

Kaffee und Parfüm

Sachverhalt

I. Das eheliche Verhältnis zwischen Thomas (T) und Olivia (O) ist seit einiger Zeit getrübt. T verdächtigt O nicht ohne Grund ein außereheliches Verhältnis mit ihrem Arbeitskollegen Kurt zu haben. Als O beruflich eine Modemesse in Düsseldorf besucht, beschließt T seine Ehefrau durch vergiftetes Kaffeepulver zu töten. Die Modemesse dauert bis Freitagabend und O hatte mitgeteilt, dass sie am Samstagvormittag gegen 10 Uhr nach Hause kommen werde. Am Freitagnachmittag mischt T in der Küche ein tödliches Giftpulver unter das Kaffeepulver. Dabei merkt er nicht, dass er von seinem Stiefsohn Stefan (S), dem 18-jährigen Sohn der O aus deren erster Ehe, beobachtet wird. S, der kein Kaffeetrinker ist, erkennt, was T vorhat. S hat zu seinem Stiefvater ein gutes Verhältnis und ihn ärgert es sehr, dass seine Mutter durch ehebrecherisches Verhalten den ehelichen und familiären Frieden belastet. Daher billigt S die Tötung der O durch T. Da er aber davon ausgeht, dass O erst am nächsten Tag nach Hause kommen und frühestens dann den vergifteten Kaffee trinken wird, ist ihm bewusst, dass er noch viel Zeit haben wird, um das Kaffeepulver wegzuschütten und so die Tötung zu verhindern. Er behält sich vor, notfalls „im letzten Moment“ das tödliche Kaffeepulver unschädlich zu machen. Abiturient S muss werktags immer früh aufstehen und hat dann einen anstrengenden Schultag zu absolvieren. Deshalb schläft er am Wochenende gern aus, zumal er Samstagabend meistens bis spät in die Nacht mit Freunden „um die Häuser zieht“. Es kommt vor, dass er an einem Samstagvormittag um 12 Uhr immer noch im Bett liegt, um dann abends „fit“ zu sein.

T setzt sich am Freitagabend in seinen Pkw und fährt an die Ostsee, um dort das Wochenende zu verbringen. Das teilt er dem S vor seiner Abreise mit. Außer S und seinen Eltern wohnt in dem Haus niemand. S geht um 23 Uhr ins Bett. Er hält es für nicht ausgeschlossen, dass er am nächsten Tag – wie so oft – erst gegen Mittag aufwacht. Um 23.15 Uhr ist S eingeschlafen. Überraschend kommt O am Freitagabend gegen 24 Uhr nach Hause. Wie sie es immer macht, wenn sie nach einer Reise wieder zu Hause angekommen ist, brüht sie sich sofort einen Kaffee unter Verwendung des von T vergifteten Pulvers. Die Giftdosis, die in der Kaffeeportion enthalten ist, ist zur sofortigen Verursachung des Todes geeignet. Als O ihre Kaffeetasse gefüllt hat, klingelt plötzlich das Telefon. Am Apparat ist die Freundin Frieda (F), die die O sogleich in ein halbstündiges Gespräch verwickelt. Die Kaffeetasse steht währenddessen unangerührt in der Küche. Nach dem Telefonat ist der Kaffee kalt geworden, weshalb die O ihn wegschüttet. Eine neue Tasse Kaffee will sich O dann nicht mehr machen, weil sie sehr müde ist. Sie legt sich ins Bett und schläft bis Samstagvormittag um 9 Uhr. Um 8 Uhr am Samstagmorgen steht S auf und geht in die Küche. Dass seine Mutter in der Nacht nach Hause gekommen ist, hat er nicht mitbekommen und ist ihm auch jetzt nicht bekannt. Er rechnet damit, dass O gegen 10 Uhr nach Hause kommt. Das vergiftete Kaffeepulver schüttet S weg und füllt die Dose mit neuem unvergifteten Kaffeepulver auf.

Kurz danach ruft T an. Er erklärt dem S, er habe gestern vor seiner Abfahrt aus Versehen eine größere Menge Salz in die halbvolle Dose mit Kaffeepulver geschüttet. Der aus diesem Gemisch zubereitete Kaffee werde daher einen ziemlich ekligen Geschmack haben. S solle doch bitte das Pulver wegschütten und neues einfüllen. „Geht in Ordnung, mache ich gleich“,

verspricht S dem T. Dass er das vergiftete Kaffeepulver schon vorher weggeschüttet hatte, verrät S dem T nicht.

II. Zur Erholung von den Strapazen der anstrengenden Modemesse gönnt sich O am verkaufsoffenen Sonntag einen Shopping-Bummel durch Berliner Kaufhäuser. Viel Geld möchte sie dabei aber nicht ausgeben. Im Kaufhaus KaDeWe lässt O in der Abteilung „Edle Düfte“ ein teures Parfüm (Kaufpreis: 89 Euro) in ihrer Umhängetasche verschwinden. O wird bei dieser Tat von der Kaufhausdetektivin Diana (D) beobachtet, die am Ausgang des Kaufhauses die O auf die Entwendung des Fläschchens anspricht. „Ich weiss nicht, wovon Sie sprechen. Lassen Sie mich in Frieden!“ entgegnet O. Mit raschem Griff entreißt D der O die Umhängetasche, um darin nach dem Parfümfläschchen zu suchen. O will sich das nicht gefallen lassen, ergreift mit beiden Händen die Tasche und zerrt daran, um sie der D zu entreißen. D hält mit beiden Händen den Tragegurt der Handtasche fest umklammert. O zerrt und reißt mit aller Kraft an der Tasche. D hält immer noch den Tragegurt der Tasche und wendet ihre ganze Kraft auf, um nicht loszulassen. Am Ende ist O doch die Stärkere. D öffnet die Fäuste und lässt die Tasche los. O entkommt mit Tasche samt Inhalt. Auf der Haut der Handinnenflächen der D zeichnet sich ein dunkelroter Streifen ab, weil auf Grund des kräftigen Zugs der O der lederne Tragegurt tief in die Haut der D eingeschnitten hat. O hatte von Anfang an die Absicht, das Parfümfläschchen mitzunehmen, nicht zu bezahlen und zu behalten.

Aufgabe Beantworten Sie in einem Rechtsgutachten folgende Fragen:

I. Haben sich T und S strafbar gemacht ?

Aus dem StGB-BT sind nur Straftatbestände des sechzehnten (16.) Abschnitts zu berücksichtigen.

II. Wie hat sich O strafbar gemacht ?

Zu prüfen sind nur Straftatbestände aus dem Zwanzigsten (20.) Abschnitt des StGB-BT.

Lösung

I. Strafbarkeit von T und S

A. Strafbarkeit des T

§§ 212, 211, 25 I 2. Alt., 22 StGB, Versuchter Mord in mittelbarer Täterschaft

T könnte sich dadurch, dass er Gift in das Kaffeepulver mischte, wegen versuchten Mordes in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212, 211, 25 I 2. Alt., 22 StGB strafbar gemacht haben.

1. Nichtvollendung

Die Tat ist nicht vollendet, da O nicht von dem vergifteten Kaffee getrunken hat und noch am Leben ist.

2. Gesetzliche Versuchsstrafdrohung

Mordversuch ist mit Strafe bedroht, da Mord ein Verbrechen ist, §§ 23 I, 12 I StGB.

Der in der Literatur vereinzelt gegebenen Empfehlung, bei der Prüfung der Versuchsstrafbarkeit die „Vorprüfungsstationen“ einfach wegzulassen¹, sollte man besser nicht folgen.

3. Subjektiver Tatbestand

T müsste den Entschluss gefasst haben, eine Tat zu begehen, die den Tatbestand des Mordes erfüllt.

Die häufig als „Tatentschluss“² bezeichnete Stufe im Aufbau des Versuchsdelikts ist der subjektive Tatbestand. Dieser hat denselben Inhalt wie der subjektive Tatbestand des korrespondierenden vollendeten Delikts.³ Den subjektiven Tatbestand des Versuches vor dem objektiven Tatbestand zu prüfen, ist heute absolut üblich.⁴ Früher wurde vereinzelt die umgekehrte Reihenfolge vorgeschlagen.⁵ Das ist nicht falsch, aus „taktischen“ Erwägungen ist davon aber abzuraten.

a) Tötungsvorsatz

¹ Langer, JuS 1987, 896 (897) Fn. 13; Putzke, JuS 2009, 894 (895).

² Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 9 Rn. 20; Hilgendorf/Valerius, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2015, § 10 Rn. 19; Kaspar, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2015, Rn. 697; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 34 Rn. 7; Roxin, JuS 1979, 1.

³ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, § 29 Rn. 61.

⁴ Zur sachlichen Begründung vgl. B. Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rn. 647; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 3. Aufl. 2015, § 28 Rn. 33.

⁵ Langer, JuS 1987, 896 (898); Spendel, FS Stock, 1966, S. 89 ff.

T wollte mit seiner Handlung – Vermischen des Kaffeepulvers mit Giftpulver – eine Ursache dafür setzen, dass O nach dem Trinken des vergifteten Kaffees stirbt. Er hielt es zumindest für möglich,⁶ dass sich dieser Geschehensverlauf so ereignen werde. Diese vorgestellte Handlung wäre eine objektiv tatbestandsmäßige Tötung. Der Umstand, dass zwischen dieser Handlung und dem Eintritt des Todeserfolges eine eigene Handlung der O – das Austrinken des Kaffees – „geschaltet“ ist, steht dieser rechtlichen Bewertung nicht entgegen. Denn O sollte ja nach der Vorstellung des T ahnungslos das vergiftete Getränk zu sich nehmen. Daher vermag dieses objektiv selbstschädigende Verhalten der O die objektive Erfolgszurechnung nicht auszuschliessen. Vielmehr begründet die Unkenntnis der O von dem selbstschädigenden Wirkung ihres eigenen Tuns die Tatherrschaft des T und macht diesen zum „mittelbaren Täter“ iSd § 25 I 2. Alt. StGB.⁷

b) Vorsatz bzgl. Mordmerkmal

Von den objektiven Merkmalen, die gem. § 211 II StGB eine vorsätzliche Tötung zum Mord qualifizieren, kommt hier in erster Linie die „Heimtücke“ in Betracht.

Das objektive Mordmerkmale „Grausamkeit“ könnte eine Tötung mittels Gift ebenfalls verwirklichen, wenn die Wirkung der in den Körper gelangten giftigen Substanz beim Opfer unerträgliche Schmerzen und Qualen hervorzurufen geeignet ist.⁸ Ob das hier der Fall ist, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Zudem gibt der Sachverhalt keinen Anhaltspunkt für das Vorliegen der erforderlichen „unbarmherzigen Gesinnung“ des T.⁹

Wenn das Tatgeschehen sich so zugetragen hätte, wie T es sich vorstellte, wäre O die ganze Zeit hinsichtlich des tödlichen Gifts im Kaffee arglos gewesen.¹⁰ Nur aus diesem Grund hätte sie nichts unternommen, um sich vor der tödlichen Wirkung des Kaffees zu schützen, also dieses Kaffeepulver nicht zu benutzen bzw. den vergifteten Kaffee nicht zu trinken. Infolge ihrer Arglosigkeit war sie somit gegenüber dem Giftanschlag auf ihr Leben wehrlos.¹¹ T wollte diese Wehrlosigkeit zur Tatbegehung ausnutzen. Die Einstellung des T, die der Tat zugrunde lag, war eine „feindliche Willensrichtung“.¹² Zudem läge auch – sofern man dieses einschränkende Kriterium überhaupt für relevant hält¹³ – ein „verwerflicher Vertrauensbruch“ gegenüber der eigenen Ehefrau vor. T hatte daher Vorsatz in Bezug auf eine heimtückische Tötung.

c) Niedriger Beweggrund

Die im Sachverhalt mitgeteilten Details über den Zustand der Ehe von T und O wecken die Vermutung, dass der Tötungsentschluss des T einer Motivationslage entsprang, die seine Beweggründe als „auf tiefster sittlicher Stufe stehend und besonders verachtenswert“

⁶ Bedingter Vorsatz (dolus eventualis) reicht nach ganz h.M. auch beim versuchten Delikt aus, wenn der subjektive Tatbestand des vollendeten Delikts bedingten Vorsatz ausreichen lässt, vgl.

⁷ Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 20 Rn. 46; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 43 Rn. 8-10.

⁸ Eisele, Strafrecht Besonderer Teil I, 3. Aufl. 2014, Rn. 109.

⁹ Momsen, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. 2014, § 211 Rn. 57.

¹⁰ Eisele, BT I, Rn. 94 ff; SSW-Momsen, § 211 Rn. 38.

¹¹ Eisele, BT I, Rn. 104; SSW-Momsen, § 211 Rn. 44 ff.

¹² Eisele, BT I, Rn. 106; SSW-Momsen, § 211 Rn. 49.

¹³ Vgl. z.B. Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 211 Rn. 26 (befürwortend); Eisele, BT I, Rn. 69; SSW-Momsen, § 211 Rn. 56 (ablehnend).

erscheinen lassen.¹⁴ Wut, Rache, Eifersucht anlässlich krisenhafter Entwicklungen in einer Ehe oder vergleichbaren Lebenspartnerschaft sind klassische Fälle von niedrigen Beweggründen.¹⁵ Indessen ist eine pauschale Bewertung als „niedrig“ nicht angemessen, zumal das Merkmal angesichts der maximalen Strafdrohung restriktiv ausgelegt werden muss.¹⁶ Neben vielen anderen Umständen des Einzelfalles ist insbesondere zu berücksichtigen, ob das Opfer dem Täter durch sein Verhalten Gründe für die Tat geliefert hat, die gegebenenfalls sogar ein gewisses Verständnis für das Verhalten des Täters aufkommen lassen. Ehebrecherisches Verhalten ist eine Verfehlung, die zwar nicht geeignet ist, die Partnertötung zu entschuldigen oder gar zu rechtfertigen. Einer Bewertung der Tat als zutiefst verwerflich steht es aber durchaus entgegen.¹⁷ Da gegen eine Mordqualifikation, die sich ausschließlich auf die Beweggründe des Täters stützt, ohnehin massive grundlegende Einwände bestehen¹⁸, sollten niedrige Beweggründe im konkreten Fall nur dann angenommen werden, wenn dieses Urteil selbst vor einem streng restriktiven Maßstab Bestand haben kann. Das ist hier nicht der Fall.

4. Objektiver Tatbestand

T müsste nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes des heimtückischen Mordes unmittelbar angesetzt haben, § 22 StGB.

Es ist allgemein anerkannt, dass das „unmittelbare Ansetzen“ iSd § 22 StGB der objektive Tatbestand des Versuchsdelikts ist.¹⁹ Man sollte sich nicht davon irritieren lassen, dass in manchen Lehrbüchern der Ausdruck „objektiver Tatbestand“ bei der Darstellung des Versuchsdelikts nicht verwendet wird.²⁰

Erforderlich ist, dass in dem Tatbild, das T sich vorstellte, ein enger Zusammenhang zwischen seiner von dem endgültigen Tatentschluss getragenen Handlung und den Tatsachen besteht, durch die anschließend der objektive Tatbestand des § 211 StGB verwirklicht wird.²¹ Es dürfen zwischen der Handlung und der Tatbestandsverwirklichung keine weiteren wesentlichen Zwischenakte liegen, die eine der „Unmittelbarkeit“ entgegenstehende Distanz zwischen dem Verhalten des Täters und der vorgestellten Tatbestandsverwirklichung herstellen würden. Das Handeln des Täters muss in die Tatbestandsverwirklichung ohne Zäsur einmünden.

Als besonders schwierige Fallkonstellation gilt die hier vorliegende „Giftfalle“, bei der oftmals – so auch hier – zwischen dem Handeln des Täters und dem Einmünden des Geschehens in die kritische tödliche Phase ein großer Abstand liegt.²² Auf der anderen Seite ist mit dem Stellen der Falle die Aktivität des Täters gemäß seinem Tatplan abgeschlossen, weitere „Zwischenschritte“ zur Zielerreichung sind nicht mehr nötig. Dass dennoch der vom Täter angestoßene und „aus der Hand gegebene“ Kausalverlauf nicht unbedingt „automatisch“, zwangsläufig und unabwendbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden

¹⁴ Eisele, BT I, Rn. 89; S/S/Eser/Sternberg-Lieben, § 211 Rn. 18a.

¹⁵ Vgl. die Kasuistik bei S/S/Eser/Sternberg-Lieben, § 211 Rn. 19.

¹⁶ Eisele, BT I, Rn. 90.

¹⁷ Ausführlich dazu Grünewald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 105 ff, 237 ff.

¹⁸ Dazu grundlegend Grünewald, S. 89 ff.

¹⁹ B. Heinrich, AT, Rn. 721; Rengier, AT, § 34 Rn. 21.

²⁰ So z. B. bei Kaspar, AT, Rn. 694, 704 („objektive Komponente“); Kühl, AT, § 15 Rn. 38.

²¹ B. Heinrich, AT, Rn. 724 ff.

²² B. Heinrich, AT, Rn. 736; Kühl, AT, § 15 Rn. 85a ff.; Rengier, AT, § 34 Rn. 45 ff.; Roxin, AT II, 29 Rn. 192 ff.; ders., JuS 1979, 1 (9).

muss, liegt daran, dass noch andere Vorgänge „zwischengeschaltet“ sein können, die das Tatunternehmen eventuell zum Scheitern bringen könnten. Im vorliegenden Fall ist das zum einen ein mögliches Eingreifen des Sohnes S und zum anderen das eigene Verhalten der O. Da sich das unmittelbare Ansetzen aber nach der Vorstellung des Täters von der Tat richtet, ist ein mögliches Eingreifen des S hier nicht zu berücksichtigen. Dass der S sich an dem Kaffeepulver zu Schaffen machen könnte, lag für T außerhalb der in Betracht zu ziehenden Eventualitäten und ist nach der Vorstellung des T von der Tat kein Umstand, von dem das unmittelbare Ansetzen in irgendeiner Weise abhängen würde. Ein gewisser Unsicherheitsfaktor für das Gelingen des Tatplans war aber die O selbst.²³ Zwar dürfte T die Kaffeegewohnheiten seiner Ehefrau gekannt und daher bewusst in seinen Plan eingebaut haben. Andererseits ist nie völlig auszuschließen, dass ein Mensch seine Gepflogenheiten jäh ändert und z. B. von einem Tag auf den anderen beschließt, zukünftig nur noch vegetarisch zu essen, mit dem Rauchen aufzuhören oder keinen Alkohol oder Kaffee mehr zu trinken. Auch in Bezug auf seine Ehefrau O konnte sich T nicht 100%ig sicher sein, dass eine solche unvorhergesehene Verhaltensänderung ausbleibt. Daraus könnte man nun schließen, dass es an einer unmittelbaren Gefährdung des tatbestandsmäßig geschützten Rechtsguts – des Lebens der O – so lange fehlt, bis die O tatsächlich von ihrer Reise zurückgekehrt ist und damit beginnt, sich einen Kaffee zuzubereiten. Wenn man darüber hinaus die unmittelbare Gefährdung des Rechtsgut zu einem unverzichtbaren Kriterium des „unmittelbaren Ansetzens“ erklärt,²⁴ könnte im vorliegenden Fall das unmittelbare Ansetzen erst erreicht worden sein, als O sich in der Küche die Tasse Kaffee zubereitete. Da dies aber infolge der vorzeitigen Heimreise der O zu einem Zeitpunkt geschah, zu dem T damit noch gar nicht rechnete, entspräche dieses unmittelbare Ansetzen nicht der Vorstellung, die T vom Verlauf seiner Tat hatte. Nach seiner vorausschauenden Tatverlaufsprognose wäre die Grenze des unmittelbaren Ansetzens erst frühestens am Samstagvormittag erreicht gewesen.

Allerdings gewinnt diese sehr restriktive Bestimmung des Versuchsbeginns ihre Überzeugungskraft aus Beispielen, in denen der „Fallensteller“ sich bis zuletzt in räumlicher Nähe der von ihm hergerichteten Installation aufhält und deshalb bis zum Eintritt des Opfers in den gefährlichen Bereich noch eine beträchtliche Erfolgsabwendungsherrschaft innehat.²⁵ Unter dieser Voraussetzung ist es zutreffend, dass von einer unmittelbaren Gefährdung des Rechtsgutes vor Erreichen dieser kritischen Phase nicht gesprochen werden kann. Anders liegen die Dinge indessen, wenn der „Fallensteller“ nach Abschluss seiner Vorbereitungen den Geschehensverlauf und seine eigene Geschehensbeherrschung dadurch „aus der Hand gibt“, dass er sich ohne Rückkehrvorbehalt entfernt und damit die Möglichkeit eines rettenden Eingreifens „im letzten Moment“ verliert. Mit der Aufgabe der Beeinflussungsmöglichkeiten schafft der Täter eine aus seiner Sicht unumkehrbare und unaufhaltsame Gefahrenlage, die es rechtfertigt, diesen „point of no return“ als unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung anzuerkennen.²⁶ Dafür spricht auch die Ähnlichkeit der Fallstruktur mit dem Versuch des unechten Unterlassungsdelikts: dort wird ebenfalls von der überwiegenden Meinung ein Versuchsbeginn spätestens in dem Moment angenommen, in dem sich der Garant seiner Erfolgsabwendungsmöglichkeiten selbst aktiv entäußert, indem er sich z. B. von dem Ort, an dem die Handlungspflicht zu erfüllen wäre, entfernt.²⁷

²³ BGHSt 43, 177 (181).

²⁴ So *Kühl*, AT, § 15 Rn. 85d.

²⁵ *Kaspar*, AT, Rn. 724; *Roxin*, JuS 1979, 1 (9) Fall 18 (1).

²⁶ *Herzberg*, JuS 1985, 1 (7); *Rengier*, AT, § 34 Rn. 51; *Roxin*, AT, § 29 Rn. 195; *ders.*, JuS 1979, 1 (10); skeptisch *Kaspar*, AT, Rn. 727; *Kühl*, AT, § 15 Rn. 85d.

²⁷ *Kaspar*, AT, Rn. 1024; *Rengier*, AT, § 36 Rn. 36; *Roxin*, AT II, § 29 Rn. 287; *ders.*, JuS 1979, 1 (12); a. A. *Kühl*, AT, § 18 Rn. 149.

Im Ergebnis ist ein unmittelbares Ansetzen des T zur Verwirklichung des Mordtatbestandes zu bejahen.

5. Rechtswidrigkeit

Da keine Rechtfertigungsgründe eingreifen, war die Tat rechtswidrig.

6. Schuld

Es liegen keine schuldausschließenden oder entschuldigenden Umstände vor. T hat schuldhaft gehandelt.

7. Rücktritt

Die Strafbarkeit wegen versuchten Mordes könnte aber auf Grund eines Rücktritts aufgehoben worden sein.

a) Rücktritt gem. § 24 I StGB

Die rechtlichen Voraussetzungen eines wirksamen Rücktritts des T richten sich nach § 24 I StGB, nicht nach § 24 II StGB. Weder O noch S sind an der Tat des T in einer Weise beteiligt, die Anlass dafür geben könnte, den Rücktritt des T am Maßstab des § 24 II StGB zu beurteilen.

b) Beendeter Versuch, § 24 I 1 Alt. 2 StGB

Da T mit der Kontamination des Kaffeepulvers bereits alles getan hat, was nach seiner Vorstellung von der Tat zur Herbeiführung der Vollendung erforderlich ist, konnte er nicht mehr durch bloßes Aufgeben iSd § 24 I 1 Alt. 1 StGB zurücktreten. Sein Mordversuch war beendet.²⁸ Ein Rücktritt gem. § 24 I 1 Alt. 2 StGB liegt ebenfalls nicht vor, weil T die Vollendung der Tat nicht verhindert hat. Vielmehr kam es „ohne Zutun“ des T dazu, dass der Mord nicht vollendet wurde. Somit ist nur ein Rücktritt nach Maßgabe des § 24 I 2 StGB möglich.

c) Ernsthaftes Bemühen, § 24 I 2 StGB

Erforderlich ist ein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen um Vollendungsverhinderung. Das Merkmal „ernsthaft“ bringt zum Ausdruck, dass der Zurücktretende nur durch Wahrnehmung erfolgsversprechender Erfolgsabwendungsmaßnahmen des Rücktrittsprivilegs teilhaftig werden kann. Er muss die aus seiner Sicht beste Chance zur Verhinderung des drohenden Unrechtserfolgs ergreifen und darf sich grundsätzlich nicht mit weniger begnügen, es sei denn, auch suboptimales Gegensteuern reicht nach menschlichem Ermessen aus, um die Vollendung abzuwenden.²⁹ Insbesondere „halbherzigen“ Aktionen mit unsicherem Vollendungshinderungspotential ist das Prädikat der Ernsthaftigkeit abzuschreiben.³⁰

²⁸ B. Heinrich, AT, Rn. 736.

²⁹ B. Heinrich, AT, Rn. 800; Hilgendorf/Valerius, AT, § 10 Rn. 101; Kaspar, AT, Rn. 822; Kühl, AT, § 16 Rn. 85; Rengier, AT, § 37 Rn. 141.

³⁰ Kühl, AT, § 16 Rn. 86.

Der Anruf des T am Samstagmorgen geschah zu einem Zeitpunkt, zu dem er mit der Ankunft seiner Ehefrau zu Hause noch nicht gerechnet hatte. Nach seiner Vorstellung von der Tat hatte es T zu diesem Zeitpunkt noch in der Hand, den von ihm angestoßenen Geschehensverlauf zu stoppen und die Gefahr restlos zu beseitigen. Ernsthaftigkeit ist daher nicht schon deswegen zu bestreiten, weil T auch hätte früher anrufen können. Bedenken bestehen indessen gegenüber der Art und Weise, wie sich T als Gefahrabwender betätigte. Zwar kann es grundsätzlich ausreichen, den vollendungshindernden Akt nicht eigenhändig zu vollziehen, sondern dafür einen Dritten einzuschalten. Dann ist jedoch eine Kommunikation mit dem Dritten erforderlich, die diesem den Ernst der Lage unverhohlen und eindringlich vor Augen führt, damit er den Auftrag der Vollendungsverhinderung zuverlässig ausführt.³¹ Verharmlosung und Herunterspielen der Gefahrenlage impliziert das Risiko, dass der Dritte die Notwendigkeit seines Eingreifens unterschätzt und das Erforderliche nicht, nicht ausreichend oder nicht rechtzeitig tut. Diesen Anforderungen wurde T bei seinem Telefonanruf nicht gerecht. Die unwahre Behauptung der versehentlichen „Versalzung“ des Kaffeepulvers hat nicht den alarmierenden Aufrüttelungseffekt eines dringenden Notrufes, dessen es bedurft hätte, um den S zu sofortigem Handeln zu motivieren. Die Warnung vor einem Quantum Salz im Kaffee ruft nicht die Vorstellung von Lebensgefahr, nicht einmal von Gesundheitsgefahr hervor. Dass es buchstäblich um Leben und Tod geht, wurde dem S damit überhaupt nicht bewusst gemacht. Dementsprechend gering ist die Wahrscheinlichkeit einzuschätzen, dass sich S durch diese Nachricht seines Vaters zu sofortigem Eingreifen motivieren lässt. Zudem hätte für S ein bloßer Blick in die Kaffeedose gereicht um zu sehen, dass das braune Kaffeepulver nicht mit weißen Salzkristallen durchsetzt ist. Möglicherweise hätte S daraufhin angenommen, dass sich sein Vater geirrt hat, das Kaffeepulver also in jeder Hinsicht – auch geschmacklich – einwandfrei ist. Die Gefahr, dass S das Kaffeepulver nicht oder nicht rechtzeitig beseitigt, wäre jedenfalls geringer, wenn T den S wahrheitsgemäß über das Gift in dem Kaffeepulver informiert hätte. Dabei hätte T nicht einmal den eigenen vorsätzlichen Vergiftungsversuch offenlegen müssen. Ausgereicht hätte z. B. die wahrheitswidrige Aussage, aus Zerstretheit etwas verwechselt und unglücklicherweise eine hochgefährliche Substanz in die Kaffeepulverdose geschüttet zu haben. Hinreichend „ernsthaft“ ist das Vollendungsverhinderungsbemühen des T deshalb nicht gewesen. Ein wirksamer Rücktritt vom Versuch liegt daher nicht vor.

8. Ergebnis

T hat sich wegen versuchten Mordes in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212, 211, 22, 25 I 2. Alt. StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des S

I. §§ 212, 211, 13, 22 StGB, Versuchter Mord durch Unterlassen

S könnte sich dadurch, dass er das vergiftete Kaffeepulver nicht sofort beseitigte, wegen versuchten Mordes durch Unterlassen strafbar gemacht haben.

³¹ B. Heinrich, AT, Rn. 800; Hilgendorf/Valerius, AT, § 10 Rn. 102.

Die in vielen Lehrbüchern zu lesende Empfehlung, bei bestimmten Fällen³² im Wege einer „Vorprüfung“³³ – etwa mittels des Kriteriums „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“³⁴ – zu klären, ob die Prüfung an ein aktives Tun oder an ein Unterlassen anzuknüpfen ist, braucht jedenfalls im vorliegenden Fall nicht aufgegriffen zu werden. Nach dem Sachverhalt kommt etwas anderes als ein Unterlassungsdelikt nicht in Betracht. S wollte die O nicht aktiv töten. Darüber nachdenken, ob das zu prüfende Verhalten ein aktives Tun oder ein Unterlassen ist, muss man selbstverständlich. Aber Bestandteil des schriftlichen Gutachtens sind diese Gedanken nur, soweit sie für die Prüfung der Strafbarkeitsvoraussetzungen relevant sind.³⁵

1. Nichtvollendung

Die Tat wurde nicht vollendet, weil kein Todeserfolg eingetreten ist.

2. Gesetzliche Versuchsstrafdrohung

Da Mord ein Verbrechen ist (§ 12 I StGB), ist der Versuch mit Strafe bedroht, § 23 I StGB. Das gilt auch für das unechte Unterlassungsdelikt.³⁶

3. Subjektiver Tatbestand

S müsste den Vorsatz gehabt haben, eine Tat zu begehen, die den objektiven Tatbestand des Mordes durch Unterlassen erfüllt.

a) Vorsatz bzgl. Tod

Da in der Strafrechtslehre der Vorsatz beim Versuchsdelikt üblicherweise als „Tatentschluss“ bezeichnet wird, ist an dieser Stelle darauf einzugehen, wie „fest“ und „endgültig“ dieser Entschluss sein muss, damit er die Anforderungen an einen strafbarkeitsbegründenden Vorsatz erfüllt. Insbesondere ist eine Abschichtung von bloßer „Tatgeneigtheit“ vorzunehmen.³⁷ Entgegen anderslautender Darstellungen handelt es sich jedoch nicht um eine den Versuch ausschließlich betreffende Thematik³⁸, sondern um nichts anderes als die Bestimmung der Voraussetzungen eines Vorsatzes.³⁹ Entscheidend ist deshalb, ob S zumindest bedingten Vorsatz⁴⁰ bezüglich des Todeserfolgseintritts hatte. Das ist der Fall: er hielt es für möglich (kognitives Vorsatzelement)⁴¹, dass O von dem vergifteten Kaffee trinken und daraufhin sterben wird. Das nahm er auch billigend in Kauf (voluntatives

³² *Murmann*, Grundkurs, § 29 Rn. 9 („nur in Grenzfällen“).

³³ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 45. Aufl. 2015, Rn. 1205.

³⁴ *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 987; krit. *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 78 ff.

³⁵ *Arzt*, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl. 2006, S. 72: „Was die vorsätzliche Tötung angeht, muss man zunächst erkennen, dass im Weiterfahren Tötung durch Unterlassen liegt. Dass der Täter irgend etwas tut (fährt), ist nicht maßgebend.“ Das sind alles Überlegungen, die der Bearbeiter anstellen muss. Ins schriftliche Gutachten gehören diese Überlegungen aber nicht.

³⁶ *Hilgendorf/Valerius*, AT, § 11 Rn. 91.

³⁷ *B. Heinrich*, AT, Rn. 663; *Rengier*, AT, § 34 Rn. 8; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 851.

³⁸ So aber ausdrücklich *Roxin*, AT II, § 29 Rn. 81: „Es stellt sich hier beim Versuch ein Problem, das bei vollendeter Tat i.d.R. nicht vorkommt.“

³⁹ Bedeutung hat das Entschlossensein des Täters auch beim „unmittelbaren Ansetzen“: Wenn der Täter heute den Entschluss fasst, morgen die Tat zu begehen, dann liegt „nach seiner Vorstellung von der Tat“ (§ 22 StGB) heute noch kein unmittelbares Ansetzen vor; vgl. *Mitsch*, FS Kühne, 2013, S. 31 (41).

⁴⁰ *Hilgendorf/Valerius*, AT, § 4 Rn. 83.

⁴¹ *Hilgendorf/Valerius*, AT, § 4 Rn. 72 ff.

Vorsatzelement)⁴². Dass er sich selbst vorbehielt, eventuell gegen diesen Verlauf einzuschreiten und den Erfolgseintritt zu verhindern, steht dem nicht entgegen.⁴³ Dieser „Rücktrittsvorbehalt“ schließt weder das kognitive noch das voluntative Element des bedingten Vorsatzes aus. Denn er hielt es ja für möglich, dass er das vergiftete Pulver nicht rechtzeitig wegschütten würde und auch das nahm er billigend in Kauf. Anders wäre es, wenn S sich von vornherein fest vorgenommen hätte, das vergiftete Kaffeepulver wegzuschütten, bevor O nach Hause kommt. Dann hätte er den Tod der O nämlich nicht für möglich gehalten.

b) Vorsatz bzgl. todesursächlichem Unterlassen

S hatte Vorsatz in Bezug auf eigenes todesursächliches Unterlassen: er wusste, dass er ohne weiteres durch Wegschütten des vergifteten Kaffeepulvers den Tod der O verhindern kann. Er stellte sich also die für Unterlassen fundamentale Handlungsmöglichkeit⁴⁴ vor. Auch wusste er, dass O mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit durch vergifteten Kaffee zu Tode kommen werde, wenn er das vergiftete Pulver nicht wegschüttet. Also hatte er Vorsatz in Bezug auf die Kausalität seines Unterlassens.⁴⁵

c) Vorsatz bzgl. Garantenstellung und Entsprechung

S müsste auch Vorsatz in Bezug auf Tatsachen gehabt haben, aus denen sich eine Garantenstellung iSd § 13 I StGB ergibt.

Wenn man ein versuchtes unechtes Unterlassungsdelikt prüft, muss die Garantenstellung im subjektiven Tatbestand als Gegenstand des Vorsatzes erörtert werden.⁴⁶ Es ist aufbautechnisch falsch, im subjektiven Versuchstatbestand auf die Garantenstellung überhaupt nicht einzugehen und dies erst anschließend im objektiven Tatbestand anzusprechen⁴⁷. Dort geht es nur noch um das „unmittelbare Ansetzen“, also die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch.

Hier könnte eine Garantenstellung auf der Mutter-Sohn-Beziehung beruhen. Es ist anerkannt, dass familiäre, verwandtschaftliche und eheliche Beziehungen zwischen Personen unabhängig davon, ob das Familienrecht des BGB bestimmte Schutz- und Fürsorgepflichten normiert, Erfolgsabwendungspflichten iSd § 13 I StGB begründen können.⁴⁸ Daher besteht eine Beschützergarantenstellung im Verhältnis der Eltern zu ihren noch minderjährigen Kindern.⁴⁹ Vertreten wird darüber hinaus, dass auch in umgekehrter Richtung eine Garantenstellung von Kindern gegenüber ihren Eltern existiere.⁵⁰ Zumindest erwachsene Kinder können danach Schutzpflichten zugunsten der eigenen Eltern haben.⁵¹ Voraussetzung dafür sei eine tatsächlich praktizierte Lebensgemeinschaft, aus der wechselseitiges Vertrauen auf Schutz,

⁴² Hilgendorf/Valerius, AT, § 4 Rn. 78.

⁴³ Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 851.

⁴⁴ Hilgendorf/Valerius, AT, § 11 Rn. 20.

⁴⁵ Hilgendorf/Valerius, AT, § 11 Rn. 31.

⁴⁶ Arzt, Strafrechtsklausur, S. 208.

⁴⁷ B. Heinrich, AT, Rn. 666.

⁴⁸ BGHSt 19, 167 (168); B. Heinrich, AT, Rn. 931.

⁴⁹ Kühl, AT, § 18 Rn. 48; MK-Freund, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 176.

⁵⁰ Kühl, AT, § 18 Rn. 54; a.A. MK-Freund, § 13 Rn. 177.

⁵¹ Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 1008.

Hilfe und Beistand erwächst.⁵² Wenn – wie hier – der Sohn noch mit den Eltern in einer gemeinsamen Wohnung zusammenlebt, ist die Voraussetzung dieser Beschützergarantenstellung des Sohnes gegeben. Grundsätzlich unerheblich ist dabei die Qualität der Emotionen zwischen den Personen. Die Zerrüttung einer Beziehung hebt die Garantenstellung nicht per se, sondern erst dann auf, wenn dies durch eindeutige äußere Aufkündigungsmaßnahmen, also Trennung bzw. Auszug aus der gemeinsamen Wohnung, manifestiert wird. Die Tatsache, dass S wütend auf seine Mutter wegen deren ehewidrigen Verhaltens ist, beseitigt seine Schutzpflicht daher nicht.⁵³ S waren die Tatsachen, aus denen sich seine Garantenstellung ableitet, bekannt. Also handelte er vorsätzlich bzgl. seiner Garantenstellung.

Die entgegengesetzte Auffassung lässt sich vor allem auf Grund der erheblichen Zweifel an der Konformität der herrschenden Unterlassungskriminalisierung mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG vertreten. Da selbst von Befürwortern einer grundsätzlichen Strafbarkeit unechter Unterlassungsdelikte verlangt wird, dass bei der Annahme von Garantenstellungen „große Zurückhaltung zu üben“ sei⁵⁴, kann man bei Garantenstellungen, die – wie die von Kindern gegenüber Eltern – in Rechtsprechung und Lehre umstritten sind, für Strafflosigkeit plädieren: in dubio pro libertate!⁵⁵

„Klausurtaktisch“ ist eine Beendigung der Prüfung an dieser Stelle mit der Begründung, dass die Strafbarkeit unechter Unterlassungsdelikte auf der Grundlage des § 13 StGB gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG verstoße und daher verfassungswidrig sei, freilich nicht zu empfehlen. Oft – so auch hier – würde man sich dadurch den Weg zu weiteren Problemerkörterungen abschneiden. Sachlich ist der Einwand der Verfassungswidrigkeit zwar sehr berechtigt⁵⁶, die Rechtsprechung und klar h.M. in der Strafrechtswissenschaft geht darüber aber hinweg.⁵⁷ Deshalb sollte man auch als Klausurbearbeiter dieser Marschroute folgen und allenfalls beiläufig einige kritische Bemerkungen „fallen lassen“.

d) Vorsatz bzgl. Täterschaft

S müsste auch den Vorsatz gehabt haben, als Unterlassungstäter den Tod der O herbeizuführen. Das könnte problematisch sein, weil – wie oben bereits festgestellt wurde – der Tod der O jedenfalls auch eine Folge einer aktiven Tötungshandlung des T wäre. Die Straftat des S würde also neben die des T treten und sich daher die Frage stellen, ob deshalb eine Beteiligtenbeziehung zwischen T und S hinsichtlich der Tötung der O zu berücksichtigen ist. Konkret würde die Frage lauten, ob S überhaupt neben dem aktiv tötenden T Unterlassungstäter (Mittäter, Nebentäter) oder nur Gehilfe (§ 27 StGB) sein kann. Damit geriete die Fallbegutachtung auf ein Gebiet, das als eines der umstrittensten und

⁵² B. Heinrich, AT, Rn. 935; Hilgendorf/Valerius, AT, § 11 Rn. 41; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil 2, 8. Aufl. 2014, § 46 Rn. 78; Rengier, AT, § 50 Rn. 12; a. A. Kühl, AT, § 18 Rn. 55: häusliche Gemeinschaft nicht unbedingt erforderlich.

⁵³ BGHSt 19, 167 (169).

⁵⁴ LK-Weigend, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 13 Rn. 19.

⁵⁵ LK-Weigend, § 13 Rn. 19: „Im Zweifel‘ ist der Freiheit des Bürgers vor ungeschriebenen Handlungsgeboten Vorrang einzuräumen.“

⁵⁶ Dazu eingehend demnächst Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 21 Rn. 41 ff.

⁵⁷ Vgl. z. B. LK-Weigend, § 13 Rn. 19: „Man wird sich deshalb trotz der berechtigten Bedenken unter dem Aspekt von Art. 103 Abs. 2 GG mit dem derzeitigen Rechtszustand abfinden müssen.“; nach Schönke/Schröder/Stree/Bosch, § 13 Rn. 5/6 sollte man sich „davor hüten, den Strafbereich der unechten Unterlassungsdelikte übermäßig auszudehnen“.

theoriereichsten der ganzen allgemeinen Strafrechtslehre gilt⁵⁸: die Qualifikation der Beteiligtenposition eines Garanten, der seine Pflicht dadurch verletzt, dass er die aktive Tathandlung eines Begehungstäters nicht verhindert.⁵⁹ Tatsächlich ist dieses spezielle Problemfeld für die Lösung des vorliegenden Falles aber nicht entscheidungserheblich. S hätte nämlich seine Pflicht zur Abwendung des drohenden Todeserfolges nicht nur durch physisches oder psychisches Einwirken auf den T vor oder während dessen Kaffeepulververgiftungs-Handelns erfüllen können.⁶⁰ Er hätte – mit viel geringerem Aufwand und größerer Erfolgsaussicht – die Erfolgsabwendungspflicht auch dadurch erfüllen können, dass er nach der Abreise des T einfach das vergiftete Kaffeepulver wegschüttet. Seine Pflicht zu diesem Zeitpunkt war es also nicht mehr, gegen das Verhalten des T einzuschreiten und durch diesbezügliches Unterlassen eine Beteiligungsbeziehung zu ihm zu begründen, sondern seine Pflicht war es, die Folgen des bereits abgeschlossenen Verhaltens des T zu beseitigen.⁶¹ In dieser Konstellation ist bereits fraglich, ob die Situation überhaupt eine Beteiligung zweier Personen an einer Tat oder vielmehr zwei Taten von Nebentätern umfasst. Bei einer Pflicht zur Tatfolgenbeseitigung ohne Einwirkung auf das Verhalten des Aktivtäters besteht jedenfalls kein Zweifel daran, dass die Pflichtverletzung Unterlassungstäterschaft begründet und nicht lediglich Beihilfe durch Unterlassen. Denn es kann für die Einordnung eines Beschützergaranten⁶² in die Beteiligtenkategorien keinen Unterschied machen, ob die Gefahr eines Erfolgseintritts auf aktivem menschlichen Verhalten oder auf sonstigen Ursachen (eigenes Verhalten des Opfers, Unfall, Naturkatastrophe, Tierangriff, technische Defekte) beruht.⁶³ S hatte also den Vorsatz, als Unterlassungstäter den Tod der O zu verursachen.

e) Vorsatz bzgl. Mordmerkmal

Zur Erfüllung des subjektiven Mordtatbestandes müsste S entweder Vorsatz in Bezug auf ein objektives⁶⁴ Mordmerkmale (§ 211 II 2. Gruppe StGB) gehabt oder ein subjektives Mordmerkmal (§ 211 II 1., 3. Gruppe StGB, dazu unten f) erfüllt haben. Ein objektives Mordmerkmal ist die Heimtücke. S könnte Vorsatz in Bezug auf heimtückische Tötung gehabt haben. Die Umstände, aus denen sich Arglosigkeit und Wehrlosigkeit der O ergeben, waren dem S bekannt. Auch kann man von einer feindlichen Willensrichtung des S gegenüber O ausgehen. Fraglich ist indessen, ob S den Vorsatz hatte, die Arg- und Wehrlosigkeit der O zur Tatbegehung auszunutzen. Grund diesbezüglicher Zweifel ist der Umstand, dass hier nicht an ein aktives Tun, sondern an ein Unterlassen des S anzuknüpfen ist. Möglicherweise kann eine heimtückische Tötung überhaupt nicht in Form garantenpflichtwidrigen Unterlassens begangen werden. Allgemein lautet die Frage, ob Mordmerkmale durch

⁵⁸ *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, AT, Kap. 26 Rn. 39; *Murmann*, Grundkurs, § 29 Rn. 93; *Rengier*, AT, § 51 Rn. 15.

⁵⁹ *B. Heinrich*, AT, Rn. 1525: Problemschwerpunkt 32; ausführliche Erläuterung bei Rn. 1212 ff.

⁶⁰ Für bloße Beihilfe durch Unterlassen in einem solchen Fall *Kühl*, AT, § 20 Rn. 230; *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. 2014, § 27 Rn. 5.

⁶¹ Zutreffend schränkt *Kühl*, AT, § 20 Rn. 230 die argumentative Ableitung bloßer Gehilfenschaft des Garanten („Randfigur“) aus der Dominanz des Aktivtäters („Zentralgestalt“) ein: „Nach dieser vorzugswürdigen sog. Gehilfentheorie verstellt der die Tat unmittelbar selbst Ausführende dem Unterlassenden die Tatbeherrschung, solange er Handlungsherrschaft ausübt“ (Hervorh. W.M.).

⁶² Zum Begriff vgl. *Murmann*, Grundkurs, § 29 Rn. 33.

⁶³ Viel spricht dafür generell, die Unterlassungstäterschaft mit der Kategorie der Beschützergarantenstellung zu verknüpfen, befürwortend vor allem *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 82 ff.; *Murmann*, Grundkurs, § 29 Rn. 99; ablehnend *Frister*, AT, Kap. 26 Rn. 40; *Hilgendorf/Valerius*, AT, § 11 Rn. 104; *Rengier*, AT, § 51 Rn. 17; *Roxin*, AT II § 31 Rn. 159 ff.

⁶⁴ *MK-Schneider*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 120.

Unterlassen verwirklicht werden können.⁶⁵ Unterlassungsdogmatisch ist das ein Thema der „Entsprechungsklausel“ des § 13 I StGB. Zur Vereinbarkeit des Mordmerkmals Heimtücke mit Unterlassen gibt es im Schrifttum widersprüchliche Stellungnahmen.⁶⁶ Leitender Gedanke bei der Suche nach der Lösung muss das doppelte Erfordernis einer verfassungskonform zurückhaltenden Strafrechtsanwendung sein: sowohl das Mordmerkmal „Heimtücke“ als auch die Rechtsfigur des unechten Unterlassungsdelikts bedürfen einer restriktiven Handhabung. Werden diese beiden dogmatischen Elemente miteinander kumuliert, ist das Einschränkungsbefürfnis besonders hoch.⁶⁷ Sieht man das Charakteristische der Heimtücke in einer besonders verschlagenen hinterhältigen Vorgehensweise des Täters⁶⁸, wird man sich schwer tun, dies mit bloßer Nichtabwendung des Todes in Einklang zu bringen.⁶⁹ Auch ein „verwerflicher Vertrauensbruch“⁷⁰ durch bloßes Nichtstun ist schwer vorstellbar. Ausschlaggebend ist aber letztlich folgendes: die Arglosigkeit der O ist hier bereits notwendige Bedingung dafür, dass S überhaupt zum erfolgsabwendenden Eingreifen verpflichtet ist. Wüßte die O, welche Qualität das in der Dose befindliche Kaffeepulver hat, wäre S gar nicht zum Einschreiten verpflichtet, weil O sich selbst schützen könnte. Der Zustand der Arglosigkeit der O ist somit die Bedingung dafür, dass das Unterlassen des S einer Todesverursachung durch aktives Tun gleichgestellt ist und den Tatbestand eines Totschlags erfüllen kann. Weil O arglos ist, hat das Unterlassen des S die Qualität einer „Tötung“, jedoch noch nicht eines Mordes. Dazu bedürfte es einer zusätzlichen eigenständigen Begründung der Erfüllung eines Mordmerkmals, die aber nicht aus der Arglosigkeit der O abgeleitet werden kann. Denn die Arglosigkeit der O ist schon bei der Begründung des grundtatbestandlichen Tötungscharakters „verbraucht“ und darf nicht ein zweites Mal zur Begründung einer Tatqualifikation herangezogen werden. Dieses speziell für die Strafzumessung in § 46 III StGB aufgestellte „Doppelverwertungsverbot“ gilt allgemein und steht im Tatbestandsbereich einer doppelten Verwertung eines Umstands zur kumulativen Begründung des Grundtatbestandes und des Qualifikationstatbestandes entgegen.⁷¹ Daher kann das Unterlassen des S das Mordmerkmal „Heimtücke“ nicht erfüllen. S hat nicht den Vorsatz, die O heimtückisch zu töten.

f) Niedriger Beweggrund

Unter Beachtung der gebotenen restriktiven Auslegung sämtlicher Mordmerkmale sind bei S ebenso wenig wie bei T niedrige Tatbeweggründe feststellbar. Die missbilligende Einstellung des S gegenüber dem Lebenswandel seiner Mutter ist zumindest verständlich. Hinzu kommt, dass einem Nichtstun ein andersartiger Motivationssachverhalt zugrunde liegt als einer Aktivität. Schon das Wort „Beweg“-grund macht dies sichtbar, da dem Unterlassungstäter das Unrechtsurteil gerade deswegen zugemessen wird, weil er sich pflichtwidrig „nicht bewegt“. Streng genommen müsste der „Beweggrund“ beim Unterlassungsdelikt in einen „Bewegungszurückhaltungsgrund“ umgeformt werden. Da einem Unterlassen anders als einem Tun stets als nicht zu unbedeutender Motivationsfaktor das schlichte Bedürfnis nach Bequemlichkeit, Vermeidung von Anstrengung zugrunde liegt, müssen im Rahmen der anzustellenden Gesamtwürdigung an die „Niedrigkeit“ von Beweggründen hier noch höhere

⁶⁵ Grundsätzlich bejahend MK-Schneider, § 211 Rn. 266, der Einschränkungen aus dem „Charakter der einzelnen Mordmerkmale“ für möglich hält.

⁶⁶ LK-Weigend, § 13 Rn. 77 Fn. 256. MK-Schneider, § 211 Rn. 268; Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben, § 211 Rn. 23.

⁶⁷ NK-Neumann, in: Nomos Kommentar zum StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 211 Rn. 3.

⁶⁸ Wessels/Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil 1, 39. Aufl. 2015, Rn. 108.

⁶⁹ NK-Neumann, § 211 Rn. 72a.

⁷⁰ Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben, § 211 Rn. 26.

⁷¹ Mitsch, StV 1992, 318 (319).

Anforderungen gestellt werden als bei einer aktiven Tötung. Im Extremfall kann sogar die Zumutbarkeit des Handelns entfallen. S hat also das Mordmerkmal „niedrige Beweggründe“ nicht erfüllt.

4. Ergebnis

S hat sich nicht wegen versuchten Mordes durch Unterlassen strafbar gemacht.

II. §§ 212, 13, 22 StGB, Versuchter Totschlag durch Unterlassen

1. Nichtvollendung

S hat keinen vollendeten Totschlag durch Unterlassen begangen.

2. Gesetzliche Versuchsstrafdrohung

Da Totschlag ein Verbrechen ist (§ 12 I StGB), ist der Versuch mit Strafe bedroht, § 23 I StGB.

3. Subjektiver Tatbestand

S hat den Vorsatz zur Verwirklichung des objektiven Tatbestandes des Totschlags durch Unterlassen gehabt (s.o. I. 3 a - d).

4. Objektiver Tatbestand

S müsste zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar angesetzt haben, § 22 StGB. Da es hier um ein unechtes Unterlassungsdelikt geht, ist die Prüfung des unmittelbaren Ansetzens den spezifischen Gegebenheiten des Unterlassens anzupassen. Nach einhelliger Auffassung kann der Beginn des Unterlassungsversuchs nicht schematisch mit der Auslassung der ersten oder der letzten Erfolgsabwendungsmöglichkeit gleichgesetzt werden. Die eine Auffassung verlagert die Strafbarkeit zu weit vor,⁷² die andere ebnet den Unterschied zwischen Versuch und Vollendung faktisch ein und lässt die Rücktrittsvorschrift (§ 24 StGB) leerlaufen.⁷³ Wie beim Versuch des Begehungsdelikts kommt es also entscheidend auf die Gefährdung des Rechtsguts an. Solange die Untätigkeit des Garanten keine unmittelbare Gefährdung des Rechtsgutes verursacht, befindet sich das Geschehen noch im Vorbereitungsstadium. Erst mit dem Umschlagen in einen sich beschleunigenden und/oder verschlimmernden Prozess der Gefahrerhöhung wird die Schwelle des Versuchsbeginns erreicht.⁷⁴ Erkennbar ist das oft daran, dass nunmehr die Vornahme der ursprünglich gebotenen Handlung zur Erfolgsverhinderung nicht mehr ausreicht, sondern erhöhte Anstrengungen erforderlich geworden sind. Hier ergab sich die Situation der akuten Gefahrerhöhung am Freitagabend in der Zeit kurz vor 24 Uhr, als O von ihrer Reise zurückkehrte und sich einen Kaffee machte. Diese vorzeitige Rückkehr entsprach aber nicht der Vorstellung, die S von dem

⁷² B. Heinrich, AT Rn. 754.

⁷³ B. Heinrich, AT, Rn. 753.

⁷⁴ B. Heinrich, AT, Rn. 755.

Geschehensverlauf der kommenden Stunden hatte, als er sich ins Bett legte. Nach seiner Vorstellung wäre O erst am Samstagvormittag gegen 10 Uhr nach Hause gekommen. Wäre S die ganze Zeit wach geblieben, hätte er das Geschehen nach seiner Vorstellung bis zu diesem Zeitpunkt unter Kontrolle gehabt. Die Gefährdungslage, die der Untätigkeit die Qualität eines unmittelbaren Ansetzens verleihen könnte, wäre deshalb frühestens in der Zeit ab 9 Uhr vormittags entstanden. Hier könnte aber gleichwohl auf einen früheren Zeitpunkt abzustellen sein, weil S mit dem Einschlafen zumindest vorübergehend die Herrschaft über die Gefahrenlage verlor und während des Schlafens einer Zuspitzung der Situation nicht entgegentreten konnte. Tatsächlich wachte S frühzeitig auf und konnte die Gefahr, dass O in der Zeit ab 10 Uhr durch vergifteten Kaffee getötet wird, mühelos abwenden. In Anbetracht der Schlafgewohnheiten des S bestand dennoch die nicht gering zu schätzende Gefahr, dass S am Samstagvormittag verschläft und die Vergiftung der O nicht mehr rechtzeitig verhindern kann. S hat deshalb am Freitagabend um 23 Uhr mit dem Schlafengehen die Herrschaft über den Gefahrverlauf aus der Hand gegeben, die Gefahr für das Leben erheblich verschärft und damit unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

5. Rechtswidrigkeit

Da kein Rechtfertigungsgrund eingreift, war das Verhalten des S rechtswidrig.

6. Schuld

Es liegen keine schuldausschließenden oder entschuldigenden Umstände vor. S hat sich schuldhaft verhalten. Da er als bereits 18-jähriger nicht mehr Jugendlicher, sondern Heranwachsender ist (§ 1 JGG), kommt § 3 S. 1 JGG nicht zur Anwendung.

7. Rücktritt

Die Strafbarkeit wegen versuchten Mordes könnte auf Grund eines Rücktritts aufgehoben worden sein.

Da zwischen der Tat des T und der Tat des S keine Beteiligtenbeziehung besteht (s.o. I. 3 d), richtet sich die Rücktrittsprüfung nicht nach § 24 II StGB, sondern nach § 24 I StGB. Mit dem Schlafengehen war der Mordversuch des S beendet, sodass ein Rücktritt durch bloßes Aufgeben der weiteren Tatausführung (§ 24 I 1 Alt. 1 StGB) nicht mehr möglich war. Ein Rücktritt vom beendeten Versuch setzt Verhinderung der Vervollendung voraus, § 24 I 1 Alt. 2 StGB. Indem S das restliche in der Dose vorhandene Kaffeepulver wegschüttete, verhinderte er, dass sich O nach dem Aufstehen erneut einen vergifteten Kaffee zubereitet und daran stirbt. Diese Vervollendung hat S somit verhindert. Nicht verhindert hat er, dass O schon einige Stunden zuvor vergifteten Kaffee trinkt und infolgedessen stirbt. Dieser Todeserfolg blieb vielmehr ohne sein Zutun aus. Jedoch steht das einem beachtlichen Rücktritt nicht entgegen. Denn der vorzeitige Todeserfolg wäre vom Vorsatz des S nicht erfasst und würde somit keine Strafbarkeit wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts begründen. S hatte nicht den Vorsatz, durch Unterlassen den Tod der O in der Zeit um Mitternacht herbeizuführen. Das Erkalten des Kaffees begründet daher nicht einen fehlgeschlagenen Versuch, der einen strafbefreienden Rücktritt eventuell ausgeschlossen hätte. Hinzu kommt, dass nach einem erstmaligen Fehlschlag noch weitere erfolgsversprechende Tötungsmöglichkeiten existierten, solange das restliche vergiftete Pulver in der Dose nicht beseitigt war. S hat also die Vervollendung der Tat

erfolgreich verhindert. Da dies auch freiwillig geschah, ist er gem. § 24 I 1 Alt. 2 StGB wirksam vom Versuch zurückgetreten.

8. Ergebnis

S hat sich nicht wegen versuchten Totschlags strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit der O

§ 249 I StGB, Raub

O könnte sich dadurch, dass sie der D die Umhängetasche mit dem Parfümfläschchen entriss, wegen Raubes gem. § 249 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

Die Parfümflasche ist Eigentum des Kaufhausinhabers und daher für O eine fremde bewegliche Sache.

„Fremd“ ist die Sache, wenn jemand anderes als der Täter – zumindest Mit- – Eigentümer der Sache ist.⁷⁵ Nicht falsch, aber unnötig umständlich ist die in vielen studentischen Arbeiten zu lesende Formel: „eine Sache, die dem Täter nicht gehört und die nicht herrenlos⁷⁶“ ist.

b) Wegnahme

Als O begann, an der von D festgehaltenen Umhängetasche zu zerren, hatte D Herrschaft über Tasche und Inhalt. Das Parfümfläschchen befand sich deshalb im Gewahrsam der D. Weder die Tatsache, dass kurz zuvor O selbst noch die Sachherrschaft an Tasche und Parfümfläschchen hatte, noch das an der Tasche bestehende Eigentum der O ändern an dieser Situation etwas. Indem sie der D die Umhängetasche entriss, brach sie deren Gewahrsam an der Tasche und an dem Parfümfläschchen. Zugleich begründete sie eigenen Gewahrsam an diesen Sachen. Somit hat O der D das Parfümfläschchen weggenommen.⁷⁷

c) Gewalt

Das mit erheblichem Aufwand physischer Kraft verbundene Zerren an der Umhängetasche ist ein Akt körperlicher Gewalt. Unmittelbar richtete sich diese Gewalt gegen die Umhängetasche, die D mit ihren Händen festhielt. Der Tatbestand des Raubes erfordert aber Gewalt „gegen eine Person“.⁷⁸ Die Gewaltausübung muss daher den Körper eines Menschen

⁷⁵ Eisele, Strafrecht Besonderer Teil BT II, 2. Aufl. 2012, Rn. 22.

⁷⁶ Zur Herrenlosigkeit vgl. Eisele, BT II, Rn. 23.

⁷⁷ Eisele, BT II, Rn. 25.

⁷⁸ Eisele, BT II, Rn. 307.

berühren und dort ihr Zwangswirkung entfalten. Hier übertrug sich die Gewalt, die O auf die Tasche ausübte, auf den Körper der die Tasche festhaltenden D. O hat die Tasche damit zu einem Instrument von Gewaltausübung gegen den Körper der D gemacht.

d) Final- oder Kausalzusammenhang

Die gegen die Person gerichtete Gewalt müsste von O als Mittel zur Ermöglichung oder Erleichterung der Wegnahme eingesetzt worden sein. Überwiegend wird diese Mittel-Funktion als Finalzusammenhang⁷⁹, vereinzelt als Kausalzusammenhang⁸⁰ definiert. Eine über den Körper vermittelte Zwangswirkung müsste Voraussetzung dafür gewesen sein, dass der O die Wegnahme von Tasche und Parfümfläschchen gelungen ist. Das ist hier deswegen fraglich, weil zumindest räumlich gesehen die Gewalt gegen die Tasche der Gewalt gegen die Person vorausgeht und nicht – wie § 249 I StGB es verlangt – umgekehrt. Da die aufgewendete Kraft jedoch nicht ausreichte, um der D die Tasche sofort zu entreißen, war auch die anhaltende Einwirkung auf den Körper der D letztlich eine Bedingung dafür, dass D die Tasche anschließend – also infolge der am eigenen Körper erlittenen Gewalt – loslassen musste und O die Wegnahme vollenden konnte. Dem Loslassen und damit dem Gewahrsamsverlust ging die Gewaltwirkung am Körper voraus. Schwindende Kräfte und zunehmende Schmerzen bei D sind körperbezogene Gewaltwirkungen, die O mit ihrem Kraftaufwand ausgelöst und die ihr die Wegnahme ermöglicht haben. Der erforderliche Zusammenhang zwischen Gewalt und Wegnahme ist daher gegeben und zwar sowohl als Final- als auch als Kausalzusammenhang.⁸¹

Da die Gewalt angewandt wurde, um die Wegnahme zu vollenden, kommt nur Raub und nicht räuberischer Diebstahl in Betracht, § 252 StGB. Beim räuberischen Diebstahl muss der Gewaltanwendung ein bereits vollendeter Diebstahl vorausgegangen sein.⁸² Das ist hier zwar der Fall. Als O von D angesprochen wurde, hatte sie das Parfümfläschchen schon weggenommen. Weiterhin ist aber erforderlich, dass die Gewaltanwendung dazu dient, den durch den Diebstahl erlangten Besitz an dem Diebesgut zu sichern.⁸³ Daran fehlt es hier, weil O im Zeitpunkt der Gewaltanwendung den Besitz an dem Parfümfläschchen verloren hatte und sich diesen nunmehr gewaltsam wieder verschaffen wollte.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

O hatte während der Tatbegehung Vorsatz (§ 15 StGB) in Bezug auf alle Tatsachen, durch die der objektive Raubtatbestand verwirklicht wurde.

b) Zueignungsabsicht

O handelte auch mit Zueignungsabsicht. Sie hatte den Vorsatz, das Parfümfläschchen seinem dem Eigentümer endgültig zu entziehen⁸⁴ und es sich selbst anzueignen.⁸⁵ Dazu war O nicht

⁷⁹ Eisele, BT II, Rn. 324.

⁸⁰ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Heinrich, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 17 Rn. 11.

⁸¹ Eisele, BT II, Rn. 310; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 17. Aufl. 2015, § 7 Rn. 13.

⁸² Anschaulich Eisele, BT II, Rn. 398.

⁸³ Eisele, BT II, Rn. 411.

⁸⁴ Eisele, BT II, Rn. 69, 335.

berechtigt.⁸⁶ Dass es ihr möglicherweise auch darum ging, die ihr gehörende Umhängetasche zurück zu bekommen, hat keinen Einfluss auf die Rechtswidrigkeit der Zueignung bezüglich des Parfümfläschchens.

3. Rechtswidrigkeit

Die Tat wäre nicht rechtswidrig, wenn die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt wären. In Betracht kommen die Rechtfertigungsgründe Notwehr (§ 32 StGB), rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB) und Besitzkehr (§ 859 II BGB).

a) Notwehr, § 32 StGB

Bei der Prüfung einer Rechtfertigung wegen Notwehr (§ 32 StGB) ist zu berücksichtigen, dass die Voraussetzungen in Bezug auf die gewaltsame Wegnahme des Parfümfläschchens erfüllt sein müssen. Unerheblich wäre daher, dass möglicherweise Notwehrvoraussetzungen in Bezug auf die der O gehörende Umhängetasche erfüllt sind. Aber auch das ist nicht der Fall. In Bezug auf die Tasche der O ist zwar ein gegenwärtiger Angriff der D auf das Rechtsgut „Eigentum“ gegeben. Aber bereits die Rechtswidrigkeit dieses Angriffs ist zu verneinen, da D gegenüber O ein Recht zur vorläufigen Festnahme gem. § 127 I 1 StPO gehabt hat, das auch die vorübergehende Wegnahme der Umhängetasche einschließt. O wurde von D bei Begehung eines Diebstahls auf frischer Tat betroffen. Zur Verhinderung von Flucht und zur Ermöglichung der Personalienfeststellung durch die Polizei (vgl. § 163b StPO) durfte D die O vorläufig festnehmen und in diesem Zusammenhang auch die Umhängetasche sicherstellen. Denn da O ohne ihre Tasche nicht weglaufen würde, ist die Wegnahme der Tasche gegenüber körperlicher Fixierung ein milderes Festnahmemittel.⁸⁷ Außerdem durfte D gegenüber O auch Nothilfe zugunsten des Eigentümers des Parfümfläschchens üben, § 32 StGB.⁸⁸ Darüber hinaus sind bezüglich des Parfümfläschchens die Voraussetzungen einer Notwehrhandlung nicht erfüllt. Die Wegnahme des Fläschchens ist keine „Verteidigung“, da das Fläschchen nicht der Angreiferin D, sondern dem Inhaber des Kaufhauses gehört. Die Wegnahme richtet sich also gegen einen Nichtangreifer und kann daher keine Notwehrqualität haben.⁸⁹ Darüber hinaus handelt O bezüglich der Wegnahme des Parfümfläschchens auch nicht mit Verteidigungswillen.⁹⁰ Das wäre allenfalls der Fall, wenn sie bereit gewesen wäre, das Fläschchen nach Wiedererlangung der Tasche sofort zurückzugeben. Sie aber wollte sich das Parfüm zueignen.

b) Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB

Eine Rechtfertigung auf der Grundlage des § 34 StGB setzt eine Gefahr für ein Rechtsgut voraus. Hier begründete die Handlung der D eine Gefahr für das Eigentum der O an ihrer Tasche. Diese Gefahr ist sogar bereits in eine Beeinträchtigung durch Verlust der Sachherrschaft umgeschlagen. Notstandstauglich ist indessen nur eine Gefahr, deren Hinnahme die Rechtsordnung nicht gebietet. Notstandsfähig kann nur ein unrechtmäßiger Gefahrzustand sein, auf dessen Beseitigung die betroffene Person einen Anspruch (z.B. gem. § 1004 BGB) hat. Verlangt die Rechtsordnung hingegen die widerstandlose Hinnahme der

⁸⁵ Eisele, BT II, Rn. 78, 335.

⁸⁶ Eisele, BT II, Rn. 88, 336.

⁸⁷ B. Heinrich, AT, Rn. 503; Hilgendorf/Valerius, AT, § 5 Rn. 106; Rengier, AT, § 22 Rn. 21.

⁸⁸ Mitsch, JuS 2000, 848 (850).

⁸⁹ Hilgendorf/Valerius, AT, § 5 Rn. 36; Mitsch, NZWiSt 2015, 259 (260).

⁹⁰ Hilgendorf/Valerius, AT, § 5 Rn. 53; Rengier, AT, § 18 Rn. 103 ff.

Gefahr, kann eine Handlung, mit der die Gefahr beseitigt werden soll, nicht ihrerseits durch Notstand gerechtfertigt sein.⁹¹ Hier hatte D auf der Grundlage des § 127 I 1 StPO und des § 32 StGB in das Eigentum der O an der Tasche eingegriffen. Diesen Zustand musste O bis zum Eintreffen der Polizei dulden. Daher gibt § 34 StGB ihr kein Recht, diesen Zustand gewaltsam aufzuheben.

c) Besitzkehr, § 859 II BGB

Das Selbsthilferecht des § 859 II GB setzt voraus, dass D der O zuvor die Umhängetasche durch verbotene Eigenmacht weggenommen hat. Verbotene Eigenmacht ist aber nur die widerrechtliche Entziehung der Sache. Widerrechtlich ist die Entziehung nicht, sofern sie durch ein Gesetz gestattet wird. Hier erlaubten § 127 I 1 StPO und § 32 StGB der D die Wegnahme der Umhängetasche. Die Besitzentziehung war daher keine verbotene Eigenmacht. Deshalb ist die gewaltsame Rückeroberung der Umhängetasche seitens O nicht durch Besitzkehr gerechtfertigt.

Fälle, in denen die Voraussetzungen des § 859 II BGB erfüllt sind, sind in der Regel zugleich Notwehr-Fälle, weshalb die Bedeutung des § 859 II BGB neben § 32 StGB gering ist.⁹²

4. Schuld

Schuldausschließende oder entschuldigende Umstände sind nicht ersichtlich. O hat schuldhaft gehandelt.

Ein entschuldigender Notstand gem. § 35 StGB scheidet schon deswegen aus, weil Gefahren für Eigentum oder Vermögen explizit vom Anwendungsbereich der Notstandsnorm ausgeschlossen sind⁹³.

5. Ergebnis

O hat sich wegen Raubes gem. § 249 I StGB strafbar gemacht.

⁹¹ B. Heinrich, AT, Rn. 414.

⁹² B. Heinrich, AT, Rn. 497; Hilgendorf/Valerius, AT, § 5 Rn. 66; Rengier, AT, § 21 Rn. 20.

⁹³ B. Heinrich, AT, Rn. 566; Rengier, AT, § 26 Rn. 5.

WMF 10 Kaffeepadmaschine 400100001