

**Sommersemester 2023**

**Neue Entscheidungen zum Strafrecht**

**2023-II-1**

**BGH, Beschl. v. 9.3.2022 – 4 StR 200/21, NStZ 2023, 153**

**Sachverhalt**

A fuhr aus Unachtsamkeit mit seinem Kraftfahrzeug bei Dunkelheit auf einer unbeleuchteten Landstraße mit einer Geschwindigkeit von 70 km/h in eine Gruppe von vier Personen, die am äußersten rechten Fahrbahnrand bzw. auf dem Seitenstreifen entlanglief. Eine Person (B) wurde durch einen Streifstoß umgerissen und nicht lebensgefährlich verletzt. Eine weitere Person (C) wurde nach einem Teilanstoß seitlich vom Kraftfahrzeug des A abgewiesen, gegen einen Metallzaun geschleudert und so schwer verletzt, dass der Tod innerhalb weniger Minuten noch an der Unfallstell eintrat; eine – geringe – Überlebenschance hätte bestanden, wenn unmittelbar nach dem Unfall sofort ärztliche Hilfe vor Ort gewesen wäre. Die beiden weiteren Personen (D, E) wurden leicht verletzt.

A, der die Kollisionen wahrgenommen hatte, setzte seine Fahrt fort. Dabei rechnete er mit der Möglichkeit, dass die von ihm angefahrenen Fußgänger an den durch den Unfall erlittenen Verletzungen versterben könnten; für diesen Fall hielt er für möglich, dass er ihren Tod durch eine sofortige Verständigung eines Notarztes noch abwenden könnte, und nahm den Todeseintritt billigend in Kauf. Zugleich hielt er auch für möglich, dass die beiden Geschädigten (B, C) bereits verstorben oder nicht mehr zu retten waren. Dass er den Unfall durch seine Unachtsamkeit verursacht hatte und deshalb verpflichtet war, einen möglichen Todeseintritt abzuwenden, war ihm bewusst. Das Ziel des A war es, seine Beteiligung an dem Unfall zu verdecken.

**Strafbarkeit des A**

**A. Verursachung des Unfalls**

Die Strafbarkeit des A wegen Verursachung des Unfalls und der darauf beruhenden Folgen (Tod, Gesundheitsbeschädigung) basiert auf aktivem Tun. Da A selbstverständlich keinen Tötungs- oder Verletzungsvorsatz hatte, kommt Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit in Betracht.

Für die Erfüllung des Straftatbestandes § 315 c Abs. 1, Abs. 3 StGB ist dem Sachverhalt nichts zu entnehmen.

Unproblematisch ist die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung, § 229 StGB in Bezug auf B, D und E. In Bezug auf C hat sich A wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) strafbar gemacht.

Durch das sorgfaltspflichtwidrige Verhalten hat A zugleich die Grundlage für eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts (Garantenstellung Ingerenz, § 13 StGB) geschaffen (dazu unter B.).

## **B. Verhalten nach dem Unfall**

### **I. Mord durch Unterlassen, §§ 211, 13 StGB**

Strafbarkeit wegen vollendeten Mordes setzt voraus, dass der Täter als Garant eine Handlung unterlassen hat, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den eingetretenen Todeserfolg verhindert hätte. Die **Kausalität eines Unterlassens** für einen Erfolg stellt man fest, indem man die unterlassene Handlung „hinzudenkt“. Fällt dann infolge der hinzugedachten Handlung der tatbestandsmäßige Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit weg, ist das Unterlassen für den Erfolg kausal.<sup>1</sup>

Nicht ausreichend für die Kausalität ist die Feststellung, dass der Wegfall des Erfolges zwar „wahrscheinlich“, aber nicht „an Sicherheit grenzend wahrscheinlich“ war. Erst recht genügt es nicht, wenn der Erfolg möglicherweise durch die gebotenen Handlung verhindert worden wäre.<sup>2</sup>

Vorliegend ließ sich im Strafverfahren der erforderliche hohe Wahrscheinlichkeitsgrad „an Sicherheit grenzend“ nicht feststellen. Aus diesem Grund wurde A nicht wegen vollendeten Mordes durch Unterlassen verurteilt.

### **II. Versuchter Mord durch Unterlassen, §§ 211, 13, 22 StGB**

*Zum Prüfungsschema:*

*Die Prüfung der Versuchsstrafbarkeit beginnt mit der „Vorprüfung“ (dazu aktuell Mitsch, ZJS 2023, 729 ff).*

*Nach der Vorprüfung folgt die Erörterung des „Tatentschlusses“ (subjektiver Tatbestand), danach das „unmittelbare Ansetzen“ (objektiver Tatbestand). Nachdem man Rechtswidrigkeit und Schuld festgestellt hat, muss man eventuell noch auf einen „Rücktritt vom Versuch“ eingehen.*

*Im Rahmen des Tatentschlusses erörtert man den Vorsatz in Bezug auf die objektiven Tatbestandsmerkmale. Beim Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts (so hier) werden also die besonderen objektiven Tatbestandsmerkmale des Unterlassungsdelikts – vor allem die Garantenstellung (§ 13 Abs. 1 StGB) – als Gegenstand des Tatentschlusses thematisiert. Falsch ist es, darauf erst beim „unmittelbaren Ansetzen“ einzugehen.*

1. Die Vorprüfung ist unproblematisch.

---

<sup>1</sup> Rengier, AT, § 49 Rn. 13; Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 1173.

<sup>2</sup> Rengier, AT, § 49 Rn. 15.

## 2. Tatentschluss

Zu prüfen ist der Vorsatz in Bezug auf den objektiven Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB, evtl. auch in Bezug auf ein objektives Mordmerkmal (§ 211 Abs. 2 Gruppe 2 StGB) sowie evtl. ein subjektives Mordmerkmal (§ 211 Abs. 2 Gruppe 1, Gruppe 3 StGB).

### a) Vorsatz in Bezug auf Garantenstellung

A hatte eine Garantenstellung auf Grund seines sorgfaltspflichtwidrigen gefahrbezüglichen Vorverhaltens (Ingerenz). Dies wußte er, er hatte also insoweit Vorsatz.

b) A hatte auch Vorsatz in Bezug auf den Todeserfolg. Dieser Vorsatz bezieht sich auf den tatsächlich verstorbenen C sowie auf die überlebenden Verletzten. Hinsichtlich der nicht verstorbenen Opfer handelt es sich um einen untauglichen Versuch, der aber nach geltendem Recht in gleicher Weise strafbar ist wie ein tauglicher Versuch.

### c) Fraglich ist, ob A **Vorsatz in Bezug auf die Kausalität** seines Unterlassens hatte.

Gemäß § 15 StGB genügt bedingter Vorsatz (dolus eventualis). Ginge es hier also um einen Mordversuch durch aktives Tun, würde für die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes ausreichen, wenn A es für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hätte, dass ein Unfallopfer auf Grund der erlittenen Verletzungen stirbt. Die Vorstellung, dass dieser Erfolg mit „an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ eintreten werde, wäre nicht erforderlich.

Umstritten ist, ob bei einem unechten Unterlassungsdelikt hinsichtlich der Kausalität strengere Anforderungen an den Vorsatz zu stellen sind. Das hatte der 5. Strafsenat des BGH im Verfahren um den „Göttinger Organtransplantations-Skandal“ behauptet. Der Unterlassende müsse den Vorsatz haben, dass der Erfolg durch Vornahme der gebotenen Handlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert würde. Halte er es auch für möglich, dass der Erfolg trotz Vornahme der gebotenen Handlung eintreten würde, habe er keinen Vorsatz in Bezug auf die Kausalität der Unterlassung für den Erfolg.

In der Literatur ist die Entscheidung des 5. Strafsenates überwiegend auf Ablehnung gestoßen.

*Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, 22. Kapitel Rn. 51 :

„Für den subjektiven Tatbestand reicht es jedoch – entgegen der zum Göttinger Organverteilungsskandal ergangenen, insoweit nicht verallgemeinerbaren Entscheidung des Bundesgerichtshofes – aus, dass der Unterlassende die Verhinderung des Erfolgs für möglich gehalten hat.“

*Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2022, § 49 Rn. 35 :

„Soweit beim Begehungsdelikt dolus eventualis ausreicht, gilt dies auch für das Unterlassen. Wer es also für möglich hält und sich damit abfindet, dass er als Garant durch eine ihm mögliche Rettungshandlung den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges hätte verhindern können, handelt mit Unterlassungsvorsatz. Das Bewußtsein des Täters braucht sich also, wie zu beachten ist, nicht darauf zu erstrecken, den Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindern zu können, da dies auf eine Verschärfung der Vorsatzanforderungen hinausläufe.“

Der 4. Strafsenat bestätigt in der vorliegenden Entscheidung die in der Literatur h.M. Da dolus eventualis ausreicht, sei die Vorstellung, den Todeseintritt durch Vornahme der rettenden

Handlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindern zu können, nicht vorausgesetzt (Rn. 11). Auch unechte Unterlassungsdelikte könnten bedingt vorsätzlich begangen werden (Rn. 13). Würde man aber in subjektiver Hinsicht fordern, dass dem Täter bewusst ist, die Vornahme der rechtlich gebotenen Handlung werde den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert, würde eine Strafbarkeit auf Grundlage bedingten Vorsatzes praktisch ausscheiden. Die entgegenstehende Rechtsauffassung des 5. Strafsenates würde dazu führen, dass der Vorsatz in den Fällen des Unterlassens auf dolus directus 2. Grades verengt und Fälle bedingten Vorsatzes straflos gestellt würden (Rn. 18)<sup>3</sup>.

#### d) Mordmerkmal Verdeckungsabsicht

Da A die Vornahme von Rettungshandlungen unterließ, weil es ihm darum ging „seine Beteiligung an dem Unfall zu verdecken“, kommt das Mordmerkmal „Verdeckungsabsicht“ in Betracht. A hatte schon durch die Verursachung des Unfalls eine Straftat begangen. Ihm drohte deshalb eine Strafverfolgung. Diese wollte er dadurch von sich abwenden, dass er sich vom Unfallort entfernte, anstatt Rettungsmaßnahmen für die Verletzten vorzunehmen. Das Unterlassen, durch das er den Tatbestand der versuchten Tötung erfüllt hat, war also von der Absicht getragen, die andere Straftat zu verdecken. Dass A hinsichtlich des Todeserfolges nur dolus eventualis hatte, das Mordmerkmal hingegen eine „Absicht“ voraussetzt, ist unschädlich. Verdeckungsabsicht und bedingter Tötungsvorsatz schließen sich nicht aus.

### 3. Unmittelbares Ansetzen

Durch das Davonfahren hat A zur Verwirklichung des Tatbestandes „Mord durch Unterlassen“ unmittelbar angesetzt.

### 4. Sonstige Strafbarkeitsvoraussetzungen

Das Unterlassen war rechtswidrig, A verhielt sich schuldhaft. Ein Rücktritt vom Versuch liegt nicht vor. A hat sich aus §§ 211, 13, 22 StGB strafbar gemacht.

Verdrängt werden versuchter Totschlag durch Unterlassen (§§ 212,13, 22 StGB), versuchte Aussetzung mit Todesfolge (§§ 221 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3, 22 StGB) und Unterlassenen Hilfeleistung (§ 323 c Abs. 1 StGB).

## **III. Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort, § 142 Abs. 1 StGB**

Indem A vom Unfallort wegfuhr, machte er sich auch aus § 142 Abs. 1 StGB strafbar.

---

<sup>3</sup> So auch Hoven NSTZ 2017, 707.

## 2023-II-2

BGH, Beschl. v. 4.8.2022 – 5 StR 175/22, NStZ 2023, 156

### Sachverhalt

Anlässlich der von N auf „ruppige Art und Weise“ vollzogenen Trennung von der mit ihm liierten Tochter des A kam es zwischen beiden Männern (N und A) zum Austausch von Whats-App-Nachrichten mit wechselseitigen Vorwürfen, Beleidigungen und Drohungen. Aus Verärgerung veröffentlichte A schließlich über Facebook ein sodann vielfach verbreitetes Live-Video, in dem er das Verhalten des N mißbilligte und die „Scheidung“ seiner Tochter von ihm ankündigte. Der hierüber erzürnte N beabsichtigte daraufhin, diese öffentliche Bloßstellung zu vergelten und den A im Faustkampf zu verprügeln.

In Umsetzung des Vorhabens erschien er einen Tag nach Veröffentlichung des Videos vor dem von A und seiner Familie bewohnten Mietshaus. A war nicht anwesend, weil er Einkäufe erledigte. Bei seinem Eintreffen am Wohnhaus nahm A den in einem Hausdurchgang wartenden N wahr, in dessen Richtung er sich bewegte, während jener auf ihn zulief. Der unbewaffnete, körperlich überlegene N griff den A sofort an und schlug ihm mehrfach mit den Fäusten kraftvoll ins Gesicht, wobei er ihn schmerzhaft an den Augen traf. A verlor dadurch seine Brille, geriet ins Straucheln und duckte sich. Um sich gegen die Faustschläge zur Wehr zu setzen, zog A ein in der Jacke mitgeführtes Messer und stach oder schlug damit mit bedingtem Tötungsvorsatz zunächst zwei Mal in den Bauchbereich des N, dann in dessen Gesäß und noch mindestens drei weitere Male in den Bereich des Oberkörpers, wobei er rief, er werde den N „abstechen“. N äußerte seinerseits sinngemäß, der A solle aufhören. Das „hochdynamische“ Geschehen dauerte nur wenige Sekunden. Die dem N zugefügten Verletzungen waren potentiell lebensgefährlich; er musste intensivmedizinisch versorgt werden.

### Strafbarkeit des A

Die Messerstiche gegen den Körper des N erfüllen den objektiven Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung, §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB. A handelte auch vorsätzlich, § 15 StGB. Der bedingte Tötungsvorsatz schließt den Körperverletzungsvorsatz mit ein.

A hat also auch den subjektiven und den objektiven Tatbestand des versuchten Totschlags erfüllt.

Die Rechtswidrigkeit sowohl des versuchten Totschlags als auch der vollendeten gefährlichen Körperverletzung könnte durch **Notwehr** ausgeschlossen sein, § 32 Abs. 1 StGB.

*Das Erfordernis der Prüfung der Notwehr ergibt sich häufig in Fällen, in denen auch eine Rechtfertigung durch Notstand naheliegend ist. Man muss dann immer mit Notwehr anfangen. Rechtfertigender Notstand ist danach zu prüfen. Hat man bei der Notwehrprüfung das Ergebnis einer Rechtfertigung erzielt, ist die Erörterung des rechtfertigenden Notstands überflüssig bzw. nicht in der üblichen Breite erforderlich. Hat sich ergeben, dass die Voraussetzungen der Notwehr nicht vollständig erfüllt sind, muss man rechtfertigenden Notstand gründlich prüfen.*

*Wie bei jedem Rechtfertigungsgrund erörtert man auch bei der Notwehr zunächst die objektiven Merkmale des Erlaubnistatbestandes. Am Ende geht man auf das subjektive Rechtfertigungselement ein. „Sozialethische Einschränkungen“ des Notwehrrechts (mangelnde „Gebotenheit“) kann man vor oder nach dem subjektiven Rechtfertigungselement erörtern.*

Die „Notwehrlage“ besteht aus den Merkmalen Angriff, gegenwärtig und rechtswidrig. Die „Notwehrhandlung“ besteht aus den Merkmalen Verteidigung und erforderlich.

Hier lag eine Notwehrlage vor. N hatte den A angegriffen. Der Angriff war im Zeitpunkt der Messerstiche noch gegenwärtig. Der Angriff war auch rechtswidrig.

Das Notwehrmerkmal „Verteidigung“ akzentuiert den defensiven Charakter der Notwehr. Verteidigung ist die angriffsabwehrende Handlung nur gegenüber dem Angreifer. Deswegen können auch nur Beeinträchtigungen von Rechtsgütern des Angreifers eine Verteidigung sein. Dass § 32 StGB die Verletzung von nichtangreifenden Dritten nicht rechtfertigt, liegt also daran, dass in Bezug auf diese Verletzungen die Tat keine Verteidigung ist.

A hat den N verletzt und zu töten versucht. Die Tat ist also gegen den Angreifer gerichtet und deshalb eine Verteidigung.

Setzt sich der Angegriffene mit einem Messer, einer Schusswaffe oder einem sonstigen gefährlichen Gegenstand zur Wehr, ist stets die Notwehrvoraussetzung „erforderlich“ besonders gründlich und kritisch zu prüfen. Dabei sind mehrere Varianten einer „milderen“ Verteidigung in Erwägung zu ziehen:

(1) Bloße verbale Androhung des Messereinsatzes (Warnung)

(2) Androhung mittels Gesten (Andeutung eines Messerstichs, kurz vor dem Körperkontakt abgebrochene Bewegung der Messerhand gegen den Körper des Angreifers, bei Schusswaffen: Warnschuss in die Luft, am Angreifer vorbei)

(3) Verletzender Einsatz des Messers gegen den Körper des Angreifers, wobei weniger empfindliche Körperregionen anvisiert werden (z.B. Oberarm statt Brustbereich oder Hals)

Eine solche „mildere“ Abwehrtechnik „sperrt“ die „schärfere“ Verteidigung nur, wenn der Einsatz des milderen Mittels ex ante gesehen hinreichend effektiv ist und den Angegriffenen nicht dem Risiko aussetzt, dass die Abwehr misslingt und der Angriff deshalb erfolgreich ausgeführt wird.

Die Erforderlichkeit einer Verteidigung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Angegriffene dem Angriff ohne Verteidigung entgehen kann, indem er ausweicht oder flieht.

*Beachte: Ausweichobliegenheit kann Folge einer „sozialethischen Einschränkung“ des Notwehrrechts (z. B. wegen Provokation) sein. Das hat aber mit dem Notwehrmerkmal „erforderlich“ nichts zu tun.*

Im vorliegenden Fall beanstandet der BGH an dem Urteil des Landgerichts, dass es die Anforderungen an die Wahl eines milderen Verteidigungsmittels zum Nachteil des Angeklagten A überzogen habe. Es kommt in der Rechtsprechung häufig vor, dass die Tatgerichte die Anforderungen an die Erforderlichkeit zu streng fassen, dem Angeklagten das Notwehrrecht absprechen und ihn verurteilen. Der BGH hat daher oft Anlass, auf die Revision des Angeklagten hin Urteile deswegen aufzuheben. So auch hier.

„Eine in einer Notwehrlage verübte Tat ist gem. § 32 Abs. 2 StGB gerechtfertigt, wenn sie zu einer sofortigen und endgültigen Abwehr des Angriffs führt und es sich bei ihr um das mildeste Abwehrmittel handelt, das dem Angegriffenen in der konkreten Situation zur Verfügung steht. Ob dies der Fall ist, muss auf der Grundlage einer objektiven ex-ante-Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung beurteilt werden. Wird eine

Person rechtswidrig angegriffen, ist sie grundsätzlich berechtigt, dasjenige Abwehrmittel zu wählen, welches eine endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet. Der Angegriffene muss auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel nur zurückgreifen, wenn deren Abwehrwirkung unzweifelhaft ist und ihm genügend Zeit zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht. Auch der sofortige, das Leben des Angreifers gefährdende Einsatz eines Messers kann deshalb durch Notwehr gerechtfertigt sein. Gegenüber einem unbewaffneten Angreifer ist dessen Gebrauch zwar regelmäßig anzudrohen und, sofern dies nicht ausreicht, der Versuch zu unternehmen, auf weniger sensible Körperteile einzustechen. Diese Einschränkungen stehen jedoch unter dem Vorbehalt, dass die Drohung oder der weniger gefährliche Messereinsatz unter den konkreten Umständen eine so hohe Erfolgsaussicht haben, dass dem Angegriffenen das Risiko eines Fehlschlags und der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden kann. Angesichts der geringen Kalkulierbarkeit des Fehlschlagsrisikos dürfen an die in einer zugespitzten Situation zu treffende Entscheidung für oder gegen eine weniger gefährliche Verteidigungshandlung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.“

Kommt man zu dem Ergebnis, dass der Messereinsatz eine erforderliche Verteidigung war, erweist sich die Tat letztendlich als durch Notwehr gerechtfertigt. Eine sozialetische Einschränkung des Notwehrrechts greift hier nicht. Die Veröffentlichung des Live-Videos bei Facebook mag den N zu seinem Angriff provoziert haben. Zwischen dieser Handlung des A und der physischen Attacke des N besteht aber kein Zusammenhang, der Anlass für eine Einschränkung des Verteidigungsrechts des A sein könnte. Dazu ist schon der zeitliche Abstand zwischen der Veröffentlichung des Video und dem Angriff zu groß.

A handelte mit Verteidigungswillen. Dass ihn daneben möglicherweise auch noch andere Beweggründe antrieben, steht dem nicht entgegen.

Problematisch könnte noch sein, dass A mehrere Messerstiche setzte und nicht alle notwendig waren, um den Angriff abzuwehren. Möglicherweise war die Verteidigung des A schon nach den beiden ersten Messerstichen in den Bauchbereich des N erfolgreich und ausreichend. Wenn bereits dadurch der Angriff des N erfolgreich zurückgeschlagen war, war der Angriff bei den folgenden Messerstichen nicht mehr gegenwärtig. Die weiteren Messerstiche wären dann ein „extensiver Notwehrexzess“. In Bezug auf diesen wäre ein Erlaubnistatbestandsirrtum (§ 16 Abs. 1 StGB entsprechend) und gegebenenfalls eine Entschuldigung gem. § 33 StGB zu erörtern.

Wenn man zu dem Ergebnis kommt, dass weder die Rechtswidrigkeit noch die Schuld ausgeschlossen ist, muss man in Bezug auf den versuchten Totschlag noch auf einen Rücktritt (§ 24 Abs. 1 S. 1 StGB) eingehen. Dabei würde dann der Aspekt „Zweckerreichung“ eine entscheidende Rolle spielen.

## 2023-II-3

BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 5 StR 276/22, NStZ 2023, 222

### Sachverhalt

Am 16.3. 2021 gegen 18.30 Uhr trafen sich A und R zur Abwicklung eines vom Letzteren angebahnten Ankaufs einer Pistole für etwa 4000 EUR bei einer Straßenbahnhaltestelle mit N. A führte neben einem entsprechenden Geldbetrag eine Schusswaffe bei sich, um sich im Fall einer Auseinandersetzung zur Wehr setzen zu können. Es kam zu Unstimmigkeiten mit dem N, weil dieser von A zunächst die Übergabe des Geldes forderte. Nachdem er zwischenzeitlich mit seinem Motorrad davongefahren war, kehrte N nach einigen Minuten in Begleitung des M zurück. Dieser forderte von A ebenfalls, zuerst den Kaufpreis zu bezahlen. A holte darauf das Geld aus seiner Jackentasche und zeigte es vor. In unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang dazu sprühte N mit einem Pfefferspray in Richtung des A, der davon jedenfalls auch im Gesicht getroffen wurde. Entweder vor dem Einsatz des Pfeffersprays oder unmittelbar danach entriß M dem A das Geld.

A, bei dem es sich um einen besonders geübten Schützen handelt, holte sodann den mitgeführten Revolver aus der Tasche. Dies sahen N und M, drehten sich um und rannten zum Motorrad des N zurück. A lief ihnen hinterher und forderte sie erfolglos zur Rückgabe des Geldes auf. Da beide weiter flüchteten, schoss A nun mindestens zweimal in schneller Folge gezielt auf Oberkörperhöhe in Richtung des N und des M, die sich zwei bis drei Meter von ihm entfernt befanden, verfehlte sie jedoch. Als N auf der Höhe eines Stichwegs ankam, in den M bereits abgebogen war, drehte er sich für einen kurzen Augenblick um. Der zu diesem Zeitpunkt etwa 20 bis 25 Meter entfernte A zielte und schoss mindestens ein weiteres Mal auf ihn. Das Projektil traf den N an der Körpervorderseite unterhalb des Schlüsselbeins. Trotzdem schaffte es der lebensgefährlich verletzte N, in den Stichweg einzubiegen und weiter zu laufen. A brach sodann die weitere Verfolgung ab, weil er davon ausging, dass er die Fliehenden nicht mehr würde einholen können.

Bei allen Schüssen nahm A den Tod der anvisierten Personen zumindest billigend in Kauf. Er handelte dabei auch mit dem Willen, sich gegen die Entwendung des Geldes zur Wehr zu setzen.

Nicht aufklären ließ sich, ob N oder M das dem A entrissene Geld bei sich trug, als A die Schüsse abgab.

### A. Strafbarkeit des A

*Die Strafbarkeit von N und M ist nicht Gegenstand der BGH-Entscheidung. Dazu unten B. einige Erläuterungen*

A könnte sich durch die Schüsse aus seinem Revolver strafbar gemacht haben. In Betracht kommt versuchter Totschlag (§§ 212, 22 StGB) oder versuchter Mord (§§ 211, 22 StGB) sowie vollendete gefährliche Körperverletzung (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB).

Die Erfüllung der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale des versuchten Totschlags (§§ 212, 22 StGB) – zum Nachteil von M und N – und der vollendeten gefährlichen Körperverletzung (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB) – zum Nachteil des N – ist unproblematisch. Versuchter Mord (§§ 211, 22 StGB) ist fraglich. Das einzige in Betracht kommende Mordmerkmal ist „Habgier“. A wollte das Geld, das nunmehr M oder N in Besitz hatte, zurück haben. Allerdings gehörte dieses Geld dem A. N und M hatten es rechtswidrig entwendet. Daher kann das Streben nach Rückerlangung des Geldes keine Habgier sein. Den Tatbestand des versuchten Mordes hat A nicht erfüllt.

Zentrales Thema der BGH-Entscheidung ist die Frage der Rechtfertigung durch **Notwehr** (§ 32 StGB). Die Prüfung der Voraussetzungen des § 32 StGB ist hier deshalb kompliziert, weil auf der Seite der Angreifer zwei Personen (M und N) agieren und von den tatbestandsmäßigen Handlungen des A betroffen sind. Daher muss die Erfüllung der Notwehrvoraussetzungen in Bezug auf beide Personen geprüft werden. Das ist deswegen schwierig, weil zwar feststeht, dass dem A das Geld entwendet wurde. Es ließ sich aber nicht aufklären, wer von den beiden Gegnern des A (M oder N) im Besitz des entwendeten, dem A gehörenden, Geldes war, als A die Schüsse abfeuerte.

Nach dem Prinzip „in dubio pro reo“ ist in dem Strafverfahren jeweils die Sachverhaltsalternative der Entscheidung zugrunde zu legen, die das für A günstigere strafrechtliche Urteil trägt.

Eine „mehrspurige“ Notwehrrörterung ist auch deswegen notwendig, weil A insgesamt – mindestens – drei Schüsse auf die Flüchtenden abgefeuert hat.

#### Die ersten beiden Schüsse:

A schoss einmal auf N und einmal auf M. Beide Schüsse verfehlten das Ziel. Daher handelt es sich um zwei Tötungsversuche. Nach Ansicht des BGH sind diese nicht durch Notwehr gerechtfertigt, weil die Schüsse das Notwehrmerkmal „erforderlich“ nicht erfüllten (Rn. 10-12).

#### Der dritte Schuss :

Der dritte Schuss war auf N gerichtet und verletzte diesen. Die Tat könnte durch Notwehr gerechtfertigt sein.

Eine Notwehrlage (gegenwärtiger rechtswidriger Angriff) entstand zunächst dadurch, dass N den A mit Pfefferspray in das Gesicht sprühte und M dem A die Geldscheine entriss. Seitens des N ist das ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff auf die körperliche Unversehrtheit, Willensentschlussfreiheit und Eigentum/Vermögen. M hat Eigentum/Vermögen des A gegenwärtig rechtswidrig angegriffen, indem er die Geldscheine gegen den Willen des A an sich nahm.

Die Notwehrlage muss bestehen, während der Notwehrrübende die tatbestandsmäßige Verteidigungshandlung ausführt. Der Angriff muss während der Verteidigung (schon und noch) gegenwärtig sein. Der Angriff auf die körperliche Unversehrtheit und Willensentschlussfreiheit des A war schon beendet, als A begann, in Richtung von M und N zu schießen. Bezüglich dieser angegriffenen Rechtsgüter lag also bei Abgabe des dritten Schusses kein gegenwärtiger Angriff mehr vor. **Gegenwärtig** war jedoch noch der Angriff auf Eigentum/Vermögen bzgl. des Geldes. Es ist anerkannt, dass die Vollendung der Wegnahme (§§ 242, 249 StGB) nicht zugleich Endpunkt des gegenwärtigen Angriffs ist. Die Gegenwartigkeit des Angriffs auf das Eigentum reicht über die Grenze der tatbestandsmäßigen Vollendung hinaus, bis zum tatsächlichen Abschluss (Beendigung) der Diebstahls- oder Raubtat. Da M und N noch nicht mit ihrer Beute außer Reichweite des sie verfolgenden A waren, dauerte der Angriff auf das Eigentum des A noch an. Der Angriff war noch gegenwärtig.

Fraglich ist nur, ob das auf beide Angreifer (M und N) zutrifft.

An dieser Stelle verschafft sich nun die Unklarheit hinsichtlich der Person, die das dem A gehörende Geld „abtransportierte“, Geltung. Die Pistolenschüsse sind ein taugliches Mittel zur Wiedererlangung des Geldes nur gegenüber der Person, die das Geld hatte und es im Falle des Getroffenwerdens wieder an A verlieren würde. Schüsse auf die Person, die das Geld nicht hatte, waren eher kontraproduktiv. Sie verschafften nämlich der anderen mit dem Geld fliehenden Person einen Zeitgewinn und Vorsprung und verschlechterten die Aussichten des A auf Rückerlangung des ihm entwendeten Geldes. Hätte also immer noch M das dem A zuvor entrissene Geld, würde ein Schuss auf N dem A nichts nützen. Während dieses Schusses hätte M sich noch weiter entfernt. Die Aussicht des A, den M noch erfolgreich verfolgen und einholen bzw. auf ihn schießen zu können, hätte sich also verringert.

Der BGH verknüpft diese Umstände mit der Notwehrvoraussetzung „**Geeignetheit**“. Der dritte Schuss, den A auf „auf der Höhe eines Stichwegs“ N abfeuerte, sei zur Abwendung des Angriffs gar nicht geeignet gewesen, wenn nicht N, sondern M im Besitz des Geldes war, das dem A entwendet wurde (Rn. 15). Die Notwehrvoraussetzung „geeignet“ taucht zwar im Wortlaut des § 32 StGB nicht unmittelbar auf. Nach h. M. ist die Geeignetheit aber eine Komponente der „Erforderlichkeit“ und wird deshalb im Zusammenhang mit diesem Notwehrmerkmal geprüft. Nach einer Minderansicht gehört die „Geeignetheit“ bereits zum Notwehrmerkmal „Verteidigung“.

Entgegen der Begründung des BGH betrifft die Unaufklärbarkeit der Person, die das Geld forttrug, bereits das Vorliegen einer Notwehrlage.<sup>4</sup> Ein noch gegenwärtiger Angriff auf das Eigentum des A wurde nur von der Person (M oder N) begangen, die sich im Besitz des Geldes befand und durch das Wegrennen die Gefahr des endgültigen Verlusts erhöhte. Der andere Flüchtende, der das Geld nicht bei sich hatte, nahm durch sein Verhalten keinen Einfluss auf die Chance des A, sein Geld zurück zu bekommen. Sein Verhalten war zu diesem Zeitpunkt kein Angriff auf das Eigentum mehr. Daran ändert auch nichts die Rechtstatsache, dass M und N Mittäter eines Raubes waren. Die Gegenwärtigkeit des von dem einen begangenen Angriffs wird dem anderen, der selbst nicht mehr gegenwärtig angreift, nicht zugerechnet.

Es steht damit fest, dass ein Teil der von A abgefeuerten Pistolenschüsse sich gegen eine Person richtete, die nicht mehr „Angreifer“ war, weshalb dieser Schuss bzw. diese Schüsse auch keine „Verteidigung“ mehr war/waren.

Hätte im Zeitpunkt des dritten Schusses N das Geld in seinem Besitz gehabt, wäre er noch Angreifer gewesen. Sein Verhalten (Wegrennen) wäre ein noch gegenwärtiger Angriff auf das Eigentum des A. nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ muss das Gericht bei seiner Urteilsfindung unterstellen, dass das geraubte Geld sich im Besitz des N fand. Auf dieser Tatsachengrundlage ist der Schuss auf N durch Notwehr gerechtfertigt.

## **B. Strafbarkeit von M und N**

M hat dem A das Geld entrissen, N hat dem A Pfefferspray ins Gesicht gesprüht. Die Handlung des M ist eine „Wegnahme“ einer fremden beweglichen Sache, die Handlung des N ist „Gewalt“, „Nötigung“ und „körperliche Misshandlung“.

---

<sup>4</sup> So richtig Horter, NStZ 2023, 224 (225).

M hat also zumindest Diebstahls an dem Geld begangen (§ 242 StGB), N hat zumindest gefährliche Körperverletzung (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB) und (versuchte) Nötigung (§ 240 StGB) begangen.

Das „Entreissen“ der Geldscheine, die A in der Hand hielt, ist anders als das Entreissen einer Handtasche keine „Gewalt gegen die Person“ des A, mit der der Raubtatbestand erfüllt werden könnte.

Fügt man die Handlungen von M und N zusammen, kann sich daraus die Erfüllung des Tatbestandes schwerer Raub (§§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 2 Nr. 1 StGB) ergeben. Die „Zusammenfügung“ ist auf der Grundlage von § 25 Abs. 2 StGB möglich, wenn M und N im Verhältnis zueinander Mittäter sind.

Laut Sachverhalt ist offen, ob M dem A das Geld **vor oder nach dem Einsatz des Pfeffersprays** durch N entrissen hat. Davon hängt ab, ob der Tatbestand des Raubes (§ 249 StGB) oder der Tatbestand des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB) erfüllt worden ist. Hat M das Geld erst an sich genommen, nachdem N das Pfefferspray versprüht hat, besteht zwischen dieser Gewalt und der Wegnahme ein Zusammenhang, mit dem der Tatbestand es § 249 Abs. 1 StGB erfüllt werden kann. War hingegen die Wegnahme des Geldes schon vor dem Einsatz des Pfeffersprays vollendet, kann nur der Tatbestand des § 252 StGB erfüllt worden sein.

§ 249 StGB und § 252 StGB sind zwei Strafvorschriften, die gemeinsam eine taugliche Grundlage für eine „echte Wahlfeststellung“ bilden können.

## **2023-II-4**

**BGH, Beschl. v. 25.5.2022 – 4 StR 36/22, NStZ 2023, 407**

### **Sachverhalt**

A leidet seit einigen Jahren an einer paranoiden Schizophrenie. Zuletzt lebte er in einem Waldgebiet, das insbesondere von Hundehaltern genutzt wird, die dort ihre Hunde ausführen.

A, der sich vor Hunden fürchtet, ärgerte sich, wenn Hundehalter trotz bestehenden Leinenzwangs ihre Hunde unangeleint ausführten. Es kam dabei häufig zu verbalen Auseinandersetzungen, in deren Verlauf A die Hundehalter bedrohte. Vor diesem Hintergrund kam es zu folgenden beiden Taten:

Am 8.10.2020 begegnete A bei einem Spaziergang dem D und dessen Ehefrau, die einen ihrer beiden Hunde kurz vor Erreichen ihres Hauses ableinten. A sah dies und forderte die Eheleute D barsch auf, den Hund wieder anzuleinen. Anschließend sprühte er Tierabwehrspray in Richtung des Tieres. D trat daraufhin auf den A zu und forderte ihn auf, dies zu unterlassen. Nunmehr sprühte A Tierabwehrspray in Richtung des D, der daraufhin zurückwich. Sodann schlug A, der sich von D bedroht fühlte, mit einem Stock gegen Kopf und Schulter des D; anschließend entfernte er sich mit dem Bemerkens, dieser solle ihn künftig nicht mehr mit seinen Hunden belästigen. D trug eine Augenrötung, eine Schwellung am Hals sowie eine Schulterprellung davon.

Am 17.11.2020 saß A auf einem Baumstamm, während G, der drei Hunde an Schlepplinen im Wald ausführte, an ihm vorüberging. A geriet darüber in Verärgerung und forderte den G auf, die Hunde „wegzunehmen“. Sodann zog A Tierabwehrspray aus seiner Tasche und sprühte damit in Richtung eines der Hunde, der rund zwei Meter von A entfernt war und keine Anstalten machte, sich ihm zu nähern. Über den Einsatz des Tierabwehrsprays empört forderte G den A lautstark auf, das Sprühen zu unterlassen. Dabei lief er zügig auf den sich erhebenden A zu und stoppte erst unmittelbar vor ihm, so dass die Oberkörper der beiden Männer sich leicht berührten. Nunmehr zog A, der sich von G bedroht

fühlte, ein Messer mit einer rund zehn Zentimeter langen, nach vorne spitz zulaufenden Klinge aus seiner Hosentasche und versetzte dem G unvermittelt einen Stich in die rechte Brust. Dabei nahm er den Tod des G zumindest billigend in Kauf. G ergriff die Flucht, blieb nach einigen Metern stehen und fotografierte den A mit seinem Mobiltelefon. Der hierüber verärgerte A verfolgte den – lebensgefährlich verletzten – G bis zu seinem Fahrzeug, forderte ihn zum Verlassen des Fahrzeugs auf und drohte, ihn umzubringen. Sodann entfernte er sich. Die Stichverletzung führte zu einer Rippendurchtrennung sowie zur Verletzung von Milz und Zwerchfell. G konnte durch eine sofortige Notoperation gerettet werden.

## Strafbarkeit des A

### A. 8.10. 2020

1. Die Tat des A erfüllt den objektiven und den subjektiven **Tatbestand** der gefährlichen Körperverletzung, §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

2. Die Tat ist nicht durch **Notwehr** (§ 32 StGB) gerechtfertigt, da D den A nicht angegriffen hat. Sollte D mit dem Ableinen seines Hundes gegen eine Norm verstoßen haben (Leinenzwang), wäre das zwar ein rechtswidriges Handeln des D, aber kein „Angriff“ iSd § 32 Abs. 2 StGB. Zwar dient das Gebot, Hunde an der Leine zu führen, dem Schutz anderer Menschen und Tiere vor Verletzungen, die durch einen nicht angeleiteten Hund verursacht werden könnten. Schutzgut der Norm ist also ein Individualrechtsgut. Die Annahme eines notwehrfähigen Angriffs scheitert also noch nicht daran, dass das rechtswidrige Handeln nur ein überindividuelles Rechtsgut (z. B. Sicherheit des Straßenverkehrs) bedroht.<sup>5</sup> Der Verstoß gegen die – gewiss bußgeldbewehrte – Vorschrift über den Leinenzwang hat jedoch in Bezug auf das Schutzgut „Gesundheit“ hat aber nur den Charakter eines abstrakten Gefährdungsdelikts, solange der von der Leine gelassene Hund noch nicht ein von der Vorschrift geschütztes Lebewesen tatsächlich angreift. Man kann in diesem Fall bereits das Vorliegen eines „Angriffs“ verneinen oder – was auf dasselbe hinausläuft – die „Gegenwärtigkeit“ des Angriffs verneinen.<sup>6</sup>

Exkurs: Hätte der Hund des D den A bedroht, nachdem D ihn abgeleint hatte, müsste man beim Notwehrmerkmal „Angriff“ auf die Abgrenzung zum nicht notwehrfähigen „Tierangriff“<sup>7</sup> eingehen. Anerkanntermaßen ist es ein notwehrfähiger Angriff, wenn ein Mensch einen Hund auf einen anderen Menschen „hetzt“. Der Hund ist dann Werkzeug des von dem Menschen verübten Angriffs. Ist die Hundeattacke Folge des – ohne Verletzungsvorsatz vollzogenen – Ableinens, könnte man die Annahme eines notwehrfähigen „Angriffs“ ebenfalls auf das Handeln des Menschen stützen. Dieses unterscheidet sich objektiv vom „Hetzen“ eines Hundes nicht. Da ein notwehrfähiger Angriff nicht vorsätzlich begangen sein muss und nicht einmal Fahrlässigkeit Voraussetzung ist, kann man das – vielleicht „gedankenlose“ – Von-der-Leine-lassen durchaus als notwehrfähigen Angriff qualifizieren.

Denken sollte man auch an die Möglichkeit eines „Angriffs durch Unterlassen“<sup>8</sup>. Läuft ein Hund unangeleint umher, verletzt der Halter die Leinenpflicht, wenn er es unterlässt, den Hund

<sup>5</sup> Erb, in: Münchener Kommentar StGB, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 100.

<sup>6</sup> MK-Erb, § 32 Rn. 106 : „Beginn der Gegenwärtigkeit. Die Frage, ob ein Angriff unmittelbar bevorsteht, muss nach diesen Überlegungen im Wesentlichen nach der zeitlichen Nähe der drohenden Rechtsgutsverletzung beantwortet werden.“

<sup>7</sup> MK-Erb, § 32 Rn. 57.

<sup>8</sup> Dazu MK-Erb, § 32 Rn. 65 ff.

einzufangen und an die Leine zu nehmen. Begeht nun ein Täter gegenüber dem Hundehalter eine gem. § 240 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßige Nötigung („Nehmen Sie sofort Ihren Hund an die Leine oder ich zeige Sie an!“), könnte diese gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein.

Kommt § 32 StGB nicht zur Anwendung, weil die Situation ein bloßer nichtnotwehrfähiger Tierangriff ist, richtet sich die Rechtfertigung einer gegen den Hund gerichteten Abwehrhandlung nach § 228 BGB.<sup>9</sup>

3. Sollte A sich irrtümlich vorgestellt haben, dass D ihn sogleich angreifen werde, liegt ein **Erlaubnistatbestandsirrtum** vor. Dieser wird von der h. M. (so auch vorliegend vom BGH, Rn. 7-11) auf der Grundlage entsprechender Anwendung des § 16 Abs. 1 StGB behandelt.

## B. 17. 11. 2020

1. Die Handlungen des A erfüllen die **Tatbestände** des versuchten Totschlags, §§ 212, 22 StGB, der vollendeten gefährlichen Körperverletzung, §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB und der Bedrohung, § 241 Abs. 2 StGB.

2. Zu prüfen ist eine Rechtfertigung wegen **Notwehr**, § 32 StGB. Voraussetzung ist zunächst ein „Angriff“ des G. Dessen Verhalten hatte nicht nur in der Vorstellung des A (was für einen „Erlaubnistatbestandsirrtum“ relevant wäre), sondern objektiv einen aggressiven Charakter und einen den A einschüchternde, ihn in Angst versetzende Wirkung. Das Handeln des G war eine Reaktion auf das vorangegangene Verhalten des A. Dieses kann im Rahmen des Notwehrrechts an zwei Stellen erheblich sein: Sofern die Reaktion des G gerechtfertigt ist (z.B. aus § 32 StGB), ist der Angriff gegen A nicht rechtswidrig. Sollte der Angriff nicht gerechtfertigt sein, weil es sich um eine „Überreaktion“ handelt, könnte das Vorverhalten des Angegriffenen die „Gebotenheit“ der Notwehr ausschließen. Das Handeln des Angegriffenen könnte in die Kategorie „Provokation“ fallen und dann eine „sozialethische Einschränkung“ des Notwehrrechts zur Folge haben.

Im vorliegenden Fall war der Angriff des G gegen A nicht gerechtfertigt. Der Einsatz des Tierabwehrsprays gegen die Hunde könnte zwar ein rechtswidriger Angriff auf die Gesundheit der Hunde und damit gegen das Eigentum des G gewesen sein. Dieser Angriff war aber nicht mehr gegenwärtig, als G wütend auf A zuing. Daher ist das Verhalten des G nicht als Notwehr gerechtfertigt.

Die Verteidigung mit dem Messer war entweder bereits nicht erforderlich oder nicht geboten. Hätte sich A mit einer weniger gefährlichen Abwehrhandlung wirksam schützen können, hätte er nicht das „mildeste Mittel“ angewendet. Sofern er kein milderes Abwehrmittel zur Verfügung hatte, war die Verteidigung mit dem Messer erforderlich. Auf Grund seines eigenen rechtswidrigen und provozierenden Vorverhaltens (Tierabwehrspray) war das Notwehrrecht des A aber eingeschränkt. Er hätte dem Angriff des G ausweichen können und müssen. Die tatsächlich ausgeübte Notwehr war nicht „geboten“, § 32 Abs. 1 StGB.

3. Die Überschreitung der Notwehrgrenzen „erforderlich“ bzw. „geboten“ könnte aber gemäß § 33 StGB entschuldigt sein. Es handelt sich um einen „**intensiven Notwehrexzess**“. Sofern dieser auf einem „asthenischen Affekt“ beruht, ist die rechtswidrige Tat des A entschuldigt.

---

<sup>9</sup> MK-Erb, § 32 Rn. 57.

## **2023-II-5**

**BGH, Urt. v. 4.2.2021 – 4 StR 403/20, NStZ 2023, 232**

### **Sachverhalt**

A befand sich im Jahr 2019 in familiären und wirtschaftlichen Schwierigkeiten, in deren Folge er sich vermehrt und wiederkehrend mit Suizidgedanken trug. In der Nacht vom 16. auf den 17. 7. 2019 verursachte er – nach längerem ziellosen Umherfahren – in alkoholisiertem Zustand einen Verkehrsunfall, in dessen Folge sein Führerschein durch Polizeibeamte sichergestellt wurde. In den darauffolgenden Tagen verschlechterte sich die Stimmung des A zunehmend. Er befürchtete, dass der drohende Verlust der Fahrerlaubnis seine Arbeitssuche erheblich erschweren werde, was seine Selbsttötungsgedanken verstärkte.

Am 2.8.2019 fuhr der stark angetrunkene A, dessen Führerschein sich weiterhin in amtlicher Verwahrung zur Vorbereitung einer Entziehung der Fahrerlaubnis befand, mit seinem Pkw zu einem Supermarkt in einem Nachbarort, wo er sich weiteren Alkohol beschaffte. Ihm war bekannt, dass ihm aufgrund der Sicherstellung des Führerscheins nicht erlaubt war, ein Fahrzeug im Straßenverkehr zu führen. Nach dem Verlassen des Supermarktparkplatzes fuhr der ortskundige A im erkannt fahruntüchtigen Zustand in eine Straße ein, bei der es sich um die schnellste Verbindung zu seinem Wohnort handelte. Hier durchfuhr er außerorts eine Linkskurve, wobei er aufgrund seiner hohen Geschwindigkeit beinahe aus der Kurve getragen worden wäre. Nach dem Passieren der Kurve beschleunigte der nicht angeschnallte A, der nunmehr spontan den Entschluss gefasst hatte, sich umzubringen, sein Fahrzeug weiter auf eine Geschwindigkeit von mindestens 120 km/h bei erlaubten 100 km/h und fuhr auf die spätere Unfallkreuzung mit einer – wie ihm bekannt war – vorfahrtsberechtigten Straße zu. Wegen dichten Bewuchses am Straßenrand war es ihm nicht möglich, von rechts in den Kreuzungsbereich einfahrende vorfahrtsberechtigte Fahrzeuge rechtzeitig wahrzunehmen und sein Fahrzeug gegebenenfalls abzubremesen, was er aufgrund seines Suizidentschlusses ohnehin nicht vorhatte. A hielt zumindest für möglich, dass es im Kreuzungsbereich zu einer Kollision mit einem anderen Fahrzeug kommen und Insassen desselben hierdurch zu Tode kommen könnten, was ihm gleichgültig war. Tatsächlich prallte das Fahrzeug des A ungebremst mit einer Geschwindigkeit von 120 km/h im rechten Winkel auf ein aus einem Kleintransporter und Anhänger bestehendes vorfahrtsberechtigtes Fahrzeuggespann. In der Folge wurde der Kleintransporter gegen eine Holzhütte geschleudert. Seine Fahrerin erlitt Prellungen und Schnittwunden. A wies zur Tatzeit eine Blutalkoholkonzentration von mindestens 1,8 ‰ und höchstens 2,65 ‰ auf und war in seiner Steuerungsfähigkeit nicht ausschließbar erheblich vermindert.

### **Strafbarkeit des A**

Das Verhalten des A erfüllt Straftatbestände aus dem Bereich der §§ 315 b ff StGB sowie aus dem Bereich der §§ 211 ff StGB und §§ 223 ff StGB. Die Entscheidung befasst sich mit dem bei § 315 c Abs. 1 Nr. 1 a StGB erforderlichen Zusammenhang zwischen Alkoholisierung und konkreter Individualgutsgefährdung, mit dem bedingten Tötungsvorsatz und mit dem Mordmerkmal Heimtücke.

## **I. Gefährdung des Straßenverkehrs, § 315 c Abs. 1 Nr. 1 a StGB**

Auf Grund der starken Alkoholisierung war A „absolut fahruntüchtig“ und erfüllte zweifellos den Straftatbestand § 316 Abs. 1 StGB. Dieser ist aber subsidiär gegenüber § 315 c Abs. 1 Nr. 1 a StGB. Im objektiven Tatbestand des § 315 c Abs. 1 Nr. 1 a StGB ist eine konkrete Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder von fremden Sachen von bedeutendem Wert erforderlich. Es handelt sich um ein konkretes Gefährdungsdelikt. Der konkrete Gefährdungserfolg gehört zum objektiven Tatbestand und muss vom Vorsatz erfasst sein § 15 StGB. Bei Fehlen des Vorsatzes kommt Strafbarkeit aus § 315 c Abs. 3 Nr. 1 StGB in Betracht.

Hier wurde die Fahrerin des Kleintransporters konkret gefährdet. Auch wenn die Bezeichnung der erlittenen Verletzungen recht harmlos klingt, war die Situation lebensgefährlich.

Zwischen der tatbestandsmäßigen Handlung (Führen des Fahrzeugs) und dem Gefährdungserfolg muss ein Kausal- und Zurechnungszusammenhang bestehen. Die Kausalität ist unproblematisch. Hinzukommen muss aber eine Art „Alkoholisierungszusammenhang“. Es muss gerade die alkoholbedingte Fahruntüchtigkeit der Grund für die konkrete Gefährdung sein. Daran fehlt es, wenn die Gefährdung auf einer anderen Ursache beruht, durch die die potentiell gefährliche Wirkung des Alkohols überlagert wird. Das ist häufig der Fall bei gezielter absichtlich gefährdender Fahrweise. Da ist der Alkohol eher hinderlich, weil der Täter gerade die sichere Beherrschung des Fahrzeugs – also „Fahrtüchtigkeit“ – benötigt, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Gelingt ihm das, ist das ein Indiz für die Abwesenheit einer gefährlichen Wirkung des Alkohols.

Der BGH beurteilt die Tat des A in diesem Sinne (NStZ 2023, 232 Rn. 9):

„Nach den Feststellungen des LG fuhr A ausschließlich aufgrund des von ihm gefassten Entschlusses, sich selbst zu töten, in die ihm bekannte Kreuzung mit einer vorfahrtberechtigten Straße ein, ohne seine zuletzt erreichte Geschwindigkeit von 120 km/h zu verringern. Die durch den Zusammenstoß verwirklichte konkrete Gefährdung der Geschädigten (Fahrerin des Kleintransporters) beruhte somit nicht auf der alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit des A, sondern auf dem Einsatz seines Fahrzeugs als Mittel der Selbsttötung. Eine Gefährdung des Straßenverkehrs nach § 315 c Abs. 1 Nr. 1 a StGB kommt daher nicht in Betracht“.

## **II. Gefährdung des Straßenverkehrs, § 315 c Abs. 1 Nr. 2 a, d StGB**

Die Voraussetzungen dieser Strafbarkeit sind erfüllt. Diese Tatbestände werden jedoch von § 315 b Abs. 1 StGB, der auch erfüllt ist, verdrängt.

## **III. Zwischenergebnis**

A hat sich aus § 315 b Abs. 1 StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) mit § 316 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

#### **IV. Versuchter Totschlag, §§ 212, 22 StGB**

Erörterungsbedürftig ist allein der Tötungsvorsatz. Dieser gehört beim Versuch zum „Tatentschluss“. Inhaltlich stimmt er mit dem Vorsatz bei der vollendeten Straftat insoweit überein, dass er sich auf die Merkmale des objektiven Tatbestandes beziehen muss. In tatsächlicher Hinsicht unterscheidet sich der Vorsatz beim Versuch vom Vorsatz bei der Vollendung aber deswegen, weil beim Versuch der objektive Tatbestand nicht vollständig erfüllt ist. Bei der vollendeten Straftat wird der Vorsatz in Beziehung gesetzt zu den real existierenden Tatsachen, durch die die objektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt worden sind. Beim Versuch beschränkt sich der Vorsatz teilweise auf eine bloße Vorstellung von tatbestandsmäßigen Tatsachen, der aber keine real existierenden Tatsachen korrespondieren.

Identisch sind Vollendungsvorsatz und Versuchsvorsatz auch in Hinblick auf die erforderliche Vorsatzart. Genügt für die Strafbarkeit wegen vollendeter Tat bedingter Vorsatz (§ 15 StGB), so genügt das auch für die Strafbarkeit wegen Versuchs derselben Tat. Da für den subjektiven Tatbestand des (vollendeten) Totschlags bedingter Vorsatz ausreicht, reicht bedingter Vorsatz auch für den „Tatentschluss“ beim versuchten Totschlag.

Was bedingter Tötungsvorsatzes bedeutet, lässt sich theoretisch einfach definieren.

BGH, NStZ 2023, 233 Rn. 15:

„In rechtlicher Hinsicht ist nach ständiger Rechtsprechung bedingter Tötungsvorsatz gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement).“

Obwohl es um ein subjektives Tatbestandsmerkmal geht, verlangt der BGH von den Tatgerichten eine „Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände“ (Rn. 16). Dabei müssten auch die im Einzelfall in Betracht kommenden, einen Vorsatz in Frage stellenden Umstände in die Erwägungen einbezogen werden.

Im vorliegenden Fall spreche für einen bedingten Tötungsvorsatz, dass der A sich selbst töten wollte und es ihm dabei gleichgültig war, dass ein etwaiger Unfallgegner ebenfalls zu Tode kommen könnte (Rn. 18).

Richtig sei insbesondere, dass die Gefahr für das eigene Leben des A hier nicht ein erheblicher Umstand zur Verneinung eines Tötungsvorsatzes ist. Zwar sei bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr, die nicht von vornherein auf die Verletzung einer anderen Person oder die Herbeiführung eines Unfalls angelegt sind, zu beachten, dass eine vom Täter als solche erkannte Eigengefährdung dafür sprechen kann, dass er auf einen guten Ausgang vertraut hat. Im vorliegenden Fall beruhte die riskante und letztlich unfallursächliche Fahrweise des A aber gerade darauf, dass er einen Unfall herbeiführen wollte, bei dem er selbst zu Tode kommen wollte und weitere Beteiligte geschädigt werden konnten (Rn. 19).

#### **V. Versuchter Mord, §§ 211, 22 StGB**

Das einzige in Betracht kommende Mordmerkmal ist Heimtücke. Nach LG und BGH sei dieses Mordmerkmal hier nicht erfüllt, weil A ohne Ausnutzungsbewußtsein gehandelt habe. Für sein

solches Ausnutzungsbewußtsein sei erforderlich, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (Rn. 26).

An diesem Bewusstsein kann es bei affektiven Durchbrüchen oder sonstigen heftigen Gemütsbewegungen fehlen. Wenn auch nicht jeder dieser Zustände einen Täter daran hindert, die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für die Tatbegehung zu erkennen, so kann doch insbesondere die Spontaneität des Tatentschlusses im Zusammenhang mit der Vorgeschichte der Tat und dem psychischen Zustand des Täters ein Beweisanzeichen dafür sein, dass er ohne das erforderliche Ausnutzungsbewußtsein gehandelt hat (Rn. 26).

## **VI. Sonstige Straftatbestände**

Die Fahrerin des Kleinlastwagens wurde bei dem von A verursachten Verkehrsunfall verletzt. Da A mit bedingtem Tötungsvorsatz handelte, hat er auch Körperverletzungsvorsatz gehabt. Deshalb hat sich A wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht, §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Die vollendete gefährliche Körperverletzung und der versuchte Totschlag stehen in Tateinheit, § 52 Abs. 1 StGB.

## **2023-II-6**

**BGH, Beschl. v. 10. 11. 2022 – 4 StR 192/22, NStZ 2023, 288**

### **Sachverhalt**

A entschloss sich zu einem nicht näher bestimmbareren Zeitpunkt, sein Fahrzeug Mercedes Benz C 320 CDI mit erhöhter Geschwindigkeit in Teilnehmer und Zuschauer des am 24.2. 2020 in Volkmarshausen stattfindenden Rosenmontagszugs zu lenken, um hierdurch eine unbestimmte, möglichst große Anzahl von Personen zu töten.

Der Rosenmontagszug wurde am Tag von vielen Zuschauern besucht, die sich unter anderem rechts und links einer für andere Verkehrsteilnehmer gesperrten Durchgangsstraße in Zweier- bzw. Dreierreihen aufgestellt hatten. Kurz vor Beginn des Tatgeschehens begab sich A zu Fuß zum Bereich einer Straßenkreuzung, in die diese Straße einmündet, und beobachtete von dort den voranschreitenden Rosenmontagszug. Er entschloss sich sodann, seinen Tatplan umzusetzen, und begab sich zu seinem Fahrzeug, das er bereits am Morgen dieses Tages in der Nähe der erwähnten Kreuzung geparkt hatte. Anschließend fuhr er mit dem Auto durch eine – mit Pylonen gesicherte – Lücke zwischen zwei Polizeifahrzeugen, die im Kreuzungsbereich zur Absperrung abgestellt waren, in die Straße ein, auf der sich die Menschenmenge befand, und beschleunigte auf eine Ausgangsgeschwindigkeit von mindestens 50 km/h. A führte das Fahrzeug sodann – entgegen der Laufrichtung des Umzuges – durch insgesamt drei hintereinander aufgestellte Karnevalsgruppen hindurch. Dabei steuerte er es bewußt auf die – aus seiner Sicht – linke Fahrbahn der Straße und führte in der Folge weitere Lenkmanöver durch, um hierdurch möglichst viele Personen mit dem Auto zu erfassen. Nach dem ersten Kontakt mit einem Umzugsteilnehmer legte A noch weitere 63 Meter zurück, bis sein Fahrzeug

schließlich aus nicht abschließend geklärten Umständen zum Stehen kam. Den Versuch des A erneut anzufahren, unterbanden mehrere Personen, die das Fahrzeug aus den Federn hoben und den A schließlich überwältigten.

Durch die Fahrt verletzte A insgesamt 88 Personen zum Teil schwer, wobei er einige der Geschädigten unmittelbar mit seinem Fahrzeug erfasste. Teils erlitten diese ihre Verletzungen aber auch ohne Kontakt mit dem Tatfahrzeug, indem sie entweder von Gegenständen – etwa Bierflaschen bzw. einer von einer Karnevalsgruppe mitgeführten Mülltonne – oder von anderen Personen getroffen wurden, die ihrerseits durch den Zusammenstoß mit dem Tatfahrzeug durch die Luft geschleudert bzw. umgeworfen wurden. Hinsichtlich zahlreicher weiterer Geschädigter konnte zwar der Eintritt eines Körperverletzungserfolges festgestellt werden. Allerdings waren nähere Einzelheiten des zu diesen Erfolgen führenden Geschehensablaufs nicht aufklärbar. Eine Person konnte dem Tatfahrzeug noch in letzter Sekunde ausweichen und blieb unverletzt.

A handelte in der Absicht, eine unbestimmte, möglichst große Anzahl von Personen, die unmittelbar in den Fahrbereich seines Autos gelangen würden, zu töten. Darüber hinaus nahm er billigend in Kauf, dass diejenigen Zugteilnehmer und Besucher, die er nicht unmittelbar mit dem Fahrzeug erfassen konnte, auch durch mitgeführte Gegenstände oder andere Personen, die jeweils durch den Zusammenprall mit dem Tatfahrzeug durch die Luft geschleudert bzw. umgeworfen werden würden, getötet oder verletzt werden könnten.

Sowohl die Umzugsteilnehmer als auch die Zuschauer, die in fröhlicher Karnevalsstimmung feierten, rechneten auf der für Verkehrsteilnehmer gesperrten Straße nicht mit einem auf sie zufahrenden Fahrzeug, was A für seine Tatbegehung ausnutzte.

## **Strafbarkeit des A**

A hat sich wegen versuchten Mordes (§§ 211, 22 StGB) in 89 Tateinheitlich zusammentreffenden Fällen, vollendeter gefährlicher Körperverletzung (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB) in 88 Fällen, sowie wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr (§ 315 b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 iVm § 315 Abs. 3 Nr. 1 b, Nr. 2 StGB) strafbar gemacht.

### **I. Versuchter Mord, §§ 211, 22 StGB**

Im Mittelpunkt der Entscheidung stehen Ausführungen zum versuchten Mord.

A hat mit Tötungsvorsatz gehandelt und damit den Tatentschluss zur Begehung von Totschlag (§ 212 StGB) gehabt. Das unmittelbare Ansetzen (§ 22 StGB) ist in Bezug auf alle Opfer gegeben.

A hat heimtückisch gehandelt und deshalb auch Tatentschluss in Bezug auf Mord (§ 211 Abs. 2 StGB) gehabt.

Weil es sich um sehr viele Menschen handelt, die hätten getötet werden können und denen gegenüber deshalb ein Tötungsversuch (versuchter Totschlag, §§ 212, 22 StGB) vorliegt, könnte auch Mordversuch durch versuchte Tötung mit einem gemeingefährlichen Mittel gegeben sein.

Dazu stellen sich zwei strafrechtsdogmatische Fragen:

1. Wird schon allein durch die Vielzahl potentieller Opfer („potentiell“ in Hinblick auf vollendete Tötung) das Tatunrecht in tatbestandlich relevanter Weise gesteigert? Genauer gesagt: wird dadurch das Mordmerkmal des § 211 Abs. 2 StGB „mit gemeingefährlichen Mitteln“ erfüllt?

2. Welches Konkurrenzverhältnis (§§ 52 ff StGB) beruht auf dem Umstand, dass hier viele Tötungserfolge bei vielen verschiedenen Menschen hätten eintreten können und deshalb viele Tötungsversuche gegenüber der Vielzahl von Opfern vorliegen?

Die Beantwortung der ersten Frage ist der Beantwortung der zweiten Frage vorgelagert.

Zu 1.: Allein die Vielzahl von getöteten oder gefährdeten Menschen begründet nach h.M. nicht automatisch die Erfüllung des Mordmerkmals „gemeingefährliches Mittel“. Abzugrenzen ist nämlich die Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln von der sog. „**schlichten Mehrfach**tötung“. Letztere erfüllt das Mordmerkmal „gemeingefährliches Mittel“ nicht.

Spezifisch für die Tötung mit gemeingefährlichem Mittel ist, dass eine unbestimmte Vielzahl von Opfern, die der Täter nicht individualisiert in seinen Tötungsvorsatz aufgenommen hat, durch die Tat in Lebensgefahr geraten kann. Es muss sich gewissermaßen um „zufällige“ Opfer (**Zufall**sopfer) handeln. Bei der „schlichten Mehrfachtötung“ will der Täter mehrere Menschen gleichzeitig töten und hat seinen Angriff gezielt auf diese Opfer gerichtet.

Der BGH (Rn. 8) legt seiner Entscheidung folgende Definition zugrunde, die auch in der Literatur etabliert ist:

„Das Mordmerkmal der Tötung mit einem gemeingefährlichen Mittel ist erfüllt, wenn der Täter ein Tötungsmittel einsetzt, das in der konkreten Tatsituation eine unbestimmte Mehrzahl von Menschen an Leib und Leben gefährden kann, weil er die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat.“

Dabei sei nicht allein auf die abstrakte Gefährlichkeit eines Mittels abzustellen, sondern auf seine Eignung und Wirkung in der konkreten Situation unter Berücksichtigung der persönlichen Fähigkeiten und Ansichten des Täters.

Nach Ansicht des BGH müssen hier zwei Opfergruppen gebildet werden, um die Erfüllung des Mordmerkmals „gemeingefährliches Mittel“ zu begründen: Bezüglich der einen Gruppe handelt es sich um den Versuch einer „schlichten Mehrfachtötung“ und bezüglich der anderen Gruppe handelt es sich um den Versuch der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln.

Soweit A den Vorsatz hatte, möglichst viele Menschen dadurch zu töten, dass er sie direkt mit seinem Fahrzeug erfasst und überfährt, sind die Opfer keine „Zufallsopfer“. Dieser Tötungsversuch mit dem Pkw ist somit kein Versuch der Tötung mit einem gemeingefährlichen Mittel.

Da A aber auch den bedingten Vorsatz hatte, dass Menschen, die gar nicht mit seinem Pkw in Berührung geraten würde, durch umherfliegende Gegenstände in Lebens- und Leibesgefahr

geraten könnten, richtete sich sein Vorsatz auf Tötung mit gemeingefährlichem Mittel. Die Gefährdung dieser Menschen hatte A nicht unter seiner Kontrolle, sie beruhte auf Zufall.

BGH, Rn. 11:

„Dabei führte das Befahren der – aus seiner Sicht – linken Fahrbahn der Straße dazu, dass er die auf der gegenüberliegenden rechten Seite in Zweier- bzw. Dreierreihen stehenden Besucher nicht mehr mit dem Fahrzeug erfassen konnte. Diese nicht im Bereich seines Fahrwegs befindliche und insofern nicht individualisierte unbestimmte Anzahl weitere Personen waren von ihm in Kauf genommene Zufallsopfer.“

Zu 2.:

Der BGH hat versuchten Mord in 89 Fällen angenommen, wobei zwischen diesen Fällen das Konkurrenzverhältnis der Tateinheit (§ 52 StGB) bestehe.

Voraussetzung von Tateinheit ist **Handlungseinheit**. Die Vielzahl der Tatbestandsverwirklichungen muss auf einer einzigen tatbestandsmäßigen Handlung beruhen.

Hier ist klar, dass die 89 Menschen nicht gleichzeitig getötet werden konnten, sondern dass diese Todeserfolge sukzessive auf Grund des fortgesetzten Vorwärtsfahrens des Fahrzeugs verursacht worden wären. Diese Fahrbewegung müsste also von Opfer Nr. 1 bis Opfer Nr. 89 eine einzige Handlung sein.

Dafür gibt es zwei alternative Begründungen:

Falls A seinen Pkw vor der ersten Opferberührung (Opfer Nr. 1) schon auf eine Fahrgeschwindigkeit gebracht hat, dass das Fahrzeug bis zu Opfer Nr. 89 rollt, ohne dass A noch weiter seinen Fuß auf dem Gaspedal hat, läge eine einzige natürliche Handlung vor (Gasgeben bis zum „Loslassen“ des Gaspedals), die Ursache sämtlicher (potentieller) 89 Erfolge gewesen wäre. So ist es hier aber wohl nicht gewesen. A hat während des gesamten Fahrwegs Gas gegeben.

Trotz mehrerer aufeinanderfolgender Fußbewegungen oder einer aufrechterhaltenen Fußbewegung auf dem Gaspedal würde es sich um eine Handlungseinheit handeln, weil „mehrere gleichartige Tätigkeitsakte auf einem einheitlichen Willensentschluss beruhen und innerhalb desselben Vorgangs den gleichen Straftatbestand in unmittelbarer Aufeinanderfolge schrittweise oder wiederholt verwirklichen, also nur eine quantitative Steigerung des einheitlichen Unrechts“ bewirkt wird (tatbestandliche Handlungseinheit).<sup>10</sup> Eine andere Begründungsmöglichkeit wäre die Annahme einer „natürlichen Handlungseinheit“.<sup>11</sup>

Gegen eine Handlungseinheit könnte man allerdings einwenden, dass hier höchstpersönliche Rechtsgüter (Leben) verschiedener Personen angegriffen werden und bei dieser Konstellation eine natürliche Handlungseinheit nicht möglich sein soll.<sup>12</sup> Die Rechtsprechung lässt aber Ausnahmen von diesem Grundsatz zu, sofern ein „einheitlicher Tatentschluss gegeben ist und

---

<sup>10</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 1251.

<sup>11</sup> Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 1254.

<sup>12</sup> Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 1256.

die Aufspaltung des Tatgeschehens in Einzelhandlungen wegen eines außergewöhnlich engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs willkürlich und gekünstelt erscheint“.<sup>13</sup>

## **II. Vollendete und versuchte gefährliche Körperverletzung, §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5, 22 StGB**

Nach dem BGH wird die Qualifikationsvariante § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB durch Verletzung mittels des Kraftfahrzeugs nur erfüllt, wenn der Körper des Opfers von dem fahrenden Fahrzeug unmittelbar berührt wird und schon dadurch die Verletzung herbeigeführt wird. Dagegen sei die Qualifikation nicht erfüllt, wenn das der Körper und/oder die Gesundheit des Opfers erst durch einen Sturz oder Zusammenprall mit einem anderen Gegenstand infolge einer Ausweichbewegung oder eines per se nicht verletzenden Anstosses („Schubser“) seitens des Fahrzeugs geschädigt wird. Daher sei §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB hier nicht erfüllt in Bezug auf die Menschen, die erst durch umherfliegende Objekte verletzt wurden oder verletzt worden wären.<sup>14</sup> In der Literatur werden davon abweichende Ansichten vertreten.

### **2023-II-7**

**BGH, Beschl. v. 20.1.2022 – 4 StR 430/21, NStZ 2023, 235**

#### **Sachverhalt**

Der in einer Unterkunft für Asylbewerber wohnende E bewahrte am 29.8.2020 in seinem Zimmer insgesamt 360,91 Gramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 60,2 Gramm THC auf. Davon hatte er knapp 290 Gramm für den gewinnbringenden Weiterverkauf und den Rest für den Eigenkonsum vorgesehen. F und G begaben sich in die Unterkunft, um das Marihuana des E an sich zu bringen. Sie schlugen ihm mit einem harten Gegenstand auf den Kopf, nahmen das Marihuana an sich und flüchteten. N stellte sich dem F und dem G noch in der Unterkunft entgegen, worauf sie ihn mit einem Baseballschläger schlugen und zu Boden brachten. Vor der Unterkunft stürzte der seinem Bruder G mit dem Baseballschläger hinterherlaufende F. N, der F und G verfolgt hatte, traktierte den gestürzten F insbesondere aus Wut und Rache aufgrund der zuvor selbst erhaltenen Schläge mit vielen wuchtigen Schlägen und mindestens einem Tritt gegen den Kopf. Er ließ erst von F ab, als er sah, dass dieser stark verletzt war. F blieb zunächst liegen, konnte dann aber aufstehen und war vorerst weiter bei Bewußtsein. Welche Verletzungen er durch diese Attacke erlitt, konnte nicht festgestellt werden.

Währenddessen brachte G das erbeutete Marihuana zu seinem Pkw und ging dann zurück, um seinem Bruder F zu helfen. In der Folge entspann sich eine jedenfalls mit gegenseitigen Faustschlägen geführte tätliche Auseinandersetzung zwischen hieran aktiv beteiligten fünf bis sechs Personen auf der Straße, deren genauer Verlauf mit Ausnahme einzelner Handlungen nicht aufgeklärt werden konnte. Jedenfalls fiel eine Person, deren Identität nicht festgestellt werden konnte, auf die Straße und blieb eine Zeitlang regungslos liegen. Der zwischenzeitlich hinzugekommenen E versetzte dem F einen Tritt in das Gesicht, wodurch F einen

---

<sup>13</sup> Zitiert nach Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 1257.

<sup>14</sup> Ebenso Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht Besonderer Teil 1, Rn. 232.

Nasenbeinbruch erlitt. G griff den E mit einem Messer an. Dieser wehrte den Angriff mit einem Griff in die Klinge und zwei Schlägen in das Gesicht des G ab. E und N setzten dem nun stolpernd flüchtenden G nach. Als G stürzte, schlug ihm N in Kenntnis der vorausgegangenen Schläge und unter Ausnutzung des daraus resultierenden Sturzes mit einem Gegenstand schwungvoll gegen den Kopf. Spätestens jetzt bemerkte E, dass N diesen Gegenstand bei sich führte und einsetzte. In diesem Bewußtsein und mit Billigung des Schlages trat E gegen den Oberkörper von G.

F erlitt schwerste Kopfverletzungen; er ist seither weder zu einer aktiven Mobilisation noch zu einer Kontaktaufnahme oder Kommunikation in der Lage. Dass er wieder zu Kommunikation oder zu selbständigen Bewegungen fähig sein wird, ist nicht zu erwarten. Durch welche konkreten Handlungen und durch wen ihm die hierfür ursächlichen Verletzungen zugefügt wurden, konnte nicht festgestellt werden.

## **Strafbarkeit der Beteiligten**

1. Hier haben alle vier Beteiligten (E,N,F,G – angeklagt war in dem Verfahren E und N) verschiedene Körperverletzungshandlungen ausgeführt, durch die die Straftatbestände § 223 Abs. 1 StGB und §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 4, Nr. 5 StGB erfüllt wurden. Inwieweit dabei eine Rechtfertigung aus § 32 StGB begründet war, kann hier nicht festgestellt werden.

2. Zum Nachteil des F könnte hier eine schwere Körperverletzung (§ 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB) begangen worden sein. Der schwer beschädigte Gesundheitszustand des F erfüllt die Qualifikationsvariante „Siechtum“.

Da nicht aufklärbar ist, welche Handlung/Handlungen diesen Gesundheitsschaden in zurechenbarer Weise verursacht hat/haben, ließe sich eine Tatbestandserfüllung nur auf der Grundlage von Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) begründen. Dann müßten E und N Mittäter sein. Außerdem müßte ausgeschlossen sein, dass F die Verletzungen sich selbst (z. B. durch einen Sturz, der weder dem E noch dem N zugerechnet werden kann) zugefügt hat bzw. sie ihm von seinem Bruder G oder von einer der nicht identifizierten Personen zugefügt worden sind. Hier sah sich das Gericht nicht imstande, alles das aufzuklären. Deshalb war eine Verurteilung aus § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht möglich.

3. Aus diesem Grund konnte letztlich nur § 231 Abs. 1 StGB (**Beteiligung an einer Schlägerei**) als Bestrafungsgrundlage herangezogen werden.

a) Bestrafungsvoraussetzung ist eine schwere Folge, entweder „Tod“ oder „schwere Körperverletzung“ iSd § 226 Abs., 1 StGB. Diese schwere Folge ist eine objektive Strafbarkeitsbedingung. Vorsatz und Fahrlässigkeit brauchen sich nicht darauf zu beziehen. Auch § 18 StGB ist nicht anwendbar.

b) Das Geschehen muss entweder eine „Schlägerei“ oder ein „vor mehreren verübter Angriff“ sein. Die Schlägerei bzw. der Angriff muss Ursache der schweren Folge sein. Tatbestandsmäßige Handlung ist lediglich die Beteiligung an der Schlägerei oder dem Angriff. Auf diese Beteiligung muss sich der Vorsatz (§ 15 StGB) beziehen.

Das Geschehen bis zum Verbringen des entwendeten Marihuanas in den Pkw des G ist sowohl eine Schlägerei als auch ein von mehreren verübter Angriff. F und G haben gemeinsam den E angegriffen. Danach haben F und G den N gemeinsam angegriffen.

Dass N danach den F verfolgte und mit Schlägen und Tritten traktierte ist für sich gesehen keine Schlägerei, weil nur zwei Personen beteiligt sind. Daher ist es auch kein von mehreren verübter Angriff. Teil einer Schlägerei kann die Misshandlung des F durch N nur sein, wenn zwischen diesem Vorgang und den vorangegangenen Gewalttätigkeiten ein „so enger innerer Zusammenhang besteht, dass eine Aufspaltung in einzelne ‘Zweikämpfe’ nicht in Betracht kommt und die Annahme eines einheitlichen Gesamtgeschehens mit mehr als zwei aktiv Beteiligten gerechtfertigt ist (BGH Rn. 6).

In der zweiten Phase – nachdem G das Marihuana in seinem Pkw untergebracht hatte – prügelten bis zu fünf oder sechs Personen wechselseitig aufeinander ein. Das war eine Schlägerei.

c) Die schwere Verletzung des F müsste durch eine Schlägerei oder einen Angriff verursacht worden sein.

Festgestellt wurde lediglich, dass dem F die Gesundheitsschäden im Zusammenhang mit den gewalttätigen Auseinandersetzungen zugefügt worden sind. Die ursächliche Handlung muss ein Teil einer Schlägerei oder eines Angriffs gewesen sein. Das ist nicht der Fall, wenn sie vor oder nach der Schlägerei zw. dem Angriff ausgeführt wurde.

Hier lässt sich nicht ausschließen, dass die Verletzungen, die zum „Siechtum“ des F führten, durch die Schläge und Tritte des N gegen den Kopf des F verursacht wurden. Da an diesen Schlägen und Tritten nur N und F beteiligt waren, erfüllten sie weder die Voraussetzung „Schlägerei“ noch die Voraussetzung „von mehreren gemachter Angriff“. Es war ein bloßer „Zweikampf“.

Zwischen diesem Zweikampf und den vorangegangenen Gewalttätigkeiten sowie der späteren Schlägerei von fünf oder sechs Personen bestand kein enger innerer Zusammenhang. Deshalb kann nicht angenommen werden, dass die schwere Verletzung des F durch eine Schlägerei oder einen von mehreren verübten Angriff verursacht wurde.

4. Angenommen, die schweren Verletzungen wären dem F durch eine Schlägerei zugefügt worden. Dann wären alle an der Schlägerei beteiligten Personen aus § 231 Abs. 1 StGB strafbar, sogar der verletzte F selbst. Letzteres ist allerdings umstritten.

## **2023-II-8**

**OLG Zweibrücken, Urt. v. 11.7.2022 – 1 OLG 2 Ss 7/22, NStZ 2023, 293**

### **Sachverhalt**

Am 24.9.2019 gegen 11.30 Uhr verunglückte ein mit 1100 20 kg-Kartons Käse der Marke „Kammembert“ beladener LKW auf der BAB 61. Infolge des Unfalls brach der Kühlcontainer des Fahrzeugs auf, wobei einige Käsekartons aus diesem heraus und auf die Fahrbahn fielen.

Der bei dem Unfallgeschehen verletzte Fahrer des Sattelzugs wurde durch ein Rettungsfahrzeug in eine Klinik verbracht. Nach Abschluss der Sicherungsmaßnahmen der Polizei fuhr A, der als Polizeibeamter bei der Polizeiautobahnstation R tätig war, zusammen mit seiner Kollegin S mit einem Polizeitransporter in die Nähe des verunfallten Sattelschleppers. Dort forderte er einen Mitarbeiter des mit der Bergung beauftragten Unternehmens auf, ihm mehrere der sich noch in dem Container befindlichen und unbeschädigten Kartons zu reichen. Der Mitarbeiter übergab A mindestens sechs Kartons á 20 kg Käse, die einen Gesamtwert von 369 EUR hatten. Nachdem S die Kartons zwischen den Sitzbänken des Polizeitransporters aufgeschichtet hatte, fuhr A diesen zu seiner Dienststelle. Während des gesamten Geschehens trug A seine mit Munition geladene Dienstwaffe mit sich. Zwei der Kartons stellte A seinen Kollegen in einem Sozialraum zum Verzehr zur Verfügung. Einen weiteren Karton überließ er der S, der Verbleib der übrigen drei Kartons konnte nicht aufgeklärt werden. Die im und außerhalb des LKWs verbliebene Ware wurde am Folgetag begutachtet. Am 2.10.2019 verfügte die Eigentümerin der Ware die Vernichtung des beschädigten Warenanteils, während ein weiterer Teil noch veräußert werden konnte.

A war bei der Mitnahme des Käses bewußt, dass dieser noch im Eigentum eines anderen stand. Auch war ihm bekannt, dass üblicherweise das Transportgut verunfallter LKWs durch einen Havariekommissar geprüft wird, der sodann eine Empfehlung hinsichtlich dessen weiterer Verwendung abgibt. Dass beim Abtransport der Kartons eine Freigabe der Ware durch den Havariekommissar noch nicht erfolgt war, war dem A ebenfalls bewußt. Er war jedoch der Überzeugung, die Rechtsgutsinhaberin werde wegen der unfallbedingt unterbrochenen Kühlkette und der schnellen Verderblichkeit des Käses aufgrund des warmen Wetters kein Interesse mehr an der Ware haben und würde bei Befragen einer Ansichnahme sicher zustimmen.

## **Strafbarkeit des A**

Nach Ansicht des OLG Zweibrücken hat A alle Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 242 Abs. 1 StGB erfüllt. Auf § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB geht die Entscheidung nicht ein.

### **1. Objektiver Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB**

#### **a) Tatobjekt**

Der Käse ist für A eine fremde bewegliche Sache. Eine Dereliktion – durch die die „**Fremdheit**“ beseitigt würde, weil die Sache dann herrenlos geworden wäre – seitens des Eigentümers liegt nicht vor. Ob der Käse infolge des Unfalls wertlos geworden war, ist irrelevant. § 242 Abs. 1 StGB schützt auch das Eigentum an Sachen, die keinen wirtschaftlichen Wert haben.

#### **b) Tathandlung**

Wegnahme ist Bruch fremden Gewahrsams und Begründung neuen Gewahrsams.

##### **aa) Fremder Gewahrsam**

Ursprünglich befand sich der Käse im Gewahrsam des LKW-Fahrers. Mitgewahrsam des Arbeitgebers des LKW-Fahrers dürfte zu verneinen sein. Der Fahrer könnte seinen Gewahrsam verloren haben, als er in das Krankenhaus eingeliefert wurde. Bezüglich der Kartons, die auf die Fahrbahn fielen, ist von einem Gewahrsamsverlust auszugehen. Tatobjekte waren aber

Kartons, die sich auch nach dem Unfall noch in dem Kühlcontainer des LKW befanden. Diese Gewahrsamssphäre stellt sicher, dass der LKW-Fahrer den Gewahrsam am Inhalt auch dann nicht verliert, wenn er von dem Lkw vorübergehend räumlich getrennt wird. Der LKW-Fahrer hatte also weiterhin Gewahrsam an diesen Käsekartons.

#### bb) Gewahrsamsbruch

Den Gewahrsam des LKW-Fahrers müsste A gebrochen haben. Indem der Mitarbeiter der Bergungsfirma dem A die Kartons übergab, hob er den Gewahrsam des LKW-Fahrers auf. Diese Übergabe ist dem LKW-Fahrer nicht zuzurechnen. Zwischen diesen Personen besteht kein „Näheverhältnis“. Es liegt also nicht die Konstellation eines „Dreiecks-Betrugs“ vor, bei der nach hM Diebstahl ausscheiden würde. Der LKW-Fahrer war mit der Herausgabe der Kartons an A nicht einverstanden. Ein etwaiges mutmaßliches oder hypothetisches Einverständnis würde daran nichts ändern. Nur ein wirkliches Einverständnis schließt die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Wegnahme“ aus.

#### cc) Begründung neuen Gewahrsams

A hat eigenen Gewahrsam an den Kartons begründet. Damit hat er die Käsekartons weggenommen.

## 2. Subjektiver Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB

#### a) Vorsatz

A handelte vorsätzlich bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale, § 15 StGB. Er stellte sich kein wirkliches tatbestandsausschließendes Einverständnis vor. Daher befand er sich nicht in einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum, § 16 Abs. 1 S. 1 StGB.

#### b) Zueignungsabsicht

Auch die Zueignungsabsicht ist gegeben. Die irrtümliche Vorstellung des A, der Eigentümer des Käses habe an den Sachen kein Interesse mehr, schließt keine Komponente des Merkmals „Zueignungsabsicht“ aus. A handelte mit dem Vorsatz, den Eigentümer endgültig zu enteignen. Er hatte die Absicht, sich den Käse anzueignen. A stellte sich auch keine Umstände vor, die die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung ausschließen würde. In Betracht kommt allenfalls eine mutmaßliche Einwilligung in die Zueignung des A. Auf einen mutmaßlichen Willen des Rechtsgutsinhabers (Eigentümers) darf aber nur abgestellt werden, wenn es nicht möglich ist, den wirklichen Willen zu ermitteln. Hier hätte der Eigentümer des Käses ohne Weiteres befragt werden können, ob er den Käse behalten will oder damit einverstanden ist, dass A ihn sich nimmt. Ohne den Versuch unternommen zu haben, den wahren Willen des Berechtigten zu ermitteln, darf sich der Täter nicht auf eine bloße Mutmaßung stützen. Wenn A geglaubt hat, er brauche den Eigentümer nicht um Erlaubnis zu bitten, befand er sich in einem vermeidbaren Verbotsirrtum.

## 3. Rechtswidrigkeit

Die Tat des A war nicht gerechtfertigt.

#### **4. Schuld**

Ein Erlaubnistatbestandsirrtum liegt nicht vor. A stellte sich nicht Umstände vor, die – lägen sie vor – die Wegnahme der Käsekartons gerechtfertigt hätten. In Betracht kommt evtl. ein Verbotsirrtum, § 17 StGB. Dieser dürfte aber vermeidbar sein.

#### **5. Qualifikation, § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB**

Nach hM erfüllt diese Qualifikationsvariante auch ein Täter, der aus beruflichen oder dienstlichen Gründen zum Führen einer Waffe verpflichtet ist und daher bei Begehung des Diebstahls eine Schußwaffe bei sich führt.

#### **6. Sonstige Straftatbestände**

Die zugleich mit der Wegnahme begangene Unterschlagung (§ 246 Abs. 1 StGB) tritt hinter dem Diebstahl zurück. Handlungen nach vollendeter Wegnahme der Käsekartons – zB das Weitergeben der Kartons an die Kollegen – sind nach hM keine tatbestandsmäßige „Zueignung“ iSd § 246 Abs. 1 StGB, weil die Zueignung nicht wiederholbar ist.

### **2023-II-9**

**BGH, Beschl. v. 25.10.2022 – 4 StR 265/22, NStZ 2023, 291**

#### **Sachverhalt**

A hebelte am 15. oder 16. Juni 2020 die Oberlichtfenster eines Ladenlokals eines Optikergeschäfts auf, gelangte auf diese Weise in die Geschäftsräume und entwendete Brillen im Gesamtwert von mindestens 1500 EUR, um sie gewinnbringend zu veräußern (Fall 1).

Am 29. Juli 2020 öffnete er die Terrassentür eines Einfamilienhauses mit einem unbekanntem Werkzeug und verschaffte sich dadurch Zutritt zu den Wohnräumen. Dort entwendete er eine Spardose mit 120 EUR Bargeld und Armbanduhren im Wert von mindestens 400 EUR (Fall 2).

Am 8. oder 9. Oktober 2020 drang er in ein weiteres Einfamilienhaus ein, indem er das Küchenfenster mit einem Schraubenzieher aufhebelte, und entwendete verschiedene Gegenstände im Wert von insgesamt 8000 EUR. Er hatte dabei die Vorstellung, das – noch vollständig möblierte und ausgestattete – Haus sei aktuell bewohnt. Tatsächlich war der einzige Bewohner bereits im Juni 2020 verstorben (Fall 3).

Am 22. Oktober 2020 hebelte A die Terrassentür eines leerstehenden Einfamilienhauses auf, fand jedoch in den Wohnräumen nichts Stehlenswertes und entfernte sich daher vom Tatort, ohne etwas mitzunehmen (Fall 4).

Am 28. Oktober 2020 öffnete A mit einem Schraubendreher oder einem Meißel ein Fenster auf der Rückseite eines Zweifamilienhauses, verschaffte sich so Zutritt zu den Wohnräumen und durchsuchte sie nach Wertgegenständen. Währenddessen trafen zwei Polizeibeamte, die von einem Nachbarn verständigt worden waren, am Tatort ein. A erkannte, dass er die Tat nicht vollenden konnte und flüchtet, wurde aber noch vor dem Haus festgenommen (Fall 5).

## Strafbarkeit des A

### Fall 1

A hat sich aus § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Qualifizierende Tatbestandsmerkmale gem. § 244 StGB hat er dabei nicht erfüllt. Insbesondere ist er nicht in eine Wohnung eingedrungen. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB wurde nicht verwirklicht.

Erfüllt wurde das Strafzumessungsregelbeispiel § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB. Verdrängt wird dadurch § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB.

§ 246 Abs. 1 StGB tritt ebenfalls wegen Subsidiarität zurück.

### Fall 2

A hat sich aus §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB strafbar gemacht. Die Vollendung des Diebstahls, dh der Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung neuen Gewahrsams erfolgte wahrscheinlich noch innerhalb des Hauses, da die entwendeten Sachen taugliche Objekte einer von A gebildeten „Gewahrsamsenklaue“ sind. Sollte eine Gewahrsamsenklaue zu verneinen sein, hat A die Sachen mit Verlassen des Hauses weggenommen.

*Die genaue Bestimmung des Punktes, an dem die Vollendung des Diebstahls erfolgt ist, hat praktische Bedeutung, wenn vor Verlassen des Hauses noch Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gegen eine andere Person verübt wird. Der Zeitpunkt der Wegnahmevollendung entscheidet dann darüber, ob § 249 StGB oder § 252 StGB einschlägig ist.*

Wiederum wird § 123 Abs. 1 StGB verdrängt, desgleichen § 246 Abs. 1 StGB.

*Achten Sie darauf, dass § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB nicht anwendbar ist, weil A nicht aus § 242 Abs. 1 StGB, sondern aus §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB strafbar ist. Falsch wäre es, § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB zu bejahen und erst auf der Konkurrenzenebene diese Vorschrift hinter § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB zurücktreten zu lassen.*

### Fall 3

Allein zu diesem Fall macht der BGH in seiner Entscheidung Ausführungen.

Unproblematisch ist, dass A einen (untauglichen) Versuch begangen hat, durch Einbruch in eine **dauerhaft genutzte Privatwohnung** zu stehlen, §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 22 StGB. Da der einzige Bewohner verstorben war und kein neuer Bewohner eingezogen ist, war das Haus ein untaugliches Objekt für eine qualifizierte Tat gem. § 244 Abs. 4 StGB.

Zugleich hat A auch einen Versuch des §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB begangen. Nach der Rechtsprechung hat A diesen Qualifikationstatbestand sogar in **vollendeter** Form verwirklicht. Denn nach dem BGH verliert ein Haus seine Eigenschaft als Wohnung nicht dadurch, dass der einzige Bewohner verstirbt. Nur durch eine „Entwidmung“ werde die Wohnungseigenschaft beseitigt. Tod des Bewohners sei keine Entwidmung. In der Literatur

wird dies teilweise abgelehnt.<sup>15</sup> Denn durch Einbruch in ein Haus, das tatsächlich nicht mehr bewohnt wird, könne die zusätzlichen Unrechtserfolge, wegen denen der Wohnungseinbruchsdiebstahl gegenüber § 242 StGB qualifiziert ist, nicht realisiert werden.

Nach dem BGH hat A also vollendeten „einfachen“ Wohnungseinbruchsdiebstahl (§§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB) und versuchten schweren Wohnungseinbruchsdiebstahl begangen (§§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 22 StGB).

Im Mittelpunkt der Entscheidung steht die Frage nach dem **Konkurrenzverhältnis**. Für einen Vorrang der §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 22 StGB – also Gesetzeskonkurrenz – spricht, dass § 244 Abs. 4 gegenüber § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB die „schwerere“ Qualifikation ist. Ließe man §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB zurücktreten, würde im Urteil nicht zum Ausdruck gebracht, dass A einen vollendeten Diebstahl und sogar einen vollendeten Wohnungseinbruchsdiebstahl begangen hat. Aus Klarstellungsgründen muss deshalb Tateinheit (§ 52 Abs. 1 StGB) zwischen § 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB und §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 22 StGB angenommen werden.

Allgemein: Wenn der Grundtatbestand vollendet und ein Qualifikationstatbestand versucht wurde, besteht zwischen beiden immer Tateinheit. Beispiel: Vollendeter Totschlag (§ 212 Abs. 1 StGB) und versuchter Mord (§§ 211, 22 StGB).

*Bei einem zur Tatzeit unbewohnten Haus stellt sich natürlich auch die Frage, ob überhaupt fremder Gewahrsam an den beweglichen Sachen in dem Haus besteht. Ist – wie hier – der vorherige Bewohner verstorben, ist das Eigentum am Grundstück auf den Erben übergegangen. Auch wenn dieser (noch) nicht in das Haus eingezogen ist, um darin zu wohnen, hat er die Herrschaft über Grundstück und Haus, sobald er vom Erbfall Kenntnis erlangt und die tatsächliche Herrschaft über Grundstück und Haus übernommen hat. Gebrochen wird dann der Gewahrsam des Erben.*

#### **Fall 4**

In diesem Fall hat A überhaupt keinen vollendeten Diebstahl begangen. Wenn er sich vorgestellt hat, dass das Haus als Privatwohnung dauerhaft genutzt wird, hat er sich wegen versuchten schweren Wohnungseinbruchsdiebstahls aus §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 22 StGB strafbar gemacht. Dahinter würde der versuchte einfache Wohnungseinbruchsdiebstahl §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, 22 StGB zurücktreten.

Aus Klarstellungsgründen müsste der begangene Hausfriedensbruch (§ 123 Abs. 1 StGB) dazu in Tateinheit stehen, § 52 Abs. 1 StGB.

#### **Fall 5**

Hier ist fraglich, ob A schon zur Verwirklichung des Diebstahlstatbestandes – zur Wegnahme – unmittelbar angesetzt hat, § 22 StGB. Der Versuch eines qualifizierten Diebstahls setzt nämlich voraus, dass der Tatbestand des versuchten grundtatbestandlichen Diebstahls (§§ 242, 22 StGB) erfüllt worden ist. Das Ansetzen zur Verwirklichung qualifizierender Umstände (§ 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB) bzw. die Verwirklichung dieser qualifizierenden Merkmale begründet per

---

<sup>15</sup> Instrukтив dazu Kudlich/Göken NSTZ 2023, 292.

se noch kein unmittelbares Ansetzen.<sup>16</sup> Wenn A von den Polizeibeamten überrascht worden ist, bevor er eine konkrete stehlebenswerte Sache gefunden hat, hat er noch nicht zur Wegnahme unmittelbar angesetzt.

Begangen hat A Hausfriedensbruch, § 123 Abs. 1 StGB.

## **2023-II-10**

**BGH, Urt. v. 4.5.2022 – 6 StR 628/21, NStZ 2023, 237**

### **Sachverhalt**

Eine unbekannte männliche Person berichtete dem G und dem R, dass der H Betäubungsmittel verkaufe und diese sowie Bargeld fertig verpackt in einem Rucksack in seiner Wohnung vorrätig halte. G und R kamen mit dem Unbekannten überein, in dessen Auftrag den Rucksack zu erbeuten und ihm auszuhändigen. Sie wussten, dass H den Rucksack nicht widerstandslos herausgeben würde. Deshalb verabredeten sie mit dem Unbekannten, H durch Schläge gefügig zu machen. G und R war es gleichgültig, wieviel Betäubungsmittel und Bargeld sie erbeuten würden. Ihre Vorstellung richtete sich allerdings auf eine erhebliche Menge an Betäubungsmitteln. Für die Durchführung der Tat erwarteten sie von dem Unbekannten eine Entlohnung.

Der Unbekannte fuhr G und R zu dem Mehrfamilienhaus, in dem H wohnte, und beschrieb ihnen die Lage der Wohnung im zweiten Obergeschoss. Dem gemeinsamen Tatplan entsprechend sollte der Unbekannte im Auto warten und die Beute nach der Tat entgegennehmen. G und R betraten das Haus und gingen zu der Wohnung des H. G trug schwarze Handschuhe, die auf der Oberseite mit Quarzeinlagen verstärkt waren, um die Wucht der Schläge zu verstärken. R wußte dies und billigte deren Einsatz. Er selbst trug Lederhandschuhe und hatte unter anderem ein Klappmesser eingesteckt, was G jedoch nicht bekannt war.

H öffnete arglos seine Wohnungstür. G drängte ihn in die Wohnung und schlug ihm zweimal mit der Faust ins Gesicht, wodurch er ins Taumeln geriet, aber nicht zu Boden ging. Währenddessen schloss R die Tür mit dem innen im Schloss steckenden Schlüssel ab. Als H um Hilfe rief, hielt ihm R den Mund zu. Es kam zu einer Rangelei, in deren Verlauf H zu Boden ging. R versuchte, ihn dort zu fixieren. Währenddessen durchsuchte G die Wohnung. In der Küche fand er zwei Rucksäcke der Marken Omexon und Adidas. Im Omexon-Rucksack befanden sich 2218,50 EUR, 22 MDMA-Tabletten und 57,7 Gramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 10 Gramm THC. G nahm die Rucksäcke an sich und steckte den Omexon-Rucksack in den Adidas-Rucksack.

Währenddessen wurden die in der darunterliegenden Wohnung Schwester S des H und deren Freund C aus H's Hilferufe aufmerksam. Sie eilten zu dessen Wohnung und versuchten, die Tür mit einem Zweitschlüssel zu öffnen, was aber wegen des innen im Schloss steckenden Schlüssels nicht gelang. C und S begaben sich auf den Balkon der Wohnung des H, von wo aus sie einen Teil des Geschehens in der Wohnung beobachten konnten. Als G und R bemerkten, dass C auf den Balkon geklettert war, um H zu Hilfe zu kommen, gelang es diesem, sich von R loszureißen und die Balkontür zu öffnen. Daraufhin wollten G und R fliehen. G lief aus der

---

<sup>16</sup> Ausführlich dazu Mitsch JA 2023, 18 ff.

Wohnung nach unten. Er konnte das Gebäude aber nicht verlassen, weil die Mutter des H die Hauseingangstür abgeschlossen hatte. Es kam zu einer körperlichen Auseinandersetzung zwischen G und dem Bruder des H, der G bis zum Eintreffen der Polizei festhielt. R war noch in der Wohnung von C ergriffen und zur Hauseingangstür gebracht worden.

## **Strafbarkeit von G und R**

### **A. Vor dem Eindringen in das Haus**

#### **§§ 249, 30 Abs. 2 Var. 1, Var. 3 StGB**

Schon vor dem Überschreiten der Versuchsschwelle (§ 22 StGB) haben G und R sich durch Kommunikation im Hinblick auf die bevorstehende Tat strafbar gemacht. Indem sie sich dem Unbekannten gegenüber bereit erklärt haben, die Tat zu begehen, haben sie Strafbarkeit aus § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB iVm § 249 StGB begründet. Da G und R zugleich vereinbarten, diese Tat gemeinsam als Mittäter auszuführen, haben sie sich auch aus § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB iVm § 249 StGB strafbar gemacht.

§ 30 StGB ist des Weiteren iVm § 244 Abs. 4 StGB erfüllt.

Die Strafbarkeit auf der Grundlage des § 30 StGB ist subsidiär gegenüber der Strafbarkeit wegen Versuchs oder Vollendung des Verbrechens. Im Gutachten steht die Strafbarkeit aus § 30 StGB daher am Ende.

### **B. Geschehen im Haus**

#### **I. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4, 25 Abs. 2 StGB**

G und R haben als Mittäter gefährliche Körperverletzung begangen. Die Quarzhandschuhe sind gefährliche Werkzeuge.

#### **II. Schwerer Raub, §§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB**

Fraglich ist allein, ob G und R dem H etwas weggenommen haben, ob also das Tatbestandsmerkmal „Wegnahme“ schon **vollendet** war. Wegnahme ist – wie bei § 242 StGB – Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams. Gewahrsam an den beiden Rucksäcken nebst Inhalt hatte H. Bruch des Gewahrsams ist Aufhebung der Sachherrschaft ohne Einverständnis des bisherigen Gewahrsamsinhabers. Hat der Täter die Sache schon ergriffen und damit begonnen, die bisherige Sachherrschaft aufzuheben, kommt es oft zunächst zu einer (vorübergehenden) Gewahrsamslockerung. Diese ist noch kein Gewahrsamsbruch. Bleibt es bei dieser Gewahrsamslockerung, ist der objektive Tatbestand nicht vollständig erfüllt, die Tat (Diebstahl, Raub) noch nicht vollendet. Die Tat befindet sich im Versuchsstadium.

*In diesem Fall ist noch ein strafbefreiender Rücktritt gem. § 24 StGB möglich.*

Wird die Sache nach Gewahrsamslockerung noch weiter aus dem Zugriffs- und Herrschaftsbereich des bisherigen Inhabers entfernt, kommt es irgendwann zur Aufhebung des Gewahrsams.

Wird der Täter – wie hier – am erfolgreichen Abtransport der Beute gehindert, stellt sich oft die Frage, ob der Vorgang der Entwendung im Stadium der Gewahrsamslockerung stecken geblieben ist oder ob es bereits zur Gewahrsamsaufhebung und damit letztendlich zur vollendeten Wegnahme gekommen ist. Das ist vor allem dann problematisch, wenn die Tat in einer räumlichen Sphäre begangen und – auf Grund eines Hindernisses – vorzeitig beendet wird, über die der bisherige Gewahrsamsinhaber die tatsächliche Herrschaft hat. Denn grundsätzlich behält der Inhaber der Herrschaft über die Räumlichkeit auch die Herrschaft über die darin befindlichen beweglichen Sachen, solange diese nicht aus der Räumlichkeit herausgeschafft worden sind. Anders ist es, wenn der Täter innerhalb des Raumes eine „Gewahrsamsenklave“ bilden konnte, in der sich die entwendete bewegliche Sache befindet.

Im vorliegenden Fall bejaht der BGH (Rn. 8) eine vollendete Wegnahme vor Verlassen des Hauses:

„Danach hatten die als Mittäter handelnden Angeklagten (G und R) den Gewahrsam des Geschädigten H an den beiden Rucksäcken sowie den darin befindlichen Betäubungsmitteln und dem Bargeld spätestens zu dem Zeitpunkt gebrochen und neuen Gewahrsam begründet, als der Angekl. G die Wohnung des H verlassen hatte und zur Hauseingangstür hinuntergelaufen war. Dass die Angekl. auf frischer Tat betroffen wurden und G das Haus wegen der verschlossenen Haustür nicht verlassen konnte, hinderte nicht die Vollendung der Tat, sondern lediglich die Beendigung durch die Sicherung der Beute“.

*Wäre Tatbeute ein großes Möbelstück (z. B. ein Schrank oder eine Truhe) gewesen, würde das Ergebnis wohl ein anderes sein.*

### **III. Diebstahl mit Waffen, §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 a, 25 Abs. 2 StGB; Wohnungseinbruchsdiebstahl, §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 25 Abs. 2 StGB**

#### 1. Diebstahl mit Waffen

Die Strafbarkeitsvoraussetzungen des §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 a, 25 Abs. 2 StGB sind erfüllt. Auf der Konkurrenzebene stellt sich die Frage, ob der qualifizierte Diebstahl hinter dem (qualifizierten) Raub zurücktritt. Verdrängt wird der Diebstahl mit Waffen (§§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 a, 25 Abs. 2 StGB) von dem schweren Raub. Denn alle Unrechtskomponenten des Diebstahls mit Waffen sind in dem Raub mit Waffen enthalten.

#### 2. Wohnungseinbruchsdiebstahl

Die Strafbarkeitsvoraussetzungen der §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 25 Abs. 2 StGB wurden nicht erfüllt, weil G und R in die Wohnung nicht eingebrochen oder eingestiegen sind.

*Zur Konkurrenz, wenn die Strafbarkeitsvoraussetzungen der §§ 242 Abs. 1 Nr. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 25 Abs. 2 StGB erfüllt wären :*

*Die Beeinträchtigung des privaten Rückzugsraums „Wohnung“ ist kein Bestandteil der §§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 2 Nr. 1 StGB. Daher besteht zwischen §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 25 Abs. 2 StGB und §§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB Tateinheit, § 52 StGB.*

#### **IV. Unterschlagung, §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB**

Die Unterschlagung ist gegenüber dem qualifizierten Raub subsidiär.

#### **V. Nötigung, §§ 240 Abs.1, 25 Abs. 2 StGB**

Die Nötigung tritt hinter dem (speziellen) Tatbestand qualifizierter Raub zurück.

#### **VI. Hausfriedensbruch, §§ 123 Abs.1, 25 Abs. 2 StGB**

Die Strafbarkeitsvoraussetzungen sind erfüllt. Hinter §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 25 Abs. 2 StGB würde dieser Tatbestand zurücktreten (Konsumtion). Da dieser Straftatbestand aber nicht erfüllt wurde (s.o.), besteht zwischen §§ 123 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB und §§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1 a, Abs.2 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB Tateinheit, § 52 StGB.

#### **VII. Schwere räuberische Erpressung, §§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 a, Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB**

Nach der hM in der Literatur sind die Strafbarkeitsvoraussetzungen nicht erfüllt. Nach der Rechtsprechung ist der schwere Raub ein spezieller Fall der schweren räuberischen Erpressung und lässt diese zurücktreten.

## **2023-II-11**

**BGH, Beschl. v. 9.11.2022 – 4 StR 351/22, NStZ 2023, 411**

### **Sachverhalt**

A begab sich mit der M zu der Wohnung der Mutter (O) der M. Dort kam es zu einem Streit der M mit O über den Verbleib eines vermeintlichen Sparbuches des Sohnes der M, in dessen Verlauf M die O mehrfach mit der Hand ins Gesicht schlug. Auch A forderte die O auf, das Sparbuch herauszugeben. Er zog eine täuschend echt aussehende, massiv metallene Pistole und schlug der O damit auf den Kopf, um sie dadurch zur Preisgabe des Sparbuches zu bewegen, das er entwenden wollte. O fiel zu Boden. M trat mit dem Fuß gegen den Hüftbereich der auf dem Boden liegenden O. Währenddessen riss A das Kabel des Festnetztelefons heraus, um zu verhindern, dass O Hilfe verständigen konnte. Als O weiterhin die Existenz des Sparbuchs

verneinte, durchsuchte A die Wohnzimmerschränke. Spätestens jetzt entschloss er sich, neben dem Sparbuch sämtliche stehlebenswerte Gegenstände zu entwenden, die er finden würde. Er packte Zinnengeschirr und eine Geldkassette mit mindestens 7000 EUR in bar in eine Tasche, um diese Gegenstände für sich zu behalten. Ein Sparbuch fand A nicht. A und M verließen sodann die Wohnung der O.

## **Strafbarkeit des A**

### **I. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4 StGB**

Die Schläge auf den Kopf der O mit der massiv metallenen Pistole erfüllen den Straftatbestand gefährliche Körperverletzung. Die Pistole wurde nicht als Waffe, sondern als gefährliches Werkzeug verwendet, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB. Da A die Körperverletzung zusammen mit M, die die O ebenfalls misshandelte, beging, ist auch die Qualifikation § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB erfüllt.

### **II. Versuchter schwerer Raub, §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22 StGB oder versuchte schwere räuberische Erpressung, §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22 StGB**

In Bezug auf das Sparbuch liegt kein vollendeter Raub vor. Je nachdem, ob A die O zur Duldung einer Wegnahme oder zur Herausgabe des Sparbuchs nötigen wollte, erfüllte er den Tatbestand des versuchten schweren Raubes oder der versuchten schweren räuberischen Erpressung.

Versuchter schwerer Diebstahl (§§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 1 a, 22 StGB), versuchte Unterschlagung (§§ 246, 22 StGB) und versuchte Nötigung (§§ 240, 22 StGB) treten dahinter zurück.

### **III. Schwerer Diebstahl, §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB**

In Bezug auf das Zinnengeschirr und die 7000 EUR Bargeld hat A vollendeten schweren Diebstahl begangen. Dieser träte hinter vollendetem schweren Raub zurück, sofern die Strafbarkeitsvoraussetzungen dieses Verbrechens erfüllt wären (dazu sogleich).

Hinter dem schweren Diebstahl tritt Unterschlagung (§ 246 Abs. 1 StGB) zurück.

### **IV. Schwerer Raub, §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB**

A hat der O fremde bewegliche Sachen weggenommen. Er hat mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gedroht und er hat Gewalt gegen die Person der O verübt. Zudem hat auch M gegen O Gewalt verübt. Dass A und M Mittäter sind (§ 25 Abs. 2 StGB), ist anzunehmen.

Fraglich ist, ob zwischen den Nötigungsakten (Gewalt, Drohung) und der Wegnahme der Sachen ein zur Tatbestandserfüllung geeigneter Zusammenhang besteht. Nach hM ist das ein **Finalzusammenhang**. Zunächst wollte A mittels der Gewalt nur die Erlangung des Sparbuchs erreichen. Auf die spätere Wegnahme der Wertsachen war die Verübung der Gewalt nicht final ausgerichtet. Deshalb besteht im Ergebnis der erforderliche Finalzusammenhang nicht.

Zwar sollte die Gewalt eine Wegnahme ermöglichen (Sparbuch). Insoweit war Finalität gegeben. Diese lässt sich auf die Wegnahme des Zinngeschirrs und des Bargelds nur erstrecken, wenn es sich bei der Auswechslung der Beute um eine unwesentliche Abweichung von dem ursprünglichen Tatplan handelt (BGH Rn. 5). Da der ursprüngliche Tatplan allein auf das Sparbuch gerichtet war, ist die nachträgliche Erweiterung dieses Plans auf andere Gegenstände eine erhebliche Abweichung (BGH Rn. 6).

Der BGH erörtert auch noch ein Fortwirken der zuvor ausgesprochenen Drohung (Rn. 8). Erforderlich sei aber ein erneutes Handeln des A, das sich der O als Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben darstellt. Das bloße Ausnutzen der durch die vorherige Drohung erzeugten Angst und Einschüchterung der O reicht dazu nicht.

Eine Nötigung durch Unterlassen erörtert der BGH nicht. Diese Konstruktion würde zu keinem anderen Ergebnis führen.

## **2023-II-12**

### **BGH, Beschl. v. 14.3.2023 – 4 StR 451/22, BGH-Entscheidungsdatenbank**

#### **Sachverhalt**

A entwendete aus einem unversperrten Schuppen ein E-Bike, um es für sich zu behalten. Dabei wurde er von O beobachtet, der daraufhin mit seinem Pkw die Verfolgung des mit dem Fahrrad davon fahrenden A aufnahm. Nach kurzer Zeit verlor O den A aus den Augen. Unterdessen war der N, der Sohn des O, über den Diebstahl informiert worden. Auch er nahm sofort in Begleitung von zwei Freunden mit einem Pkw die Verfolgung des A auf. Etwa zehn Minuten nachdem sie losgefahren waren und ca. 1,4 Kilometer vom Tatort des Diebstahls entfernt, kam ihnen der A auf einer einspurigen Straße in seinem Pkw entgegen. Beide Fahrzeuge hielten an; N stieg aus, um den A zu fragen, ob er vielleicht einen Fahrraddieb gesehen habe. Zunächst hegte N gegenüber dem A noch keinen Verdacht, bis er das gestohlene E-Bike im Inneren des Fahrzeugs des A auf den umgeklappten Rücksitzen liegen sah. N öffnete die linke hintere Tür des Wagens, um das Fahrrad zurückzuerlangen. Als A dies erkannte, fuhr er zügig mit einer Geschwindigkeit von ca. 25 km/h rückwärts, um den N davon abzuhalten, sich den Besitz des Rades zu verschaffen. Durch dieses Fahrmanöver wurde N, der sich an dem Griff der geöffneten Fahrzeugtür festhielt, einige Meter mitgezogen und ging dann zu Boden.

A setzte zunächst weiter zurück, bis ihm einer der Freunde des N mit seinem Fahrzeug den Weg abschnitt. Daraufhin fuhr A nunmehr vorwärts mit einer Geschwindigkeit von zunächst 50 bis 80 km/h auf den N zu, der sich gerade wieder aufgerappelt hatte und mittig auf der Fahrbahn stand. Ohne auszuweichen näherte sich ihm der A, reduzierte jedoch die Geschwindigkeit auf bis zu 20 bis 25 km/h. Als er noch ca. vier bis fünf Meter von N entfernt war, sprang dieser zur Seite und brachte sich in Sicherheit. Bei dem anschließenden Versuch, neben dem Fahrzeug herzulaufen, zog sich N erhebliche Verletzungen zu.

A handelte während des gesamten Geschehens in der Absicht, sich im Besitz des E-Bikes zu halten und den begangenen Diebstahl zu verdecken. Dabei nahm er billigend in Kauf, dass sich N durch das Mitziehen mit dem Fahrzeug und das frontale Zufahren auf ihn erhebliche, auch potentiell lebensgefährliche Verletzungen zuziehen würde.

## **Strafbarkeit des A**

### **I. Diebstahl, § 242 Abs. 1 StGB**

Die Entwendung des E-Bikes ist ein vollendeter Diebstahl.

### **II. Schwerer räuberischer Diebstahl, §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB**

A hat gegen N Gewalt angewandt, um sich den Besitz des gestohlenen E-Bikes zu erhalten. Fraglich ist, ob die zeitlichen Zusammenhänge zwischen dem Diebstahl, dem Betroffensein und der Gewalt den tatbestandlichen Anforderungen des § 252 StGB entsprechen. Die enge zeitliche Beziehung, die durch die Worte „auf frischer Tat“ markiert wird, muss zwischen dem Diebstahl (Vortat) und dem Betroffensein bestehen. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. A wurde von O bei Begehung des Diebstahls auf frischer Tat betroffen. Sodann muss aber auch ein Zusammenhang zwischen diesem Betroffensein und der Anwendung von Gewalt oder Drohung bestehen. Zwar braucht sich die Gewalt nicht unbedingt gegen die Person zu richten, die den Dieb auf frischer Tat betroffen hat (hier O). Aber die Gewalt gegen eine andere Person (hier N) muss durch das Betroffensein ausgelöst worden sein. Das ist der Fall, wenn der Dieb nach Betroffensein auf frischer Tat sofort verfolgt wird und diese Verfolgung sodann in die Gewalt gegen die andere Person unmittelbar einmünden. Hier besteht zwischen dem Betroffensein und der Gewalt gegen N kein ausreichend enger Zusammenhang. Die Verfolgung des A durch N war keine unmittelbare Folge des Betroffenseins auf frischer Tat. Zwischen dem Betroffensein und der Verfolgung des A durch N lag eine Zäsur, zumal N den A auch gar nicht sogleich als Dieb des E-Bikes erkannt hatte.

### **III. Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr, § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB**

Die mit Schädigungsvorsatz ausgeführten Fahrmanöver, die auf eine Verletzung des N abzielten, sind geeignet, den Tatbestand des § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB zu erfüllen. Es handelt sich um einen Fall, in dem ausnahmsweise ein „Inneneingriff“ diesen Tatbestand erfüllen kann.

### **IV. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB**

A hat eine vollendete Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB begangen. Ob diese zugleich eine gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist, hängt davon ab, ob die Verletzungen des N durch einen Körperkontakt von Fahrzeug und Körper des N zustande kamen. Soweit die Verletzungen des N darauf beruhen, dass er beim Laufen neben dem fahrenden Pkw stürzte, handelt es sich nach Ansicht des BGH nicht um eine Körperverletzung, die „mittels“ eines gefährlichen Werkzeugs (Pkw) verursacht worden ist.

Da A auf den N zufuhr und ihn dadurch verletzen wollte, hat er jedenfalls versuchte gefährliche Körperverletzung (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, 22 StGB) begangen.

## 2023-II-13

BGH, Beschl. v. 9.11.2022 – 4 StR 272/22, NStZ 2023, 286

### Sachverhalt

A befuhr mit einem nicht haftpflichtversicherten Kraftfahrzeug ohne die erforderliche Fahrerlaubnis öffentliche Straßen in Hamm. Als ihn zwei Polizeibeamte, die sich auf einer Streifenfahrt mit einem als Polizeifahrzeug gekennzeichneten Dienstfahrzeug befanden, einer Kontrolle unterziehen wollten, weil eine Mitfahrerin des A gegen die Gurtpflicht verstoßen hatte, und deshalb ein Haltesignal gaben, versuchte A mit hoher Geschwindigkeit davon zu fahren und sich der Kontrolle zu entziehen. Bei seiner Fluchtfahrt geriet er mit seinem Fahrzeug auf eine Straße, die sich zu einem schmalen Feldweg verengte. Auch hier fuhr A mit überhöhter Geschwindigkeit, sodass sich mehrere Fußgänger auf dem Seitenstreifen in Sicherheit bringen mußten, was A zumindest billigend in Kauf nahm. Am Ende des Weges mußte A anhalten, weil Betonsteine die Weiterfahrt verhinderten. Die Polizeibeamten, die ihn verfolgt hatten, gingen davon aus, dass ein Wenden des Fahrzeugs des A in dieser Position nicht möglich war. Der sich auf dem Beifahrersitz befindliche Beamte öffnete die Beifahrertür, um aus dem Dienstfahrzeug auszusteigen und auf den A zuzugehen. In diesem Moment setzte A, dem bewusst war, dass die Beamten ihn zum Anhalten aufgefordert hatten, seinen Pkw zurück, um der Kontrolle zu entgehen. Dabei touchierte er mit seinem Fahrzeug die geöffnete Beifahrertür. Ob er den herausgesetzten Fuß des Beamten zu diesem Zeitpunkt bereits bemerkt hatte, war nicht feststellbar. Dem Polizeibeamten gelang es gerade noch rechtzeitig, seinen Fuß wieder zurück ins Fahrzeug zu bringen, bevor die Beifahrertür durch den Anstoß zuschlug. Bei der weiteren Rückwärtsfahrt fuhr A seinen Pkw fest und wurde von den Polizeibeamten überwältigt.

### Strafbarkeit des A

Bei Taten, die sich gegen Polizeibeamte richten, ist stets an §§ 113, 114 StGB zu denken. Der BGH hat hier zu § 113 Abs. 1 StGB Stellung genommen, zu § 114 StGB finden sich in der Entscheidung keine Ausführungen. Das kann nur damit zu erklären sein, dass eine Tat, die den Tatbestand des § 113 Abs. 1 StGB erfüllt, nicht zwangsläufig auch den Tatbestand des § 114 Abs. 1 StGB erfüllt.

Die Beschreibung der tatbestandsmäßigen Handlungen ist unterschiedlich:

Der objektive Tatbestand des § 113 Abs. 1 StGB wird durch Widerstand in Form von Gewalt oder Drohung mit Gewalt erfüllt.

Der objektive Tatbestand des § 114 Abs. 1 StGB wird durch einen tätlichen Angriff erfüllt.

„Tätlicher Angriff“ (§ 114 Abs. 1 StGB) ist die in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper eines anderen zielende Einwirkung ohne Rücksicht auf ihren Erfolg.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Lackner/Kühl/Heger § 114 Rn. 2.

„Widerstand“ (§ 113 Abs. 1 StGB) ist zielgerichtetes aktives Tun, das allerdings nicht erfolgreich oder auch nur tauglich sein muss.<sup>18</sup>

Ein Zusammentreffen von § 113 Abs. 1 StGB und § 114 Abs. 1 StGB ist nur bei Taten möglich, die den objektiven Tatbestand des § 113 Abs. 1 StGB in der Variante „Gewalt“ erfüllen. Der Fall, dass dann gleichwohl der Tatbestand des § 114 Abs. 1 StGB nicht erfüllt ist, muss dadurch gekennzeichnet sein, dass die Gewalt sich zwar gegen den Beamten richtet, aber nicht unmittelbar auf dessen Körper.

So verhält es sich hier. Der BGH bejaht die Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 113 Abs. 1 StGB. A habe gegen den Polizeibeamten, der auf dem Beifahrersitz saß, mit Gewalt Widerstand geleistet. Diese Gewalt habe sich gegen den Körper des Polizeibeamten aber nur mittelbar gerichtet. Das reicht zur Erfüllung des Tatbestandes jedoch aus.

BGH Rn. 6 :

„Eine Widerstandshandlung im Sinne dieses Tatbestandes kann durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt erfolgen. Der Begriff der Gewalt ist dabei als eine durch tätiges Handeln bewirkte Kraftäußerung zu verstehen, die gegen den Amtsträger gerichtet und geeignet ist, die Durchführung der Vollstreckungshandlung zu verhindern oder zu erschweren. Die Tathandlung braucht allerdings nicht unmittelbar gegen dessen Person gerichtet zu sein; es genügt vielmehr auch eine nur mittelbar gegen die Person des Beamten, unmittelbar aber gegen Sachen gerichtete Einwirkung, wenn sie nur von dem beamten körperlich empfunden wird. Ein Widerstandsleisten durch Gewalt kann in dem Zufahren mit einem Kraftfahrzeug auf einen Polizeibeamten liegen, um ihn zum Wegfahren oder zur Freigabe der Fahrbahn zu nötigen. Die bloße Flucht vor der Polizei erfüllt diese Voraussetzungen hingegen nicht, auch wenn dabei andere Verkehrsteilnehmer behindert oder gefährdet werden.“

Zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes durch A führt der BGH (Rn. 7) aus :

„Gemessen daran tragen die Feststellungen nur die Annahme des äußeren Tatbestandes einer Widerstandshandlung iSv § 113 Abs. 1 StGB. Denn durch das Zurücksetzen in Richtung des Dienstwagens und das hierdurch bewirkte Zuschlagen der Tür wurde der Polizeibeamte dazu genötigt, sein Vorhaben, auszusteigen und auf den Angekl. zuzugehen, um ihn zu kontrollieren, aufzugeben und seinen Fuß wieder in den Innenraum des Fahrzeugs zu ziehen. Damit hat der Angekl. eine mittelbare Zwangswirkung auf den Beamten ausgeübt, die die Durchführung der Vollstreckungshandlung erschwert hat.“

Der Strafbarkeit des A steht nach Ansicht des BGH entgegen, dass A in Bezug auf die objektive Tatbestandserfüllung keinen Vorsatz (§ 15 StGB) hatte.

---

<sup>18</sup> Lackner/Kühl/Heger § 113 Rn. 5.

