BT 2, Rn. 46; *Krey*, Miyazawa-FS 1995, S. 601; LK-*Schünemann/Greco*, 13. Aufl., § 26 Rn. 67 ff.; *Otto*, § 22 Rn. 42.

Inhalt: Anstiftung scheidet in den Fällen aus, in denen es der Anstifter nur zum Versuch oder lediglich zur formellen Vollendung der Haupttat kommen lassen will. Er ist nur dann Anstifter, wenn er auch die materielle Beendigung der Haupttat will.

Argument: Der Anstifter will dem Rechtsgutsinhaber letztlich keinen Schaden zufügen. Es fehlt daher an einem die Anstifterstrafbarkeit begründenden materiellen Rechtsgutsangriff. Die Erweiterung der Straffreiheit ist zudem aus kriminalpolitischen Gründen sinnvoll.

Konsequenz: Sobald die Tat beendet ist, ist nur noch § 34 StGB möglich.

Kritik: Die Erweiterung der Straffreiheit greift hier zu weit. Wann die Haupttat nun materiell beendet ist und wann nicht, wird nur schwer festzustellen sein. Eine Grenzziehung in diesem Bereich kann nur willkürlich sein.

4. Theorie von der irreparablen Rechtsgutsverletzung

Vertreter: *Fischer-Fischer*, § 26 Rn. 12; *Geppert*, JURA 1997, 362; *Heinrich*, Rn. 1315; *Köhler*, S. 530 f.; *Kretschmer*, JURA 2008, 265 (267); *Lackner/Kühl/Heger-Pohlreich*, § 26 Rn. 4; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 51 Rn. 35; *Rengier*, § 45 Rn. 71; *Schwarzburg*, NStZ 1995, 469 (470 f.); TüKo-*Weißer*, § 26 Rn. 27; vgl. auch *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 897; iE auch OLG Oldenburg NJW 1999, 2751 und BGH NStZ 2008, 41.

Inhalt: Anstiftung scheidet in den Fällen aus, in denen es der Anstifter nicht zu einer irreparablen Rechtsgutsverletzung kommen lassen will. Auf die Vollendung oder Beendigung der Tat kommt es dabei nicht an.

Argument: Der Anstifter will dem Rechtsgutsinhaber letztlich keinen Schaden zufügen. Es fehlt daher an einem die Anstifterstrafbarkeit begründenden materiellen Rechtsgutsangriff. Dieser liegt selbst bei kurzfristiger Rechtsgutsbeeinträchtigung nur dann vor, wenn das Rechtsgut irreparabel verletzt ist. Das Beispiel des Diebstahls in Kaufhäusern zeigt, dass es hinsichtlich des verletzten Rechtsguts völlig gleichgültig ist, ob man den Täter bei Ergreifen des Gegenstandes, beim Einstecken desselben oder beim Verlassen des Gebäudes überführt.

Konsequenz: Sobald das Rechtsgut irreparabel verletzt ist, ist nur noch § 34 StGB möglich.

Kritik: Eine Grenze, wann eine Rechtsgutsverletzung irreparabel ist, kann kaum gefunden werden. Diese Grenzziehung erscheint daher willkürlich.

Examinatorium Strafrecht / AT / Täterschaft und Teilnahme 7 / Rose-Rosahl – Arbeitsblatt Nr. 21

Auswirkung eines error in persona des Haupttäters auf den Anstifter

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: A stiftet den T gegen Zusicherung einer Belohnung dazu an, den O zu töten. Er gibt ihm genaue Anweisungen über Ort, Zeit, Art und Weise der Tötung sowie über Verhaltensweisen des O. Ferner übergibt er ihm eine Fotographie des O. Dem Plan entsprechend lauert T dem O in der Dunkelheit auf. Völlig unerwartet taucht der Z auf, dem der O in Größe und Statur ähnlich sieht. T hält nun Z für den O und erschießt ihn (sog. „Rose-Rosahl-" oder „Hoferben-Fall").
Hier ist T wegen Mordes gemäß §§ 212, 211 StGB (Heimtücke, Habgier) zu bestrafen. Er unterlag zwar einem Irrtum über das Tatobjekt (error in persona), dieser Irrtum ist jedoch bei Gleichwertigkeit der Objekte unbeachtlich. Fraglich ist, wie sich der error in persona des T auf den Anstifter A auswirkt.

1. Unbeachtlichkeitstheorie

Vertreter: **Rechtsprechung:** Preuß. Obertribunal GA 7 (1859), 332.
Aus der Literatur: *Backmann*, JuS 1971, 119; *Fischer-Fischer*, § 26 Rn. 14a; *Gropp/Sinn*, § 10 Rn. 283; *Loewenheim*, JuS 1966, 314; *Mitsch*, JURA 1991, 375; NK-*Puppe*, § 16 Rn. 107 ff.; *Puppe*, GA 1984, 120; *dies*., NStZ 1991, 126; *Schmitt*, JURA 1982, 549 (552); *Welzel*, §§ 13 I 3 d; 16 II 5.

Inhalt: Ein für den Täter unbeachtlicher error in persona ist auch für den Anstifter unbeachtlich.

Argument: Aus der Akzessorietät von Anstiftung und Haupttat folgt, dass ein Irrtum des Täters in gleicher Weise für den Anstifter beachtlich oder unbeachtlich ist. Da der Anstifter den Tatentschluss beim Täter hervorgerufen hat, muss er auch für einen Irrtum des Angestifteten haften. Es wäre unbillig, ihn im Vergleich zum Täter zu privilegieren.

Konsequenz: Strenge Akzessorietät zwischen Anstiftung und Haupttat.

Kritik: Bemerkt der Täter seinen Irrtum und begeht die Tat später erneut, diesmal am richtigen Objekt, müsste der Anstifter konsequenterweise wegen der Anstiftung zu beiden Taten bestraft werden. Eben dies hat er jedoch in seinen Vorsatz nicht aufgenommen. Der Haftungsgrund des Anstifters wird hier auf die bloße kausale Verursachung gelegt, ohne die konkrete Haupttat näher zu prüfen.

2. Wesentlichkeitstheorie/Individualisierungstheorie

Vertreter: **Rechtsprechung:** BGHSt 37, 214; BGH NStZ 1998, 294.
Aus der Literatur: *Geppert*, JURA 1992, 163 (167); *Maurach/Zipf*, AT 1, § 23 Rn. 26; *Streng*, JuS 1991, 910 (915); vgl. auch *Kubiciel*, JA 2005, 694 (697 f.); *Kudlich/Pragal*, JuS 2004, 791 (795). Stärker die Individualisierung betonend: *Baumann/Weber/Mitch/Eisele-Eisele*, § 26 Rn. 74; *Blei*, § 79 II 1; *Haft*, H IV 2h; *Klesczewski*, Rn. 711; *Kühl*, § 20 Rn. 209; *Küpper*, JR 1992, 294 (296); *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 51 Rn. 37; MüKo-*Scheinfeld*, § 26 Rn. 93; *Noltensmeier/Henn*, JURA 2007, 772 (778); *Rengier*, § 45 Rn. 58; *Rosenau/Zimmermann*, JuS 2009, 541 (546); *Safferling*, JA 2007, 183 (189); *Stratenwerth*, Baumann-FS 1992, S. 57 (65, 69); *Stratenwerth/Kuhlen*, § 8 Rn. 98; TüKo-*Weißer*, § 26 Rn. 31; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 902; *Weßlau*, ZStW 104 (1992), 105 (130 f.).

Inhalt: Ein für den Täter unbeachtlicher error in persona ist für den Anstifter dann beachtlich, wenn die Objektsverwechslung für den Anstifter eine wesentliche Abweichung von seinem Vorsatz darstellt. In der Spielart der Individualisierungstheorie wird darauf abgestellt, ob der Anstifter dem Haupttäter die Individualisierung des Opfers überlassen hat.

Argument: Da in diesen Fällen eine Fülle von Möglichkeiten und Varianten denkbar ist, kann nur ein flexibler Beurteilungsmaßstab mit dem Kriterium der Wesentlichkeit bzw. Individualisierung zu befriedigenden Ergebnissen führen. Entscheidend bei der Bewertung ist jedoch, ob die konkrete Tat noch vom Vorsatz des Anstifters getragen ist. Dies ist nur bei unwesentlichen Abweichungen der Fall.

Konsequenz: Es muss immer festgestellt werden, ob die Abweichung wesentlich war oder nicht. Hierbei kann der Gedanke der Individualisierung helfen.

Kritik: Eine Abgrenzung nach dem Kriterium der Wesentlichkeit kann letztlich nur willkürlich erfolgen. Gegen die Individualisierungstheorie spricht, dass das Merkmal der „Individualisierung" und die Anforderungen hieran unklar sind. Ein Fall, in welchem der Anstifter das Opfer selbst individualisiert und ein entsprechender Irrtum daher beachtlich ist, ist bei genauer Betrachtung nur schwierig zu bilden. Bei konkreter Individualisierung wird häufig bereits ein error in persona des Haupttäters ausscheiden, weil er nur das tut, wozu ihn der Anstifter auffordert.

3. Aberratio-ictus-Theorie

Vertreter: *Alwart*, JuS 1979, 355 f.; *Ambos*, JURA 2004, 429 (498 f.); *Bemmann*, MDR 1958, 822; *ders.*, Stree/Wessels-FS 1993, 397; *Dehne-Niemann/Weber*, JURA 2009, 373 (378); *Fahl*, ZJS 2009, 63 (65); *Haft*, S. 195; *Heinrich*, Rn. 1311; *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), 228 (249 f.); *Jäger*, Rn. 390; *Jescheck/Weigend*, § 64 II 4; *Lackner/Kühl/Heger-Pohlreich*, § 26 Rn. 6; LK-*Schünemann/Greco*, § 26 Rn. 87 ff.; *Müller*, MDR 1991, 830; *Otto*, § 22 Rn. 46; *Sax*, ZStW 90 (1978), 947; *Rönnau/Nebendahl*, JuS 1990, 745 (748); *Roxin,* JZ 1991, 680; *ders*., Spendel-FS 1992, S. 289 (291 ff.); *Schreiber*, JuS 1985, 877; *Schmidhäuser*, SB, 10/126.

Inhalt: Ein für den Täter unbeachtlicher error in persona stellt für den Anstifter eine aberratio ictus dar.

Argument: Es darf keinen Unterschied machen, ob der Täter ein mechanisches Werkzeug losschickt, welches fehlgeht, oder ob der Anstifter ein menschliches Werkzeug wegschickt, welches irrt. In Wirklichkeit geht es hier um zwei verschiedene Irrtümer: der Täter irrt über das Tatobjekt, der Anstifter über den Tatverlauf. Die vom Anstifter gewollte Rechtsgutsverletzung bleibt hier im Versuchsstadium stecken.

Konsequenz: Die Akzessorietät von Anstiftung und Haupttat wird aufgehoben. Die Rechtsfolge der aberratio ictus ist umstritten (vgl. Arbeitsblatt Nr. 26). Möglich sind folgende Varianten:
1. Eine aberratio ictus ist wie ein error in persona unbeachtlich = Anstiftung zur vollendeten Tat.
2. Eine aberratio ictus ist (nur) bei höchstpersönlichen Rechtsgütern beachtlich = Anstiftung zur vollendeten Tat bzw. Anstiftung zum Versuch oder versuchte Anstiftung + Fahrlässigkeitstat bei höchstpersönlichen Rechtsgütern.
3. Eine aberratio ictus ist immer beachtlich, dann:
- Anstiftung zum Versuch (*Stratenwerth* a.a.O.) + Fahrlässigkeitstat <u>oder</u>
- Versuchte Anstiftung zum vollendeten Delikt (h.M.) + Fahrlässigkeitstat

Kritik: Der Anstifter, der die Tat letztlich verursacht hat, da er es war, der den Tatentschluss beim Täter weckte, wird gegenüber dem Täter privilegiert.

Hinweis: Ein vergleichbares Problem stellt sich auch beim mittelbaren Täter; vgl. hierzu LK-*Schünemann/Greco*, § 25 Rn. 169; TüKo-*Weißer*, § 25 Rn. 70 ff.; bei der Mittäterschaft hingegen wird überwiegend die Unbeachtlichkeit des Irrtums auch bei den übrigen Mittätern angenommen; vgl. BGHSt 11, 268.

Examinatorium Strafrecht / AT / Täterschaft und Teilnahme 8 / Beihilfe, Kausalität – Arbeitsblatt Nr. 22

Kausalität der Beihilfe für die Haupttat

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: T ist entschlossen, seinen Vater X zu töten, um schneller an seine Erbschaft zu kommen. Auf dem Weg zur Wohnung des X begegnet T seinem Bruder G, dem er von seinem Vorhaben erzählt. Auch G kann X nicht ausstehen und gibt dem T – „damit's auch wirklich klappt" – seinen Revolver mit. Bei X angekommen merkt T, dass der Revolver, was auch G nicht wusste, klemmt. T ersticht daraufhin den X mit einem mitgebrachten Messer, so wie er es auch zuvor vorgehabt hat.
T ist hier wegen Mordes gemäß §§ 211, 212 StGB (Habgier) zu bestrafen. Fraglich ist, ob G wegen Beihilfe zum Mord bzw. Totschlag strafbar ist, da er dem T ein – allerdings völlig untaugliches – Tatwerkzeug mit auf den Weg gegeben hat.

1. Kausalitätstheorie / strenge Kausalität

Vertreter: *Fischer-Fischer*, § 27 Rn. 14a; *Gropp/Sinn*, § 10 Rn. 300 ff.; *Kaspar*, JuS 2004, 409 (412); *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 52 Rn. 19; TüKo-*Weißer*, § 27 Rn. 6 f.

Inhalt: Der Gehilfenbeitrag muss für den Erfolg der Haupttat in vollem Umfang ursächlich sein.

Argument: Nach der Verursachungstheorie ist die Teilnahme Mitwirkung an fremdem Unrecht. Von einer Mitwirkung kann jedoch nicht gesprochen werden, wenn es an einem kausalen Beitrag fehlt. Der Gehilfe muss gerade auch die Kausalität seines Beitrages für die Haupttat in seinen Vorsatz mit aufnehmen. Liegt diese Kausalität dann objektiv nicht vor, so handelt es sich strukturell um einen Versuch. Allerdings kommt eine psychische Beihilfe in Betracht, sofern man eine solche anerkennt, vgl. *Heinrich*, Rn. 1326.

Konsequenz: Die Kausalität muss im konkreten Fall immer festgestellt werden.

Kritik: Eine Kausalität ist insbesondere im Bereich der psychischen Beihilfe kaum nachweisbar.

2. Kausalitätstheorie / Verstärkungskausalität

Vertreter: *Claß*, Stock-FS 1966, S. 125 f.; *Dreher*, MDR 1972, 553; *Hoffmann-Holland*, Rn. 583; *Jescheck/Weigend*, § 64 III 2c; *Kühl*, § 20 Rn. 215; *Lackner/Kühl/Heger-Pohlreich*, § 27 Rn. 2; MüKo-*Scheinfeld*, § 27 Rn. 47; *H. E. Müller*, JURA 2007, 697 (700); SK-*Hoyer*, § 27 Rn. 3 ff.

Inhalt: Der Gehilfenbeitrag muss für den Erfolg der Haupttat zumindest insofern kausal sein, als er die Kausalität verstärkt.

Argument: Nach der Verursachungstheorie ist die Teilnahme Mitwirkung an fremdem Unrecht. Von einer Mitwirkung kann jedoch nicht gesprochen werden, wenn es an einem kausalen Beitrag fehlt. Der Gehilfe muss gerade auch die Kausalität seines Beitrages für die Haupttat in seinen Vorsatz mit aufnehmen. Liegt diese Kausalität dann objektiv nicht vor, so handelt es sich strukturell um einen Versuch.

Konsequenz: Die Verstärkung der Kausalität muss im konkreten Fall immer festgestellt werden.

Kritik: Eine Kausalität ist insbesondere im Bereich der psychischen Beihilfe kaum nachweisbar.

3. Kausalitätstheorie / modifizierende Kausalität

Vertreter: *Baumann*, JuS 1963, 136; *Gaede*, JA 2007, 757 (759); *Schlüchter/Duttge*, NStZ 1997, 595 (595 f.).

Inhalt: Der Gehilfenbeitrag muss für den Erfolg der konkreten Haupttat zumindest in der vorliegenden Modifikation ursächlich sein.

Argument: Nach der Verursachungstheorie ist die Teilnahme Mitwirkung an fremdem Unrecht. Von einer Mitwirkung kann jedoch nicht gesprochen werden, wenn es an einem kausalen Beitrag fehlt. Der Gehilfe muss gerade auch die Kausalität seines Beitrages für die Haupttat in seinen Vorsatz mit aufnehmen. Liegt diese Kausalität dann objektiv nicht vor, so handelt es sich strukturell um einen Versuch.

Konsequenz: Die die konkrete Tat zumindest modifizierende Kausalität muss immer festgestellt werden.

Kritik: Eine – auch nur modifizierende – Kausalität ist insbesondere im Bereich der psychischen Beihilfe kaum nachweisbar.

4. Förderungstheorie

Vertreter: **Rechtsprechung:** BGHSt 2, 129 (130 f.); 14, 280 (281); 14, 280; 20, 89 (90); 54, 140 (142 f.); BGH NStZ 1985, 318; BGH NStZ 1995, 27 (28); BGH StV 1995, 524; BGH NStZ 2004, 499 (500); BGH NStZ 2007, 230 (232); BGH NStZ 2008, 284; BGH NJW 2008, 1458 (1459).
Aus der Literatur: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Eisele*, § 26 Rn. 103 f.; *Blei*, § 80 II 2b; *Freund/Rostalski*, § 10 Rn. 138; *Hohmann*, JuS 1995, 138; *Krey/Esser*, Rn. 1079; *Seher*, JuS 2009, 793 (795); *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 905.

Inhalt: Der Gehilfenbeitrag muss für den Erfolg der Haupttat nicht ursächlich sein. Eine irgendwie geartete Förderung genügt.

Argument: § 27 StGB stellt bereits das „Hilfeleisten" unter Strafe. Ohne Rücksicht auf eventuelle Kausalitätsfragen soll hier die bewusste und gewollte Komplizenschaft erfasst werden. Der Taterfolg selbst wird dem Gehilfen gerade nicht als „sein" Werk zugerechnet. Ferner kann der Tatbestand der geleisteten Hilfe später nicht wieder beseitigt werden, wenn sich herausstellt, dass diese Hilfe für den tatbestandlichen Erfolg nicht ursächlich war.

Konsequenz: Es muss lediglich festgestellt werden, ob der Gehilfenbeitrag die Haupttat fördert.

Kritik: Aus der an sich straflosen versuchten Beihilfe wird in vielen Fällen ein vollendetes Beihilfedelikt.

5. Risikoerhöhungstheorie

Vertreter: *Burchard/Engelhart,* JA 2009, 271 (278);*Otto*, § 22 Rn. 53; *ders.*, JuS 1982, 562 f.; *Schaffstein*, Honig-FS 1970, S. 169; SSW-*Murmann*, § 27 Rn. 3; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 12 Rn. 158; *ders.*, ZStW 87 (1975), 942.

Inhalt: Der Gehilfenbeitrag muss für den Erfolg der Haupttat nicht ursächlich sein. Er muss nur eine Risikoerhöhung für das angegriffene Rechtsgut bedeuten.

Argument: Der Strafgrund der Beihilfe liegt gerade nicht in der Verursachung des Erfolges, sondern in der Steigerung der Erfolgschancen, somit in der Risikoerhöhung für das angegriffene Rechtsgut. Das Merkmal „Förderung" kann inhaltlich sinnvoll nur durch den Begriff der Risikoerhöhung bestimmt werden, um die bloße (straflose) Taterleichterung auszuschließen.

Konsequenz: Es muss immer festgestellt werden, ob durch den Gehilfenbeitrag das Risiko erhöht wurde.

Kritik: Es wird hier entgegen dem Gesetzeswortlaut aus einem abstrakten ein konkretes Gefährdungsdelikt gemacht. Dies führt zu Strafbarkeitslücken dort, wo nicht genau festgestellt werden kann, ob sich der Täter eine Erleichterung nicht auch selbst hätte verschaffen können. Auch der Vergleich mit der Mittäterschaft ergibt, dass hier nicht nach der Risikoerhöhung gefragt wird und überflüssige Mittäter daher straffrei bleiben. Auf der anderen Seite wird hier oft aus der an sich straffreien versuchten Beihilfe ein vollendetes Beihilfedelikt.

6. Abstrakte Gefährdungstheorie

Vertreter: *Herzberg*, GA 1971, 4 ff.; vgl. auch *Coenders*, ZStW 46 (1925), 1; *Vogler*, Heinitz-FS 1972, S. 309; *Zieschang*, Küper-FS 2007, S. 733 (744 ff.).

Inhalt: Der Gehilfenbeitrag muss für den Erfolg der Haupttat weder ursächlich sein noch diesen in irgendeiner Weise fördern.

Argument: Die Beihilfe ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt, bei dem bereits das bloße Hilfeleisten wegen der damit in aller Regel verbundenen gefahrerhöhenden Wirkung unter Strafe gestellt ist.

Konsequenz: Es ist keinerlei Kausalitätsprüfung notwendig.

Kritik: Die Strafbarkeit der Beihilfe wird zu weit ausgedehnt. Fälle, die an sich eine straflose versuchte Beihilfe darstellen, werden hier zum vollendeten Beihilfedelikt erklärt.

Examinatorium Strafrecht / AT / Täterschaft und Teilnahme 9 / Erlaubnistatbestandsirrtum – Arbeitsblatt Nr. 23

Liegt die für eine Anstiftung oder Beihilfe notwendige vorsätzliche Tat vor, wenn sich der Täter in einem Erlaubnistatbestandsirrtum befindet?

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: T hat seinem Freund O den Geldbeutel aus der Hosentasche gezogen und eingesteckt. Nachdem O das Fehlen bemerkt hat, weist ihn T mit den Worten „der war's" auf den davoneilenden A hin (der nur so schnell läuft, um seinen Zug nicht zu verpassen). O verfolgt darauf, wie von T beabsichtigt, den A. B, der die ganze Szene verfolgt hat und die Sache höchst amüsant findet, feuert O bei der Verfolgung des A kräftig an. Als O schließlich den nichtsahnenden A eingeholt hat und dieser sich (verständlicherweise) weigert, dem O seinen angeblich von ihm gestohlenen Geldbeutel zurückzugeben, schlägt O den A nieder, um auf diese Weise zu seinem Geldbeutel zu kommen.

Zwar hat O hier eine Körperverletzung an A begangen, er unterlag jedoch einem Erlaubnistatbestandsirrtum, da er annahm, A hätte ihm den Geldbeutel entwendet. Da dies einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf das Eigentum des O dargestellt hätte, wäre O hier hinsichtlich des Schlages wegen Notwehr gerechtfertigt gewesen. Über die Frage der rechtlichen Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums hinaus (vgl. Arbeitsblatt Strafrecht AT Nr. 28: „Erlaubnistatbestandsirrtum-Erlaubnisirrtum"), stellt sich hier die Frage, ob ein vorsätzliches Verhalten des O vorliegt, welches Voraussetzung für eine Strafbarkeit des T wegen Anstiftung gemäß § 26 StGB (sofern man nicht mittelbare Täterschaft annimmt) und des B wegen psychischer Beihilfe gemäß § 27 StGB ist. Relevant wird dieser Streit insbesondere bei Sonderdelikten und eigenhändigen Delikten, bei denen eine mittelbare Täterschaft ausgeschlossen und eine Bestrafung des Hintermannes lediglich wegen Teilnahme möglich ist.

1. Vorsatztheorie

Nach der Vorsatztheorie ist auch der Erlaubnistatbestandsirrtum wie ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB zu behandeln. Da hier der Haupttäter nicht vorsätzlich handelt, ist sowohl Anstiftung als auch Beihilfe mangels vorsätzlicher Haupttat nicht möglich (Die Frage der mittelbaren Täterschaft bleibt hiervon jedoch unberührt.).

2. Strenge Schuldtheorie

Nach der strengen Schuldtheorie wird der Erlaubnistatbestandsirrtum wie ein Verbotsirrtum gem. § 17 Satz 1 StGB behandelt. Der Täter handelt auf jeden Fall vorsätzlich; er handelt nur bei Unvermeidbarkeit des Irrtums ohne Schuld. Da hier eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat vorliegt, ist auch eine Beteiligung hieran in der Form von Anstiftung und Beihilfe möglich (und somit abzugrenzen von der mittelbaren Täterschaft).

3. Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen verfolgt einen zweistufigen Deliktsaufbau, der aus den positiven Tatbestandmerkmalen (den im gesetzlichen Tatbestand genannten Merkmalen) und den negativen Tatbestandmerkmalen (den fehlenden Rechtfertigungsgründen) bestehe. Hiernach entfällt der Vorsatz des Haupttäters aufgrund der direkten Anwendbarkeit des § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB, so dass allein mittelbare Täterschaft, aber nicht Anstiftung und Beihilfe möglich sind.

4. Eingeschränkte Schuldtheorie / Gleichbehandlungstheorie

Vertreter: *Baumann/Weber/Mitsch*, 11. Auflage, § 30 Rn. 23; *Dieckmann*, JURA 1994, 179; *Geppert*, JURA 1997, 302 f.; *Köhler*, S. 524; LK-*Vogel/Bülte*, 13. Aufl., § 16 Rn. 126; *Matt/Renzikowski-Gaede*, § 16 Rn, 35; *Mitsch*, JA 1995, 36, 40 f.; MüKo-*Kulhanek*, § 16 Rn. 156; *Otto*, § 22 Rn. 30; *Puppe*, Stree/Wessels-FS 1993, S. 201; *Scheffler*, JURA 1993, 617; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 9 Rn. 165 f.; TüKo-*Schuster*, § 15 Rn. 35.

Inhalt: Unterliegt der Täter einem Erlaubnistatbestandsirrtum, so entfällt der Vorsatz. Unabhängig von der dogmatischen Begründung des Erlaubnistatbestandsirrtums muss mangels Vorsatzes auch eine Teilnahme ausscheiden.

Argument: Aus der rechtlichen Gleichbehandlung von Tatbestandsirrtum und Erlaubnistatbestandsirrtum folgt, dass auch hinsichtlich der Beteiligung bei diesen Irrtumsarten keine unterschiedlichen Ergebnisse erzielt werden können. Dies ergibt sich auch daraus, dass die Einordnung als Tatbestandsirrtum oder Erlaubnistatbestandsirrtum oft von gesetzgeberischen Zufälligkeiten abhängt. Ferner ist es nicht sachgerecht, denjenigen, der bei einem Sonderdelikt das Werkzeug in einen Tatbestandsirrtum versetzt, straffrei zu lassen, denjenigen, der sein Werkzeug in einen Erlaubnistatbestandsirrtum versetzt, jedoch wegen Anstiftung zu bestrafen.

Konsequenz: Anstiftung und Beihilfe sind dann, wenn sich der Haupttäter in einem Erlaubnistatbestandsirrtum befindet, nicht möglich. Es bleibt lediglich die Möglichkeit von mittelbarer Täterschaft.

Kritik: Derjenige, der einen anderen in einen Erlaubnistatbestandsirrtum versetzt, ist in der Regel mittelbarer Täter. Wenn jedoch die Möglichkeit der Teilnahme abgeschnitten wird, bleibt der Hintermann bei Sonderdelikten und eigenhändigen Delikten straflos. Dies führt zu einer nur schwer zu vertretenden Strafbarkeitslücke in diesem Bereich.

5. Eingeschränkte Schuldtheorie / Rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie

Vertreter: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Eisele,* § 26 Rn. 16; *Eser*, II 41 A 17; *Heinrich*, Rn. 1139 f.; *Lackner/Kühl/Heger-Pohlreich*, Vor § 25 Rn. 9; LK-*Schünemann/Greco*, 13. Aufl., Vor § 26 Rn. 26 ff. (auf der Grundlage der **eingeschränkten Schuldtheorie**);
Fischer-Fischer/Anstötz, § 16 Rn. 38; *Gropp/Sinn*, § 13 Rn. 211 f.; *Jescheck/Weigend*, § 41 IV 1; TüKo-W*eißer*, Vorbem. §§ 25 ff. Rn. 27; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 759 ff. (auf der Grundlage der **rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie**).

Inhalt: Entscheidend für die Vorsätzlichkeit der Haupttat ist der Tatbestandsvorsatz. Dieser fällt beim Erlaubnistatbestandsirrtum aber gerade nicht weg. Es entfällt lediglich die Vorsatzschuld. Es liegt somit eine vorsätzliche Haupttat vor.

Argument: Wer einen anderen dazu bringt, eine Straftat zu begehen, weckt in diesem den Tatbestandsvorsatz, auch wenn er ihm die Rechtswidrigkeit seines Tuns verschleiert. Der Vorsatz ist ferner teilbar in den Tatbestandsvorsatz und den Schuldvorsatz (= Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit). Nach dem Sinn der Teilnahmevorschriften ist mit vorsätzlichem Verhalten im Sinne der §§ 26, 27 StGB aber nur der Vorsatz zur Verwirklichung des Tatbestandes gemeint.

Konsequenz: Auch wenn der Haupttäter wegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums schuldlos handelt, sind Anstiftung und Beihilfe hierzu möglich.

Kritik: Wer als Vertreter der eingeschränkten oder rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie lediglich die Vorsatzschuld ausschließt, im Teilnahmebereich aber vorsätzliches Handeln generell annimmt, der wendet hier faktisch wieder die strenge Schuldtheorie an.

Examinatorium Strafrecht / AT / Täterschaft und Teilnahme 10 / Neutrale Handlungen – Arbeitsblatt Nr. 24

Beihilfe durch „neutrale“ Handlungen

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: Anton betreibt einen Eisenwarenladen, in dem er auch Messer verkauft. Vormittags veräußert er ein Taschenmesser an den verwegen aussehenden Xaver. Mittags verkauft er ein großes Küchenmesser an Toni. Dabei hatte er am Abend zuvor zufällig in seiner Stammkneipe mit angehört, wie Toni in alkoholisierter Stimmung erzählte, seine Ehefrau nerve ihn zurzeit so sehr, dass er sie irgendwann einmal „kaltmachen“ werde. Am Abend bemerkt Anton schließlich, dass vor seinem Laden eine Schlägerei stattfindet. Rudi, der wutentbrannt und mit einer Wunde am Arm in den Laden stürmt, verlangt, „das größte Messer, welches der Laden hier hergibt“. Zwar kommt Anton bei allen diesen Geschäften der Gedanke, dass die Messer ja durchaus zu etwas anderem benutzt werden könnten als zum „Zwiebelschneiden“, dies ist ihm jedoch gleichgültig, da er davon ausgeht, er müsse ja schließlich auch leben und sei nicht verpflichtet, selbst bei zweifelhaften Personen Nachforschungen anzustellen, zumal die von ihm verkauften Messer nicht waffenscheinpflichtig seien. An diesem Abend ersticht Xaver bei einer Messerstecherei im Milieu einen Zuhälter, Toni tötet seine Ehefrau und Rudi verletzt mit dem Messer im Rahmen der Schlägerei seinen Widersacher tödlich. – Unabhängig von einer möglichen Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung, § 222 StGB (auch hier kommt es darauf an, ob Anton objektiv sorgfaltspflichtwidrig handelte), ist jeweils eine Beihilfe zum Totschlag, §§ 212, 27 StGB zu prüfen. In allen drei Fällen liegt eine Haupttat vor, zu der Anton auch durch den Verkauf des Messers objektiv Hilfe geleistet hat. Da er zudem jeweils mit einer solchen Tat rechnete und ihm ein möglicher Taterfolg gleichgültig war, ist auch ein bedingter Vorsatz anzunehmen. Fraglich ist dennoch, ob sein Verhalten für eine Bestrafung wegen Beihilfe ausreicht.

1. Extensive Beihilfetheorie

Vertreter: *Beckemper*, JURA 2001, 163 (169); *Dörn*, DStZ 1992, 331; *ders.*, DStR 1993, 375; *Frank*, StGB Kommentar, 18. Aufl. 1931, § 49 Anm. II; *Heinrich*, Rn. 1331; *Hruschka*, JR 1984, 258; *Krey/Esser*, Rn. 1083 ff.; *Niedermair*, ZStW 107 (1995), 507.
Inhalt: Es gelten die normalen Regeln der Beihilfe. Eine Einschränkung bei neutralen Handlungen ist nicht gerechtfertigt.
Argument: § 27 StGB gilt für jedermann, eine Privilegierung der geschäftsmäßigen Tätigkeit ist nicht gerechtfertigt.
Konsequenz: Es gelten keine besonderen Einschränkungskriterien.
Kritik: Die Strafbarkeit wird unangemessen weit ausgedehnt; wirtschaftliche Tätigkeit wird zu sehr blockiert.

2. Lehre von der Sozialadäquanz bzw. „professionellen Adäquanz“

Vertreter: *Maiwald*, ZStW 93 (1981), 885 (890); *Murmann*, JuS 1999, 552; SK-*Hoyer*, § 27 Rn. 24; SK-*Rudolphi*, 8. Aufl., § 13 Rn. 44; einschränkend auf die „professionelle Adäquanz“: *Hassemer*, wistra 1995, 41, 81 (83); ferner *Barton*, StV 1993, 156 (162 f.); *Behr*, wistra 1999, 247; *Gallandi*, wistra 1989, 125; *Kett-Straub/Linke*, ZJS 2010, 25 (31); *Kniffka*, wistra 1987, 309 (310); *Volk*, BB 1987, 139 (141 ff.); vgl. zur Sozialadäquanz allgemein *Welzel*, ZStW 58 (1939) 514, 528.
Inhalt: Handlungen, die sozialüblich sind bzw. sich im Rahmen der üblichen beruflichen Tätigkeit bewegen, werden vom Merkmal des „Hilfeleistens“ nicht erfasst.
Argument: Ein Verhalten, welches sich vollständig im Rahmen der normalen sozialen Ordnung bewegt, kann nicht tatbestandsmäßig sein. Dies muss jedenfalls für diejenigen Verhaltensweisen gelten, die im Rahmen einer ordnungsgemäßen Berufstätigkeit üblich sind.
Konsequenz: Der objektive Tatbestand wird eingeschränkt.
Kritik: Der Begriff der Sozialadäquanz ist zu farblos und unbestimmt; auch ist eine Privilegierung bestimmter Berufsgruppen nicht angebracht. Nicht alles, was sozial üblich ist, kann zum Ausschluss der Strafbarkeit führen (Bsp.: Steuerhinterziehung).

3. Lehre von der objektiven Zurechnung

Vertreter: *Gaede,* JA 2007, 757 (760 – allerdings unter Einbeziehung auch subjektiver Elemente); *Gropp/Sinn*, § 10 Rn. 317 ff.; *Jakobs*, 24/15 ff.; *Kretschmer*, JURA 2008, 265 (271); *Lackner/Kühl/Heger-Pohlreich*, § 27 Rn. 2b ff.; *Rabe von Kühlewein*, JZ 2002, 1139 (1143); *Ransiek*, wistra 1997, 41 (43 ff.); in diese Richtung auch *Hefendehl*, JURA 1992, 374 (376 f.).
Inhalt: Handlungen, die kein rechtlich missbilligtes Risiko setzen, sind objektiv nicht zurechenbar und daher nicht tatbestandsmäßig.
Argument: Es muss entscheidend darauf ankommen, ob ein Erfolg nach strafrechtsspezifischen Kriterien zugerechnet werden kann. Hierfür ist eine Vielzahl von Kriterien maßgebend, die eine Fallgruppenbildung ermöglichen.
Konsequenz: Der objektive Tatbestand wird eingeschränkt.
Kritik: Die Kriterien der objektiven Zurechnung sind letztlich willkürlich und widersprechen der Rechtssicherheit.

4. Subjektive Einschränkungstheorien

Vertreter: RGSt 37, 321; RGSt 39, 44; BGHSt 29, 99; BGHSt 46, 107 (112); BGH StV 1985, 279; BGH NStZ 1995, 490; BGH NStZ-RR 1999, 184; BGH NStZ 2018, 328; *Baumgarten*, wistra 1992, 41 (43); *Geppert*, JURA 1999, 266 (270); *Ladiges*, JuS 2012, 51 (55); LK-*Roxin*, 11. Aufl., § 27 Rn. 16 ff., 21; LK-*Schünemann/Greco*, 13. Aufl., § 27 Rn. 18 ff.; *Meyer-Arndt*, wistra 1989, 281 (285); *Otto*, § 22 Rn. 69; *ders.*, Lenckner-FS 1998, S. 193 (214 f.); *ders.*, JZ 2001, 436 (443 f.); *Rengier*, § 45 Rn. 109 ff.; *Roxin*, AT 2, § 26 Rn. 218 ff.; *Samson*, ZStW 99 (1987), 616 (633); *Tag*, JR 1997, 49 (54).
Inhalt: Neutrale Alltagshandlungen sind dann straflos, wenn der Handelnde hinsichtlich der möglichen Tat nur mit dolus eventualis handelt bzw. die Tat nicht fördern will oder der deliktische Sinnbezug fehlt (d.h. er weiß, dass seine Handlung für den Täter nur aus Gründen der Deliktsbegehung sinnvoll ist, oder unterstützt ihn, obwohl seine Tatgeneigtheit erkennbar ist).
Argument: Ob eine nach außen neutrale Handlung strafbar ist, kann sich infolge der Neutralität der Handlung nur im subjektiven Bereich klären lassen. Es ist daher darauf abzustellen, „warum“ der Täter handelt. Nur dann, wenn er von der Deliktsbegehung weiß oder sie sogar herbeiführen will, muss die an sich neutrale Handlung untersagt werden, da ansonsten der Wirtschaftverkehr zu sehr eingeschränkt würde.
Konsequenz: Der subjektive Tatbestand wird eingeschränkt. Erforderlich ist mehr als ein bedingter Vorsatz.
Kritik: An sich neutrale Handlungen (nur) bei direktem Vorsatz bzw. nur dann zu bestrafen, wenn der Handelnde „Böses“ will, läuft auf ein Gesinnungsstrafrecht hinaus. Zudem sind subjektive Komponenten nur schwer nachweisbar und, wie der „deliktische Sinnbezug“ zeigt, sehr schwammig.

5. Lehre vom Rechtswidrigkeitsausschluss

Vertreter: *Amelung*, Grünwald-FS 1999, S. 27; *Mallison*, Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme, 1979, S. 134; *K. Müller*, Schreiber-FS 2003, S. 343 (357).
Inhalt: Der Tatbestand der Beihilfe ist nach den allgemeinen Regeln gegeben. Allerdings kann das Verhalten gerechtfertigt sein.
Argument: § 27 StGB gilt für jedermann; allerdings sind Abwägungen auf Rechtswidrigkeitsebene in Ausnahmefällen vorzunehmen.
Konsequenz: Einschränkungen werden erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit vorgenommen.
Kritik: Die Rechtfertigungsebene ist nicht dazu da, „normale Verhaltensweisen“ zu rechtfertigen. Die Annahme eines allgemeinen „übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes“ jenseits von § 34 StGB ist bedenklich.

Examinatorium Strafrecht / AT / Irrtum 1 / Erlaubnistatbestandsirrtum – Arbeitsblatt Nr. 25

Rechtliche Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: Der 18-jährige A, der noch bei seinen Eltern wohnt, hat seinen Freund O damit beauftragt, ein paar Unterlagen aus seinem Schreibtisch zu holen, und ihm den Wohnungsschlüssel mitgegeben. Als O gerade dabei ist, die Unterlagen aus dem Schreibtisch des A zu holen, kommt der Vater V des A überraschend von einer Geschäftsreise zurück und vermutet in O einen Einbrecher. Durch einen gezielten Schlag mit einem Holzscheit überwältigt V den ahnungslosen O. – V hat hier zweifellos eine Körperverletzung gemäß §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2 StGB an O begangen. Diese war auch rechtswidrig, da O zum Durchsuchen des Schreibtisches berechtigt war. Jedoch unterlag V einem Erlaubnistatbestandsirrtum, da er sich eine Situation vorstellte (Einbruchsdiebstahl), die, wenn sie tatsächlich vorgelegen hätte, ihn gerechtfertigt hätte (§ 32 StGB, Notwehr) – typische Konstellation der Putativnotwehr. Die rechtliche Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums ist ebenso umstritten, wie die Frage, wo dieser Irrtum zu prüfen ist.

1. Modifizierte Vorsatztheorie

Vertreter: *Langer*, GA 1976, 193; *Otto*, § 7 Rn. 76 ff.; § 15 Rn. 5 ff.; *Schmidhäuser*, SB, 7/87; *ders.*, JZ 1980, 396.

Inhalt: Der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes schließt das Unrechtsbewusstsein aus. Da das Unrechtsbewusstsein ein Element des Vorsatzes darstellt, entfällt auch der Vorsatz.

Argument: Auf der Basis der Vorsatztheorie ist vorsätzliches Handeln nur bei aktuellem Unrechtsbewusstsein denkbar. Alles andere widerspricht dem Schuldprinzip. Das Schuldprinzip geht jedoch § 17 StGB vor.

Konsequenz: Es entfällt der Vorsatz. Anzuschließen ist eine Fahrlässigkeitsprüfung. Eine Teilnahme ist mangels vorsätzlich begangener Haupttat nicht möglich. Die Tat bleibt jedoch rechtswidrig.

Kritik: Die Vorsatztheorie ist mit § 17 StGB nicht vereinbar, der Unrechtsbewusstsein und Vorsatz gerade trennt. Dort, wo die Fahrlässigkeit nicht strafbar ist, entsteht eine Strafbarkeitslücke.

2. Strenge Schuldtheorie

Vertreter: BeckOK StGB-*Heuchemer*, § 17 Rn. 34; *Bockelmann*, Strafrecht AT, 3. Aufl., S. 129; *Dornseifer*, JuS 1982, 765; *Fukuda*, JZ 1958, 146 f.; *Hartung*, NJW 1951, 212; LK-*Vogel (†)/Bülte*, 14. Aufl., § 16 Rn. 114; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 44 Rn. 61; NK-*Paeffgen/Zabel*, Vor § 32–35 Rn. 108 ff.; *Warda*, JR 1950, 546; *Welzel*, § 22 III 1 f.

Inhalt: Der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes ist kein Irrtum über Tatbestandsmerkmale, sondern ein Irrtum über das Verbotensein des Handelns und somit als Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB zu behandeln.

Argument: Rechtfertigungsgründe beseitigen nicht die Tatbestandsmäßigkeit, sondern die Rechtswidrigkeit. Da der Täter den Tatbestand kennt, fehlt ihm lediglich das Bewusstsein, Unrecht zu tun. Der Grund hierfür muss unbeachtlich bleiben. Da er bewusst und gewollt ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut verletzt, muss man ihm besondere Prüfungspflichten auferlegen.

Konsequenz: Der Täter handelt (nur) bei Unvermeidbarkeit des Irrtums ohne Schuld.

Kritik: Die Theorie ist mit dem verfassungsrechtlich verankerten Schuldprinzip nicht vereinbar. Der Täter ist hier an sich rechtstreu. Konsequent zu Ende gedacht dürfte hier bei unvermeidbarem Irrtum keine Fahrlässigkeitsprüfung mehr erfolgen, was den Bedürfnissen der Praxis nicht entspricht. Führt Fahrlässigkeit zur Vermeidbarkeit und somit zur Unbeachtlichkeit des Irrtums, wird letztlich ein fahrlässig handelnder Täter wegen eines Vorsatzdeliktes bestraft.

3. Eingeschränkte Schuldtheorie (2 verschiedene Spielarten)

Vertreter: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Mitsch*, § 14 Rn. 77; *Bock*, JA 2007, 599 (600); *Geppert*, JZ 1988, 1028; *Heinrich,* Rn. 1132 ff.; LK-*Rönnau*, Vor §§ 32 ff. Rn. 96; MüKo-*Kulhanek*, § 16 Rn. 155; *Roxin/Greco*, AT 1, § 14 Rn. 64; TüKo-*Weißer,* Vorbem. §§ 25 ff. Rn. 27; TüKo-*Sternberg-Schuster*, § 15 Rn. 35, § 16 Rn. 18; *Scheffler*, JURA 1993, 621; SK-*Stein/Schneider*, § 16 Rn. 13; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 9 Rn. 165 f.; vgl. auch BGHSt 2, 194; BGHSt 31, 286 (286 f.).

Inhalt: Der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes ist entsprechend einem Tatbestandsirrtums nach § 16 analog zu behandeln.

Argument: Der Täter will sich an sich rechtstreu verhalten, da er sich Umstände vorstellt, die sein Verhalten rechtfertigen würden. Er steht daher wertungsmäßig dem Tatbestandsirrtum näher als dem Verbotsirrtum, der letztlich aus falschen Vorstellungen über Recht oder Unrecht resultiert.

Konsequenz: Umstritten. Nach einer Ansicht entfällt der Vorsatz ganz, womit eine Teilnahme ausscheidet (TüKo-*Schuster*, § 16 Rn. 18). Nach anderer Ansicht entfällt lediglich der Schuldvorsatz (Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit) als Schuldelement. Der Tatbestandsvorsatz bleibt aber bestehen. Somit bleibt die Tat auch vorsätzlich und rechtswidrig. Eine Teilnahme ist daher möglich (vgl. zu diesem Problem ausführlich Arbeitsblatt Nr. 23, Täterschaft 9). Nach beiden Ansichten ist eine Fahrlässigkeitsprüfung anzuschließen.

Kritik: Die Theorie hängt dogmatisch in der Luft, da sie den Vorsatz ansonsten ausschließlich als subjektives Tatbestandsmerkmal ansieht. Dort, wo die Fahrlässigkeit nicht strafbar ist, entsteht eine Strafbarkeitslücke.

4. Rechtsfolgenverweisende (eingeschränkte) Schuldtheorie

Vertreter: *Blei*, § 59 II 3; *Fischer-Fischer*, § 16 Rn. 38; *Jescheck/Weigend*, § 41 III 2d; *Krey/Esser*, Rn. 743 ff.; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 37 Rn. 43; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 759 ff.; vgl. hierzu aber auch BGHSt 3, 105 (107); 3, 357 (364).

Inhalt: Der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes lässt zwar den Vorsatz nicht entfallen, der Täter ist jedoch hinsichtlich der Rechtsfolge so zu stellen, als wäre er einem Tatbestandsirrtum unterlegen.

Argument: Im Wesentlichen sind die Argumente der eingeschränkten Schuldtheorie richtig, dogmatisch jedoch nicht begründbar. Hier liegt weder ein Tatbestandsirrtum noch ein Verbotsirrtum, sondern ein Irrtum eigener Art vor.

Konsequenz: Der Vorsatz bleibt bestehen. Der irrende Täter wird lediglich hinsichtlich der Rechtsfolgen wie ein fahrlässiger Täter behandelt.

Kritik: Dort, wo die Fahrlässigkeit nicht strafbar ist, entsteht eine Strafbarkeitslücke.

5. Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

Vertreter: *Arthur Kaufmann*, Lackner-FS 1987, 187; *ders.*, JZ 1954, 653; 1956, 353, 393; *Kindhäuser/Hilgendorf*, LPK, Vor §§ 32–35 Rn. 39 ff.; *Schünemann*, GA 1985, 349; auch *Exner*, ZJS 2009, 516 (524) löst das Problem auf Rechtswidrigkeitsebene, will dafür allerdings § 16 StGB ebenfalls nur analog anwenden.

Inhalt: Der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtsfertigungsgrundes lässt den Vorsatz insgesamt entfallen und ist daher gemäß § 16 StGB, in direkter Anwendung wie ein gewöhnlicher Tatbestandsirrtum zu behandeln.

Argument: Infolge des mangelnden Vorsatzes bezüglich der Rechtswidrigkeit entfällt der gesamte Unrechtstatbestand. Bezugspunkte des Vorsatzes müssen sowohl das Vorliegen des gesetzlichen Tatbestandes (positive Tatbestandsmerkmale) als auch das Fehlen von Rechtfertigungsgründen (negative Tatbestandsmerkmale) sein. Auch beruht es oft auf gesetzgeberischen Zufälligkeiten, ob ein Merkmal (z.B. Einwilligung) Tatbestandsmerkmal oder Rechtfertigungsgrund ist.

Konsequenz: Es entfällt der Unrechtstatbestand. Anzuschließen ist eine Fahrlässigkeitsprüfung. Eine Teilnahme ist mangels vorsätzlich begangener Haupttat nicht möglich.

Kritik: Die verschiedenartigen Funktionen von Tatbestand (als vertyptes Unrecht) und Rechtfertigungsgründen (als Ausnahmefälle) werden verkannt. Dort, wo die Fahrlässigkeit nicht strafbar ist, entsteht eine Strafbarkeitslücke. Ferner ist die Straffreiheit des bösgläubigen Teilnehmers (mangels vorsätzlicher rechtswidriger Haupttat) nicht gerechtfertigt.

Examinatorium Strafrecht / AT / Irrtum 2 / Aberratio ictus – Arbeitsblatt Nr. 26

Rechtliche Behandlung der aberratio ictus

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: T will den A töten und lauert ihm mit einem geladenen Gewehr auf. Als A die Straße entlangkommt, gibt T einen gezielten Schuss auf A ab. Der Schuss verfehlt jedoch sein Ziel und trifft den hinter dem A laufenden O tödlich.
Fraglich ist hier, ob der T wegen eines vollendeten Mordes gemäß §§ 212, 211 StGB (Heimtücke) zu bestrafen ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass T einen Menschen töten wollte und durch seine Handlung auch ein Mensch zu Tode kam. Infolge des Fehlgehens der Tat war es jedoch nicht derjenige, den T tatsächlich töten wollte. Der Fall der aberratio ictus ist hierbei insbesondere vom error in persona abzugrenzen, bei dem der Täter einer Objektsverwechslung unterliegt.

1. Theorie der formellen Gleichwertigkeit

Vertreter: *Daleman/Heuchemer*, JA 2004, 462 f.; *Loewenheim*, JuS 1966, 310 (313); *Noll*, ZStW 77 (1965), 5; vgl. auch *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 479 ff.

Inhalt: Der Täter, der einer aberratio ictus unterliegt, ist wegen eines vorsätzlichen vollendeten Deliktes zu bestrafen.

Argument: Der Täter will ein Rechtsgut verletzen und verletzt dieses Rechtsgut auch. Über das abstrakte Tatbestandsmerkmal hinaus verlangt das Gesetz aber keine Konkretisierung des Vorsatzes.

Konsequenz: Die aberratio ictus ist immer ein unbeachtlicher Irrtum.

Kritik: Die Annahme einer vollendeten Vorsatztat widerstreitet dem Schuldprinzip, da man dem Täter einen Gattungsvorsatz unterstellt. Derjenige, der in Notwehr auf einen Menschen schießt, aber einen anderen trifft, müsste wegen Totschlages bestraft werden. Ferner gibt es Probleme, wenn durch eine Handlung das Zielobjekt (nur) verletzt, ein anderes aber getötet wird.

2. Theorie der materiellen Gleichwertigkeit

Vertreter: *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, S. 85 ff.; vgl. auch *Maurach/Zipf*, AT 1, § 23 Rn. 32.

Inhalt: Eine aberratio ictus ist nur bei höchstpersönlichen Rechtsgütern beachtlich. Bei anderen Rechtsgütern ist der Täter, der einer aberratio ictus unterliegt, wegen eines vorsätzlichen vollendeten Deliktes zu bestrafen.

Argument: Obwohl der Täter auf ein anderes Objekt zielt, fehlt ihm doch nicht die Vorstellung der Zugehörigkeit dieses Objekts zu einer bestimmten Gattung. Dennoch ist eine differenzierende Lösung angebracht. Die Konkretisierung des Vorsatzes auf ein bestimmtes Objekt muss immer dann überwiegen, wenn gerade die Individualität des Angriffsobjektes für das im Tatbestand vertypte Unrecht von Belang ist. Daher ist der Irrtum bei der beabsichtigten Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter beachtlich.

Konsequenz: Die aberratio ictus ist nur bei höchstpersönlichen Rechtsgütern beachtlich.

Kritik: Die Annahme einer vollendeten Vorsatztat widerstreitet dem Schuldprinzip, da man dem Täter einen Gattungsvorsatz unterstellt.

3. Vorhersehbarkeitstheorie

Vertreter: *Welzel*, § 13 I 3b; vgl. auch AK-*Zielinski*, §§ 15, 16 Rn. 64; *Geppert*, JURA 1992, 165; NK-*Puppe*, § 16 Rn. 102 ff.; *Puppe*, JZ 1989, 730; *dies.*, GA 1981, 1; SK-*Stein/Schneider*, § 16 Rn. 39; ähnlich auch *Herzberg*, ZStW 85 (1973), 867.

Inhalt: Eine aberratio ictus ist dann unbeachtlich, wenn das Fehlgehen der Tat bei gleichwertigem Tatobjekt voraussehbar war. Liegt ein ungleichwertiges Tatobjekt vor oder war das Fehlgehen der Tat unvorhersehbar, liegt lediglich Versuch vor.

Argument: Die aberratio ictus ist letztlich nur ein Unterfall des Irrtums über den Kausalverlauf und ist daher nach dessen Regeln zu behandeln. Eine innerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung liegende Abweichung muss dem Täter hierbei zugerechnet werden. Er muss damit rechnen, dass es immer möglich ist, dass ein anderes, gleichwertiges Opfer in den Wirkungsbereich seines Angriffsmittels gerät.

Konsequenz: Die aberratio ictus ist nur bei einer wesentlichen Abweichung vom Kausalverlauf beachtlich.

Kritik: Mit dem ansonsten dem Fahrlässigkeitsbereich zuzuordnenden Begriff der Voraussehbarkeit werden dem Vorsatz ansonsten fremde Kriterien angewendet.

4. Versuchlösung (h.M.)

Vertreter: **Rechtsprechung:** RGSt 2, 335 (337); 3, 384; 19, 179 (180); 54, 349 (350); 58, 27 (28); BGHSt 34, 53 (55); 38, 295 (296 f.);
aus der Literatur: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Eisele*, § 11 Rn. 91-93; *Beulke*, JURA 1988, 642; *Bott/Pfister*, JURA 2010, 226 (230); *Esser/Röhling*, JURA 2009, 866 (868); *Exner*, ZJS 2009, 516 (520 f.); *Fischer-Fischer/Anstötz*, § 16 Rn. 9; *Freund/Rostalski*, § 7 Rn. 94; *Gropp/Sinn*, § 13 Rn. 147 ff.; *Heinrich,* Rn. 1108; *Jakobs*, 8/80; *Hoffmann-Holland*, Rn. 192; *Jescheck/Weigend*, § 29 V 6c; *Knobloch*, JuS 2010, 864 (865); *Krey/Esser*, Rn. 437 f.; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 15 Rn. 12; *Linke/Hacker*, JA 2009, 347 (350); LK-*Vogel/Bülte*, 14. Aufl., § 16 Rn. 78; *Lubig*, JURA 2006, 655 (657); *Lucht*, JuS 1998, 768; *Nestler/Prochota*, JURA 2020, 132 (136); *Otto*, § 7 Rn. 96; *Reinbacher*, JURA 2007, 382 (386); *Rengier*, § 15 Rn. 27 ff., 34 ff.; TüKo-*Schuster*, § 15 Rn. 57; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 376 ff.

Inhalt: Die aberratio ictus ist ein beachtlicher Irrtum. Der Täter wird lediglich wegen Versuchs hinsichtlich des Zielobjektes bestraft. Darüber hinaus ist eine Fahrlässigkeitstat hinsichtlich des tatsächlich getroffenen Objektes zu prüfen.

Argument: Der Vorsatz ist immer auf ein bestimmtes Objekt konkretisiert. Er hebt sich von dem Vorsatz, irgendein Objekt dieser Gattung zu verletzen, ab. Wer dem Täter diesen Gattungsvorsatz unterstellt, arbeitet mit einer dem Schuldprinzip widerstreitenden Fiktion. Ein Versuch und eine Fahrlässigkeitstat können nicht als eine vollendete Tat zusammengerechnet werden.

Konsequenz: Die aberratio ictus ist immer beachtlich.

Kritik: Der Annahme eines bloßen Versuches steht entgegen, dass ein Tatbestandserfolg tatsächlich eingetreten ist. Der Annahme eines Fahrlässigkeitsdeliktes steht entgegen, dass der Täter hinsichtlich der Tatbestandsverwirklichung mit Vorsatz handelte. Der Täter bleibt in den Fällen straflos, in denen weder der Versuch noch die fahrlässige Begehensweise strafbar ist.

Examinatorium Strafrecht / AT / Irrtum 3 / Persönlicher Strafausschließungsgrund – Arbeitsblatt Nr. 27

Irrtum über das Bestehen eines persönlichen Strafausschließungsgrundes

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: T ist Antiquitätenhändler und besorgt sich seine wertvollen Stücke in unregelmäßigen Abständen durch Einbruchsdiebstähle. G hat ihm dabei bereits zweimal gegen Entgelt geholfen. Eines Tages kommt T zu G und bittet diesen, drei wertvolle gestohlene Uhren eine Zeitlang für ihn aufzubewahren, da man ihm „auf der Spur" sei. G stimmt zu, wobei er davon ausgeht, dass es sich um die Uhren handelt, die beim letzten Einbruch, an dem er teilnahm, erbeutet wurden. Tatsächlich handelt es sich jedoch um Uhren, die T allein gestohlen hatte.
G hat durch die Entgegennahme der Uhren und die Aufbewahrung eine Begünstigung gemäß § 257 StGB begangen. Gemäß § 257 III 1 StGB wird er jedoch nicht bestraft, wenn er wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist. Abs. 3 stellt einen persönlichen Strafausschließungsgrund dar. Da G seine Beteiligung an der Vortat annahm, er aber tatsächlich nicht an ihr beteiligt war, stellt sich die Frage, wie ein diesbezüglicher Irrtum zu werten ist.

1. Objektive Theorie

Vertreter: *Fischer-Fischer/Anstötz*, § 16 Rn. 43; *Jescheck/Weigend*, § 29 V 7d; *Otto*, § 20 Rn. 4; *Roxin/Greco*, AT 1, § 12 Rn. 149; vgl. zu § 247 a.F. auch BGHSt 18, 123; 23, 281.

Inhalt: Für die Annahme eines persönlichen Strafausschließungsgrundes ist allein die objektive Sachlage entscheidend.

Argument: Die persönlichen Strafausschließungsgründe sind „objektive" Straflosigkeitsbedingungen jenseits von Unrecht und Schuld. Der Tätervorsatz muss sich aber regelmäßig nur auf die rechtswidrige Tatbestandsverwirklichung beziehen.

Konsequenz: Ein Irrtum des Täters ist unbeachtlich. Jedoch kommt ihm auch die Nichtkenntnis des Strafausschließungsgrundes zugute.

Kritik: Nach dem Schuldprinzip kann der Täter nur nach denjenigen Voraussetzungen bestraft werden, die er in seinen Vorsatz aufgenommen hat. Bei einem Irrtum über einen persönlichen Strafausschließungsgrund ist die Schuld des Täters derart gering, dass eine Bestrafung verfehlt ist.

2. Subjektive Theorie

Vertreter: SK-*Stein/Schneider*, § 16 Rn. 5; *Stree*, FamRZ 1962, 55; vgl. auch *Horn*, MDR 1971, 8; *Kohlhaas*, ZStW 70 (1958), 217; OLG Düsseldorf NJW 1986, 1822.

Inhalt: Für die Annahme eines persönlichen Strafausschließungsgrundes ist allein die Tätervorstellung entscheidend.

Argument: Persönliche Strafausschließungsgründe beruhen gerade auf Umständen, die die besondere Motivation und den Umfang der Schuld des Täters betreffen. Diesbezüglich ist aber gerade die Sicht des Täters entscheidend. Wer an das Vorliegen eines Umstandes glaubt, der einen persönlichen Strafausschließungsgrund zur Folge hat, befindet sich psychisch in der gleichen Situation, wie wenn dieser Umstand tatsächlich vorläge.

Konsequenz: Ein Irrtum des Täters ist beachtlich. Die Nichtkenntnis des Strafausschließungsgrundes führt zur Strafbarkeit. Die Rechtsfolgen des Irrtums sind im Weiteren hier umstritten:
1. Anwendung des § 16 II StGB analog (TüKo-*Schuster*, § 16 Rn. 34) = lediglich Fahrlässigkeitsprüfung.
2. Anwendung des § 35 II StGB analog (*Preisendanz*, § 258 VIII 3) = Vermeidbarkeitsprüfung

Kritik: Die Konsequenz, dass Nichtkenntnis des Strafausschließungsgrundes zur Strafbarkeit führt, widerspricht der gesetzgeberischen Intention in den Fällen, in denen der Strafausschließungsgrund auch der Abschirmung der privaten Sphäre vor staatlichen Eingriffen dient.

3. Differenzierende Theorie

Vertreter: *Exner*, ZJS 2009, 516 (523); *Heinrich*, Rn. 1163; *Joecks/Jäger,* § 17 Rn. 13 f.; MüKo- *Kulhanek*, § 16 Rn. 12 f.; *Rengier*, § 32 Rn. 5 ff.; TüKo-*Schuster*, § 16 Rn. 34; TüKo-*Sternberg-Lieben*, Vor §§ 32 ff. Rn. 204; *Warda*, JURA 1979, 286 (294); *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 727, 788.

Inhalt: Es ist zu differenzieren: Die objektive Sachlage ist entscheidend, sofern staatspolitische Belange oder kriminalpolitische Zweckmäßigkeitserwägungen den Strafausschluss begründen (§§ 36, 173 III StGB), die Tätervorstellung ist entscheidend, wenn dem Strafausschluss eine notstandsähnliche Motivationslage zugrunde liegt (§§ 257 III 1; 258 IV StGB).

Argument: Die persönlichen Strafausschließungsgründe beruhen auf keinem einheitlichen Konzept. Daher kann es hinsichtlich des Irrtums dogmatisch keine einheitliche Lösung geben. Eine Beurteilung hat sich danach zu richten, welche gesetzgeberische Ansicht jeweils hinter den einzelnen Normen steckt. Zielt die gesetzgeberische Absicht auf Umstände außerhalb des Unrechts- und Schuldbereichs, so muss die objektive, zielt sie auf den subjektiven, schuldrelevanten Bereich, muss die subjektive Sachlage entscheidend sein.

Konsequenz: Bei Vorliegen eines Irrtums muss immer geprüft werden, worin der gesetzgeberische Grund der Straffreiheit liegt. Sofern ein Irrtum daraufhin als beachtlich angesehen wird, gilt die unter 2. genannte Konsequenz.

Kritik: Nicht bestimmte Deliktsarten, sondern bestimmte Täter sollen durch die persönlichen Strafausschließungsgründe straflos bleiben, daher kann nicht zwischen den verschiedenen Delikten differenziert werden.

Examinatorium Strafrecht / AT / Unterlassung 1 / Ingerenz – Arbeitsblatt Nr. 28

Ingerenz bei lediglich gefahrbegründendem Vorverhalten ohne Pflichtwidrigkeit

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: An einem kalten Winterabend wärmen sich A und B in ihrem Auto im Wald. Der vorbeikommende C entwendet in einem Moment der Unachtsamkeit eine Flasche Wein, die A vor dem Auto abgestellt hatte. Bei der Verfolgung stellt A dem C ein Bein, um diesen an der Flucht zu hindern und den Wein zurückzubekommen. Dabei stürzt C so unglücklich, dass er sich ein Bein bricht. Obwohl A die hilflose Lage des C erkennt, schnappt er seine Weinflasche und lässt den C liegen. Dessen möglichen Tod nimmt er in Kauf. Tatsächlich erfriert C in der Nacht, da ihm in dem einsamen Waldstück niemand zu Hilfe kommt.

Fraglich ist hier, ob A wegen Totschlages durch Unterlassen gemäß §§ 212, 13 StGB (und nicht „nur" wegen § 323c StGB) strafbar ist. Hierzu ist es notwendig, dass der A eine Garantenpflicht gegenüber dem C hat. Hier kommt lediglich eine Garantenpflicht aus Ingerenz in Frage. Da die vorausgegangene Handlung, die Verfolgung des C und das Beinstellen, jedoch infolge Notwehr nicht pflichtwidrig war, käme eine Garantenpflicht aus Ingerenz lediglich dann in Frage, wenn auch ein lediglich gefahrschaffendes Vorverhalten eine solche Pflicht auslöst.

1. Theorie der grundsätzlichen Ablehnung der Ingerenz

Vertreter: *Lampe*, ZStW 72 (1960), 106; *Langer*, Lange-FS 1976, S. 243; *Oehler*, JuS 1961, 154; *Schünemann*, GA 1974, 231.

Inhalt: Selbst ein vorangegangenes pflichtwidriges Vorverhalten kann bei Unterlassungsdelikten keine Garantenstellung begründen.

Argument: Die Anerkennung einer solchen allgemeinen Garantenstellung hätte eine zu ungenaue Rechtspflicht zur Folge, die letztlich die Garantiefunktion des Tatbestandes sprengt. Die strafrechtliche Haftung ist durch die Haftung für das vorhergegangene Tun bereits ausreichend abgesichert.

Konsequenz: Eine Garantenpflicht aus Ingerenz wird an sich geleugnet.

Kritik: Es werden Strafbarkeitslücken aufgerissen, die nicht zu rechtfertigen sind. Fahrlässigkeitsstraftatbestände und § 323c StGB können in vielen Fällen den Unwertgehalt einer vorsätzlichen Unterlassungstat nicht auffüllen.

2. Verursachungstheorie

Vertreter: **Frühere Rechtsprechung:** BGHSt 3, 203 (204); 4, 20 (22); 11, 353 (355); wohl auch BGHSt 19, 152 (154).
Aus der Literatur: *Arzt*, JA 1980, 712; *Herzberg*, JuS 1971, 76; *ders.*, JZ 1986, 986; *Kühl*, AT, § 18, Rn. 96; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 46 Rn. 98.

Inhalt: Eine Garantenstellung setzt lediglich die Verursachung einer Gefahr voraus. Pflichtwidriges Vorverhalten ist nicht notwendig.

Argument: Es ist widersprüchlich, einerseits dem in Notwehr Handelnden Beschränkungen aufzuerlegen, andererseits ihm freizustellen, nach dem Angriff Schutzmaßnahmen zu ergreifen oder nicht. Subjektiv fühlt sich jeder für durch sein Verhalten hervorgerufene Gefahren verantwortlich, ob dieses Verhalten nun pflichtwidrig war oder nicht. Nach Abschluss eines Angriffs darf der Angegriffene nicht „vogelfrei" sein.

Konsequenz: Die Garantenpflicht aus Ingerenz wird ausgeweitet.

Kritik: Die Garantenstellung wird nahezu uferlos ausgedehnt. Allein eine an sich wertfreie Kausalität kann niemals allein menschliche Verantwortung begründen. Schließlich ist es paradox, dass derjenige, der in Notwehr oder Nothilfe (das heißt auch: zur Verteidigung der Rechtsordnung) handelt, eben gerade deswegen mit einer Garantenpflicht belastet wird.

3. Pflichtwidrigkeitstheorie

Vertreter: **Heutige Rechtsprechung:** BGHSt 23, 327; 25, 218 (221); 34, 82 (84); 37, 117 (115 ff.); 43, 381 (396 f.); BGH NStZ 2018, 85.
Aus der Literatur: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Mitsch* § 21 Rn. 72 ff.; *Blei*, § 87 I 2c; *Fischer-Fischer/Anstötz*, § 13 Rn. 52; *B. Heinrich*, JuS 1995, 1120; *ders*., Rn. 960; *Jescheck/Weigend*, § 59 IV 4 a; LK-*Weigend/Ceffinato*, 14. Aufl., § 13 Rn. 44; *Otto*, NJW 1974, 528; *Rudolphi*, JR 1987, 162; *Ransiek*, JuS 2010, 585 (589); *Rönnau*, JuS 2018, 526 (529); *Schmidhäuser*, 16/54; SK-*Stein/Eckstein*, § 13 Rn. 50 ff.; TüKo-*Bosch*, § 13 Rn. 35 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 1200 ff.

Inhalt: Voraussetzung für die Entstehung einer Garantenstellung ist, dass das vorangegangene gefährliche Tun im Hinblick auf die hervorgerufene Gefahr pflichtwidrig war. Sonst würde derjenige, der zur Verteidigung der Rechtsordnung in Notwehr handelt, mit einer Garantenpflicht bestraft. Auch würde derjenige, der durch einen Angriff seine Notlage selbst verschuldet, besser stehen als derjenige, der unverschuldet in Not gerät.

Argument: Nur bei wirklicher Pflichtwidrigkeit kann von einer Verantwortlichkeit des Unterlassenden für den jeweiligen Gefahrenzustand gesprochen werden.

Konsequenz: Die Garantenpflicht aus Ingerenz wird begrenzt.

Kritik: Es kommt hier der Gedanke der Friedlosigkeit und Verwirkung zum Tragen, Gedanken, die dem Notwehrrecht fremd sind.

4. Modifizierte Theorien

Vertreter: (modifizierte Verursachungstheorie): *Jakobs*, 29/43; *Kindhäuser/Hilgendorf*, LPK, § 13 Rn. 51; *Maiwald*, JuS 1981, 483; MüKo-*Freund/Rostalski*, § 13 Rn. 117 ff., 152; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 13 Rn. 26 ff.; vgl. auch *Dölling/Duttge/König/Rössner-Tag*, § 13 Rn. 22.
(modifizierte Pflichtwidrigkeitstheorie): *Hoffmann-Holland*, Rn. 767 ff.; *Krey/Esser*, Rn. 1151 f.; *Puppe*, § 29 Rn. 3; vgl. auch SSW-*Kudlich*, § 13 Rn. 23 f.; wohl auch *Jäger*, AT, Rn. 561 ff.

Inhalt: Nach erstgenannter Theorie wird für eine Garantenstellung lediglich die Verursachung einer Gefahr gefordert (wie oben 2.). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird jedoch für ein Handeln in Notwehr angenommen. Nach der zweiten Theorie ist zwar grundsätzlich ein pflichtwidriges Vorverhalten nötig (wie oben 3.), beim Vorliegen *anderer* Rechtfertigungsgründe als der Notwehr wird allerdings auch ein gerechtfertigtes Vorverhalten zur Begründung einer Garantenstellung für ausreichend befunden.

Argument: Argumente grds. wie oben 2. und 3. Zur Ausnahme der erstgenannten Theorie: Die Fälle der Notwehr müssen vom Grundsatz ausgenommen werden, da das Opfer die Gefahr hier selbst rechtswidrig verursacht hat. Zur Ausnahme der zweiten Theorie: Beim Vorliegen anderer Rechtfertigungsgründe (z.B. § 34 StGB) liegt die Gefahrbegründung meist gerade nicht im Verantwortungsbereich des Opfers.

Konsequenz: Die Garantenpflicht aus Ingerenz wird ausgeweitet. Lediglich die Fälle der Notwehr werden ausgenommen.

Kritik: Eine an sich wertfreie Kausalität kann niemals allein menschliche Verantwortung begründen. Daran ändert sich auch nichts, wenn man die Fälle der Notwehr ausnimmt. Ferner kommt hier der Gedanke der Friedlosigkeit und Verwirkung zum Tragen, Gedanken, die dem Notwehrrecht fremd sind.

Examinatorium Strafrecht / AT / Unterlassung 2 / Beteiligung – Arbeitsblatt Nr. 29

Möglichkeit der Beteiligung eines Nichtgaranten an einem fremden Unterlassungsdelikt

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: Vater V geht mit seinem 8-jährigen Sohn S spazieren und trifft auf dem Weg seinen Freund F, mit dem er ins Gespräch kommt. S erkundet derweil die Gegend und macht sich am Hundezwinger des Bauern B zu schaffen, obwohl ihm V mehrmals zurief, er solle dies unterlassen. Als S schließlich in den Hundezwinger eindringt, fallen die beiden Hunde des B über ihn her. Als V und F dies bemerken, schickt sich V an, den S aus den Klauen der Hunde zu befreien, der F meint jedoch zu V, er solle ruhig noch eine Weile warten, dies geschehe dem ungehorsamen S recht gut. V lässt sich von F überzeugen und befreit S erst 10 Minuten später. S hat in dieser Zeit erhebliche Bisswunden erlitten und muss im Krankenhaus behandelt werden.

V hat sich hier wegen einer Körperverletzung durch Unterlassen gemäß §§ 223, 13 StGB strafbar gemacht. Als Vater hat er eine Garantenstellung gegenüber seinem Sohn. Fraglich ist, ob F wegen Anstiftung zu dieser Tat des V strafbar ist. Es stellt sich hier zunächst die grundsätzliche Frage, ob die Anstiftung (ebenso wie die Beihilfe) zu einem Unterlassungsdelikt überhaupt strafbar ist.

1. Begehungsdeliktstheorie

Vertreter: *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 190 ff.; *Welzel*, § 27 V 2, 3.

Inhalt: Anstiftung und Beihilfe zu einem Unterlassungsdelikt sind nicht möglich.

Argument: Es gibt keinen „Unterlassungsvorsatz“ und somit auch keinen Tatentschluss. Dieser kann somit weder gefördert noch geweckt werden. Da es beim Unterlassen auch keine „Tathandlung“ gibt, kann auch diese nicht gefördert werden. Ein Anstiften zum Unterlassen ist aber eine aktive Verhinderung der Gebotserfüllung eines anderen und daher als positives Tun zu werten.

Konsequenz: Die aktive Teilnahme an einem Unterlassungsdelikt ist eine Begehungstat.

Kritik: Wer beim Täter den Unterlassungsvorsatz zwar leugnet, aber dennoch wegen eines Vorsatzdeliktes verurteilt, muss dies auch für den Teilnehmer gelten lassen. Ferner treten hier Strafbarkeitslücken insbesondere bei Sonderdelikten oder bei anderen Delikten auf, die eine besondere Täterqualifikation verlangen. Auf der anderen Seite wird bereits eine geringfügige psychische Beihilfe als Täterschaft angesehen, was die gesetzgeberische Wertung auf den Kopf stellt.

2. Teilnahmetheorie (ganz h.M.)

Vertreter: **Rechtsprechung:** RGSt 27, 157 (158); RGSt 48, 18 (21); RGSt 51, 39 (41); RGSt 77, 268 (269); BGHSt 14, 280 (282); BGHSt 66, 66 Rn. 7; BGH NStZ 1998, 83 (84).

Aus der Literatur: *Arzt*, JA 1980, 553 (557); *Bachmann/Eichinger*, JA 2011, 509 (510); *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Eisele*, § 26 Rn. 110; *Blei*, § 86 IV 2 a; *Fischer-Fischer/Anstötz*, § 13 Rn. 97; *Heinrich*, Rn. 880; *Jakobs*, 29/108; *Jescheck/Weigend*, § 60 III 1; *Kindhäuser/Hilgendorf*, LPK, Vor §§ 25–31 Rn. 50; *Köhler*, S. 537 ff.; *Kühl*, § 20 Rn. 271; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 26 Rn. 3; LK-*Schünemann/Greco*, 13. Aufl., § 26 Rn. 98; LK-*Weigend/Ceffinato*, 14. Aufl., § 13 Rn. 86; MüKo-*Freund/Rostalski*, § 13 Rn. 259; NK-*Gaede*, § 13 Rn. 28; *Otto*, § 22 Rn. 60 f.; *Rengier*, § 51 Rn. 7 ff.; SK-*Stein/Eckstein*, Vor § 13 Rn. 95; *Sowada*, JURA 1986, 399; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 14 Rn. 20 f.; TüKo-*Weißer*, Vor §§ 25 ff. Rn. 88; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 1213.

Inhalt: Anstiftung und Beihilfe zu einem Unterlassungsdelikt sind nach den allgemeinen Regeln möglich.

Argument: Jede Teilnahme muss sich nach dem Unwertgehalt der Haupttat richten, so dass es trotz gleicher Handlung des Teilnehmers zu vertreten ist, ein unterschiedliches Strafmaß zu haben, je nachdem, ob der Haupttäter Garant ist oder nicht. Dem Teilnehmer fehlt ferner regelmäßig die Tatherrschaft, da es allein Sache des Täters ist, ob er einschreitet oder nicht. Dieser Umstand spricht gegen das Vorliegen einer Begehungstat.

Konsequenz: Die aktive Beteiligung an einem Unterlassungsdelikt ist regelmäßig eine Anstiftung oder Beihilfe zu diesem.

Es stellt sich dann weiter die Frage, ob die Garantenstellung ein „besonderes persönliches Merkmal“ i.S.d. § 28 I StGB ist.

- ja (h.M.: BGHSt 66, 66 Rn. 21 f.; SK-*Hoyer*, § 28 Rn. 33 ff.; LK-*Weigend/Ceffinato*, 14. Aufl., § 13 Rn. 87): Garantenpflicht ist eine persönliche, ein Vertrauen auf der Opferseite auslösende Pflichtenstellung.
- nein (MüKo-*Freund/Rostalski*, § 13 Rn. 260 ff.): Garantenpflicht ist nur der die Gleichstellung (mit dem positiven Tun) besorgende tatbestandsbezogene Umstand.

Kritik: Eine aktive Teilnahme übersteigt den Unwertgehalt einer Unterlassungstat und darf daher nicht in den Genuss der dafür vorgesehenen - wenn auch nur fakultativen - Strafmilderung kommen. Ferner ist nicht einzusehen, dass es zu Unterschieden im Strafmaß des einen Rettungswilligen Abhaltenden kommt, je nachdem, ob der Abgehaltene Garant ist oder nicht.

Examinatorium Strafrecht / AT / Schuld 1 / Notwehrexzess – Arbeitsblatt Nr. 30

Deckt § 33 StGB auch den extensiven Notwehrexzess?

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: A greift den B mit einem Messer tätlich an. B kann den Angriff jedoch abwehren und den A mit einem gezielten Faustschlag zu Boden strecken. Aus Furcht vor einer Fortsetzung des Angriffs tritt B dem vor ihm liegenden A noch einmal gegen den Kopf.

Da der Angriff des A abgeschlossen ist, ist Notwehr nicht mehr zulässig, es liegt ein extensiver Notwehrexzess des B vor. Fraglich ist, ob und inwieweit der extensive Notwehrexzess von § 33 StGB umfasst wird.

Intensiver Notwehrexzess: Der Täter überschreitet das Maß der erforderlichen Verteidigung bei vorliegender Notwehrsituation.

Extensiver Notwehrexzess: Der Täter verteidigt sich, obwohl der Angriff noch nicht vorliegt oder bereits abgeschlossen ist.

Hinweis: Zum extensiven Notwehrexzess gelangt man nur dann, wenn der Verteidigende weiß, dass entweder der Angriff noch nicht vorliegt bzw. dieser bereits abgeschlossen ist. Geht er jedoch davon aus, dass der Angriff gerade stattfindet, befindet er sich in einem Erlaubnistatbestandsirrtum (zur rechtlichen Behandlung vgl. gesondertes Arbeitsblatt).

1. Restriktive Theorie

Vertreter: **Rechtsprechung:** RGSt 21, 189 (190); 54, 36 (37); 61, 216 (217); 62, 76 (77); 63, 215 (223); BGH NJW 1968, 1885; BGH NJW 1962, 308 (309); BGH NStZ 1987, 20; BGH NStZ 2002, 141.

Aus der Literatur: *Fischer-Fischer*, § 33 Rn. 3; *Frister*, Kap. 16 Rn. 42; *Geilen*, JURA 1981, 379; *Gropp/Sinn*, § 6 Rn. 158 ff.; *Hoffmann-Holland*, Rn. 411; *Jescheck/Weigend*, § 45 II 4; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 34 Rn. 27; *Sauren*, JURA 1988, 567 (571); *Schmidhäuser*, SB, 8/29; SK-*Rogall*, § 33 Rn. 11 f.

Inhalt: § 33 StGB umfasst nur den intensiven, nicht aber den extensiven Notwehrexzess.

Argument: Wer die Grenzen des Notwehrrechts überschreiten will, dem muss dieses Recht zum Zeitpunkt der Tat auch zustehen, da ein nicht bestehendes Recht nicht überschritten werden kann. Dies ergibt sich neben dem Wortlaut auch daraus, dass § 33 StGB an § 32 StGB anknüpft. Die Schuldminderung begründet sich gerade auch dadurch, dass der Täter zugleich einen rechtswidrigen Angriff ablehnt.

Konsequenz: Die Möglichkeit der Straffreiheit wird eingeschränkt.

Kritik: Es ist nicht einzusehen, warum schwere Folgen intensiver Exzesse (Bsp.: Schwere Verletzung des Diebes einer Bierflasche) immer, harmlose Folgen extensiver Exzesse (Bsp.: „Blauer Fleck“ durch Tritt nach Tötungsangriff) jedoch nie zur Straffreiheit führen sollen.

2. Extensive Theorie

Vertreter: BeckOK-*Heuchemer*, § 33 Rn. 8; *Jakobs*, 20/31; MüKo-*Erb*, § 33 Rn. 14; *Roxin/Greco*, AT 1, § 22 Rn. 88; TüKo-*Perron/Eisele*, § 33 Rn. 7.

Inhalt: § 33 StGB umfasst sowohl den intensiven als auch den extensiven Notwehrexzess.

Argument: Die Grenzen eines Notwehrrechts kann auch derjenige überschreiten, der sich außerhalb dessen zeitlicher Reichweite bewegt. Allein entscheidend ist, dass die Tat in Zusammenhang mit der Ausübung eines Notwehrrechts vor sich geht. Aus der Beschränkung des § 33 StGB auf die Notwehr erklärt sich auch, warum hier „mehr“ verziehen werden kann als sonst. Für die Schuld des Täters macht es dabei keinen Unterschied, ob dieser die Grenzen rechtmäßiger Verteidigung in Intensität oder zeitlicher Hinsicht überschreitet.

Konsequenz: Die Möglichkeit der Straffreiheit wird ausgedehnt.

Kritik: Die asthenischen Affekte (Verwirrung, Furcht, Schrecken) sollen gerade nicht allein, sondern nur zusammen mit der Tatsache, dass damit ein rechtswidriger Angriff abgewendet wird, zur Straffreiheit führen.

3. Differenzierende Theorie

Vertreter: *Beulke*, JURA 1988, 643; *Blei*, § 62; *Heinrich*, Rn. 587; *Joecks/Jäger*, § 33 Rn. 5; *Kühl*, § 12 Rn. 144; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 33 Rn. 2; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 34 Rn. 30; NK-*Kindhäuser*, § 33 Rn. 11 ff.; *Otto*, § 14 Rn. 22 f.; *ders.*, JURA 1987, 604 (605 f.); *Rengier*, § 27 Rn. 19 f.; *Timpe*, JuS 1985, 121; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 705 ff.; LK-*Zieschang*, 14. Aufl., § 33 Rn. 9 ff., der jedoch eine analoge Anwendung des § 33 für den vorzeitigen extensiven Exzess diskutiert.

Inhalt: § 33 StGB umfasst neben dem intensiven auch den nachzeitigen extensiven, nicht jedoch den vorzeitigen extensiven Notwehrexzess.

Argument: Wer die Notwehr überschreiten will, muss als erstes ein Notwehrrecht besitzen. Derjenige, der sich zu früh wehrt, war aber zu keiner Zeit einem Angriff tatsächlich ausgesetzt, während derjenige, der sich zu spät wehrt, die Grenzen seines Notwehrrechts in zeitlicher Hinsicht überschreitet. Wenn aber der Notwehrexzess mit der Notwehrhandlung ein einheitliches Geschehen bildet, so ist sowohl beim intensiven als auch beim extensiven Exzess die gleiche psychische Situation auf Seiten des Angegriffenen gegeben.

Konsequenz: Lediglich der extensive Notwehrexzess vor Beginn des Angriffs führt zur Bestrafung des Verteidigenden.

Kritik: Das Gesetz kennt die Differenzierung zwischen einem Notwehrexzess vor und nach der Notwehrlage nicht.

HINWEIS: Auf die ebenfalls umstrittene Frage, ob die Norm des § 33 StGB nur anwendbar ist, wenn der Täter die Grenzen der Notwehr unbewusst überschreitet oder ob § 33 StGB auch Anwendung finden soll, wenn der Verteidigende das Notwehrrecht bewusst überschreitet, soll hier nicht weiter eingegangen werden. Nach h.M. soll § 33 StGB sowohl beim bewussten als auch beim unbewussten Notwehrexzess Anwendung finden; vgl. BGH NStZ 1987, 20.

Examinatorium Strafrecht / AT / Schuld 2 / Actio libera in causa – Arbeitsblatt Nr. 31

Geltungsumfang und Begründung der actio libera in causa

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: A, ansonsten ein recht friedliebender Mensch, neigt dazu, in alkoholisiertem Zustand gewalttätig zu werden und ist daher auch schon mehrere Male wegen gefährlicher Körperverletzung, § 224 StGB, verurteilt worden. Eines Abends begibt er sich in seine Stammkneipe, um dort mit seinen Kumpanen kräftig zu trinken. Er weiß, dass diese Trinkgelage regelmäßig dazu führen, dass er sich dabei in einen die Schuldunfähigkeit ausschließenden Rausch versetzt. Auch weiß er, dass sein Nebenbuhler N, der ihm erst kürzlich seine Ehefrau „ausgespannt" hat, voraussichtlich an diesem Abend dieselbe Kneipe besuchen würde. A rechnet damit, dass er an diesem Abend dem N gegenüber gewalttätig werden könnte, nimmt dies aber in Kauf. Nachdem sich A bereits kurz nach Mitternacht in einem seine Schuldunfähigkeit ausschließenden Rausch versetzt hat, betritt N das Lokal. Ohne Vorwarnung nimmt A einen Bierkrug und schlägt auf N ein, der lebensgefährliche Verletzungen erleidet. Bei der Frage, ob A trotz seiner Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) eine gefährliche Körperverletzung, §§ 224 I Nr. 2 und 5 StGB begangen oder sich wegen Vollrausches, § 323a StGB, strafbar gemacht hat, ist es entscheidend, ob und inwieweit man die Rechtsfigur der „*actio libera in causa*" (alic) anerkennt.

1. Vorverlagerungstheorie/Tatbestandsmodell

Vertreter: **Rechtsprechung (ältere): a. zur vorsätzlichen Form:** RGSt 73, 177 (182); BGHSt 17, 259; BGHSt 21, 381; BGH NStZ 1997, 230; OLG Schleswig NStZ 1986, 511; **b. zur fahrlässigen Form:** RGSt 22, 413; BGHSt 2, 14 (17 f.); BGHSt 17, 333; BayOblG JZ 1967, 502; OLG Celle NJW 1968, 1938; vgl. nunmehr aber anders BGHSt 42, 235. **Aus der Literatur:** *Ellbogen*, JURA 1998, 485; *Hirsch*, NStZ 1997, 230; *Hohmann*, JuS 1995, 135 (136); *Krause*, JURA 1980, 169; *Krell*, ZJS 2010, 640 (644); *Maurach/Zipf*, AT 1, § 36 Rn. 54; *Puppe*, JuS 1980, 346; *Schlüchter*, Hirsch-FS 1999, S. 345; vgl. auch LK-*Popp*, 13. Aufl., § 323a Rn. 80 ff.

Inhalt: Der Tatvorwurf ist auf die in schuldfähigem Zustand begangene Handlung (= Sich-Berauschen) und nicht auf die unmittelbare Tatausführung zu beziehen. Insoweit kann bei entsprechendem Doppelvorsatz hierin bereits ein Teil der Tatbegehung liegen, mit dem die Schwelle des § 22 StGB überschritten wird.

Argument: Der Täter hat bereits in schuldfähigem Zustand eine Ursache für sein späteres Tun gesetzt und ist daher für die Tat verantwortlich. Insoweit kann auch die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft herangezogen werden: der Täter benutzt sich selbst als (schuldunfähiges Werkzeug). Die alic ist notwendig, um Strafbarkeitslücken zu schließen.

Konsequenz: Die Rechtsfigur der alic wird in vollem Umfang anerkannt.

Kritik: Die „Tat" ist nicht das an sich straflose Sich-Berauschen, sondern die jeweilige Rauschtat. Im vorsätzlichen Sich-Berauschen bereits einen Versuch zu sehen, bedeutet, die Versuchsgrenze zu weit vorzuverlagern. Aus einer Verbotsnorm kann nicht die Verhaltensanweisung abgeleitet werden, sich nicht zu betrinken, um das entsprechende Verbot befolgen zu können.

2. Eingeschränkte Vorverlagerungstheorie

Vertreter: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Eisele*, § 17 Rn. 37, 40 f.; *Heinrich*, Rn. 603; *Hoffmann-Holland*, Rn. 383; *Jäger,* Rn. 260; *Joecks/Jäger*, § 323 Rn. 32 ff.; *Rengier*, § 25 Rn. 15; *Roxin/Greco*, AT I, § 20 Rn. 61 f.; *Satzger*, JURA 2006, 513 (515); SK-*Wolters*, § 323a Rn. 30 ff.; *Swoboda*, JURA 2007, 224 (227); *Timpe*, JA 2010, 514 (516); *Wessels/Beulke/Satzger,* Rn. 657 ff., 667.

Inhalt: Der Tatvorwurf ist auf die in schuldfähigem Zustand begangene Handlung (= Sich-Berauschen) und nicht auf die unmittelbare Tatausführung zu beziehen. Dies gilt aber nicht bei eigenhändigen, verhaltensgebundenen und reinen Tätigkeitsdelikten, da hier keine mittelbare Täterschaft möglich ist.

Argument: Der Täter hat bereits in schuldfähigem Zustand eine Ursache für sein späteres Tun gesetzt und ist daher für die Tat verantwortlich. Dies kann jedoch für diejenigen Delikte nicht gelten, in denen die Strafbarkeit ausdrücklich an die vorgenommene Handlung anknüpft.

Konsequenz: Die Rechtsfigur der alic wird für einige Delikte anerkannt.

Kritik: Die „Tat" ist nicht das an sich straflose Sich-Berauschen, sondern die jeweilige Rauschtat. Im vorsätzlichen Sich-Berauschen bereits einen Versuch zu sehen, ist nicht angebracht.

3. Ausdehnungstheorie

Vertreter: MüKo-*Streng*, § 20 Rn. 129 ff.; *Safferling*, JA 2007, 183 (185); *Streng*, ZStW 101 (1989), 273; *ders.*, JZ 1994, 709; vgl. auch *Frisch*, ZStW 101 (1989), 538 ff.; *Jerouschek*, JuS 1997, 385.

Inhalt: Der Begriff „Begehung der Tat" in § 20 StGB ist ausdehnend zu interpretieren und erfasst auch schuldrelevantes Vorverhalten. Dies bedeutet allerdings noch nicht, dass der Täter damit bereits „zur Verwirklichung des Tatbestandes" i.S.d. § 22 StGB ansetzt.

Argument: Schuldwertungen und Schuldzuschreibungen sind nie ausschließlich auf den Tatzeitpunkt begrenzbar, sondern können bereits früher ansetzen. Die „Tat" in § 20 StGB kann weiter sein als die „Verwirklichung des Tatbestandes" in § 22 StGB.

Konsequenz: Die Rechtsfigur der alic wird in vollem Umfang anerkannt. Versuch ist allerdings erst möglich, wenn zur Rauschtat angesetzt wird.

Kritik: Die Wortlautgrenze des Begriffes „Tat" wird überschritten, wenn an sich strafloses Vorverhalten bereits mit einbezogen wird.

4. Unrechtstheorie

Vertreter: *Schmidhäuser*, Die actio libera in causa: ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft, 1992, S. 27 ff.; *ders.*, SB, 5/76 f.

Inhalt: Es findet zwar keine Vorverlagerung der tatbestandlichen Handlung statt, das die Schuldunfähigkeit herbeiführende Verhalten wird jedoch in die materielle Unrechtsbetrachtung mit einbezogen und begründet dadurch die Strafbarkeit.

Argument: Vom Unrechtsbereich der Tatbestände werden ganz allgemein auch Vorfeldhandlungen erfasst, die bereits den Achtungsanspruch des Rechts verletzen. Insoweit wird das defektbegründende Verhalten vom Unrechtstatbestand bereits miterfasst.

Konsequenz: Die Rechtsfigur der alic wird in vollem Umfang anerkannt. Versuch ist allerdings erst möglich, wenn zur Rauschtat angesetzt wird.

Kritik: Die „Tat" beginnt nicht schon mit dem an sich straflosen Sich-Berauschen, sondern erst mit dem Versuch der Rauschtat.

5. Ausnahmetheorie

Vertreter: *Jescheck/Weigend*, § 40 VI; *Kühl*, § 11 Rn. 18; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 20 Rn. 25; LK-*Jähnke*, 11. Aufl., § 20 Rn. 78; *Otto*, § 13 Rn. 24 ff.; *ders*., JURA 1999, 218; vgl. auch *Krey/Esser*, Rn. 709.

Inhalt: Die alic stellt eine (u.U. gewohnheitsrechtlich begründete) Ausnahme von der Norm des § 20 StGB dar.

Argument: § 20 StGB muss teleologisch im Hinblick auf den Rechtsmissbrauchsgedanken reduziert werden. Derjenige, der sich schuldhaft um seine Schuldfähigkeit bringt, kann sich nicht auf § 20 StGB berufen. Das Schuldprinzip ist nicht verletzt, da hier nur Kongruenz von Unrecht und Schuld, nicht aber Koinzidenz gefordert wird. Der nulla-poena Grundsatz gilt im AT nur eingeschränkt.

Konsequenz: Die Rechtsfigur der alic wird in vollem Umfang anerkannt.

Kritik: Die Annahme einer ungeschriebenen Ausnahme zu § 20 StGB ist mit Art. 103 II GG unvereinbar.

6. Unvereinbarkeitstheorie

Vertreter: *Ambos*, NJW 1997, 2296; *Bott/Krell*, ZJS 2010, 694 (697, 699); *Hettinger*, GA 1989, 13 ff.; *Hruschka*, JZ 1997, 24; *Kleszcewski*, Rn. 409; *Kunz*, JuS 1996, 40; *Mutzbauer*, JA 1997, 100; NK-*Paeffgen*, Vor § 323a Rn. 29; *Paeffgen*, ZStW 97 (1985), 516 ff.; *Rath*, JuS 1995, 405 (412); *Rönnau*, JA 1997, 715 f.; *Schweinberger*, JuS 1998, 191; *Wolff*, NJW 2007, 2032 (2033).

Inhalt: Die Rechtsfigur der alic ist mit dem geltenden Recht unvereinbar.

Argument: Der nullum-crimen Grundsatz gilt umfassend. Die Ausdehnung der Strafbarkeit über den Wortlaut des § 20 hinaus ist nicht möglich. Notwendig ist eine gesetzliche Änderung. § 323a StGB reicht für eine adäquate Bestrafung aus.

Konsequenz: Wer in schuldunfähigem Zustand eine Straftat begeht, kann nur nach § 323a StGB bestraft werden.

Kritik: Es entstehen Strafbarkeitslücken, wenn eine gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsfigur nicht mehr anwendbar sein soll.

Examinatorium Strafrecht / AT / Vorsatz / Bedingter Vorsatz – Arbeitsblatt Nr. 32

Abgrenzung: Bedingter Vorsatz – Bewusste Fahrlässigkeit

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: T ist in das Haus des O eingedrungen und hat einige wertvolle Juwelen eingesteckt. Dabei hat O ihn auf frischer Tat ertappt. Bei der anschließenden Verfolgung zieht T einen Revolver und gibt mehrere Warnschüsse ab. Da O die Verfolgung nicht aufgibt, zielt T auf die Beine des O, um diesen an der weiteren Verfolgung zu hindern. Dabei geht er davon aus, dass der abgegebene Schuss für den O tödlich sein kann, was für ihn zwar unerwünscht ist, womit er sich aber abfindet. O stirbt.
Die Frage, ob T wegen Mordes gemäß §§ 211, 212 oder wegen fahrlässiger Tötung gemäß § 222 StGB zu bestrafen ist, hängt davon ab, ob er vorsätzlich handelt oder nicht. Dabei kommt es darauf an, welche Anforderungen an das voluntative Element des Vorsatzes zu stellen sind.

I. Wissenstheorien (kognitive Theorien):

1. Möglichkeitstheorie

Vertreter: *Daleman/Heuchemer*, JA 2004, 466; *Freund/Rostalski*, § 7 Rn. 73; *Frister*, 11. Kap. Rn. 25; *v. Heintschel-Heinegg*, JA 2010, 387 (388 Fn. 10); *Kindhäuser/Zimmermann*, § 14 Rn. 29; *Lesch*, JA 1997, 805; *Morkel*, NStZ 1981, 178; *Schmidhäuser*, SB, 7/101; *ders.*, JuS 1980, 241; *ders.*, GA 1958, 161 (180 f.); *Schumann*, JZ 1989, 30.
Inhalt: Vorsätzlich handelt, wer den Erfolgseintritt für möglich hält.
Argument: Auch wer die Deliktsverwirklichung nur für möglich hält, setzt sich über eine Verbotsnorm bewusst hinweg. Mehr kann nicht erforderlich sein. Zwischen der Möglichkeit und der Inkaufnahme des Erfolges besteht Identität.
Konsequenz: Auf ein voluntatives Element wird vollständig verzichtet.
Kritik: Auch die bewusste Fahrlässigkeit umfasst die Möglichkeit des Erfolgseintritts. Eine Abgrenzung ist daher nur über den Willen möglich.

2. Wahrscheinlichkeitstheorie

Vertreter: *H. Mayer*, Strafrecht, AT, 1967, S. 120 f.; *Prittwitz*, JA 1988, 486; *Welzel*, § 13 I 2c.
Inhalt: Vorsätzlich handelt, wer den Erfolgseintritt für wahrscheinlich (d.h. nicht nur für möglich) hält.
Argument: Nicht bereits die vage Möglichkeit, sondern erst die Wahrscheinlichkeit ist eine objektive beweisbare Tatsache, die die schwerere Vorsatzform rechtfertigt. Sich den Erfolg nur als ganz entfernt möglich vorzustellen, darf noch nicht ausreichen.
Konsequenz: Auf ein voluntatives Element wird vollständig verzichtet, aber es werden strengere Anforderungen an das Wissenselement gestellt.
Kritik: Auch bewusste Fahrlässigkeit umfasst Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts. Eine Abgrenzung ist daher nur über den Willen möglich.

II. Willenstheorien (voluntative Theorien):

3. Billigungstheorie

Vertreter: **Rechtsprechung:** BGHSt 7, 363 (368 f.); BGHSt 14, 240 (256); BGHSt 21, 283 (285); BGHSt 36, 1 (9); BGHSt 44, 99 (102); BGH NStZ 1982, 506; BGH StV 1986, 197; BGH NStZ 1998, 616; BGH NStZ 2009, 629 (630); BGH NStZ 2011, 699 (701 f.).
Aus der Literatur: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Eisele*, § 11 Rn. 26 f.; *Heinrich,* Rn. 300; *Hermanns/Hülsmann*, JA 2002, 140 (141); *Maurach/Zipf,* AT 1, § 22 Rn. 34.
Inhalt: Vorsätzlich handelt, wer den Erfolgseintritt für möglich hält und den Erfolg billigend in Kauf nimmt oder sich jedenfalls mit ihm abfindet.
Argument: Der Wille muss das entscheidende Kriterium sein. Vorsätzlich ist nur die gewollte Tat. Von einem Wollen der Tat ist jedoch nur bei Billigung des Erfolges zu sprechen.
Konsequenz: Der Vorsatztäter muss den Erfolg billigen.
Kritik: Infolge mangelnder Feststellbarkeit des rein subjektiven Willens ist ein Vorsatz oft nicht nachweisbar.

4. Gleichgültigkeitstheorie

Vertreter: *Beulke*, JURA 1988, 644; *Engisch*, NJW 1955, 1689; *Gallas*, ZStW 67 (1955), 43; TüKo-*Schuster,* § 15 Rn. 84.
Inhalt: Vorsätzlich handelt, wer den Erfolgseintritt für möglich hält und den Erfolg als Nebenfolge positiv gutheißt oder gleichgültig hinnimmt.
Argument: Der Vorsatz als schwerere Schuldform darf nicht schon bei Inkaufnahme des Erfolges, sondern erst bei rücksichtsloser Gleichgültigkeit angenommen werden. Bei Ungewissheit des Erfolges ist allein die Gleichgültigkeit ein geeignetes Kriterium.
Konsequenz: Der Vorsatztäter darf den Erfolg nicht als unerwünscht ansehen.
Kritik: Infolge mangelnder Feststellbarkeit des rein subjektiven Willens ist ein Vorsatz oft nicht nachweisbar.

5. Vermeidungstheorie

Vertreter: *Behrendt*, JuS 1989, 945 (950); *Armin Kaufmann*, ZStW 70 (1958), 74 f.; *Schlehofer*, NJW 1989, 2020; *Schroth*, JuS 1992, 8.
Inhalt: Vorsätzlich handelt, wer den Erfolgseintritt für möglich hält und dessen steuernder Wille nicht auf Vermeidung gerichtet ist.
Argument: Nur ein durch Einsatz von Mitteln geäußerter Vermeidungswille kann bei als möglich vorgestelltem Taterfolg den Herbeiführungswillen ausschließen. Die Notwendigkeit der äußerlichen Manifestation führt zu klaren Abgrenzungen.
Konsequenz: Nur wer Anstalten dazu trifft, einen als möglich vorgestellten Erfolg zu vermeiden, handelt nicht vorsätzlich.
Kritik: Die Notwendigkeit tatkräftiger Vermeidung ist nur bei wenigen Tatmodalitäten überhaupt denkbar.

6. Ernstnahmetheorie

Vertreter: *Blei*, § 32 IV; *Gropp/Sinn*, § 4 Rn. 192 f.; *Hoffmann-Holland*, Rn. 166; *Jescheck/Weigend*, § 29 III 3a; *Kühl*, § 5 Rn. 85; *Roxin/Greco*, AT I, § 12 Rn. 29; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 8 Rn. 117 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 338; *Wolff*, Gallas-FS 1973, 197 (225).
Inhalt: Vorsätzlich handelt, wer die Möglichkeit des Erfolgseintritts ernst nimmt und sich mit ihr abfindet.
Argument: Das Wesen des Vorsatzes liegt in der Entscheidung des Täters für eine mögliche tatbestandsmäßige Rechtsgutsverletzung. Hierzu ist es Voraussetzung, dass der Täter den Erfolg ernst nimmt und nicht nur einen möglichen Erfolg verdrängt.
Konsequenz: Auf ein voluntatives Element wird insoweit verzichtet, als es bei Ernstnahme der Gefahr unterstellt wird.
Kritik: Auch das Kriterium der „Ernstnahme" der Gefahr durch den Täter ist letztlich kaum feststellbar.

III. Risikotheorien:

7. Subjektivierte Risikotheorie

Vertreter: *Freund*, JR 1988, 117; *Frisch*, JuS 1990, 366; *Geppert*, JURA 1986, 610 (612); *Philipps*, ZStW 85 (1973), 38.
Inhalt: Vorsätzlich handelt, wer sich in voller Kenntnis des mit seiner Handlung verbundenen Risikos dennoch für die Handlung entscheidet, sofern das Risiko von der Rechtsordnung nicht toleriert wird.
Argument: Bloßes Wissen um das Risiko des Handelns kann nicht ausreichen. Es muss ein gewisses Maß festgestellt werden, welches von der Rechtsordnung nicht toleriert wird. Nicht normrelevante „kleine" Risiken können hier ausgeschieden werden.
Konsequenz: Der Vorsatztäter muss bewusst riskant gehandelt haben. Auf ein voluntatives Element wird hierbei verzichtet.
Kritik: Auch hier ist eine klare Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit durch Nichtbeachtung des voluntativen Elements nicht möglich.

8. Objektivierte Ernstnahmetheorie

Vertreter: *Herzberg*, JuS 1986, 262; *ders.*, JuS 1987, 780; *ders.*, JZ 1988, 638; NK-*Puppe*, § 15 Rn. 88 ff.
Inhalt: Vorsätzlich handelt, wer eine unerlaubte und unabgeschirmte Gefahr in Gang setzt.
Argument: Es kommt nicht darauf an, dass der Täter eine erkannte Gefahr ernstgenommen, sondern dass er eine ernstzunehmende Gefahr erkannt hat. Die Abgrenzung Vorsatz-Fahrlässigkeit geschieht damit bereits im objektiven Tatbestand.
Konsequenz: Auf ein voluntatives Element wird verzichtet.
Kritik: Im Normalfall setzt der Täter ja gerade eine nicht abgeschirmte Gefahr in Gang.

Examinatorium Strafrecht / AT / Fahrlässigkeit 1 / Zurechnung – Arbeitsblatt Nr. 33

Zurechnung einer Fahrlässigkeitstat bei Dazwischentreten eines vorsätzlich und schuldhaft handelnden Dritten

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: T, der in seiner Wohnung eine umfangreiche Waffensammlung besitzt, ist gerade dabei, eine seiner Pistolen zu laden, als das Telefon klingelt. Er lässt daher die geladene Waffe auf seinem Schreibtisch liegen und vergisst sie dort. Im Laufe des Abends hat T Gäste, unter anderem auch seinen als jähzornig bekannten Freund A sowie seinen Bekannten B, der mit A schon öfters eine Auseinandersetzung hatte. Als es schließlich zum Streit kommt, greift A nach der auf dem Schreibtisch liegenden Waffe und erschießt B. Fraglich ist hier, ob T wegen fahrlässiger Tötung gemäß § 222 StGB zu bestrafen ist. Im Liegenlassen einer geladenen Waffe ist eine Sorgfaltspflichtverletzung zu sehen, zumindest dann, wenn sich in dem Raum mehrere Personen aufhalten. Diese Sorgfaltspflichtverletzung war für den Tod des B auch kausal. Allerdings könnte der Tod des B dem T deshalb nicht zurechenbar sein, weil A vorsätzlich und schuldhaft gehandelt hat.

1. Theorie des adäquaten Zurechnungszusammenhangs

Vertreter: **Aus der Rechtsprechung:** BGHSt 4, 360 (361 f.); BGHSt 7, 268; OLG Karlsruhe MDR 1986, 431.

Aus der Literatur: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, 11. Aufl., § 14 Rn. 33, 36; Fischer-*Fischer/Anstötz*, Vor § 13 Rn. 38; *Jäger*, Rn. 58; *Jescheck/Weigend*, § 54 IV 2; *Maurach/Zipf/Jäger*, AT 1, § 18 Rn. 61 ff.; NK-*Puppe/Grosse-Wilde*, Vor §§ 13–15 Rn. 253 f.; *Puppe*, JURA 1998, 21 (26 f.); *Schlüchter*, JuS 1976, 378 (379); *Schmidhäuser*, SB, 5/73; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 285 ff., 1141 f.

Inhalt: Das vorsätzliche und schuldhafte Dazwischentreten eines vollverantwortlichen Dritten schließt die Fahrlässigkeitshaftung des die Vorbedingungen schaffenden Ersthandelnden nicht aus. Der Erfolg ist lediglich dann nicht zuzurechnen, wenn das Dazwischentreten des Dritten so weit außerhalb jeglicher Lebenserfahrung lag, dass mit ihm vernünftigerweise nicht zu rechnen war.

Argument: Ursachenzusammenhänge werden nicht dadurch unterbrochen, dass Dritte Zwischenursachen setzen, ohne die der Erfolg nicht eingetreten wäre (Äquivalenztheorie). Die Haftung muss jedoch auf diejenigen Fälle begrenzt werden, wo die fahrlässig gesetzte Bedingung bis zum Erfolg weiterwirkt und das Eingreifen Dritter objektiv vorhersehbar war (einschränkendes Korrektiv). Auch die fahrlässige Erfolgsermöglichung oder Erfolgserleichterung einer fremden Straftat muss eine Fahrlässigkeitshaftung begründen können.

Konsequenz: Fahrlässige Teilnahme an einer fremden Vorsatztat ist als fahrlässige Täterschaft strafbar.

Kritik: Aus den Regelungen der §§ 26, 27 StGB geht hervor, dass nur die vorsätzliche, nicht aber die fahrlässige Teilnahme strafbar ist. Es führt ferner zu einer Überdehnung der Strafbarkeit und der anzustellenden Ermittlungen, wenn bei jeder Vorsatztat noch danach geforscht werden müsste, wer fahrlässig Vorbedingungen hierzu gesetzt hat.

2. Theorie der Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs

Vertreter: *Köhler*, S. 145 f.; *Otto*, § 6 Rn. 52 ff.; *Rutkowsky*, NJW 1963, 165; vgl. auch die Lehre vom Regressverbot, u.a. *Nauke*, ZStW 76 (1964), 409.

Inhalt: Das vorsätzliche und schuldhafte Dazwischentreten eines vollverantwortlichen Dritten schließt die Fahrlässigkeitshaftung des die Vorbedingungen schaffenden Ersthandelnden aus. Der Erfolg kann ihm nicht zugerechnet werden.

Argument: Strafrechtliche Normen sollen die Vermeidung beherrschbarer Erfolge gebieten. Die Beherrschbarkeit endet jedoch mit dem Dazwischentreten eines vollverantwortlich handelnden Dritten. Die Erfolgsherbeiführung wird bereits durch die Bestrafung des vorsätzlich handelnden Täters geahndet. Die zusätzliche Bestrafung des fahrlässig handelnden Hintermannes ist nicht notwendig.

Konsequenz: Fahrlässige Teilnahme an einer fremden Vorsatztat bleibt straflos.

Kritik: Auch die Beherrschung einer fremden Vorsatztat ist grundsätzlich denkbar, so dass es möglich ist, einen Unrechtserfolg sowohl dem Täter als auch dem Ersthandelnden objektiv zuzurechnen. Einen allgemeinen Satz, man dürfe sich auf das rechtstreue Verhalten anderer verlassen, gibt es nicht.

3. Theorie der begrenzten Verantwortungsbereiche

Vertreter: **Aus der Rechtsprechung:** BGHSt 19, 152 (155); BGHSt 26, 35 (38); BGH NStZ 2022, 163.

Aus der Literatur: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Eisele,* 13. Aufl., § 10 Rn. 150 ff., § 12 Rn. 50; *Beck*, JA 2008, 268 (269); *Heinrich,* Rn. 1053; *Kaspar*, JuS 2012, 112 (114); *Kühl*, § 4 Rn. 83 ff.; LK-*Vogel (†)/ Bülte* , 13. Aufl., § 15 Rn. 248; MüKo-*Freund/Rostalski*, Vor § 13 Rn. 408 ff.; MüKo-*Duttge*, § 15 Rn. 150 ff.; *Neubacher*, JURA 2005, 857 (862); *Rengier*, § 52 Rn. 57 ff.; *Roxin/Greco,* AT I, § 24 Rn. 26 ff.; TüKo-*Eisele*, Vor §§ 13 ff. Rn. 100 ff.; TüKo-*Schuster*, § 15 Rn. 171.

Inhalt: Die Zurechnung muss durch Abgrenzung der Verantwortungsbereiche der Beteiligten bestimmt werden. Grundsätzlich darf jeder auf das rechtstreue Verhalten anderer vertrauen. Ein vorsätzliches und schuldhaftes Dazwischentreten eines vollverantwortlich handelnden Dritten kann dem die Vorbedingungen schaffenden Ersthandelnden nur dann zugerechnet werden, wenn erkennbare Anzeichen für die Tatgeneigtheit des Dritten vorlagen oder der Ersthandelnde als Garant zur Schadensvermeidung verpflichtet war.

Argument: Aus dem Prinzip der Eigenverantwortlichkeit folgt auch die Begrenzung der jeweiligen Verantwortungsbereiche. Jeder hat sein Verhalten in erster Linie nur darauf einzurichten, dass er keine fremden Rechtsgüter gefährdet, er muss nicht dafür sorgen, dass andere dies nicht tun. Ein ständiges Misstrauen-Müssen würde zum Erliegen sämtlicher Handlungen führen. Das sanktionsfreie Vertrauen endet lediglich dann, wenn sich dem Ersthandelnden aufdrängen muss, dass sein Verhalten zur Deliktsverwirklichung führen wird oder er als Garant für die Deliktsverhinderung verantwortlich ist.

Konsequenz: Fahrlässige Teilnahme an einer fremden Vorsatztat ist nur in Ausnahmefällen strafbar.

Kritik: Einen allgemeinen Satz, man dürfe sich auf das rechtstreue Verhalten anderer verlassen, gibt es nicht. Darüber hinaus müssen die gewöhnlichen Zurechnungskriterien angewandt werden.

Examinatorium Strafrecht / AT / Fahrlässigkeit 2 / Rechtmäßiges Alternativverhalten – Arbeitsblatt Nr. 34

Rechtmäßiges Alternativverhalten bei Fahrlässigkeitsdelikten

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: T fährt mit einem Blutalkoholgehalt von 2,0 Promille mit 120 km/h durch die Straßen der Stadt S. Die erlaubte Höchstgeschwindigkeit beträgt 50 km/h. An einem Fußgängerüberweg torkelt plötzlich der vollkommen betrunkene O auf die Fahrbahn und wird von dem Auto des T überfahren und getötet. T wendet im nachfolgenden Prozess ein, dass O so plötzlich zwischen zwei parkenden Autos auf die Straße fiel, dass T ihn auch in nüchternem Zustand unter Einhaltung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit tödlich überfahren hätte. Diese Behauptung lässt sich allerdings weder beweisen, noch ist sie widerlegbar.

Hinsichtlich der Bestrafung des T wegen fahrlässiger Tötung gemäß § 222 StGB und fahrlässiger Straßenverkehrsgefährdung gemäß § 315c I Nr. 1a, Nr. 2c, d, III Nr. 1, 2 StGB ist fraglich, ob der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens seitens des T berücksichtigt werden kann, wenn er nachweist, dass die Tötung des T weder auf seine Trunkenheit noch auf die überhöhte Geschwindigkeit zurückzuführen ist. Standort der Prüfung dieses sog. „Pflichtwidrigkeitszusammenhangs" ist der objektive Tatbestand des Fahrlässigkeitsdeliktes. Letztlich geht es hier um die Frage der „Kausalität", allerdings nicht in Bezug auf die Kausalität der Handlung für den Erfolg, sondern der des Sorgfaltspflichtverstoßes für den Erfolg.

1. Pflichtwidrigkeits- oder Vermeidbarkeitstheorie

Vertreter: **Rechtsprechung:** BGHSt 11, 1 – Radfahrerfall; BGHSt 33, 61 (63) – Geschwindigkeitsüberschreitung; BGHSt 24, 31 (34); BGHSt 49, 1(4); OLG Karlsruhe JR 1994, 77 (78).

Aus der Literatur: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele--Eisele*, § 12 Rn. 43; BeckOK-*Kudlich*, § 15 Rn. 54.2; *Bockelmann/Volk*, § 20 B I 4c; *Dencker*, JuS 1980, 210 (212); *Gropp/Sinn*, § 4 Rn. 97 ff., § 12 Rn. 79 ff.; *Heinrich,* Rn. 1045; *Hoffmann-Holland*, Rn. 827; *Kasiske*, JA 2007, 509 (510); *Kindhäuser*, GA 1994, 219; *Kretschmer*, JURA 2000, 267 (274); *Krey/Esser*, Rn. 1362; LK-*Vogel (†)/ Bülte*, 13. Aufl., § 15 Rn. 198; *Magnus*, JURA 2009, 390 (391); MüKo-*Duttge*, § 15 Rn. 167 ff.; *Rengier*, § 52 Rn. 26 ff.; *Schlüchter*, JA 1984, 673; SK-*Jäger*, Vor § 1 Rn. 121 ff; SSW-*Momsen*, § 15 Rn. 81 ff.; TüKo-*Schuster,* § 15 Rn. 174 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 1132 ff.

Inhalt: Wenn der Erfolg bei pflichtgemäßem Verhalten des Täters ebenso eingetreten wäre, kann ihm der Erfolg nicht zugerechnet werden. Zum Nachweis reichen konkrete Umstände, die es für möglich erscheinen lassen, dass der Erfolg trotzdem eingetreten wäre.

Argument: Der strafrechtlich missbilligte Erfolg muss gerade auf der Sorgfaltspflichtverletzung beruhen. Dies ist dann der Fall, wenn der Erfolg bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre. Da es sich bei dem Zusammenhang Pflichtwidrigkeit-Erfolg um eine haftungsbegründende Voraussetzung handelt, ist hier der Grundsatz in dubio pro reo anzuwenden.

Konsequenz: Straflosigkeit des Täters, wenn er die Möglichkeit glaubhaft darlegt, dass der Erfolg trotzdem eingetreten wäre.

Kritik: Bei Fahrlässigkeitsdelikten wird die Strafbarkeit zu sehr eingeschränkt, da sich die Möglichkeit des Ausbleibens des Erfolges bei pflichtgemäßem Verhalten oft nicht ausschließen lässt.

2. Risikoerhöhungslehre

Vertreter: *Jescheck/Weigend*, § 55 II 2b; *Kahlo*, GA 1987, 75; *Kaspar*, JuS 2012, 112 (115); *Köhler*, S. 197 ff.; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 15 Rn. 44; *Otto*, § 10 Rn. 17 ff.; *Roxin/Greco*, AT 1, § 11 Rn. 72 ff.; *ders.*, ZStW 78 (1966), 217; *Schünemann*, StV 1985, 230; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 8 Rn. 36 f.; vgl. auch die differenzierende Lösung bei *Erb*, JuS 1994, 449 (445 f.); *Krüppelmann*, GA 1984, 491; *Puppe*, ZStW 99 (1987), 595.

Inhalt: Wenn der Erfolg bei pflichtgemäßem Verhalten des Täters ebenso eingetreten wäre, kann ihm der Erfolg nicht zugerechnet werden. Zum Nachweis muss er bei einem Verhalten, das zu einer das Maß des erlaubten Risikos erheblich übersteigenden Gefährdung geführt hat, beweisen, dass der Erfolg bei pflichtgemäßem Verhalten mit Sicherheit nicht eingetreten wäre. Eine bloße Möglichkeit reicht hierfür nicht aus.

Argument: Sorgfaltspflichten sind auch dann zu beachten, wenn nicht sicher ist, ob dadurch auch wirklich Gefahren vermieden werden oder nicht. Wer aber eine das erlaubte Risiko übersteigende Gefahrerhöhung herbeiführt, muss sich den Erfolg zurechnen lassen, außer es gelingt ihm, nachzuweisen, dass die erhöhte Gefährdung sich eben im konkreten Erfolg nicht realisiert hat.

Konsequenz: Straflosigkeit des Täters, wenn er mit Sicherheit nachweist, dass der Erfolg trotzdem eingetreten wäre.

Kritik: Aus den normalen Verletzungsdelikten werden Gefährdungsdelikte gemacht, wenn bereits der Nachweis der Gefahrerhöhung für die Erfolgszurechnung ausreicht. Wer vom Täter den Nachweis des Zusammenhangs Pflichtwidrigkeit-Erfolg verlangt, verstößt gegen den Grundsatz in dubio pro reo.

3. Reine Kausalitätstheorie

Vertreter: *Reinelt*, NJW 1968, 2152; *Spendel*, JuS 1964, 14; vgl. auch *Bindokat*, JZ 1977, 549 (551); *Jakobs*, 7/72 ff., 84.

Inhalt: Der Täter haftet für den durch sein pflichtwidriges Verhalten verursachten Erfolg unabhängig davon, ob dieser auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre oder nicht.

Argument: Wenn im Rahmen der conditio-sine-qua-non Formel die pflichtwidrige Handlung hinweggedacht würde, würde auch der Erfolg entfallen. Dieses Prinzip gilt auch hier, es wäre falsch, in diesem Zusammenhang das pflichtgemäße Verhalten wieder hinzudenken zu müssen. Ferner: Wenn beide Verhaltensweisen, die pflichtgemäße und die pflichtwidrige, zum missbilligten Erfolg führen, wird dadurch nicht die Rechtmäßigkeit des pflichtwidrigen Verhaltens, sondern die Rechtswidrigkeit des eigentlich pflichtgemäßen Verhaltens begründet.

Konsequenz: Strafbarkeit des Täters auch dann, wenn der Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre.

Kritik: Es ist nicht nachvollziehbar, warum der Täter selbst in solchen Fällen strafbar sein soll, in denen feststeht, dass sein Verhalten zwar pflichtwidrig war, das Risiko jedoch nicht gesteigert, in Einzelfällen vielleicht sogar verringert hat.

Examinatorium Strafrecht / AT / Kausalität / Kausalitätstheorien – Arbeitsblatt Nr. 35

Kausalitätstheorien

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: Die beiden Pharmakonzerne A und B stellen jeweils Beruhigungstropfen für schwangere Mütter her, die sie über Jahre hinweg vertreiben. Auffallenderweise treten bei ca. 20 % der Mütter, die entweder das Präparat des A oder dasjenige des B verwenden, Komplikationen dergestalt auf, dass sie missgebildete Kinder zur Welt bringen. Bei Müttern, die sowohl das Präparat des A als auch das des B einnahmen, liegt die Zahl ebenfalls bei 20 %. Bei Müttern, die keines dieser Präparate genommen haben, lag die Quote bei 0,02 %. Dennoch kann in keinem Fall konkret nachgewiesen werden, dass die Einnahme des Präparats ursächlich war. Auch kann nicht nachgewiesen werden, welcher Stoff oder welche Stoffkombination die Missbildungen herbeiführen könnte. Unabhängig von der Frage, wer letztlich innerhalb der Konzerne strafrechtlich verantwortlich wäre (Stichwort: Kausalität bei Gremienentscheidungen), ist hier einerseits fraglich, ob eine – statistisch naheliegende – Kausalität angenommen werden kann, wenn ein konkreter Kausalitätsnachweis nicht gelingt. Andererseits muss in den Fällen, in denen die Mütter beide Präparate eingenommen haben, geprüft werden, ob A und B sich jeweils darauf berufen können, der Erfolg wäre auch dann eingetreten, wenn das eigene Präparat nicht verwendet worden wäre.

1. Äquivalenztheorie (Bedingungstheorie)

Vertreter: **Rechtsprechung:** RGSt 1, 373 (374); RGSt 63, 211 (213); BGHSt 1, 332 (333); BGHSt 2, 20 (24); BGHSt 3, 62 (63); BGHSt 7, 112 (114); BGHSt 24, 31 (34); BGHSt 31, 96 (98); BGHSt 33, 322; BGHSt 45, 270 (294 f.); BGHSt 49, 1 (3); BGH NStZ 2026, 174; zur Mehrfachkausalität BGHSt 39, 195 (197).

Aus der Literatur: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Eisele*, § 10 Rn. 6 ff.; *Heinrich*, Rn. 222; *Krey/Esser*, Rn. 306 ff.; *Kühl*, JA 2009, 321 (325); LK-*Walter*, 13. Aufl., Vor § 13 Rn. 73 f.

Inhalt: Ursächlich im Sinne des Strafrechts ist jede Bedingung eines Erfolges, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele (conditio-sine-qua-non-Formel). Dabei ist jede Bedingung gleichwertig.

Argument: Eine Einschränkung der Strafbarkeit kann nicht im Bereich der naturwissenschaftlich zu beurteilenden Kausalität ansetzen. Hier genügt die reine Verursachung eines Erfolges, bei der auch nicht zwischen verschiedenen, zur Erfolgsherbeiführung notwendigen Bedingungen gewertet werden darf.

Konsequenz: Der Bereich der Kausalität wird weit ausgedehnt.

Kritik: Die Theorie hilft dann nicht weiter, wenn unser Erfahrungswissen nicht ausreicht, um nachzuweisen, „ob" ein bestimmter Faktor den Eintritt des Erfolges beeinflusst (vgl. Contergan-Verfahren). Zudem kann diese Theorie die Fälle der Mehrfachkausalität nicht entsprechend lösen (mehrere Bedingungen führen zusammen zum Erfolg, jede dieser Bedingungen hätte aber für sich allein zur Erfolgsherbeiführung ausgereicht), weswegen die h.M. hier eine Ausnahme von der conditio-Formel machen muss.

2. Adäquanztheorie

Vertreter: *Bockelmann/Volk*, § 13 A V 4a; *v. Hippel*, Deutsches Strafrecht, Bd. II, S. 144 ff.; *Maurach/Zipf/Jäger* AT 1, § 18 Rn. 30; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 8 Rn. 23 f.

Inhalt: Ursächlich im Sinne des Strafrechts ist nur die tatbestandsadäquate Bedingung. Dabei ist darauf abzustellen, ob der verursachte Erfolg bei Vornahme der Handlung bis zu einem gewissen Grade wahrscheinlich war oder nicht.

Argument: Wie im Zivilrecht kann auch im Strafrecht ein Tun oder Unterlassen nur dann als „adäquate" Bedingung des konkreten Erfolges angesehen werden, wenn es die objektive Möglichkeit eines Erfolges generell, d.h. nach der allgemeinen Lebenserfahrung, in nicht unerheblicher Weise erhöht. Kausalverläufe, die auf einer ganz ungewöhnlichen Verkettung von Umständen beruhen, mit denen nach der Erfahrung des täglichen Lebens nicht zu rechnen ist, scheiden daher aus.

Konsequenz: Regelwidrige bzw. atypische Kausalverläufe begründen die Kausalität nicht.

Kritik: Die Theorie hilft ebenfalls dann nicht weiter, wenn unser Erfahrungswissen nicht ausreicht, um nachzuweisen, „ob" ein bestimmter Faktor den Eintritt des Erfolges beeinflusst (vgl. Contergan-Verfahren). Bei der (notwendigen) Einschränkung der Bedingungstheorie wird zudem an der falschen Stelle angesetzt, da der Kausalzusammenhang geleugnet wird, obwohl in Wahrheit nur dessen haftungsbegründende Relevanz fehlt. So werden die Fragen von Verursachung und Zurechnung unzulässigerweise vermengt.

3. Relevanztheorie

Vertreter: *Blei*, § 28 IV, V.

Inhalt: Ursächlich im Sinne des Strafrechts ist jede Bedingung eines Erfolges, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele und bei der der Erfolg nach strafrechtlichen Kriterien auch zugerechnet werden kann, d.h. strafrechtlich „relevant" ist.

Argument: Die Frage der schlichten Verursachung eines Erfolges und der strafrechtlichen Zurechnung sind zu trennen. Während bei der Verursachung ein weiter Maßstab anzulegen ist, ist bei der Frage der strafrechtlichen Zurechnung darauf abzustellen, ob innerhalb des Kausalverlaufs gerade eine tatbestandsadäquate Bedingung gesetzt wurde, wobei sowohl der Schutzzweck der Norm als auch die Besonderheiten des einzelnen Tatbestandes berücksichtigt werden können.

Konsequenz: Kombination von Bedingungstheorie (bzgl. der Verursachung) und Adäquanztheorie (bzgl. der Zurechnung). – Im Ergebnis entspricht diese Theorie der „Lehre von der objektiven Zurechnung", wobei hier allerdings die „Zurechnung" als eigener Prüfungspunkt außerhalb der Kausalität geprüft wird.

Kritik: Die Theorie hilft ebenfalls dann nicht weiter, wenn unser Erfahrungswissen nicht ausreicht, um nachzuweisen, „ob" ein bestimmter Faktor den Eintritt des Erfolges beeinflusst (vgl. Contergan-Verfahren). Wertende Zurechnungskriterien dürfen nicht schon im Bereich der Kausalität verwendet werden, sondern sind an anderer Stelle zu prüfen.

4. Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung

Vertreter: Dölling/Duttge/König/Rössner-*M. Heinrich*, Vor § 13 Rn. 9, 44 ff.; *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 21 ff.; *Erb*, JuS 1994, 449 (450); *Hilgendorf*, JURA 1995, 514; *Jescheck/Weigend*, § 28 II 4; *Kühl,* § 4 Rn. 22; MüKo-*Freund/Rostalski*, Vor § 13 Rn. 333 ff.; *Otto*, JURA 1992, 90 (93 ff.); *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 (874); *Roxin/Greco,* AT I, § 11 Rn. 15 ff.; *Schulz*, Lackner-FS 1987, S. 39; SK-*Jäger*, Vor § 1 Rn. 63; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 8 Rn. 19; TüKo-*Eisele*, Vor §§ 13 ff. Rn. 75.

Inhalt: Ursächlich im Sinne des Strafrechts ist eine Bedingung dann, wenn sie aufgrund einer gesetzmäßigen Beziehung im konkreten Erfolg tatsächlich wirksam geworden ist.

Argument: Da oft ein Kausalzusammenhang im konkreten Fall schwer nachzuweisen ist, muss darauf abgestellt werden, ob Handlung und Erfolg üblicherweise in einer gesetzmäßigen Beziehung zueinander stehen.

Konsequenz: Es muss in jedem Einzelfall eine gesetzmäßige Beziehung von Handlung und Erfolg nachgewiesen werden.

Kritik: Die Theorie hilft ebenfalls dann nicht weiter, wenn unser Erfahrungswissen nicht ausreicht, um nachzuweisen, „ob" ein bestimmter Faktor den Eintritt des Erfolges „üblicherweise" beeinflusst (vgl. Contergan-Verfahren).

Examinatorium Strafrecht / BT / Tötungsdelikte 1 / § 211 - § 212 – Arbeitsblatt Nr. 36

Verhältnis Mord (§ 211) – Totschlag (§ 212)

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: G ist seit langem mit T befreundet und weiß daher von dessen unglücklicher Ehe mit O. Als T ihm eines Tages berichtet, er wolle seine Ehefrau loswerden, um endlich wieder glücklich zu sein, besorgt G, um dem T einen Gefallen zu tun, für diesen eine Pistole und die entsprechende Munition. Tags darauf erschießt T die O mit dieser Waffe. Dabei handelte T in erster Linie deshalb, um das Vermögen der O zu erben, die beabsichtigt hatte, sich von ihm zu trennen. Hiervon wusste der G allerdings nichts.

Rechtliche Problematik: Während T als Täter einen Mord (§ 211 StGB) begangen hat, da er aus Habgier seine Frau tötete (um an die Erbschaft zu kommen), liegt in der Person des – hinsichtlich der Tötung unzweifelhaft als Gehilfen anzusehenden – G kein Mordmerkmal vor. Da es sich bei dem Merkmal der „Habgier" um ein „besonderes persönliches Merkmal" i.S.d. § 28 StGB handelt ist es entscheidend, ob die Mordmerkmale als strafbegründend (dann § 28 I StGB – Beihilfe zum Mord mit Milderungsmöglichkeit) oder als strafschärfend (dann § 28 II StGB – Beihilfe zum Totschlag) anzusehen sind. Dies hängt davon ab, ob § 211 StGB als selbständiger Tatbestand oder als Qualifikation des § 212 StGB anzusehen ist.

1. Theorie der Selbständigkeit des Mordtatbestandes

Vertreter: **Rechtsprechung:** BGHSt 1, 368 (370); 2, 251 (255); 6, 329 (330); 22, 375 (377); 36, 231 (233).
M.M. Literatur: *Pfeiffer-Maul-Schulte*, § 211 Rn. 1; *Woesner*, NJW 1978, 1025; unentschieden LK- *Rissing-van Saan* 13. Aufl. Vor §§ 211 ff. Rn. 151, § 48 Rn. 31.

Inhalt: Mord, § 211 StGB, und Totschlag, § 212 StGB, sind zwei selbständige, voneinander unabhängige Tatbestände.

Argument: Mord und Totschlag sind selbständige Tatbestände mit verschiedenem Unrechtsgehalt. Indiz hierfür ist die Verwendung der Täterbezeichnungen „Mörder" und „Totschläger" bzw. „Mord" und „Totschlag". Ansonsten hätte der Gesetzgeber den Mord als „besonders schweren Fall" des Totschlags bezeichnen können. Dass auch der Mord tatbestandlich eine Tötung voraussetzt, steht dem nicht entgegen. Auch § 249 StGB ist keine Qualifikation des Diebstahls, obwohl auch § 249 StGB die Tatbestandsmerkmale des Diebstahls enthält.

Konsequenz: Die einzelnen Mordmerkmale wirken strafbegründend. Soweit sie besondere persönliche Merkmale darstellen, ist § 28 I StGB anwendbar.

Kritik: Die Täterumschreibungen „Mörder" und „Totschläger" sind lediglich Überreste der Lehre vom Tätertyp, die teilweise 1941 Gesetz wurde, für die Systematisierung von Tatbeständen spielen sie keine Rolle. Die Lehre der Selbständigkeit führt auch zu nicht nachvollziehbaren Ergebnissen im Bereich der gekreuzten persönlichen Mordmerkmale und der Mittäterschaft, weswegen die Rechtsprechung sie auch nicht konsequent durchhält (siehe unten).

Folgeprobleme:

(1) Wenn Mord und Totschlag zwei selbständige, voneinander unabhängige Tatbestände sind, wäre eine Mittäterschaft dahingehend, dass ein Mittäter einen Mord, der andere einen Totschlag begeht, nicht möglich. Eben diese an sich zwangsläufige Konsequenz zieht die Rechtsprechung jedoch nicht und hält Mittäterschaft für möglich (vgl. BGHSt 36, 231).

(2) Wenn die einzelnen Mordmerkmale strafbegründend wären, so könnte dann, wenn Täter und Teilnehmer jeweils ein anderes besonderes persönliches (Mord-)Merkmal i.S.d. § 28 I StGB erfüllen würden (sog. „gekreuzte persönliche Mordmerkmale"), nach dem Wortlaut des Gesetzes dem Teilnehmer die Strafmilderung dennoch nicht versagt werden, da er „das" für den Täter strafbegründende Mordmerkmal eben nicht erfüllt. Auch diese Konsequenz zieht die Rechtsprechung jedoch nicht (vgl. BGHSt 23, 39).

2. Theorie der Unselbständigkeit des Mordtatbestandes

Vertreter: **h.M. in der Literatur:** vgl. *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Hilgendorf*, § 2 Rn. 26 ff.; *Eisele*, BT I, Rn. 61 ff.; *Fischer-Fischer*, § 211 Rn. 6; *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 1, Rn. 14 ff.; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, Vor § 211 Rn. 22; ; *Mitsch*, JuS 1996, 26 (29); MüKo-*Schneider*, Vor §§ 211 ff. Rn. 270 f.; NK-*Neumann*, Vor § 211 Rn. 154 ff.; *Otto*, § 1 Rn. 14; *ders.*, JURA 1994, 141 (142); *Sönke*, JA 2019, 721; SSW-*Momsen*, Vor §§ 211 ff. Rn. 10; TüKo-*Sternberg-Lieben/Steinberg*, § 211 Rn. 41.

Inhalt: Der Totschlag, § 212 StGB, ist als Grundtatbestand anzusehen; Mord, § 211 StGB, ist ein Qualifikationstatbestand des Totschlags.

Argument: § 211 StGB enthält die Tötung eines Menschen unter erschwerenden Umständen – dies ist der typische Fall einer Qualifikation. In gleicher Weise enthält § 216 – Tötung unter privilegierenden Umständen – eine Privilegierung des „Grundtatbestandes" des Totschlags (anders – konsequent – auch die Rechtsprechung, die § 216 StGB als selbständigen Tatbestand ansieht; vgl. BGHSt 2, 258; 13, 162 [165]).

Konsequenz: Die einzelnen Mordmerkmale wirken strafschärfend. Soweit sie besondere persönliche Merkmale darstellen, ist § 28 II StGB anwendbar.

Kritik: Der besondere Unwertgehalt des Mordes wird geleugnet, wenn er „lediglich" als Qualifikation des Totschlags erscheint. In allen sonstigen Fällen nennt das Gesetz die Qualifikation **nach** und nicht **vor** dem Grundtatbestand.

Examinatorium Strafrecht / BT / Tötungsdelikte 2 / § 216 StGB – Beihilfe zum Selbstmord – Arbeitsblatt Nr. 37

Abgrenzung § 216 StGB – straflose Beihilfe zum Selbstmord

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: T und O beschließen, gemeinsam in den Tod zu gehen. Sie fahren mit dem PKW auf eine einsame Waldlichtung, T bringt einen Verlängerungsschlauch am Auspuff des Wagens an und bringt ihn so am Autofenster an, dass die Abgase ins Wageninnere geleitet werden. T setzt sich ans Steuer und gibt im Leerlauf Gas. Das Innere des PKW füllt sich langsam mit den schädlichen Abgasen, worauf O und T das Bewusstsein verlieren. Während O wie erwartet erstickt, überlebt T überraschenderweise die Aktion (einseitig fehlgeschlagener Doppelselbstmord; vgl. BGHSt 19, 135 - „Gisela-Fall“).

Rechtliche Problematik: Der Selbstmord ist nach deutschem Recht straflos, weshalb (Akzessorietät der Teilnahme – es fehlt an der Haupttat) auch die Teilnahme an einem fremden Selbstmord straflos ist. Andererseits ist derjenige, der einen anderen auf dessen Aufforderung hin tötet, wegen einer Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) zu bestrafen. Fraglich ist, inwieweit die allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen Täterschaft und Teilnahme hier anwendbar sind.

1. Subjektive Theorie

Vertreter: **Rechtsprechung (früher):** RGSt 70, 313; BGHSt 13, 162 (166).
M.M. Literatur: *Baumann/Weber/Mitsch*, 11. Aufl., § 29 Rn. 70; *Baumann/Arzt/Weber*, S. 52 f.

Inhalt: Es gelten die allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen Täterschaft und Teilnahme. Hierbei kommt es entscheidend auf den Willen des Handelnden an, d.h. ob er selbst töten (dann Täterschaft) oder lediglich eine fremde Tat unterstützen will (dann straflose Teilnahme).

Argument: Es besteht keine sachliche Notwendigkeit, von den allgemeinen Abgrenzungskriterien hier abzuweichen.

Konsequenz: Es muss der konkrete Wille des handelnden – oder unterlassenden – Täters ermittelt werden.

Kritik: Auch § 216 StGB erfordert eine Unterordnung unter den fremden Willen (des Getöteten). Beim einseitig fehlgeschlagenen Doppelselbstmord liegt gerade eine Übereinstimmung der inneren Haltung vor, so dass ein Abstellen auf subjektive Kriterien zur Unterscheidung ungeeignet ist.

2. Tatherrschaftstheorie

Vertreter: **Rechtsprechung (neu):** BGHSt 19, 135; BGHSt 67, 95 Rn. 14 f.; BGH JZ 1987, 442; BGH JZ 1987, 474; BGH JR 1988, 336.
Aus der Literatur: *Herzberg*, JuS 1988, 771; *ders.*, NStZ 1989, 559; *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 1, Rn. 104; *Kutzer*, NStZ 1994, 112; LK-*Rissing-van Saan*, 13. Aufl., § 216 Rn. 51 ff.; *Maurach/Zipf/Jäger*, AT 1, S. 71; MüKo-*Schneider*, § 216 Rn. 46 ff.; *Schroeder*, ZStW 106 (1994), 574.

Inhalt: Täter ist nur derjenige, der den zum Tode führenden Geschehensablauf tatsächlich beherrscht. Entscheidend hierfür ist der Gesamtplan sowie das Gewicht der einzelnen Tatbeiträge. Erforderlich ist eine normative Betrachtung des lebensbeendenden Gesamtgeschehens.

Argument: Nur das Abstellen auf die nach dem gemeinsamen Tatplan übertragene Tatherrschaft kann verhindern, dass die Anwendung des § 216 StGB unterlaufen wird. Entscheidend ist, ob der Getötete sein Schicksal aus der Hand gab.

Konsequenz: Es kommt entscheidend darauf an, ob der Getötete bis zuletzt die Entscheidung über sein Schicksal behielt. Dabei ist Mittäterschaft denkbar.

Kritik: Die Einbeziehung von vor dem entscheidenden Moment liegenden Faktoren führt zu rein zufälligen Abgrenzungen. Nicht Vorfeldhandlungen, sondern der konkrete Zeitpunkt des Todeseintrittes muss entscheidend sein.

3. Modifizierende Tatherrschaftstheorie

Vertreter: *Otto*, § 6 Rn. 41; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 566; *Scholderer*, JuS 1989, 919; ähnlich *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 216 Rn. 3; TüKo-*Sternberg-Lieben/Weißer*, § 216 Rn. 37 f.; *Wessels/Hettinger/Engländer*, BT 1, Rn. 121 ff.

Inhalt: Täter ist derjenige, der im entscheidenden todbringenden Moment die Herrschaft über das Geschehen besitzt.

Argument: Alle vorbereitenden Akte müssen ausscheiden, da es hier allein darauf ankommen muss, wer letzten Endes den entscheidenden Schritt unternimmt und daher die Verantwortung für den Tod trägt. Eine Mittäterschaft scheidet hierbei aus, da der Getötete hier vollverantwortlich über sein Schicksal entscheidet.

Konsequenz: Es kommt allein auf die Tatherrschaft im letztlich todbringenden Moment an.

Kritik: Straffrei bliebe derjenige, der das Geschehen systematisch beherrscht und nur im letzten Moment dem Getöteten die Herrschaft überlässt.

4. Rollenverteilungstheorie

Vertreter: *Dreher*, MDR 1964, 337.

Inhalt: § 216 StGB liegt nur vor, wenn der Getötete sich auf die Rolle des Quasi-Anstifters beschränkt. Wirkt er in irgendeiner Form selbst aktiv mit, scheidet § 216 aus.

Argument: § 216 StGB normiert ein typischer Fall der Anstiftung. Auch behält das Opfer immer die Tatherrschaft. Tut das Opfer mehr, verlässt es diesen Bereich und § 216 StGB scheidet aus, selbst wenn beim Handelnden an sich Täterschaft vorliegt.

Konsequenz: § 216 StGB wird stark eingeschränkt.

Kritik: Auch wenn das Opfer mitwirkt, z.B. dem Täter das Messer reicht, muss § 216 StGB anwendbar sein.

5. Psychologische Theorie

Vertreter: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Hilgendorf*, § 3 Rn. 42.

Inhalt: Wäre das Opfer zur Vornahme der Selbsttötung psychisch in der Lage gewesen, liegt bloße Beihilfe vor, sonst ist Täterschaft gegeben.

Argument: § 216 StGB will (nur) den Selbstmörder schützen, der psychisch nicht selbst Hand an sich legen kann. Dagegen muss die Autonomie dessen, der es psychisch könnte, aber physisch nicht dazu in der Lage ist, respektiert werden.

Konsequenz: Abzustellen ist allein auf die psychische Konstellation des Opfers.

Kritik: Die psych. Konstellation des Opfers ist schwer nachzuweisen.

Examinatorium Strafrecht / BT / Freiheitsdelikte 1 / Freiheitsberaubung – Arbeitsblatt Nr. 38

Freiheitsberaubung trotz mangelnden Fortbewegungswillens

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: A und B brechen nachts in das Haus der alleinstehenden O ein, die in ihrem in der oberen Etage liegenden Schlafzimmer bereits selig schläft. Damit sie ungestört und unentdeckt Wertgegenstände aufspüren und mitnehmen können, verriegeln sie sowohl das Schlafzimmerfenster als auch die Schlafzimmertüre fest von außen. Nach getaner Arbeit begibt sich A absprachegemäß ins obere Stockwerk und entfernt die Verriegelung an der Türe. O hatte von alledem aber gar nichts gemerkt und bemerkt den Vorfall erst, als sie am nächsten Morgen erwacht.

Rechtliche Problematik: Neben dem Einbruchsdiebstahl, §§ 242, 243 I 2 Nr. 1, 244 I Nr. 3 StGB, ist es hier fraglich, ob sich A und B wegen vollendeter oder versuchter Freiheitsberaubung, § 239 StGB (§§ 239 II, 22 StGB), strafbar gemacht haben. Dies hängt davon ab, inwieweit § 239 StGB auch die „potentielle" Fortbewegungsfreiheit schützt.

1. Aktualitätstheorie

Vertreter: *Eisele*, BT I, Rn. 427; *Fischer-Fischer/Anstötz*, § 239 Rn. 4 (widersprüchlich aber Rn. 5); *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 1, Rn. 382a; *Schuhmacher*, Stree/Wessels-FS 1993, S. 431 (434 f.); vgl. auch aus der älteren Rechtsprechung RGSt 33, 234 (236).

Inhalt: Eine vollendete Freiheitsberaubung liegt erst in dem Moment vor, in dem sich das Opfer tatsächlich fortbewegen will.

Argument: § 239 StGB schützt den natürlichen Willen des Opfers, den Aufenthaltsort zu wechseln. Nur wenn dieser Wille gebeugt wird, liegt, vergleichbar mit der Nötigung, Vollendung vor. Ansonsten liegt lediglich eine „Gefährdung" der körperlichen Bewegungsfreiheit vor.

Konsequenz: Je nachdem, ob das Opfer sich fortbewegen will oder nicht, liegt Vollendung oder Versuch vor.

Kritik: Wenn Bewusstlose bzw. Betrunkene „Gewahrsam" behalten, ist nicht einzusehen, warum der Schutz der persönlichen Freiheit hier zurücktreten soll. – Konsequenterweise müssten dann bei § 239 III Nr. 1 StGB die Stunden des Schlafens abgezogen werden.

2. Potentialitätstheorie

Vertreter: **Rechtsprechung:** RGSt 7, 259 (260); 61, 239 (241 f.); BGHSt 14, 314; 32, 183 (188); 67, 79 Rn. 20 ff.; BGH NStZ 1993, 387.

Aus der Literatur: *Blei*, § 19 I; *Bosch*, JURA 2012, 604, Dölling/Duttge/König/Rössner-*Lenz*, § 239 Rn. 3; *Geppert*, JuS 1975, 387; *Gössel*, BT 1, § 21 Rn. 1; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 239 Rn. 1; LK-*Schluckebier*, § 239 Rn. 1; *Mitsch*, JuS 1993, 223; *Schmidhäuser*, BT, 4/25 f.

Inhalt: Eine vollendete Freiheitsberaubung liegt auch dann vor, wenn sich das Opfer gar nicht fortbewegen will bzw. seine Lage gar nicht bemerkt.

Argument: § 239 schützt die potentielle Fortbewegungsfreiheit, gleichgültig, ob das Opfer davon Gebrauch machen will oder nicht. Auch Kranke und Ruhebedürftige müssen geschützt werden. Die verfassungsrechtliche Bedeutung des Freiheitsrechtes gebietet dabei eine weite Auslegung. Bei Willensunfähigen (u.a. Kleinstkindern) ist dabei auf den potentiellen Willen des Sorgepflichtigen abzustellen.

Konsequenz: Die Vollendungsstrafbarkeit wird weit vorgelagert.

Kritik: Ein Verhalten, welches eigentlich einen untauglichen Versuch darstellt (untaugliches, da nicht fortbewegungswilliges Objekt), wird als Vollendungsdelikt bestraft. Nachdem der Versuch des § 239 StGB inzwischen strafbar ist, entstehen auch keine Strafbarkeitslücken mehr. – Beim Fortbewegungsunfähigen auf den gesetzlichen Vertreter abzustellen, sind rein zivilrechtliche Überlegungen, während das Strafrecht auf die natürliche Fähigkeit allein des Opfers abstellen muss.

3. Aktualisierbarkeitstheorie

Vertreter: *Bohnert*, JuS 1977, 746; *Küpper/Börner*, BT 1, § 3 Rn. 2 f.; MüKo-*Wieck-Noodt*, § 239 Rn. 7, 16 f.; *Rengier*, BT II, § 22 Rn. 2, 5; TüKo-*Eisele*, § 239 Rn. 2; vgl. ferner *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 14 Rn. 2, 4.

Inhalt: Eine vollendete Freiheitsberaubung liegt dann vor, wenn das Opfer seinen potentiell vorhandenen Fortbewegungswillen jederzeit aktualisieren könnte, selbst wenn es die Lage nicht bemerkt hat.

Argument: § 239 StGB soll denjenigen schützen, der seine persönliche Freiheit auch nutzen kann. Wer hingegen generell (Säugling) oder vorübergehend (Schlafender) diese Fähigkeit nicht besitzt, der besitzt eben auch keine „potentielle" Fortbewegungsfreiheit.

Konsequenz: Nicht der Wille des Opfers, sondern seine Fähigkeit, sich fortzubewegen, ist entscheidend.

Kritik: Wenn Bewusstlose bzw. Betrunkene „Gewahrsam" behalten, ist nicht einzusehen, warum der Schutz der persönlichen Freiheit hier zurücktreten soll. – Konsequenterweise müssten dann bei § 239 III Nr. 1 StGB die Stunden des Schlafens abgezogen werden. – Dagegen liegt bei demjenigen, der sich nicht aktuell fortbewegen will, konstruktiv eben wiederum nur ein untauglicher Versuch (am untauglichen Objekt) vor.

Examinatorium Strafrecht / BT / Freiheitsdelikte 2 / Drohung mit Unterlassen – Arbeitsblatt Nr. 39

Drohung mit Unterlassen als strafbare Nötigung, § 240 StGB?

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: P, Personalchef eines größeren Betriebes, hat die durchaus lukrative Stelle einer Privatsekretärin neu zu besetzen. Den drei Bewerberinnen teilt er in vertraulichen Gesprächen mit, in die engere Wahl würden ohnehin nur diejenigen kommen, die mit ihm geschlechtlich verkehren. Da die Stellenlage in diesem Bereich recht schlecht ist, sehen sich A und B dazu veranlasst, der Aufforderung des P nachzukommen. C lehnt entrüstet ab. A bekommt daraufhin die Stelle.

Rechtliche Problematik: Die Strafbarkeit nach § 240 StGB (bzw. hier nach § 177 II Nr. 5 StGB) setzt in ihrer 2. Variante eine Drohung mit einem empfindlichen Übel voraus. Fraglich ist, ob dieses empfindliche Übel auch dann vorliegen kann, wenn der Betreffende droht, irgendein Verhalten zu unterlassen, zu welchem er (rechtlich) nicht verpflichtet ist (hier: es besteht keine Rechtspflicht zur Einstellung einer bestimmten Bewerberin). Die Frage der Drohung mit einem Unterlassen ist im Übrigen nicht zu verwechseln mit der Frage der Drohung durch Unterlassen.

1. Allgemeine Pflichttheorie

Vertreter: **Aus der Rechtsprechung:** RGSt 14, 264 (265); 63, 424 (425 f.); BGH GA 1960, 277 (278); HansOLG Hamburg NJW 1980, 2592.

Aus der Literatur: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Hilgendorf*, § 9 Rn. 50 f.; *Blei*, § 18 III 1b; *Frohn*, StV 1983, 365 (366); *Horn*, NStZ 1983, 497; *Roxin*, JuS 1964, 373 (377); *Schubarth*, NStZ 1983, 312 (313); SK-*Wolters*, § 240 Rn. 18, 44 f.

Inhalt: Eine Drohung mit einer Unterlassung ist nur dann tatbestandsmäßig, wenn der Drohende rechtlich verpflichtet ist, die entsprechende Handlung vorzunehmen. Diese Rechtspflicht muss allerdings nicht notwendigerweise aus einer Garantenpflicht resultieren.

Argument: Aus dem Autonomieprinzip folgt, dass jeder für die Vornahme einer Handlung einen „Preis" fordern kann, solange er nicht rechtlich verpflichtet ist, die Handlung vorzunehmen. Liegt keine Handlungspflicht vor, stellt die freiwillige Beseitigung eines Übels auch unter einer Bedingung eine Freiheitserweiterung und keine Freiheitsbeschränkung dar.

Konsequenz: Einschränkung der Strafbarkeit.

Kritik: Die Drohung mit einem Unterlassen ist im Gegensatz zur Drohung durch Unterlassen ein Begehungsdelikt.

2. Garantenpflichttheorie

Vertreter: **Aus der früheren Rechtsprechung:** RGSt 14, 265; 63, 425; BGH GA 1960, 278

Aus der Literatur: *Haffke*, ZStW 84 (1972), 37 (71 Fn. 135); *Tiedemann*, Wettbewerb und Strafrecht, 1976, S. 20 ff.

Inhalt: Eine Drohung mit einer Unterlassung ist nur dann tatbestandsmäßig, wenn der Drohende als Garant verpflichtet ist, die entsprechende Handlung vorzunehmen.

Argument: Die für die unechten Unterlassungsdelikte geltenden Grundsätze sind hier entsprechend anzuwenden, da nur eine Rechtspflicht aus einer Garantenstellung das angedrohte Unterlassen den übrigen Nötigungsmitteln gleichzustellen vermag. Die Drohung mit Unterlassen und die Drohung durch Unterlassen müssen gleichbehandelt werden.

Konsequenz: Noch weitere Einschränkung der Strafbarkeit. Auch die allgemeine Hilfeleistungspflicht begründet keine Unterlassungsstrafbarkeit.

Kritik: Die Drohung mit einem Unterlassen ist im Gegensatz zur Drohung durch Unterlassen ein Begehungsdelikt. – Wer einem Verhungernden nur dann etwas zu essen gibt, wenn dieser gewisse „Bedingungen" erfüllt, wäre nur wegen § 323c StGB, nicht aber wegen § 240 StGB (bzw. § 253 StGB) strafbar.

3. Verwerflichkeitstheorie

Vertreter: **Aus der Rechtsprechung:** RGSt 72, 75 (76); RG GA 40 (1892), 54 (55); OLG Stuttgart NStZ 1982, 161 (162); vgl. jetzt auch BGHSt 31, 195, sowie BGHSt 44, 251.

Aus der Literatur: Dölling/Duttge/König/Rössner-*Otto*, § 240 Rn. 19; *Eisele*, BT I, Rn. 485 f.; Fischer-*Fischer/Anstötz*, § 240 Rn. 34 f.; *Hillenkamp*, JuS 1994, 770; LK-*Altvater/Coen*, § 240 Rn. 94 ff.; *Otto*, § 27 Rn. 24; *Stoffers*, JR 1988, 492 (496 f.); TüKo-*Eisele*, § 240 Rn. 20; *Volk*, Tröndle-FS 1989, S. 219 (228 f.); ähnlich auch Lackner/Kühl/Heger-*Heger*, § 240 Rn. 14.

Inhalt: Eine Drohung mit einer Unterlassung kann auch dann tatbestandsmäßig sein, wenn den Drohenden keine Handlungspflicht trifft. Entscheidend ist allein die Frage der Verwerflichkeit.

Argument: Für die Nötigung entscheidend ist nicht, was man tun oder unterlassen, sondern womit man drohen darf. Sonst hinge die Strafbarkeit oft vom Formulierungsgeschick des Täters ab (droht er mit einem Tun oder mit einem Unterlassen?). – Auch ein an sich rechtmäßiges Unterlassen kann sozialwidrig als Mittel zur Erreichung eines Ziels eingesetzt werden.

Konsequenz: Ausweitung der Strafbarkeit.

Kritik: Beim Abverlangen unsittlicher Handlungen wird der Unrechtskern des § 240 StGB verfehlt. Denn hier wird in den Schutzbereich der §§ 174 ff. StGB (sexuelle Selbstbestimmung) eingegriffen. Wenn diese Normen nicht greifen, darf aber § 240 StGB nicht als „Lückenfüller" fungieren. – Die Konzentration auf die Prüfung (erst) der Verwerflichkeit auf Rechtswidrigkeitsebene führt zu einer weiteren dem Bestimmtheitsgrundsatz abträglichen Ausdehnung des Tatbestandes des § 240 StGB.

Examinatorium Strafecht / BT / Eigentumsdelikte 1 / Beobachtet werden beim Diebstahl – Arbeitsblatt Nr. 40

Wegnahme trotz Beobachtung beim Diebstahl, § 242 StGB

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: A, der notorische Geldsorgen hat, entnimmt aus einem Regal im Supermarkt zwei Dosen Wurst und steckt sie in die Innentasche seines Mantels, wobei er vorhat, die Dosen nicht zu bezahlen. Ärgerlich ist nur, dass er vom Detektiv des Supermarktes D die ganze Zeit über beobachtet wurde. Dieser stellt ihn, nachdem A – ohne zu bezahlen – den Kassenbereich verlassen hat.

Rechtliche Problematik: Fraglich ist, ob A einen versuchten oder einen vollendeten Diebstahl, § 242 StGB, begangen hat. Dies hängt davon ab, ob er die Wegnahmehandlung bereits vollendet hat. Fraglich ist dabei einerseits, wann die Wegnahme in den „Supermarktfällen" an sich vollendet ist (vgl. hierzu gesondertes Arbeitsblatt). Hier jedenfalls stellt sich die Frage, ob die Tatsache, dass A die ganze Zeit von einem Berechtigten bzw. einem Dritten, der zugunsten des Berechtigten zum Eingreifen gewillt war, beobachtet wurde, so dass er kaum eine reelle Chance hatte, den Diebstahl an den Wurstdosen zu beenden, d.h. die Beute zu sichern, die vollendete Wegnahme ausschließt.

1. Vollendungstheorie

Vertreter: **Aus der Rechtsprechung:** RGSt 52, 75 (76); BGHSt 16, 271; 17, 205 (208 f.); BGHSt 26, 4; BGHSt 41, 198 BGH GA 1969, 91; BGH NStZ 1987, 71.

Aus der Literatur: *Blei*, § 53 IV 3; *Bosch*, JURA 2014, 1237; Fischer-*Fischer*, § 242 Rn. 21; *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 2, Rn. 51; Lackner/Kühl-*Heger*, § 242 Rn. 16; LK-*Vogel/Brodowski*, 13. Aufl., § 242 Rn. 99; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 33 Rn. 26 f.; NK-*Kindhäuser*, § 242 Rn. 39; *Scheffler*, JR 1996, 343; *Schramm*, JuS 2009, 678; *Seelmann*, JuS 1985, 203; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, BT 2, Rn. 157.

Inhalt: Wer die Ware in seiner Körpersphäre verbirgt, vollendet die Wegnahme auch dann, wenn er dabei beobachtet wird und der Berechtigte dadurch die Möglichkeit besitzt, die Vollendung des Diebstahls zu verhindern.

Argument: Die soziale Anschauung ordnet die jeweiligen Gewahrsamssphären eindeutig zu. Die Tabuzone der Körpersphäre wirkt aber absolut, d.h. unabhängig von der Kenntnis anderer Personen. Zudem setzt der Diebstahl üblicherweise keine heimliche Begehung voraus.

Konsequenz: Mit Einstecken der Sache liegt vollendeter Diebstahl vor.

Kritik: Solange der Berechtigte die Sache sofort zurückverlangen kann, ist noch kein endgültiger Gewahrsamsverlust und somit auch noch keine Rechtsgutsverletzung eingetreten.

2. Faktische Theorie

Vertreter: **Aus der Rechtsprechung:** RGSt 66, 394 (396); 76, 131 (133 f.); BGHSt 4, 199 (200); OLG Hamburg NJW 1960, 1920; OLG Hamm NJW 1961, 328.

Aus der Literatur: *Hruschka*, NJW 1960, 1189 (1190); *Mayer*, JZ 1962, 617; TüKo-*Bosch*, § 242 Rn. 40.

Inhalt: Wer die Ware in seiner Körpersphäre verbirgt, vollendet die Wegnahme dann nicht, wenn er dabei vom Berechtigten oder einem eingriffsbereiten Dritten beobachtet wird, sofern diese auch die Möglichkeit haben, sofort und mit Erfolg einzugreifen.

Argument: Auch die körperliche Gewahrsamssphäre ist keine absolute Tabuzone, es kann für den Gewahrsam nämlich nicht darauf ankommen, ob der ertappte und gefasste Dieb die Sache noch schnell in die Tasche steckt oder nicht. Ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis ist noch nicht sichergestellt, wenn der Einwirkung auf die Sache letztlich unüberwindbare Hindernisse entgegenstehen. – Wenn es in Arbeitsverhältnissen anerkannt ist, dass der Arbeitnehmer lediglich untergeordneten Mitgewahrsam in vergleichbaren Fällen (Einstecken einer Sache) hat, dann wäre es widersprüchlich, beim Dieb Alleingewahrsam anzunehmen.

Konsequenz: Mit Einstecken der Sache liegt lediglich ein versuchter Diebstahl vor, wenn der Täter dabei beobachtet wird und die Vollendung dadurch verhindert werden kann.

Kritik: Das Abstellen auf die Möglichkeit der Ablation (= des Fortschaffens der Sache) ist zu unbestimmt, da es dann letztlich darauf ankommen würde, wie wahrscheinlich das Entkommen des Täters ist (Schnelligkeit, Körperkräfte, zufällig einschreitende Dritte). – Beobachtung, Rückgabebereitschaft des Täters oder die Möglichkeit, die Rückgabe zu erzwingen, verhindern nicht die Wegnahme, sondern sichern nur die Wiedererlangung der Sache.

Examinatorium Strafrecht / BT / Eigentumsdelikte 2 / Sachbeschädigung, Verunstalten –Arbeitsblatt Nr. 41

Sachbeschädigung durch reine Verunstaltung

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: A und B besprühen eines Nachts auf dem Bahngelände in B dort abgestellte Bahnwaggons mit großflächigen Graffitis. Die Graffitis lassen sich in einer aufwendigen Reinigungsaktion wieder entfernen, ohne dass eine Verletzung des Lacks der Eisenbahnwaggons festzustellen wäre. Dies rührt daher, dass die Deutsche Bahn AG schon seit längerem, eben um eine schnellere Reinigung ihrer Waggons zu erreichen, diese teilweise mit einer speziellen Folie beklebt.

Rechtliche Problematik: Die Sachbeschädigung, § 303 StGB, erfordert üblicherweise eine Zerstörung oder Beschädigung der Sache. Eine Beschädigung liegt jedenfalls dann vor, wenn eine Substanzverletzung vorliegt (wobei in diesem Zusammenhang diskutiert wird, ob die Substanzverletzung durch die Beschädigungshandlung erfolgen muss oder ob es auch ausreicht, wenn sie notwendigerweise durch die Beseitigungshandlung – Reinigung u.a. – stattfindet). Umstritten ist darüber hinaus, ob auch eine wesentliche Gebrauchsbeeinträchtigung oder ein „Verunstalten", d.h. die (wesentliche?) Beeinträchtigung des äußeren Erscheinungsbildes hierunter fällt. Die Problematik hat sich inzwischen aber dadurch entschärft, dass in § 303 II StGB nunmehr auch die Veränderung des Erscheinungsbildes ausdrücklich erfasst ist.

1. Substanzverletzungstheorie

Vertreter: **Frühere Rechtsprechung:** RGSt 13, 27 (28); 32, 165 (190 f.); 39, 328 (329); vgl. auch OLG Köln StV 1995, 592.
Aus der Literatur: *Gutmann*, Die Sachbeschädigung, 1976, S. 56 ff.; *v. Hippel*, Lehrbuch, 1932, S. 249.

Inhalt: Eine Beschädigung der Sache liegt nur vor, wenn ihre Substanz, d.h. ihre stoffliche Unversehrtheit verletzt ist.

Argument: Der Begriff der „Beschädigung" legt eine Einwirkung auf die Substanz nahe; hierfür spricht auch die Entstehungsgeschichte dieser Norm. So ist in § 134 StGB im Gegensatz zu § 303 StGB gerade von „Verunstaltung" die Rede.

Konsequenz: Einschränkung der Strafbarkeit. Notwendig: Substanzverletzung.

Kritik: Es entstehen umfassende Strafbarkeitslücken. Eine Eigentumsbeeinträchtigung liegt nicht nur bei einer Substanzverletzung vor.

2. Kombinierte Theorie

Vertreter: **Aus der Rechtsprechung:** BGHSt 29, 129 (133); BGH NJW 1980, 602 (603); BGH NStZ 1982, 508 (508 f.); OLG Celle NStZ 1981, 223 (224); OLG Frankfurt NJW 1990, 2007; OLG Hamburg StV 1999, 544.
Aus der Literatur: *Behm*, StV 1982, 596; *ders.*, JR 1988, 360; *Blei*, § 59 II 2; *Bottke*, JA 1980, 541; *Eisele*, JZ 2000, 101 (102); Fischer-*Fischer/Lutz*, § 303 Rn. 8 f.; *Kargl*, JZ 1997, 283 (289); *Katzer*, NJW 1981, 2036; *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 2, Rn. 392 ff.; LK-*Goeckenjan*, § 303 Rn. 25; MüKo-*Wieck-Noodt*, § 303 Rn. 42 ff.; *Rengier*, BT I, § 24 Rn. 24; *Satzger*, JURA 2006, 429; *Seelmann*, JuS 1985, 199; SSW-*Saliger/Lienert*, § 303 Rn. 11; *Thoss*, NJW 1978, 1612; TüKo-*Hecker*, § 303 Rn. 10.

Inhalt: Eine Beschädigung der Sache setzt entweder eine Substanzverletzung oder eine nicht unerhebliche Funktionsbeeinträchtigung voraus. Eine bloße Beeinträchtigung des äußeren Erscheinungsbildes genügt hingegen nicht.

Argument: Für den Eigentümer ist die Sache nicht nur dann wertlos, wenn die Substanz verletzt ist, sondern auch, wenn er sie auf andere Weise nicht mehr gebrauchen kann. Dagegen können mittelbare Beeinträchtigungen (Ästhetik, guter Ruf etc.) nicht von § 303 StGB erfasst werden. Denn § 303 StGB schützt im Gegensatz zu § 1004 BGB das Eigentum nicht umfassend. – **Wichtig:** unter den Vertretern dieser Ansicht ist umstritten, ob dann, wenn die Gebrauchsbestimmung der Sache gerade in ihrer ästhetischen Funktion liegt, eine Verunstaltung zugleich eine Funktionsbeeinträchtigung darstellt; so zumindest RGSt 43, 204 (205); BGHSt 29, 129 (134); OLG Hamburg aaO.

Konsequenz: Notwendig: Substanzverletzung oder Funktionsbeeinträchtigung.

Kritik: Es entstehen Strafbarkeitslücken, da Eigentumsbeeinträchtigungen, die zivilrechtlich untersagt sind, strafrechtlich nicht geschützt werden.

3. Zustandsveränderungstheorie

Vertreter: **Aus der Rechtsprechung:** OLG Celle MDR 1978, 507; OLG Düsseldorf MDR 1979, 74; OLG Karlsruhe NJW 1978, 1636; OLG Oldenburg JZ 1978, 70 (71).
Aus der Literatur: *Dölling*, NJW 1981, 207; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 36 Rn. 11 f.; *Otto*, BT, § 47 Rn. 9; *Schroeder*, JR 1987, 359; *ders.*, JR 1988, 363.

Inhalt: Eine Beschädigung der Sache setzt keine Substanzverletzung voraus. Auch eine nicht unerhebliche, den Interessen des Eigentümers widersprechende Zustandsveränderung genügt.

Argument: Der Eigentümer muss umfassend gegen jede erhebliche Beeinträchtigung seines Eigentums geschützt werden. Er wird aber auch bei einer Verunstaltung „geschädigt", da sie seinem Recht aus § 903 BGB widerspricht und den Wert einer Sache stärker beeinträchtigen kann als eine Substanzverletzung. – Der Wortlaut „beschädigen" steht dem nicht entgegen, da er als wertausfüllungsbedürftiger Begriff einer teleologischen Interpretation zugänglich ist.

Konsequenz: Ausdehnung der Strafbarkeit. Ausreichend ist Substanzverletzung, Funktionsbeeinträchtigung oder Verunstaltung.

Kritik: Wortlautgrenze des § 303: eine bloße Zustandsveränderung kann nicht mehr vom Begriff der „Beschädigung" erfasst sein. Die Grenze zwischen § 134 StGB (Verunstaltung) und § 303 StGB wird verwischt. Auch sind die nicht unerheblichen Zustandsveränderungen inzwischen von § 303 II StGB erfasst. Darüber hinaus erscheinen in diesem Zusammenhang die Tatbestände des Ordnungswidrigkeitenrechts als ausreichende Sanktion.

Examinatorium Strafrecht / BT / Eigentumsdelikte 3 / Unterschlagung, Zueignung – Arbeitsblatt Nr. 42

Anforderungen an die „Zueignung“ i.S.d. § 246 StGB

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: A hat sich von seinen Freunden B, C und D jeweils ein Buch ausgeliehen, welche er, da er vor dem Einschlafen stets noch eine Weile zu lesen pflegt, zu Hause auf seinem Nachttisch liegen hat. Nach einem Streit beschließt er, keines dieser Bücher zurückzugeben. Die Bücher von B und C lässt er weiterhin auf seinem Nachttisch liegen, das Buch des D hingegen stellt er in seinen Wohnzimmerschrank zu seinen eigenen Büchern. Nachdem B ihn auffordert, ihm sein Buch zurückzugeben, teilt A ihm wahrheitswidrig mit, das Buch sei verlorengegangen.

Rechtliche Problematik: Auch im Rahmen des § 246 StGB umfasst der Begriff der „Zueignung“ sowohl die wenigstens vorübergehende Aneignung kombiniert mit der dauernden Enteignung des bisherigen Eigentümers. Fraglich ist allerdings, welche Anforderungen an den „Zueignungsakt“ zu stellen sind, konkret, ob hier der rein subjektive Zueignungswille ausreicht oder ob – und wenn ja welche – auch eine nach außen erkennbare Zueignungshandlung stattfinden muss. Dabei wird allgemein davon ausgegangen, dass jedenfalls der rein innerliche Wille, sich eine Sache zuzueignen, der nach außen nicht hervortritt, nicht ausreicht, da dieser nur in den seltensten Fällen nachweisbar ist.

1. Manifestationstheorie (weite Auslegung)

Vertreter: **Aus der Rechtsprechung:** RGSt 55, 145 (146); 58, 230; 73, 253 (254); BGHSt 14, 38 (41); 24, 115 (119); OLG Düsseldorf NStZ-RR 1999, 41.
Aus der Literatur: *Bockelmann*, ZStW 65 (1953), 569 (588 f.); *ders.*, JZ 1960, 621 (622); Fischer-*Fischer*, § 246 Rn. 6 f.; LK-*Vogel/Brodowski*, 13. Aufl., § 246 Rn. 22 ff.; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 34 Rn. 25.

Inhalt: Notwendig ist ein vom Zueignungsvorsatz getragenes Verhalten, welches den Zueignungswillen nach außen manifestiert. Dabei genügt allerdings jede beliebige Handlung.

Argument: Mehr als eine äußere Manifestation des Zueignungswillens verlangt das Gesetz nicht. Dabei muss auch eine mehrdeutige Handlung ausreichen.

Konsequenz: Es genügt jedes sich nach außen manifestierende Verhalten.

Kritik: Die Theorie geht insbesondere im Unterlassensbereich zu weit, denn die bloße Nichtrückgabe kann neben einem Zueignungswillen auch auf Nachlässigkeit oder Säumnis beruhen. Ferner kann die bloße vertragswidrige Weiterbenutzung noch keine Zueignung darstellen, auch wenn sie sich nach außen als Zueignungshandlung manifestiert. – Für einen Versuch bliebe hier kaum Platz. – Auch erlaubte Handlungen, wie z.B. die bloße Inbesitznahme einer Fundsache (in Zueignungsabsicht) wären tatbestandsmäßig. Zudem ist die Manifestationsfloskel beliebig verwendbar, da sie auch Handlungen ohne jedweden raumzeitlichen Bezug zur Sache erfasst.

2. Manifestationstheorie (enge Auslegung)

Vertreter: **Aus der Rechtsprechung:** BGHSt 34, 309 (311 f.); OLG Düsseldorf StV 1990, 164; OLG Düsseldorf NStZ 1992, 298; BayOblG NJW 1992, 1777 (1778); vgl. auch RGSt 67, 71 (74 f.).
Aus der Literatur: *Küper*, JURA 1996, 205 (206 f.); *Ranft*, JR 1989, 165 (166); *Otto*, BT, § 42 Rn. 6 f.; *ders.*, JURA 1989, 200 (204); *ders*. JURA 1996, 383 (384 f.); *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* BT 2, Rn. 354.

Inhalt: Notwendig ist ein vom Zueignungsvorsatz getragenes Verhalten, welches den Zueignungswillen nach außen manifestiert. Erforderlich ist jedoch, dass ein objektiver Betrachter, der die Umstände des Falles kennt, auch ohne Berücksichtigung des Zueignungswillens eindeutig auf den Zueignungsvorsatz schließen kann.

Argument: Da die Zueignung ein objektives Merkmal ist, muss das nach außen erkennbare Verhalten gerade und ausschließlich Ausdruck der Zueignung sein. Mehrdeutige Verhaltensweisen, die auch bei fehlendem Zueignungswillen denkbar wären, müssen daher ausscheiden.

Konsequenz: Notwendig ist ein sich nach außen manifestierendes Verhalten, welches eindeutig ist.

Kritik: Der Vollendungszeitpunkt wird ohne Grund auf einen späteren Zeitpunkt verlagert. Wird ein Verhalten gefordert, welches ausschließlich als Zueignungshandlung gedeutet werden kann, würden nur noch wenige eindeutige Fälle übrigbleiben. Zudem fehlt es an einer konkreten greifbaren Kennzeichnung des verbotenen Verhaltens.

3. Aneignungstheorie

Vertreter: *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 2, Rn. 243; Lackner/Kühl/Heger-*Heger*, § 246 Rn. 4; *Paeffgen*, JR 1979, 297 (299); *Samson*, JA 1990, 5 (7 ff.); *Schneider*, MDR 1956, 337; *Tenckhoff*, JuS 1984, 775 (779 f.), vgl. auch Dölling/Duttge/König/Rössner-*Duttge,* § 246 Rn. 13, der einen Aneignungsakt fordert, dem die konkrete Gefahr einer (dauerhaften) Enteignung des Tatopfers immanent ist.

Inhalt: Notwendige Voraussetzung einer Zueignung ist die objektiv vorgenommene Aneignung der Sache. Die bloße Manifestation des Zueignungswillens reicht nicht aus.

Argument: Nicht allein die von der Rechtsordnung mitunter sogar gestatteten Handlungen, die sich nach außen manifestieren (z.B. die Inbesitznahme einer Fundsache), sondern erst Handlungen, in denen sich der Täter eine eigentümerähnliche Herrschaftsgewalt anmaßt, können als Zueignung anerkannt werden, da nur dann der Zueignungsbegriff inhaltliche und damit feste Konturen annimmt.

Konsequenz: Notwendig ist ein sich nach außen manifestierendes Verhalten, welches eine Aneignung der Sache enthält.

Kritik: Der Vollendungszeitpunkt wird ohne Grund auf einen zu späten Zeitpunkt verlagert. Die Aneignungs- und die Enteignungskomponente werden sinnwidrig auseinandergerissen.

4. Enteignungstheorie

Vertreter: *Maiwald*, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, S. 191 ff.; vgl. auch RGSt 65, 145 (147); *Haft*, BT, S. 152 f.; *Kargl*, ZStW 103 (1991), 163 (181 ff.); SK-*Hoyer*, § 246 Rn. 22.

Inhalt: Notwendige Voraussetzung einer Zueignung ist die Enteignung des Täters. Diese liegt vor, wenn der Täter eine Situation geschaffen hat, aus der heraus sich der Verlust der Sache ohne weitere Einflussnahme des Täters ergibt.

Argument: Die Zueignung enthält sowohl eine Aneignungs- als auch eine Enteignungskomponente, was sich aus einem Vergleich mit dem Diebstahl eindeutig ergibt. Die Zueignung muss daher ebenso endgültig sein wie die Wegnahme, wofür auch eine historische Betrachtung der Norm spricht (§ 225 prStGB 1851: „Veräußern, Verpfänden, Verbrauchen, Beiseiteschaffen“). Die bloße Leugnung des Besitzes oder ein Verkaufsangebot gegenüber Dritten „nimmt“ dem Eigentümer noch nichts und kann daher lediglich als Versuch gewertet werden.

Konsequenz: Notwendig ist ein sich nach außen manifestierendes Verhalten, welches sowohl die Aneignungs- als auch die Enteignungskomponente enthält.

Kritik: Der Vollendungszeitpunkt wird ohne Grund auf einen zu späten Zeitpunkt verlagert. Bei der vertragswidrigen Weiterbenutzung einer Sache müsste eine totale Abnutzung derselben abgewartet werden, wobei hier dann der konkrete Zeitpunkt völlig unklar wäre. Bei den Ableugnungsfällen käme es allein darauf an, ob der Eigentümer dem Täter glaubt oder nicht.

5. Gewahrsamstheorie

Vertreter: **Aus der (jüngsten) Rechtsprechung:** BGHSt 68, 113 Rn. 5 ff.
Aus der Literatur: LK-*Vogel/Brodowski*, 13. Aufl., § 246 Rn. 28 ff.; NK-*Kindhäuser/Hoven*, § 246 Rn. 15 f.; *Rengier*, BT I, § 5 Rn. 30 ff.; SSW-*Kudlich*, § 246 Rn. 19; TüKo-*Bosch*, § 246 Rn. 10 f.; vgl. auch Beck OK-*Wittig,* § 246 Rn. 6.

Inhalt: Zum Zeitpunkt der Zueignung wird eine sachenrechtsähnliche Beziehung oder ein gewahrsamsähnliches Herrschaftsverhältnis des Täters zu der Sache gefordert.

Argument: Erforderlich ist eine Konkretisierung der Manifestation, so dass Zueignungsakte ohne Gefährdung des Eigentums ausgeschlossen werden. Ein Verhalten kann erst dann den Tatbestand der Zueignung erfüllen, wenn sich der Täter bei der Tathandlung im (un-)mittelbaren Besitz der Sache befindet oder er zurechenbar den Rechtsschein mittelbaren Besitzes veranlasst und somit eine scheinbare Geheißperson zur Übergabe der Sache veranlasst. Zudem setzt eine vollendete Manifestation der Zueignungsabsicht die Begründung von Eigenbesitz durch den Begünstigten voraus.

Konsequenz: Somit werden nur sachherrschaftsbegründende Handlungen erfasst, die auch tatsächliche Auswirkungen auf das Tatobjekt haben und dadurch tatsächlich das Eigentum konkret gefährden, ohne dass auf die Kunstfigur des objektiven Beobachters abgestellt werden muss.

Kritk: Das vom 6. StrRG gestrichene Erfordernis des Gewahrsams wird in verschleierter Gestalt wieder eingeführt.

Examinatorium Strafrecht / BT / Eigentumsdelikte 4 / Unterschlagung, Mehrere Zueignungen – Arbeitsblatt Nr. 43

„Erneute“ Zueignung im Anschluss an ein Vermögensdelikt?

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: Als der Paketzusteller P an der Wohnungstüre des A klingelt, um diesem ein Paket mit Büchern zuzustellen, erscheint der T, der sich zuvor im Garten des A aufgehalten hat, und spiegelt dem P vor, er sei der A. Daraufhin händigt der P dem T das Paket aus. Dieser trägt es sogleich nach Hause und öffnet es. Dabei kommen ihm allerdings Bedenken, ob er die Bücher nicht doch dem A aushändigen sollte. Seine zufällig anwesende und in alles eingeweihte Freundin F überredet ihn jedoch dazu, die Bücher zu behalten. T lässt sich überzeugen und stellt die Bücher in sein Regal, um sie für sich zu behalten.

Rechtliche Problematik: T erlangt das Paket durch Täuschung des Paketzustellers und begeht dadurch einen Betrug zu Lasten des Versenders (vgl. hierzu *Heinrich*, JURA 1999, 585 [589]). Die Einstellung der Bücher in sein Regal stellt an und für sich einen sich nach außen manifestierenden Zueignungsakt dar (vgl. Arbeitsblatt Eigentumsdelikte 03). Da es sich um eine nachfolgende neue „Tat“ handelt, greift auch die Subsidiaritätsklausel des § 246 StGB nicht, so dass an und für sich in dieser Handlung eine Unterschlagung zu sehen ist. Fraglich ist, ob diese bereits tatbestandlich ausscheidet oder ob sie erst auf Konkurrenzebene zurücktritt.

1. Tatbestandslösung

Vertreter: **Neuere Rechtsprechung:** BGHSt 14, 38 (43 f.); 16, 280 (282); BGH NJW 1983, 2827; BGH NStZ 2022, 611 (612); BGH NStZ 2023, 612; OLG Celle NJW 1974, 2326 (2328); OLG Düsseldorf JZ 1985, 592; OLG Saarbrücken NJW 1976, 65 (66); vgl. hierzu schon RGSt 15, 426 (428); 60, 371 (372); 61, 37 (38).

Aus der Literatur: *Deubner*, NJW 1962, 94 (95); *Fahl*, JA 1996, 40 (44); *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 2, Rn. 265; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 246 Rn. 7; LK-*Vogel/Brodowski*, § 246 Rn. 50 f.; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 34 Rn. 22; NK-*Kindhäuser/Hoven*, § 246 Rn. 37 ff.; *Otto*, BT, § 42 Rn. 23 f.; *ders.*, JURA 1989, 200 (205); *Schünemann*, JuS 1968, 114 (116 ff.); SSW-*Kudlich*, § 246 Rn. 20.

Inhalt: Eine Unterschlagung scheidet bereits tatbestandlich aus, da sich der Täter die Sache bereits durch das vorherige Eigentums- bzw. Vermögensdelikt zugeeignet hat. Es muss allerdings eine wirkliche Zueignung vorliegen, was dann ausscheidet, wenn der Täter sich lediglich in betrügerischer Absicht (Fremd-)Besitz verschaffen will.

Argument: Unter dem Begriff der Zueignung ist nur die Herstellung der Sachherrschaft oder die erstmalige Verfügung über sie, nicht jedoch die bloße Ausnutzung dieser Herrschaftsstellung zu verstehen, da das Wesen der Zueignung gerade darin liegt, dass dem Eigentümer die Sachherrschaft entzogen wird. Diese kann jedoch nicht mehrmals entzogen werden, jede spätere Handlung ist somit lediglich eine Dokumentation bestehender Herrschaftsmacht. Die eingetretene Eigentumsverletzung wird durch diese späteren Handlungen nicht mehr vertieft.

Konsequenz: Unterschlagung scheidet bereits tatbestandlich aus, weswegen auch eine Beteiligung nicht möglich ist.

Kritik: Veranlasst ein Dritter, dass der Täter eine durch eine Straftat erlangte Sache behält, so ist er straflos, da eine Teilnahme an der nachfolgenden Unterschlagung mangels Tatbestandsmäßigkeit derselben nicht möglich ist.

2. Konkurrenzlösung

Vertreter: **Ältere Rechtsprechung:** RGSt 62, 61 (62); 68, 204 (209); BGHSt 3, 370 (372); 6, 314 (316); 8, 254 (260); BGH GA 1955, 271; BGH GA 1957, 147.

Aus der Literatur: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Heinrich*, § 15 Rn. 43 ff.; *Baumann*, NJW 1961, 1141 (1143); *Bockelmann*, JZ 1960, 621 (624); *Eisele*, BT II, Rn. 262 ff.; *Heinrich*, JURA 1999, 585 (591); *Schmidhäuser*, 8/44; *Schröder*, JR 1960, 308; *Seelmann*, JuS 1985, 699 (702); *Tenckhoff*, JuS 1984, 775 (778 f.); TüKo-*Bosch*, § 246 Rn. 19; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, BT 2, Rn. 374 ff.

Inhalt: Auch im Anschluss an ein Eigentums- oder Vermögensdelikt ist durch eine erneute Zueignungshandlung eine Unterschlagung möglich, die erst auf Konkurrenzebene zurücktritt.

Argument: Die Zueignung einer Sache ist objektiv stets wiederholbar, was unter anderem dann einleuchtet, wenn neue Umstände hinzutreten (Bsp.: unvorsätzliche Zueignung, bei der der Täter später seinen Irrtum erkennt). Hierdurch kann die Eigentumsverletzung auch vertieft werden. Es müssen Strafbarkeitslücken verhindert werden, die insbesondere dann entstehen können, wenn der Täter bei der Ausgangstat schuldunfähig war oder diese Tat verjährt ist. Auch muss die Möglichkeit einer Teilnahme eröffnet werden (die §§ 257 ff. StGB haben einen wesentlich engeren Anwendungsbereich).

Konsequenz: Unterschlagung tritt als mitbestrafte Nachtat zurück, eine Beteiligung hieran ist möglich.

Kritik: Da jede Benutzung der Sache eine erneute Zueignung darstellt, würde eine unübersehbare Anzahl an Zueignungen vorliegen, die einerseits der Rechtssicherheit abträglich ist, andererseits aber auch die Verjährungsregeln untergräbt. Die Straflosigkeit der Teilnahme kann problemlos über §§ 257 ff. StGB kompensiert werden.

Examinatorium Strafrecht / BT / Eigentumsdelikte 5 / Bandenbegriff – Arbeitsblatt Nr. 44

Notwendige Anzahl von Personen für eine „Bande“

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: A und seine Ehefrau B haben sich darauf spezialisiert, ihren Lebensunterhalt durch Diebstähle in Kaufhäusern zu bestreiten. Dabei gehen sie stets in der Weise gemeinschaftlich vor, dass A die Waren einsteckt, während B „Schmiere“ steht und nach eventuellen Beobachtern Ausschau hält. Die hier erbeuteten Waren verkaufen sie, sofern sie diese nicht selbst benötigen, an Dritte.

Rechtliche Problematik: Bei der Wegnahme der Waren aus den Kaufhäusern liegt jeweils ein Diebstahl, § 242 StGB, vor. Da A und B dadurch ihren Lebensunterhalt bestreiten, handeln sie gem. § 243 I 2 Nr. 3 StGB auch gewerbsmäßig. Da sie fortgesetzt und jeweils unter Mitwirkung des anderen handeln, hängt eine Bestrafung wegen Bandendiebstahls, § 244 I Nr. 2 StGB, bzw. schweren Bandendiebstahls, § 244a I StGB, allein davon ab, ob man A und B als „Bande“ ansieht. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass, gleichgültig welcher Theorie man folgt, ein bloßer Zusammenschluss mehrerer Personen z.B. zur Begehung einer Tat nicht ausreicht, es muss eine gewisse „Bandenstruktur“ vorhanden sein.

1. Zwei-Personen-Theorie

Vertreter: **Rechtsprechung (früher):** BGHSt 23, 239; 28, 147 (150); 38, 26 (27 f.); BGH MDR 1970, 560; BGH GA 1974, 308; BGH StV 1984, 245; BGH NStZ 1986, 408; BGH NStZ 1996, 495; BGH NStZ 1996, 443; BGH NJW 1998, 2913; vgl. auch RGSt 52, 209 (211); 66, 236 (238); BGH MDR 1967, 369 (zum früheren Begriff der „Vereinigung“).

Aus der Literatur: *Bosch*, JURA 2021, 879 (880 f.); *Corves*, JZ 1970, 156 (158); *Küper/Zopfs*, Rn. 76; *Miehe*, StV 1997, 247 (250); *Schröder*, JR 1970, 388 (389); TüKo-*Bosch*, § 244 Rn. 24; differenzierend *Schild*, GA 1982, 55 (81 f.).

Inhalt: Zwei Personen reichen für eine „Bande“ aus.

Argument: Eine im Vergleich zum normalen Diebstahl erhöhte Gefahr liegt bereits dann vor, wenn zwei Personen tätig werden, da auch sie arbeitsteilig vorgehen können und – z.B. beim schweren Raub, § 250 I Nr. 2 StGB – dem einzelnen Opfer erheblich überlegen sein können. Die erhöhte Gefahr liegt dabei nicht in der Vielzahl der Taten an sich, sondern in der engen Bindung, die die Mitglieder für die Zukunft eingehen und die einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung bilden. Dies kann aber auch und gerade bei einer Zweiergruppe von Spezialisten der Fall sein. – Historisch: früher genügte eine Verbindung „mehrerer“, wofür stets zwei Personen ausreichten; der Gesetzgeber wollte durch die Einführung des Bandenbegriffs hieran nichts ändern. – Das Gesetz selbst erkennt u.a. in § 244 I Nr. 2 StGB die erhöhte Gefährlichkeit an, wenn unter Mitwirkung eines anderen gehandelt wird.

Konsequenz: Ausweitung der Strafbarkeit. So können z.B. auch Ehepartner eine Bande bilden.

Kritik: Eine unterschiedliche Auslegung zum Begriff der „Vereinigung“ in § 129 StGB ist nicht sachgerecht. Hier reichen aber zwei Personen nicht aus.

2. Mehrpersonen-Theorie

Vertreter: **Rechtsprechung (heute):** BGHSt 46, 321

Aus der Literatur: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Heinrich*, § 14 Rn. 60 ff.; *Dreher*, NJW 1970, 1802; *Eisele*, BT II, Rn. 213 ff.; *Erb*, NStZ 1998, 537 (542); *Fischer-Fischer*, § 244 Rn. 34; *Geilen*, JURA 1979, 445 (446); *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 2, Rn. 199; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 244 Rn. 6; LK-*Vogel/Brodowski*, 13. Aufl., § 244 Rn. 59 f.; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 33 Rn. 132; *Mitsch*, BT II, 129 f.; MüKo-*Schmitz*, § 244 Rn. 43 ff.; NK-*Kindhäuser/Hoven*, § 244 Rn. 36; *Otto*, BT, § 41 Rn. 63 f.; *ders.*, JURA 1989, 200 (203); *ders.*, JZ 1993, 559 (566); *Rengier*, BT 1, § 4 Rn. 91; *Schild*, NStZ 1983, 69 (70 - für § 30 I Nr. 1 BtMG); *Schmidhäuser*, BT, 8/37; *Schünemann*, JA 1980, 393 (395); *Seelmann*, JuS 1985, 454 (457); *Tröndle*, GA 1973, 321 (328); *Volk*, JR 1979, 426 (428 f.) *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, BT 2, Rn. 331.

Inhalt: Für eine Bande sind mindestens drei Personen erforderlich.

Argument: Die besondere Gefährlichkeit einer Bande beruht gerade darauf, dass sie aus dem „Korpsgeist“ und der „Gruppendynamik“ einer mehrgliedrigen Vereinigung resultiert, deren Existenz nicht vom Ausscheiden oder Hinzukommen einzelner Mitglieder abhängt. – Für die Gruppendynamik ist ferner kennzeichnend, dass ein Mitglied von den anderen majorisiert werden kann und ein „Ausstieg“ aus der Bande zudem riskanter ist. – Die erhöhte Strafbarkeit bei Bandendelikten zielt erkennbar auf die Bekämpfung organisierter Kriminalität, hiervon kann jedoch bei einem Zusammenschluss von zwei Personen nicht die Rede sein.

Konsequenz: Einschränkung der Strafbarkeit.

Kritik: Eine erhöhte Gefährlichkeit liegt bereits vor, wenn zwei Personen handeln, die Beteiligung eines Dritten erhöht diese Gefährlichkeit nicht typischerweise.

Examinatorium Strafrecht/ BT / Eigentumsdelikte 6 / Betroffensein, Räuberischer Diebstahl – Arbeitsblatt Nr. 45

„Auf frischer Tat betroffen“ im Rahmen des § 252 StGB

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: A ist in die Büroräume der X-GmbH eingedrungen und hat wertvolle Unterlagen sowie Geld aus dem Tresor in seine mitgebrachte Tasche gesteckt. Als er im Begriff ist, die Räumlichkeiten zu verlassen, bemerkt er, dass der nichtsahnende Nachtportier N gerade die Eingangstüre des Gebäudes aufschließt. A versteckt sich rasch hinter der ersten Bürotür und schlägt N, als dieser die Türe passieren will, mit einem schweren Kristallaschenbecher nieder, um unerkannt mit der Beute fliehen zu können. N hatte die Anwesenheit des A bis zu diesem Schlag nicht bemerkt und erfährt davon erst, als er am nächsten Tag mit einer schweren Kopfverletzung im Krankenhaus erwacht.

Rechtliche Problematik: Neben einer gefährlichen Körperverletzung, § 224 I Nr. 2, 5 StGB, und einem besonders schweren Fall des Diebstahls, §§ 242, 243 I 2 Nr. 1 und Nr. 2, stellt sich die Frage, ob A wegen eines räuberischen Diebstahls, § 252 StGB, zu bestrafen ist. Dies hängt davon ab, ob N den A „auf frischer Tat betroffen“ hat, obwohl er ihn bis zum Zeitpunkt der Gewaltanwendung nicht bemerkt hatte.

1. Wahrnehmungstheorie

Vertreter: *Dreher*, MDR 1976, 529; *Fezer*, JZ 1975, 609; *Geppert*, JURA 1990, 552 (556 f.); *Krey*, ZStW 101 (1989), 838 (849); LK-*Vogel/Burchard*, 13. Aufl., § 252 Rn. 33 f.; *Mitsch*, BT 2, 559 ff.; MüKo-*Sander*, § 252 Rn. 10 f.; *Schmidhäuser*, 8/58; *Schnarr*, JR 1979, 314; *Seelmann*, JuS 1986, 201 (206); *Seier*, JuS 1979, 336 (338).

Inhalt: „Auf frischer Tat betroffen“ ist nur, wer bei einem Diebstahl wahrgenommen wird.

Argument: Wortlautgrenze: „Betroffen“ sein kann nur derjenige, der wahrgenommen wird. Dies kann dann nicht mehr der Fall sein, wenn der Täter dem Betroffensein durch die Gewaltanwendung zuvorkommt und dadurch das „Betroffensein“ gerade verhindert. Andernfalls läge eine verbotene Analogie zuungunsten des Täters vor.

Konsequenz: Gewaltanwendung im Rahmen eines Diebstahls muss nicht notwendig zu einer Raubstrafe führen.

Kritik: Der Täter, der das Opfer aus dem Hinterhalt überfällt, wird gegenüber demjenigen, der mit ihm offen konfrontiert wird, unzulässigerweise privilegiert. Ferner ist es nicht einzusehen, warum derjenige, der kleinere Gegenstände wegnimmt (Diebstahl in der Regel vollendet), gegenüber demjenigen, der größere Gegenstände entwendet (Wegnahme in der Regel noch nicht vollendet, daher Bestrafung wegen Raubes, § 249 StGB), privilegiert wird.

2. Objektive Theorie

Vertreter: **Rechtsprechung:** BGHSt 26, 95; vgl. aber auch BGHSt 28, 224 (227).

Aus der Literatur: *Blei*, § 58 III 1; *Eisele*, BT II, Rn. 406 f.; *Geilen*, JURA 1980, 43; K*rey/Hellmann/ Heinrich*, BT 2, Rn. 346 f.; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 252 Rn. 4; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 35 Rn. 41; *Otto*, § 46 Rn. 54 f.; NK-*Kindhäuser/Hoven*, § 252 Rn. 8 f.; *Perron*, GA 1989, 145 (163); *Rengier*, BT 1, § 10 Rn. 15 ff.; *Schünemann*, JA 1980, 398; SK-*Sinn*, § 252 Rn. 9 ff.; TüKo-*Bosch*, § 252 Rn. 4; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, BT 2, Rn. 451.

Inhalt: „Auf frischer Tat betroffen“ sein kann auch derjenige, der dem Bemerktwerden durch seine Gewaltanwendung zuvorkommt.

Argument: Es muss jede Gewaltanwendung von § 252 erfasst werden, die sich zeitlich und räumlich an die Begehung eines Diebstahls anschließt und der Beutesicherung dient. Allein durch eine solche Auslegung des „Betroffenseins“ wird gewährleistet, dass die erhöhte Gefährlichkeit einer Gewaltanwendung im Zusammenhang mit einem Diebstahl entsprechend geahndet wird. Es kann hier nicht darauf ankommen, ob das Opfer den Täter kurzfristig wahrnimmt oder nicht, wenn feststeht, dass der Täter in jedem Falle Gewalt angewendet hätte. Im Gegenteil erhöht sich die Gefährlichkeit für das Opfer sogar noch, wenn es den Täter zuvor nicht wahrgenommen hat und insoweit auch keine Verteidigungsbereitschaft besitzt.

Konsequenz: Gewaltanwendung im Rahmen eines Diebstahls führt regelmäßig zu einer Raubstrafe.

Kritik: Die Grenze zulässiger Wortlautauslegung wird überschritten. Auch würde das Merkmal des „Betroffenseins“ seine eigenständige Funktion verlieren, wenn jede Gewaltanwendung hier zu einer Bestrafung nach § 252 StGB führen würde.

Examinatorium Strafrecht / BT / Vermögensdelikte 1 / Raub - Räuberische Erpressung – Arbeitsblatt Nr. 46

Abgrenzung Raub – Räuberische Erpressung

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: Samstagabends fällt O zumeist dadurch auf, dass er sich neben seinem roten Ferrari, den er mit laufendem Motor vor einer Dorfdiskothek abgestellt hat, zur Schau stellt. Dies weiß T, der seinerseits seiner neuen Geliebten G mit einer Spazierfahrt imponieren möchte. Mit gezückter Waffe geht er auf O zu, brüllt ihn an, er solle keine Zicken machen, in zwei Stunden komme er wieder, setzt sich in den Ferrari und braust los. Aus Angst, der T könnte tatsächlich schießen, lässt O ihn gewähren. Nachdem T mit G zwei Stunden spazieren gefahren ist, stellt er, wie angekündigt, den Ferrari wieder vor der Diskothek ab.

Rechtliche Problematik: Umstritten ist hier die Frage, ob sich T wegen einer schweren räuberischen Erpressung, §§ 255, 253, 250 II Nr. 1 StGB strafbar gemacht hat. Schwerer Raub, §§ 249, 250 II Nr. 1 StGB, scheidet – trotz Vorliegens des objektiven Tatbestandes – mangels Zueignungsabsicht aus. Bei der Beurteilung kommt es darauf an, ob sich die Tatbestände von § 249 StGB und § 253 StGB gegenseitig ausschließen.

1. Theorie der Spezialität des Raubes (§ 253 StGB als Grundtatbestand)

Vertreter: **Rechtsprechung:** vgl. RGSt 4, 429 (432); 25, 435; 55, 239 (240); BGHSt 7, 252; 14, 386 (390); 25, 224 (228); 32, 888; 41, 123 (125)

Aus der Literatur: *Blei*, § 64 I; *Geilen*, JURA 1980, 51; *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 2, Rn. 488 ff.; LK-*Vogel/Burchard*, 13. Aufl., Vor §§ 249 ff Rn. 67 (i. Erg., wenn auch die „Spezialität" verneint wird); *Lüderssen*, GA 1968, 257; *Schünemann*, JA 1980, 486; *Seelmann*, JuS 1982, 914; *Seier*, JA 1984, 441 f.; SSW-*Kudlich*, Vor §§ 249 ff. Rn. 7 ff.

Inhalt: §§ 253, 255 StGB setzen keine (freiwillige) Vermögensverfügung des Opfers voraus. Ausreichend ist jede durch ein Nötigungsmittel verursachte Vermögensbeschädigung. Insofern ist auch die Duldung der Wegnahme tatbestandsmäßig. Hieraus folgt, dass §§ 253, 255 StGB als Grundtatbestand anzusehen ist, § 249 StGB hingegen – bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen – als Qualifikation.

Argument: Nur auf diese Weise kann durch das Vermögensstrafrecht ein lückenloser Rechtsschutz gegen sämtliche in Bereicherungsabsicht gewaltsam herbeigeführten Vermögensbeschädigungen erreicht werden. Es darf keine Rolle spielen, ob der Täter sich den Besitz gewaltsam dadurch verschafft, dass er die Sache wegnimmt oder sich geben lässt. Die Duldung müsse in § 253 StGB in gleicher Weise ausgelegt werden wie in § 240 StGB.

Konsequenz: Eine mit Raubmitteln erzwungene Wegnahme löst über §§ 255, 253 StGB auch dann den Strafrahmen des Raubes aus, wenn es an der für den Raub notwendigen Zueignungsabsicht fehlt.

Kritik: Es kommt zu einer weitgehenden Überschneidung von Vermögens- und Eigentumsdelikten; § 249 StGB wäre an sich überflüssig. Es ist ferner nicht einleuchtend, warum der Raub als Spezialtatbestand den gleichen Strafrahmen haben soll wie die räuberische Erpressung. Die gesetzgeberische Wertung, die gewaltsame Wegnahme ohne Zueignungsabsicht nicht als Raub zu bestrafen, wird unterlaufen.

2. Theorie der tatbestandlichen Exklusivität (§ 253 StGB als Selbstschädigungsdelikt)

Vertreter: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Heinrich*, § 17 Rn. 15 ff.; *Biletzki*, JURA 1995, 637; *Eisele*, BT II, Rn. 759 ff.; *Fischer-Fischer*, § 253 Rn. 14; *Hohmann*, JuS 1994, 864; *Krack*, JuS 1996, 497; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 253 Rn. 3; LK-*Lackner*, 10. Aufl., § 253 Rn. 7 ff.; MüKo-*Sander,* § 253 Rn. 13 ff.; *Tag*, JuS 1996, 909; TüKo-*Bosch*, § 253 Rn. 8; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, BT 2, Rn. 808 f.

Inhalt: Die (räuberische) Erpressung erfordert als Selbstschädigungsdelikt eine (freiwillige) Vermögensverfügung des Opfers (ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal).

Argument: Einheitliche Struktur der Eigentums- und Vermögensdelikte. Auch bei der Abgrenzung von Betrug (Selbstschädigungsdelikt) und Diebstahl (Fremdschädigungsdelikt) schließen sich Vermögensverfügung und Wegnahme gegenseitig aus. Auch hier ist der bloße Besitzentzug nur dann strafbar, wenn er durch Täuschung (Betrug), nicht aber wenn er durch Wegnahme (Gebrauchsanmaßung, kein Diebstahl) erfolgt ist.

Konsequenz: Raub (Wegnahme) und räuberische Erpressung (Vermögensverfügung) schließen sich gegenseitig aus. Fehlt es beim Raub an der Zueignungsabsicht, kommt lediglich eine Strafbarkeit nach §§ 240, 223 bzw. 248b StGB in Betracht.

Kritik: Der Wortlaut von §§ 253, 255 StGB erfordert keine Vermögensverfügung. Auch eine Parallele zur Nötigung zeigt, dass hier die bloße Duldung bei vis absoluta ausreichen muss.

Folgeproblem: Da nach der Theorie der Spezialität des Raubes jedenfalls eine Bestrafung nach §§ 253, 255 StGB oder § 249 StGB stattfindet, kann bei der weiteren Abgrenzung strikt auf das äußere Erscheinungsbild abgestellt werden (vgl. BGHSt 7, 252 [255]), während nach der Theorie der tatbestandlichen Exklusivität die innere Willensrichtung des Genötigten mitentscheidend ist. Auch eine erzwungene Weggabe kann daher (mangels „freiwilliger" Vermögensverfügung) im Einzelfall noch eine Wegnahme darstellen.

Examinatorium Strafrecht / BT / Vermögensdelikte 2 / Vermögensbegriff – Arbeitsblatt Nr. 47

Der Vermögensbegriff beim Betrug, § 263 StGB

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: A besucht am Samstagvormittag den Berufskiller P, den er mit der „Entsorgung" seiner Ehefrau beauftragt hat und den er für seine Dienste mit Falschgeld entlohnt. Danach begibt er sich auf den Flohmarkt und erwirbt dort von D eine antike Vase, die er mitnimmt. Allerdings spiegelt er D vor, im Moment kein Geld bei sich zu haben, weswegen er den Kaufpreis am nächsten Montag auf das Konto des D überweisen werde. D lässt sich darauf ein. Allerdings hat A nie vorgehabt, die Vase zu bezahlen. Wie sich später herausstellt, war die Vase jedoch tags zuvor von D bei einem Einbruch entwendet worden.

Rechtliche Bewertung: Ob A (neben einem Geldfälschungsdelikt und der Anstiftung zum Mord) wegen Betruges, § 263 StGB, zu bestrafen ist, hängt davon ab, ob P und D einen Vermögensschaden erlitten haben. Während der schuldrechtliche Vertrag mit P wegen § 138 I BGB sittenwidrig und daher nichtig ist, ist ein Kaufvertrag mit D zustande gekommen (selbst wenn beide Seiten ihre Leistungen hieraus nicht erbringen konnten oder wollten). Allerdings hat P seine Dienste, die „üblicherweise" auch einen Marktwert haben, erbracht und dem D steht ein – allerdings einredebehafteter – Kaufpreisanspruch zu. Zudem ist auch fraglich, ob nicht auch A dadurch, dass er das Eigentum an der Vase nicht erwerben konnte, D allerdings einen Kaufpreisanspruch ihm gegenüber besitzt, einen Vermögensschaden erlitten hat (wenn nicht wäre hier allerdings versuchter Betrug zu prüfen).

1. Juristischer Vermögensbegriff

Vertreter: *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, BT, Bd. 1, 2. Aufl. 1902, S. 238 ff.; *Gerland*, Deutsches Reichsstrafrecht, 1922, S. 437; vgl. auch RGSt 3, 333; 27, 300; 37, 31.

Inhalt: Vermögen ist die Summe der von der Rechtsordnung anerkannten und durchsetzbaren Vermögensrechte und Vermögenspflichten einer Person ohne Rücksicht auf ihren wirtschaftlichen Wert.

Argument: „Vermögen" ist ein reiner Rechtsbegriff. Der Betrug ist als „Rechtsraub" anzusehen, der dem Betrogenen die Möglichkeit nimmt, sein Recht geltend zu machen. Wie beim Diebstahl auch, kommt es nicht darauf an, ob die „Sache" einen wirtschaftlichen Wert besitzt.

Konsequenz: Zum Vermögen zählt nicht, worüber der Geschädigte nur eine tatsächliche, nicht aber eine rechtliche Verfügungsfähigkeit besitzt. Dabei muss die Verfügungsfähigkeit rechtlich anerkannt sein. Andererseits werden aber auch wirtschaftlich wertlose Rechte geschützt.

Kritik: Der Vermögensbegriff ist zu eng. Es darf kein strafrechtlich ungeschütztes Vermögen geben. Exspektanzen, der Besitz, die Arbeitskraft etc. können – da keine „Rechte" – ebenso wenig erfasst werden wie reine Vermögensgefährdungen.

2. Wirtschaftlicher Vermögensbegriff

Vertreter: **Rechtsprechung:** RGSt 44, 230; 65, 3; BGHSt 1, 264; 2, 365; 3, 102; 8, 256; 15, 85; 16, 220; 34, 203; 38, 186.

Aus der Literatur: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Heinrich*, § 20 Rn. 15 ff.; *Fahl*, JA 1995, 199 (205); *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 2, Rn. 669 ff.; *Schmoller*, ZStW 103 (1991), 132; *ders.*, JZ 1991, 117; *Wöhrmann*, NStZ 1990, 343.

Inhalt: Vermögen ist die Gesamtheit der wirtschaftlichen (geldwerten) Güter einer Person ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Anerkennung.

Argument: Der materielle Kern des Rechtsguts Vermögen wurzelt im wirtschaftlichen Bereich und ist daher nur durch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise erfassbar. Strafrechtlich ungeschütztes Vermögen darf es nicht geben.

Konsequenz: Einen Schaden erleidet (nur) der, der im Ergebnis tatsächlich ärmer wird.

Kritik: Der strafrechtliche Vermögensbegriff darf sich nicht in Widerspruch zur sonstigen Rechtsordnung setzen. – Durch die rein objektive Bestimmung können individuelle Schadenseinschläge (Bsp.: Zweckverfehlung) nicht ohne Systembruch erfasst werden.

3. Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff

Vertreter: *Bergmann/Freund*, JR 1991, 357; *Blei*, § 60 III 2b; *Eisele*, BT II, Rn. 605 ff.; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 263 Rn. 33 ff.; *Lenckner*, NStZ 1983, 410; LK-*Kubiciel/Tiedemann*, § 263 Rn. 132; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 41 Rn. 98 ff.; *Renzikowski*, GA 1992, 174 f.; SK-*Hoyer*, § 263 Rn. 115 ff.; SSW-*Satzger*, § 263 Rn. 150, 152; TüKo-*Perron*, § 263 Rn. 82 f.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, BT 2, Rn. 595, 598 ff.; vgl. aber auch BGHSt 31, 178.

Inhalt: Vermögen ist die Gesamtheit der wirtschaftlichen Güter einer Person, die ihrer rechtlich geschützten und gebilligten Verfügungsgewalt unterliegen.

Argument: Der Begriff des Vermögens entstammt zwar dem wirtschaftlichen Bereich, er darf jedoch nicht völlig unabhängig von rechtlichen Normen gestellt werden. Faktisch vielleicht realisierbare, aber rechtlich missbilligte Positionen müssen daher ausscheiden, da die Rechtsordnung sonst widersprüchlich wäre.

Konsequenz: Der Verlust einer rechtlich nicht geschützten oder einer rechtlich missbilligten Position ist nicht erfasst.

Kritik: Auch hier sind Widersprüche in der Rechtsordnung nicht zu vermeiden, da rechtlich nicht geschützte Güter (Diebesbeute, Lohn des Auftragsmörders) zwar gegen Wegnahme (§ 242 StGB), nicht aber gegen Erpressung oder Betrug geschützt wären.

4. Personaler Vermögensbegriff

Vertreter: *Alwart*, JZ 1986, 564 f.; *Geerds*, JURA 1994, 320; *Hansen*, JURA 1990, 510 (513); *Hardwig*, GA 1956, 17; *Labsch*, JURA 1987, 416; *Otto*, JZ 1993, 656; *ders.*, JURA 1993, 425; *Schmidhäuser*, BT, 11/1-4.

Inhalt: Vermögen ist die wirtschaftliche „Potenz" des Vermögensträgers, die auf der Herrschaft über solche Objekte beruht, die in der Rechtsgemeinschaft als Objekte des Wirtschaftsverkehrs angesehen werden.

Argument: § 263 StGB soll den Schutz der wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten des Individuums gewähren. Daher ist nicht der objektive Geldwert, sondern der persönliche Gebrauchswert eines Gutes entscheidend. Nur so kann auch die wirtschaftliche Zweckverfehlung zwanglos erfasst werden.

Konsequenz: Es muss in Zweifelsfällen eine individuelle Schadensberechnung erfolgen.

Kritik: Durch das Abstellen auf eine individuelle Schadensberechnung wird der Begriff noch unbestimmter. Es wird nicht nur das Vermögen, sondern auch die Dispositionsfreiheit geschützt.

Examinatorium Strafrecht / BT / Aussagedelikt 1 / Begriff der falschen Aussage – Arbeitsblatt Nr. 48

„Falschheit“ der Aussage bei §§ 153 ff. StGB

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: Z sagt als Zeuge in der strafrechtlichen Hauptverhandlung unter Eid aus, er habe den Täter am 1. Juni letzten Jahres in der Kneipe „Zum feuchten Affen“ gesehen. Dabei geht er von der Richtigkeit seiner Aussage aus, hätte aber bei genauerer Überlegung unschwer erkennen können, dass er den Angeklagten an besagtem Ort erst am 3. Juni getroffen hat, da sie an diesem Tag dort gemeinsam ein Fußball-Länderspiel angeschaut haben, ein Umstand, den Z jedoch in seiner Aussage vergaß zu erwähnen. – In einem weiteren Verfahren schwört Z dann, den Angeklagten am 3. Juni dort gesehen zu haben. Er macht dies, weil er den Angeklagten decken will, obwohl er – fälschlicherweise – davon überzeugt ist, ihn dort nur am 1. Juni gesehen zu haben.

Rechtliche Problematik: Wegen Meineids, § 154 StGB, macht sich strafbar, wer vor Gericht „falsch“ schwört. Welche – subjektiven und objektiven – Kriterien hier an den Begriff der „Falschheit“ zu stellen sind, ist allerdings umstritten.

1. Subjektive Theorie

Vertreter: **Rechtsprechung (alt):** RGSt 61, 159; 65, 22 (27); 68, 278 (282); OLG Bremen NJW 1960, 1827.

Aus der Literatur: LK-*Willms*, 10. Aufl., vor § 153 Rn. 9 ff.; *Schaffstein*, JW 1938, 146.

Inhalt: Eine Aussage ist falsch, wenn sie dem subjektiven Vorstellungsbild des Aussagenden widerspricht (Widerspruch zwischen Wort und Wissen).

Argument: Menschliche Wahrnehmung von Tatsachen ist stets subjektiv. Nur diese subjektive Vorstellung, nicht aber die objektive Wirklichkeit ist abrufbar, sonst würde der Staat von einem Zeugen Unmögliches verlangen und mit der Indizwirkung der Erfüllung des objektiven Tatbestandes belegen. – Nach dem Wortlaut des § 64 StPO muss der Zeuge beeiden, er habe „nach bestem Wissen“ ausgesagt.

Konsequenz: Bereits im objektiven Tatbestand sind subjektive Kriterien zu berücksichtigen. – Sagt der Täter ungewollt die Wahrheit, obwohl er eigentlich lügen wollte, ist er dennoch wegen eines vollendeten Delikts zu bestrafen. – Ist die Aussage „falsch“, dann entfällt auch § 161 StGB, die Fahrlässigkeitsbestrafung, da auch sie eine „falsche“ Aussage voraussetzt.

Kritik: Durch die Aussagedelikte sollen nicht Verstöße gegen den Anstand, Moral sowie Treu und Glauben, sondern nur Verstöße gegen die Wahrheit verhindert werden, da nur diese das Rechtsgut der Rechtspflege beeinträchtigen. – Nach dieser Theorie ist § 160 StGB nicht erklärbar, beim Versuch und bei der Fahrlässigkeit führt sie zu unbefriedigenden Ergebnissen.

2. Objektive Theorie

Vertreter: **Rechtsprechung (neu):** BGHSt 7, 147 (148); OLG Koblenz NStZ 1984, 551.

Aus der Literatur: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Hilgendorf*, § 47 Rn. 36, 40 ff.; *Dölling/Duttge/König/Rössner-Heinrich*, § 153 Rn. 14 ff.; *Eisele*, BT I, Rn. 1360 ff.; Fischer-*Fischer*, § 153 Rn. 4; *Hilgendorf*, GA 1993, 554; *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 1, Rn. 840; *Küpper/Börner*, BT 1, § 7 Rn. 4 ff.; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, Vor § 153 Rn. 3; *Matt/Renzikowski-Norouzi,* § 153 Rn. 4; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 2, § 75 Rn. 14 ff.; SSW-*Sinn*, § 153 Rn. 8; TüKo-*Bosch/Schittenhelm*, Vor §§ 153 ff. Rn. 6; *Wolf*, JuS 1991, 177.

Inhalt: Eine Aussage ist falsch, wenn sie mit dem objektiven Geschehen nicht übereinstimmt (Widerspruch zwischen Wort und Wirklichkeit).

Argument: Nur eine objektiv falsche Aussage gefährdet die Rechtspflege. – Auch § 160 StGB geht von einem objektiven Begriff der Falschheit aus, denn der hierin genannte „falsche“ Eid ist ein solcher, den der Schwörende subjektiv für wahr hält.

Konsequenz: Sagt der Täter ungewollt die Wahrheit, obwohl er eigentlich lügen wollte, ist er nur wegen Versuchs zu bestrafen. Sagt er objektiv die Unwahrheit, subjektiv aber die Wahrheit, liegt eine falsche Aussage vor, es entfällt aber der Vorsatz. Eine Fahrlässigkeitsbestrafung, § 161 StGB, ist jedoch möglich.

Kritik: Der Zeuge soll subjektives Wissen, nicht objektive Wirklichkeit kundtun. Insbesondere wenn er denkt, Standpunkt „A“ sei objektiv richtig, aber subjektiv mehr von Standpunkt „B“ überzeugt ist, ist die objektive Theorie vom Ergebnis her unschlüssig, da der Zeuge dann eigentlich den Standpunkt „B“ aussagen müsste. – Soll der Zeuge ausdrücklich von seiner Überzeugung bzw. seinem Eindruck berichten, gibt es an sich schon keine „objektive“ Wirklichkeit.

3. Pflichttheorie

Vertreter: *Otto*, BT, § 97 Rn. 7 ff.; *ders.*, JuS 1984, 161; *ders.* JURA 1985, 383; *Schmidhäuser*, BT, 23/10.

Inhalt: Eine Aussage ist falsch, wenn der Aussagende dadurch seine prozessuale Wahrheitspflicht verletzt, d.h. seine Pflicht, das wiederzugeben, was er bei kritischer Prüfung seines Erinnerungs- und Wahrnehmungsvermögens hätte reproduzieren können (Widerspruch zwischen Wort und Pflicht).

Argument: Nur eine pflichtgemäße, nicht eine (vielleicht nur zufällig) objektiv richtige oder lediglich subjektiv so gemeinte Aussage ist eine geeignete Grundlage für die richterliche Beweiswürdigung. Entscheidend ist also nicht, was der Zeuge denkt, sondern was von ihm erwartet werden kann. – Die Erforschung der „objektiven“ Wahrheit obliegt dem Gericht und ist nicht Sache des Zeugen.

Konsequenz: Elemente der Pflichtwidrigkeit sind im Rahmen des objektiven Tatbestandsmerkmals „falsch“ zu prüfen.

Kritik: Es werden die Kriterien „Sorgfaltspflichtwidrigkeit“ und „Falschheit der Aussage“ vermengt. Beide Probleme sind jedoch getrennt zu untersuchen, da sie auch sonst nichts miteinander zu tun haben. – Hiernach wird der bewusst fahrlässig handelnde Zeuge (derjenige, der weiß, dass seine Aussage unrichtig sein kann, aber darauf vertraut, sie werde schon richtig sein) wegen eines Vorsatzdeliktes bestraft.

Examinatorium Strafrecht / BT / Aussagedelikte 2 / Beihilfe durch Unterlassen – Arbeitsblatt Nr. 49

Meineidsbeihilfe (durch Unterlassen) bei fremden Zeugenaussagen

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: A verursachte einen Verkehrsunfall dadurch, dass er in eine Straßenkreuzung einfuhr, obwohl die Ampel „Rot" zeigte. Sowohl er als auch seine Mitfahrer, die Verlobte B sowie seine Freunde C und D, hatten diese zuvor auch wahrgenommen. Bei der anschließenden Schadensersatzklage des Geschädigten O behauptet A, die Ampel habe „Grün" gezeigt. Daraufhin benennt der Geschädigte O die Mitfahrer B und C als Zeugen. C wendet sich zuvor an A und meint, zu seinen Gunsten würde er die Unwahrheit sagen, worauf A dem C auf die Schulter klopft und meint, von guten Freunden würde er dies auch erwarten. Um seine Situation zu verbessern, benennt A seinerseits nun auch noch den D als Zeugen, wobei er – ohne Absprache mit diesem – davon ausgeht, auch dieser würde zu seinen Gunsten die Unwahrheit sagen. In der Hauptverhandlung sagen sowohl B als auch C und D wider besseres Wissen und unter Eid aus, die Ampel habe „Grün" gezeigt. A unternimmt dagegen nichts.

Rechtliche Problematik: Fraglich ist, ob sich A durch die Benennung des D wegen einer Anstiftung zum Meineid, §§ 154, 26 StGB, durch die Unterstützung des C wegen Beihilfe zum Meineid, §§ 154, 27 StGB, und durch das Nichteinschreiten in der Hauptverhandlung in allen drei Fällen wegen Beihilfe zum Meineid durch Unterlassen, §§ 154, 27, 13 StGB, strafbar gemacht hat. Im letzteren Fall könnte sich die notwendige Garantenstellung bei B aus dem Verlöbnis, bei C aus der „Absprache" und bei D aus der Zeugenbenennung, in allen drei Fällen zudem auch aus dem bloßen Bestreiten einer objektiv wahren Tatsache (Rote Ampel) ergeben.

1. Verhinderungstheorie

Vertreter: **Rechtsprechung (frühere):** RGSt 70, 82 (84); 72, 20 (22 f.); 74, 38 (39 f.); 74, 283 (285); 75, 271 (274); BGHSt 1, 22 (27); 3, 18; 4, 217 (218 f.).

Teilweise ältere Literatur: *Dahm*, DR 1941, 1994; *Meister*, MDR 1948, 92 f.; *Mittelbach*, DR 1940, 2234; *Schaffstein*, JW 1938, 578; *Schickert*, DR 1940, 2058; *Wolf*, ZAkDR 1938, 351.

Inhalt: Eine Pflicht, die Falschaussage eines Zeugen zu verhindern, besteht bereits dann, wenn eine Partei selbst den Zeugen zur Bestätigung einer unwahren Behauptung benennt oder durch wahrheitswidriges Bestreiten die Vernehmung eines Zeugen veranlasst (selbst wenn dieser vom Gegner benannt wurde).

Argument: Wer durch eine falsche Aussage oder sein sonstiges Verhalten als Partei für einen Zeugen die Gefahr herbeiführt, falsch auszusagen, muss diese Falschaussage verhindern. Dabei ergibt sich im Zivilprozess die Wahrheitspflicht bereits aus § 138 ZPO. – Man muss eher Sühne für eigenes Unrecht auf sich nehmen als tatenlos zusehen zu dürfen, wie neues Unrecht, welches man selbst gefördert hat, entsteht.

Konsequenz: Der Strafbarkeitsbereich wird weit ausgedehnt.

Kritik: Es ist für eine Prozesspartei unzumutbar, dass sie eine für sich günstige Situation nicht ausnutzen darf. § 138 ZPO, der ohnehin nur im Zivilprozess gilt, will zwar die Wahrheit fördern, bedroht einen Verstoß hiergegen aber nicht mit Strafe. Eine Pönalisierung über den „Umweg" der Beihilfe durch Unterlassen widerspricht der gesetzgeberischen Wertung.

2. Risikoerhöhungstheorie

Vertreter: **Rechtsprechung (neuere):** BGHSt 2, 129 (133 f.); 4, 327 (328 ff.); 6, 322 (323); 14, 229 (230); 17, 321 (323 f.); BGH NStZ 1993, 489.

Aus der Literatur: *Blei*, § 107 VI; *Ebert*, JuS 1970, 402; *Fischer-Fischer*, § 154 Rn. 17; *Küpper/Börner*, BT 1, § 7 Rn. 30; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 2, § 75 Rn. 80 ff.; *Welzel*, § 28 A i 4a – Enger, d.h. gerade auf ein auf eine spätere Falschaussage bezogenes pflichtwidriges Vorverhalten abstellend: LK-*Wolters/Ruß*, 13. Aufl., § 154 Rn. 17 ff.; *Otto*, BT, § 97 Rn. 74 ff.; SK-*Zöller*, Vor § 153 Rn. 52 ff.; vgl. diff. auch MüKo-*H. E. Müller*, § 153 Rn. 101 ff.

Inhalt: Eine Pflicht, die Falschaussage eines Zeugen zu verhindern, besteht nur dann, wenn eine Partei den Zeugen in eine dem Prozess nicht mehr eigentümliche („prozessinadäquate") Gefahr der Falschaussage gebracht hat. Wahrheitswidriges Bestreiten oder die bloße Zeugenbenennung reichen hierfür nicht aus.

Argument: Eine Garantenstellung dahingehend, den Zeugen vor einer Falschaussage zu schützen, besteht nur dann, wenn man eine besondere, über das normale Maß hinausgehende Gefahr geschaffen hat. Bei bloßer Zeugenbenennung und wahrheitswidrigem Bestreiten liegt eine „Normalsituation" vor, in der das Eigenverantwortlichkeitsprinzip überwiegt.

Konsequenz: Es ist eine Einzelfallprüfung erforderlich, ob der Täter eine über das übliche Maß hinausgehende Gefahr geschaffen hat.

Kritik: Es besteht kein praktisches Bedürfnis, da die Fälle der prozessinadäquaten Risikosteigerung in aller Regel bereits als Anstiftung oder Beihilfe durch aktives Tun erfasst werden können. Wenn diese nicht nachweisbar ist, nähert sich die Bestrafung wegen Unterlassens der Verdachtsstrafe. – Der Begriff der prozessinadäquaten Risikosteigerung ist zu unbestimmt.

3. Eigenverantwortlichkeitstheorie

Vertreter: *Bockelmann*, NJW 1954, 697; *Dölling/Duttge/König/Rössner-Heinrich*, § 153 Rn. 40 ff.; *B. Heinrich*, JuS 1995, 1115 (1120); *Joecks/Jäger*, Vor § 153, Rn. 9 ff.; *Kelker*, JURA 1996, 98; *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 1, Rn. 871 ff.; SSW-*Sinn*, § 153 Rn. 26; *Tenter*, wistra 1994, 247; TüKo-*Bosch/Schittenhelm*, Vor §§ 153 ff. Rn. 40; vgl. auch *Prittwitz*, StV 1995, 274 f.; *Seebode*, NStZ 1993, 83.

Inhalt: Eine Pflicht, die Falschaussage eines „mündigen" Zeugen zu verhindern, besteht nicht.

Argument: Eine Garantenpflicht entsteht nicht durch bloße Gefahrschaffung, sondern nur durch pflichtwidriges Verhalten. Hier hat es aber allein der Zeuge in der Hand, wie er aussagt, er ist nicht „Werkzeug" der Prozesspartei. Erst durch seine Aussage, nicht aber durch die Benennung oder Nichthinderung wird die Rechtspflege gefährdet. Zudem würde der „Garant" sonst gezwungen sein, durch ein Einschreiten sich selbst der Gefahr einer Verfolgung wegen Anstiftung zur Falschaussage auszusetzen – dies würde sein Schweigerecht jedoch unzumutbar einschränken.

Konsequenz: Eine Beihilfestrafbarkeit durch Unterlassen wegen Nichthinderung einer fremden Zeugenaussage scheidet aus.

Kritik: Die Prozesspartei kann problemlos unwahre Behauptungen aufstellen und durch eigenes Verhalten auch die Gefahr schaffen, dass diesen Behauptungen Glauben geschenkt wird.

Examinatorium Strafrecht / BT / Straßenverkehrsdelikte / Einverständliche Gefährdung – Arbeitsblatt Nr. 50

§ 315c StGB trotz einverständlicher Gefährdung des Mitfahrers?

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: A möchte, wie jeden Samstagabend, in erkennbar betrunkenem Zustand (Blutalkoholgehalt 2,0 Promille) mit seinem PKW von der Disco nach Hause fahren. Als er gerade im Begriff ist, in seinen PKW einzusteigen, eilt sein Freund und Zechkumpan B herbei und bittet den A, ob er ihn nicht mit dem Auto ein Stückchen mitnehmen könne, es sei ihm auch gleichgültig, dass A „offiziell" sicher nicht mehr fahrtüchtig sei, was A auch zugibt. Auf der Heimfahrt kommt A infolge des Alkoholgenusses von der Straße ab und fährt auf einen Baum. Wie durch ein Wunder bleibt B unverletzt.

Rechtliche Problematik: A hat im Straßenverkehr ein Fahrzeug geführt, obwohl er infolge des Genusses alkoholischer Getränke nicht mehr in der Lage war, dieses sicher zu führen (hier: absolute Fahruntauglichkeit). Die Frage, ob er nach § 315c III Nr. 1 StGB oder „nur" nach § 316 I StGB zu bestrafen ist, hängt davon ab, ob er durch die Tat Leib oder Leben eines anderen Menschen gefährdet hat. Dies ist in der Person des B zwar der Fall, umstritten ist aber, ob dies ausreicht, da B sich in Kenntnis der Fahruntauglichkeit des A in dessen PKW gesetzt hat und somit in die Gefährdung einwilligte. Denn, wenn § 315c StGB auch oder gar in erster Linie die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Straßenverkehrs schützt, ist die Möglichkeit der Einwilligung zumindest fraglich.

1. Indisponibilitätstheorie

Vertreter: **Rechtsprechung:** BGHSt 6, 232 (234); 23, 261; OLG Karlsruhe NJW 1967, 2321; OLG Stuttgart NJW 1976, 1904.
Aus der Literatur: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Hilgendorf*, § 38 Rn. 43 f.; *Dölling/Duttge/König/Rössner-Quarch*, § 315c Rn. 20; *Fischer-Fischer*, § 315c Rn. 17; *Jescheck/Weigend*, § 34 III 4; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 315c Rn. 32; LK-*König*, 13. Aufl., § 315c Rn. 199; *Schaffstein*, Welzel-FS 1974, S. 557 (574); SSW-*Ernemann/Höltkemeier/Lafleur*, § 315c Rn. 29; *Wessels/Hettinger/Engländer*, BT 1, Rn. 1003.

Inhalt: Die Einwilligung des Gefährdeten schließt die Strafbarkeit des Täters nach § 315c StGB nicht aus.

Argument: Rechtsgutsargumentation: § 315c StGB schützt die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Straßenverkehrs. Über dieses Rechtsgut kann der Einzelne aber nicht verfügen. Die „Individualgefährdung" eines anderen hat im Rahmen des § 315c StGB lediglich strafbegrenzende Funktion. Sie liegt aber auch dann vor, wenn die Gefährdung infolge der Einwilligung nicht rechtswidrig ist. Denn hinter der konkreten Gefährdung steht die abstrakte Gefährdung einer Vielzahl von Menschen, die von der Einwilligung unberührt bleibt.

Konsequenz: Eine Einwilligung ist unbeachtlich.

Kritik: Wer bewusst in die Gefahr einwilligt, unterbricht den Zurechnungszusammenhang zwischen der gefährlichen Fahrt und der Gefährdung des Mitfahrers. – Wer der Einwilligung keine Bedeutung zumisst, negiert den Umstand, dass § 315c StGB einen kumulativen Rechtsgüterschutz gewährt. Es ist aber ungerecht, die durch die wirksame Einwilligung eintretende Unrechtsminderung pauschal für unbeachtlich zu erklären.

2. Disponibilitätstheorie

Vertreter: BeckOK-*Kudlich*, § 315c Rn. 72 f.; *Blei*, JA 1976, 805 (806); *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 1, Rn. 1323; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 2, § 50 Rn. 7 ff.; *Ostendorf*, JuS 1982, 426 (432); *Rengier*, BT II, § 44 Rn. 19a; *Roxin/Greco*, AT 1, § 13 Rn. 35; *Schroeder*, JuS 1994, 846 (847 f.); *Schulz*, JA 1994, 217 (221 f.); SK-*Wolters*, § 315c Rn. 23; TüKo-*Hecker*, § 315c Rn. 41; vgl. aber auch OLG Hamburg NJW 1969, 336.

Inhalt: Die Einwilligung des Gefährdeten schließt die Strafbarkeit des Täters nach § 315c StGB stets aus.

Argument: Rechtsgutsargumentation: § 315c StGB dient in erster Linie dem Schutz des konkret gefährdeten Rechtsgutes, was sich daraus ergibt, dass die „Sicherheit des Straßenverkehrs" (vgl. § 315b StGB) nicht eigens erwähnt ist und das Merkmal der „Gemeingefahr" gestrichen wurde. – Der Unrechtsschwerpunkt liegt hier gerade in dieser konkreten Gefährdung, was daraus folgt, dass die Varianten des § 315c StGB (außer in § 316 StGB) ohne die Gefährdung nicht mit Kriminalstrafe bedroht sind.

Konsequenz: Eine Einwilligung ist beachtlich.

Kritik: Diese Theorie ist deswegen unpraktikabel, weil man nunmehr abgrenzen müsste, ob eine „Leibesgefahr" (hier wäre eine Einwilligung möglich) oder eine Lebensgefahr (hier wäre eine Einwilligung – nach allerdings umstrittener Ansicht [vgl. *Kühl*, § 17 Rn. 87 f.; TüKo-*Sternberg-Lieben*, Vor §§ 32 ff. Rn. 162 f.] – nicht möglich) vorlag. – Auch wenn in § 315c StGB das Merkmal der „Gemeingefahr" gestrichen wurde, soll durch § 315c StGB dennoch die „Allgemeinheit" geschützt werden.

3. Differenzierende Theorie

Vertreter: *Bickelhaupt*, NJW 1967, 713; *Geppert*, ZStW 83 (1971), 947 (985); *Graul*, JuS 1992, 321 (325); *Hillenkamp*, JuS 1977, 166 (170 f.); *Nestler-Tremel*, StV 1992, 273 (277).

Inhalt: Die Einwilligung des Gefährdeten schließt die Strafbarkeit des Täters nach § 315c StGB dann aus, wenn durch andere Strafnormen (z.B. § 316 StGB) das Rechtsgut der allgemeinen Sicherheit des Straßenverkehrs ausreichend geschützt ist. Greifen ansonsten lediglich die bußgeldrechtlichen Vorschriften der StVO ein, ist dies nicht der Fall.

Argument: Notwendig ist ein differenzierender Ausgleich zwischen einem notwendigen Rechtsgüterschutz der Allgemeinheit und der gerechten Berücksichtigung der durch Einwilligung bewirkten Unrechtsminderung. Wird die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Straßenverkehrs durch subsidiär eingreifende Straftatbestände ausreichend geschützt, bedarf es des Schutzes des § 315c StGB nicht.

Konsequenz: Eine Einwilligung ist dann beachtlich, wenn subsidiäre Strafnormen zur Verfügung stehen.

Kritik: Die Unterscheidung ist hier willkürlich, da die Einordnung des Gesetzgebers, ob ein bestimmtes Fehlverhalten ohne konkrete Gefährdung eine Strafbarkeit begründet, nicht auf § 315c StGB durchschlagen kann.

Examinatorium Strafrecht / BT / Sonstiges 1 /Strafvereitelung – Arbeitsblatt Nr. 51

Bezahlung fremder Geldstrafen als Strafvereitelung, § 258 II StGB

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: A ist Vorsitzender eines Vereins, welcher sich für die Legalisierung sogenannter „harter" Drogen einsetzt. Der Verein wird hauptsächlich durch Spenden finanziert. In einem von A für den Verein verfassten offenen Brief, der in der Stadt S verteilt wird, fordert er die Konsumenten harter Drogen auf, sich offen zu ihrem Drogenkonsum zu bekennen. Sollte es bei den „Bekennern" zu strafrechtlichen Ermittlungen mit anschließender Verurteilung zu einer Geldstrafe kommen, würde der Verein diese Geldstrafe übernehmen. Aufgrund seines Bekenntnisses zum regelmäßigen Drogenkonsum wird B zu einer Geldstrafe in Höhe von 500 Euro verurteilt. Daraufhin überweist A die 500 Euro für B aus dem Vereinsvermögen an die Staatskasse.

Rechtliche Problematik: Neben der Frage einer möglichen (psychischen) Beihilfe zu einer Betäubungsmittelstraftat ist fraglich, ob A als satzungsmäßiger Vertreter des Vereins eine Strafvereitelung in Form der Vollstreckungsvereitelung, § 258 II StGB begeht. Hierbei kommt es darauf an, ob diese Vorschrift sicherstellen will, dass eine Geldstrafe den Verurteilten auch persönlich trifft, oder ob sie lediglich die ordnungsgemäße Beitreibung der Geldstrafe gewährleisten soll.

1. Theorie der Höchstpersönlichkeit der Geldstrafe

Vertreter: **Rechtsprechung (früher):** RGSt 30, 232 (235); vgl. auch OLG Frankfurt StV 1990, 112.

Aus der Literatur: *v. d. Decken*, ZStW 12 (1892), 113; *Hillenkamp*, Lackner-FS 1987, 455 (466 f.); *ders.* JR 1992, 74; *Küpper/Börner*, BT 1, § 8 Rn. 14; *Mitsch*, JA 1993, 304 (vgl. jetzt aber *Mitsch*, NStZ 2020, 249 (251 f.), wie unter 2.); *Zipf*, MDR 1965, 633.

Inhalt: Vollstreckungsvereitelung liegt immer dann vor, wenn für einen anderen die Geldstrafe übernommen wird, so dass sie ihn letzten Endes wirtschaftlich nicht trifft.

Argument: Eine weite Auslegung ist erforderlich, um den Strafzweck zu realisieren. Insofern muss die Höchstpersönlichkeit der Strafwirkung garantiert werden. Die Strafe muss den Täter persönlich treffen. Dies ist nur gewährleistet, wenn eine Drittzahlung in sämtlichen Erscheinungsformen unterbunden wird.

Konsequenz: Sowohl die Hingabe des Geldes als vorherige Schenkung als auch die Bezahlung einer fremden Geldstrafe oder die nachträgliche Erstattung sind tatbestandsmäßig.

Kritik: Überschreitung der Wortlautgrenze des § 258 II StGB (verbotene Analogie), da hier nur von Vollstreckungsvereitelung und nicht von der Berücksichtigung irgendwelcher Strafzwecke die Rede ist.

2. Eingeschränkte Theorie der Höchstpersönlichkeit der Geldstrafe (mehrere Varianten)

Vertreter: (enge Auslegung) *Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Rechts BT II 2, S. 651 Fn. 5; *Eser* III, 16 A 52; *Frank*, StGB Kommentar, 18. Aufl., § 258 Bem. V 1a; (weitere Auslegung) *Blei*, § 109 IV 3; *Brüggemann*, GA 1968, 165; LK-*Tröndle*, 11. Aufl., Vor § 40 Rn. 39; LK-*Walter*, 13. Aufl., § 258 Rn. 50 f.; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 2, § 103 Rn. 10; *Mitsch*, NStZ 2020, 249 (251 f.); TüKo-*Hecker*, § 258 Rn. 29; vgl. auch RGZ 169, 267; BGHZ 23, 222 (224).

Inhalt: Vollstreckungsvereitelung liegt nur dann vor, wenn für einen anderen die Geldstrafe direkt bezahlt wird. Sie scheidet hingegen aus, wenn lediglich andere Maßnahmen getroffen werden, damit die Strafe den Verurteilten nicht trifft (wobei die engere Auslegung dies aber nur auf nachträgliche Maßnahmen beschränkt, so dass z.B. die vorherige Schenkung als tatbestandsmäßig angesehen wird, da auch dann die bezahlte Strafe letztlich aus dem Vermögen des Dritten stammt).

Argument: Der Strafanspruch des Staates ist nach Bezahlung der Geldstrafe getilgt, danach kann nichts mehr vereitelt werden. Wer selbst bezahlt, ohne dass er das fremde Geld bereits zur Verfügung hat, empfindet das Strafübel in gleicher Weise, da er möglicherweise Veräußerungsverluste hat und die spätere Erstattung nie vollständig garantiert ist (daher erklärt auch die weitere Auslegung die vorherige Schenkung für tatbestandsmäßig, da der Verurteilte hier materiell keine Vermögenseinbuße erleidet). Nachträgliche Schenkungen müssen aber zulässig sein, da sonst niemand einem Verurteilten mehr etwas zukommen lassen könnte. – Auch das „Absitzen" einer fremden Freiheitsstrafe unterfällt unstreitig § 258 II StGB. Insofern ist aber eine Unterscheidung sachlich nicht gerechtfertigt.

Konsequenz: Nur die direkte Zahlung der Geldstrafe (bei weiter Auslegung: auch die vorherige Schenkung) ist tatbestandsmäßig. Nicht hingegen die nachträgliche (spontane) Erstattung. Auch der nachträgliche Verzicht auf ein zunächst ernst gemeintes Darlehen scheidet als Tathandlung aus. Streitig ist, wie die vorherige feste Zusage einer nachträglichen Erstattung zu beurteilen ist.

Kritik: Überschreitung der Wortlautgrenze des § 258 II StGB (verbotene Analogie), da hier nur von Vollstreckungsvereitelung und nicht von der Berücksichtigung irgendwelcher Strafzwecke die Rede ist. Erklärt man Schenkungen oder Erstattungen für nicht tatbestandsmäßig, lädt man geradezu zu Umgehungspraktiken ein (keine Privilegierung von Komödien).

3. Theorie des Beitreibungsschutzes

Vertreter: **Rechtsprechung (neu):** BGHSt 37, 226.

Aus der Literatur: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Heinrich*, § 26 Rn. 12a; *Eisele*, BT II, Rn. 1123; *Engels*, JURA 1981, 581; *Fischer-Fischer/Lutz*, § 258 Rn. 32; *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 1, Rn. 952 f.; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 258 Rn. 13; *Müller-Christmann*, JuS 1992, 380; MüKo-*Cramer*, § 258 Rn. 35; *Noack*, StV 1990, 113; *Otto*, BT, § 96 Rn. 16; *Rengier*, BT 1, § 21 Rn. 18, 20; *Schmidhäuser*, BT, 23/36; SK-*Hoyer*, § 258 Rn. 19 ff.; SSW-*Jahn*, § 258 Rn. 44.

Inhalt: Vollstreckungsvereitelung liegt nur dann vor, wenn die zwangsweise Beitreibung der Geldstrafe behindert, nicht aber, wenn eine fremde Geldstrafe bezahlt wird.

Argument: Die Zahlung eines Dritten vereitelt die Geldstrafe nicht, sondern ermöglicht sie gerade. Sie tilgt die Schuld und vereitelt nicht die Vollstreckung. Mehr lässt sich aus § 258 II StGB (im Gegensatz zum früheren § 257 StGB a.F.) nicht entnehmen. Geld ist im Gegensatz zur Freiheit ein vertretbares Gut, so dass die Höchstpersönlichkeit hier nie garantiert ist. – Die eigentliche „Strafe" liegt in erster Linie in der sozialethischen Missbilligung durch die Verurteilung und nicht in der persönlichen Übelszufügung. – Zuweilen kann eine Erstattung sogar geboten sein, wenn der Dritte in irgendeiner Weise für die Begehung der Straftat mitverantwortlich ist.

Konsequenz: Die Bezahlung einer fremden Geldstrafe bleibt straffrei.

Kritik: Die general- und spezialpräventive Wirkung der Geldstrafe wird dann sinnlos, wenn der Täter damit rechnen kann, dass hinter ihm stehende Personen diese übernehmen und er diese Aussicht bei der Frage, ob er sich strafrechtswidrig verhält, mit in seine Überlegungen einbeziehen kann.

Examinatorium Strafrecht / BT / Sonstiges 2 / Rechtsbeugung – Arbeitsblatt Nr. 52

Muss das „Recht“ bei § 339 StGB objektiv gebeugt werden?

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: Die Sekretärin des Staatsanwaltes S hat dessen „Habersack“ schlampig einsortiert und vergessen, die Seite im StGB mit der (ehemaligen) Strafnorm des § 175 StGB (Homosexuelle Handlungen) auszutauschen. Auch hat S selbst von der vor Jahren erfolgten Aufhebung dieser Norm nichts mitbekommen. Als er eines Tages die Akte seines Skatbruders X auf den Tisch bekommt, dem unter anderem vorgeworfen wurde, mit dem 17-jährigen Z sexuell verkehrt zu haben, stellt er, um den guten Ruf des X nicht zu gefährden, die Strafverfolgung wegen dieses Deliktes sofort ein, obwohl er selbst davon ausgeht, dass er den X deswegen hätte anklagen müssen.

Rechtliche Problematik: S ist tauglicher Täter einer Rechtsbeugung, die Einstellung eines Strafverfahrens ist eine „Entscheidung in einer Rechtssache“ i.S.d. § 339 StGB. Die Einstellung war in Bezug auf § 175 StGB hier rechtmäßig, da diese Norm vor einigen Jahren aufgehoben wurde. Allerdings ging S weiterhin von der Gültigkeit dieser Norm aus, hat also subjektiv das Recht gebeugt. Fraglich ist, ob dies für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes ausreicht (dann vollendete Rechtsbeugung) oder lediglich die Strafbarkeit wegen eines (untauglichen) Versuches begründet (bei dieser Problematik wird oft auf die Diskussion um den Begriff der „Falschheit“ der Aussage in §§ 153 ff. StGB verwiesen).

1. Objektive Theorie (mit Modifikationen im Einzelnen)

Vertreter: **Rechtsprechung:** BGHSt 41, 247 (251); 42, 343 (345); 62, 312 (315 f.); KG NStZ 1988, 557; OLG Bremen NStZ 1986, 120.
Aus der Literatur: *Bemmann*, GA 1969, 65; *Hirsch*, ZStW 82 (1970), 427 (428); *Krause*, NJW 1977, 285 (286); *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 1, Rn. 1100 ff.; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 339 Rn. 5; LK-*Hilgendorf*, § 339 Rn. 49; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 2, § 77 Rn. 10; MüKo-*Uebele*, § 339 Rn. 26; *Rengier*, BT II, § 61 Rn. 17; *Seebode*, JR 1994, 1; *Spendel*, Peters-FS 1974, 163; SSW-*Kudlich*, § 339 Rn. 19; TüKo-*Hecker*, § 339 Rn. 7 ff.; *Wessels/-Hettinger/Engländer*, BT 1, Rn. 1116 ff.

Inhalt: Eine Beugung des Rechts liegt vor, wenn sich die Entscheidung nicht mehr im Rahmen des objektiv noch Vertretbaren bewegt (enger der BGH: wenn durch die Entscheidung in schwerwiegender Weise das Recht verletzt wird).

Argument: Es kommt entscheidend auf die Verletzung prozessualen oder materiellen Rechts an. Nur dann wird das Recht tatsächlich „gebrochen“. Die Verurteilung eines Unschuldigen ist objektiv eine Verletzung des Rechts, auch wenn der Richter nach ausreichender Prüfung von der Schuld des Angeklagten überzeugt ist.

Konsequenz: Es kommt allein auf die objektive Rechtslage an. Ein Versuch ist möglich.

Kritik: Jede Entscheidung, die von der Rechtsmittelinstanz aus Rechtsgründen aufgehoben wird, würde hiernach den objektiven Tatbestand des § 339 StGB erfüllen (sofern keine neuen Tatsachen vorgetragen wurden). Wenn mehrere Entscheidungen vertretbar sind, muss dennoch derjenige strafbar sein, der sich aus sachfremden Gründen entgegen seiner Überzeugung im konkreten Fall einer (Minder-)Ansicht anschließt.

2. Subjektive Theorie

Vertreter: *Mohrbotter*, JZ 1969, 491; *Sarstedt*, Heinitz-FS 1972, 427; *v. Weber*, NJW 1950, 272.

Inhalt: Eine Beugung des Rechts liegt vor, wenn sich der Entscheidende bewusst entgegen seiner juristischen Überzeugung entscheidet, selbst wenn diese Entscheidung objektiv (noch) vertretbar wäre.

Argument: Aus dem Tätigkeitswort „beugen“ folgt zwangsläufig eine subjektive Begriffsbestimmung. Dies ergibt sich auch aus § 261 StPO: Hier wird klargestellt, dass der Richter (bei der Tatsachenfeststellung) nach seiner freien richterlichen Überzeugung zu urteilen habe. Der Richter ist hierbei lediglich verpflichtet, sich um die Erforschung der Wahrheit zu bemühen, nicht aber, sie tatsächlich auch zu finden.

Konsequenz: Es kommt allein auf die subjektive Sicht des Entscheidenden an. Ein Versuch ist kaum möglich.

Kritik: Die Rechtsordnung setzt in erster Linie objektive Maßstäbe, die dann vom Vorsatz umfasst sein müssen. Es besteht keine Notwendigkeit, dies bei der „Beugung des Rechts“ anders zu sehen. Ein Richter handelt auch dann nicht pflichtgemäß, wenn er von der Richtigkeit seiner Auffassung überzeugt ist und sich sämtlichen anderen Erkenntnisquellen verschließt. Die rein subjektive Bestimmung läuft zudem auf ein Gesinnungsstrafrecht hinaus.

3. Pflichtverletzungstheorie

Vertreter: *Behrendt*, JuS 1989, 945 (948); *Geppert*, JURA 1981, 78 (80); *Otto*, BT, § 98 Rn. 3; *Rudolphi*, ZStW 82 (1970), 610 (613 ff.); *Schmidhäuser*, BT 23/44; SK-*Deiters/Stein*, § 339 Rn. 48.; *Wagner*, Amtsverbrechen, 1975, S. 206 ff.

Inhalt: Eine Beugung des Rechts liegt dann vor, wenn der Entscheidende bei der Entscheidung eine ihm obliegende Pflicht verletzt.

Argument: Das Wesen der Rechtsfindung liegt in einem unparteiischen und frei von sachfremden Erwägungen erfolgenden Entscheidungsprozess. Mehr darf vom Richter nicht verlangt werden.

Konsequenz: Es kommt allein darauf an, ob der Richter eine (Amts-)Pflicht verletzt hat. Ob die Entscheidung objektiv richtig ist, spielt dabei keine Rolle.

Kritik: Es werden objektive und subjektive Elemente unzulässigerweise vermengt. Pflichtwidrigkeit des Handelns und Rechtswidrigkeit der Entscheidung sind verschiedene Dinge. Auch wenn ein Richter nach sorgfältiger Prüfung eine unrichtige Entscheidung trifft, „beugt“ er das Recht. Andererseits muss auch ein „schlampiger“ Richter, der intuitiv die richtigen Entscheidungen trifft, straflos bleiben.