

Hinweise zu den strafrechtlichen Entscheidungen 2019-II

Entscheidung 1

Strafbarkeit des A

Da M gestorben ist, kommen §§ 211, 212, 222 StGB; §§ 223, 224, 226, 227 StGB in Betracht. Die Begutachtung sollte grundsätzlich mit dem schwersten in Betracht kommenden Tatbestand beginnen. Das wäre hier § 211 StGB. Sofern aber für die Erfüllung eines Mordmerkmals im Sachverhalt kein geeigneter Anknüpfungspunkt zu finden ist, sollte man mit § 212 StGB anfangen.

I. Totschlag, § 212 Abs. 1 StGB

- (1) Objektiver Tatbestand
 - (a) anderer Mensch
 - (b) Todeserfolg
 - (c) erfolgsursächliche Handlung
 - (d) objektive Zurechnung des Erfolgs
- (2) Subjektiver Tatbestand: Vorsatz, § 15 StGB
- (3) Rechtswidrigkeit
- (4) Schuld

1. Die **objektive Tatbestandsmäßigkeit** ist unproblematisch. Dass sich möglicherweise nicht exakt aufklären lässt, ob für den Todeserfolg nicht nur der erste Messerstich, sondern auch der zweite und der dritte Messerstich ursächlich war, ist unschädlich. Entweder waren alle drei oder zwei Messerstiche kumulativ ursächlich oder ein Messerstich allein. In jeder der möglichen Varianten hat A den objektiven Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB erfüllt.

2. A stach mit bedingtem **Tötungsvorsatz** zu, § 15 StGB. Auch hier wirkt sich die Aufklärungslücke bezüglich der Wirkung der drei Messerstiche (oben 1.) nicht aus. Jeder der drei Stiche war von Tötungsvorsatz begleitet.

3. Im Zentrum des Falles steht die Rechtswidrigkeit. Die Rechtswidrigkeit könnte durch **Notwehr** ausgeschlossen sein, § 32 StGB.

a) M hat den A **angegriffen**, indem er ihn beleidigte und mit der Gürtelschnalle schlug.

b) Dieser Angriff war auch noch **gegenwärtig**, als A mit dem Messer zum ersten Mal zustach. Bei dem zweiten und/oder dem dritten Messerstich könnte allerdings die Gegenwärtigkeit des Angriffs ausgeschlossen sein, wenn M bereits infolge des ersten oder des zweiten Messerstichs kampfunfähig gewesen wäre. Sofern sich das nicht aufklären lässt, ist im Strafverfahren nach „in dubio pro reo“ zugunsten des A davon auszugehen, dass der Angriff des M erst nach dem dritten Messerstich endgültig abgewehrt war. Sollte sich hingegen aufklären lassen, dass M schon nach dem ersten Messerstich den A nicht mehr angegriffen hat, wäre eine Rechtfertigung des zweiten und des dritten Messerstichs aus § 32 StGB nicht mehr möglich. Hinsichtlich des zweiten und dritten Messerstichs wäre dann – auf der Ebene der Schuld – ein Erlaubnistatbestandsirrtum des A zu prüfen, evtl. auch § 33 StGB.

c) Fraglich ist die **Rechtswidrigkeit** des Angriffs. M könnte seinerseits durch Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt gewesen sein, weil A das dem M gehörende Messer genommen hatte und nicht zurückgeben wollte. Dieses Verhalten des A ist ein Angriff auf das Eigentum des M.

Allerdings müsste dieser Angriff noch gegenwärtig gewesen sein, als A mit dem Messer zustach. Ein Angriff auf das Eigentum ist zwar nicht automatisch beendet, sobald der Angreifer eigenen Gewahrsam an der Sache begründet hat. Auch nach Vollendung des Diebstahls (Wegnahme) kann der Angriff noch gegenwärtig sein. Zwar bewegte sich A hier mit dem Messer in der Hand in Richtung seiner eigenen Wohnung. Er war aber dort noch nicht angekommen, als M ihn zu attackieren begann. Vertretbar ist es daher, den Angriff des A auf das Eigentum des M als noch gegenwärtig zu bewerten. In der Entscheidung des BGH wird darauf nicht eingegangen. Ebenso wenig in der Entscheidungsanmerkung von Rückert in NSTZ. Von der Annahme eines noch gegenwärtigen Angriffs ausgehend, kann man zu dem Zwischenergebnis kommen, dass der Angriff des M gegen A durch Notwehr gerechtfertigt war. Demzufolge wäre die Tötung des M durch A nicht durch Notwehr gerechtfertigt.

Geht man davon aus, dass der Angriff des A auf das Eigentum des M nicht mehr gegenwärtig war, entfällt eine Rechtfertigung des von M begangenen Angriffs aus § 32 StGB. Der Angriff des M war also rechtswidrig.

d) Die Messerstiche hatten **Verteidigungsqualität**. Sofern man oben die Gegenwärtigkeit des Angriffs in Bezug auf den zweiten und den dritten Messerstich verneint hat, bezieht sich die Prüfung der weiteren Notwehrvoraussetzungen ohnehin nur noch auf den ersten Messerstich.

e) Im Mittelpunkt der BGH-Entscheidung (und der Anmerkung von Christian Rückert) steht die Erörterung des Notwehrmerkmals „**Erforderlichkeit**“. Lesen Sie dazu bitte den Entscheidungstext und gegebenenfalls in einem AT-Lehrbuch zu diesem Thema.

Ein Aspekt wird in der Entscheidung im Zusammenhang mit der Erforderlichkeit nicht thematisiert und soll daher hier angesprochen werden: Gegen die Erforderlichkeit der Messerstiche könnte geltend gemacht werden, dass A die Auseinandersetzung vielleicht dadurch hätte beenden können, dass er dem M das Messer, das dem M ja gehörte, zurückgab. M hatte gegen A einen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB. Dass der BGH darauf nicht eingeht, kann anhand der zugrundegelegten Definition von „erforderlich“ erklärt werden:

„Doch ist der Angegriffene nicht gehalten, auf die Anwendung weniger gefährlicher Verteidigungsmittel zurückzugreifen, wenn deren Wirkung für die Abwehr zweifelhaft ist. Auf einen Kampf mit ungewissem Ausgang braucht er sich nicht einzulassen.“

A konnte sich nicht darauf verlassen, dass M seine Angriffe sofort einstellen werde, wenn er sein Messer zurückbekommen hat. Möglich wäre sogar gewesen, dass M seinen Angriff fortsetzt und dazu das Messer benutzt. Auf Grund der drohenden Gesten des M mit dem Messer musste A befürchten, dass M durch die Rückgabe des Messers keineswegs besänftigt sein werde, sondern im Gegenteil den dann unbewaffneten A erst recht massiv bedrängen würde. Dieses Risiko brauchte A nicht einzugehen. Es war ihm nicht zuzumuten, dem M das Messer in der Hoffnung zurück zu geben, dass der Angriff damit beendet sein würde.

f) Wenn die Erforderlichkeit des Messerstichs oder der Messerstiche bejaht wird, ist anschließend das **subjektive Rechtfertigungselement** „Verteidigungswille“ zu erörtern. Laut Sachverhalt stach A mit Selbstverteidigungswille zu.

g) Am Ende einer Notwehrprüfung steht – sofern es dafür im Sachverhalt Anknüpfungspunkte gibt – Darlegungen zu **sozialethischen Notwehreinschränkungen**. Diese werden im Gesetzestext an das Wort „geboten“ (§ 32 Abs. 1 StGB) gebunden. In Betracht kommt nur der Aspekt „Angriffsprovokation“. Dabei ist die Rangelei zwischen A und M vor dem Aufheben des Messers durch A nicht zu berücksichtigen. Diese Auseinandersetzung war abgeschlossen,

bevor der Angriff des M gegen A begann. Dies war eine neue „Kampfeslage“. Erheblich könnte somit allenfalls sein, dass A sich weigerte dem M sein Messer zurückzugeben. Eine Absichtsprovokation ist das allerdings nicht. Vertretbar ist allenfalls ein „mißbilligenswertes“ Verhalten des A gegenüber M. Dies hätte aber nicht die Wirkung, das Selbstverteidigungsrecht des A entfallen zu lassen. Erwägenswert wäre von A zu verlangen, sich durch Ausweichen oder Flucht dem Angriff des M zu entziehen. Nach dem Sachverhalt ist aber nicht eindeutig festzustellen, ob das dem A überhaupt möglich gewesen wäre.

4. Im **Ergebnis** kann eine Rechtfertigung des Totschlags durch Notwehr bejaht werden.

II. Weitere Straftatbestände

Nach dem Ergebnis zu § 212 StGB braucht auf Strafbarkeit aus §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5, 227 StGB nicht mehr eingegangen zu werden. Zum einen ist die Körperverletzung gegenüber dem vollendeten Totschlag subsidiär, zum anderen ist auch die Körperverletzung durch Notwehr gerechtfertigt.

III. Da sich A sofort um Rettung des M bemüht hat, kommt auch eine Strafbarkeit aus § 323 c StGB oder §§ 212, 13, 22 StGB nicht in Betracht.

Entscheidung 2

Strafbarkeit des A

In Betracht kommt Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags (§§ 212, 22 StGB), gefährlicher Körperverletzung (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB) und absichtlicher schwerer Körperverletzung (§ 226 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StGB).

I. Versuchter Totschlag, §§ 212, 22 StGB

1. A hat **keinen vollendeten** Totschlag begangen. Da Totschlag ein **Verbrechen** ist (§ 12 Abs. 1 StGB), ist der Totschlagsversuch mit Strafe bedroht, § 23 Abs. 1 StGB.

2. Als A den N zweimal in den Halsbereich stach, handelte er mit Tötungsvorsatz, hatte also **Tatentschluss**.

3. Die Stiche in den Hals waren Handlungen, mit denen A nach seiner Vorstellung von der Tat **unmittelbar** zur Verwirklichung des Totschlagstatbestandes **ansetzte**, § 22 StGB.

4. Die Tat war nicht gerechtfertigt, also **rechtswidrig**.

5. A handelte **schuldhaft**.

6. Die Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags könnte durch einen strafbefreienden **Rücktritt** gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 StGB aufgehoben worden sein.

a) Nach h. M. beginnt die Rücktrittsprüfung mit der Frage, ob der Versuch **fehlgeschlagen** ist. Das ist der Fall, wenn der Täter sich vorstellt, dass er die Tat nicht (mehr) vollenden kann. Beschränkt man hier die Prüfung auf die Vorgänge nach dem Erscheinen der Polizei, kommt man zwangsläufig zur Annahme eines Fehlschlags. Denn nachdem die Polizei eingeschritten

war, hatte A keine Möglichkeit mehr den N zu töten. Das war ihm bewußt. Zu beachten ist aber, dass A schon zu einem früheren Zeitpunkt – bevor die Polizei erschien – zurückgetreten sein könnte. Nachdem A dem N die zwei Messerstiche in den Halsbereich versetzt hatte, misshandelte er den N anschließend ohne Tötungsvorsatz (so der Sachverhalt). Zu diesem Zeitpunkt war der Tötungsversuch für A aber (noch) nicht fehlgeschlagen. Entweder stellte sich A vor, dass N ohnehin an den Folgen der Stiche in den Hals sterben würde oder er stellte sich vor, dass er ohne Weiteres noch weitere tödliche Messerstiche ausführen könnte.

b) Je nachdem, welches Vorstellungsbild A von der Wirkung der beiden Messerstiche in den Halsbereich hatte, lag entweder ein unbeendeter oder ein beendeter Versuch vor. Falls es ein **beendeter** Versuch war, scheidet ein strafbefreiender Rücktritt schon deswegen aus, weil A keine Vollendungsverhinderungshandlungen ausgeführt hat, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB. Zwar könnte eine „Korrektur des Rücktrittshorizonts“ vorliegen, weil A später erkannte, dass er noch nicht alles zur Herbeiführung des Todeserfolgs Erforderliche getan hatte. Aber zu diesem Zeitpunkt war der Versuch auch schon fehlgeschlagen (s.o.).

Sofern A nach den Messerstichen in den Halsbereich davon ausging, dass zur Herbeiführung des Todes weitere Messerstiche erforderlich sein würden, befand er sich in der Situation eines **unbeendeten** Versuchs. Dann müßte er die weitere Ausführung der Tat endgültig aufgegeben haben, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB. Dazu genügt die Unterlassung weiterer mit Tötungsvorsatz ausgeführter Handlungen. Hier hatte A nur noch körperverletzende Handlungen ohne Tötungsvorsatz ausgeführt. Er hat damit zwar nicht endgültig jegliches strafbares Handeln zum Nachteil des N aufgegeben. Entscheidend aber ist, dass er keinen Totschlag mehr begehen wollte. Der „Deliktswechsel“ hin zu einer schweren Körperverletzung (§ 226 StGB) steht der Aufgabe weiterer Tatausführung bezüglich Totschlag nicht entgegen.

7. Je nachdem, ob das Vorstellungsbild des A nach den Messerstichen in den Halsbereich einen unbeendeten oder einen beendeten Versuch umfasste, hat sich A wegen versuchten Totschlags strafbar gemacht oder – infolge des Rücktritts – nicht strafbar gemacht.

II. Gefährliche Körperverletzung (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB); schwere Körperverletzung (§ 226 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StGB)

Aus diesen Strafvorschriften hat sich A strafbar gemacht. Diese Strafbarkeit wird von der strafbefreienden Wirkung des Rücktritts bezüglich des Totschlagsversuchs nicht berührt.

Entscheidung 3

Strafbarkeit des B

Da B nach dem Sachverhalt gegenüber G keinen Tötungsvorsatz hatte, kommen als zu prüfende Straftatbestände gefährliche Körperverletzung (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB) und Nötigung (§ 240 StGB) in Betracht.

I. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB

1. Der Stich mit dem Messer ist eine **körperliche Mißhandlung** (§ 223 Abs. 1 StGB) und erfüllt die qualifizierenden Merkmale des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB und des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Konkrete Lebensgefährdung setzt § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB nach h. M. nicht voraus.

2. B handelte **vorsätzlich**, § 15 StGB.

3. Die Rechtswidrigkeit der Tat könnte wegen Rechtfertigung durch **Notwehr** (§ 32 StGB) ausgeschlossen sein.

a) B wurde von G **angegriffen**.

b) Der Angriff war nach dem Sachverhalt noch **gegenwärtig**.

c) Der Angriff des G war **rechtswidrig**. Zwar war das Verhalten des B ärgerlich und belästigend. Daraus lässt sich aber für G kein Rechtfertigungsgrund ableiten.

d) Der Messerstich des B war eine **Verteidigungshandlung**.

e) Fraglich ist, ob der Messerstich eine **erforderliche** Verteidigung war. Gegenüber unbewaffneten Angreifern muss die Verteidigung mit einem Messer oder einem ähnlichen gefährlichen Gegenstand grundsätzlich zunächst angedroht werden. Verspricht dies jedoch ex ante keine ausreichende angriffsbeendende Wirkung, darf der Angegriffene sofort von dem Messer als Verteidigungsinstrument Gebrauch machen.

Notwehrdogmatisch ist wichtig, dass an dieser Stelle eine Einschränkung der Abwehrbefugnis auf Grund mangelnder „Gebotenheit“ der Notwehr als Konsequenz einer „Notwehrprovokation“ noch nicht zu berücksichtigen ist. Die Feststellung der Erforderlichkeit erfolgt stets auf der Grundlage eines nicht „sozialethisch“ eingeschränkten Notwehrrechts. Denn ob derartige Notwehrrechtseinschränkungen eingreifen, ergibt sich in der Prüfung der Notwehrvoraussetzungen erst nach Bejahung der Erforderlichkeit (unten g).

f) Als Mindestvoraussetzung des **subjektiven Rechtfertigungselements** ist die kognitive Vorstellung von den Tatsachen erforderlich, durch die die objektiven Notwehrmerkmale erfüllt werden.

Der BGH scheint darüber hinaus einen „Verteidigungswillen“ (voluntatives Element) zu verlangen. Das ist unsystematisch, da er diese Verschärfung der subjektiven Anforderungen mit dem Aspekt „Notwehrrechtseinschränkung wegen Provokation“ vermengt. Welche Komponenten das subjektive Rechtfertigungselement haben muss, ist vor der Erörterung der Notwehrprovokation und unabhängig vom Vorliegen einer Notwehrprovokation zu klären.

h) Abschließend ist zu prüfen, ob die Notwehr **geboten** war, § 32 Abs. 1 StGB. Der BGH stellt die Notwehrrechtfertigung des B wegen dessen dem Angriff des G vorausgehenden provokativen Verhaltens (Herumspringen, Kampfgeräusche) in Frage. Wie die überwiegende Strafrechtslehre differenziert der BGH zwischen Absichtsprovokation und sonst beachtlicher Provokation (vorsätzliche, leichtfertige Provokation). Kritikwürdig ist an der Entscheidungsbegründung, dass das Gericht sogar einem nicht rechtswidrigen, erlaubten Verhalten notwehrrechtseinschränkende Relevanz nicht völlig absprechen will, sofern dieses Verhalten den Angreifer provoziert hat. Unklar ist des Weiteren, was man sich unter „sozialethisch zu missbilligenden Vorverhalten“ vorzustellen hat.

Zu empfehlen ist daher, nach der Lektüre der Entscheidung in einem AT-Lehrbuch oder mehreren AT-Lehrbüchern nachzulesen, wie die Strafrechtslehre das Thema „Notwehrprovokation“ behandelt.

II. Nötigung, § 240 StGB

1. Der Messerstich ist ein Akt der **Gewalt**. G wurde dadurch zur Unterlassung eines Angriffs genötigt.
2. B handelte **vorsätzlich**.
3. Die Nötigung kann aber ebenso wie die gefährliche Körperverletzung durch **Notwehr** gerechtfertigt sein.

Entscheidung 4

Strafbarkeit des A

Das Urteil des Landgerichts enthielt keine ausreichende Begründung des Tötungsvorsatzes. Der BGH beanstandet dies. Hier soll dennoch davon ausgegangen werden, dass A **mit Tötungsvorsatz** handelte.

A könnte sich wegen versuchter Tötung der G (§§ 211, 22 StGB oder §§ 212, 22 StGB), sowie wegen Körperverletzung (§ 223 StGB) oder gefährlicher Körperverletzung (§§ 223, 224 StGB) strafbar gemacht haben. Außerdem kommt Nötigung gegenüber der Nachbarin B in Betracht.

I. Versuchter Mord, §§ 211, 22 StGB

1. Vorprüfung

A hat die G nicht getötet, vollendeter Mord liegt daher nicht vor. Mord ist Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB), daher ist der Versuch des Mordes mit Strafe bedroht, § 23 Abs. 1 StGB.

2. Tatentschluss (subjektiver Tatbestand des versuchten Mordes)

a) Tötungsvorsatz

Aus dem Sachverhalt geht es zwar nicht eindeutig hervor, es soll hier aber unterstellt werden, dass A zumindest bedingten Tötungsvorsatz hatte, als er die G würgte und durch die Luft schleuderte.

b) Vorsatz bezüglich Heimtücke

Heimtückisch ist eine Tötung, wenn der Täter in feindlicher Willensrichtung die auf Arglosigkeit beruhende Wehrlosigkeit des Opfers ausnutzt. Grundsätzlich muss das Opfer noch bei Beginn des Tötungsversuchs (§ 22 StGB) arglos sein. Wenn das Opfer schon vorher die Tötungsabsichten des Täters erkannt hat, ist es nicht mehr arglos und die Tötung daher nicht heimtückisch. Da hier der A zunächst die Tür eingetreten und die G in den Garten verfolgt hat, bevor er mit dem Würgen begann, hängt die Bejahung von Heimtücke davon ab, an welchem Punkt des Geschehens der Angriff des A von der Tötungsvorbereitung und den Tötungsversuch

übergang. Wenn schon das Eintreten der Tür Beginn des Tötungsversuchs war, kann das Mordmerkmal Heimtücke bejaht werden. Setzte A hingegen erst im Garten mit dem Würgen zur Tötung der G an, entfällt Heimtücke, weil G zu diesem Zeitpunkt schon nicht mehr arglos gewesen ist.

c) Niedrige Beweggründe

Das LG hatte niedrige Beweggründe angenommen, der BGH hält die Begründung des Landgerichts für nicht ausreichend. Lesen Sie dazu bitte die Entscheidung des BGH. Wenn der Sachverhalt eine klare Stellungnahme pro niedrige Beweggründe nicht zulässt, kann man schon wegen der gebotenen restriktiven Auslegung des § 211 Abs. 2 StGB eine negative Entscheidung treffen. Man braucht also nicht auf „in dubio pro reo“ verweisen.

3. Ergebnis

Der Sachverhalt trägt eine Strafbarkeit wegen versuchten Mordes nicht

II. Versuchter Totschlag, §§ 212, 22 StGB

1. A hat keinen versuchten Totschlag begangen, der Totschlagsversuch ist gem. §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB mit Strafe bedroht.

2. A handelte mit Tötungsvorsatz.

3. Indem A begann die G zu würgen, setzte er zur Verwirklichung des Totschlagstatbestandes unmittelbar an.

4. Die Tat war rechtswidrig.

5. A handelte schuldhaft.

6. Die Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags könnte auf Grund eines **Rücktritts** vom Versuch gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 StGB ausgeschlossen sein.

a) Der Tötungsversuch des A war **nicht fehlgeschlagen**. Die Interventionen der Nachbarinnen konnten den A nicht davon abhalten, der G tödliche Gewalt anzutun. Die Drohung mit Benachrichtigung der Polizei war ebenfalls kein Hindernis, solange die Polizeibeamten noch nicht am Tatort eingetroffen waren.

b) Der Tötungsversuch war ein unbeendeter Versuch. A hatte noch nicht alles nach seiner Vorstellung zur Herbeiführung der Vollendung des Totschlags Erforderliche getan.

c) A hat die weitere Ausführung der Tat (z. B. weiteres Würgen) aufgegeben.

d) Fraglich ist die Freiwilligkeit der Aufgabe weiterer Tatausführung. Die äußeren Tatumstände sprechen für Freiwilligkeit: die beiden Nachbarinnen konnte A nicht ernsthaft bei der Tat stören. Das angekündigte Eintreffen der Polizei erzeugte keinen psychischen Druck zur Tataufgabe, da das einzige damit zusammenhängende Motiv, durch Aufgabe der Tat und Flucht Aufdeckung der Tat durch die Polizei zu verhindern, hier gegenstandslos war. Die beiden Tatzeuginnen B und N würden die Strafverfolgungsorgane benachrichtigen und im Verfahren gegen A aussagen. Dass auch Polizeibeamte als weitere Zeugen den A belasten

könnten, spielt deshalb keine Rolle mehr. A hatte also keinen Grund, sich zur Aufgabe der Tatausführung gedrängt zu fühlen. Sein Rücktrittsverhalten war freiwillig.

7. Ergebnis

A hat sich nicht aus §§ 212, 22 StGB strafbar gemacht.

III. Körperverletzung, § 223 Abs. 1 StGB

Durch das Würgen und das durch die Luft schleudern hat A die G körperlich misshandelt und sich daher aus § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

IV. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223, 224 Abs. 1 StGB

A müsste eine Qualifikationsvariante des § 224 Abs. 1 StGB erfüllt haben. Zu erörtern ist „**gefährliches Werkzeug**“, § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Nach dem Sachverhalt kann man diesem Merkmal allenfalls die Tatsache zugrunde legen, dass G auf dem Boden aufschlug, nachdem A sie an den Haaren gepackt und durch die Luft geschleudert hatte. Nach h. M. können aber nur bewegliche Sachen „Werkzeug“ sein. Der Erdboden erfüllt diese Voraussetzung nicht. Ob die Behandlung der G durch A abstrakt lebensgefährdend war, ist Tatfrage und kann aus dem Sachverhalt nicht eindeutig entschieden werden.

V. Nötigung, § 240 StGB

Indem A die B in Richtung Hecke stieß, wandte er Gewalt an und nötigte sie zur Unterlassung des Eingreifens zugunsten der G.

Entscheidung 5

A. Strafbarkeit des E

1. E hat durch die Misshandlungen seines Sohnes vor der Tötung Körperverletzungstatbestände verwirklicht: §§ 223, 224, 225 StGB.

2. Die Tötung des Sohnes durch das Schlagen des Kopfes gegen die Tischkante ist ein vorsätzliches Tötungsdelikt (§§ 212, 211 StGB).

a) E hat sich wegen Totschlags (§ 212 StGB) strafbar gemacht.

b) Strafbarkeit wegen Mordes (§ 211 StGB) könnte auf die Mordmerkmale „**Heimtücke**“ und „**niedrige Beweggründe**“ gestützt werden. Da das getötete Kleinkind selbst nicht arglos sein konnte, lässt sich die Erfüllung des Mordmerkmals „Heimtücke“ nur damit begründen, dass E die Arglosigkeit seiner Ehefrau A, einer „schutzbereiten Dritten“, zur Tötung ausgenutzt hat. Das hängt davon ab, ob A bei Beginn der Tötung noch arglos war. Dagegen spricht, dass A schon vor der Tötung des Kindes aufgewacht war und die Misshandlungen ihres Sohnes durch E mitbekommen hatte. „Niedrige Beweggründe“ sind zweifellos gegeben. § 212 StGB tritt hinter § 211 StGB zurück.

3. Hinter § 211 StGB treten auch die Körperverletzungstatbestände zurück.

B. Strafbarkeit der A

Auszugehen ist davon, dass A keinen Tötungsvorsatz hatte.

In Betracht kommen Körperverletzungsdelikte (§§ 223, 224, 225, 227 StGB) und Aussetzung mit Todesfolge, § 221 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 StGB. Da A ihren Sohn nicht aktiv misshandelt hat, beschränkt sich bei den Körperverletzungstatbeständen die Prüfung auf den Aspekt des unechten Unterlassungsdelikts (§ 13 StGB). Bei § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB ergibt sich der Charakter des Unterlassungsdelikts unmittelbar aus dem Merkmal "im Stich lässt".

I. Im Vordergrund steht Körperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen, §§ 227, 13 StGB. Dieses erfolgsqualifizierte Delikt kann durch Unterlassen begangen werden (*Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 20. Aufl. 2019, § 16 Rn. 37).

Am besten praktiziert man folgende Prüfungsreihenfolge:

1. Grundtatbestand Körperverletzung durch Unterlassen, §§ 223, 13 StGB

a) Objektiver Tatbestand

aa) Körperverletzungserfolg (Mißhandlung, Gesundheitsbeschädigung)

bb) Unterlassung der Erfolgsabwendung

- (1) Handlungsmöglichkeit
- (2) Nichtvornahme der Handlung
- (3) Kausalität
- (4) objektive Zurechnung

cc) Garantenstellung

dd) Entsprechung

b) Subjektiver Tatbestand

Körperverletzungsvorsatz

2. Erfolgsqualifikation

a) Tod

b) Zusammenhang zwischen Körperverletzung und Todeserfolg

aa) Kausalität

bb) objektive Zurechnung

cc) Gefahrverwirklichungszusammenhang

c) Fahrlässigkeit (§ 18 StGB)

3. Rechtswidrigkeit

4. Schuld.

Ähnliches Aufbauschema bei *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018, Rn. 1147; anderes Aufbauschemata z. B. bei *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 23 Rn. 124. Hinweise zur Behandlung des § 227 StGB in der Fallbearbeitung bei *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 20. Aufl. 2019, § 16 Rn. 2.

A war als Mutter des getöteten Kindes **Beschützergarantin**, § 13 StGB. Sie hat es unterlassen, den E an den Misshandlungen des Kindes zu hindern. Unterstellt, dass ihr dies möglich war, hat sie durch ihr Unterlassen die tödlichen Verletzungen des Kindes mitverursacht. Zwischen dem Körperverletzungserfolg, den das Kind durch das Aufschlagen des Kopfes auf der Tischkante erlitten hat, und dem Todeserfolg besteht ein Gefährverwirklichungszusammenhang.

Hauptproblem des Falles ist die **Beteiligungsform** der A. Da E durch aktives Tun täterschaftlich das Kind getötet hat, ist das Unterlassen der A eine Beteiligung an der Tat des E. In Betracht kommen Alleintäterschaft in der Form der Nebentäterschaft (§ 25 Abs. 1 StGB), Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) und Beihilfe (§ 27 StGB). Im vorliegenden Fall scheidet Mittäterschaft aus, die Entscheidung ist daher zwischen Nebentäterschaft und Beihilfe zu treffen.

Da die Theorien zur Abgrenzung der Beteiligungsformen auf Beteiligung durch aktives Tun bezogen sind, ist die Abgrenzung einer Beteiligung durch Unterlassen schwieriger und umstritten.

Der BGH legt in der Entscheidung eine rein subjektive Abgrenzung zugrunde. Es komme auf die Willensrichtung der A an. Nur wenn sie sich die Tat des E willentlich zueigen gemacht hat, ist sie Täterin (Kritik daran z. B. bei *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 51 Rn. 19).

In der Literatur werden noch andere Abgrenzungstheorien vertreten (vgl. dazu *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 51 Rn. 15 ff: „vier Meinungsgruppen“).

- Nach der Theorie, die in der Beteiligung durch Unterlassungsbeteiligung ausschließlich eine Beihilfe („Theorie der Einheitsbeihilfe“) sehen, hat sich A wegen Beihilfe durch Unterlassen zur Körperverletzung mit Todesfolge strafbar gemacht (Kritik bei *Murmann*, Grundkurs, § 29 Rn. 97; *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil § 51 Rn. 15).
- Nach der Theorie, die Garantenstellung mit Täterschaft identifiziert, hat sich A wegen täterschaftlicher Körperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen strafbar gemacht (Kritik bei *Murmann*, Grundkurs, § 29 Rn. 96; *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 51 Rn. 16).
- Nach der Theorie, die auf die Art der Garantenstellung abstellt (Beschützergarant, Überwachergarant), hat sich A wegen täterschaftlicher Körperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen strafbar gemacht. Diese Theorie wird z. B. von *Murmann*, Grundkurs, § 29 Rn. 99 vertreten (Kritik an dieser Theorie bei *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 51 Rn. 17).
- Nach der Theorie, die auch beim Unterlassungsdelikt auf das Kriterium der Tatherrschaft abstellt, kommt es darauf an, welchen Grad an tatsächlicher Einflussmöglichkeit A im Verhältnis zu E hatte. Diese Theorie wird z. B. von *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 51 Rn. 20 (zu den Tatherrschaftskriterien Rn. 21) und *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 1210 vertreten (Kritik an der Unschärfe der Tatherrschaftskriterien bei *Murmann*, Grundkurs, § 29 Rn. 95).

II. Weitere Straftatbestände

Die Straftatbestände §§ 223, 13 und §§ 223, 224, 13 StGB werden von §§ 227, 13 StGB verdrängt.

In der BGH-Entscheidung nicht erwähnt wird Aussetzung mit Todesfolge, § 221 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 StGB. Das ist unverständlich, denn A hat unter Verletzung ihrer Beschützergarantenpflicht ihr Kind in hilfloser Lage im Stich gelassen. Dadurch geriet das Kind in Lebensgefahr. Diesbezüglich dürfte A auch Vorsatz gehabt haben. Auf Grund des Imstichlassens ist das Kind verstorben. Zwischen dem Imstichlassen und dem Todeserfolg besteht ein Gefahrverwirklichungszusammenhang. Strafbarkeit aus § 221 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 lässt sich begründen.

A hat außerdem die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 323 c StGB verwirklicht. Dieser Tatbestand tritt hinter §§ 227, 13 StGB und § 221 Abs. 3 StGB zurück.

Entscheidung 6

Strafbarkeit des A

I. Unproblematisch ist, dass sich A gegenüber P wegen **versuchten Totschlags** strafbar gemacht hat, §§ 212, 22 StGB. Eine Aufhebung der Strafbarkeit wegen Rücktritts vom Versuch (§ 24 Abs. 1 StGB) ist nicht begründet. Der Rücktritt entfällt aber nicht wegen fehlgeschlagenen Versuchs, im Gegenteil: als A aufhörte, weiter auf P einzustechen, ging er davon aus, dass die dem P bisher zugefügten Verletzungen zu dessen Tod führen würden. Es lag also ein beendeter Versuch vor. Rücktritt vom beendeten Versuch setzt Verhinderung der Vollendung voraus, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB. Die Vollendung des Totschlags wurde aber nicht durch A, sondern durch Rettungsmaßnahmen von anderen verhindert. Unter diesen Umständen hätte A nur durch ernsthaftes Bemühen um Vollendungsverhinderung zurücktreten können, § 24 Abs. 1 S., 2 StGB. A hat aber nichts dergleichen getan.

II. A könnte wegen **versuchten Mordes** strafbar sein, §§ 211, 22 StGB. Dafür ist nicht erforderlich, dass er ein Mordmerkmal erfüllte, sondern dass sich sein Vorsatz auf die Erfüllung eines Mordmerkmals richtete. In Betracht kommt heimtückische Tötung. Er müßte also den Vorsatz gehabt haben, die Arg- und Wehrlosigkeit seines Opfers (des P) zur Tötung auszunutzen. Fraglich ist schon, ob er den P für arglos hielt. Denn mit dem Ruf „Ich bring euch alle um!“ hatte er auch den P gewarnt. Dass P diesen Ruf offenbar nicht wahrgenommen hatte, wußte A nicht. Dass P bis zu diesem Ruf arglos gewesen ist, spielt keine Rolle, weil zu diesem Zeitpunkt der tödliche Angriff des A auf P noch nicht begonnen hatte. Als sich A dem P näherte, stand dieser auf, um zu fliehen. A erkannte also, dass P doch mit einem Angriff rechnete, also nicht mehr arglos war. Als A mit Messerstichen begann, war P kein Opfer mehr, dessen Arglosigkeit A ausnutzen konnte. A hatte also kein Ausnutzungsbewußtsein. Sein Vorsatz richtete sich also nicht auf heimtückische Tötung.

III. Die Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 StGB steht mit dem versuchten Totschlag in Tateinheit, § 52 StGB.

Entscheidung 7

Strafbarkeit des M und des K

Ausgegangen wird davon, dass sowohl M als auch K der G das Handy entwenden wollten, insoweit also Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) gegeben ist, dass aber der Benutzung der CO2-Pistole durch K kein gemeinsamer Tatplan von K und M zugrunde lag.

I. Schwerer Raub, §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB

1. Die Erfüllung des objektiven Tatbestandes des **Grundtatbestandes** (§ 249 StGB) bereitet keine Begründungsprobleme. M hat der G das Handy – eine fremde bewegliche Sache – weggenommen. Dabei hat er Gewalt gegen die Person der G verübt. Zwischen dieser Gewalt und dem Erfolg der Wegnahme besteht sowohl ein Finalzusammenhang (worauf es nach h. M. allein ankommt, *Rengier* BT I § 7 Rn. 22) als auch ein Kausalzusammenhang (der von einer Mindermeinung in der Literatur verlangt wird).

Aus der **Qualifikationsvorschrift** des § 250 StGB kommen – anknüpfend an die von K benutzte CO2-Pistole – die Varianten § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB und § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB in Betracht.

K hat die Pistole verwendet, als die Verwirklichung des Raubtatbestandes durch M und durch K schon begonnen hatte. M selbst hatte keine Waffe oder sonst gefährliche Sache verwendet oder mitgeführt. Ihm gegenüber kann § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB nur einschlägig sein, wenn insoweit die Voraussetzungen der Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) erfüllt sind. M und K haben hier mittäterschaftlich gehandelt, soweit es um die Wegnahme des Handys und die Anwendung von Gewalt gegen die G geht (objektive Tatbestandsmerkmale des § 249 StGB). Die Verwendung der CO2-Pistole beruhte hingegen auf einem einseitigen Entschluss des K, der nicht Bestandteil des gemeinsamen Tatentschlusses von K und M war. Als K mit der Pistole auf G schoss, gab es keinen Tatentschluss des M, der diese Handlung mitumfaßte. Daher lag zu diesem Zeitpunkt zwischen M und K zwar eine Mittäterschaft bzgl. der objektiven Tatbestandsmerkmale des § 249 StGB, nicht aber bzgl. der objektiven Tatbestandsmerkmale des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB vor. Die Verwendung der Pistole durch K war für M ein „Mittäterexzess“ (*Rengier* AT § 44 Rn. 23).

Mittäterschaft kann aber auch noch während eines schon begonnenen Tatausführungsgeschehens nachträglich zustandekommen (**sukzessive Mittäterschaft**, *Rengier* AT § 44 Rn. 35 ff). Ein zunächst noch nicht bestehender Tatentschluss kann nachträglich entstehen. Hier könnte M die Benutzung der Pistole durch K gebilligt und insoweit einen Tatentschluss in Bezug auf die Erfüllung der qualifizierenden Merkmale des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB durch K gebildet haben. Allerdings war zu diesem Zeitpunkt die Verwendung der Pistole durch K schon abgeschlossen. K hat danach keine weiteren Verwendungsakte gegenüber G begangen. Eine mittäterschaftliche Zurechnung von Handlungen, die bereits abgeschlossen sind, bevor die Mittäterschaftsvoraussetzungen erfüllt sind, ist nicht möglich (*Rengier* AT § 44 Rn. 38). Daher kann dem M die Erfüllung der qualifizierenden Tatbestandsmerkmale des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB durch K nicht gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden.

Erfüllt sind die Mittäterschaftsvoraussetzungen bezüglich der qualifizierenden Tatbestandsmerkmale des § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB. K hat eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug mitgeführt und das war dem M spätestens seit den von K auf G abgefeuerten

Schüssen bekannt und wurde von ihm gebilligt. Insoweit ist also eine sukzessive Mittäterschaft möglich. Denn K führt die Pistole weiter mit sich, obwohl er sie nicht mehr verwendete.

2. Im subjektiven Tatbestand ist Vorsatz und Zueignungsabsicht erforderlich. M und K haben vorsätzlich gehandelt, § 15 StGB. Fraglich ist die **Zueignungsabsicht**. Zueignung besteht aus den beiden Komponenten „Enteignung“ und „Aneignung“. In zeitlicher Hinsicht muss der Vorsatz eine dauernde, endgültige Enteignung und eine zumindest vorübergehende Aneignung umfassen.

Der Enteignungsvorsatz lässt sich damit begründen, dass M und K bei der Wegnahme des Handys keinen ausreichenden Rückführungswillen hatten. Sie hielten es für möglich, dass die weitere Verwendung des Handys darauf hinauslaufen würde, dass G ihr Mobiltelefon nicht mehr zurückerhalten würde. Das nahmen sie billigend in Kauf. Ausreichend ist insoweit dolus eventualis. Auf das Löschen der Bilder kann zur Begründung des Enteignungsvorsatzes nicht abgestellt werden. Das wäre nur möglich, wenn die Bilder ein „spezifischer Sachwert“ des Handys wären, vergleichbar dem Guthaben, das in einem Sparbuch vermerkt ist. Eine solche Funktion haben aber die auf dem Handy gespeicherten Bilder nicht.

Aneignungsabsicht setzt voraus, dass der Täter die Absicht (dolus directus 1. Grades) hat, die weggenommene Sache dem eigenen Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten so zuzuführen, dass es faktisch den Status wie eine dem Täter oder dem Dritten gehörende Sache als Vermögensbestandteil hat, also ein Vermögensgut ist. Beabsichtigt sein muss also eine zumindest vorübergehende Vermehrung des Güterbestandes, die – wenn die Sache einen Wert hat – zugleich zur Erhöhung des Vermögensgesamtwertes führt. Daran fehlt es, wenn die Sache allein zu dem Zweck weggenommen wird, sie alsbald zu zerstören, wegzuworfen, zu verstecken oder sonst dem Eigentümer vorzuenthalten bzw. zu entziehen, damit dieser einen Schaden hat und / oder sich ärgert. Obwohl Diebstahl und Raub keine Vermögensdelikte im engeren Sinne sind und keine Bereicherungsabsicht voraussetzen, muss der Täter durch die Tat einen eigentumspezifischen Vorteil für sich selbst oder den Dritten erstreben. Ein solcher Vorteil ist nicht die tatsächliche Möglichkeit der Zerstörung oder Beschädigung. Denn diese Möglichkeit wird durch jede Wegnahme erreicht, sodass die Aneignungsabsicht keine eigenständige strafbarkeitsbegründende Funktion hätte, wenn die Wegnahme zugleich eine Aneignung wäre. Die Absicht, auf dem Handy gespeicherte Bilder zu löschen hat dieselbe Bedeutung wie die Absicht das Handy wegzuworfen, zu beschädigen oder zu zerstören. Der Täter führt damit seinem eigenen Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten nichts zu. Daher handelt er ohne Aneignungsabsicht und ohne Zueignungsabsicht.

3. M und K haben sich nicht aus §§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1 a, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

II. Sachbeschädigung, § 303 StGB oder Datenveränderung, § 303 a StGB

1. Die auf dem Handy gespeicherten Bilder haben keine eigenständige Sachqualität. Ihr Löschen kann daher nicht als Zerstörung iSd § 303 StGB angesehen werden. Auch ist das Löschen keine Beschädigung des Handys. Einschlägig ist deshalb der Straftatbestand § 303 a Abs. 1 StGB. Die auf dem Handy gespeicherten Bildaufnahmen sind Daten im Sinne des Tatbestandes. Durch das Löschen wurde der objektive Tatbestand erfüllt. M und K handelten such vorsätzlich, § 15 StGB.

2. Auf der Rechtswidrigkeitsebene ist der Rechtfertigungsgrund **Notwehr** (§ 32 StGB) zu prüfen.

Prüfungsschema

- (1) Angriff
- (2) rechtswidrig
- (3) gegenwärtig
- (4) Verteidigung
- (5) erforderlich
- (6) subjektives Rechtfertigungselement
- (7) geboten

Die Herstellung der Aufnahmen durch G war ein Angriff auf das Recht am eigenen Bild von K und M (*Rengier* AT § 18 Rn. 9). Dieser Angriff war rechtswidrig, obwohl er nicht strafbar war (§ 201 a StGB; §§ 22, 33 KUG; *Rengier* AT § 18 Rn. 30). Gegenwärtig war der Angriff jedenfalls, als G die Aufnahme machte (Angriffshandlung). Fraglich ist, ob auch die anschließende dauerhafte Speicherung auf dem Handy einen andauernden gegenwärtigen Angriff begründet. Das ist vertretbar. Denn jedenfalls der Erfolg des Angriffs auf das Recht am eigenen Bild ist noch gegenwärtig. Das Löschen der Bilder ist eine erforderliche Verteidigung. M handelte mit Verteidigungswillen. Verneint man die Gegenwärtigkeit des Angriffs, muss man § 34 StGB prüfen. Die Gegenwärtigkeit der Gefahr für das Recht am eigenen Bild ist unproblematisch zu bejahen (Gegenwärtigkeit der Gefahr ist weiter als Gegenwärtigkeit des Angriffs). Sofern das Gefahrabwendungsinteresse wesentlich überwiegt, ist Rechtfertigung gem. § 34 StGB begründet.

III. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4 StGB

Die Verwendung der Waffe bzw. des gefährlichen Werkzeugs durch K Schuss mit der CO2-Pistole ist dem M nicht gem. § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen (siehe oben I 1). K und M haben die G aber gemeinschaftlich misshandelt, § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB. Auf der Rechtswidrigkeitsebene ist wiederum § 32 StGB zu erörtern.

IV. Nötigung, § 240 StGB

Auch die Strafbarkeit aus diesem Tatbestand hängt davon ab, ob die Tat gerechtfertigt ist (§§ 32, 34 StGB).

Entscheidung 8

Strafbarkeit von A und M

Auszugehen ist davon, dass A und M hinsichtlich der Entwendung der beiden Tablets die Voraussetzungen der Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) erfüllen.

I. Diebstahl, §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB

1. Der objektive Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB wurde in Bezug auf beide Tablets erfüllt. Spätestens bei Durchschreiten des Ausgangs des Elektronikfachmarktes war der bisherige Gewahrsam gebrochen und neuer eigener Gewahrsam begründet worden. Da die Möglichkeit

einer früheren Vollendung der Wegnahme nach dem Sachverhalt in Erwägung zu ziehen ist, soll auch diese Variante mitberücksichtigt werden, zumal davon einige rechtliche Konsequenzen abhängen könnten. Die Tablets könnten schon dadurch weggenommen worden sein, dass M sie sich unter sein T-Shirt in den Hosenbund gesteckt hat. Dadurch könnte eine „Gewahrsamsenklave“ hergestellt worden sein.

In einem klausurmäßig zu bearbeitenden Fall muß der Sachverhalt genaue Informationen über Größe, Form und Gewicht der Sache enthalten. Die Angaben im Sachverhalt (18 x 30 cm) lassen die Annahme einer Gewahrsamsenklave als vertretbar erscheinen.

2. A und M handelten vorsätzlich (§ 15 StGB) und mit Zueignungsabsicht, ihre Tat war rechtswidrig und schuldhaft.

3. Die Strafe könnte dem Strafraumen des § 243 Abs. 1 S. 1 StGB zu entnehmen sein. In Betracht kommt die Erfüllung des Regelbeispiels § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB. Das hängt von der Funktionsweise der „Sicherungsspinne“ ab (*Rengier BT I § 3 Rn. 30*): sofern diese bei intakter Funktion Alarm erst auslöst, wenn der Täter das Haus mit der entwendeten Sache verlässt und zuvor durch Bildung einer Gewahrsamsenklave bereits ein vollendeter Diebstahl begangen wurde, kann die Sicherungsspinne nicht die Funktion haben, die Wegnahme zu verhindern oder zu erschweren. Sie ist dann nur ein Hilfsmittel zur Erhöhung der Chancen auf Wiedererlangung der Sache nach bereits vollendetem Diebstahl. Wenn die Sicherungsspinne dagegen den Alarm schon auslöst, wenn der Täter versucht, sie zu entfernen oder zu zerstören, dann kann eine Wegnahmeerschwerungsfunktion bejaht werden.

II. Schwerer Diebstahl, §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB

Der Diebstahl könnte qualifiziert sein, wenn die von M verwendete Skalpellklinge und / oder das Taschenmesser die Eigenschaften hat, die ein „gefährliches Werkzeug“ auszeichnen (zum Taschenmesser vgl. *Rengier BT I § 4 Rn. 23*). Wenn das der Fall ist und Strafbarkeit aus § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB begründet ist, werden die Erörterungen zu § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB obsolet. Denn da § 242 StGB hinter § 244 StGB zurücktritt, entfällt auch die Grundlage für die Anwendung des § 243 StGB.

III. Unterschlagung, § 246 StGB

Die Strafbarkeitsvoraussetzungen sind erfüllt, der Tatbestand ist aber subsidiär gegenüber § 242 StGB.

IV. Hausfriedensbruch, § 123 StGB

Die Diebstahlsabsicht, mit der A und M den Markt betreten haben, beseitigt nicht die tatbestandsausschließende Wirkung des generellen Einverständnisses des Inhabers gegenüber der Kundschaft. Sie sind also nicht „eingedrungen“.

V. Sachbeschädigung, § 303 StGB

Wenn A und M aus §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB strafbar sind, kann man Konsumtion des § 303 StGB vertreten. Ergibt sich die Strafbarkeit hingegen aus §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB, steht § 303 StGB dazu in Tateinheit, § 52 StGB.

VI. Konkurrenz des Diebstahls von Tablet 1 zum Diebstahl von Tablet 2

Je nachdem, ob man eine Wegnahmevollendung durch Bildung einer Gewahrsamsenklaue verneint oder bejaht, besteht Tateinheit (§ 52 StGB) oder Tatmehrheit, § 53 StGB. Wurde nämlich die Wegnahme mittels Gewahrsamsenklaue vollendet, basiert die Wegnahme der beiden Tablets auf zwei verschiedenen Handlungen (deshalb § 53 StGB). Wenn dagegen keine Gewahrsamsenklaue gebildet wurde, erfolgte die Wegnahme beider Tablets durch das Verlassen des Elektronikfachmarktes, also durch dieselbe Handlung (deshalb § 52 StGB).

Entscheidung 9

A. Strafbarkeit von A und B

Zum Sachverhalt: A und B haben tatsächlich Fahrzeuge an gutgläubige Käufer verkauft, nachdem sie zuvor den Kilometerstand manipuliert hatten. Sie erzielten dadurch höhere Kaufpreise.

Der geschilderte Sachverhalt gibt Anlass zur Erörterung der Strafbarkeit der beteiligten Personen schon im **Verabredungsstadium** (§ 30 Abs. 2 StGB). Wären noch keine Fahrzeuge verkauft worden, wäre das sogar die einzige Grundlage für eine mögliche Strafbarkeit. Wurden – wie hier – die verabredeten Straftaten begangen (zumindest versucht), sind diese primär zu prüfen. § 30 StGB ist demgegenüber subsidiär. Für das Gutachten hat dies die Konsequenz, dass die Strafbarkeit aus § 30 StGB erst angesprochen wird, nachdem die Strafbarkeit wegen Ausführung der verabredeten Taten geprüft wurde.

I. Gewerbsmäßiger Bandenbetrug in Mittäterschaft, §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 25 Abs. 2 StGB

A und B haben sich aus diesem Straftatbestand strafbar gemacht. Zusammen mit C haben sie eine Bande gebildet. Dass C dabei nur Aufgaben übernommen hat, die Beihilfecharakter (§ 27 StGB) haben, ist unerheblich. Es ist für Banden sogar typisch, dass es eine Rollen- und Aufgabenverteilung gibt, bei der einige Mitglieder nur Gehilfertätigkeiten übernehmen. Sowohl A als auch B handelten gewerbsmäßig.

II. Verabredung zum gewerbsmäßigen Betrug, § 30 Abs. 2 Alt. 3 iVm § 263 Abs. 5 StGB

A und B haben sich verabredet, gemeinsam – als Mittäter – gewerbsmäßigen Bandenbetrug zu begehen. Der gewerbsmäßige Bandenbetrug ist ein Verbrechen, § 12 Abs., 1 StGB. Da sie aber wegen Begehung des gewerbsmäßigen Bandenbetrugs strafbar sind, tritt die aus § 30 Abs. 2 Alt. 3 StGB begründete Strafbarkeit zurück.

B. Strafbarkeit von C

I. Beihilfe zum gewerbsmäßigen Bandenbetrug, §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 27 StGB

A und B haben die Haupttat „gewerbsmäßiger Bandenbetrug“ begangen (s.o.). C hat dazu Hilfe geleistet. Er hat aber selbst nicht gewerbsmäßig gehandelt. Da Gewerbsmäßigkeit ein besonderes persönliches Merkmal ist, das die Tat qualifiziert, ist § 28 Abs. 2 StGB anwendbar. Für C ist die Haupttat von A und B nur ein „einfacher“ Betrug, § 263 Abs. 1 StGB. C kann deshalb nicht aus §§ 263 Abs. 1, Abs. 5, 27 StGB strafbar sein. C ist nur wegen Beihilfe zum

Betrug strafbar, §§ 263 Abs. 1, 27 StGB. Da er aber Mitglied der Bande ist, erfüllt er das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB. Daher ist er wegen Beihilfe zu einem Betrug in einem besonders schweren Fall strafbar.

II. Strafbarkeit des C aus § 30 Abs. 2 Alt. 3 iVm § 263 Abs. 5 StGB ist aus zwei Gründen nicht gegeben: C hat nur eine Zusage zur Mitwirkung an den Taten von A und B als Gehilfe gegeben. Das reicht bei keiner der Varianten des § 30 Abs. 1, Abs. 2 StGB aus. Zudem ist die verabredete Tat für C kein Verbrechen, sondern ein Vergehen, § 12 Abs. 2 StGB. Da C selbst nicht gewerbsmäßig handelt, hat für ihn die verabredete Tat gem. § 28 Abs. 2 StGB nur die Qualität eines „einfachen“ Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB.

Entscheidung 10

Strafbarkeit des A

I. Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer, § 316 a Abs. 1 StGB

1. Der objektive Tatbestand ist erfüllt. Das als Hindernis auf die Fahrbahn gelegte Fahrrad zwang die G zum Anhalten. Daher hat A einen Angriff auf die Entschlussfreiheit der G verübt. Dabei hat er die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausgenutzt.

2. A hat auch den subjektiven Tatbestand erfüllt. Er handelte mit Vorsatz sowie mit der Absicht, einen Raub zu begehen. Dass es zur Begehung des Raubes nicht kam, steht der Strafbarkeit nicht entgegen.

II. Versuchter schwerer Raub, §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22 StGB

Die Axtschläge sind ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Raubtatbestandes. Die Flucht ist kein Rücktritt vom Raubversuch (§ 24 StGB), da dieser fehlgeschlagen ist.

III. Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr, § 315 b Abs. 1 Nr. 2 StGB

A hat den objektiven Tatbestand zum Teil erfüllt. Das auf der Fahrbahn liegende Fahrrad hat aber keine konkrete Gefährdung von Leib oder Leben oder fremden Sachen von bedeutendem Wert verursacht. Zwar mag der Opel Corsa gefährdet gewesen sein. Erforderlich ist aber die Gefahr eines erheblichen Sachschadens.

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

Die Verletzung, die A dem E mit der Axt zugefügt hat, erfüllt den Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB und die Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

V. Sachbeschädigung, § 303 Abs. 1 StGB

Mit den Axtschlägen hat A den Pkw der G vorsätzlich beschädigt.

