Strafrecht I – Übersicht

1. Teil: Vorbemerkungen zur Lehrveranstaltung

2. Teil: Grundlagen eines rechtsstaatlichen Strafrechts

- § 1 – Das Strafrecht als Teilgebiet des Rechts – Die repressive Funktion des Strafrechts
- § 2 – Materielles Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafvollstreckung, Strafvollzug
- § 3 – Die Straftat in empirischer Hinsicht: Kriminologie und Kriminalistik
- § 4 – Kriminalpolitik
- § 5 – Die Rechtsquellen des Strafrechts
- § 6 – Die Legitimation staatlichen Strafens
- § 7 – Grundlagen der Sanktionenlehre
- § 8 – Das Strafrecht als Strafbegrenzungsrecht
- § 9 – Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts, Europäisierung des Strafrechts, Völkerstrafrecht

3. Teil: Die Voraussetzungen der Straftat im Überblick

- § 1 – Der Deliktsaufbau
- § 2 – Die Straftat als Handlung
- § 3 – Die Tatbestandsmäßigkeit
- § 4 – Die Rechtswidrigkeit
- § 5 – Die Schuld
- § 6 – Sonstige Voraussetzungen der Strafbarkeit
- § 7 – Besondere Strafzumessungsvorschriften

4. Teil: Das strafrechtliche Gutachten

- § 1 – Gutachtentechnik
- § 2 – Die Auslegung der Strafgesetze

5. Teil: Ausgewählte Delikte gegen das Leben und gegen die körperliche Integrität

- § 1 – Delikte gegen das Leben
- § 2 – Delikte gegen die körperliche Integrität

6. Teil: Der Allgemeine Teil des Strafrechts

- § 1 – Tatbestandsmäßiges Verhalten, Kausalität und Zurechnung des Erfolgs

§ 2 – Subjektiver Tatbestand, Vorsatz und Tatbestandsirrtum

§ 3 – Die Rechtfertigungsgründe

§ 4 – Die Schuld

Strafrecht II – Übersicht

6. Teil: Der Allgemeine Teil des Strafrechts

§ 5 – Täterschaft und Teilnahme

§ 6 – Strafbare Vorbereitung, Versuch und Rücktritt

§ 7 – Unterlassungsdelikte

§ 8 – Das fahrlässige Begehungsdelikat

§ 9 – Die Konkurrenzlehre

7. Teil: Der Besondere Teil des Strafrechts

(im Anschluss an den 5. Teil)

§ 1 – Straftaten gegen die persönliche Freiheit (18. Abschnitt des StGB)

§ 2 – Delikte gegen die Ehre

§ 3 – Straftaten gegen den persönlichen Lebens- und Geheimnisbereich sowie Hausfriedensbruch

§ 4 – Eigentumsdelikte

§ 5 – Vermögensdelikte

§ 6 – Urkundendelikte

§ 7 – Rechtspflegedelikte

§ 5 – Täterschaft und Teilnahme

- Beteiligung (= Oberbegriff, § 28 Abs. 2 StGB)
 - Täterschaft – Unterscheidung in:
 - * Alleintäterschaft (§ 25 Abs. 1 1. Alt.)
 - * mittelbare Täterschaft (§ 25 Abs. 1 2. Alt.)
 - * Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2)
 - * Nebentäterschaft
 - Teilnahme – Unterscheidung in:
 - * Anstiftung (§ 26 StGB)
 - * Beihilfe (§ 27 StGB)
- Gegenmodell: Einheitstäterbegriff (Fahrlässigkeitsdelikte; § 14 OWiG)

I. Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme

1. Zum Zusammenhang von Tatbestandsverständnis und Täterlehre – extensiver und restriktiver Täterbegriff

2. Die subjektive Theorie

a) *Definition*: Täter ist, wer einen kausalen Tatbeitrag mit Täterwillen leistet, d.h. die Tat „als eigene“ will (*animus auctoris*), während der Gehilfe lediglich eine fremde Tat unterstützen, d.h. sie „als fremde“ fördern will (*animus socii*) – Indiz für die Willensrichtung: der *Grad des Interesses* am Taterfolg – Kritik?

b) *Die Entwicklung der Rechtsprechung*: Heute überholt ist die „extrem subjektive Theorie“, derzufolge das Gewicht der äußeren Tatbeiträge ohne Relevanz bleiben sollte (so RGSt 74, 85 [„Badewannenfall“] und BGHSt 18, 87 [„Staschinskij-Fall“]) – Der BGH nimmt eine „wertende Gesamtbetrachtung“ vor (dazu unten 5.)

3. Die formal-objektive Theorie

• *Definition*: Täter ist, wer die in den Tatbeständen des Besonderen Teils beschriebenen Handlungen ganz (oder teilweise: Mittäterschaft) in eigener Person ausführt. Die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten einen Tatbestand verwirklicht, bestimmt sich nach dem *Lebenssprachgebrauch* – restriktiver Täterbegriff – Kritik?

4. Die Tatherrschaftslehre (= materiell-objektive Theorie)

a) *Definition*: Tatherrschaft ist das „vom Vorsatz umfaßte In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufes“ (*Maurach/Gössel/Zipf*, AT/2, § 47 Rn. 85) – (Historischer) *Hintergrund*: Die inhaltliche Ausfüllung des restriktiven

Täterbegriffs durch das von der finalen Handlungslehre begründete Element der finalen Geschehenssteuerung

b) Formen der Tatherrschaft:

- Handlungsherrschaft (unmittelbare Täterschaft)
- Funktionale Tatherrschaft (Mittäterschaft)
- Herrschaft kraft überlegenen Wissens oder Willens (mittelbare Täterschaft)

5. Die Gesamtbetrachtungslehre (Rechtsprechung)

a) *Ausgangspunkt*: Keine Theorie berücksichtigt alle relevanten Gesichtspunkte. Erforderlich ist eine *wertende Gesamtbetrachtung* – Es ist weiter zwischen den Formen der Täterschaft zu differenzieren:

aa) *Mittäterschaft* wird (in Abgrenzung zur Beihilfe) dadurch charakterisiert, dass der Mittäter „seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils“ wolle. „Ob ein Beteiligter dieses enge Verhältnis zur Tat haben will, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte für diese Beurteilung können gefunden werden im Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, im Umfang der Tatbeteiligung und in der Tatherrschaft oder wenigstens im Willen zur Tatherrschaft, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich von seinem Willen abhängen.“ (BGH, NStZ 1988, 406; BGHSt 36, 363, 367; BGH NStZ 1987, 364; StV 1998, 540; wistra 2001, 420 [421]).

bb) Bei *mittelbarer Täterschaft* hält heute die Rechtsprechung vielfach die Tatherrschaft für ausschlaggebend (siehe etwa BGHSt 32, 38 [42]; 32, 165 [178]; 35, 347 [353]; 40, 218, 236 f. [dazu Murmann GA 1996, 271; Roxin JZ 1995, 50])

b) Kritik?

6. Eigenhändige Delikte und Pflichtdelikte

a) Eigenhändige Delikte

aa) *Definition*: Eigenhändige Delikte sind solche, bei denen der Täter die tatbestandsmäßige Handlung nur in eigener Person vornehmen kann – *Beispiele*: §§ 153 ff., 173, 316 StGB

bb) *Konsequenz* aus dem Erfordernis der Eigenhändigkeit: Mittelbare Täterschaft ist nicht möglich – Zur Schließung von Strafbarkeitslücken teilweise: Sondertatbestände, siehe § 160 StGB

b) Pflichtdelikte

aa) *Definition*: „Pflichtdelikte sind Tatbestände, bei denen Täter nur sein kann, wer eine dem Tatbestand vorgelagerte außerstrafrechtliche Sonderpflicht verletzt.“ (LK-Schünemann, § 25 Rn. 43) – *Beispiele*: § 266 StGB (Vermögensbetreuungspflicht); § 142 StGB (Unfallbeteiligter), §§ 331 f. StGB (Amtsträgereigenschaft)

bb) *Konsequenz*: Mittelbare Täterschaft (des nicht Sonderpflichtigen) ist nicht möglich

cc) *Unterscheidung in Herrschaftsdelikte und Pflichtdelikte?* (vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 352 ff.)

c) Verdeutlichung am Fall

Beispiel (nach OLG Stuttgart, MDR 1959, 508 mit Anm. Dahm): A streifte beim Überholen das Fahrzeug des O, wobei an beiden Pkw nicht unerheblicher Sachschaden entstand. Nachdem beide Fahrzeuge angehalten hatten, verließ B, der Bruder des A, dessen Pkw und ging zum Wagen des O, um über die Unfallursache zu verhandeln. Nach einiger Zeit kehrte B zurück und veranlaßte A mit der Bemerkung, es sei alles erledigt, zur Weiterfahrt. In Wahrheit hatte sich B ohne Einvernehmen mit O und ohne Angaben über die Personalien des Fahrers gemacht zu haben entfernt. Strafbarkeit von A und B?

II. Formen der Täterschaft

1. Unmittelbare Täterschaft (und Nebentäterschaft) (§ 25 Abs. 1 1. Alt. StGB)

- Unmittelbarer Täter ist, „wer die Straftat selbst ... begeht“ (§ 25 Abs. 1 1. Alt.)
- Nebentäterschaft: Fall mehrfacher Alleintäterschaft – Die Täter verursachen den Taterfolg aufgrund ihres gemeinsamen Handelns, aber ohne als Mittäter zusammen zu wirken.

2. Mittelbare Täterschaft (§ 25 Abs. 1 2. Alt. StGB)

Lit.: Murmann, Grundwissen zur mittelbaren Täterschaft, JA 2008, 321 ff.

a) *Definition*: Mittelbarer Täter (= Hintermann) ist, wer die Straftat „durch einen anderen (= Tatmittler oder Vordermann) begeht“ (§ 25 Abs. 1 2. Alt. StGB)

- *Folge*: Zurechenbarkeit des Verhaltens des Vordermannes
- *Legitimationsgrundlage* für die Zurechenbarkeit: Tatherrschaft des Hintermannes (so zunehmend auch die Rspr., vgl. BGHSt 40, 218, 236 f.)
- *Begründung der Tatherrschaft*: Der Hintermann nutzt pflichtwidrig seine überlegene Stellung gegenüber dem Vordermann aus. Der Überlegenheit des Hintermannes korrespondiert regelmäßig ein Mangel beim Vordermann, der sich in der (fehlenden) deliktischen Qualität von dessen Verhalten niederschlägt

- Einteilung in *Fallgruppen* mittelbarer Täterschaft nach dem jeweiligen Defekt beim Vordermann:

b) Tatbestandslos handelndes Werkzeug

aa) Wichtigster Fall: Das sich selbst schädigende Werkzeug

Beispiel: O fällt einen Baum in seinem Garten, nachdem ihm sein Nachbar A angedroht hat, andernfalls werde er Os Hund erschießen.

bb) *Hintergrund:* Der Hintermann ist Täter, weil er das Handeln des Werkzeugs (im Beispiel: durch überlegenen Willen) beherrscht – Grenze: Die Selbstverletzung fällt (trotz Drohung oder Täuschung durch den Hintermann!) in den Verantwortungsbereich des Opfers

Beispiel 1: A erklärt seiner Freundin O, er werde sich von ihr trennen, wenn sie nicht ihren Faltenrock in den Müll wirft

Beispiel 2 (LK-Schünemann, § 25 Rn. 106): A spiegelt dem O vor, er (O) leide an einer qualvollen Krankheit, die ihn in Kürze das Leben koste. O begeht in seiner Verzweiflung Suizid.

Beispiel 3 (Seier, JuS 1993, S. L 75 ff.): A veranlaßt O zur Zerstörung eines ihm gehörenden wertvollen Kunstwerkes, indem er ihm vorspiegelt, dieses Bild sei eine wertlose Fälschung.

c) Qualifikationsloses Werkzeug

aa) *Definition:* Dem Werkzeug fehlt eine besondere, tatbestandlich vorausgesetzte Täterqualifikation, die der Hintermann aufweist

Beispiel: Der gegenüber O vermögensbetreuungspflichtige A veranlaßt den außenstehenden B, zu einer Handlung, durch die das Vermögen des O geschädigt wird (§ 266 StGB).

bb) *Problem:* Eine Tatherrschaft in einem instrumentalen Sinne (d.h. im Sinne einer Steuerung des äußeren Geschehens) liegt mangels Beherrschung des freiverantwortlich handelnden und das Geschehen überblickenden B nicht vor – Teil Lit.: Es handle sich um sogenannte „Pflichtdelikte“, bei der die Verletzung der Sonderpflicht als täterschaftsbegründendes Merkmal an die Stelle der Tatherrschaft trete (eingehend *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 352 ff.) – Teil Lit.: Tatherrschaft sei normativ zu verstehen und an die Stelle einer Steuerung des äußeren Geschehens trete eine Herrschaft über das durch besondere Schutzpflichten gekennzeichnete rechtliche Verhältnis zwischen Hintermann und Opfer (*Schünemann*, GA 1986, 331 ff.; *Murmann*, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, S. 181 f.)

d) Unvorsätzlich handelndes Werkzeug

Beispiel (nach BGHSt 30, 363): A überredet B, den O zu berauben. Zur Ausführung der Tat gibt A dem B ein Mittel, das angeblich zur Betäubung des Opfers geeignet ist. In Wahrheit handelt es sich um ein Gift, das – wie A erwartet – den O tötet.

e) Absichtslos doloses Werkzeug

aa) Hintergrund der Diskussion vor dem 6. StrRG (1998): Keine Strafbarkeit der Drittzueignungsabsicht bei wichtigen Eigentumsdelikten

Beispiel (nach RGSt 39, 37): A veranlaßt B, eine fremde bewegliche Sache vom Grundstück des O wegzunehmen und ihm sofort zu übergeben. B hat an der Sache keinerlei Interesse und führt die Tat nur aus, um A einen Gefallen zu tun.

bb) (Möglicherweise) verbleibende Fälle nach geltendem Recht

Beispiel (nach *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 537): A bittet B, ihm den Schirm des O zu holen und versichert B dabei, er wolle sich den Schirm nur leihen. Tatsächlich hat A vor, den Schirm für sich zu behalten.

f) Rechtmäßig handelndes Werkzeug

Beispiel: A stellt gegenüber der Polizei überzeugend, aber wahrheitswidrig dar, O habe eine schwerwiegende Straftat begangen und habe nun vor, sich ins Ausland abzusetzen. Daraufhin erwirkt die Staatsanwaltschaft einen Haftbefehl beim zuständigen Gericht und O wird verhaftet.

g) Schuldlos handelndes Werkzeug

aa) Fälle des schuldunfähigen Werkzeugs: §§ 19, 20 StGB, § 3 JGG

• *Problem*: Steht es einer Beherrschung des Schuldunfähigen durch den Hintermann entgegen, wenn der Vordermann trotz strafrechtlicher Schuldunfähigkeit zur Einsicht in sein Verhalten begrenzt in der Lage ist (so RGSt 61, 265, 267; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 103; *M. Köhler*, Strafrecht AT, S. 509) oder sind die strafrechtlichen Wertungen zur Verantwortlichkeit des Vordermannes (insb. also §§ 19, 20 StGB) maßgeblich? (so die wohl h.M., vgl. *LK-Schünemann*, § 25 Rn. 113 f.) – Bei Ablehnung mittelbarer Täterschaft kommt hier Teilnahme in Betracht (Prinzip der *limitierten* Akzessorietät)

Beispiel (nach RGSt 61, 265): A bestimmt den 13jährigen B zu einer Brandstiftung.

bb) Fall des im *unvermeidbaren Verbotsirrtum* handelnden Werkzeugs (*Kühl*, AT, § 20 Rn. 69; a.A. *Köhler*, AT, S. 509; differenzierend *Murmann*, GA 1998, 78 ff.)

cc) Fall des entschuldigt handelnden Werkzeugs

Beispiel: A zwingt B mit vorgehaltener Waffe dazu, auf O einzuschlagen.

h) Volldeliktisch handelndes Werkzeug („Täter hinter dem Täter“)

aa) *Problem*: Auf Seiten des Vordermannes liegt kein Defizit vor, das seine Strafbarkeit einschränkt – Grundsätzlich ist deshalb eine

täterschaftliche Haftung des „Hintermannes“ aufgrund des Verantwortungsprinzips ausgeschlossen

bb) Die *Geltungsgrenzen des Verantwortungsprinzips* werden an einer Reihe *Fallgruppen* diskutiert, deren Behandlung sämtlich umstritten ist:

(1) Gradueller Tatbestandsirrtum

(1.1) *Definition*: Der Vordermann handelt zwar mit Tatbestandsvorsatz. Ihm ist aber (anders als dem Hintermann) ein außertatbestandlicher Umstand unbekannt, der für den Grad der Rechtsgutsbeeinträchtigung erheblich ist

Beispiel (siehe *Herzberg*, Täterschaft, S. 27; *LK-Schünemann*, § 25 Rn. 98): A veranlaßt B, ein wertvolles Gemälde des O zu zerstören, wobei er ihm vorspiegelt, es handle sich lediglich um billiges Geschmiere.

(1.2) Lösung str.:

- Teilweise (*LK-Schünemann*, § 25 Rn. 97 f.): Tatherrschaft des Hintermannes aufgrund „Irrtums über den konkreten Handlungssinn“
- Teilweise (*Hünerfeld*, ZStW 99 [1987], 242 f.; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 667): Strafbarkeit des Hintermannes lediglich als Anstifter – Argument: Für die Tatbestandsverwirklichung kommt es auf diesen Irrtum gerade nicht an, so dass die Grenzziehung von Täterschaft und Teilnahme bei Anerkennung einer mittelbaren Täterschaft unscharf würde. Der erhöhte Unrechtsgehalt könne über die Strafzumessung Berücksichtigung finden

(2) Manipulierter error in persona

Beispiel (sog. „Dohna-Fall“; eingehend *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 212 ff.) A erfährt, dass B den X zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort zu erschießen beabsichtigt. Er verabredet mit seinem Feind O für diese Zeit dort ein Treffen, bei dem O - wie von A erwartet - von B mit X verwechselt und erschossen wird.

(3) Vermeidbarer Verbotsirrtum – Lösung str.:

Beispiel („Katzenkönig-Fall“; BGHSt 35, 347; dazu *Bandemer*, JA 1994, 285 ff.; *Herzberg*, Jura 1990, 16 ff.; *Küper*, JZ 1989, 617; *ders.*, JZ 1989, 935; *Schaffstein*, NSTZ 1989, 153 ff.; *Schumann*, NSTZ 1990, 32 ff.): A, B und der Polizeibeamte C lebten in einem von „Mystizismus, Scheinerkenntnis und Irrglauben“ geprägten „neurotischen Beziehungsgeflecht“ zusammen. Der A gelang es im bewußten Zusammenwirken mit B, dem leicht beeinflussbaren C zunächst die Bedrohung ihrer Person durch Zuhälter und Gangster mit

Erfolg vorzugaukeln und ihn in eine Beschützerrolle zu drängen. Später brachten A und B ihn durch schauspielerische Tricks, Vorspiegeln hypnotischer und hellseherischer Fähigkeiten und die Vornahme mystischer Kulthandlungen dazu, an die Existenz des „Katzenkönigs“, der seit Jahrtausenden das Böse verkörpere und die Welt bedrohe, zu glauben; C – in seiner Kritikfähigkeit eingeschränkt, aber auch aus Liebe zu A bemüht, ihr zu glauben – wähnte sich schließlich auserkoren, gemeinsam mit den beiden anderen den Kampf gegen den „Katzenkönig“ aufzunehmen. Auf Geheiß mußte er Mutproben bestehen, sich katholisch taufen lassen, A ewige Treue schwören; so wurde er von ihr und B zunächst als Werkzeug für den eigenen Spaß benutzt. Als A von der Heirat eines früheren Freundes erfuhr, entschloß sie sich aus Haß und Eifersucht, dessen Frau O von C – unter Ausnutzung seines Aberglaubens – töten zu lassen. In stillschweigendem Einverständnis mit B, der – wie sie wußte – seinen Nebenbuhler loswerden wollte, spiegelte die A dem C vor, wegen der vielen von ihm begangenen Fehler verlange der „Katzenkönig“ ein Menschenopfer in Gestalt der O; falls er die Tat nicht binnen einer kurzen Frist vollende, müsse er sie verlassen, und Millionen von Menschen würden vom „Katzenkönig“ vernichtet. C, der erkannte, dass das Mord sei, suchte unter Berufung auf das fünfte Gebot vergeblich nach einem Ausweg. A und B wiesen stets darauf hin, dass das Tötungsverbot für sie nicht gelte, „da es ein göttlicher Auftrag sei und sie die Menschheit zu retten hätten“. Nachdem C „unter Berufung auf Jesus“ hatte schwören müssen, einen Menschen zu töten, und A ihn darauf hingewiesen hatte, dass bei Bruch des Schwurs seine „unsterbliche Seele auf Ewigkeit verflucht“ sei, war er schließlich zur Tat entschlossen. Ihn plagten Gewissensbisse, er wog jedoch die „Gefahr für Millionen Menschen ab“, die er „durch das Opfern“ von O retten könne. An Gefahren für sich selbst oder ihm konkret bekannte Personen dachte er dabei nicht. Am Tattag suchte er O in ihrem Blumenladen unter dem Vorwand auf, Rosen kaufen zu wollen. Entsprechend dem ihm von B – im Einverständnis mit A – gegebenen Rat stach C mit einem ihm zu diesem Zweck von B überlassenen Fahrtenmesser hinterrücks der ahnungs- und wehrlosen O in den Hals, das Gesicht und den Körper, um sie zu töten. Als dritte Personen der sich nun verzweifelt wählenden Frau zu Hilfe eilten, ließ C von der weiteren Tatausführung ab, um entsprechend seinem „Auftrag“ unerkant fliehen zu können; dabei rechnete er mit dem Tod seines Opfers, der jedoch ausblieb. Strafbarkeit von A und C?

- Teil Lit. (etwa *Jescheck/Weigend*, AT, S. 669): Anstiftung – Arg.: Rechtliche Verantwortlichkeit des im vermeidbaren Verbotsirrtum Handelnden. – Noch weitergehend (auch für den unvermeidbaren Verbotsirrtum): Der Vordermann gehe (wenn auch unverschuldet) „selbst zur Unrechtsmaxime über“ (*M. Köhler*, AT, S. 509)
- H.M. (*Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 542): Mittelbare Täterschaft; Arg.: fehlende Unrechtseinsicht
- BGH (St 35, 347, 353 f.): Differenzierend nach „Art und Tragweite des Irrtums“ und „Intensität der Einwirkung des Hintermannes“

(4) Organisierte Machtapparate

(4.1) *Definition:* Der Hintermann beherrscht das Geschehen kraft „Organisationsherrschaft“ über einen organisierten Machtapparat – Hintergrund insbesondere: Die Fungibilität des die Tat Ausführenden, der nur „Rädchen im Getriebe“ sei (*Roxin*); die bestehende „Tatgeneigntheit“ der Ausführenden (*F.-C. Schroeder*); das Ausnutzen „regelmäßiger Abläufe“ (*BGH*)

Beispiel (grundlegend BGHSt 40, 218: Durch Beschlüsse des Nationalen Verteidigungsrats der DDR bestand an der Grenze zur Bundesrepublik die Befehlslage, „Grenzdurchbrüche“ durch Flüchtlinge aus der DDR in jedem Falle und durch Einsatz jeden Mittels zu verhindern. Dabei wurde der Tod des Flüchtlings hingenommen, wenn anders ein „Grenzdurchbruch“ nicht zu verhindern war“. Täterschaft der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates wegen vorsätzlicher Tötungsdelikte, nachdem der BGH bereits die unmittelbar handelnden Grenzsoldaten als Täter angesehen hat (BGHSt 39, 1, 31 f.)?

(4.2) *Str.* ist, ob diese Grundsätze auch auf „nicht rechtsgelöste“ Machtapparate (insb.: auf *Wirtschaftsunternehmen*) Anwendung finden (bejahend BGHSt 40, 218, 237; 48, 331 [342]; 49, 147 [163 f.]; BGH JR 2004, 245 [246] mit Anm. *Rotsch*)

3. Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB)

Beispiel für einen unproblematischen Fall: A und B wollen O verprügeln. Im gegenseitigen Einvernehmen hält B den O fest während A auf ihn einschlägt.

a) *Funktion* der Figur der Mittäterschaft: Die Mittäterschaft erlaubt die *wechselseitige Zurechnung von Tatbeiträgen* – *Legitimierender Hintergrund* dieser wechselseitigen Zurechnung: Die Beteiligten verwirklichen aufgrund gemeinsamen Tatentschlusses in arbeitsteiliger Weise eine Straftat – Im *Gutachten* geht es also regelmäßig um das Problem, ob eine Person, die den Straftatbestand durch ihr eigenes Verhalten nicht (voll) verwirklicht hat, sich das tatbestandserfüllende Verhalten eines anderen zurechnen lassen muss

b) Voraussetzungen:

aa) Gemeinsamer Tatentschluß

(1) *Definition:* das gegenseitige, auf gemeinsamen Willen beruhende (auch: konkludente) Einverständnis, eine bestimmte Tat durch gemeinsames, arbeitsteiliges Handeln zu begehen (*Lackner/Kühl*, § 25 Rn. 10) – Die Reichweite des gemeinsamen Tatentschlusses markiert zugleich die Grenze wechselseitiger Zurechnung: *Keine Zurechnung von Exzesstaten* eines Mittäters

Beispiel (nach BGHSt 11, 268 = JR 1958, 426 mit Anm. *Schröder*; dazu *Küper*, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978, S. 35 ff.; *Scheffler*, JuS 1992, 920 ff.; *Schreiber*, JuS 1985, 876 f.; *Spindel*, JuS 1969, 314 ff.): Zwei mit Pistolen bewaffnete Einbrecher, A und B,

hatten versucht, bei Nacht in ein Lebensmittelgeschäft einzudringen. Sie wurden aber, nachdem sie bereits ein Fenster eingeschlagen hatten, entdeckt und mußten fliehen. Sie hatten für den Fall drohender Festnahme verabredet, dass sie von der Schußwaffe Gebrauch machen wollten. Als nun A im Verlauf der Flucht hinter sich Schritte hörte, glaubte er, es handele sich um einen Verfolger und schoß mit Tötungsvorsatz auf die hinter ihm laufende Gestalt. In Wirklichkeit war es sein gleichfalls auf der Flucht begriffener Komplize B, in dessen aufgekrempelem Hemdsärmel sich die Kugel verding. – Problem: Ist B wegen eines Tötungsversuchs (an sich selbst!) strafbar oder stellt das Verhalten des A einen Exzess dar?

(2) Die sukzessive Mittäterschaft

Lit.: *Murmann*, Zu den Voraussetzungen der (sukzessiven) Beteiligung, ZJS 2008, 456 ff.

(2.1) *Definition*: Sukzessive Mittäterschaft liegt (insofern unstr.) vor, wenn der gemeinsame Tatentschluß erst während der Tatausführung gefasst und auf der Grundlage dieses Entschlusses tatbestandsverwirklichende Handlungen vorgenommen werden

Beispiel: A kommt hinzu, als B und C gerade dem schlafenden O dessen Wertsachen wegnehmen. Hieran beteiligt sich A in wechselseitigem Einvernehmen. Alle drei sind nach §§ 242, 25 Abs. 2 StGB strafbar.

(2.2) *Problematischer Fall*: Umstritten ist, ob dem noch vor Tatvollendung Hinzutretenden auch solche Tatbeiträge von anderen Beteiligten zuzurechnen sind, durch die *bereits vor seinem Hinzutreten* ein Tatbestandsmerkmal – insbesondere ein Erschwerungsgrund – verwirklicht worden ist, ohne dass er hierauf noch Einfluß nehmen könnte (LK-*Schünemann*, § 25 Rn. 198 ff.; *Kühl*, AT, § 20 Rn. 129)

Beispiel: Wie oben, nur haben B und C den O bewußtlos geschlagen, um ihm seine Wertsachen wegzunehmen. A erkennt dies und beteiligt sich an der Wegnahme weiterer Gegenstände.

(2.3) *Problematischer Fall*: Umstritten ist, ob auch der *nach Vollendung, aber vor Beendigung* gefasste gemeinschaftliche Tatentschluß die Zurechnung der bereits geleisteten Tatbeiträge erlaubt

Beispiel (von *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, S. 71): A trägt nachts von einem Lagerplatz schwere Gegenstände in ein Versteck am nahen Waldesrand. Am Morgen bietet er B Beuteteilung für dessen Hilfe beim weiteren Transport an. B willigt ein und hilft beim Verladen der Beute auf seinen Lkw.

(3) Hinweise zur Prüfung im Gutachten

bb) Gemeinschaftliche Tatbestandsverwirklichung

(1) Voraussetzung: Objektiver Tatbeitrag auf der Grundlage des gemeinsamen Tatentschlusses (funktionelle Tatherrschaft) – Nicht notwendig: eigenhändige Erfüllung eines Merkmals des gesetzlichen Tatbestandes

(2) Problem: Beiträge im Vorbereitungsstadium – Str.:

- Teilweise (LK-*Schünemann*, § 25 Rn. 182): Bloßes Handeln im Vorbereitungsstadium kann keine Tatherrschaft bei der Verwirklichung des Tatbestandes begründen
- Teilweise (BGHSt 33, 50, 53; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 529): Beiträge im Vorbereitungsstadium reichen aus, wenn ihnen so große Bedeutung zukommt, dass sie in (mit-)bestimmender Weise in das Ausführungsstadium hineinwirken (Beispiel: Bandenchef)

(3) *Problem*: Beiträge, die gemäß dem (bereits vor Vollendung gefassten) gemeinsamen Tatplan erst zwischen Vollendung und Beendigung zu leisten sind (BGH, NStZ 1999, 609)

III. Die Teilnahme

1. Unrecht und Struktur der Teilnahme

a) Das Unrecht (der sogenannte „Strafgrund“) der Teilnahme ist str. (zusammenfassend *Geppert*, Jura 1999, 266):

aa) (*Reine*) *Verursachungstheorie*: Das Teilnahmeunrecht liegt in der Mitverursachung des Taterfolgs durch den Teilnehmer, der deshalb selbst den jeweiligen Straftatbestand verwirklicht (extensives Tatbestandsverständnis) – Folge: selbständiges „Teilnehmerdelikt“, nicht-akzessorische Haftung des Teilnehmers

bb) *Schuldteilnahmelehre*: Der Teilnehmer trägt Mitverantwortung für das Schuldigwerden des Täters – *Hellmuth Mayer*, Strafrecht AT, S. 319: „Mag der Angriff des Anstifters nicht so intensiv sein, dass man sagen könnte, er hat den Mord gemacht, so hat er doch jedenfalls den Mörder gemacht“ – Überholt durch die Einführung der limitierten Akzessorietät (Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29.5.1943)

cc) *Unrechtsteilnahmetheorie*: Der Teilnehmer verwirklicht von der Haupttat abgeleitetes Unrecht – präzisierend:

- *Förderungstheorie* ([akzessorietätsorientierte] Verursachungstheorie): Ursächlichwerden des Teilnehmers für die Haupttat (*Schönke/Schröder-Heine*, Vorbem §§ 25 ff. Rn. 17; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 658)

- *Lehre vom akzessorischen Rechtsgutsangriff*: Der Teilnehmer greift das Rechtsgut mittelbar, nämlich durch die Mitwirkung an der täterschaftlichen Handlung eines anderen, an (LK-Schünemann, Vor § 26 Rn. 1; Roxin, Stree und Wessels-FS, S. 369 ff.)

b) *Die Struktur der Teilnahme*:

- Teilnahme ist Beteiligung an fremder Tat (Haupttat) (Akzessorietät)
- Der Teilnehmer verwirklicht keinen Tatbestand des Besonderen Teils (restriktiver Tatbestandsbegriff) – Die Teilnahmevorschriften (Anstiftung, § 26 StGB und Beihilfe, § 27 StGB) dehnen den Bereich des Strafbaren demnach aus

2. Akzessorietät

a) Die *akzessorische Ausgestaltung des Unrechtstatbestands*: Das Erfordernis einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen (nicht notwendig schuldhaften!) Haupttat (limitierte Akzessorietät)

b) Die *akzessorische Ausgestaltung der Strafbarkeit* (und ihre Lockerungen)

aa) Akzessorische Anstifterstrafbarkeit (§ 26 StGB) – Gelockerte Akzessorietät bei der Beihilfestrafbarkeit (§§ 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB)

bb) Lockerungen der Akzessorietät bei Fehlen oder Vorliegen besonderer persönlicher Merkmale (§ 14 Abs. 1 StGB) nach § 28 StGB (zusammenfassend *Geppert*, Jura 1997, 300 f.):

(1) § 28 Abs. 1 StGB: Strafmilderung zugunsten des Teilnehmers, wenn bei ihm besondere persönliche Merkmale fehlen, die die Strafbarkeit des Täters begründen

Beispiel: Ein Privatmann stiftet einen Amtsträger zu einer Falschbeurkundung im Amt (§ 348 StGB) an. Der Privatmann ist nach §§ 348, 26 StGB strafbar; seine Strafe ist nach §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB zu mildern.

(2) § 28 Abs. 2 StGB: Strafschärfungs-, Strafmilderungs- oder Strafausschließungsgründe finden nur für den Beteiligten Anwendung, bei dem sie vorliegen – Folge: Die Beteiligten werden aus unterschiedlichen Tatbeständen bestraft (Tatbestandsverschiebung)

Beispiel: Ein Privatmann stiftet einen Amtsträger zu einer Körperverletzung im Amt an. Der Beamte wird nach § 340 Abs. 1 StGB; der Privatmann wird nach §§ 223, 26, 28 Abs. 2 StGB bestraft.

c) Vertiefung: Die Akzessorietät besonderer persönlicher Mordmerkmale

Lit.: *Engländer*, Die Teilnahme an Mord und Totschlag, JA 2004, 410 ff.; *Geppert*, Die Akzessorietät der Teilnahme (§ 28 StGB) und die Mordmerkmale, Jura 2008, 34 ff.

aa) Zur Erinnerung: Die unterschiedlichen Auffassungen zum Verhältnis von § 211 StGB zu § 212 StGB

bb) Relevanz des Streits für die Teilnahme – Grundsatz: Akzessorietät – Unterscheidung tat-/täterbezogene Merkmale – Akzessorietätslockerungen bei täterbezogenen Merkmalen (§ 28 StGB)

cc) Die unterschiedlichen Fallgruppen:

(1) *Unproblematische Fälle: tatbezogene Merkmale*

Beispiel: A tötet O heimtückisch. T besorgt ihm in Kenntnis dieses Plans die Tatwaffe. *Variante:* T hat die Möglichkeit einer heimtückischen Tötung nicht bedacht.

(2) *Besonderes persönliches Merkmal nur beim Haupttäter*

Beispiel: A tötet O aus Habgier. T, bei dem kein besonderes persönliches Mordmerkmal gegeben ist, besorgt ihm in Kenntnis dieses Motivs die Tatwaffe. *Variante:* T hat keine Kenntnis von A's Motiv.

- Rspr.: Weiß der Teilnehmer vom Vorliegen eines besonderen persönlichen Merkmals beim Haupttäter, so ist er strafbar nach §§ 211, 26/27 StGB. Aber seine Strafe ist nach § 28 Abs. 1 StGB zu mildern, weil bei ihm kein die Strafbarkeit nach § 211 StGB *begründendes* persönliches Merkmal vorliegt – Hat er keine Kenntnis vom Vorliegen des besonderen persönlichen Merkmals beim Haupttäter (Fallvariante), so fehlt es am Teilnehmervorsatz bezogen auf den Mord und es bleibt bei §§ 212, 26/27 StGB.

- Lit.: Unabhängig davon, ob der Teilnehmer vom Vorliegen eines besonderen persönlichen Merkmals beim Haupttäter Kenntnis hat, führt das Fehlen eines *strafschärfenden* besonderen persönlichen Merkmals beim Teilnehmer zur Strafbarkeit aus §§ 212, 26/27, 28 Abs. 2 StGB.

(3) *Besonderes persönliches Merkmal nur beim Teilnehmer*

Beispiel: A tötet O, ohne ein Mordmerkmal zu verwirklichen. T besorgt ihm aus Habgier die Tatwaffe.

- Rspr.: Der für *strafbegründende* besondere persönliche Merkmale maßgebliche § 28 Abs. 1 StGB ist nur einschlägig, wenn der Haupttäter ein solches Merkmal erfüllt. Fehlt es an einem Mordmerkmal beim Haupttäter, so bleibt es bei der Strafbarkeit aus dem selbständigen

Tatbestand des § 212 StGB. Für diesen Fall sieht § 28 Abs. 1 StGB keine Regelung vor, so dass sich die Strafbarkeit nach §§ 212, 26/27 StGB richtet. Eine strafschärfende Berücksichtigung der Habgier des Teilnehmers ist nicht möglich.

- Lit.: Der für *strafschärfende* besondere persönliche Merkmale einschlägige § 28 Abs. 2 StGB ermöglicht die Strafschärfung zu Lasten des Teilnehmers, wenn das Merkmal beim Haupttäter nicht vorliegt. Der Anstifter/Gehilfe ist deshalb wegen Mordteilnahme nach §§ 212, 211, 26/27, 28 Abs. 2 StGB strafbar.

(4) „Gekreuzte Mordmerkmale“

Beispiel (BGHSt 23, 39): A tötet O mit Verdeckungsabsicht. T leistet ihm in Kenntnis dieses Motivs aus niedrigen Beweggründen Beihilfe.

- Rspr.: Der BGH (St 23, 39, 40; dazu *Küper*, JZ 1991, 865 f.; BGHSt 50, 1, 5 f.) müsste nach den von ihm entwickelten Grundsätzen § 28 Abs. 1 StGB mit der Folge anwenden, dass das Fehlen des strafbegründenden Merkmals beim Teilnehmer bei diesem zur Strafmilderung führt; § 28 Abs. 1 StGB enthält keine Regelung für den Fall, dass beim Teilnehmer ein anderes besonderes persönliches Merkmal vorliegt. Dieses Ergebnis vermeidet der BGH: Eine Strafmilderung zugunsten des Teilnehmers greife nicht ein, wenn er ein persönliches Mordmerkmal „gleicher Art“ wie der Täter aufweise. Die Strafbarkeit des Teilnehmers richtet sich dann nach §§ 211, 26/27 StGB.

- Lit.: Entscheidend ist – wie oben cc) – nur das besondere persönliche Mordmerkmal beim Teilnehmer. Dessen Strafbarkeit richtet sich nach §§ 212, 211, 26/27, 28 Abs. 2 StGB.

dd) Hinweise zum Aufbau

Lit.: *Fischer/Gutzeit*, JA 1998, 46 f.; *Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht I, 6. Aufl. 2013, Rn. 164 ff.; *ders.*, Klausurenkurs III, 4. Aufl. 2013, Rn. 99 ff.

- Hält man mit der Rspr. § 28 Abs. 1 StGB für einschlägig, so führt das Fehlen eines besonderen persönlichen Merkmals beim Teilnehmer nicht zu einer Verschiebung des Tatbestandes, aus dem der Teilnehmer bestraft wird, sondern zu einer Strafmilderung. Als *Strafzumessungsfrage* ist dies *nach der Schuld* zu erörtern.
- Hält man mit der Lit. § 28 Abs. 2 StGB für einschlägig, so führt das Fehlen bzw. Vorliegen eines besonderen persönlichen Merkmals beim Teilnehmer zu einer *Tatbestandsverschiebung* (h.M.; a.A. *Roxin*, AT II, § 27 Rn. 80). Deshalb ist die Frage

entweder im *Tatbestand* (im Rahmen des Haupttaterfordernisses) oder in einem *Tatbestandsannex* (*Beulke*, a.a.O.) zu erörtern.

3. Die Anstiftung (§ 26 StGB)

Beispiel (nach BGHSt 34, 63 = JZ 1986, 906 mit Anm. *Roxin*; dazu auch *Geppert*, Jura 1997, 359 f.; *Herzberg*, JuS 1987, 617 ff.; *Roxin*, Salger-FS, 130 ff.): A, der nach einem Streit mit seinem Vater unter Mitnahme eines Revolvers das Elternhaus verlassen hatte, traf sich mit B. A erzählte dem B, er wolle ins Ausland fliehen, weil er - was nicht stimmte - einen Türken angeschossen habe. B fragte den A, ob er Geld habe, was dieser verneinte. Den Vorschlag des B, dann doch die Waffe oder das Auto zu verkaufen, lehnte A ab, weil er den Revolver behalten wollte und den nicht auf ihn zugelassenen Wagen nicht verkaufen könne. Daraufhin hielt ihm der B entgegen, ohne Geld könne er nicht ins Ausland gehen, und sagte wörtlich: „Dann müßtest Du eine Bank oder Tankstelle machen.“ A antwortete darauf nicht. Im weiteren Verlauf der Unterhaltung kam das Gespräch darauf, dass man A, falls er über ausreichend Geld verfüge, in ein südamerikanisches Land bringen und ihm falsche Papiere der entsprechenden Nationalität beschaffen könne. Die Papiere - so meinte B - würden etwa DM 10.000,- kosten. A verabredete mit B für den übernächsten Tag ein weiteres Treffen. Am Vormittag dieses Tages überfiel A eine Bank, indem er einen Bankangestellten mit vorgehaltenem Revolver bedrohte und zur Übergabe von ca. DM 40.000,- veranlaßte.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Haupttat

bb) *Bestimmen* – *Definition*: Bestimmen als „Hervorrufen des Tatentschlusses“ (Mindesterfordernis) – Die Anforderungen im Einzelnen:

- In Betracht kommt auch eine „Kettenanstiftung“
- Ausreichend ist eine konkludente Aufforderung
- Teilweise (BGHSt 2, 279, 281; *Lackner/Kühl*, § 26 Rn. 2): Die objektiven Anforderungen an die Bestimmungshandlung erschöpfen sich in der Verursachung (sog. „Verursachungstheorie“) – Folge: Auch das Schaffen einer zur Tat anreizenden Situation kann Anstiftung sein
- Teilweise (*Geppert*, Jura 1997, 304; *Schönke/Schröder-Heine*, § 26 Rn. 4; *Koch/Wirth*, JuS 2010, 204 f.): Erforderlich sei zusätzlich ein „geistiger Kontakt“ zwischen Anstifter und Haupttäter – Hintergrund: Der Rechtsgutsangriff setze eine zielgerichtete Tataufforderung voraus
- Teilweise: Typisiertes Anstifterunrecht kann nur der verwirklichen, dessen Verhalten eine *rechtlich mißbilligte Gefahr der Hervorrufung eines fremden Tatentschlusses* darstellt
- Grenze (*Koch/Wirth*, JuS 2010, 205): Kein Bestimmen des bereits zur Tat Entschlossenen (omnimodo facturus)
- Umstritten ist der Fall der sogenannten „Aufstiftung“

Beispiel (nach BGHSt 19, 339 = JZ 1965, 30 mit Anm. *Cramer*): Der zum einfachen Raub (§ 249 StGB) entschlossene A wird von B dazu angestiftet, zur Tatbegehung einen Knüppel zu verwenden (§§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB).

b) Subjektiver Tatbestand

aa) „Doppelter Vorsatz“ bezogen auf das Hervorrufen des Tatentschlusses beim Haupttäter und auf die Haupttat selbst

bb) Haftungseinschränkung durch zusätzliche *Anforderungen an den subjektiven Tatbestand* nach h.M.: Die Haupttat müsse in ihren wesentlichen Grundzügen konkretisiert sein (BGHSt 34, 63, 64; *Koch/Wirth*, JuS 2010, 206; *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 572)

cc) *Problem: agent provocateur* – Der Anstiftervorsatz muß sich nach h.M. auf die Vollendung der Haupttat beziehen – Daran fehlt es, wenn die durch den Lockspitzel veranlasste Tat nur bis in das Versuchsstadium gelangen soll – Umstritten ist die Lösung solcher Fälle, in denen die Tat bis in das Stadium der Vollendung oder Beendigung gelangen soll (h.M.: § 34 StGB)

dd) Anstiftung bei error in persona des Haupttäters

Beispiel (nach BGHSt 37, 214 = MDR 1991, 169 mit Anm. *Müller*, MDR 1991, 830 = JZ 1991, 678 mit Anm. *Roxin* = NSStZ 1991, 123 mit Anm. *Puppe* = JR 1992, 293 mit Anm. *Küpper*; dazu *Bemmann*, Stree und *Wessels-FS*, 397 ff.; *Geppert*, Jura 1992, 163 ff.; *ders.*, Jura 1997, 362 f.; *Gropp*, Lenckner-FS, 55 ff.; *Roxin*, Spindel-FS, 289 ff.; *Schlehofer*, GA 1992, 307 ff.; *Stratenwerth*, Baumann-FS, 57 ff.; *Weßlau*, ZStW 104 (1992), 105 ff.): B, der mit seinem Sohn X große Schwierigkeiten hatte, hatte sich entschlossen, X zu töten. Er gewann zur Ausführung des Planes A, dem er eine Belohnung versprach. A sollte X im Pferdestall töten, den dieser bei seiner Heimkehr regelmäßig durchquerte; das nähere Vorgehen war A überlassen. Um sicherzugehen, dass andere Personen nicht zu Schaden kamen, unterrichtete B den A über die Gewohnheiten und das Aussehen seines Sohnes, ferner legte er ihm ein Lichtbild vor. A postierte sich dann in der dunklen Scheune des B, um auf X zu warten. Als eine Gestalt die Scheune betrat, die in der Statur dem X ähnelte und eine Tüte bei sich trug, wie auch X dies zu tun pflegte, schoß A auf diese Gestalt. Tatsächlich handelte es sich um den Nachbarn des B, den O, der an den Folgen des Schusses starb.

4. Die Beihilfe (§ 27 StGB)

Beispiel (nach RGSt 6, 169; siehe dazu *Dreher*, MDR 1972, 553 ff.; *Geppert*, Jura 1999, 268 f.): B gibt dem zum Diebstahl entschlossenen A einen falschen Schlüssel mit, der ihm „überflüssige Beschwernisse“ erspare: Mit dem Schlüssel könne A bequem durch die Haustür in die ausgewählte Wohnung gelangen. Am Tatort stellt sich nach einigem Probieren heraus, dass der Schlüssel nicht paßt. A schlägt daraufhin ein Fenster ein, steigt in die Wohnung und entwendet diverse Gegenstände.

a) Objektive Voraussetzungen

aa) Haupttat

bb) Hilfeleisten

(1) Die Anforderungen an die Hilfeleistung sind umstr.:

Beispiel: Wer dem Haupttäter zusichert, „Schmiere zu stehen“, erhöht aus ex ante-Sicht die Erfolgsaussichten der Haupttat. Spielt es eine Rolle, wenn sich das Schmierestehen als überflüssig erweist, weil ohnehin niemand den Haupttäter bei der „Arbeit“ stört?

- *H.L. (Kühl, AT, § 20 Rn. 214 ff.):* Erforderlich ist ein für die Haupttat *kausaler* Beitrag – *Argument:* Der Beitrag des Gehilfen muß sich in der Haupttat niederschlagen, weil andernfalls nur versuchte Beihilfe vorläge, die das Gesetz straflos läßt (arg. § 30 StGB)

- *Rspr. (RGSt 58, 113, 114 f.; 75, 112, 113; BGHSt 54, 140, 142 f.; BGH, NStZ 1983, 462 m. Anm. Winkler):* Die Beihilfe muß die Haupttat *fördern* – *Argument:* Auch solche Gehilfenbeiträge, die die Haupttat äußerlich nicht modifizieren, können die Chancen ihres Gelingens erhöhen.

- *Teil Lit. (LK-Schünemann, § 27, Rn. 5 ff.; Otto, JuS 1982, 562 f.; Murmann, JuS 1999, 549 ff.):* Die Beihilfe erhöht das in der Haupttatbegehung liegende Risiko für das Opfer; diese Risikoerhöhung muß sich in der konkreten Tatbegehung realisieren

(2) Die Unterscheidung in physische und psychische Beihilfe

- Problem: Psychische Beihilfe durch Bestärkung des Tatentschlusses

- Grundsätzliche Bedenken (*Hruschka, JR 1983, 178*)

- Zweifel an der Kausalität (*Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S. 189 ff.*)

- Bedenken aufgrund der Geringfügigkeit der Risikoerhöhung (ultima ratio-Prinzip)

(3) Beihilfe durch neutrale Handlungen?

(3.1) Problem: Alltägliche oder berufstypische Verhaltensweisen, die die Begehung einer Haupttat fördern

Beispiel (Murmann, Jura Sonderheft Examensklausurenkurs, 2000, S. 70 f.): Darf ein Angestellter in einem Schlüsseldienst einen Nachschlüssel herstellen, obwohl ihm bekannt ist, dass der Nachschlüssel zur Begehung eines Hausfriedensbruchs dienen soll?

(3.2) Lösungsansätze:

- Risikoerhöhung?
- Rechtliche Missbilligung des geschaffenen Risikos? – Unterschiedliche Restriktionsversuche: Professionelle Adäquanz; eindeutig deliktischer Sinnbezug
- BGH (St 46, 107; dazu *Wohlers*, NStZ 2000, 169 ff.):
 - „Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten.“ – Begründung: „In diesem Fall verliert sein Tun stets den `Alltagscharakter´; es ist als `Solidarisierung´ mit dem Täter zu deuten und dann auch nicht mehr als sozialadäquat anzusehen.“
 - „Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung `die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein´ ließ.“

(4) Zeitpunkt der Hilfeleistung

Lit.: *Murmann*, Zu den Voraussetzungen der (sukzessiven) Beteiligung, ZJS 2008, 456 ff.

b) Subjektive Voraussetzungen

- „Doppelter Gehilfenvorsatz“ (bezogen auf die Unerstützungshandlung und bezogen auf die Haupttat)
- H.M.: Kenntnis der Haupttat in ihren wesentlichen Zügen, wobei die Anforderungen geringer seien als bei der Anstiftung (BGHSt 42, 135, 137 f.) (bei Einschränkung schon des objektiven Tatbestandes durch das Erfordernis der rechtlich missbilligten Erhöhung der vom Haupttäter geschaffenen Gefahr kommt es stattdessen auf die Kenntnis der Risikodimension an)
- Der Vorsatz muß sich auf die *Vollendung* der Haupttat beziehen

- BGH (St 8, 261, 262): Es reicht aus, wenn der Anstifter das Geschehen aus der Hand gegeben hat (im BGH-Fall: der Täter wollte den zur Falschaussage auffordernden Brief über die Gefängnismauern nach draußen werfen. Der Brief fiel jedoch auf den Gefängnishof und wurde beschlagnahmt)

3. Sonstige Vorbereitungshandlungen – Tathandlungen:

- Sich-Bereiterklären – Voraussetzung: ernsthaft gemeinte Äußerung der eigenen Bereitschaft zur Verbrechensbegehung
- Annahme eines Erbietens – Voraussetzung: Gegenstück zum Sich-Bereiterklären
- Verbrechensverabredung – Voraussetzung: Die Beteiligten müssen sich zur gleichrangigen Tatbegehung (Mittäterschaft) bzw. Anstiftung verabreden. Die Verabredung zwischen Täter und Gehilfen genügt nicht.

4. Rücktritt vom Versuch der Beteiligung

II. Der Versuch

1. Der Strafgrund des Versuchs – Unterschiedliche Auffassungen:

- Objektive Theorie* (in neuerer Zeit noch *Spendel*, NJW 1965, 1881 ff.): Strafgrund des Versuchs ist die objektive Gefährlichkeit für das Rechtsgut – Kritik?
- Subjektive Theorie* (ältere Rspr.): Strafgrund des Versuchs ist der rechtsfeindliche Wille – Kritik?
- Gemischt objektiv-subjektive Theorie* (h.M.; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 513): Strafgrund des Versuchs ist der betätigte rechtsfeindliche Wille – Problem: Der rechtsfeindliche Wille betätigt sich auch schon im Vorbereitungsstadium – Deshalb ergänzend: Die Betätigung des rechtsfeindlichen Willens müsse in der Allgemeinheit einen rechtzerschütternden Eindruck hinterlassen (sog. „*Eindruckstheorie*“) (z.B. *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 594)

2. Der Aufbau der Versuchsprüfung

<p>Vorprüfung</p> <ul style="list-style-type: none"> - Keine Vollendung des Delikts - Strafbarkeit des Versuchs <ul style="list-style-type: none"> (1) Tatbestandsmäßigkeit <ul style="list-style-type: none"> (a) Subjektiver Tatbestand (= Tatentschluss) <ul style="list-style-type: none"> - Vorsatz - Besondere subjektive Tatbestandsmerkmale (b) Objektiver Tatbestand (=unmittelbares Ansetzen) (2) Rechtswidrigkeit

(3) Schuld

(4) Strafaufhebungsgründe, insb. Rücktritt

3. Die Vorprüfung

- a) Nichtvollendung des Delikts
- b) Strafbarkeit des Versuchs (§ 23 Abs. 1 StGB)

4. Der subjektive Tatbestand (= Tatentschluss)

- a) *Vorsatz* bezogen auf alle Umstände, die zum objektiven Tatbestand gehören
- b) Besondere subjektive Tatbestandsmerkmale
- c) Sonderfall: *Wahndelikt* – Fall des fehlenden Vorsatzes bezogen auf ein (strafbares) tatbestandsmäßiges Verhalten

Beispiel: Der Täter übt gleichgeschlechtlichen Verkehr mit einem volljährigen Partner aus, obwohl er die Erwachsenenhomosexualität für strafbar hält.

- d) Sonderfall: *Untauglicher Versuch – Definition:* Der Täter stellt sich irrtümlich Umstände vor, die (würden sie vorliegen) sein Verhalten als tatbestandsmäßig qualifizieren würden – Hintergrund der Strafbarkeit: die gemischt objektiv-subjektive Theorie; positivrechtlich: §§ 22, 23 Abs. 3 StGB – Fallgruppen insb.:

- Untaugliches Mittel

Beispiel: A will O erschießen. Als er abdrückt stellt sich heraus, dass die Waffe ungeladen ist.

- Untaugliches Objekt

Beispiel: A will O erschießen. Der im Stuhl sitzende O ist aber – was A nicht bemerkt hat – bereits eine Stunde zuvor an einem Herzschlag verstorben.

- Untaugliches Subjekt? – Strafbarkeit (Abgrenzung zum Wahndelikt) str. (vgl. m.w.N. Schönke/Schröder-Eser, § 22 Rn. 75 f.) – Problem: Erfüllt der Täter eine tatbestandlich geforderte Subjektqualität nicht, so ist die Möglichkeit der Rechtsverletzung nur vorgestellt

Beispiel: Eine Privatperson nimmt an, sie mache sich wegen Entgegennahme von Geld der Bestechlichkeit schuldig.

- e) Sonderfall: *Abergläubischer Versuch* (eingehend *Heinrich*, Jura 1998, 397 f.) – Definition: Der Täter glaubt, einen tatbestandsmäßigen Erfolg durch Einsatz übersinnlicher Mittel erreichen zu können – Hintergrund der Straflosigkeit (in Abgrenzung zum grob unverständigen Versuch, § 23 Abs. 3 StGB; dazu BGHSt 41, 94, 95) str.

Beispiel: A will ihren Mann O durch Teufelsbeschwörungen töten (abergläubischer Versuch) (RGSt 33, 321).

5. Der objektive Tatbestand (= „unmittelbares Ansetzen“)

Beispiel (BGHSt 26, 201 = JR 1976, 248 mit Anm. *Gössel; Meyer*, JuS 1977, 19 ff.): A wollte eine Tankstelle überfallen. Da die Tankstelle nicht besetzt war, ging er zu dem im Tankstellenbereich liegenden Wohnhaus. Vor der Haustür zog er eine Strumpfmütze über. Mit einer Pistole in der Hand läutete er in der Erwartung, dass der Inhaber der Tankstelle (O) erscheinen werde. Sogleich bei seinem Erscheinen sollte dieser mit der Pistole bedroht, gefesselt und zur Ermöglichung und Duldung der Wegnahme von Geld genötigt werden. Auf das Läuten kam niemand. A gab die Verwirklichung seines Vorhabens auf, weil aus dem gegenüberliegenden Haus eine Frau heraussah und er glaubte, diese Frau könne ihn entdecken.

a) *Grundlage der Prüfung* des unmittelbaren Ansetzens: Der *Tatplan* des Täters (§ 22 StGB: „nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt“)

b) Anforderungen an das unmittelbare Ansetzen

aa) Der *Bezugspunkt der Prüfung* des unmittelbaren Ansetzens: die *tatbestandsmäßige Handlung* – Nicht erforderlich: die Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals

bb) *Abgrenzungskriterien* zur Unterscheidung von Vorbereitungs- und Versuchshandlungen – Grundsatz: Der Versuchsbeginn soll bis „hart an die Grenze der Tatbestandshandlung“ herangerückt sein (*Roxin*, in: *Roxin/Stree/Zipf/Jung*, Einführung in das neue Strafrecht, 2. Aufl. 1975, S. 15)

(1) H.M.: *Zwischenakttheorie* (Unmittelbares Ansetzen, wenn das Verhalten „nach dem Gesamtplan des Täters so eng mit der eigentlichen Ausführungshandlung verknüpft“ ist, „daß es *ohne wesentliche Zwischenschritte* in die entscheidende Phase der Tat übergehen kann“; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 519) – *Ansätze zur Konkretisierung der „Wesentlichkeit“ von Zwischenschritten:*

- „Natürliche Auffassung“ (BGH, NJW 1980, 1759 f.): Kein „Zeitlupenstrafrecht“
- Konkrete Gefährlichkeit der Handlung aus Tätersicht (BGHSt 30, 363, 364)
- Unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang (BGHSt 30, 363, 364)
- Überschreiten der Schwelle zum „jetzt geht es los“ (BGH, NStZ 1987, 20)

(2) *Roxin* (JuS 1979, 4 f.): *Sphärentheorie* – Inhalt: Versuchsbeginn, wenn der Täter „in eine Beziehung zur Sphäre des Opfers tritt“ und ein „enger zeitlicher Zusammenhang“ zwischen Täterhandlung und erwartetem Erfolgseintritt bestehe –

Begründung: Dann liege der die Versuchsstrafbarkeit legitimierende rechtserlöschende Eindruck vor

(3) Weitere Ansätze (*Vehling*, Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, 1991, S. 141, 146; *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, S. 311; *Vogler*, Stree und Wessels-FS, 291)

cc) Besonderheiten beim sogenannten beendeten Versuch?

Beispiel 1: A vergiftet am Vormittag das Bier, das O am Abend zu trinken pflegt, um ihn zu töten. Sodann wartet sie, bis O nach Hause kommt.

Beispiel 2 (BGHSt 43, 177 = JZ 1998, 209 mit Anm. *Roxin* = NStZ 1998, 241 mit Anm. *Otto* = JR 1998, 291 mit Anm. *Gössel*; dazu auch *Baier*, JA 1999, 771; *Böse*, JA 1999, 342 ff.; *Bosch*, Jura 2011, 913; *Derksen*, GA 1998, 592 ff.; *Kudlich*, JuS 1998, 596 ff.; *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 1999, S. 20 ff.; *Wolters*, NJW 1998, 578 ff.; als Übungsklausur nachgebildet von *Rosenau/Klöhn*, Jura 2000, 427 ff.): Unbekannte waren in das Einfamilienhaus eines Apothekers eingedrungen und hatten dort im Erdgeschoß Flaschen mit verschiedenen Getränken ausgetrunken. Weiter waren Geräte der Unterhaltungselektronik in das Dachgeschoß des Hauses verbracht worden. Deshalb ging die von dem Apotheker benachrichtigte Polizei davon aus, dass die Täter an den folgenden Tagen noch einmal zurückkehren könnten, um die zum Abtransport bereitgestellte Diebesbeute abzuholen. Aus diesem Grund hielten sich vier Beamte eine Nacht lang in dem Haus auf, um dort mögliche Einbrecher ergreifen zu können. Bereits am Nachmittag vor dieser Nacht hatte der Apotheker aus Verärgerung über den vorangegangenen Einbruch eine Flasche mit der Aufschrift „Echter Hiekes Bayerwaldbärwurz“ mit Gift gefüllt im Flur des Erdgeschosses aufgestellt, wobei er jedenfalls in Kauf nahm, dass möglicherweise erneut Einbrecher im Haus erscheinen, aus der Flasche trinken und tödliche Vergiftungen erleiden könnten. Als der Apotheker später wegen der ahnungslosen observierenden Beamten Bedenken bekam, wies er diese auf den giftigen Inhalt der Flasche hin. Er ließ jedoch erst am nächsten Morgen auf nachdrückliches Insistieren der Polizei die Entfernung der Flasche zu.

dd) Versuchsbeginn bei zusammengesetzten Delikten, Qualifikationstatbeständen und Regelbeispielen

(1) Zusammengesetztes Delikt (z.B. § 249 StGB [zusammengesetzt aus §§ 240, 242 StGB]): Ausreichend ist das unmittelbare Ansetzen zu einer der tatbestandlich vorausgesetzten Handlungen

Beispiel: Das unmittelbare Ansetzen zur Ausübung von Gewalt begründet einen Raubversuch auch dann, wenn zur geplanten Wegnahme noch nicht unmittelbar angesetzt wurde.

(2) Qualifikationstatbestand: Erforderlich ist sowohl das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung des Grundtatbestandes als auch zur Verwirklichung der qualifizierenden Merkmale (*Bosch*, Jura 2011, 911)

(3) Regelbeispiel: Erforderlich ist das unmittelbare Ansetzen bezogen auf den zugrundeliegenden Tatbestand

- Die Regelbeispielwirkung soll nach h.M. eingreifen, wenn das Regelbeispiel voll verwirklicht ist (*Putzke*, JuS 2009, 1084 f.)

Beispiel (vgl. BGH, StV 1985, 103): A bricht in ein Geschäftshaus ein, um bestimmte Gegenstände zu stehlen. Da er die gesuchte Beute nicht findet, muß er unverrichteter Dinge wieder abziehen. A wäre hier also wegen eines versuchten Diebstahls nach §§ 242, 22, 23 in einem besonders schweren Fall (§ 243 Abs. 1 Nr. 1: Einbruchsdiebstahl) strafbar.

- Str. ist der Fall, dass das Delikt versucht oder vollendet, das Regelbeispiel aber nur „versucht“ worden ist

Beispiel (nach BGHSt 33, 370 = JR 1986, 521 m. Anm. *Schäfer*; *Putzke*, JuS 2009, 1085; *Rengier*, BT I, § 3 Rn. 52 ff.): A versucht mit Hilfe eines Schraubenziehers die Butzenfenster einer Gaststätte herauszunehmen, um so eine Öffnung zu schaffen. Anschließend will er in die Räume eindringen, um Stehlenswertes mitzunehmen. Noch bevor es ihm gelingt, eine Öffnung zu schaffen, wird er festgenommen.

c) Versuchsbeginn bei mehreren Beteiligten

aa) Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft

Beispiel (nach BGHSt 30, 363 – „Salzsäure-Fall“; dazu *Kühl*, JuS 1983, 180 ff.; *Küper*, JZ 1983, 361 ff.; in der Fallbearbeitung: *Rönnau/Nebendahl*, JuS 1990, 745 ff.): A wollte O töten. Da O ihn kannte und er bei einem Fehlschlag mit seiner Entdeckung rechnen mußte, entschloß er sich, die Tat durch Dritte ausführen zu lassen. Diese sollten über die Tötungsabsicht im Unklaren bleiben, durch die Aussicht auf große Beute für einen Raubüberfall geködert werden und sich bei der Tatausführung unwissentlich eines tödlichen Mittels bedienen. A gab dem B eine Plastikflasche, die angeblich ein Schlafmittel, in Wirklichkeit aber mindestens 100 ml 35 %ige Salzsäure enthielt, die bei Aufnahme von 20 ml in den leeren Magen mit Sicherheit tödlich wirkt. B sollte zusammen mit C und D alsbald O überfallen, ihm - notfalls mit Gewalt - das angebliche Schlafmittel verabreichen und ihn dann berauben. Unterwegs öffneten die zur Begehung der angesonnenen Tat entschlossenen Männer aus Neugierde den Schraubverschluß der Flasche. Der ätzende Geruch, der ihnen beinahe den Atem nahm, machte ihnen klar, dass es sich nicht um ein Schlafmittel, sondern um eine gefährliche Säure handelte. Sie nahmen daraufhin von der Tat Abstand.

Problem: Ist für den Versuchsbeginn des mittelbaren Täters dessen eigenes Verhalten oder das seines Werkzeugs maßgeblich?

- M.M. (*Kühl*, AT, § 20 Rn. 91; *Küper*, JZ 1983, 368 f.; *Schilling*, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975): *Gesamtlösung – Inhalt*: Der mittelbare Täter tritt erst dann in das Versuchsstadium ein, wenn auch der Tatmittler unmittelbar ansetzt – *Begründung*: Die Handlungen von Hintermann und Werkzeug bilden eine normative Einheit – *Kritik*: Das

tatbestandsmäßige Verhalten des Hintermannes erschöpft sich in der Einwirkung auf den Vordermann; im weiteren Verlauf ähnelt der Tatmittler einem naturkausal wirkenden Werkzeug

• H.M.: *Einzellösung* – *Inhalt*: Der Versuchsbeginn des mittelbaren Täters bestimmt sich nach dessen Verhalten – *Verschiedene Varianten*:

• M.M. (*Baumann*, JuS 1963, 92 f.; *Bockelmann*, JZ 1954, 473): „*Strenge Einzellösung*“ oder „*Einwirkungstheorie*“ – *Inhalt*: Versuchsbeginn mit Einwirken auf das Werkzeug – *Begründung*: Anwendung der allgemeinen Grundsätze des § 22 StGB

• M.M. (*Blei*, AT, S. 261 f.; *Welzel*, S. 191): *Differenzierende Theorie* – *Inhalt*: Beim gutgläubigen Werkzeug bestimmt sich der Versuchsbeginn nach der strengen Einzellösung (Hintergrund: Einsatz des Werkzeugs entsprechend Naturkausalität); beim bösgläubigen Werkzeug bestimmt er sich nach der Gesamtlösung (Hintergrund: keine Herrschaft über das Werkzeug)

• H.M. (BGH, NStZ 1986, 547; *Lackner/Kühl*, § 22 Rn. 9): *Modifizierte Einzellösung* – *Inhalt*: Versuchsbeginn, wenn der mittelbare Täter den Tatmittler aus seinem Einflussbereich entlassen und damit das weitere Geschehen „aus der Hand gegeben“ hat – Teilweise ergänzt um das Erfordernis, der „unmittelbaren Gefährdung des Rechtsguts“, wenn die Tatbegehung „alsbald“ stattfinden soll (BGHSt 30, 363, 365; *Jescheck/Weigend*, AT, S. 673)

bb) Versuchsbeginn bei Mittäterschaft

Problem: Ist für den Versuchsbeginn jedes Mittäters sein eigenes Verhalten maßgeblich oder führt das unmittelbare Ansetzen eines Mittäters auch zum Versuchsbeginn der anderen?

• M.M. (LK-*Schünemann*, § 25 Rn. 203 f.; SK StGB-*Rudolphi*, § 22 Rn. 19a): *Einzellösung* – *Inhalt*: Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft ist für jeden Mittäter danach zu bestimmen, wann er selbst unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt. Da dies nicht dazu führen kann, dass im Vorbereitungsstadium geleistete Handlungen den Versuchsbeginn begründen (so noch *Schilling*, *Der Verbrechenversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, S. 112), bedeutet dies: Jeder

Mittäter tritt durch eine Tatherrschaft begründende Handlung im Ausführungsstadium in das Versuchsstadium ein („*modifizierte Einzellösung*“) – *Hintergrund*: Diese Auffassung basiert auf der Prämisse, dass Mittäterschaft einen tatherrschaftsbegründenden Beitrag im Ausführungsstadium voraussetzt

• Rspr. (BGHSt 36, 249, 250; 39, 236; 40, 299, 301) und h.L. (Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 611): *Gesamtlösung* – *Inhalt*: Alle Mittäter treten gleichzeitig in das Versuchsstadium ein, wenn einer von ihnen tatplangemäß zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar angesetzt hat – *Begründung*: Wechselseitige Zurechnung entspricht der Struktur der Mittäterschaft

III. Der Rücktritt (§ 24 StGB)

1. Der Rücktritt als persönlicher Strafaufhebungsgrund

2. Die ratio des Rücktritts – Unterschiedliche Erklärungsversuche:

a) Die „*kriminalpolitische Theorie*“ = Theorie der „*goldenen Brücke*“ (RGSt 6, 341, 342; BGHSt 6, 85, 87; Puppe, NStZ 1984, 490) – Inhalt: Die Strafbefreiung beim Rücktritt als Anreiz zur Umkehr – Kritik?

b) „*Gnaden-*“ oder „*Prämientheorie*“ (Bockelmann, NJW 1955, 1420 f.) – Inhalt: Belohnung des zurücktretenden Täters – Kritik?

c) *Strafzwecktheorie* – Inhalt: Der Rücktritt sei ein Indiz für das fehlende Strafbedürfnis – BGH (St 9, 48, 52; 14, 75, 80): „Steht der Täter von dem begonnenen Versuch freiwillig ab, so zeigt sich darin, daß sein verbrecherischer Wille nicht so stark war, wie es zur Durchführung der Tat erforderlich gewesen wäre. Seine Gefährlichkeit, die im Versuch zunächst zum Ausdruck gekommen war, erweist sich nachträglich als wesentlich geringer. Aus diesem Grunde sieht das Gesetz davon ab, den `Versuch als solchen´ zu ahnden. Denn eine Strafe erscheint ihm nicht mehr nötig, um den Täter für die Zukunft von Straftaten abzuhalten, um andere abzuschrecken und die verletzte Rechtsordnung wieder herzustellen.“ – Vom Standpunkt der Eindruckstheorie (vgl. Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 2b): Der durch die Betätigung des verbrecherischen Willens hervorgerufene rechtzerschütternde Eindruck werde durch die letztlich doch fehlende kriminelle Energie nachträglich so weit beseitigt, dass kein Strafbedürfnis bestehe – Kritik?

d) Ergänzend: Opferschutz

3. Der Rücktritt des Alleintäters gem. § 24 Abs. 1 StGB

a) Anwendungsbereich – *Kein fehlgeschlagener Versuch* – Beim Fehlschlag fehlt es an der Möglichkeit, die weitere Tatausführung „aufzugeben“ (wie es § 24 Abs. 1 StGB fordert) – Beurteilungsgrundlage: Die Vorstellung des Täters

aa) Grundfälle

(1) Der Täter geht nach Abschluß der letzten Ausführungshandlung davon aus, zur Verwirklichung der Tat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht (oder jedenfalls nicht im unmittelbaren Fortgang des Geschehens) in der Lage zu sein.

Beispiel (vgl. BGH, NStZ 1993, 39, 40) Das Opfer, das sich in einem vom Täter mit Benzin übergossenen und angezündeten Pkw befindet, kann sich von seinen Fesseln befreien und davonlaufen, ohne dass der Täter es einholen kann.

(2) Der Täter stellt fest, dass das Tatobjekt nicht seinen Erwartungen entspricht, so dass die (an sich mögliche) Tatvollendung für den Täter ihren Sinn verliert („Wegfall der Geschäftsgrundlage“) (*Kühl*, AT, § 16 Rn. 15; ablehnend *Feltes*, GA 1992, 407 ff.).

Beispiel (BGHSt 4, 56 [wo allerdings die Freiwilligkeit abgelehnt wurde]): Der Täter benötigte für den Beginn einer Vertreterlaufbahn ein Anfangskapital in Höhe von DM 300,-. Da er über kein Geld verfügte, überfiel er einen Gastwirt, in dessen Kasse er lediglich DM 30,- vorfand. Er entfloh, ohne etwas mitzunehmen.

bb) Problem: Die Abgrenzung von fehlgeschlagenem, unbeendetem und beendetem Versuch in Fällen des sogenannten „vorläufig fehlgeschlagenen Versuchs“

(1) *Allgemeine Charakterisierung der Fälle*: Der Täter geht zwar von der Erfolglosigkeit seiner anfänglichen Bemühungen um eine Tatvollendung aus, sieht aber noch mindestens eine weitere Möglichkeit zur Verwirklichung der Tat – *Problem*: Ob nach der ersten Handlung bereits ein Fehlschlag vorliegt, hängt davon ab, ob die weitere Möglichkeit der Erfolgsherbeiführung mit der erfolglosen Ersthandlung eine „Tat“ im Sinne des § 24 StGB bilden würde (Rücktritt noch möglich) oder eine neue Tat darstellen würde (dann wäre der Versuch bezogen auf die erste Tat fehlgeschlagen)

Beispiel (für gleichartige Handlungen): Nachdem der erste Schuß das Opfer wider Erwarten verfehlt hat, könnte der Täter noch weitere Schüsse abgeben. *Beispiel* (für andersartige Handlungen): Der Täter hat seine einzige Patrone verschossen, ohne das Opfer zu treffen. Er sieht aber die Chance, sein Opfer nun zu erstechen.

(2) Die *frühere Rechtsprechung* (BGHSt 10, 129, 131; vgl. *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, 14. Aufl. 2012, S. 140 f. m.w.N.): *Tatplantheorie* – *Inhalt*: Eine natürliche Handlungseinheit (und deshalb eine Tat im Sinne von § 24 Abs. 1 StGB) liege insoweit vor, wie die Ausführungshandlungen von einem bei Beginn der Tatausführung gefassten Plan gedeckt sind (sogenannter „Planungshorizont“). Fehle es an einem Tatplan (weil der Täter keinen festen Tatplan gefasst hat oder sein Plan

allgemein die Verwendung jedes sich zur Tatausführung bietenden Mittels umfasst) begründe der auf Tatbestandsverwirklichung gerichtete Willensentschluß eine natürliche Handlungseinheit auch mit solchen Ausführungshandlungen, die der Täter im direkten Anschluß an die letzte erfolglose Ausführungshandlung noch für zur Erfolgsherbeiführung geeignet hält („Rücktrittshorizont“) – Kritik?

Beispiel: A will O durch einen einzigen Messerstich töten. Nachdem er auf O eingestochen hat, erkennt er, dass O überleben wird.

Beispiel (vgl. BGHSt 10, 129): A will O mit jedem zur Verfügung stehenden Mittel töten. Er schlägt zunächst mit einer Flasche auf ihn ein und beginnt schließlich – da O immer noch lebt – ihn zu würgen. Er läßt schließlich von ihm ab, obwohl er erkennt, dass O überlebt.

(3) *Teil Lit.* (Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 10, 20 f.; Bergmann, ZStW 100 [1988], 351; Jakobs, ZStW 104 [1992], 89; Paeffgen, FS Puppe, 2011, S. 791 ff.): *Einzelakttheorie – Inhalt:* Jeder Einzelakt sei anhand der ratio der Rücktrittsvorschriften auf seine Rücktrittsfähigkeit zu überprüfen. Danach sei jeder Einzelakt, den der Täter zur Tatbestandsverwirklichung für geeignet und in seinen Auswirkungen für nicht beherrschbar hält, selbständig zu beurteilen (und es liege, wenn ein solcher Einzelakt sich doch als ungeeignet erweist, ein Fehlschlag vor) – *Begründung:* Mit einer solchen Handlung habe der Täter seine kriminelle Energie erschöpfend demonstriert und das Ausbleiben des Erfolges sei lediglich Zufall – *Problem:* Ausschluß der Rücktrittsmöglichkeit auch dann, wenn sich für den Täter erwartungswidrig doch Rettungsmöglichkeiten eröffnen (teilweise: *Modifizierte Einzelakttheorie*, derzufolge hier ein Rücktritt vom beendeten Versuch möglich sei) – Kritik?

Beispiel: A glaubt, durch eine Injektion unwiderruflich den sofortigen Tod des O bewirken zu können. Tatsächlich ist das Gift – wie A nach der Tatausführung erkennt – nicht tödlich. Er verzichtet darauf, O zu erwürgen, obwohl ihm dies nach seiner Vorstellung ohne weiteres möglich wäre.

Beispiel: Wie im vorangegangenen Fall glaubt A, durch eine Injektion unwiderruflich den sofortigen Tod des O bewirken zu können. Nachdem er das Gift injiziert hat, stellt er zu seiner Überraschung fest, dass O noch zu retten ist.

(4) *Neue Rspr.* (grundlegend BGHSt 31, 170) und *h.L.* (Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 629): *Gesamtbetrachtungslehre – Inhalt:* Eine rücktrittsfähige Tat nach § 24 StGB liegt dann vor, wenn die bereits vorgenommene Handlung und die nach Vorstellung des Täters („Rücktrittshorizont“) erfolgsgeeignete weitere Handlung einen „einheitlichen Lebensvorgang“ bilden würden – Kritik?

Beispiel (nach BGH, NStZ 1986, 264): A wollte seine Ehefrau O töten. Er übergieß sie plötzlich mit einem Eimer voll Benzin und versuchte, sie mit einigen aufflammenden und glühenden Zündhölzern anzuzünden. Bei der sich anschließenden Rangelei zwischen beiden, bei der er immer noch versuchte, Streichhölzer zu entzünden, gelang es ihr zu flüchten. A folgte ihr in den Garten, riß sie zu Boden, umklammerte mit beiden Händen ihren Hals und würgte sie, so dass sie vorübergehend das Bewußtsein verlor. Schließlich ließ er von seiner Ehefrau ab, ohne dass geklärt werden konnte, warum er von seiner Tötungsabsicht Abstand nahm.

(5) Sonderprobleme innerhalb der Gesamtbetrachtungslehre:

- Der Täter korrigiert nach Abschluß der Ausführungshandlung seine Vorstellung von deren Erfolgstauglichkeit

Beispiel (BGHSt 36, 224 = JZ 1989, 1128 mit Anm. Ranft): Das niedergestochene Opfer, das der Täter bereits für tödlich verletzt hält, springt auf und ruft: „Ich lebe noch, ich rufe die Polizei“.

- Der Täter macht sich aus Gleichgültigkeit überhaupt keine Vorstellungen darüber, ob sein bisheriges Handeln zum Erfolgseintritt führen könnte (BGHSt 40, 304; dazu *Murmann*, JuS 1996, 590 ff.)

- Der Täter hat sein außertatbestandliches Handlungsziel erreicht und verzichtet (deshalb) auf die Vornahme weiterer Ausführungshandlungen – Problem für die Gesamtbetrachtungslehre: Bilden die unterschiedlichen Akte als „einheitlicher Lebensvorgang“ eine (rücktrittsfähige) Tat oder stellt die Zielerreichung eine Zäsur dar?

Beispiel (nach BGHSt [GrS], 39, 221 = JZ 1993, 894 mit Anm. *Roxin*; dazu *Bauer*, NJW 1993, 2590 ff.; *Hauf*, MDR 1993, 929 ff.; *Kudlich*, JuS 1999, 353 f.; *Pahlke*, GA 1995, 72 ff.; *Schroth*, GA 1997, 151 ff.): A stieß dem O ein Messer mit 12 cm langer, spitz zulaufender Klinge mit einem kräftigen Stoß in den Leib, um ihm einen „Denkzettel“ zu verpassen und ihm unmißverständlich klarzumachen, dass er keine Gegenwehr dulde. Dabei führte er den Stich frontal gegen den Oberbauch; aufgrund einer Drehung des Opfers drang die Klinge seitlich rechts in den Körper ein. Durch den Stich wurde der Brustraum eröffnet, das Zwerchfell durchstoßen und der rechte Leberlappen verletzt. A nahm bei seiner Handlung den Tod des O billigend in Kauf. Er zog nach dem Stich das Messer aus dem Körper des Verletzten. Zu diesem Zeitpunkt ging er davon aus, O keine tödliche Verletzung zugefügt zu haben. Nachdem A den Raum verlassen hatte, verspürte O zunächst keine Schmerzen; er blieb stehen. Als er die Verletzung bemerkte, ließ er sich von einem Mitbewohner einen Notverband anlegen und fuhr dann mit dem Fahrrad zur Polizeistation. Ohne ärztliche Behandlung hätte die erlittene Verletzung spätestens nach 24 Stunden zum Tode geführt.

- H.L. unter den Vertretern der Gesamtbetrachtungslehre (*Puppe*, JZ 1993, 361 ff.; *Ranft*, Jura 1987, 533 f.) und Teil der früheren Rspr. (BGH, NStZ 1990, 77): Bei außertatbestandlicher Zielerreichung habe der Täter nichts mehr „aufzugeben“. Ein Rücktritt sei damit nicht möglich.
- BGH (St [GrS] 39, 221) und Teil Lit. (*Pahlke*, GA 1995, 72 ff.): Es liege ein unbeendeter Versuch vor – Begründung: Das in § 24 Abs. 1 S. 1 StGB geforderte „Aufgeben“ beziehe sich allein auf die Tat im materiellrechtlichen Sinn: „Auf weitergehende, außertatbestandsmäßige Beweggründe, Absichten oder Ziele stellen weder die Strafbarkeit des Versuchs begründende § 22 StGB noch der spiegelbildlich dazu Strafbefreiung durch Rücktritt ermöglichende § 24 StGB ab.“ (BGHSt 39, 221, 230). Ergänzend: Opferschutz – Kritik?

b) Die Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch

aa) *Unbeendet* ist ein Versuch, wenn die Tatbestandsverwirklichung nach Vorstellung des Täters von der Vornahme weiterer Handlungen abhängt, so dass bereits bei „Aufgeben“ der weiteren Tatausführung die Tatvollendung ausbleibt

bb) *Beendet* ist ein Versuch dann, wenn der Täter nach seinen Vorstellungen von der Tat bereits alles Erforderliche zur Tatbestandsverwirklichung getan hat, so dass aus seiner Sicht die Möglichkeit nicht fernliegend ist, dass die Tat ohne weiteres Zutun vollendet wird

c) Beim unbeendeten Versuch: Das Aufgeben der weiteren Tatausführung

aa) Erfordernis der *endgültigen* Aufgabe des Tatvorhabens?

Beispiel (RGSt 72, 349; dazu *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, 14. Aufl. 2012, S. 128 ff): A setzt O einen vergifteten Kaffee vor. O speit den ersten Schluck wegen des schlechten Geschmacks aus, will dann aber noch einmal probieren, weil er meint, der Kaffee enthalte lediglich Alkohol. Daran hindert A den O, weil er es aufgrund von Os Mißtrauen zum gegebenen Zeitpunkt für unklug hält, am ursprünglichen Tatplan festzuhalten. A nimmt sich aber vor, O später zu töten.

bb) Möglichkeit des Rücktritts von der Verwirklichung einzelner Straftatbestände

Beispiel (vgl. BGHSt 33, 142, 144): Der Täter hat zur Begehung eines Raubes unter Verwendung von Mordmitteln bereits unmittelbar angesetzt. Er entschließt sich nun, das Opfer doch nicht zu töten, sondern lediglich unter

Anwendung von (nicht lebensgefährdender) Gewalt die Wegnahme vorzunehmen.

d) Beim beendeten Versuch: (Ernsthaftes Bemühen um) Verhinderung der Vollendung

aa) Verhinderung der Vollendung nach § 24 Abs. 1 S. 1 StGB – Anforderungen an die Verhinderungshandlung?

Beispiel 1 (BGH, NJW 1985, 813; dazu *Bloy*, JuS 1987, 528 ff.): A legte im Haus der O - die selbst abwesend war, deren Kinder sich aber dort befanden - Feuer. Anschließend benachrichtigte er telefonisch die O. Ohne Nennung seines Namens forderte er sie auf, nach Hause zu kommen. Dabei konnte er nicht sicher sein, dass O dieser Aufforderung folgen würde. Er begab sich deshalb selbst zur Brandstelle, um sicherzugehen, dass der Brand alsbald entdeckt würde. O war aber durch den Anruf so beunruhigt, dass sie zu ihrer Wohnung fuhr, den Brand entdeckte und die Löschung des Feuers durch Herbeirufen von Feuerwehrleuten veranlaßte, bevor es von den brennenden Gardinen und Möbeln auf das Haus selbst übergreifen konnte.

Beispiel 2 (nach BGHSt 31, 46; dazu *Bloy*, JuS 1987, 528 ff.; *Puppe*, NSStZ 1984, 488 ff.): A hatte seine Ehefrau O zusammengeschlagen und dabei ihren Tod billigend in Kauf genommen. Als er mit dem Schlagen aufhörte, hielt er es für möglich, O lebensbedrohliche Verletzungen zugefügt zu haben. Er brachte sie mit seinem Pkw in die Nähe eines Krankenhauses, wo er sie ca. 95 m von einem Nebeneingang entfernt aussteigen ließ. Er ließ sie allein in Richtung Krankenhaus gehen und entfernte sich. O erreichte das Krankenhaus jedoch nicht, weil sie infolge des Blutverlustes bewußtlos zusammenbrach. Kurze Zeit später wurde sie von einem Passanten aufgefunden und konnte durch sofortige ärztliche Versorgung gerettet werden.

(1) Unstreitiges *Mindesterfordernis: Kausalität* der Rücktrittshandlung für das Ausbleiben der Tatvollendung

(2) Zusätzliche Anforderungen? – Str.:

- H.M. (BGHSt 44, 204, 207; BGH, NJW 1985, 813): (Mit-) Ursächlichkeit des Täterverhaltens für die Erfolgabwehrung sei ausreichend – Begründung: Wortlaut
- M.M. (BGHSt 31, 46; *Herzberg*, NJW 1991, 1637 *Murmann*, Versuchsunrecht und Rücktritt, 1999, S. 60 ff.): Optimale Rettungsbemühungen – Begründung: ratio des Rücktrittsprivilegs; Rechtsgüterschutz
- M.M. Lit. (*Bloy*, JuS 1987, 533; *Rudolphi*, NSStZ 1989, 511): Erfolgsverhinderung müsse objektiv zurechenbar sein – Der Täter müsse eine „relevante Rettungschance“ für das gefährdete Rechtsgut begründen und diese Chance müsse sich in der Nichtvollendung realisieren – *Begründung*: Zur Gewährung des Rücktrittsprivilegs sind Handlungen, die letztlich nur zufällig den Erfolg verhindern, nicht ausreichend

bb) Ernsthaftes Bemühen um Verhinderung der Vollendung nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB

e) Rücktrittsentschluß und Freiwilligkeit

aa) *Entschluß* – Kann fehlen, wenn der Täter nur versehentlich oder nur zum Schein eine Rücktrittshandlung vornimmt

Beispiel (vgl. RGSt 68, 381): A hatte ein Feuer gelegt, von dem sie glaubte, es sei bereits nicht mehr zu löschen. Um jeden Verdacht von sich abzulenken, begann sie „Rettet, Rettet!“ zu rufen. Der Brand wurde von herbeieilenden Nachbarn gelöscht.

bb) Freiwilligkeit – Anforderungen str.:

Beispiel 1 (BGH, NStZ 1994, 428): Als A auf seine Ehefrau einstach, um sie zu töten, betreten die beiden Söhne des Ehepaars das Zimmer. A war infolgedessen „emotional und psychisch“ nicht mehr zur Vollendung der Tat in der Lage.

Beispiel 2 (nach BGHSt 35, 184 = JR 1989, 69 mit Anm. *Bloy* = JZ 1988, 518 mit Anm. *Jakobs* = NStZ 1988, 404 mit Anm. *Lackner*): A lauerte seiner geschiedenen Ehefrau X auf, um sie zu töten. Während er noch auf X wartete, entdeckte er deren neuen Partner O, den er mit einem Messer attackierte, um auch ihn zu töten. Obwohl A der Auffassung war, O noch nicht tödlich verletzt zu haben, ließ er schließlich von ihm ab, weil er befürchtete, X könne ihm in der Zwischenzeit entkommen.

(1) Rspr. (BGHSt 21, 216 f.; 35, 184, 186 f.; BGH, NStZ 1994, 428 f.) und Teil Lit. (*Jescheck/Weigend*, AT, S. 544): „Psychologisierende“ Betrachtungsweise – Gefordert ist ein Handeln aus autonomen Motiven, ohne dass es auf deren ethische Qualität ankäme

(2) Teil Lit. (*Bloy*, JR 1989, 71 f.; *Roxin*, Heinitz-FS, 255 ff.): Normativer Freiwilligkeitsbegriff – Entscheidung müsse Ausdruck einer Rückkehr in die Legalität sein

4. Der Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten gem. § 24 Abs. 2 StGB

a) Grundlagen

b) Anwendungsbereich von § 24 Abs. 2 StGB

c) Rücktritt nach § 24 Abs. 2 S. 1 StGB

d) Rücktritt nach § 24 Abs. 2 S. 2 StGB

§ 7 Unterlassungsdelikte

I. Die Unterscheidung in echte und unechte Unterlassungsdelikte

II. Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen

Beispiel 1 (nach RGSt 63, 211 – „Ziegenhaarfall“): Der Fabrikant A händigte Arbeiterinnen durch Milzbrandbazillen verseuchte Ziegenhaare zur Verarbeitung aus, ohne die gebotene Desinfektion zuvor durchführen zu lassen. Mehrere Arbeiterinnen infizierten sich und starben. Der Sachverständige stellt fest, dass auch die zugelassenen Desinfektionsverfahren keinen zuverlässigen Schutz geboten hätten.

Beispiel 2 (vgl. *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 115 ff.): Der zerebral schwerstgeschädigte O hat das Bewusstsein irreversibel verloren. O ist an eine Herz-Lungen-Maschine angeschlossen. Es ist anzunehmen, dass er mit dieser Art lebenserhaltender Maßnahmen nicht einverstanden wäre. Arzt A möchte die Maschine ausschalten.

Beispiel 3: Weichenwärter A hat im Dienst Alkohol zu sich genommen, so dass er schließlich einschläft und die Weiche nicht stellt, weshalb es zu einem Zugunglück kommt.

1. Relevanz der Abgrenzung

2. Verschiedene Ansätze zur Abgrenzung:

a) *Rspr.* (BGH, NStZ 1999, 607) und *Teil Lit.* (*Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 700): Abgrenzung nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit – Kritik?

b) *Teil Lit.* (*Roxin*, AT II, § 31 Rn. 77 ff.): Ein Begehungsdelikt liegt immer dann vor, wenn ein aktiver Energieeinsatz für den Erfolg kausal ist – Hintergrund: Liegen die haftungsbegründenden Voraussetzungen aufgrund eines positiven Tuns vor, so kann eine Orientierung an einem „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ nicht zur Begründung zusätzlicher Anforderungen (Garantenstellung) und schließlich zum Wegfall der Strafbarkeit führen – Kritik?

III. Der Tatbestand der unechten Unterlassungsdelikte

1. Erfolgseintritt

2. Die Nichtvornahme der gebotenen Handlung trotz physisch-realer Handlungsmöglichkeit

3. Kausalität zwischen unterlassener Handlung und Erfolg – Anforderungen str.:

a) *Rspr.* (BGH, NStZ 1985, 27) und *h.L.* (vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 711): Gefordert sei eine „*Quasi-Kausalität*“ in dem Sinne, dass ein Unterlassen ursächlich sei, wenn bei Vornahme der gebotenen Handlung der tatbestandsmäßige Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre

b) *M.M.* (eingehend und differenzierend *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 46 ff.): *Risikoverminderungslehre* (vgl. zur Risikoerhöhungslehre bei positivem Tun oben 6. Teil § 1 II 5. a) – *Inhalt*: Es sei ausreichend, wenn die geforderte

Handlung zu einer Risikominderung geführt hätte – Hintergrund: Kriminalpolitische Bedürfnisse – Kritik?

Beispiel: Unterläßt der Arzt die indizierte Operation, so wäre nach der Risikoverminderungslehre eine Erfolgszurechnung auch dann möglich, wenn nicht feststeht, ob der Patient zu retten gewesen wäre. (Wäre der Erfolg allerdings mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zumindest später eingetreten, so wäre Kausalität auch nach h.M. zu bejahen.)

4. Die Garantenpflichten

a) Entstehungsgründe der Garantenpflichten

aa) *Frühere Rspr.* (BGHSt 19, 167): Die formelle Rechtspflichttheorie – Inhalt: Entstehungsgründe von Garantenpflichten sind:

- Gesetz
- Vertrag
- Vorgegangenes Tun
- Enge Lebensgemeinschaft

bb) *Neuere Lehre* (Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 716; auch BGHSt 47, 224, 227):

(1) Zweiteilung in

- Schutzpflichten für bestimmte Rechtsgüter (Obhuts- oder Beschützergarant)
- Verantwortlichkeit für bestimmte Gefahrenquellen (Überwachungsgarant)

(2) Str. ist, welche materialen Gründe zum Entstehen von Schutz- und Überwachungspflichten führen – Z.B.:

- *Otto* (AT, 7. Aufl., § 9 Rn. 42 ff.): Gegenseitige Erwartungen innerhalb der Sozietät
- *Schünemann* (Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971): Herrschaft über den Grund des Erfolges – Inhalt: Kontrolle über das Geschehen entweder aufgrund der Hilflosigkeit des Rechtsguts oder der Beherrschung der Gefahrenquelle

cc) Kritik der Auffassungen

b) Die einzelnen Garantenpflichten

aa) Beschützergaranten

(1) Garantenstellung aufgrund enger persönlicher Verhältnisse

(1.1) Beispiele: Ehegatten, Verlobte, Geschwister, Partner in einer eheähnlichen Gemeinschaft – Nicht: Studentische WG

(1.2) Grenzen:

- Allein die rechtliche Pflichtenlage (z.B. §§ 1353 ff. BGB) genügt nicht, wenn etwa eine Ehe zerrüttet ist (vgl. *Ransiek*, JuS 2010, 588)
- Str. ist, ob Pflichten etwa dann noch fortbestehen, wenn volljährige Kinder das Elternhaus verlassen haben (bejahend *Wessels/Beulke*, AT, Rn. 718; ablehnend *Roxin*, AT II, § 32 Rn. 40: nur sittliche Pflicht)
- Pflichten zur Verhinderung eines Suizids?

Beispiel: A und O sind verheiratet. O hat den freiverantwortlichen Entschluß gefasst, aus dem Leben zu scheiden. A reicht O den Strick und ist bei ihr, als sie sich erhängt. Er greift trotz erkannter Rettungsmöglichkeit schließlich auch nicht ein, als O bewusstlos am Seil hängt. O stirbt.

- Keine Pflicht zur Hinderung des Erhängens, solange O das Geschehen in der Hand hat

- Str., wenn O bewusstlos am Seil hängt (Überblick bei *Wessels/Hettinger*, BT/1, Rn. 43 ff.)

- Strafbarkeit von A nach § 323c StGB?

(2) Garantenstellung aus Gefahrengemeinschaft

(2.1) Beispiele: Seilschaft, Tauchergruppe, Teilnehmer an einem Segeltörn

(2.2) Grenzen: Der Zusammenschluß muß gerade auch der gemeinsamen Bewältigung von Gefahren dienen – Deshalb nicht: Zechkumpane, Passagiere einer sinkenden Fähre

(3) Garantenstellung aus tatsächlicher freiwilliger Übernahme von Schutz- und Beistandspflichten

(3.1) Beispiele: Übernahme der Kinderaufsicht; Bademeister, ärztliche Behandlung, Bergführung; Gastwirt (gegenüber Volltrunkenen); Amtsträger (im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereichs, z.B. Lehrer zugunsten von Schülern, die von anderen Schülern verprügelt werden)

(3.2) Grenzen: Regelmäßig keine Pflicht zur Offenbarung von Abrechnungsfehlern im Rahmen von Vertragsbeziehungen (Treu und Glauben)

bb) Überwachungsgarantenstellungen

(1) Vorangegangenes gefährliches Tun (Ingerenz)

(1.1) Problem: pflichtwidriges Vorverhalten

Beispiel (nach BGHSt 37, 106 „Lederspray-Entscheidung“): A brachte als Geschäftsführer der E-GmbH Lederspray auf den Markt. Nachdem es jahrelang Verwendung gefunden hatte, kam es zu ernststen gesundheitlichen Beeinträchtigungen von Verbrauchern (Lungenödeme). Gleichwohl stoppte A nicht den Vertrieb und veranlasste auch keinen Rückruf der bereits im Handel befindlichen Produkte.

(1.2) Problem: Nach § 32 StGB gerechtfertigtes Vorverhalten

Beispiel (nach BGHSt 23, 327; dazu *Herzberg*, JuS 1971, 74 ff.): A tötete seinen Zechkumpanen O bei einem Streit in Notwehr durch einen Stich ins Herz. Eine Rettung des O war nicht möglich, was für einen Laien aber nicht ohne weiteres erkennbar war und von A auch nicht erkannt wurde. A ging weg, wobei er billigend in Kauf nahm, dass O aufgrund mangelnder Hilfe sterben könnte.

- *M.M.* (*Herzberg*, JuS 1971, 74; *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 266 ff.): Den Verteidiger trifft eine Garantenpflicht zur Beseitigung der aufgrund seiner Verteidigungshandlung geschaffenen Gefahr – *Begründung*: Der Angreifer dürfe nicht „friedlos“ gestellt werden. Das Unterlassen von Hilfe sei nicht mehr durch das die Notwehrbefugnis begrenzende Merkmal der Erforderlichkeit gedeckt

- *H.M.* (BGHSt 23, 327; Roxin, AT II, § 32 Rn. 182 ff.): Den Verteidiger trifft keine Garantenpflicht – *Begründung*: Die Gefährdungshandlung durch den Verteidiger beruhe nicht auf dessen freier Entscheidung, sondern sei durch das rechtswidrige Verhalten des Angreifers ausgelöst. „Wer durch einen rechtswidrigen Angriff eine Selbstgefährdung

herbeiführt, kann hierdurch nicht erzwingen, dass der Angegriffene als Garant zu seinem Beschützer wird“ (BGHSt 23, 327, 328). Nach der Gegenauffassung wäre der Angreifer besser gestellt als ein schuldlos Verunglückter. Schließlich sei der Angreifer auch nicht friedlos gestellt, da ihm gegenüber eine Hilfspflicht nach § 323c StGB bestehe.

(1.3) Problem: Nach § 34 StGB gerechtfertigtes Vorverhalten

Beispiel (vgl. *Roxin*, AT II, § 32 Rn. 186): Autofahrer A muß zur Abwendung einer ihm drohenden Lebensgefahr auf den Fußweg ausweichen (§ 34 StGB). Er verletzt den Fußgänger O. Trifft A eine Garantenpflicht zu O's Rettung?

- Im Unterschied zum Fall des § 32 StGB:

- O trifft keinerlei Verantwortung für das Entstehen der Gefahrenlage
- § 34 StGB basiert auf dem Prinzip der Solidarität. Der aus diesem Prinzip in Anspruch genommene dürfte Anspruch auf einen Ausgleich für das erbrachte Opfer haben
- Der Notstandstäter ist (häufig) zugleich der durch die Notstandshandlung Begünstigte. Auch unter diesem Gesichtspunkt erscheint es deshalb angemessen, ihm eine Garantenpflicht aufzuerlegen.
- Ergebnis der h.M. (*Roxin*, AT II, § 32 Rn. 186 ff.): Es besteht eine Garantenpflicht des A trotz der Rechtmäßigkeit des Vorverhaltens

(2) Verkehrssicherungspflicht – Beispiele: Grundstückseigentümer, Inhaber eines gefährlichen Betriebs

(3) Pflicht zur Beaufsichtigung Dritter

(3.1) Beispiele: Arzt in psychiatrischer Anstalt; JVA-Leiter bzgl. der Gefangenen

(3.2) Grenzen: Keine Pflicht des Ehegatten, Straftaten des anderen Ehegatten zu verhindern (a.A. RGSt 74, 283)

5. Die Gleichstellung von Tun und Unterlassen nach § 13 Abs. 1 2. Halbsatz StGB

Lit: *Satzger*, Jura 2011, 249 ff.

- Relevanz nur bei den verhaltensgebundenen Delikten (Modalitätenäquivalenz): § 211 II 2. Gruppe [z.B. Heimtücke]; § 240 [Zwang], § 263 [Täuschung] – Unterlassen „muss im konkreten Fall dem Unrechtsgehalt aktiver Tatbestandsverwirklichung so nahe kommen, dass es sich in den Unrechtstypus des Tatbestandes einfügt“ (Fischer, § 13 Rn. 46)

Beispiel (BGHSt 34, 13): A schläft rauchend auf seinem Bett ein. Als er erwacht, steht sein Zimmer in Flammen. Er flieht nach draußen. Obwohl ihm bewußt ist, dass bei Ausdehnung des Brandes andere Bewohner des Mehrfamilienhauses ums Leben kommen könnten, unternimmt er nichts. Ein Bewohner verstirbt an einer Rauchvergiftung.

6. Der Vorsatz beim Unterlassungsdelikt

- a) Zum Tatbestandsvorsatz gehört „der Wille zum Untätigbleiben in Kenntnis aller objektiven Tatbestandsmerkmale und in dem Bewusstsein, dass die Abwendung des drohenden Erfolges möglich ist“ (Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 732)
- b) Zu den objektiven Tatbestandsmerkmalen gehören auch die Umstände, aus denen sich die Garantenpflicht ergibt (Irrtum hierüber: Tatbestandsirrtum); nicht dagegen die Garantenpflicht als solche (Irrtum hierüber: Verbotsirrtum [„Gebotsirrtum“])

IV. Die Rechtswidrigkeit beim unechten Unterlassungsdelikt

1. Rechtfertigende Pflichtenkollision

- s. 6. Teil § 3 V.

2. Kollision von Handlungs- und Unterlassungspflichten (§ 34 StGB)

Beispiel: A könnte sein in einem brennenden Haus befindliches Kind O nur retten, wenn er X in die Flammen stürzen würde. Er unterlässt die Rettung seines Kindes.

V. Die Schuld beim unechten Unterlassungsdelikt

1. Der Irrtum über die Garantenpflicht: Gebotsirrtum (§ 17 StGB)

2. Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens

Beispiel 1 (vgl. BGH, NJW 1994, 1357): A und seine Frau O unternehmen eine Bootsfahrt. O fällt bei Dunkelheit in den kalten und strömungsgefährdeten Fluß. A wagt es nicht, seiner Frau nachzuspringen, da dies mit beträchtlichen Gefahren für Leib und Leben für ihn verbunden wäre.

Beispiel 2 (nach BGH, NStZ 1984, 164): B missbrauchte fortgesetzt seine 12jährige Stieftochter O. Die Mutter des Kindes, A, hatte hiervon Kenntnis. Besteht eine Pflicht der A zur Einschaltung der Polizei?

- a) Die dogmatische Verortung des Zumutbarkeitserfordernisses – Str.:

- M.M. (*Fischer*, § 13 Rn. 80, 81; *Ransiek*, JuS 2010, 586): Bestandteil des Tatbestandes – Begründung: Die Zumutbarkeit betreffe bereits die Frage der Handlungspflicht
- M.M. (*Michael Köhler*, AT, 1997, S. 297 f.): Rechtfertigungsgrund – Begründung: Die Zumutbarkeit beschränke die Sonderpflicht des Garanten
- H.M. (*Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 739): Entschuldigungsgrund – Begründung: Aus der Gleichstellung des Garanten mit dem Begehungstäter folge, dass auf Unrechtsebene keine Unterscheidung getroffen werden könne.

VI. Täterschaft und Teilnahme beim unechten Unterlassungsdelikt

1. Die Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen – Str.:

Beispiel 1: Das Bewachungspersonal unterlässt es pflichtwidrig, einen Diebstahl zu verhindern.

Beispiel 2: A sieht tatenlos zu, wie sich seine Ehefrau O einen Strick um den Hals legt und sich erhängt. Er schneidet O trotz erkannter Rettungsmöglichkeit auch nicht ab, als sie bewusstlos am Seil hängt.

a) *Teil Rspr.* (BGHSt 13, 162, 166): *Subjektive Theorie* – Inhalt: Abgrenzung nach Täter- bzw. Teilnehmerwillen – Kritik?

b) *Teil Rspr.* (BGHSt 32, 367, 374; 48, 77, 90 ff., 96 f.) und *Teil Lit.* (*Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 734): *Tatherrschaftslehre* – Kritik?

c) *Teil Lit.* (*Roxin*, AT II, § 31 Rn. 140 ff.): *Pflichtdeliktstheorie* – Inhalt: Der Unterlassende ist immer Täter, wenn er die Gleichstellungskriterien und die sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt – Begründung: Der Unterlassende erfüllt in diesen Fällen den Tatbestand und ist damit auch Täter – Grenze folglich: Bei eigenhändigen Delikten und wenn etwa eine bestimmte Absicht fehlt – Kritik?

d) *Teil Lit.* (*Jescheck/Weigend*, § 64 III 5): „*Theorie der Einheitsbeihilfe*“ – Inhalt: Neben einem aktiven Begehungstäter sei der Unterlassende immer nur Gehilfe – Begründung: Im Verhältnis zu einem Begehungstäter sei der unterlassende Garant immer nur eine Randfigur ohne Tatherrschaft – Kritik?

e) *Teil Lit.* (*Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 82 ff.): *Unterscheidung nach Art der Pflichtenstellung* – Inhalt: Der Beschützergarant ist immer Täter; der Überwachungsgarant ist immer nur Gehilfe – Begründung: Der Beschützergarant ist zur Verhinderung von Erfolgen zuständig; den Überwachungsgaranten dagegen treffe keine besondere Pflicht im Verhältnis zum Opfer – Kritik?

2. Mittäterschaft durch Unterlassen

Beispiel: A und B sehen tatenlos zu, wie ihr Kind O im Wasser zu ertrinken droht. Jeder wäre zur Rettung in der Lage. *Variante:* A und B verständigen sich dahingehend, dass keiner von ihnen Hilfe leistet. *Variante 2:* A und B wären nur gemeinsam zur Rettung des O in der Lage.

VII. Versuch und Rücktritt beim unechten Unterlassungsdelikt

1. Das Unmittelbare Ansetzen des Unterlassungstäters – Str.:

Beispiel: A beabsichtigt, ihr Kind verhungern zu lassen. Das Auslassen der ersten Mahlzeit könnte durch ein späteres Füttern ohne weiteres ausgeglichen werden. Das Auslassen der fünften Mahlzeit führt dazu, dass eine zuverlässige Rettung bereits ärztliche Behandlung erfordert hätte. Das Auslassen der zehnten Mahlzeit markiert den Zeitpunkt der letzten Chance zur Rettung des Kindes.

a) *M.M. (Herzberg, MDR 1973, 89 ff.):* Versuchsbeginn mit Verstreichenlassen der ersten Rettungsmöglichkeit – Begründung: Kriminalpolitisch (man könne nie wissen, „ob nicht die erste Rettungsgelegenheit zugleich die letzte ist“) – Kritik?

b) *M.M. (Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 221):* Versuchsbeginn mit Verstreichenlassen der letzten Rettungsmöglichkeit – Begründung: Die Rechtsordnung verlange nur die rechtzeitige Abwendung des Erfolges – Kritik?

c) *Teil Lit. (Bosch, Jura 2011, 914; Jescheck/Weigend, AT, § 60 II 2):* Versuchsbeginn bei unmittelbarer Gefährdung des Opfers – Begründung: Dies sei der Zeitpunkt, ab dem weiteres Zuwarten die Lage des Opfers verschlechtert – Kritik?

d) *Teil Lit. (Roxin, AT II, § 29 Rn. 271 ff.):* Versuchsbeginn bei Entlassung aus dem Herrschaftsbereich des Unterlassenden *oder* bei unmittelbarer Gefährdung des Opfers – Begründung: Das Kriterium der unmittelbaren Gefährdung (wie c) versage dort, wo der Täter das Geschehen aus der Hand gegeben und damit das Rechtsgut schutzlos gestellt habe

2. Der Rücktritt vom Versuch des Unterlassens

a) Fehlschlag – Wenn der Unterlassungstäter erkennt, dass sein Unterlassen (oder ein ihm ohne Zäsur mögliches positives Tun, so *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 743; dagegen *Murmann*, GA 2012, 711 ff.) nicht mehr zum Erfolgseintritt führen kann

Beispiel: A wollte seinen Sohn O ertrinken lassen. Da springt X in das Wasser und rettet O.

b) Unterscheidung in beendeten und unbeendeten Versuch? – Str.:

aa) *Teil Lit. (Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 743 f.):* „Differenzierungslehre“ – Inhalt: Ein unbeendeter Versuch liegt vor, „solange der Eintritt des tatbestandlichen Erfolges nach der Vorstellung des Täters noch durch Nachholung der ursprünglich gebotenen Handlung abzuwenden ist“. „Beendet ist der Versuch dagegen, sobald nach der Vorstellung des Täters die Nachholung der ursprünglich gebotenen Handlung für sich allein nicht mehr ausreicht, um den tatbestandlichen

Erfolg abzuwenden, vielmehr andere Maßnahmen erforderlich geworden sind“ – Begründung: Die Vornahme der ursprünglich gebotenen Handlung entspricht als rechtmäßiges Verhalten wertungsmäßig dem Nichtweiterhandeln beim Begehungstäter

bb) *Teil Lit.* (Roxin, AT II, § 29 Rn. 269): „Theorie der notwendigen Versuchsbeendigung“ – Inhalt: Alle Unterlassungsversuche sind als beendet anzusehen – Begründung: Der Rücktritt verlangt beim Unterlassen stets ein Tätigwerden des Täters

§ 8 Das fahrlässige Begehungsdelikt

I. Grundlagen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit

1. Begriff der Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 1 S. 2 BGB)

2. Die ratio der Fahrlässigkeitsbestrafung

3. Die Unterscheidung in bewusste und unbewusste Fahrlässigkeit

- Unbewusste Fahrlässigkeit: Der Täter ist sich der Gefährlichkeit seines Verhaltens nicht bewusst
- Bewusste Fahrlässigkeit: Der Täter erkennt zwar die Gefährlichkeit, vertraut aber darauf, dass der tatbestandliche Erfolg gleichwohl nicht eintreten werde

4. Verschiedene Grade der Fahrlässigkeit

5. Aufbau des fahrlässigen Erfolgsdelikts

<p>(1) Tatbestandsmäßigkeit</p> <ul style="list-style-type: none"> - Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolgs - Schaffung einer rechtlich mißbilligten Gefahr (= objektive Sorgfaltspflichtverletzung) - Realisierung dieser Gefahr im Erfolgseintritt durch <ul style="list-style-type: none"> -- Pflichtwidrigkeitszusammenhang und -- Schutzzweckzusammenhang <p>(2) Rechtswidrigkeit</p> <p>(3) Schuld</p> <ul style="list-style-type: none"> - Individuelle Vermeidbarkeit (str., a.A.: Bestandteil eines subj. Tatbestandes)
--

a) Unterschiedliche objektive Voraussetzungen von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt?

b) Str.: Die individuelle Vermeidbarkeit als Bestandteil eines subjektiven Tatbestandes oder als Schuldbestandteil

II. Der objektive Tatbestand des fahrlässigen Erfolgsdelikts

1. Die Abgrenzung von erlaubter und rechtlich mißbilligter Gefahrschaffung

a) Bestimmungsmaßstab: besonnene und gewissenhafte Person in der konkreten Lage und der sozialen Rolle des Handelnden

Lit: *Murmann*, Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormenkonturierung, *Herzberg-FS*, 2008, S. 123 ff.

aa) Berücksichtigung von Sonderwissen?

Beispiel: Der Täter erkennt in dem auf dem Gehweg laufenden Passanten seinen psychisch gestörten, sonst stets unter Aufsicht befindlichen Nachbarn, von dem er weiß, dass dieser jederzeit unkontrolliert auf die Straße laufen kann.

bb) Berücksichtigung von Sonderfähigkeiten?

Beispiele: Der Täter könnte als Berufsrennfahrer der unvermutet auf die Straße gelaufenen Fußgängerin mit einem Schleudermanöver ausweichen. Da er nur die Fähigkeiten eines durchschnittlichen Autofahrers aktiviert, tötet er die Fußgängerin.

cc) Entlastende Berücksichtigung von gegenüber der Maßstabsfigur geringeren Kenntnissen und Fähigkeiten?

Beispiel: Dem operierenden Chirurgen ist ein neueres, lege artis anzuwendendes Verfahren unbekannt. Die nach überholtem Kenntnisstand durchgeführte Operation führt zum Tode des Patienten, was bei Anwendung des neuen Verfahrens vermieden worden wäre.

b) Konkretisierung der Verhaltensnormen

aa) Vorstrafrechtliche Verhaltensregeln

(1) Rechtsnormen

(2) Verkehrsnormen

(3) Ungeschriebene Verhaltensregeln

bb) Der Vertrauensgrundsatz

Beispiel: Wer auf einer vorfahrtsberechtigten Straße fährt, kann „grundsätzlich darauf vertrauen, dass nicht sichtbare wartepflichtige Verkehrsteilnehmer sein Vorfahrtsrecht beachten“ (BGHSt 7, 118).

cc) Organisations-, Aufsichts- und Kontrollpflichten

Beispiel (nach BGH, NJW 1955, 1487): Während einer Kaiserschnittoperation war ein sogenannter „Roux-Haken“, der zum Spreizen der geöffneten Bauchdecke verwendet wurde, durch einen Fehler der assistierenden Schwester mit schließlich tödlichem Ausgang in die Operationswunde eingenäht worden. Die Verletzung der dem Arzt im Verhältnis zur assistierenden Schwester obliegenden Aufsichts- und Überwachungspflicht begründete der BGH u.a. mit der Erwägung, dass es sich bei dem Krankenhaus, in dem die Operation stattfand, um ein sogenanntes Belegkrankenhaus handelte, bei dem kein aufeinander „eingespieltes“ Team die Operation durchführte. Infolge des Fehlens eines leitenden Krankenhausarztes sei das Hilfspersonal auch „weniger straff und gründlich geschult“ gewesen. Zudem habe die assistierende Schwester „weder eine vollwertige Ausbildung noch eine ausreichende Erfahrung als Assistent“; sie sei auch sonst „etwas unselbständig“ gewesen und habe „bei Operationen nur noch aushilfsweise assistiert“. Der Arzt sei deshalb verpflichtet gewesen, die Schwester vor dem Beginn der Operation auf die Gefahr des Abgleitens eines der Roux-Haken in die Operationswunde hinzuweisen und ihr einzuschärfen, das etwaige Fehlen eines solchen Hakens sofort zu melden. Weiter hätte er nach der Operation nachfragen müssen, ob die Prüfung der Instrumente auf Vollzähligkeit erfolgt sei.

dd) Generalverantwortung und Allzuständigkeit der Geschäftsleitung im Unternehmen (grundlegend BGHSt 37, 106)

ee) Übernahmefahrlässigkeit (Übernahmeverschulden)

Beispiel (nach BGHSt 40, 341 mit Anm. *Foerster/Winckler*, NStZ 1995, 344 f.): A litt unter epileptischen Anfällen, die trotz vorschriftsmäßiger Medikamenteneinnahme immer wieder und in unterschiedlicher Stärke auftraten. A führte ungeachtet seiner Erkrankung regelmäßig ein Kfz, obwohl sein behandelnder Arzt ihn darauf hingewiesen hatte, dass er dies nicht dürfe. Bei einer Autofahrt erlitt A - ohne erkennbare Vorzeichen - innerhalb von Sekundenbruchteilen einen Anfall, der zu einer Verkrampfung des rechten Beines führte. Infolgedessen wurde das Gaspedal des Fahrzeugs durchgedrückt und A überfuhr einen Fußgänger, der auf der Stelle starb.

2. Die Realisierung der rechtlich mißbilligten Gefahr im Erfolg

III. Rechtswidrigkeit

- Problem: Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselements beim Fahrlässigkeitsdelikt?

Beispiel (*Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT, § 15 Rn. 41): O hat einen Unfall vorgetäuscht, um vorbeikommende Autofahrer zum Anhalten zu zwingen und auszurauben. Der Autofahrer A, der die Situation nicht durchschaut, wehrt den Angriff des O dadurch im letzten Augenblick ab, dass er ihn aus Ungeschick anfährt.

IV. Schuld

1. Individuelle Vermeidbarkeit

2. Unzumutbarkeit

Beispiel (RGSt 30, 25; dazu *Maiwald*, Schüler-Springorum-FS, S. 481 ff.): Zum Gespann des als Droschkenkutscher beschäftigten A gehörte ein Pferd, das als sogenannter „Leinenfänger“ die Angewohnheit hatte, den Schweif über die Fahrleine zu schlagen und fest an den Körper zu drücken, was die Lenkbarkeit beeinträchtigte. Dieser, sowohl A als auch seinem Arbeitgeber bekannte, Umstand führte dazu, daß A mit dem Gespann einen Passanten niederfuhr und verletzte. Eine Weigerung des A hätte die Gefahr des Arbeitsplatzverlusts begründet.

§ 9 Die Konkurrenzlehre

Literatur: Geppert, Grundzüge der Konkurrenzlehre, (§§ 52 bis 55 StGB), Jura 1982, 358 ff., 418 ff.; Mitsch, Konkurrenzen im Strafrecht, JuS 1993, 385 ff.; Seier, Die Gesetzeseinheit und ihre Rechtsfolgen, Jura 1983, 225 ff.; Sowada, Probleme der natürlichen Handlungseinheit, Jura 1995, 245 ff.

I. Sinn und Zweck der Konkurrenzlehre

- „Nahtstelle“ zwischen der Lehre von der Straftat und der Lehre von den Folgen der Straftat
- *Vorbereitung der Strafzumessung*, denn sie entscheidet darüber, aus welchen Tatbeständen der Strafraum entnommen wird und nach welchen Grundsätzen die Strafe bemessen wird, wenn der Täter mehrere Tatbestände (formell) erfüllt hat
- Ausgangsfragen: Hat der Täter mehrere Tatbestände (oder denselben Tatbestand mehrmals) durch eine Handlung (Handlungseinheit, führt grundsätzlich zur Idealkonkurrenz nach § 52 StGB; dazu II.) oder durch mehrere Handlungen erfüllt (Handlungsmehrheit, führt grundsätzlich zur Realkonkurrenz nach § 53 StGB; dazu III) – Oder liegt ein Fall der sogenannten Gesetzeseinheit (= Gesetzeskonkurrenz oder unechte bzw. scheinbare Konkurrenz) vor, in dem §§ 52, 53 StGB überhaupt nicht zur Anwendung kommen (dazu IV.)

II. Handlungseinheit – Idealkonkurrenz (§ 52 StGB)

1. Die natürliche Handlung

- *Def.:* Wenn durch eine Willensbetätigung mehrere Verletzungen realisiert werden.

Beispiel 1: Von der vergifteten Speise essen mehrere Personen. *Beispiel 2:* Die Bombe tötet und verletzt mehrere Menschen. *Beispiel 3:* Die Bombe vernichtet zahlreiche, im Eigentum verschiedener Personen stehende Gegenstände.

2. Die natürliche Handlungseinheit

a) BGH (JR 1985, 512): „Die Rspr. erkennt eine natürliche Handlungseinheit an, wenn mehrere Verhaltensweisen von einem einheitlichen Willen getragen werden und aufgrund ihres räumlich-zeitlichen Zusammenhangs so miteinander verbunden sind, daß das gesamte Tätigwerden äußerlich (objektiv) für einen Dritten bei natürlicher Betrachtungsweise als ein einheitliches, zusammengehöriges Tun erscheint.“ Damit können auch verschiedene Straftatbestände mit divergierendem Unrechtsgehalt eine natürliche Handlungseinheit bilden (insb. sog. *Polizeifluchtfälle*).

b) Die Lit. lehnt die Figur der natürlichen Handlungseinheit z.T. ab (z.B. Stree, in: Schönke/Schröder, Vorbem §§ 52 ff., Rn. 22); im übrigen beschränkt sie vielfach den Anwendungsbereich der natürlichen Handlungseinheit, die danach lediglich als Hilfsmittel zur Tatbestandsauslegung in Fällen nur quantitativer Steigerung der auf einer einheitlichen Motivationslage beruhenden Rechtsgutsverletzung fungiert (so Kühl, AT, § 21 Rn. 17 f.).

c) Fälle zur Reichweite der natürlichen Handlungseinheit:

aa) Zur natürlichen Handlungseinheit als Hilfsmittel zur Tatbestandsauslegung

Beispiel 1: A will O erschießen. Der erste Schuß verfehlt sein Ziel, der zweite trifft das Herz (sukzessive Tatbestandserfüllung).

Beispiel 2: A verprügelt O durch Schläge ins Gesicht und Tritte mit seinen schweren Wanderschuhen (iterative Tatbestandserfüllung).

Beispiel 3 (nach *Maiwald*, NJW 1978, 301): A stiehlt in einer fremden Wohnung mit zwanzig Handgriffen ebensoviele Wertgegenstände, wobei ihm bekannt ist, dass diese Gegenstände im Eigentum unterschiedlicher Personen stehen.

Beispiel 4 (nach BGHSt 16, 397): A erschlägt in schneller Folge X, Y und Z.

bb) Zur natürlichen Handlungseinheit als Voraussetzung von Tateinheit

Beispiel 1 (nach BGH, StV 1996, 605): A bricht unmittelbar nacheinander drei in einer Tiefgarage abgestellte Pkw auf und entnimmt jedem von ihnen Wertsachen.

Beispiel 2 (BGH, JR 1985, 512 mit ablehnender Anm. *Maiwald*): A gibt aufgrund eines einheitlichen Willensentschlusses mehrere Schüsse auf irgendwelche Personen ab, die er als Zielobjekte aus einer Menge zufällig erfaßt.

Beispiel 3 („*Polizeifluchtfall*“, vgl. BGH, VRS 28 [1965], 359): Der alkoholisierte (1,2 Promille), nicht im Besitz einer Fahrerlaubnis befindliche A geriet in eine Verkehrskontrolle. Als der Polizeibeamte O nach seinen Wagenpapieren fragte, fuhr A aus Furcht vor einer Bestrafung plötzlich los und schleifte O, der sich an der Innenseite der Wagentür festhielt, mit sich. Um nicht anhalten zu müssen, überfuhr A eine auf Rot geschaltete Ampel und zwang dadurch einen vorfahrtsberechtigten Fahrer zu scharfem Bremsen. Als A über einen hohen Bordstein fuhr, konnte sich O nicht mehr festhalten und wurde weggeschleudert, wobei er sich nicht unerheblich verletzte. A, der dies erkannte, setzte seine Flucht gleichwohl fort. Um ihn verfolgende Polizeifahrzeuge am Überholen zu hindern, fuhr A Schlangenlinien und zwang so entgegenkommende Fahrzeuge zu riskanten Ausweichmanövern.

3. Die rechtliche Handlungseinheit

a) Grundgedanke: Mehrere Willensbetätigungen werden als eine Handlung im konkurrenzrechtlichen Sinne angesehen, insb. deshalb, weil dies dem Sinn und Zweck des jeweils verwirklichten Tatbestandes entspricht (deshalb auch sog. tatbestandliche Handlungseinheit).

b) Formen:

- Mehraktige und zusammengesetzte Delikte

Beispiele: Gewaltanwendung (§ 240 StGB) und Wegnahme (§ 242 StGB) bei § 249 StGB

- Dauerdelikte

Beispiele: §§ 123, 239 StGB

- **Klammerwirkung:** Liegt vor, wenn zwei Ausführungshandlungen sich nicht einmal teilweise decken, jedoch beide jeweils zu einer dritten Handlung in Idealkonkurrenz stehen, so dass sie durch das dritte Delikt zu einer normativen Einheit verklammert werden. Schwerere Taten können aber nicht durch eine minder schwere miteinander verklammert werden
- **Fortsetzungszusammenhang:** Der Fortsetzungszusammenhang wurde durch den BGH (GrS 40, 138) weitgehend aufgegeben

c) Fälle zur rechtlichen Handlungseinheit

aa) Teilidentität der Ausführungshandlungen

Beispiel 1: A schlägt O nieder, um ihm seine Wertsachen wegzunehmen.

Beispiel 2: A ist in die Wohnung der O eingedrungen. Als er O begegnet, entschließt er sich spontan, sie zu vergewaltigen.

Beispiel 3 (vgl. BGHSt 18, 29, 32 f.): A ist in die Wohnung der O eingedrungen, um sie zu vergewaltigen.

bb) Klammerwirkung

Beispiel 1 (siehe Mitsch, JuS 1993, 389): A hat O vier Tage lang eingesperrt. Zwei im Verlauf dieser Zeit stattfindende Fluchtversuche hat A jeweils durch Schläge verhindert.

Beispiel 2 (nach BGH, NStZ 1993, 133): A führte unerlaubt eine halbautomatische Waffe (Straftat nach § 53 Abs. 1 Nr. 2 lit. b WaffG), womit er eine versuchte gefährliche Körperverletzung (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5, 22, 23) und drei Monate später einen versuchten Totschlag (§§ 212, 22, 23) beging.

III. Handlungsmehrheit – Realkonkurrenz (§ 53 StGB)

- Liegt keine Handlungseinheit vor, so bleibt es bei Handlungsmehrheit. Damit kommt die Anwendung von § 52 StGB nicht in Betracht und die Delikte stehen zueinander im Verhältnis der Realkonkurrenz (§ 53 StGB), soweit nicht Gesetzeseinheit vorliegt.

IV. Gesetzeseinheit (= Gesetzeskonkurrenz oder unechte bzw. scheinbare Konkurrenz)

- Bei der Gesetzeseinheit liegt nur ein „scheinbares Konkurrenzverhältnis“ vor (keine Anwendung der §§ 52, 53 StGB). Die Bestrafung erfolgt nur aus dem Tatbestand, dessen Auslegung ergibt, dass er andere, formell ebenfalls verwirklichte Tatbestände verdrängt, weil deren Unrechtsgehalt bei der Bestrafung bereits miterfaßt wird – Unterschiedliche Formen:

1. Spezialität

a) Allgemeine Kennzeichen: Ein Tatbestand enthält alle Merkmale eines anderen und zusätzlich weitere, spezielle Merkmale:

b) Beispiele:

- Verhältnis von Grunddelikt zur Qualifikation oder Privilegierung (z.B. §§ 212, 211 StGB [auch dann, wenn man § 211 StGB mit der Rechtsprechung nicht als Qualifizierung auffasst]; §§ 223, 224 StGB [Qualifizierung]; §§ 212, 216 StGB [Privilegierung])
- Verhältnis von eigenständiger Abwandlung zum Ausgangstatbestand (z.B. § 249 - §§ 242, 240 StGB)
- Erfolgsqualifizierte Delikte setzen gem § 18 wenigstens Fahrlässigkeit hinsichtlich der besonderen Folge der Tat voraus. Deshalb tritt der betreffende Fahrlässigkeits-Tatbestand hier immer wegen Spezialität zurück (z.B. § 222 hinter § 227 StGB).

2. Subsidiarität

a) Allgemeine Kennzeichen: Eine Norm ist nur unter der Voraussetzung anwendbar, dass nicht schon eine andere Norm eingreift und die nur hilfweise eingreifende Norm verdrängt.

b) Teils ausdrücklich geregelt (gesetzliche Subsidiarität): z.B. §§ 145 II, 145 d, 246, 248b, 265a, 316 StGB

c) Teils stillschweigend (sog. stillschweigende Subsidiarität) – typischerweise dann, wenn bei einem Angriff auf dasselbe Rechtsgut verschiedene Stadien oder stärkere und schwächere Angriffsformen zusammentreffen – Subsidiarität zwischen:

- Versuch und Vollendung,
- leichteren und schwereren Beteiligungen,
- abstrakten und konkreten Gefährungsdelikten,
- konkreten Gefährungs- und Verletzungsdelikten.

d) Fälle

Beispiel 1: A hat O ausgesetzt (§ 221), wobei er den Tod des O billigend in Kauf genommen hat. O stirbt.

Beispiel 2: Autofahrer A verletzt aufgrund seiner alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit den Passanten O - verdrängt § 229 den § 315c?

Beispiel 3: A stiftet B zur Begehung eines Diebstahls an und gibt ihm Hinweise für das Gelingen der Tatausführung.

Beispiel 4 (vgl. BGHSt 44, 196): A will O töten. Durch einen Messerstich erleidet O schwere Verletzungen, die er aber überlebt.

3. Konsumtion

a) Allgemeine Kennzeichen: Die bei der Erfüllung eines Tatbestandes typischerweise (also nicht bereits im erfüllten Tatbestand enthaltenen) *miterfüllten Begleittaten* werden konsumiert. Grund: Der Unwert der typischen Begleittat wird durch die schwerere Deliktsform miterfaßt.

b) Fälle

Beispiel 1 (siehe *Geppert*, Jura 2000, 655): A begeht einen Wohnungseinbruchsdiebstahl (§§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3), wobei er zum Betreten des Hauses die Terrassentür aufbricht.

Beispiel 2: A verletzt das Briefgeheimnis, indem er den Brief aufreißt (§ 201 Abs. 1 Nr. 1).

Beispiel 3: A begeht einen Einbruchsdiebstahl in einer leerstehende Fabrik (§§ 242, 243 I Nr. 1), wobei er zum Betreten der Fabrik ein Tor aufbricht (vgl. BGH, NStZ 2001, 642).

4. Mitbestrafte Vor- und Nachtat

a) Allgemeine Kennzeichen: Mitbestrafte Vor- und Nachtat sind Fälle der Gesetzeinheit bei Handlungsmehrheit. Auch hier können die Grundsätze der Subsidiarität oder der Konsumtion herangezogen werden:

b) Mitbestrafte Vortat: liegt vor, wenn sie das notwendige (Subsidiarität) oder regelmäßige (Konsumtion) Mittel zur Begehung der Haupttat ist. - Begründung: der Unrechtsgehalt der Vortat erschöpft sich in der Vorbereitung des intensiveren Rechtsgutsangriffs, der in der Haupttat liegt.

c) Mitbestrafte Nachtat: Eine Nachtat wird konsumiert, wenn sie auf die Auswertung oder Sicherung der durch die Vortat erlangten Position beschränkt ist und ohne wesentliche Erweiterung des schon entstandenen Schadens kein neues Rechtsgut verletzt.

d) Fälle

Beispiel 1 (OLG Hamm, MDR 1979, 421): A unterschlägt den Schlüssel zu Os Pkw, um später das in dessen Gewahrsam befindliche Auto zu stehlen.

Beispiel 2: A wirft das gestohlene Fahrrad in einen See.

Beispiel 3: A hat ein Fahrrad entwendet und veräußert es später an den gutgläubigen X.

7. Teil: Der Besondere Teil des Strafrechts

(im Anschluss an den 5. Teil)

§ 1 – Straftaten gegen die persönliche Freiheit (18. Abschnitt des StGB)

Lit.: *Eidam*, Die Straftaten gegen die persönliche Freiheit in der strafrechtlichen Examensklausur, JuS 2010, 869 ff., 963 ff.

I. Schutzgut und Systematik des Gesetzes

Lit.: *F.-C. Schroeder*, Die Straftaten gegen die persönliche Freiheit – Erscheinungsformen und System, JuS 2009, 14 ff.

- Der 18. Abschnitt enthält überwiegend solche Tatbestände, die (vorrangig) dem Schutz der persönlichen Freiheit dienen (Ausnahmen aber z.B.: Entziehung Minderjähriger nach § 235 StGB [primäres Schutzgut: Bestimmungsrecht der Sorgeberechtigten]; Kinderhandel nach § 236 StGB [primäres Schutzgut: ungestörte Entwicklung des Kindes])
- Die Freiheit der Person ist nicht umfassend (strafrechtlich) geschützt – Die Tatbestände schützen nur einzelne Segmente der Freiheit (z.B.: Fortbewegungsfreiheit [§ 239 StGB]; Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit [§ 240 StGB]) und der Schutz ist auf bestimmte Angriffsarten beschränkt (z.B. in § 240 StGB: Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel)
- *Nicht erörtert* werden Entziehung Minderjähriger (§ 235 StGB) und Kinderhandel (§ 236 StGB) (s. etwa *Wessels/Hettinger*, BT/1, Rn. 435-448)

II. Die Freiheitsberaubung

Lit.: *Bosch*, Der Schutz der Fortbewegungsfreiheit durch den Tatbestand der Freiheitsberaubung, Jura 2012, 604 ff.

1. Schutzgut und Tatobjekt

a) *Schutzgut*: körperliche Bewegungsfreiheit – Unstr.: Schutz des tatsächlichen Fortbewegungswillens – Nach h.M.: auch die potentielle Fortbewegungsfreiheit (zur Diskussion *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, BT, 2. Aufl. 2009, § 9 Rn. 12 ff.) – Geschützt wird nur die Freiheit, einen gegenwärtigen Aufenthaltsort zu verlassen (nicht die Freiheit, einen bestimmten Ort aufzusuchen; Beispiel 2 bzgl. B)

b) *Tatobjekt*: jedenfalls der Mensch mit Fortbewegungsfähigkeit und -willen – Nach h.M. aber auch bei aktuell fehlendem Fortbewegungswillen (Beispiel 1) – Erforderlich ist aber die Fähigkeit, überhaupt einen auf Fortbewegung gerichteten Willen zu bilden (Arg.: Wortlaut der zweiten Alternative) – Schlafender? (dazu *Fahl*, Jura 1998, 460); Kleinkind? (Beispiel 2)

c) Fälle:

Beispiel 1 (BGHSt 14, 314): A verschloß von außen das Zimmer, in dem sich seine Freundin O befand. Eine halbe Stunde später kam er zurück und öffnete die Tür. Dem

Urteil des Instanzgerichts war nicht zu entnehmen, ob O während dieser Zeit überhaupt die Absicht hatte, das Zimmer zu verlassen.

Beispiel 2 (BayObLG, JZ 1952, 237): A verschließt nach einem Streit in der Wohnung der B die Tür zum Kinderzimmer und zieht den Schlüssel ab. In dem Zimmer schlief das sechs Monate alte Kind der B. Als die Tür von einem Schlosser geöffnet wurde schlief das Kind noch immer.

2. Tathandlungen

a) Einsperren

Beispiel (BGH, NStZ 2001, 420): A hat den O im Keller eingeschlossen. Aus Angst vor weiteren Sanktionen und Schlägen, und weil er sonst hätte im Freien übernachten müssen, wagt es O nicht, die Kellerschachtsicherung mittels eines Werkzeuges zu entfernen und so aus dem Kellerraum zu flüchten, obwohl ihm dies möglich wäre.

aa) *Definition* (RGSt 7, 259, 260): Einsperren ist die Hinderung am Verlassen eines Raumes durch äußere, nicht notwendig unüberwindbare Vorrichtungen – Einsperren ist lediglich ein praktisch bedeutsames Beispiel für ein Verhalten, das einen anderen „der Freiheit beraubt“ (= Oberbegriff)

bb) *Problem*: Überwindbare Hindernisse – „Einsperren“ jedenfalls dann, wenn das konkrete Opfer zur Flucht nicht in der Lage wäre, z.B. weil es einen Ausgang nicht kennt oder einen Öffnungsmechanismus nicht bedienen kann – Im Fall? – Dazu der BGH: Es sei „für das Opfer eine unüberwindliche psychische Schranke vor einer Flucht auf schwierigem und außergewöhnlichem Wege errichtet gewesen“.

b) „auf andere Weise der Freiheit beraubt“

Beispiel (vgl. BGH, NJW 1993, 1807): A gab der O eine Arbeitsstelle in seinem Haus. Er verlangte von ihr, dass sie das Haus auch nachts (außerhalb der Arbeitszeiten) nicht verlassen dürfe. Aus Angst um ihren Arbeitsplatz war O damit einverstanden.

aa) *Definition*: Ein Mensch ist seiner Freiheit beraubt, wenn ihm die Möglichkeit genommen oder unzumutbar erschwert wird, seinen Aufenthaltsort zu verlassen

bb) Hierfür kommt grundsätzlich jedes *Tatmittel* in Betracht – *Beispiele*: Gewalt (Festhalten, Fesseln); schnelle Autofahrt (BGH, NStZ 2005, 507); Drohung, wenn dem Opfer nach dem Gewicht der Drohung Flucht nicht zumutbar ist (etwa Bedrohen mit Schusswaffe); List (etwa wenn vorgespiegelt wird, die Tür sei verschlossen)

c) Dauer der Freiheitsentziehung

aa) *Problem*: Beachtung des ultima ratio-Prinzips – Konsequenzen str.:

- Teilweise (*Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, BT, § 9 Rn. 23 ff.): Nur kurzzeitige Freiheitsentziehungen reichen nicht aus

- Teilweise (RGSt 7, 259): Auch kurzzeitige Freiheitsentziehungen (Einsperren „ein Vaterunser lang“) können ausreichen – Auszuscheiden sind aber jedenfalls Bagatellfälle

bb) Die Freiheitsberaubung ist *Dauerdelikt*

d) Tatbestandsausschließendes Einverständnis

Beispiel (nach Bloy, ZStW 96 [1984], 713): O lässt sich von A im Rahmen eines angeblichen wissenschaftlichen Versuchs einsperren. In Wahrheit soll O dadurch als Zeuge eines Verbrechens ausgeschaltet werden.

aa) Ausgangspunkt: § 239 StGB setzt ein Handeln gegen oder ohne den Willen des Opfers voraus – das Einverständnis wirkt deshalb tatbestandsausschließend (h.M.; a.A. *Jescheck/Weigend*, AT, S. 373: Rechtfertigende Einwilligung)

bb) Problem: Willensmängel beim Einverständnis – Lösung des Beispiels

3. Qualifikationen (Abs. 3 und 4)

a) Abs. 3 Nr. 1: Dauer von über einer Woche – Nach h.M. keine Erfolgsqualifikation (vgl. *Wessels/Hettinger*, BT/1, Rn. 377)

b) Abs. 3 Nr. 2: schwere Gesundheitsschädigung durch Tat/während der Tat begangene Handlung

- Erfolgsqualifikation (§ 18 StGB) (zum Unmittelbarkeitszusammenhang s. unten c)

- Schwere Gesundheitsschädigung: Krankheitszustand, der die Gesundheit ernstlich, einschneidend oder nachhaltig (insb. langwierig, qualvoll oder lebensbedrohend) beeinträchtigt (nicht notwendig Fall des § 226 StGB) (s. *Küper*, BT, S. 167 ff.)

c) Abs. 4: Todesverursachung durch Tat/während der Tat begangene Handlung

aa) Erfolgsqualifikation: § 18 StGB

bb) Problem: Unmittelbarkeitszusammenhang – Alternativen:

- Todesverursachung *durch die Tat* – Beispiele: Verhungern, Erfrieren – Problem: Suizid (vgl. *Schönke/Schröder-Eser/Eisele*, § 239 Rn. 12 einerseits und *SK StGB-Horn*, § 239 Rn. 17 andererseits) – Problem: tödlich endender Fluchtversuch? (*Wessels/Hettinger*, BT/1, Rn. 377; für den Regelfall dagegen *SK StGB-Horn*, § 239 Rn. 17)

- Todesverursachung durch eine *während der Tat begangene Handlung* – Erfordernis eines „inneren Zusammenhanges“ zwischen Freiheitsentziehung und Tötungshandlung? (vgl. *BGHSt* 28, 18)

4. Konkurrenzen zu § 240 StGB

- Erschöpft sich die in der Freiheitsberaubung enthaltene Nötigung in der Duldung der Freiheitsberaubung: Verdrängung von § 240 StGB
- Dient die Freiheitsberaubung als Mittel zur Abnötigung eines weiteren Verhaltens (etwa: Unterschreiben eines Schriftstücks), so kann Idealkonkurrenz vorliegen, wenn die Freiheitsberaubung über das hinausgeht, was zur bloßen Tatbestandsverwirklichung des § 240 StGB gehört (sonst wird § 239 StGB verdrängt; vgl. BGH, NStZ-RR 2003, 168)

III. Die Nötigung

Lit.: *Geppert*, Die Nötigung (§ 240 StGB), Jura 2006, 31 ff.; *Sinn*, Die Nötigung, JuS 2009, 577 ff.

1. Rechtsgut

- *Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung*
- Kein umfassender Schutz individueller Willkür (vgl. Art. 2 Abs. 1 GG)
- Begrenzung des Schutzes auch durch die Art des Angriffs:

2. Tathandlungen

a) *Gewalt*

aa) Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gewaltbegriff

Ausgangsfall (BGHSt 23, 46): Der Studentenvertreter *Laeppe* setzt sich im Rahmen von Protesten gegen Fahrpreiserhöhungen auf die Gleise der Straßenbahn und hindert damit den Straßenbahnschaffner O am Weiterfahren.

(1) *Eckpunkte der Diskussion*: Es geht um die Frage, ob und in welchem Umfang auf Täterseite körperliche Kraftentfaltung und auf Opferseite körperliche Zwangswirkung verlangt wird (oder bloß psychisch vermittelter Zwang ausreicht) – zwischen diesen Polen werden in der Diskussion unterschiedliche Schwerpunkte gesetzt:

(2) *Rechtsprechung des RG* – Definition: Gewalt als „Einwirkung auf einen anderen, die der Täter unter Anwendung körperlicher Kraft zur Beseitigung eines tatsächlich geleisteten oder bestimmt erwarteten Widerstandes anwendet“ (RGSt 73, 343, 344) – also *körperliche Kraftentfaltung auf Täterseite und körperliche Zwangswirkung auf Opferseite* – An beide Erfordernisse wurden aber keine sehr hohen Anforderungen gestellt – *Körperliche Kraftentfaltung auf Täterseite* sollte z.B. schon bei Abgabe von Schreckschüssen (RGSt 60, 157) und beim Einsperren (RGSt 73, 343, 345) vorliegen; nicht dagegen beim heimlichen Beibringen eines Betäubungsmittels (RGSt 56, 87, 88) – Die *körperliche*

Zwangswirkung auf Opferseite sollte nicht notwendig Körperkontakt von Täter und Opfer voraussetzen; „es genügen vielmehr alle Handlungen, die von der Person, gegen welche sie unmittelbar oder auch nur mittelbar gerichtet sind, als nicht nur seelischer, sondern körperlicher Zwang empfunden werden“ (RGSt 60, 157, 158: Abgabe von Schreckschüssen)

(3) *Frühere Rechtsprechung des BGH*: Die Anforderungen an die *körperliche Kraftentfaltung auf Täterseite* wurden weiter reduziert – ausreichend sei etwa auch die heimliche Beibringung eines Betäubungsmittels (BGHSt 1, 145, 147) oder die Störung einer Vorlesung durch erhebliche Geräusentwicklung (BGH, NStZ 1982, 158, 159; nicht dagegen, wenn auf das Opfer durch den Inhalt der Äußerung eingewirkt werden soll, BGH, NStZ 1981, 218) – am Erfordernis der *körperlichen Zwangswirkung auf Opferseite* wurde teils im Sinne der reichsgerichtlichen Rechtsprechung festgehalten (z.B. BGHSt 19, 263, 265: „zwischen den körperlichen und geistig-seelischen Funktionen besteht eine Wechselwirkung“ [Bedrängen auf der Autobahn]) – in der grundlegenden Sitzblockade-Entscheidung (BGHSt 23, 47, 54, Fall „*Laepfle*“) wurde dagegen bloß psychischer Zwang für ausreichend gehalten: entscheidend sei das Gewicht der ausgeübten psychischen Einwirkung. „Stellt sich ein Mensch der Bahn auf den Schienen entgegen, so liegt darin die Ausübung eines Zwanges, der für den Fahrer sogar unwiderstehlich ist, denn er *muss* halten, weil er sonst einen Totschlag beginge“ (sog. „*vergeistigter Gewaltbegriff*“)

(4) *Die Entscheidung BVerfGE 92, 1, 14 ff.*: Der vergeistigte Gewaltbegriff verstößt gegen Art. 103 II GG – Arg.: Der Begriff der Gewalt müsse im Zusammenhang des Normgefüges verstanden werden. „Da die Ausübung von Zwang auf den Willen Dritter bereits im Begriff der Nötigung enthalten ist und die Benennung bestimmter Nötigungsmittel in § 240 Abs. 1 StGB die Funktion hat, innerhalb der Gesamtheit denkbarer Nötigungen die strafwürdigen einzugrenzen, kann die Gewalt nicht mit dem Zwang zusammenfallen, sondern muss über diesen hinausgehen“ – Es reicht also für das Vorliegen von „Gewalt“ nicht aus, wenn auf Seiten des Täters lediglich „körperliche Anwesenheit“ vorliegt und die Zwangswirkung auf Seiten des Opfers „nur psychischer Natur“ ist (Gewalt soll danach wiederum dann vorliegen, wenn sich die Demonstranten an den Pfosten des Einfahrtstors festketten; BVerfGE 104, 92, 93).

(5) *Die neuere Rechtsprechung des BGH (St 41, 182; akzeptiert von BVerfG, StV 2011, 668)*: Die Entscheidung des BVerfG verbiete die Annahme von Gewalt nur gegenüber solchen Autofahrern, die als erste eine Demonstrantengruppe erreichen und sich lediglich psychisch nicht zur Weiterfahrt in der Lage sehen – die in zweiter Reihe an eine Blockade heranfahrenden Personen seien aber nicht nur psychisch, sondern durch die

stehenden Pkw auch physisch an der Weiterfahrt gehindert: gegenüber diesen werde deshalb Gewalt ausgeübt – dem stehe nicht der *geringe körperliche Aufwand auf Täterseite* entgegen wenn sich dieser auf *Opferseite in einer körperlichen Zwangswirkung niederschlägt* – Entsprechend BGHSt 44, 34, 39: Befestigung eines Stahlkastens auf Bahngleisen (vgl. auch BVerfGE 104, 92) – Zum Drängeln im Straßenverkehr BVerfG, NJW 2007, 1669 ff.

bb) Sonderproblem: Gewalt gegen Sachen oder gegen Dritte

Beispiel (OLG Hamm, NJW 1983, 1505, 1506): A will seinen Mieter O loswerden. Deshalb dreht er im Winter die Heizung ab und hängt die Fenster der Wohnung aus. *Variante 1* (OLG Köln, NJW 1996, 472): A räumt mit der gleichen Zielsetzung in Abwesenheit des O eigenmächtig dessen Wohnung aus. *Variante 2*: A prügelt das Kind des O, um ihn zum Auszug zu bewegen.

cc) Erscheinungsformen der Gewalt

- *vis absoluta* (willensausschließende Gewalt) – Beispiele: Fesseln, bewußtlos schlagen
- *vis compulsiva* (willensbeugende Gewalt) – Beispiele: Verprügeln, bedrohlich dichtes Auffahren

b) Drohung mit einem empfindlichen Übel

aa) Drohung

(1) *Definition*: Drohung „ist das auf Einschüchterung des Opfers gerichtete Inaussichtstellen eines zukünftigen Übels, auf dessen Eintritt der Drohende sich Einfluss zuschreibt“ (Wessels/Hettinger, BT/1, Rn. 402) – Einzelheiten:

- *Abgrenzung zur Warnung*: Bei der Warnung wird keine Einflußmöglichkeit auf den Eintritt des Übels behauptet
- *Ernsthaftigkeit* der Drohung ist unerheblich – Ausreichend ist, wenn die Drohung dazu geeignet ist, vom Opfer ernstgenommen zu werden (vertiefend Küper, BT, S. 105 ff.)
- *Abgrenzung von Drohung und vis compulsiva*: Gewaltausübung stellt ein gegenwärtiges Übel dar; Drohung ist die *Ankündigung eines zukünftigen Übels* (z.B. bei Bedrohung mit einer Schusswaffe: Abgabe des Schusses) – Problem: Gewalt durch Drohung? – Str.:
 - Teilweise: Da eine Drohung auf Seiten des Opfers körperlich wirkenden Zwang entfalten kann, könne zugleich Gewalt vorliegen (z.B.: Bedrohen mit einer Schusswaffe, BGHSt 23, 126)

- Teilweise: Gewalt scheidet aus, wenn der körperlich empfundene Zwang lediglich Folge des durch die bedrohliche Situation hervorgerufenen psychischen Prozesses ist (so *Wessels/Hettinger*, BT/1, Rn. 406)

(2) Das angedrohte Übel kann auch in einem *Unterlassen* bestehen

Beispiel (vgl. BGHSt 31, 195): Die 16jährige O entwendete in einem Kaufhaus ein Umhängetuch. Dabei wurde sie von dem Kaufhausdetektiv A ertappt. A erklärte der verängstigten O, er könne die bereits weitergeleitete Anzeige noch stoppen, wenn sie mit ihm schlafe.

(2.1) *Unproblematisch* sind Fälle, in denen den Täter eine *Rechtspflicht* (nicht notwendig Garantenpflicht; ausreichend z.B. auch die Pflicht nach § 323c StGB) zum Handeln trifft – Im Fall?

(2.2) *Problematisch* sind Fälle, in denen der Täter mit einem *rechtlich erlaubten Unterlassen* droht – Lösung des Beispiels

bb) Drohung mit einem *empfindlichen* Übel

Beispiel (BGH, NStZ 1982, 287): A drohte der O mit der Beendigung ihrer Beziehung (*Variante* [BGH, NStZ 1982, 286]: A droht mit Suizid), wenn sie nicht seine Forderungen erfülle.

- *Definition*: „Empfindlich“ ist ein Übel dann, „wenn die Drohung bei objektiver Betrachtung geeignet ist, einen besonnenen Menschen in seiner konkreten Situation zu dem damit erstrebten Verhalten zu bestimmen“ (BGH, NStZ 1982, 287) – Daran fehlt es, „wenn von dem Bedrohten in seiner Lage erwartet werden kann, dass er der Bedrohung in besonnener Selbstbehauptung standhält“ (BGHSt 32, 165, 174)

3. Nötigungserfolg

- Nötigung zu einer „Handlung, Duldung oder Unterlassung“
- *Kausalität* von Nötigungshandlung und -erfolg
- Vollendung dann, wenn der Täter sein Ziel ganz oder teilweise erreicht hat (vgl. BGH, StV 2013, 215)

4. Vorsatz

- a) Bezogen auf die *Nötigungshandlung*: *dolus eventualis* ausreichend

b) Bezogen auf den Nötigungserfolg – Str.:

aa) *H.M.*: dolus eventualis ausreichend (*BGHSt* 5, 245, 246)

bb) *M.M.*: Absicht erforderlich (*Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT/1, § 13 Rn. 41; begrenzt auf Nötigung im Straßenverkehr: OLG Hamm, NStZ 2009, 213) – *Argumente*: Wortlaut von § 240 Abs. 2 StGB („angestrebter Zweck“); bei Gewalt gehört die Absicht zur Willensbeugung zur Definition

5. Rechtswidrigkeit

Beispiel (vgl. OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1996, 5): A hat eine begründete Forderung gegen O. Als O sich als zahlungsunwillig erweist setzt A ihm eine Zahlungsfrist und teilt ihm mit, dass er (A) den Vorgang bei Ablauf dieser Frist der Ausländerbehörde melden werde, was zur Abschiebung des sich illegal in Deutschland aufhaltenden O führen werde.

a) Allgemeines zur Verwerflichkeitsklausel (§ 240 Abs. 2 StGB)

- *Hintergrund*: Die weite Fassung von Abs. 1 verlangt nach einer Einschränkung – die Tatbestandserfüllung indiziert hier nicht schon die Rechtswidrigkeit
- § 240 Abs. 2 StGB verlangt eine *Gesamtbewertung der Tat* als unrechtseinschränkendes Korrektiv
- Im Gutachten sind (wenn der Sachverhalt hierzu Anlass bietet) zuerst die herkömmlichen Rechtfertigungsgründe zu prüfen – Erst wenn deren Eingreifen ausscheidet, erfolgt die Prüfung anhand der Verwerflichkeitsklausel (Hintergrund: ein gerechtfertigtes Verhalten kann nicht verwerflich sein)

b) Die Prüfung anhand der Verwerflichkeitsklausel

aa) *Grundsatz*: Die Verwerflichkeit hängt von der *Zweck-Mittel-Relation* von eingesetztem Nötigungsmittel und erstrebtem Nötigungszweck ab – die Verwerflichkeit wird bejaht, wenn das Verhalten im Rahmen einer Gesamtabwägung sozial unerträglich ist und daher strafwürdiges Unrecht darstellt (vgl. *Wessels/Hettinger*, BT/1, Rn. 426):

- Die Gründe dafür können sich vorrangig aus der rechtlichen Mißbilligung des verfolgten Zwecks oder des verfolgten Mittels (oder beidem) ergeben
- Möglich ist aber auch, dass weder der Zweck noch das Mittel für sich genommen verwerflich sind, wohl aber die Verknüpfung von beiden – Beispiel: Drohung mit rechtmäßiger Strafanzeige – Entscheidend hier, ob zwischen Strafanzeige und verfolgtem Zweck ein innerer Zusammenhang besteht (z.B.: Drohung mit Anzeige wegen Betrugs zur Durchsetzung des darauf gegründeten Schadensersatzanspruch) oder nicht (z.B.: Drohung mit Strafanzeige wegen Steuerhinterziehung, um einer Forderung aus

Vertrag Nachdruck zu verleihen) (vgl. BGHSt 5, 254) – Im Beispiel?

bb) *Problem*: Sind bei der Beurteilung der Zweck-Mittel-Relation nur die vom Täter verfolgten *Nah-* oder auch die *Fernziele* zu berücksichtigen? (oder: Berücksichtigung der Fernziele nur bei der Strafzumessung?) – Wichtig vor allem bei den politisch motivierten Blockadefällen (Nahziel ist das Aufhalten des Verkehrs; Fernziel ist die Verfolgung eines bestimmten politischen Ziels) – str. (vgl. z.B. *Wessels/Hettinger*, BT/1, 36. Aufl. 2012, Rn. 428: Die gezielte Beeinträchtigung fremder Freiheit zur Verfolgung politischer Ziele instrumentalisieren die in ihrer Freiheit Beeinträchtigten – Nunmehr *Wessels/Hettinger*, BT/1, 37. Aufl. 2013, Rn. 428: Verkehrsbehinderungen seien mit Blick auf die Grundrechte der Meinungsfreiheit und Versammlungsfreiheit [Art. 5, 8 GG] bei rechtmäßigen Demonstrationen hinzunehmen, soweit sie „ein dem Kommunikationsanliegen untergeordnetes Mittel zur Verstärkung der kommunikativen Wirkung in der Öffentlichkeit“ seien. Dabei sei auch der Zusammenhang der Beeinträchtigung mit dem Versammlungsthema zu berücksichtigen. Vgl. auch BVerfGE 104, 92, 105, 111 f.)

IV. Die Bedrohung (§ 241 StGB)

- *Schutzgut*: Gefühl der Rechtssicherheit des Einzelnen
- *Konkurrenzen*: Wird von §§ 113, 177, 240 (auch von §§ 240, 22, 23; BGH, NStZ 2006, 342), 253 StGB verdrängt

V. Stalking (§ 238 StGB)

Lit.: *Mitsch*, Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch, NJW 2007, 1237; *Mosbacher*, Nachstellung - § 238 StGB, NStZ 2007, 665 ff.; *Valerius*, Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB, JuS 2007, 319 ff.

1. **Begriff, Hintergrund und Rechtsgut**
2. **Tathandlung: unbefugtes Nachstellen unter beharrlicher Verwirklichung der Modalitäten des § 238 Abs. 1 Nr. 1-5 StGB** (dazu BGHSt 54, 189, 194 ff.)
3. **Taterfolg: schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung** (dazu BGHSt 54, 189, 196 f.)
4. **Qualifikationen (§ 238 Abs. 2, 3 StGB)**
5. **Antragserfordernis (§ 238 Abs. 4 StGB)**

§ 2 – Delikte gegen die Ehre

Lit.: *Eppner/Hahn*, Allgemeine Fragen der Beleidigungsdelikte, JA 2006, 702 ff.; *dies.*, Die Tatbestände der Beleidigungsdelikte, JA 2006, 860 ff.; *Kaspar*, Übungsklausur – Strafrecht: Ehrdelikte, JuS 2005, 526 ff.; *Mavany*, Die Beleidigungsdelikte (§§ 185 ff. StGB) in der Fallbearbeitung, Jura 2010, 594 ff.

I. Rechtsgut

- *Ehre* ist „der objektiv anzuerkennende Wert, der dem Menschen kraft seiner Personenwürde und zugleich aufgrund seines sittlich-sozialen Verhaltens in der Gesellschaft zukommt“ (*Normativer Ehrbegriff*; *Küper*, BT, S. 117 ff.)
- *Zurückgewiesen* ist damit ein *faktischer Ehrbegriff*, der auf das subjektive Ehrgefühl bzw. auf den tatsächlich vorhandenen „guten Ruf“ abstellt

II. Opfer der Ehrverletzung

Lit.: *Geppert*, Zur Frage strafbarer Kollektivbeleidigung der Polizei oder einzelner Polizeibeamter durch Verwendung des Kürzels „a.c.a.b.“, NStZ 2013, 553 ff.

Beispiel (BVerfGE 93, 266 = NJW 1995, 3303): Alle Soldaten sind Mörder.

1. Natürliche Person

2. Kollektive? – Als solche (nicht etwa nur die einzelnen Mitglieder) beleidigungsfähig? – Str.

- *M.M.*: Kollektiven fehle „personale Einheit“; ihre Einbeziehung führe „zu einer Abwertung und Banalisierung des Ehrbegriffs“ (NK-Zaczyk, Vor § 185 Rn. 12)
- *H.M.*: Beleidigung eines Kollektivs möglich, wenn es einen *rechtlich anerkannten Zweck erfüllt* und einen *einheitlichen Willen bilden* kann – *Beispiele*: GmbH als Verleger einer Tageszeitung (BGHSt 6, 186); Bundeswehr (BGHSt 36, 83, 88); Parteien; Gewerkschaften; nach h.M. nicht: Familie (*Wessels/Hettinger*, BT/1, Rn. 470)

3. Kollektivbezeichnung (Sammelbeleidigung)

a) Beleidigungsfähigkeit unproblematisch: natürliche Personen

b) Problematisch dagegen: Ist der Einzelne durch die Beleidigung „gemeint“? – Zwei Fallgruppen:

aa) Tat richtet sich gegen *alle Mitglieder eines Personenkreises* – Einzelner nur betroffen, wenn die bezeichnete Gruppe aufgrund bestimmter Merkmale sich so deutlich aus der Allgemeinheit herausheben läßt, daß der Kreis der Betroffenen klar umgrenzt ist (NK-Zaczyk, Vor § 185 Rn. 31) – *Beispiel*: Die als Juden vom Nationalsozialismus verfolgten Menschen (BGHSt 11, 207) – Intensität des Angriffs auf die *persönliche* Ehre nimmt mit Größe der Gruppe ab (BVerfG, NJW 1995, 3306: Unterscheidung in „alle Soldaten der Welt“/„Soldaten der Bundeswehr“).

bb) Tat richtet sich nur gegen *einzelne Mitglieder eines umgrenzten Personenkreises*, wobei diese Mitglieder nicht individualisiert werden – *Beispiel*: „Ein bayerischer Minister ist Kunde eines Call-Girl-Rings“ (BGHSt 19, 235 – Strafantrag durch einen von sieben Ministern) – Beleidigt ist jedes Mitglied des Personenkreises – Zusätzliche Voraussetzung: Personenkreis muß so überschaubar sein, daß der einzelne nicht in ihm untergeht (NK-Zaczyk, Vor § 185 Rn. 29); Intensität des Angriffs auf die *persönliche* Ehre nimmt mit Größe der Gruppe ab (BVerfG, NJW 1995, 3306: Unterscheidung in „alle Soldaten der Welt“/“Soldaten der Bundeswehr“).

III. Allgemeine Anforderungen an die ehrverletzende Handlung

1. Kundgabe

- *Äußerung* (etwa durch Wort, Schrift, Gesten, Tätlichkeiten) *gegenüber einem anderen* (Wessels/Hettinger, BT/1, Rn. 479; z.B. nicht: Tagebücher)
- Für den Inhalt ist weder das subjektive Verständnis von Täter (allerdings: Vorsatzfrage) oder Opfer, sondern der objektive Sinngehalt (wie durfte das Opfer die Äußerung verstehen?) entscheidend (Schönke/Schröder-Lenckner, § 185 Rn. 8)

2. Äußerungen im „engsten Kreis“

Beispiel (BVerfGE 90, 255): Die A, damals Studentin der Rechtswissenschaft, war von ihrem in der Justizvollzugsanstalt Heilbronn inhaftierten Bruder brieflich über Vorkommnisse in der Haftanstalt informiert worden, die ihn so belasteten, dass er Selbstmordabsichten andeutete. A antwortete ihm mit einem Brief, in dem es unter anderem hieß: „Vergiss auch nicht, dass Du fast ausschließlich mit Kretins zu tun hast, die auf Beförderung geil sind oder ganz einfach Perverse sind. Denk dabei an die KZ-Aufseher und Du weißt, welche Menschengruppe Dich umgibt.“ – Der Brief wurde im Rahmen der Briefüberwachung geöffnet; die Leitung der *Justizvollzugsanstalt* stellte Strafantrag wegen Beleidigung der Bediensteten.

a) *Ausgangspunkt*: Es gehört zu den Bedingungen der Persönlichkeitsentfaltung (Art. 2 I GG: allgemeines Persönlichkeitsrecht), „daß der Einzelne einen Raum besitzt, in dem er unbeobachtet sich selbst überlassen ist oder mit Personen seines besonderen Vertrauens ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhaltenserwartungen und ohne Furcht vor staatlichen Sanktionen verkehren kann“ (BVerfGE 90, 255, 260).

b) *Problematisch*: *dogmatische Einordnung* dieses Anspruchs – Str.:

- keine „Kundgabe“ (NK-Zaczyk, Vor § 185 Rn. 38)
- teleologische Reduktion des Tatbestandes (Lackner/Kühl, § 185 Rn. 9)
- Tatbestandliche Beleidigung, bei der „das Ausspracheinteresse des Äußernden und das Schutzinteresse des in seiner Ehre Beeinträchtigten im Rahmen des § 34 StGB abzuwägen“ sei (Otto, Grundkurs BT, § 32 Rn. 52 [eine Abwägung, die das BVerfG nicht vorsieht: Kernbereich])

- Rechtfertigung nach § 193 StGB (*Arzt/Weber*, BT, § 7 Rn. 26)
- persönlicher Strafausschließungsgrund (*Schönke/Schröder-Lenckner*, Vorbem §§ 185 ff. Rn. 9a [Verhalten bleibt dann aber Unrecht])

c) *Problem: Umfang der „beleidigungsfreien Sphäre“:*

- besonders enge persönliche Beziehungen (Grenzziehung anhand ratio) – insbesondere Familie (Art. 6 I GG); zu sonstigen Vertrauensverhältnissen BVerfG, NJW 2007, 1194 – Vertraulichkeit muss gewährleistet sein
- keine Fälle des § 187 StGB (ratio: kein schutzwürdiges Interesse am Aufstellen ehrenrühriger Tatsachenbehauptungen wider besseres Wissen; vgl. *Wessels/Hettinger*, BT/1, Rn. 486)
- Im Beispiel? – Briefkontrolle nach § 119 I Nr. 2 StPO (bei U-Haft) bzw. § 29 III StVollzG (Strafvollzug) – Vertraulichkeit gewährleistet?

3. Erfolg der Ehrverletzung

IV. Strafantrag – § 194 StGB

- „Beleidigung“ = §§ 185-189 StGB

V. Die einzelnen Tatbestände

1. Systematik:

- § 185 StGB erfasst die Kundgabe *eigener* Missachtung
- Spezifisches Unrecht der §§ 186, 187 StGB ist nicht die Kundgabe eigener, sondern die *Ermöglichung fremder* Mißachtung durch das Behaupten oder Verbreiten von ehrenrührigen Tatsachen über den Betroffenen gegenüber Dritten (*Schönke/Schröder-Lenckner*, § 185 Rn. 1, § 186 Rn. 1)
- *Konsequenz*: Aus der unterschiedlichen Zielrichtung und entsprechend unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen folgt, dass § 185 StGB nicht Grundtatbestand zu §§ 186, 187 StGB ist (*Wessels/Hettinger*, BT/1 Rn. 490).

2. Verleumdung, § 187 1. Alt. StGB

a) Tatsache

- aa) *Definition*: Tatsachen sind Vorgänge oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die der wahrnehmbaren (auch: inneren) Wirklichkeit angehören und dem Beweis zugänglich sind (*Küper*, BT, S. 295)

bb) *Problem*: Abgrenzung zum *Werturteil* – Definition: ein Werturteil liegt vor, „wenn die Äußerung durch Elemente der subjektiven Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt ist und deshalb nicht wahr oder unwahr, sondern je nach der persönlichen Überzeugung nur falsch oder richtig sein kann“ (Schönke/Schröder-Lenckner, § 186 Rn. 3) – Grenze fließend – *Hintergrund und Abgrenzungshilfe*: ratio von §§ 186, 187 StGB (Ermöglichung fremder Mißachtung: Äußerung muß Grundlage für eine selbständige Stellungnahme zur Ehre des Opfers schaffen) / ratio von § 185 StGB (Kundgabe eigener Mißachtung: Äußerung ist mit der Person des Äußernden verbunden und hat unabhängig von dessen Person keine Aussagekraft) (NK-Zaczyk, § 186 Rn. 2 f.)

b) *Ehrenrührigkeit*: Tatsache, „welche denselben *verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist*“

c) Unwahrheit

d) Tathandlungen

Beispiel (BGH, NStZ 1984, 216): A hatte folgendes Zeitungsinserat aufgegeben: „Modell-Hostess Jutta für private schöne Stunden. Rufen Sie doch mal an!“ Die anschließend genannte Telefonnummer war diejenige seiner von ihm getrennt lebenden Ehefrau, die in der Folgezeit immer wieder belästigende Anrufe erhielt und sich schließlich gezwungen sah, eine Gegenanzeige aufzugeben.

aa) *Behaupten* – *Definition*: eine Tatsache als nach der eigenen Überzeugung richtig hinstellen – irrelevant, ob dies als eigene Wahrnehmung geschieht oder als Mitteilung von dritter Seite (Lackner/Kühl, § 186 Rn. 5)

bb) *Verbreiten* – *Definition*: Weitergabe von Tatsachenmitteilungen als Gegenstand fremden Wissens – die Weitergabe eines Gerüchts *als Gerücht* soll reichen (BGHSt 18, 182, 183)

cc) *Problem*: *Schaffung kompromittierender Sachlage* als tatbestandsmäßige Handlung? – Vgl. Beispiel – §§ 186, 187 StGB sind „Äußerungsdelikte mit erkennbarem Drittbezug“ – Daran fehlt es, wenn für Adressaten nicht ersichtlich ist, daß ein anderer als der Betroffene als Urheber hinter der Äußerung steht (Küper, BT, S. 297) – (möglich bleibt aber § 185 StGB)

e) *Subjektiver Tatbestand*: „Wider besseres Wissen“ – d.h.: sichere Kenntnis der Unwahrheit

3. Kreditgefährdung, § 187 2. Alt. StGB

a) Schutzgut:

- Nach *h.M.* (vgl. Schönke/Schröder-Lenckner, § 187 Rn. 1): Das *Vermögen* – Nicht: die Ehre – *Argument*: Wäre mit der Kreditwürdigkeit

lediglich die „wirtschaftliche Seite der Ehre“ geschützt, so wäre die Nennung dieses Merkmals überflüssig

- Konsequenz: § 187 2. Alt. StGB ist ein *selbständiger Tatbestand*

b) Die behaupteten oder verbreiteten Tatsachen müssen *geeignet* sein, das *Vertrauen* in die Fähigkeit zur Erfüllung der vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten (= Kredit) zu *gefährden* – Die Tatsachen müssen nicht für sich genommen ehrenrührig sein (ratio)

4. Qualifikation, § 187 a.E. StGB

a) *Öffentlich – Definition*: Öffentlich ist eine Äußerung, die von unbestimmt vielen, individuell nicht feststehenden Personen wahrgenommen werden kann (NK-Zaczyk, § 186 Rn. 27) – Auch ein größerer Personenkreis muss nicht „unbestimmt“ sein, wenn er durch eine nähere Beziehung innerlich verbunden ist (z.B.: Mitglieder eines Vereins)

b) In einer *Versammlung – Definition*: Eine Versammlung ist eine räumlich zu einem bestimmten Zweck vereinigte größere Zahl von Menschen (NK-Zaczyk, § 187 Rn. 8)

c) Verbreiten von Schriften

aa) Schriften: zum Begriff: § 11 Abs. 3 StGB

bb) *Verbreiten* – Maßgeblich ist die *presserechtliche Definition*: die Schrift muß einem größeren Personenkreis körperlich (nicht nur inhaltlich) zugänglich gemacht werden.

5. Üble Nachrede, § 186 StGB

a) *Tatsache* – wie bei § 187 StGB (oben 2.a)

b) *Ehrenrührig* – wie bei § 187 StGB (oben 2.b)

c) Tathandlungen – *behaupten* oder *verbreiten* – wie bei § 187 StGB (oben 2.d)

d) Subjektiver Tatbestand – *Vorsatz* (dolus eventualis genügt) bezogen auf Behaupten oder Verbreiten einer ehrenrührigen Tatsache

e) Die Tatsache muss nicht unwahr sein (Unterschied zu § 187 StGB) – Ausreichend ist, dass die Tatsache „*nicht erweislich wahr*“ ist – Der Rechtscharakter dieses Erfordernisses ist str.:

aa) H.M.: *objektive Bedingung der Strafbarkeit* – Auf die Vorwerfbarkeit der Behauptung oder Verbreitung der ehrenrührigen Tatsache kommt es demnach nicht an: Der *Täter trägt also das Risiko einer ergebnislosen Wahrheitserforschung* durch das Gericht (§ 244 Abs. 2 StPO)

bb) M.M.: Der Täter muss bezüglich der Unwahrheit sorgfaltswidrig handeln – Auch wenn der Wahrheitsbeweis misslingt: Keine Strafbarkeit nach § 186 StGB, wenn der Täter hinreichende Gründe hatte, seine Äußerung für wahr zu halten (NK-Zaczyk, § 186 Rn. 19; Wessels/Hettinger, BT/1, Rn. 501) – Argument: Schuldprinzip

6. Qualifikation, § 186 a.E. StGB

- *Öffentlich* – wie bei § 187 StGB (oben 4.)
- *Verbreiten von Schriften* – wie bei § 187 StGB (oben 4.)
- Im Unterschied zu § 187 StGB dagegen *nicht*: In einer Versammlung – sachlicher Grund für die Abweichung? – möglicherweise Redaktionsversehen (vgl. NK-Zaczyk, § 186 Rn. 33)

7. Beleidigung, § 185 StGB

Beispiel (OLG Düsseldorf, NJW 2001, 3562): A war der O heimlich auf die Damentoilette einer Gaststätte gefolgt, legte sich dort auf den Boden und schaute unter dem ca. 14 cm hohen Freiraum für einen Zeitraum von ca. 10 Sekunden unter der Kabinentür hindurch, so dass O ihn erkennen konnte. O war durch das Verhalten des A erschrocken und beleidigt.

a) *Definition*: Beleidigung ist ein Angriff auf die Ehre durch Kundgabe eigener Missachtung oder Nichtachtung (*Lackner/Kühl*, § 185 Rn. 3) – Maßgeblich ist, wie der Empfänger die Äußerung verstehen durfte (*objektiver Sinngehalt*; OLG Stuttgart, NStZ-RR 2009, 50) – Zu berücksichtigen sind die Gesamtumstände des Einzelfalls: „Ton“ der Äußerung, Alter, Stellung und persönliche Beziehungen der Beteiligten, Anschauungsweise der beteiligten Kreise, Gewöhnung an bestimmte Redewendungen (*Schönke/Schröder-Lenckner*, § 185 Rn. 8) – entscheidend ist, „wer was zu wem sagt und unter welchen Umständen dies geschieht“ (*Wessels/Hettinger*, BT/1 Rn. 510)

b) Die herabsetzende Form oder die besonderen Umstände sind insb. für die sog. „*Formalbeleidigung*“ nach § 192 StGB bedeutsam – *Beispiele*: gehässige Einkleidung, Lautstärke, Reaktualisierung lange zurückliegender wahrer ehrenrühriger Ereignisse, Anlaß der Äußerung (etwa: zutreffender, lautstark geäußelter Vorwurf ehebrecherischer Beziehungen gegen den Witwer bei der Beerdigung seiner Ehefrau)

c) Sonderproblem: Beleidigung durch *sexualbezogene Handlungen* – vgl. *Beispiel* (auch: OLG Bamberg, NStZ 2007, 96; OLG Nürnberg, NStZ 2011, 217)

d) Die *drei Begehungsformen* der Beleidigung:

aa) Durch Äußerung eines *beleidigenden Werturteils* gegenüber dem *Betroffenen*

bb) Durch Äußerung eines *beleidigenden Werturteils* gegenüber einem *Dritten*

cc) Durch Behauptung einer *unwahren ehrenrührigen Tatsache* gegenüber dem *Betroffenen* (h.M.) – In Abweichung von § 186 StGB kommt es also nach h.M. darauf an, daß die Tatsache nachweislich unwahr ist und der Täter die Unwahrheit in seinen Vorsatz aufgenommen hat – Argument: Wortlaut von § 185 StGB (Analogieverbot) und die geringere Gefährlichkeit für die Ehre des Betroffenen, die von Tatsachenbehauptungen ihm gegenüber ausgeht – Dagegen hält eine *M.M. § 186 StGB für entsprechend anwendbar* – Argument: § 186 StGB enthalte ein allgemeines Grundprinzip, das den Betroffenen vor der Behauptung nicht erweislich wahrer ehrenrühriger Tatsachenbehauptungen schütze (zum Ganzen *Küper*, BT, S. 76 ff.)

e) *Subjektiver Tatbestand*: dolus eventualis genügt – Vorsatz muss sich auf den beleidigenden Inhalt und auf die Kenntnisnahme durch andere beziehen

VI. Rechtfertigungsgründe

1. Allgemeine Rechtfertigungsgründe

2. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen - § 193 StGB

a) Anwendungsbereich

aa) Beleidigungen i.S.v. §§ 185, 186 StGB – *Ausnahmen*:

- § 185 StGB im Fall des § 192 StGB (Formalbeleidigung) – Hintergrund: kein berechtigtes Interesse an beleidigender Form
- bei einer unwahren Tatsachenbehauptung gegenüber dem Betroffenen (§ 185 StGB) - Hintergrund: Berechtigtes Interesse kann nicht mit einer bewussten Lüge verfolgt werden

bb) Grundsätzlich nicht: bei § 187 StGB – *Hintergrund*: Berechtigtes Interesse kann nicht mit bewußter Lüge verfolgt werden (Schönke/Schröder-Lenckner, § 193 Rn. 2) – Teilweise anerkannte *Ausnahme*: Die Verteidigung in einem Prozess berechtige dazu, die Angaben eines Belastungszeugen als unwahr hinzustellen und dementsprechend die Glaubwürdigkeit dieses Zeugen zu bestreiten (vgl. BGH, NStZ 1995, 78 [wo der Angeklagte aber über das bloße Bestreiten der Glaubwürdigkeit hinausgegangen war und der Zeugin ein ehrenrühriges Verhalten angedichtet hatte]; NK-Zaczyk, § 187 Rn. 6) – *Hintergrund*: Bestreiten ist zulässiges Verteidigungsverhalten (teilweise wird der Fall auch nach § 34 StGB beurteilt; so Schönke/Schröder-Lenckner, § 193 Rn. 2)

b) Übersicht zu den einzelnen Fällen des § 193 StGB

aa) *Tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen* – bei sachlicher Kritik fehlt es schon an der Tatbestandsverwirklichung – Hauptfall: § 186 StGB – Als „wissenschaftliche Leistung“ gilt nach h.M. auch das richterliche Urteil

bb) Äußerungen, welche zur *Ausführung oder Verteidigung von Rechten* gemacht werden

cc) *Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten und dienstliche Anzeigen und Urteile*

dd) *Wahrnehmung berechtigter Interessen* – praktischer Hauptanwendungsfall – Die anderen Fälle werden vielfach nur als Unterfälle der Wahrnehmung berechtigter Interessen aufgefaßt (Schönke/Schröder-Lenckner, § 193 Rn. 4, 6)

c) Insbesondere: Die *Wahrnehmung berechtigter Interessen*

aa) *Grundgedanke*: Auflösung einer *Interessenkollision* nach den Grundsätzen der *Güter- und Interessenabwägung* (Lackner/Kühl, § 193 Rn. 1)

bb) *Einzelheiten zur Abwägung*:

- Die ehrverletzende Äußerung muss als angemessenes Mittel zur Erreichung eines berechtigten Zwecks erscheinen – Angemessenes Mittel ist sie nur dann, wenn sich der Täter im Rahmen des Zumutbaren über die Berechtigung seiner Vorwürfe vergewissert hat – Den Täter trifft also unter Umständen eine *Erkundigungspflicht* – Leichtfertige Behauptungen sind demnach von § 193 StGB nicht gedeckt (Wessels/Hettinger, BT/1, Rn. 518; wobei die Leichtfertigkeit nicht „über Gebühr ausgedehnt“ werden darf, BVerfG, NJW 2000, 199)

- Soweit die ehrverletzende Äußerung die *Meinungsbildung* betrifft, wird § 193 StGB vielfach als Ausprägung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) verstanden – Werturteile fallen als Meinungsäußerungen in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; Tatsachenbehauptungen unterfallen dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, sofern sie „meinungsbezogen“ sind (weil sich eine Meinung auf Tatsachen stützt oder sich auf Tatsachen bezieht) (BVerfG, NJW 2000, 199) – §§ 185 ff. StGB sind einerseits „allgemeine Gesetze“ i.S.v. Art. 5 II GG (schränken die Meinungsäußerungsfreiheit also ein); sie sind aber andererseits ihrerseits im Lichte des GG auszulegen (Wechselwirkung) (BVerfGE 93, 266, 290, 292 ff.) – so ist die Auslegung des Beleidigungsrechts „in weitem Umfang auf das BVerfG übergegangen“ (Lackner/Kühl, § 193 Rn. 1)

- Die Meinungsäußerungsfreiheit tritt zurück bei der sog. „*Schmähkritik*“, bei der das sachliche Anliegen gegenüber der persönlichen Kränkung in den Hintergrund gedrängt wird (BVerfGE 93, 266, 303) – Der Begriff der „Schmähkritik“ sei aber wegen seines die Meinungsfreiheit verdrängenden Effekts und regelmäßig unter Berücksichtigung von Anlass und Kontext

der Äußerung eng zu definieren (BVerfG, NJW 2009, 749: „Dummschwätzer“ im Rahmen einer politischen Debatte)

- Bei in Kunstwerken liegenden Ehrangriffen ist das Grundrecht der *Kunstfreiheit* (Art. 5 III 1 GG) zu berücksichtigen – die Kunstfreiheit muß mit dem Ehrschutz zu praktischer Konkordanz gebracht werden (vgl. *Wessels/Hettinger*, BT/1 Rn. 519)
- Bei Äußerungen im Rahmen der Berufsausübung ist Art. 12 Abs. 1 GG zu berücksichtigen (BVerfG, NJW 2008, 2424: Rechtsanwalt erklärt zur Abwehr von gegen seinen Mandanten erhobenen Forderungen, diese seien „fingiert“ und der Anspruchsteller mache sich „eines Verbrechens der Erpressung strafbar“)

cc) Zum Ausgangsfall: Soldaten sind Mörder