

Sommersemester 2006

Klausurenkurs zur Examensvorbereitung im Strafrecht

4. Klausur / 20. 5. 2006

Der reuige Radiologe

## **Lösung**

### **Aufgabe 1**

#### **A. Strafbarkeit des A**

##### **1. Tatkomplex : Auftrag an F**

##### **I. Versuchte Anstiftung zum Mord / Totschlag, §§ 211, 212, 30 Abs. 1 StGB**

1. Vollendete Anstiftung zum Mord oder Totschlag liegt nicht vor, da F keinen - versuchten oder vollendeten – Mord oder Totschlag begangen hat.

2. Versuchte Anstiftung zum Mord oder Totschlag ist mit Strafe bedroht, da Mord und Totschlag Verbrechen sind, §§ 30 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB.

##### **3. Subjektiver Tatbestand**

a) A hatte den Vorsatz, daß F die K tötet. Also hatte A zumindest Vorsatz bzgl. der Haupttat Totschlag (§ 212 StGB).

b) Darüber hinaus hatte A auch den Vorsatz, daß F die K aus Habgier tötet. Denn er ging davon aus, daß F die Tat in erster Linie wegen des dadurch zu verdienenden Geldes töten werde. Habgier ist ein Mordmerkmal, § 211 Abs. 2 StGB.

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß A Vorsatz bzgl. Der Haupttat Mord (§ 211 StGB) hatte. Das hängt davon ab, wie das Mordmerkmal Habgier mit § 28 StGB in Beziehung zu setzen ist (zum Ganzen *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 7. Aufl. 2006, § 5).

aa) Rechtslage, wenn A keine niedrigen Beweggründe hatte

(1) Nach der **Rechtsprechung** hat A den Vorsatz gehabt, den F zur Begehung eines Mordes – aus Habgier – anzustiften. Das besondere persönliche Merkmal „Habgier“ ist nach Ansicht des BGH ein strafbarkeitsbegründendes i. S. des § 28 Abs. 1 StGB. Denn Mord sei kein Qualifikationstatbestand im Verhältnis zu Totschlag, sondern Merkmal eines eigenständigen Straftatbestandes. Aus § 28 Abs. 1 StGB ergebe sich, daß wegen Teilnahme am Mord zu bestrafen ist, wer den Vorsatz bzgl. des vom Täter erfüllten besonderen persönlichen Mordmerkmals hat. Nicht erforderlich sei, daß der Teilnehmer selbst das Mordmerkmal erfüllt. Daß hier A selbst weder aus Habgier noch aus einem sonstigen niedrigen Beweggrund handelte, schließt nach der Rechtsprechung seine Strafbarkeit wegen Anstiftung zum Mord bzw. versuchter Anstiftung zum Mord nicht aus. Rechtsfolge der Nichterfüllung des besonderen persönlichen Mordmerkmals durch A ist gem. § 28 Abs. 1 StGB eine Strafmilderung nach Maßgabe des § 49 Abs. 1 StGB (näher dazu bei Aufgabe 2).

(2) Nach der **Literatur** ist Mord ein Qualifikationstatbestand im Verhältnis zum Grundtatbestand Totschlag. Mordmerkmale sind demnach strafbarkeitsschärfende Merkmale. Die besonderen persönlichen Mordmerkmale – wie z. B. Habgier – unterfallen danach nicht § 28 Abs. 1 StGB, sondern § 28 Abs. 2 StGB. Aus § 28 Abs. 2 StGB folgt, daß ein besonderes persönliches Mordmerkmal die Strafbarkeit wegen Teilnahme am Mord nur begründen kann, wenn der Teilnehmer dieses besondere persönliche Mordmerkmal selbst erfüllt oder zumindest erfüllen will. Keine Rolle spielt es nach dieser Ansicht, ob der Täter ein besonderes persönliches Mordmerkmal erfüllt. Da hier A kein besonderes persönliches Mordmerkmal erfüllt und F nach dem Vorsatz des A auch kein tatbezogenes Mordmerkmal – z. B. Heimtücke – erfüllen sollte, hatte A nicht den Vorsatz, den F zu einem Mord anzustiften. A hatte nur den Vorsatz bzgl. einer Haupttat Totschlag.

bb) Rechtslage, wenn A aus Rache (sonstiger niedriger Beweggrund) handelte

(1) Nach der **Rechtsprechung** hat A den Vorsatz, den F zur Begehung eines Mordes anzustiften. Da A selbst das Mordmerkmal „Habgier“ nicht erfüllte, wäre nach der Rechtsprechung an sich gem. § 28 Abs. 1 i. V. m. § 49 Abs. 1 StGB seine Strafe zu mildern. Dazu soll es nach der Rechtsprechung hier aber deswegen nicht kommen, weil A selbst ein anderes besonderes persönliches Mordmerkmal (Rache, sonstiger niedriger Beweggrund) erfüllt. Das ist zwar nicht das Mordmerkmal, das die Tat des F zu einem Mord macht. Es ist aber ein der Habgier verwandtes und wesensähnliches Mordmerkmal. Habgier ist gewissermaßen Spezialfall der niedrigen Beweggründe. Dies rechtfertigt es nach der Rechtsprechung, den A so zu behandeln, als erfülle er dasselbe Mordmerkmal wie F, also Habgier. Man nennt dies „gekreuzte Mordmerkmale“. Die Folge besteht darin, § 49 Abs. 1 StGB nicht anzuwenden.

(2) Nach der **Literatur** hat A den Vorsatz bzgl. einer Haupttat Mord. Entscheidend dafür ist nicht die Tatsache, daß F nach der Vorstellung des A aus Habgier töten sollte, sondern, daß A selbst ein besonderes persönliches Mordmerkmal (Rache, sonstiger niedriger Beweggrund) erfüllte. Aus § 28 Abs. 2 StGB ergibt sich, daß die Tat für A nicht Totschlag, sondern Mord ist.

b) A hatte den Vorsatz, den F zur Begehung der Tat zu bestimmen.

4. Objektiver Tatbestand

Indem A dem F den Auftrag gab und sogar schon einen „Vorschuß“ auszahlte, setzte er unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes „Anstiftung zum Totschlag / Mord“ an, § 22 StGB.

#### 5. Rechtswidrigkeit

Die Tat war rechtswidrig.

#### 6. Schuld

A handelte schuldhaft.

#### 7. Rücktritt

A ist nicht gem. § 31 StGB vom Anstiftungsversuch zurückgetreten. Der Anstiftungsversuch gegenüber F ist fehlgeschlagen, weil F dem A offenbarte, daß er die K nicht töten wolle. Die Bemühungen des A, den danach dem M erteilten Auftrag zurückzunehmen, können im Rahmen der Strafbarkeit wegen des dem F erteilten Auftrages nicht berücksichtigt werden. Denn dabei handelt es sich um eine andere Tat. Auch die Maßnahmen, die A am Neujahrsmorgen nach dem Überfall auf K traf, um das Leben seiner Ehefrau zu retten, haben keinen Einfluß auf die Strafbarkeit wegen des dem F erteilten Tötungsauftrags.

#### 8. Ergebnis

a) A handelt ohne eigene niedrige Beweggründe :

A hat sich aus §§ 211, 30 Abs. 1 StGB (Ansicht der Rechtsprechung) bzw. aus §§ 212, 30 Abs. 1 StGB (Ansicht der Literatur) strafbar gemacht.

b) A handelt aus Rache :

Nach beiden Ansichten ist A aus §§ 211, 30 Abs. 1 StGB strafbar.

## **II. Nichtanzeige geplanter Straftaten, § 138 Abs. 1 Nr. 5 StGB**

### 1. Objektiver Tatbestand

a) Vorhaben eines Mordes oder Totschlages

Das eigene Vorhaben des A bzgl. einer Anstiftung des F zu Mord oder Totschlag kann in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt werden. Anzeigepflichtig sind nur geplante Taten anderer Personen.

Ein Vorhaben des F zur Tötung der K existierte nicht, da F von Anfang an keinen Tötungsvorsatz hatte. Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut muß es sich um ein wirkliches Vorhaben oder eine wirkliche Ausführung der Tat handeln. Nimmt jemand irrig an, jemand anderes habe die Begehung eines Mordes vor, so begeht er, wenn er die Anzeige dieser imaginären Tat unterläßt, einen – untauglichen – Versuch der Nichtanzeige. Dieser ist nicht mit Strafe bedroht.

#### b) Anzeigepflichtiger Personenkreis

Hinzu kommt, daß Teilnehmer an der ausgeführten oder geplanten Tat nach h. M. keine Anzeigepflicht haben. A ist gem. § 30 Abs. 1 StGB Teilnehmer an der Tat, die F begehen sollte. Also ist er nach h. M. nicht anzeigepflichtig.

## 2. Ergebnis

A ist nicht aus § 138 Abs. 1 Nr. 5 StGB strafbar.

## 2. Tatkomplex : Auftrag an M

### I. Versuchte Anstiftung zum Mord / Totschlag, §§ 211, 212, 30 Abs. 1 StGB

1. Vollendete Anstiftung zum Mord oder Totschlag liegt nicht vor.

2. Versuchte Anstiftung zur Begehung eines Mordes oder Totschlags ist mit Strafe bedroht.

### 3. Subjektiver Tatbestand

Wie oben I 3 :

A hatte den Vorsatz bzgl. einer Haupttat des M. Diese ist nach der Rechtsprechung Mord, auch wenn A selbst kein Mordmerkmal erfüllte. Nach der Auffassung der Literatur ist die Haupttat für A nur in dem Fall ein Mord, daß A selbst aus Rache handelt.

A hatte den Vorsatz, den M zur Begehung der Haupttat zu bestimmen.

### 4. Objektiver Tatbestand

A hat zur Verwirklichung des Tatbestandes „Anstiftung zur Begehung eines Totschlags oder Mordes“ unmittelbar angesetzt.

## 5. Rechtswidrigkeit

Die Tat war rechtswidrig.

## 6. Schuld

A handelte schuldhaft.

## 7. Rücktritt

Die Strafbarkeit aus § 30 Abs. 1 StGB könnte wegen eines Rücktritts entfallen.

### a) Rücktritt nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB

aa) Rücktritt durch Aufgabe des Versuchs, einen anderen zu einem Verbrechen zu bestimmen, ist möglich, solange der andere noch nicht damit begonnen hat, die Tat zu begehen. M hat hier nicht damit begonnen, den Tötungsauftrag auszuführen.

Nach der Versöhnung mit K hat A seinen eigenen auf Tötung der K gerichteten Vorsatz fallen gelassen. Diese Entscheidung hat er auch manifestiert, indem er sich darum bemühte, den M von der Rücknahme des Auftrags zu informieren. Dies kann man als Aufgabe des Versuchs bezeichnen.

bb) Weitere Rücktrittsvoraussetzung ist die Abwendung der etwa bestehenden Gefahr, daß M die Tat begeht. Solange M lebte, bestand die Gefahr, daß er die K tötet. Diese Gefahr hat A nicht abgewendet. Nach dem Tod des M bestand keine Gefahr mehr. Also konnte A durch sein Bemühen, den M von der Tötung der K abzuhalten, keine Tötungsgefahr mehr abwenden.

A hat also die Rücktrittsvoraussetzungen des § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht erfüllt.

### b) Rücktritt nach § 31 Abs. 2 StGB

aa) Die Tat des M ist ohne Zutun des A unterblieben.

bb) Der Versuch des A, mit M Kontakt aufzunehmen und den Tötungsauftrag zurückzunehmen, ist ein Bemühen, die Tat des M zu verhindern.

Dieses Bemühen ist aber nicht ernsthaft. Da A nicht wußte, daß M verstorben war, mußte er bis zum Neujahrmorgen davon ausgehen, daß M die K in der Nacht vom 31. 12. 2005 zum 1. 1. 2006 auftragsgemäß töten würde. Wenn er von dem Auftrag zurücktreten wollte, hätte er sich weiter darum bemühen müssen, den M zu erreichen und ihm die Rücknahme des Auftrags mitzuteilen. Laut Sachverhalt hat A nach dem ersten Kontaktaufnahmeversuch aber nichts mehr in dieser Richtung unternommen.

Fraglich ist, ob die am Neujahrmorgen nach Auffinden der verletzten K getroffenen Maßnahmen (Erste Hilfe, Benachrichtigung des Notarztes) geeignet sind, die Rücktrittsvoraussetzungen des § 31 Abs. 2 StGB zu erfüllen. Unerheblich ist, daß der Überfall

auf K objektiv nicht die Tat des M war. Es genügt hier, daß A glaubte, die Verletzung der K sei Ergebnis eines auftragsgemäßen Anschlags des M. Zweifel an der Erfüllung des § 31 Abs. 2 StGB resultieren aber aus dem Umstand, daß die Bemühungen des A zu einem Zeitpunkt einsetzten, zu dem A annehmen mußte, M habe die Tat bereits ausgeführt, also einen versuchten Mord begangen. Daher konnte A gar nicht mehr den Willen haben, die Tatbegehung des M zu verhindern. Er konnte nur noch den Willen haben, den aus dieser Tatbegehung resultierenden Vollendungserfolg – Tod der K – zu verhindern. Das ist aber nicht Verhinderung der Tat, sondern Verhinderung der Vollendung bzw. Abwendung des Erfolges. Aus dem Vergleich des § 31 Abs. 2 StGB mit § 24 Abs. 2 StGB und § 139 Abs. 4 StGB kann man den Schluß ziehen, daß für § 31 Abs. 2 StGB das Bemühen um Vollendungsverhinderung bzw. Erfolgsabwendung nicht genügt. Erforderlich ist das Bemühen, bereits den Tatversuch und damit die Tat insgesamt zu verhindern.

A hat also die Rücktrittsvoraussetzungen des § 31 Abs 2 StGB nicht erfüllt.

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

Ein Rücktritt nach § 24 Abs. 2 StGB ist nur möglich, wenn bereits eine Strafbarkeit wegen Anstiftung zum Versuch begründet ist. Das setzt voraus, daß der Haupttäter einen Tatversuch begangen hat und dieser dem Teilnehmer nach § 26 StGB oder § 27 StGB zuzurechnen ist. Hier liegt keine dem A zurechenbare Haupttat vor. Der Überfall von B und C hat mit dem Tötungsauftrag des A an M nichts zu tun. Folglich liegt die Ausgangssituation für die Anwendung des § 24 Abs. 2 StGB gar nicht vor.

A hat die Rücktrittsvoraussetzungen des § 24 Abs. 2 S. 2 StGB nicht erfüllt.

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

Hätten nicht B und C, sondern – wie A annahm – M den Überfall auf K begangen, hätte A eine Anstiftung zum versuchten Mord begangen (§§ 211, 212, 22, 26 StGB). Die dadurch begründete Strafbarkeit hätte A aber durch einen Rücktritt nach § 24 Abs. 2 StGB abwenden können. Erforderlich dafür wäre die Verhinderung der Vollendung (§ 24 Abs. 2 S. 1 StGB) bzw. ein ernsthaftes Bemühen darum (§ 24 Abs. 2 S. 2 StGB). Diese Leistung hat A erbracht. Er hat auch freiwillig gehandelt.

A stünde also besser, wenn M den Tötungsauftrag ausgeführt hätte. Denn dann würde die Strafbarkeit aus §§ 211, 212, 22, 26 StGB wegen des Rücktritts gem. § 24 Abs. 2 StGB entfallen. Dadurch wäre zugleich die zuvor schon begründete Strafbarkeit aus §§ 211, 212, 30 Abs. 1 StGB aufgehoben worden.

Es wäre ein Wertungswiderspruch, wenn ein Teilnehmer, der sich objektiv noch im Stadium des Anstiftungsversuchs (§ 30 Abs. 1 StGB) befindet und eine Rücktrittsleistung erbringt, die geeignet wäre, die objektiv noch gar nicht begründete, subjektiv aber angenommene Strafbarkeit im vorgerückten Stadium der Anstiftung zum Versuch (§§ 22, 26 StGB) zu beseitigen, dadurch nicht die Strafbarkeit wegen versuchter Anstiftung beseitigen könnte. Daß das Gesetz diesen Fall in § 31 StGB nicht explizit erfaßt, ist ein Versehen des Gesetzgebers, der bei der Schaffung der Vorläufervorschrift im Jahr 1953 annahm, daß es dafür keinen Bedarf gebe (>>> Dreher, JZ 1953). Es liegt deshalb eine planwidrige Gesetzeslücke vor, die durch analoge Anwendung des § 24 Abs. 2 StGB geschlossen werden kann.

A ist also vom Versuch der Anstiftung zu einem Mord oder Totschlag zurückgetreten.

## 8. Ergebnis

A ist nicht aus §§ 211, 212, 30 Abs. 1 StGB strafbar.

## **II. Versuchter Mord / Totschlag durch Unterlassen, §§ 211, 212, 13, 22 StGB**

1. Vollendeter Mord oder Totschlag durch Unterlassen liegt nicht vor.

2. Versuchter Mord oder Totschlag durch Unterlassen ist ein Verbrechen und daher mit Strafe bedroht, §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB.

### 3. Subjektiver Tatbestand

a) Da A damit rechnete, daß M die K am Neujahrsmorgen töten würde, hatte er Vorsatz bzgl. des Todeserfolgs.

b) Als Ehemann hat A im Verhältnis zu K eine (Beschützer-) Garantenstellung, § 13 Abs. 1 StGB. A hatte Vorsatz bzgl. der garantenstellungsbegründenden Tatsachen.

c) A hatte bis zum Neujahrsmorgen Möglichkeiten, den erwarteten Anschlag des M zu verhindern und den Tod der K abzuwenden (z. B. Benachrichtigung der Polizei). A hat aber vorsätzlich nichts getan, um den Tod der K zu verhindern.

d) Seit der Versöhnung zu Weihnachten hatte A keinen Tötungsvorsatz mehr. Folglich konnte er auch keine eigenen niedrigen Beweggründe (Rache) i. S. des § 211 Abs. 2 StGB mehr haben. Mordrelevant könnte somit nur das Habgiermotiv des M sein, von dem A Kenntnis hatte. Für eine Strafbarkeit des A aus § 211 StGB ist dies aber auch nach Ansicht der Rechtsprechung nicht ausreichend. Denn § 28 Abs. 1 StGB betrifft nur Anstifter und Gehilfen. Täter müssen somit auch nach der Ansicht der Rechtsprechung selbst die besonderen persönlichen Mordmerkmale erfüllen. Das gilt auch für Mittäter. Wenn von zwei Mittätern einer ein besonderes persönliches Mordmerkmal erfüllt und der andere nicht, wird diesem das von jenem erfüllte Mordmerkmal nicht zugerechnet. Wegen Mordes kann ein Mittäter nur bestraft werden, wenn er selbst ein besonderes persönliches Mordmerkmal erfüllt. Da A kein Mordmerkmal selbst erfüllt, kommt nur eine Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen (§§ 212, 13, 22 StGB) in Betracht.

### 4. Objektiver Tatbestand

Die Bestimmung des Versuchsbeginns ist beim Unterlassungsdelikt schwieriger als beim Begehungsdelikt. Nach heute ganz herrschender Meinung setzt der Garant zur Verwirklichung des Unterlassungsdeliktstatbestandes nach seiner Vorstellung zur Tat

unmittelbar an (§ 22 StGB), wenn er zu einem Zeitpunkt vorsätzlich untätig bleibt, zu dem eine erhöhte Rechtsgutsgefährdungslage entstanden ist und mit Eintritt des Vollendungserfolges jederzeit gerechnet werden muß. Die Nichtwahrnehmung der ersten Erfolgsabwendungsmöglichkeit ist also noch kein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes „Totschlag durch Unterlassen“. Da A und M einen konkreten Tattermin vereinbart hatten, befand sich die K vor dem Abend des 31. 12. 2005 noch nicht in unmittelbarer Lebensgefahr. Das Unterlassen des A bis zu diesem Zeitpunkt ist deshalb noch kein unmittelbares Ansetzen. Das kann man hier jedenfalls deshalb vertreten, weil A die ganze Zeit in der Nähe der K war und deshalb gerade in der Silvesternacht noch Tatverhinderungsmöglichkeiten hatte.

Eindeutig erreicht war der Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens, als A zu Bett ging, ohne etwas zum Schutz der K unternommen zu haben. Allerdings hatte A zu diesem Zeitpunkt keinen Tötungsvorsatz. Er dachte gar nicht an den dem M erteilten Tötungsauftrag. Das subjektive Erleben der Situation „Jetzt geht’s los“ hat in der Silvesternacht nicht stattgefunden. Beim Zubettgehen setzte A daher nicht unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an. Daß A zu einem früheren Zeitpunkt die Vorstellung hatte, K würde durch einen Anschlag des M zu Tode kommen, wenn A dagegen nicht einschreitet, kann an diesem Ergebnis nichts ändern. Denn Tötungsvorsatz und Ansetzungsverhalten müssen zeitgleich sein.

Allerdings wurde A wieder an den Tötungsauftrag erinnert, als er morgens die K im Wohnzimmer verletzt und bewußtlos vorfand. Aber auch zu diesem Zeitpunkt hatte A nicht den Vorsatz die K zu töten. Er wollte ja nicht Rettungsmaßnahmen unterlassen, um den bevorstehenden Tod der K eintreten zu lassen. Im Gegenteil : Er begann sofort mit Rettungsbemühungen.

A hat also zu keinem Zeitpunkt nach seiner Vorstellung von der Tat unmittelbar zur Verwirklichung des Unterlassungsdeliktstatbestandes angesetzt.

## 5. Ergebnis

A hat sich nicht aus § 211, 212, 13, 22 StGB strafbar gemacht.

### **III. Gefährliche Körperverletzung durch Unterlassen, §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, 5, 13 StGB**

#### 1. Objektiver Tatbestand

a) K ist eine andere Person.

b) Ein physischer Mißhandlungserfolg und ein Gesundheitsbeschädigungserfolg ist eingetreten.

c) A hat Handlungen unterlassen, die geeignet gewesen wären, den Verletzungserfolg abzuwenden. Er hätte z. B. die K bewachen lassen können. Als Ehemann ist A (Beschützer-) Garant im Verhältnis zu K.

## 2. Subjektiver Tatbestand

A hatte lange Zeit den Vorsatz, daß K in der Nacht vom 31. 12. 2005 zum 1. 1. 2006 körperlich mißhandelt wird. Allerdings stellte er sich vor, Ursache dieses Erfolges würde der Mordanschlag des M sein. Daß K einem Raubüberfall anderer Täter zum Opfer fallen würde, stellte sich A nicht vor. Also hatte A keinen Vorsatz bzgl. des tatsächlichen zum Verletzungserfolg führenden Geschehens. Der Vorsatz bzgl. eines Anschlags des M kann nicht auf den Überfall von B und C bezogen werden.

## 3. Ergebnis

A ist nicht aus §§ 223, Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 5, 13 StGB strafbar.

## **IV. Versuchte gefährliche Körperverletzung durch Unterlassen, §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, 5, Abs. 2, 13, 22 StGB**

1. Eine - vorsätzliche - Vollendung liegt nicht vor (s. o.).

2. Versuchte Körperverletzung (§ 223 Abs. 2 StGB) und versuchte gefährliche Körperverletzung (§ 224 Abs. 2 StGB) ist mit Strafe bedroht.

## 3. Subjektiver Tatbestand

A hatte seit Anfang Dezember die Vorstellung, daß K in der Nacht vom 31. 12. 2005 zum 1. 1. 2006 von M überfallen und getötet würde. Lange Zeit wollte A das auch bzw. nahm er es billigend in Kauf. Also hatte er Vorsatz bzgl. der Erfüllung sämtlicher objektiver Tatbestandsmerkmale (dazu s. o. III. 1.).

## 4. Objektiver Tatbestand (Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB)

Wie oben bereits beim versuchten Totschlag durch Unterlassen festgestellt, hatte A in der Nacht vom 31. 12. 2005 zum 1. 1. 2006 nicht daran gedacht, daß M die K in dieser Nacht überfallen und töten würde. Zu diesem Zeitpunkt hatte A also keinen Körperverletzungsvorsatz. Vor diesem Zeitpunkt hatte A aber noch nicht unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt. Die Untätigkeit des A in der Silvesternacht kann zwar objektiv als unmittelbares Ansetzen bewertet werden. Es wird aber nicht von einem synchronen Vorsatz begleitet. Daher hat A letztlich durch die Untätigkeit in dieser Nacht nicht unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

## 5. Ergebnis

A ist nicht aus §§ 223 Abs. 2, 224 Abs. 2, 13, 22 StGB strafbar.

## **B. Strafbarkeit des F**

### **I. Bereiterklärung zur Begehung eines Mordes, §§ 211, 30 Abs. 2 Alt. 1 StGB**

#### 1. Objektiver Tatbestand

a) Die Tat, mit deren Begehung A den F beauftragt hat, wäre ein Mord gewesen. Mord ist ein Verbrechen, § 12 Abs. 1 StGB.

b) F hat gegenüber A geäußert, er werde die K töten, also den Mord begehen. Objektiv ist diese Äußerung eine Bereiterklärung bzgl. der Begehung eines Mordes. Daß F nicht die Absicht hatte, die Tat zu begehen, betrifft nicht den objektiven Tatbestand, sondern den subjektiven Tatbestand (s. u.).

c) Da A den F mit der Begehung des Mordes beauftragt hat, ist A ein geeigneter Adressat einer Bereiterklärung.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

Da F von Anfang an vorhatte, die Tat nicht zu begehen, hatte er keinen Tatbegehungsvorsatz. Daher hat er den subjektiven Tatbestand nicht erfüllt.

#### 3. Ergebnis

F hat sich nicht aus §§ 211, 30 Abs. 2 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

## **II. Nichtanzeige geplanter Straftaten, § 138 Abs. 1 Nr. 5 StGB**

#### 1. Objektiver Tatbestand

Fraglich ist, ob ein vom Tatbestand des § 138 Abs. 1 StGB erfaßtes „Vorhaben“ existierte. In Betracht kommt nur ein Tatbegehungsvorhaben einer anderen Person, hier also ein Vorhaben des A. Dieser hatte vor, die K töten zu lassen, selbst also Anstiftung zum Totschlag oder Mord zu begehen. Obwohl der Gesetzeswortlaut des § 138 Abs. 1 StGB insoweit unklar ist, kann man durchaus vertreten, daß auch das Vorhaben der Anstiftung zu einem Mord oder Totschlag tatbestandsmäßig ist. Allerdings wäre das hier nur zutreffend, wenn A vorhätte, jemand anderen oder noch jemand anderen als den F mit der Tötung der K zu beauftragen. Das ist nicht der Fall. A hat – zunächst - nur den F mit der Tötung der K beauftragt. Von dem späteren Auftrag an M hatte F keine Kenntnis.

Das – bereits zur Ausführung gekommene – Vorhaben des A, den F zur Tötung der K anzustiften, vermag letztlich den Tatbestand des § 138 Abs. 1 Nr. 5 StGB nicht zu erfüllen. Denn wenn schon F nicht verpflichtet ist, ein eigenes täterschaftliches Verbrechen vorhaben

anzuzeigen, dann kann er erst recht nicht verpflichtet sein, den – zumal fehlgeschlagenen - Versuch eines anderen, ihn zu einem Mord anzustiften, anzuzeigen. Dafür besteht auch gar kein Bedürfnis : Da F den Auftrag innerlich ablehnte, war das Vorhaben des A von Anfang an fehlgeschlagen. Ein fehlgeschlagenes Vorhaben kann dem bedrohten Rechtsgut nicht mehr gefährlich werden. Daher braucht dieses Vorhaben auch nicht zum Zwecke des Rechtsgüterschutzes angezeigt zu werden.

## 2. Ergebnis

F hat sich nicht aus § 138 Abs. 1 Nr. 5 StGB strafbar gemacht.

### III. Betrug, § 263 Abs. 1 StGB

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Täuschung

F hat dem A vorgespiegelt, er sei bereit, die K auftragsgemäß zu töten. Die innere Bereitschaft zur Begehung einer Tat ist eine gegenwärtige Tatsache. Da F diese Bereitschaft nicht hatte, hat er diese Tatsache dem A vorgespiegelt.

Fraglich ist allerdings, ob die Bereitschaft zur Begehung eines Mordes eine Tatsache ist, vor deren wahrheitswidriger Vorspiegelung der Adressat einer solchen Bereitschaftserklärung strafrechtlich geschützt zu werden verdient. Die h. M. sieht darin kein Problem, erörtert hingegen, ob der auf die Richtigkeit einer solchen Zusicherung Vertrauende einen Vermögensschaden erleidet, wenn er im Vertrauen auf eine solche Erklärung eine Vermögensverfügung tätigt.

Zur abweichenden Meinung von **Prof. Mitsch** folgender Auszug aus dem Lehrbuch „Strafrecht Besonderer Teil Band 2 Vermögensdelikte Teilband 1 Kernbereich“ :

##### *cc) Täuschung und illegale Zweckverfolgung*

**41** Die Kenntnis von der vermögensschädigenden Wirkung der eigenen Vermögensverfügung schließt eine tatbestandsmäßige Täuschung nicht nur dann aus, wenn der Vermögensinhaber überhaupt keine Gegenleistung erwartet, sondern auch dann, wenn er mit einer Gegenleistung rechnet, die mit einem rechtlichen Makel behaftet und aus diesem Grund von der Rechtsordnung nicht als schutzwürdiges Vermögengut anerkannt ist<sup>1</sup>. Wer Geld zahlt, um eine derartige Gegenleistung zu erlangen, handelt im Hinblick auf das Risiko der Gegenleistungsvorenthaltung auf eigene Gefahr<sup>2</sup>. Das Problem des Einsatzes von Vermögenswerten zur Förderung oder Erreichung **illegaler Zwecke** wird in Literatur und Rechtsprechung als Schadensproblem klassifiziert und demgemäß im Zusammenhang mit dem Betrugsmerkmal “Vermögensschaden” erörtert<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> NK-Kindhäuser, § 263 Rn. 126 : Wahrheitswidrige Angaben eines Dealers über die Beschaffenheit von Rauschgift sind keine betrugsrelevante Täuschung gegenüber dem Käufer des Rauschgifts.

<sup>2</sup> Hecker, JuS 2001, 228 (231); a. A. Zieschang, FS Hirsch, S. 831 (845); Gröseling, NStZ 2001, 515 (519).

<sup>3</sup> RGSt 44, 230 ff; KG, NJW 2001, 86; Maiwald, NJW 1981, 2777 (2780); Kühn, JuS 1989, 505 (510); Blei, BT, S. 236; Bockelmann, BT 1, S. 79; Haft, BT, S. 211; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, §

Richtig ist aber die Thematisierung im Rahmen des Merkmals "Täuschung"<sup>4</sup>. Der Grund für diese Einordnung ist derselbe wie bei den Problemen des Spenden- und Bettelbetrugs<sup>5</sup>: An einem Vermögensschaden fehlt es in den umstrittenen Fällen gerade nicht<sup>6</sup>. Dem Opfer wird ein Vermögensgut abgeschwindelt und keine diesen Verlust ausgleichende Gegenleistung zugewandt<sup>7</sup>. Die Entscheidung gegen einen tatbestandsmäßigen Betrug fällt aber schon bei der Täuschung. Aus dem Tatbestand werden bestimmte Täuschungsinhalte ausgeklammert, weil das Opfer des strafrechtlichen Schutzes vor einer derartigen Täuschung nicht würdig ist<sup>8</sup>.

**Beispiel<sup>9</sup>**: O beauftragt den Profikiller T mit der Tötung seines Rivalen R. Als Vorschuß gibt O dem T 50 000 Euro. Nach Ausführung des Auftrags soll T weitere 50 000 Euro erhalten. T nimmt die 50 000 Euro entgegen, hat aber von vornherein die Absicht, die ihm angesonnene Tat nicht zu begehen.

T hat dem O vorgespiegelt, zur Ausführung des Tötungsauftrags bereit zu sein. O ist dadurch in einen Irrtum versetzt worden. Trotz dieses Irrtums wußte O, daß er mit der Bezahlung des T sein Vermögen mindert. Allerdings erwartete er als „Quasi-Gegenleistung“ die Tötung des R, die er als Vorteil empfunden hätte, durch den der Verlust des Geldes nach seiner höchstpersönlichen Einschätzung aufgewogen worden wäre. Würde man die „Leistung“ des Killers als Vermögensgut anerkennen, läge eine unbewußte Selbstschädigung des O und damit ein tatbestandsmäßiger Betrug des T vor.

Vordergründig mag eine solche Beurteilung auf der Grundlage eines „wirtschaftlichen Vermögensbegriffs“ konsequent sein<sup>10</sup>. Eine andere Frage ist aber, ob das Recht - insbesondere das Strafrecht - seinen Schutz auf „Wirtschaftsgüter“ erstrecken darf und sollte, die - wie der Lohn für einen Killer - in engem Zusammenhang mit schwersten Rechtsbrüchen und Rechtsgüterverletzungen stehen, gewissermaßen deren Korrelat sind. Die Frage

---

41 Rn. 122; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 35; *LK-Lackner*, § 263 Rn. 240 ff.; *NK-Kindhäuser*, § 263 Rn. 294.

<sup>4</sup> Mit dieser betrugsdogmatischen Einordnung sympathisierend *Hecker*, JuS 2001, 228 (232); als Frage der schutzwürdigen Vermögensverfügung behandeln *Bergmann/Freund*, JR 1988, 189 (192); *dies.*, JR 1991, 357 (358); auf den Schutzzweckzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum stellt *Gröseling*, NStZ 2001, 515 (517) ab.

<sup>5</sup> Die identische Problemstruktur der Fälle betont auch *Maiwald*, NJW 1981, 2777 (2780), allerdings auf der Ebene des Vermögensschadens.

<sup>6</sup> Entgegen *Maiwald*, NJW 1981, 2777 (2780) hat der BGH (BGHSt 29, 300, 302) daher völlig Recht, wenn er die Frage des Vermögensschadens in wenigen Zeilen abhandelt. Recht hat aber auch *Maiwald* mit seiner Rüge, der BGH habe das Problem des Falles gar nicht gesehen.

<sup>7</sup> RGSt 44, 230 (236); *Bockelmann*, BT 1, S. 79.

<sup>8</sup> *Hecker*, JuS 2001, 228 (230).

<sup>9</sup> Vgl. auch den Fall BGH, NJW 1995, 1910: Die Täter verkauften dem Opfer Rauschgift und erhielten von ihm eine Vorauszahlung von 10 000 Euro. Die Täter hatten von vornherein die Absicht, kein Rauschgift zu liefern, das Geld aber zu behalten. Die Gerichte verurteilten u. a. wegen Betruges. Zum umgekehrten Fall (Auftraggeber prellt den Killer um den versprochenen Lohn) vgl. *Hecker*, JuS 2001, 228 (230).

<sup>10</sup> BGHSt 29, 300 (302); KG, NJW 2001, 86; *Grünhut*, JW 1932, 2434 (2435); *Tenckhoff*, JR 1988, 126 (127) *Otto*, Jura 1993, 424 (426); *dies.*; Struktur, S. 292; *Hecker*, JuS 2001, 228 (231); *Bockelmann*, BT 1, S. 79; *Haft*, BT, S. 211; *Rengier*, BT 1, § 13 Rn. 60; *LK-Lackner*, § 263 Rn. 242; *Lackner/Kühl*, § 263 Rn. 35; im Ergebnis ebenso *Dölling*, JuS 1981, 570 (571), der aber meint, die Strafbarkeit sei im vorliegenden Fall nach allen Vermögenstheorien begründet.

ist entschieden zu verneinen<sup>11</sup>. Das Strafrecht selbst zeigt in §§ 74 ff, welchen „Schutz“ es diesem Gut angedeihen läßt. Der „Killerlohn“ ist zur Begehung einer vorsätzlichen Straftat des O (§§ 211, 30 I) gebraucht worden, § 74 I. Das Geld ist wegen § 134 BGB (trotz Abstraktionsprinzip<sup>12</sup>) nicht Eigentum des T geworden<sup>13</sup>, kann also gem. § 74 II Nr. 1 eingezogen werden<sup>14</sup>. Daraus kann nur geschlossen werden, daß das Geld jedenfalls nicht mehr zu dem Teil des Vermögens zu rechnen ist, vor dessen Minderung O strafrechtlich geschützt ist<sup>15</sup>. Die das Gegenteil behauptende h. M. ist unvertretbar, das von ihr für richtig gehaltene Ergebnis unerträglich<sup>16</sup>, die zur Stützung des Ergebnisses formulierten Begründungen haben teilweise ein erbärmliches Niveau<sup>17</sup>. Wenn Strafrechtsanwendung positiv-general-präventive Effekte auslösen soll<sup>18</sup>, dann muß sie vor allem von Nichtjuristen ernst genommen und respektiert werden können<sup>19</sup>. Dazu bedarf es aber mindestens einer Auslegung des Rechts, die sich von Pervertierung des Rechts klar und deutlich distanziert. Strafrechtlicher Schutz des „Anspruchs“ - besser : der Hoffnung - auf Erfüllung eines Mordauftrags wäre aber eine vollkommen unverständliche und nachgerade perverse Zweckentfremdung des Strafrechts<sup>20</sup>. Abstrakter formuliert lautet das hier akzentuierte und von der h. M. mißachtete Prinzip, daß das Strafrecht sich nicht in Widerspruch zu Wertungen setzen darf, die in anderen Teilen der Rechtsordnung - z. B. im Zivilrecht - ihre Wurzel haben<sup>21</sup>. Mit der Bejahung eines tatbestandsmäßigen Betrugs produziert die h. M. einen Widerspruch zwischen § 263 und § 817 S. 2 BGB<sup>22</sup>. Darüber hinaus ist sogar ein strafrechtsinterner Widerspruch zu konstatieren : Der Sache nach drängt die h. M. den Auftragnehmer zu einem Verstoß gegen §§ 211, 212, um dem Vorwurf eines Verstoßes gegen § 263 zu entgehen<sup>23</sup>. Diesen Normwiderspruch kann man auch nicht mit dem Hinweis leugnen, nicht die Unterlassung der Tötung, sondern das Erschwindeln des Geldes begründe den tatbestandsmäßigen

---

<sup>11</sup> *Samson*, JA 1978, 564 (570); *Hecker*, JuS 2001, 228 (231); a. A. RGSt 44, 230 ff; 65, 3 (4); *Gröseling*, NStZ 2001, 515 (518).

<sup>12</sup> Das gesetzliche Anstiftungs-, Bereiterklärungs- bzw. Belohnungs-Verbot (§§ 26, 30 II, 140 Nr. 1) erfaßt hier auch das dingliche Erfüllungsgeschäft, § 929 BGB.

<sup>13</sup> *Gröseling*, NStZ 2001, 515 (517); *Hecker*, JuS 2001, 228 (231).

<sup>14</sup> *Hecker*, JuS 2001, 228 (232).

<sup>15</sup> Nicht nachvollziehbar ist die differenzierende Bewertung von *Zieschang*, FS Hirsch, S. 831 (845), der einen Widerspruch zur Wertordnung des Grundgesetzes zwar hinsichtlich des vom Auftraggeber verfolgten Zwecks, nicht aber hinsichtlich des zweckgerichteten Einsatzes von Geld bejaht. Das Gegenteil ist richtig : Solange der Zweck nur im Kopf des Auftraggebers existiert, ist er als Gesinnungsinhalt rechtlich irrelevant. Ein Widerspruch zu irgendwelchen Rechtssätzen kann also noch nicht entstehen. Erst mit der objektiven Zweckverfolgungstätigkeit entsteht überhaupt ein rechtlich bewertbarer Gegenstand.

<sup>16</sup> *Bergmann/Freund*, JR 1988, 189 (191); *dies.*, JR 1991, 357 (358).

<sup>17</sup> KG, NJW 2001, 86 : „Das darf jedoch kein Grund sein, den Strafanspruch des Staates einem Täter gegenüber preiszugeben, der Strafe verdient hat.“; aaO, S. 87 : „Anderenfalls würde man im Verhältnis von Rechtsbrechern untereinander Betrug und Erpressung gutheißen“. Zutreffende Kritik an der Begründungsschwäche in der Rechtsprechung *Zieschang*, FS Hirsch, S. 831 (841 ff.).

<sup>18</sup> Es steht außer Frage, daß das Strafrecht diesem Zweck dient; vgl. z. B. *Roxin*, AT 1, § 3 Rn. 37 ff.

<sup>19</sup> Treffend *Hecker*, JuS 2001, 228 (231) : „Die Rechtsordnung würde sich selbst paralysieren ...“.

<sup>20</sup> *Bergmann/Freund*, JR 1988, 189 (192).

<sup>21</sup> BGH, StV 1987, 484; *Lenckner*, JZ 1967, 105 (107); *Bergmann/Freund*, JR 1988, 189 (192); *SK-Günther*, § 263 Rn. 111.

<sup>22</sup> *Cramer*, JuS 1966, 472 (475); *Bergmann/Freund*, JR 1991, 357 (358); a. A. RGSt 44, 230 (243).

<sup>23</sup> *Seelmann*, JuS 1982, 509; a. A. *Gröseling*, NStZ 2001, 515 (518), die bei ihrer Argumentation nicht berücksichtigt, daß die h. M. das Problem beim Vermögensschaden loziert, an dem es fehlt, wenn der Auftragnehmer (Killer) seine „Gegenleistung“ erbringt.

Vermögensschaden<sup>24</sup>. Da der Auftraggeber sich des Geldes ja bewußt entäußert, erhält der Gesamtvorgang den Charakter einer unbewußten Vermögensschädigung<sup>25</sup> erst dadurch, daß man das Ausbleiben des Mordes als Nichterlangung eines Vorteils qualifiziert, die das bewußt erbrachte Vermögensopfer des Auftraggebers zum unbewußt erlittenen Vermögensschaden werden läßt<sup>26</sup>. Wer diese m. E. abwegige Einschätzung teilt, muß übrigens auch die Konsequenz ziehen, im obigen Beispiel die infolge eines freiwilligen Sinneswandels letztlich doch ausgeführte Ermordung des R durch T als strafbefreienden Rücktritt (§ 24 I) vom Betrugsversuch (§§ 263, 22) anzuerkennen<sup>27</sup>. Weiter wäre zu überlegen, ob der Killer selbst Opfer einer Erpressung wird, wenn er von dem Auftraggeber durch Drohung - z. B. mit Strafanzeige - dazu genötigt wird, den Auftrag doch noch auszuführen. Die Tötung des R wäre ja wohl als „Vermögensverfügung“ zu qualifizieren, wenn es denn zutrifft, daß die Unterlassung der Tötung das Vermögen des Auftraggebers schädigt<sup>28</sup>. Würde deswegen nicht sogar der Nothelfer, der gegen die Tötungshandlung des T mit Gewalt interveniert, das Vermögen des O schädigen, also den Tatbestand der Dreiecks-Erpressung verwirklichen und nur durch Notstand<sup>29</sup> gerechtfertigt sein? Mir scheint, diese dogmatischen Verirrungen sind krass und unerträglich genug, um die Verfehltheit der zugrundeliegenden Prämisse erahnen zu lassen<sup>30</sup>.

42 Damit es zu solchen grotesken<sup>31</sup> Ergebnissen nicht kommen kann, muß die in Erwartung einer mit illegalen Mitteln zu bewirkenden Verlustkompensation verursachte Minderung des eigenen Vermögens als bewußte Selbstschädigung bewertet werden<sup>32</sup>. Dies hat zur Folge, daß es an einer tatbestandsmäßigen Täuschung fehlt und deshalb der durch Vorenthaltung der illegalen Gegenleistung enttäuschte Auftraggeber nicht Opfer eines Betruges geworden ist. Diese Einsicht kann die h. M. allerdings deswegen nicht gewinnen, weil sie die Problematik als Frage des Vermögensschadens behandelt und die zutreffende Einordnung beim Merkmal „Täuschung“ verkennt. Einen Vermögensschaden

---

<sup>24</sup> Dölling, JuS 1981, 570 (571); Zieschang, FS Hirsch, S. 831 (845); Haft, BT, S. 212.

<sup>25</sup> Wer - wie z. B. Dölling, JuS 1981, 570 (571) - unter § 263 auch Fälle bewußter Selbstschädigung subsumiert, hat mit der Bejahung eines tatbestandsmäßigen Betrugs verständlicherweise keine Probleme.

<sup>26</sup> RGSt 19, 186 (191); Otto, Struktur, S. 292: "Wer daher zu einem bestimmten Preis ein Abtreibungsmittel kaufen will und nur ein wertloses Pulver erhält, ist genauso geschädigt wie derjenige, der einen Mörder dingt, wenn dieser die versprochene Tat nicht ausführt, den erhaltenen Lohn jedoch verbraucht."

<sup>27</sup> Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn man den Betrug bereits mit der Entgegennahme des "Vorschusses" für vollendet hält.

<sup>28</sup> Haft, BT, S. 212: "Die Arbeit eines Killers hat ebenso wie das 'älteste Gewerbe' einen wirtschaftlichen Wert."; berechtigte Kritik daran bei Hecker, JuS 2001, 228 (230 f.).

<sup>29</sup> Notwehr scheidet aus, weil Vermögensinhaber O nicht Angreifer ist.

<sup>30</sup> Hecker, JuS 2001, 228 (231).

<sup>31</sup> Zutreffend Cramer, JuS 1966, 472 (475); Seelmann, JuS 1982, 509; Arzt/Weber, BT, § 20 Rn. 120.

<sup>32</sup> Ebenso Cramer, JuS 1966, 472 (477); ders., Vermögensbegriff, S. 97; Seelmann, JuS 1982, 509; Barton, StV 1987, 485; D. Geerds, Jura 1994, 309 (311), Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 41 Rn. 22; Rengier, BT 1, § 13 Rn. 57; NK-Kindhäuser, § 263 Rn. 294; Schönke/Schröder/Cramer, § 263 Rn. 150; SK-Günther, § 263 Rn. 149, wo dieses Ergebnis freilich auf der Ebene des Vermögensschadens plaziert wird; im Ergebnis übereinstimmend, aber gegen seine Herleitung aus dem Gesichtspunkt der bewußten Selbstschädigung Bergmann/Freund, JR 1988, 189 (193); a. A. RGSt 44, 230 (246).

hat O schon erlitten<sup>33</sup>, nur eben nicht infolge einer tatbestandsmäßigen Täuschung<sup>34</sup>.

Im obigen Beispiel hat sich T also nicht wegen Betruges strafbar gemacht. Eine Strafbarkeit aus §§ 211, 30 II 1 entfällt ebenfalls, da T von vornherein keinen Tötungsvorsatz, sich also nur äußerlich „bereiterklärt“ hatte. Nach den Grundsätzen über den „agent provocateur“ ist eine solche Scheinerklärung straflos<sup>35</sup>.

#### b) Irrtum

Durch die Vorspiegelung der Tötungsbereitschaft wurde in A ein Irrtum erregt. A stellte sich irrig vor, F sei bereit, seine Ehefrau K zu töten.

#### c) Vermögensverfügung

Indem A dem F 2000 Euro als Vorschuß zahlte, verfügte er über sein Vermögen.

#### d) Vermögensschaden

Da A aufgrund der Zahlung um 2000 Euro ärmer geworden ist, könnte er einen Vermögensschaden erlitten haben. Dennoch ist das zweifelhaft, weil A diesen Geldbetrag in dem Bewußtsein zahlte, daß er dafür außer der Tötung seiner Frau durch F keine Gegenleistung erhalten würde. Der Schaden könnte daher gar nicht in dem Verlust der 2000 Euro, sondern in der Nichterlangung dieser „Gegenleistung“ liegen.

Dazu *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 8. Aufl. 2006, § 13 Rn 60 :

„Fest steht, daß in derartigen Fällen der Getäuschte jedenfalls den rechtmäßigen Besitz an seinem (redlich erworbenen) Geld verliert. Fraglich ist aber, ob das Vermögen auch dann noch strafrechtlichen Schutz verdient, wenn es zu einem von der Rechtsordnung mißbilligten Geschäft eingesetzt wird. Nach der rein wirtschaftlichen Lehre besteht zu solchen Einschränkungen von vornherein kein Anlaß. Hingegen könnte die juristisch-ökonomische Lehre die Wertungen der §§ 134, 138, 817 S. 2 BGB einfließen lassen und von daher den strafrechtlichen Schutz versagen. Doch verdiente dies keine Zustimmung : Eigentum und Besitz sind von der Rechtsordnung – und insoweit auch auf dem Boden der juristisch-ökonomischen Lehre – geschützte Vermögensbestandteile. Der Einsatz zu verbotenen/sittenwidrigen Zwecken entzieht Eigentum und Besitz nicht diesem Schutz. Die zur Schädigung entschlossene Person, die z. B. die Begehung einer Straftat verspricht, darf keinen Freibrief erhalten, sich durch Täuschungen beliebig bereichern zu können, sofern der Getäuschte ebenfalls mißbilligte Zwecke verfolgt. Bei diesen Zwecken könne ja nicht nur extreme Fälle wie Mord und Totschlag eine Rolle spielen, sondern auch Sachbeschädigung, Geldwäsche, Bestechung, Drogenhandel, Steuerhinterziehung, verbotene Wettbewerbsabsprachen usw.“

<sup>33</sup> Insoweit zutreffend RGSt 65, 3 (4).

<sup>34</sup> Anders *Maiwald*, NJW 1981, 2777 (2781), der den Vermögensschaden verneint.

<sup>35</sup> *Schönke/Schröder/Cramer*, § 30 Rn. 27.

Die h. M. bejaht hier also einen Vermögensschaden des A<sup>36</sup>.

Die Rückgabe der 2000 Euro an A Anfang Dezember beseitigt den zuvor bereits eingetretenen Vermögensschaden nicht.

## 2. Subjektiver Tatbestand

a) F hat vorsätzlich gehandelt, § 15 StGB.

b) F hat mit der Absicht gehandelt, sich rechtswidrig zu bereichern.

aa) Gegenstand der Bereicherung (2000 Euro aus dem Vermögen des A) und Gegenstand des Vermögensschadens des A sind „stoffgleich“.

bb) Die erstrebte Bereicherung war rechtswidrig, da F keinen Anspruch auf sie hatte.

## 3. Rechtswidrigkeit

Die Tat war rechtswidrig.

## 4. Schuld

F handelte schuldhaft.

## 5. Ergebnis

Nach h. M. hat sich F aus § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Nach der – vorzugswürdigen – Gegenmeinung fehlt es schon an einer Täuschung und daher an der objektiven Tatbestandserfüllung.

## **Aufgabe 2**

### 1. Variante :

A hat ohne niedrige Beweggründe gehandelt.

a) Nach der Rspr. ist A aus §§ 211, 30 Abs. 1 StGB strafbar.

aa) Die Strafe ist § 211 StGB zu entnehmen. § 211 StGB droht nur lebenslange Freiheitsstrafe an.

---

<sup>36</sup> *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rn 564.

bb) Die Strafe ist gem. § 30 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 49 Abs. 1 StGB zu mildern. Nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 senkt sich das Strafniveau von lebenslang auf 3 bis 15 Jahre Freiheitsstrafe.

cc) Die gemilderte Strafe ist gem. § 28 Abs. 1 StGB i. V. m. § 49 Abs. 1 StGB erneut zu mildern. Die Untergrenze des Strafrahmens (3 Jahre) sinkt auf 6 Monate (§ 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB). Die Obergrenze des Strafrahmens (15 Jahre) sinkt auf 11 Jahre und 3 Monate, § 49 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

Grundlage der Strafzumessung ist also ein Strafrahmen von 6 Monaten bis 11 Jahre und 3 Monate.

b) Nach der Lit. ist A aus §§ 212, 30 Abs. 1 StGB strafbar.

aa) Die Strafe ist § 212 Abs. 1 StGB zu entnehmen, also dem Strafrahmen von 5 bis 15 Jahren.

bb) Die Strafe ist gem. § 30 Abs. 1 S. 2 StGB i. V. m. § 49 Abs. 1 StGB zu mildern. Die Untergrenze des Strafrahmens sinkt von 5 Jahren auf 2 Jahre. Die Obergrenze des Strafrahmens sinkt von 15 Jahren auf 11 Jahre und 3 Monate.

Grundlage der Strafzumessung ist also ein Strafrahmen von 2 Jahren bis 11 Jahren und 3 Monaten.

Der Widerspruch, der darin besteht, daß bei einer Bestrafung wegen versuchter Anstiftung zum Mord die Strafrahmenuntergrenze bei 6 Monaten liegt, bei einer Bestrafung wegen versuchter Anstiftung zum Totschlag dagegen bei 2 Jahren, wird von der Rechtsprechung gesehen. Zur Beseitigung des Widerspruchs behauptet die Rspr. eine „Sperrwirkung“ aus §§ 212, 30 Abs. 1 StGB. Die Strafrahmenuntergrenze der §§ 212, 30 Abs. 1 StGB (2 Jahre) darf bei der Bestrafung aus §§ 211, 30 Abs. 1 StGB nicht unterschritten werden<sup>37</sup>.

2. Variante :

A hat mit niedrigen Beweggründen gehandelt.

a) Nach der Rspr. wird A aus § 211, 30 Abs. 1 StGB bestraft. Ausgangspunkt ist die lebenslange Freiheitsstrafe.

Die Strafe wird gem. § 30 Abs. 1 S. 2 StGB i. V. m. § 49 Abs. 1 StGB gemildert. Der Strafrahmen beträgt somit 3 bis 15 Jahre, § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Eine weitere Milderung erfolgt nicht. § 28 Abs. 1 StGB i. V. m. § 49 Abs. 1 StGB kommt nicht zur Anwendung, weil A selbst ein Mordmerkmal erfüllt hat.

---

<sup>37</sup> BGH, NStZ 2006, 289 (290).

b) Nach der Lit. ist A aus §§ 211, 30 Abs. 1 StGB strafbar. Wegen der Milderung nach § 30 Abs. 1 S.2 StGB i. V. m. § 49 Abs. 1 StGB beträgt der Strafraum 3 bis 15 Jahre.

ENDE

