



DIE STRUKTUREN DES STRAFRECHTS

HARALD LANGELS

STRAFRECHT AT 1

ALLGEMEINE LEHREN DER STRAFTAT

EINE NACH STRUKTURELEMENTEN
GEORDNETE DARSTELLUNG DES
EXAMENSRELEVANTEN STRAFRECHTS

6. ÜBERARBEITETE UND ERWEITERTE AUFLAGE

ABELS & LANGELS

HARALD LANGELS

STRAFRECHT AT 1

**ALLGEMEINE LEHREN
DER STRAFTAT**

Eine nach Strukturelementen geordnete
Darstellung des examensrelevanten Strafrechts

**6. überarbeitete und
erweiterte Auflage**

© Harald Langels

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Autors unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.al-online.de

Vorwort zur 1. Auflage

Dieses Buch ist Teil einer Schriftenreihe, die auf der Basis meiner langjährigen Tätigkeit als Repetitor in Berlin, Bochum, Bonn, Hamburg, Kiel, Köln, München, Münster und Tübingen entstanden ist. Diese Schriftenreihe löst dabei einen Zielkonflikt, der im Rahmen der juristischen Ausbildung entstanden ist: Einerseits soll die Stoffmenge überschaubar sein, andererseits soll der gesamte examensrelevante Prüfungstoff transparent dargestellt werden.

Um dieses Ziel zu erreichen, unterscheidet sich die Art der Darstellung von anderen Lehrbüchern und Skripten: Basierend auf der Methodik des strukturellen Lernens bleibt durch konsequente Datenreduktion auf Kosten nicht endend wollender Meinungsstreitigkeiten die Stoffmenge überschaubar, ohne das Detailwissen zu vernachlässigen, das für das Erreichen eines Prädikatsexamens unerlässlich ist. Dabei werden die Strukturen durch Beispiele erläutert, ohne die Sicht auf die examensrelevanten Probleme durch eine Unzahl von Fällen und Fallabwandlungen zu verstellen, da sich nach meiner Erfahrung das ausschließliche „Lernen am Fall“ als Trugschluss erweist: Es provoziert nur die im Examen von Prüfern äußerst negativ bewertete Suche nach einem ähnlich „gelernten“ Fall. Da es aber keinen „numerus clausus“ von Examensklausuren gibt, besteht Ihre Aufgabe und Chance darin, die innere Struktur des Falles zu erkennen und diesen einer angesichts von grundlegenden Wertentscheidungen des Straf- und Zivilrechts vertretbaren Lösung zuzuführen. Sollten Sie darüber hinaus noch in der Lage sein, das so gefundene Ergebnis von einem anderen dogmatischen Fundament aus zu hinterfragen, wird Ihnen ein Prädikatsexamen sicher sein.

Ein besonderer Synergie-Effekt besteht dabei innerhalb der Examensvorbereitungen in der Verknüpfung der Lehrbücher mit der jeweiligen Lerneinheit unserer Kurse, da beide der Methodik des Strukturdenkens folgen. Die Lehrbücher ermöglichen eine optimale Vor- bzw. Nachbereitung der Lerneinheiten; diese wiederholen noch einmal die Strukturelemente, die anschließend zur Verbesserung der Klausurstrategie auf examenstypische Problemstellungen angewandt werden; auch die zahlreichen Tests und Examensklausuren innerhalb unseres Kursangebotes sind auf dieser Methodik aufgebaut. Andererseits habe ich mich bemüht, die Verweise auf die jeweilige Kursmitschrift so gering als möglich zu halten, um auch außerhalb bzw. im Vorfeld der Kursteilnahme eine stringente Examensvorbereitung zu ermöglichen.

Informationen zum didaktischen Konzept unserer Kurse, die jeweils im April bzw. Oktober eines Jahres beginnen, würden hier den Rahmen sprengen, können aber im jeweiligen kursbetreuenden Büro bzw. für die Kursstädte Hamburg, Berlin, Köln, Bonn, Bochum, Bielefeld, Münster und Osnabrück unter folgender Adresse erfragt werden:

ABELS & LANGELS, Basteistraße 28 b, 53173 Bonn, Tel.: 0228 95 63 403 (9 – 13 Uhr).

Konzept und Inhalt unserer Kurse sind auch auf unserer Homepage unter www.al-online.de ausführlich beschrieben. Dort finden Sie ferner als kostenlosen „Download“ Leseproben zu all unseren Skripten sowie Muster von Klausuren und Lerneinheiten unserer Kurse.

Bonn, im August 1994

Harald Langels

Vorwort zur 6. Auflage

Auch in der 6. Auflage mit Stand von Juli 2017 hat sich einiges geändert. So habe ich neben zahlreichen aktuellen Entscheidungen neue Beispiele eingearbeitet, wodurch sich zahlreiche Aktualisierungen ergeben haben.

Sollten wir uns im Rahmen unserer Kurse nicht persönlich kennenlernen, so wünsche ich Ihnen jetzt bereits viel Spaß beim Lesen und viel Erfolg im Staatsexamen.

Bonn, im Juli 2017

Harald Langels

A. Tatbestand

Der Tatbestand beschreibt strafbares Verhalten anhand von abstrakten Tatbestandsmerkmalen. Der Tatbestand hat 3 Funktionen: Auslösefunktion – Garantiefunktion (nulum crimen sine lege) – Generalprävention.

I. Objektiver Tatbestand

1) Objektive Tatbestandsmerkmale

- Deskriptive Tatbestandsmerkmale** sind aus sich selbst heraus verständlich, so dass der Täter sein Verhalten auch ohne rechtliche Wertung unter diese Merkmale subsumieren kann (z.B. Mensch, Sache).
- Normative Tatbestandsmerkmale** mache eine zumindest laienhafte rechtliche Wertung (=Parallelwertung in der Laiensphäre) erforderlich (z.B. Urkunde, fremd).

⚡ – Klausurtyp: Die Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen ist in Ihrer Klausur nur dann erforderlich, wenn der Täter vorgibt, er habe sich i.S.d. § 16 I 1 über ein Tatbestandsmerkmal geirrt:
- Bei deskriptiven Tatbestandsmerkmalen kann ein Irrtum nur auf fehlender sinnlicher Wahrnehmung beruhen
- Bei normativen Tatbestandsmerkmalen kann ein Irrtum sowohl auf fehlender sinnlicher als auch auf einer fehlenden rechtlichen Bewertung beruhen.

2) Bei Erfolgsdelikten: Objektive Zurechnung des Erfolgs

a) Kausalität i.S.d. „conditio sine qua non“ – Formel

P1: **Alternative Kausalität:** Wollen 2 Nebenäter unabhängig voneinander denselben Tatbestand bei einem identischen Opfer verwirklichen, so sind beide kausal, wenn beide Tatmittel gleichzeitig wirken:
- Können beide Verfallsweisen alternativ, aber nicht kumulativ hinweggedacht werden, so ist jedes Verhalten für sich betrachtet kausal.

P2: **Kumulative Kausalität:** Waren die Beiträge eines jeden Nebenäters nicht jeweils für sich, sondern erst in ihrer Gesamtheit ursächlich, so sind beide kausal.

P3: **Hinzudenken hypothetischer Reservenursachen:** Hat ein Täter einen Erfolg verursacht, so erfüllt seine Kausalität nicht dadurch, dass der Erfolg kurze Zeit später auch durch einen anderen Umstand eingetreten wäre.

P4: **Atypische Kausalverläufe:** Atypische Kausalverläufe ändern nichts an der Kausalität, können aber die Zurechnung der Erfolgsursachen erschweren.

P5: **Überholende Kausalität:** Wird die Ursachenkette des einen Täters durch das Verhalten eines anderen daran unterbrochen, dass die Handlung des Ersttäter nicht mehr bis zum Erfolg fortkommt, so ist nur der Zweitäter ursächlich.

b) Die objektive Zurechnung der Erfolgsursachen

Nicht jeder, der durch sein Verhalten den tatbestandsmäßigen Erfolg verursacht hat, hat dadurch bereits den objektiven Tatbestand verwirklicht. Nach bejahter Kausalität stellt sich die Frage, ob man dem „Täter“ den Erfolg als sein Werk objektiv zurechnen kann.

Diese Zurechnung erfolgt unter 4 Voraussetzungen:

- Der Täter hat ein vorverfügbares Risiko geschaffen.
- Dieses Risiko hat sich im Erfolgsbeitrag realisiert.
Kontrollfrage: Hat sich das Risiko des Erfolgsbeitrags durch dieses Täterverhalten in messbarer Weise erhöht?
- Der Schutzzweck der Norm als Ergebnisakkordat.
Kontrollfrage: Wollte der Strafbestand das geschützte Rechtsgut gegen eine derartige Verletzung schützen?
- Keine anderweitige Zuordnung von Verantwortlichkeit (problematisch bei der Verletzung von Rettungswilligen oder Verfolgern bzw. bei ärztlichen Kunstfehlern)

II. Subjektiver Tatbestand

1) Der Vorsatz = Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung

a) Dolus directus 1. Grades:

- Wissen: Es genügt, dass der Täter den Erfolgsbeitrag für möglich hält.
- Wollen: Der Täter strebt den Erfolg zielgerichtet an (er handelt „um zu“).

b) Dolus directus 2. Grades:

- Wissen: Der Täter geht als nahezu sicher davon aus, dass sein Verhalten zum Erfolg führen wird.
- Wollen: Den Willen spielt keine Rolle, so dass der Täter auch dann mit dolus directus 2. Grades handelt, wenn ihm ein Erfolgsgeschehen unwahrscheinlich sein sollte.

c) Dolus eventualis:

- Wissen (H.M.): Es genügt, wenn der Täter den Erfolgsbeitrag für möglich hält.
- Wollen (H.M.): Der Täter muss den Erfolg – zumindest im Rechtsinne – billigen. Dies ist der Fall, wenn er sich mit dem Erfolgsbeitrag um das erstrebte Ziel willen abfindet oder wenn er etwas derart Gefährliches tut, dass er angesichts der von ihm erkannten Gefahr nicht auf einen glücklichen Ausgang vertrauen darf. Dies gilt insbesondere, wenn der Täter den Erfolgsbeitrag nicht steuern kann.

⚡ – Klausurtyp: Da es aber auch eine bewusste Fahrlässigkeit gibt, dürfen Sie vom „Für-möglich-Halten“ des Erfolgsbeitrags nicht auf das „Billigen“ schließen!

2) Besondere Absichten / Beweggründe (z.B. Zurechnungsabsicht, Bereicherungsabsicht, zur Täuschung im Rechtsverkehr)

- Dolus directus 1. Grades** ist erforderlich, wenn die Absicht den Deliktstyp bestimmt (z.B. §§ 242; 249 / Zurechnungsabsicht; §§ 253; 255 / Bereicherungsabsicht).
- Dolus directus 2. Grades** genügt, wenn der Deliktstyp durch die tatbestandsmäßige Rechtsverletzung charakterisiert wird (z.B. § 267 / zur Täuschung im Rechtsverkehr).
- Nur der angestrebte Erfolg, nicht aber die Begleitumstände müssen beabsichtigt sein.
- Die Absicht kann auf einen Umstand gerichtet sein, der aus Sicht des Täters ein zähes Zwischenziel auf dem Weg zu einem anderen Erfolg ist.
- Eine Absicht liegt auch dann vor, wenn der Täter mehrere Ziele verfolgt.

III. Objektive Bedingungen der Strafbarkeit

In Ausnahmefällen wird der tatbestandsmäßig handelnde Täter aus kriminalpolitischen Gründen nur dann bestraft, wenn eine objektive Bedingung eintritt. Auf diesen Bedingungsbeitrag muss sich der Tätervorsatz jedoch nicht beziehen. Auch eine Kausalität des Täterverhaltens für den Bedingungsbeitrag ist nicht erforderlich.

- § 113 III 1: Rechtmäßigkeit der Diensthandlung
- § 186: Nichterweislichkeit der behaupteten bzw. vertretenen Tatsache
- § 231 I: Eintritt einer schweren Folge bei der Beteiligung an einer Schlägerei
- § 323 a: Rauschtat

B. Die Rechtswidrigkeit

Der Tatbestand beschreibt strafbares Verhalten und liefert eine widerlegbare Vermutung dafür, dass der Täter auch rechtswidrig gehandelt hat: „Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit“. Diese Indizierung gilt jedoch nicht bei den offenen Tatbeständen der §§ 240, 253, bei denen Sie die Rechtswidrigkeit positiv feststellen müssen. Zudem können Rechtfertigungsgründe die Vermutung der Rechtswidrigkeit widerlegen.

I. Allgemeine Rechtfertigungsgründe

Bedingt durch die Einheit der Rechtsordnung finden wir Rechtfertigungsgründe nicht nur im StGB, sondern auch im BGB, der ZPO, der InsO, der StPO etc. Hier die Wichtigsten:

- StGB:** §§ 32; 34; 193; 218 a II, III
- BGB:** (u.a.) §§ 228; 229; 561 I; 859; 904, 1
- StPO:** (u.a.) §§ 83 a – c; 98 ff.; 305 a ff.; 314 ff.; 110 a ff.; 112 ff.; 127 I, II; 127 O; 163 ff.; 174
- Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe:** Einwilligung, mutmaßliche Einwilligung, wechendes Interesse

II. Offene Tatbestände (§§ 240 II; 253 II): Verwerflichkeit der Zweck-Mittel-Relation

- Verwerflichkeit des Zwecks (solit betrachtet)
- Verwerflichkeit des Mittels (solit betrachtet)
- Verwerflichkeit der Relation zwischen Zweck und Mittel bei fehlendem inneren Zusammenhang (Zirkonredizität)

⚡ – Klausurtyp: Prüfen Sie zunächst, ob Rechtfertigungsgründe vorliegen! Sind Nötigung / einfache Erpressung bereits durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt, so können sie nicht verwerflich i.S.d. §§ 240 II, 253 II sein!

C. Schuld

Tatbestand und Rechtswidrigkeit bilden das Unrecht, also die objektiv-generelle Feststellung, dass der Täter so nicht handeln durfte. Schuld ist der persönliche Vorwurf der Tat in Anbetracht der persönlichen Möglichkeiten: Dem Täter wird vorgeworfen, dass er unrecht getan hat, obwohl er sich für das Recht hätte entscheiden können. Dieser persönliche Vorwurf erfolgt unter 3 Voraussetzungen:

I. Die Schuldfähigkeit

- § 19 StGB: Bis zum 14. Lebensjahr ist der Täter schuldunfähig.
- § 3 JGG: Bei einer Tatbegehung zwischen dem 14. und dem 18. Lebensjahr muss die für die Schuldfähigkeit erforderliche gestige und sittliche Reife im Einzelfall festgestellt werden.
- § 105 I JGG: Zwischen dem 18. und dem 21. Lebensjahr gelten zwar die Tatbestände des StGB, aber die Sanktionen des JGG, wenn der Täter von seiner Verstandesreife her noch einem Jugendlichen entspricht oder wenn es sich um eine typische „Jugendstunde“ handelt.
- § 20 StGB: Schuldunfähigkeit wegen fehlender Einsichts- bzw. Steuerungsfähigkeit.
Problem: Vorverlagerung der Strafbarkeit (=actus libera in causa), wenn sich der Täter vorsätzlich oder fahrlässig in einen Zustand versetzt, in dem ihm die Tat zur Zeit ihrer Begehung nicht vorgeworfen werden kann.

II. Das Unrechtsbewusstsein

Der Täter handelt gemäß § 17, I ohne Schuld, wenn er bei der Begehung der Tat nicht wusste, dass ein derartiges Verhalten verboten ist, sofern dieser Verbotsirrtum unvermeidbar war.

III. Das Fehlen von Entschuldigungsgründen

- § 33: Intensiver Notwehrerzess: Der Täter hat die Grenzen der Notwehr aus Furcht, Verwirrung oder Schrecken überschritten.
- § 35: Entschuldigungsgrund: Der Täter hat eine rechtswidrige Tat begangen, um eine nicht anders abwendbare Gefahr für sich oder eine ihm nahestehende Person abzuwenden. Wegen dieser Konfliktlage konnte ihm normgemäßes Verhalten nicht zugerechnet werden.
- Übergesetzlicher entschuldigender Notstand
- §§ 5 I WStG, § 6 II 3 BBG: Der Täter hat aufgrund eines für ihn verbindlich gehaltenen rechtswidrigen Befehls gehandelt.

D. Strafausschließungsgründe

Sie führen von vornherein zur Straflosigkeit und müssen bereits bei der Begehung der Tat vorliegen.

- §§ 36; 37; 218 IV 2; 218 a IV 1; 218 b I 3; 218 c II; 257 III 1; 258 V, VI

E. Strafaufhebungsgründe

Sie lassen die bereits entstandene Strafbarkeit des Täters rückwirkend entfallen.

- §§ 24; 31; 158; 163 II; 306 e II; 314 a III; 320 III

F. Strafzumessungsregeln

I. AT: §§ 13 II; 17; 2; 21; 23 II, III; 27 II 2; 28 I; 30 I 2; 35 I 2; 35 II 2

II. BT:

- Strafmilderungen des BT:** §§ 142 IV; 154 II; 157; 158; 225 IV; 226 III; 239 V; 249 II; 250 III; 306 II; 306 a III; 306 e I
 - Strafschärfungen des BT:** §§ 243 I; 263 III; 266 II; 267 III; 268 V
- ⚡ – Klausurtyp: Nehmen Sie in Ihrer Klausur zu den Strafzumessungsregeln nur dann Stellung, wenn es sich um obligatorische Strafzumessungsregeln handelt (z.B. §§ 27 II 2; 28 I 2) oder wenn Sie deren Vorliegen anhand des Sachverhalts sicher beurteilen können (z.B. §§ 243 I; 263 III; 267 III!)

G. Strafverfolgungsvoraussetzungen und –hindernisse

⚡ – Klausurtyp: Das Fehlen einer Strafverfolgungsvoraussetzung oder die Existenz eines Strafverfolgungshindernisses ändern in Ihrer Klausur nichts an der Strafbarkeit der Täters. Nur der staatliche Strafanspruch kann nicht durchgesetzt werden!

I. Strafverfolgungsvoraussetzungen

- § 77: Strafverfolgung bei Antragsdelikten
- § 194 IV: Ermächtigung der beteiligten politischen Körperschaft
- Art. 46 II GG: Genehmigung des Bundestags bei Immunität des Täters

II. Strafverfolgungshindernisse

- § 78 StGB: Verjährung
- §§ 18 – 20 GVG: Exterritorialität des Täters
- Art. 46 II GG: Immunität eines Abgeordneten

Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Die Grundbegriffe des Strafrechts	1
§ 1 Begriffsbestimmung: Was ist Strafrecht?	1
§ 2 Die Stellung des Strafrechts in der Gesamtrechtsordnung	2
§ 3 Die Struktur des Strafrechts	3
I. Der Allgemeine Teil des Strafrechts	3
II. Der Besondere Teil des StGB	3
§ 4 Die Funktion des Strafrechts	4
§ 5 Die Funktion der Strafe	6
I. Die Vergeltungstheorie	6
II. Die Theorie der Generalprävention	7
III. Die Lehre von der Spezialprävention	7
IV. Die Vereinigungstheorien	8
§ 6 Das 2-spurige System der Rechtsfolgen: Strafen und Maßregeln	9
I. Strafen	9
1) Die Freiheitsstrafe	9
2) Die Geldstrafe	9
II. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung	9
§ 7 Die Verpflichtung zum Rechtsgüterschutz	11
§ 8 Die Dichotomie der Straftaten: Verbrechen – Vergehen.....	12
§ 9 Die Einteilung der Straftatbestände	15
I. Begehungsdelikte - Unterlassungsdelikte	15
1) Begehungsdelikte	15
2) Unterlassungsdelikte	15
II. Erfolgsdelikte - Erfolgsqualifizierte Delikte - Tätigkeitsdelikte	16
1) Erfolgsdelikte	16
2) Erfolgsqualifizierte Delikte	16
3) Tätigkeitsdelikte	17
III. Verletzungsdelikte - Gefährdungsdelikte	17
1) Verletzungsdelikte.....	17
2) Gefährdungsdelikte	17
IV. Allgemeindelikte - Sonderdelikte - Eigenhändige Delikte	17
1) Allgemeindelikte	17
2) Sonderdelikte.....	18
3) Eigenhändige Delikte	18
V. Dauerdelikte - Zustandsdelikte	18
1) Dauerdelikte	18
2) Zustandsdelikte	18

§ 10 Die Systematik des Fallaufbaus	19
Vorbemerkung	19
I. Handlung.....	19
II. Tatbestandsmäßigkeit	19
III. Rechtswidrigkeit	19
A. Die Tatbestandsmäßigkeit	20
I. Objektiver Tatbestand.....	20
II. Subjektiver Tatbestand	20
III. Objektive Bedingungen der Strafbarkeit	21
B. Die Rechtswidrigkeit	21
C. Die Schuld	22
I. Die Schuldfähigkeit	22
II. Das Unrechtsbewusstsein	23
III. Das Fehlen von Entschuldigungsgründen	23
D. Die Strafausschließungsgründe	23
E. Die Strafaufhebungsgründe	23
F. Die Strafzumessungsregeln	23
2. Teil: Grundfragen des Tatbestandes	24
§ 11 Das Prinzip der Gesetzlichkeit.....	24
I. Das Rückwirkungsverbot	24
II. Das Verbot strafbegründenden oder strafschärfenden Gewohnheitsrechts.....	25
III. Der Bestimmtheitsgrundsatz	26
IV. Das Analogieverbot.....	26
1) Die grammatikalische Auslegung.....	26
2) Die systematische Auslegung	27
3) Die historische Auslegung	27
4) Die teleologische Auslegung	27
§ 12 Der strafrechtliche Handlungsbegriff	28
I. Die kausale Handlungslehre	28
II. Die finale Handlungslehre.....	28
III. Die soziale Handlungslehre.....	28
IV. Die personale Handlungslehre.....	28
V. Klausurstrategie	29
§ 13 Die Zurechnung des Erfolges	30
I. Die Kausalität	30
Problem 1: Die alternative Kausalität	31
Problem 2: Die kumulative Kausalität	31
Problem 3: Das Hinzudenken hypothetischer Kausalverläufe	31
Problem 4: Atypische Kausalverläufe	32
Problem 5: Die überholende Kausalität.....	32
II. Die Lehre von der objektiven Zurechnung.....	32
1) Der Schaffung eines vorwerfbaren Risikos	32
2) Die Realisierung des vorwerfbar geschaffenen Risikos	33
3) Der Schutzzweck der Norm.....	33
4) Die Zuordnung des Erfolges zu fremden Verantwortungsbereichen	35

§ 14 Der Vorsatz	37
I. Der dolus directus 1. Grades	37
II. Der dolus directus 2. Grades	38
III. Der Eventualvorsatz: dolus eventualis	39
1) Das Wissenselement des Eventualvorsatzes	39
2) Das voluntative Element des Eventualvorsatzes	40
§ 15 Der Irrtum auf der Tatbestandsebene	42
I. Die Arten des Irrtums	42
1) Die Unkenntnis	42
2) Die irrige Annahme	43
II. Die Bezugspunkte des Irrtums	44
1) Der Irrtum über strafbegründende Merkmale	44
2) Der Irrtum über Qualifikationstatbestandsmerkmale	46
3) Der Irrtum über privilegierende Merkmale	46
4) Der Irrtum über die Verwirklichung eines Regelbeispiels	47
5) Besonders schwere Fälle / minder schwere Fälle	47
6) Der Irrtum über erfolgsqualifizierende Merkmale	47
7) Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Zueignung/ Bereicherung	48
8) Der Irrtum über gesamtatbewertende Umstände	48
III. Sonderfälle des Irrtums	48
1) Der Irrtum über den Kausalverlauf	48
2) Aberratio ictus	49
3) Der error in persona vel obiecto	50
IV. Die analoge Anwendung des § 16	51
V. Irrtümer jenseits des Tatbestandes / Überblick	52
1) Der Verbotsirrtum	52
2) Der Subsumtionsirrtum	52
3) Der Irrtum über gesamtatbewertende Umstände	52
4) Der Irrtum über Elemente der Schuld	52
5) Der Irrtum über objektiv gefasste Schuldmerkmale,	52
6) Der Irrtum über gesinnungsbezogene Schuldmerkmale	53
7) Der Irrtum über das Vorliegen von objektiven Bedingungen der Strafbarkeit	53
8) Der Irrtum über das Vorliegen von Prozessvoraussetzungen	53
3. Teil: Die Rechtswidrigkeit	54
I. Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit	54
II. Die Systematik der Rechtfertigungsgründe	54
III. Die Wirkung von Rechtfertigungsgründen	55
IV. Das subjektive Rechtfertigungselement: Der Rettungswille	56
V. Der Begriff der Rechtswidrigkeit innerhalb des Tatbestandes	57
§ 16 Die Notwehr	58
I. Die Notwehrlage	59
1) Der Angriff	59
2) Der Angriff muss rechtswidrig sein.	60
3) Der Angriff muss gegenwärtig sein.	60
II. Die Verteidigungshandlung	61
1) Die Geeignetheit	61
2) Die Erforderlichkeit	62
3) Die Gebotenheit der Verteidigungshandlung	64
III. Der Verteidigungswille	68
IV. Die Nothilfe	68

§ 17 Der rechtfertigende Notstand	70
I. Die Notstandslage.....	70
II. Die Notstandshandlung	71
1) Die Geeignetheit	71
2) Die Erforderlichkeit	71
3) Die Gebotenheit	71
4) Die Angemessenheit	73
III. Der Notstandswille als subjektives Rechtfertigungselement	74
§ 18 Der Defensivnotstand	75
I. Die Rechtfertigungslage	75
II. Die Rechtfertigungshandlung	75
III. Der Verteidigungswille	75
§ 19 Die Selbsthilfe	76
§ 20 Der Aggressivnotstand	76
§ 21 Die rechtfertigende Pflichtenkollision	77
§ 22 Die Rechtfertigung eines Hoheitsträgers	78
§ 23 Das Recht zur vorläufigen Festnahme	80
§ 24 Die rechtfertigende Einwilligung	82
I. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung	82
II. Die mutmaßliche Einwilligung	83
1) Der Täter handelt im Interesse des Betroffenen	84
2) Der Täter handelt im eigenen Interesse	84
4. Teil: Die Schuld	85
1) Das Schuldprinzip	85
2) Das Prinzip der Einzeltatschuld	86
3) Die Bestandteile der Schuld	86
§ 25 Die Schuldfähigkeit	87
I. Die Altersstufen der Schuldfähigkeit	87
II. Die Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen	88
§ 26 Der Verbotsirrtum	92
I. Der Inhalt des Unrechtsbewusstseins	92
II. Die Intensität des Unrechtsbewusstseins.....	92
III. Der Subsumtionsirrtum	93
IV. Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums.....	93
V. Die Folgen des Verbotsirrtums.....	94
1) Der unvermeidbare Verbotsirrtum.....	94
2) Der vermeidbare Verbotsirrtum.....	94

§ 27 Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe	95
I. Der Irrtum über die Existenz eines Rechtfertigungsgrundes	95
II. Der Täter irrt sich über die Grenzen eines existierenden Rechtfertigungsgrundes	95
III. Der Erlaubnistatbestandsirrtum	96
1) Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen	96
2) Die Schuldtheorien	96
IV. Der Putativnotwehrexzess	99
§ 28 Entschuldigungsgründe	100
I. Die Überschreitung der Notwehr	100
1) Intensiver - extensiver Notwehrexzess	100
2) Die asthenischen Affekte	101
3) Problem 1: Bewusste Notwehrüberschreitung	101
4) Problem 2: Die Anwendbarkeit des § 33: Flucht / Einschaltung der Polizei	101
II. Der entschuldigende Notstand	101
1) Die Notstandslage	102
2) Die Notstandshandlung	102
3) Das subjektive Entschuldigungselement	102
4) Die Grenze der Entschuldigung	102
5) Der Irrtum über die Notstandslage	102
Index	103

1. Teil: Die Grundbegriffe des Strafrechts

§ 1 Begriffsbestimmung: Was ist Strafrecht?

Das Strafrecht beruht auf der **Strafgewalt des Staates**, die aus der **Staatsgewalt** folgt. Der Staat hat durch das Strafrecht eine Rechtsordnung geschaffen, ohne die ein menschliches Zusammenleben nicht möglich wäre: Zwar wird das Zusammenleben auch durch soziale Konventionen reglementiert, die von äußerem Zwang weitestgehend frei sind, doch kann eine Gesellschaft ohne eine allgemeinverbindliche Rechtsordnung nicht funktionieren.

Träger der sozialen Ordnung ist die Gesellschaft, die durch ihre Institutionen wie Familie, Schule, Kirche und Verbände auf den einzelnen einwirkt. **Träger der Rechtsordnung ist der Staat**, der die Einhaltung der Rechtsordnung durch Verhängung von Strafen gewährleistet.

Das Strafrecht sichert daher die Einhaltung der Rechtsordnung durch Androhung und Verhängung von Strafe. Es besteht aus der **Summe aller Normen, die Voraussetzungen oder Folgen eines mit Strafe (Freiheitsstrafe, Geldstrafe, Fahrverbot) oder einer Maßregel der Besserung und Sicherung bedrohten Verhaltens sind**. Das Strafrecht wird daher von seiner **Rechtsfolgenseite** her definiert; Normen, die andere Rechtsfolgen nach sich ziehen, zählen nicht zum Strafrecht. So regelt das OWiG Normverstöße ohne kriminellen Gehalt, die nur mit einer **Geldbuße** geahndet werden und daher nicht zum Strafrecht zählen; auch **Ordnungsmittel** (z.B. §§ 51, 70 I, 77 StPO) oder **Beugemaßnahmen** (z.B. §§ 70 II, 95 II StPO) zählen nicht zum Strafrecht.

§ 2 Die Stellung des Strafrechts in der Gesamtrechtsordnung

Das Strafrecht ist **Teil des öffentlichen Rechts**, wie bereits aus dem Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen dem Staat als dem Träger der hoheitlichen Strafgewalt und dem dieser Strafgewalt unterworfenen Bürger deutlich wird. Der Staat übt diese Strafgewalt durch seine staatlichen Organe wie Polizei, Staatsanwaltschaft, Gericht und Vollstreckungsbehörde aus.

Das Strafrecht besteht dabei aus 3 Teilen:

- 1) **Das materielle Strafrecht** enthält die Voraussetzungen und Folgen der Straftat sowie die einzelnen Erscheinungsformen strafbaren Verhaltens in den jeweiligen Straftatbeständen. Das materielle Strafrecht besteht aus dem **StGB** sowie weiteren **Hauptgesetzen** (JGG, WStG) und strafrechtlichen **Nebengesetzen** (z.B. BtmG; WiStG).
- 2) **Das Strafverfahrensrecht** regelt die Art und Weise, in der der Staat seinen nach materiellem Recht entstandenen Strafverfolgungsanspruch durchsetzt. Es bestimmt den Aufbau und die Zuständigkeit der Strafverfolgungsbehörden (**GVG**) sowie den Gang des Strafverfahrens über die Ermittlungstätigkeit, Anklageerhebung, Urteilsfindung und Rechtsmittel einlegung (**StPO**).
- 3) **Das Strafvollstreckungsrecht** regelt die Einleitung, Durchführung und Überwachung der rechtskräftig verhängten Strafe oder Maßnahme der Besserung und Sicherung. Es ist z.T. in der **StPO** (§§ 449 ff.), im **JGG** (bei der Bestrafung Jugendlicher und Heranwachsender) sowie im **Strafvollzugsgesetz** enthalten, das die Vollziehung der Freiheitsstrafe regelt.
Die Unterscheidung von materiellem Recht und Verfahrensrecht gewinnt z.B. beim **Rückwirkungsverbot** des § 1 StGB Bedeutung, das nur für das materielle Recht gilt, so dass es keinen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot darstellt, wenn Verjährungsregeln nach Begehung der Tat verlängert werden (BVerfGE 25, 269).

Auch im Revisionsrecht muss gemäß § 352 StPO zwischen der **Sachrüge** und der **Verfahrensrüge** unterschieden werden:

- Rügt der Rechtsmittelführer die Verletzung materiellen Rechts (= Sachrüge), so muss das Revisionsgericht dieser Sachrüge umfassend nachgehen.
- Bei einer Verfahrensrüge wird nur der konkret gerügte Verfahrensmangel überprüft.

§ 3 Die Struktur des Strafrechts

I. Der Allgemeine Teil des Strafrechts

Das StGB als Kernbereich des materiellen Strafrechts enthält einen Allgemeinen Teil (§§ 1 - 79 b) und einen Besonderen Teil (§§ 80 - 358). Diese Aufteilung der Gesetzbücher stammt aus dem Zeitalter der Aufklärung und wurde in Deutschland zum ersten Mal im Allgemeinen Preußischen Landrecht von 1794 durchgeführt.

Der Allgemeine Teil gilt nicht nur für die im Besonderen Teil angeordneten Straftatbestände, sondern regelt auch das **Nebenstrafrecht**, also die Summe aller Strafvorschriften, die außerhalb des StGB Normverletzungen mit Strafe bedrohen, wie z.B. das BtmG, WStG, WaffenG.

Der Allgemeine Teil hat dabei eine **Klammerfunktion**, indem er sämtliche Regeln und Begriffe vor die Klammer der Tatbestände des BT und der sonstigen Strafgesetze zieht. Der AT lässt sich wie folgt unterteilen:

- Der 1. und 2. Abschnitt enthalten in den §§ 1 - 37 für alle Straftaten geltende Regelungen, die Voraussetzungen jeder Strafbarkeit sind: Geltungsbereich des Strafrechts, die Handlungsformen, Irrtum, Versuch und Rücktritt, Täterschaft und Teilnahme, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe.
- Der 3. Abschnitt regelt in den §§ 38 - 76 a die Rechtsfolgen: Zumessung und Ausgestaltung der Strafe, Verhängung und Durchführung von Maßregeln.
- Der 4. und 5. Abschnitt enthalten die Voraussetzungen der Verfolgbarkeit.

II. Der Besondere Teil des StGB

Der Besondere Teil des StGB enthält wie auch die Tatbestände des Nebenstrafrechts in den §§ 80 - 358 die Umschreibung von strafbarem Verhalten anhand von Tatbestandsmerkmalen und die für das einzelne Delikt geltende Strafandrohung. Gegliedert ist der BT nach den jeweiligen Rechtsgütern, die durch den betreffenden Tatbestand geschützt werden sollen. Für verschiedene Deliktstypen enthält der BT besondere Regelungen, die den allgemeinen Regeln des AT vorgehen.

Beispiele: Die §§ 158, 306 e lassen einen strafbefreienden Rücktritt auch bei formeller Vollendung der Tat zu und gehen daher in ihrer Wirkungsweise über § 24 hinaus; § 158 verzichtet im Gegensatz zu § 24 auch auf das Erfordernis der Freiwilligkeit. § 159 stellt über § 30 I hinaus auch den Versuch der Anstiftung zu einem Vergehen unter Strafe.

§ 4 Die Funktion des Strafrechts

Das Strafrecht hat die Aufgabe, durch die Bekämpfung sozialschädlichen Verhaltens das Zusammenleben der Bürger in der durch das Grundgesetz geprägten Gesellschaftsordnung zu schützen (Rudolphi SK Rz. 1 vor § 1). Strafrecht wird dabei von der herrschenden Meinung als **Rechtsgüterschutz** verstanden. **Rechtsgüter** sind Lebensgüter, Sozialwerte und rechtlich anerkannte Interessen, die wegen der besonderen Bedeutung für die Gesellschaft Rechtsschutz genießen. Im Gegensatz dazu steht das **Handlungsobjekt** als der konkrete Gegenstand, der das Objekt der Tat bildet und an dem die Tathandlung vollzogen wird.

In der **Verletzung** oder **Gefährdung** dieses Rechtsguts liegt der **Erfolgsunwert** der Tat; in der das Handlungsobjekt gefährdenden oder verletzenden **Handlung** (Tun oder Unterlassen) liegt der **Handlungsunwert** der Tat, da durch die Handlung des Täters der Geltungsanspruch des Rechtsguts missachtet wird.

AL-Klausurtyp: Beachten Sie bitte, dass jede Straftat sowohl Handlungsunrecht als auch Erfolgsunrecht enthält: So zeigt z.B. die gesetzliche Unterscheidung zwischen *Versuch* und *Vollendung* einer Tat, dass der Täter nicht nur für das bestraft wird, was er *tut*, sondern auch für das, was er dadurch anrichtet.

Das Zusammenwirken von Handlungsunrecht und Erfolgsunrecht spielt auch im Rahmen der **Fahrlässigkeit** eine Rolle: Ohne Eintritt einer Rechtsgutsverletzung bzw. Rechtsgutsgefährdung (= Erfolgsunrecht) kann der Täter für fahrlässiges Handeln nicht bestraft werden.

Beispiel: Wer aus dem 10. Stock fahrlässig einen Blumenkübel fallen lässt, wird nur dann gemäß § 229 bestraft, wenn dadurch ein Mensch verletzt wird. Ist niemand verletzt worden, so hat der Täter zwar fahrlässig gehandelt, aber einfach Glück gehabt. Bei den Fahrlässigkeitsdelikten hängt also die Strafbarkeit des Täters (auch) vom Zufall ab; man spricht insofern auch von einer **Erfolgshaftung** (= Zufallshaftung).

Der Gedanke der Erfolgshaftung gilt auch bei den **erfolgsqualifizierten Delikten**: Dort wird dem Täter der (zufällige) Eintritt einer schweren Folge strafscharfend zur Last gelegt, wenn ihn auch bezüglich der schweren Folge mindestens der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft (§ 18 / Schuldprinzip).

Beispiel: Hat der Täter das Opfer mit einem Baseballschläger auf den Kopf geschlagen, so wird er nicht nur gemäß § 224 I, sondern auch nach § 226 I bestraft, wenn das Opfer die Seh- oder Hörfähigkeit verliert und der Täter dies hätte wissen können. Ist die schwere Folge ausgeblieben, hat der Täter insofern Glück gehabt.

Gleiches gilt bei Taten, die den Eintritt einer **objektiven Bedingung der Strafbarkeit** erfordern.

Beispiel: Beteiligt sich der Täter an einer Schlägerei, so macht er sich nur dann nach § 231 I strafbar, wenn bei dieser Schlägerei eine schwere Folge eintritt. Ist die schwere Folge eingetreten, so kann er sich weder durch den Nachweis fehlender Kausalität entlasten noch durch den insoweit fehlenden Vorsatz; wiederum haftet er für den Zufall (ausführlich zu § 231 Langels, StGB BT 1 § 12).

Der Schuldgehalt der Tat liegt im **Gesinnungsunwert**, der sich aus der fehlerhaften rechtlichen Einstellung des Täters ergibt. Hinter der Betonung des Rechtsgüterschutzes als vorrangiger Aufgabe des Strafrechts steht der Gedanke, dass die innere Qualität einer menschlichen Handlung nur durch das Gewissen, aber nicht durch das Strafrecht beurteilt werden kann.

Da diese Gesellschaft nichts Statisches ist, sondern sich ständig weiterentwickelt, nimmt auch der Begriff des rechtlich geschützten Guts an dieser Weiterentwicklung teil.

Beispiel: Das Eigentum schützt nicht nur die konkrete Sache in ihrem jeweiligen Zustand, sondern auch die dem Rechtsgut Eigentum zukommende Funktion, die Sache unter Ausschluss der anderen zu nutzen und dadurch eine freie Entfaltung der Persönlichkeit zu ermöglichen.

Dabei ist jedoch der Kreis der möglichen strafrechtlich geschützten Güter dem Gesetzgeber durch die gesellschaftlichen Verhältnisse und durch das Grundgesetz vorgegeben. Das Strafrecht ist dabei darauf beschränkt, die Gesellschaft in ihrem Bestand und ihren Entwicklungsmöglichkeiten zu schützen, es ist nicht dazu da, die gesellschaftlichen Verhältnisse aktiv zu ändern. Andererseits darf der Staat keine Regeln aufstellen, die für das gesellschaftliche Zusammenleben irrelevant sind, moralische Verhaltensanforderungen zum Gegenstand von Strafgesetzen machen.

Die Entscheidung des Gesetzgebers beschränkt sich daher darauf, aus dem Kreis der möglichen Rechtsgüter die schützenswerten auszuwählen und die Angriffsart zu benennen, gegen die sie geschützt werden sollen.

Beispiel: So ist das Rechtsgut Eigentum, das durch Art. 14 GG verfassungsrechtlich vorgegeben ist, gegen *Entziehung* und *Beschädigung*, aber nicht gegen bloße unbefugte *Benutzung* (= straflose Gebrauchsmaßnahme) geschützt.

§ 5 Die Funktion der Strafe

I. Die Vergeltungstheorie

Nach der Vergeltungstheorie soll die Strafe die Schuld, die der Täter auf sich geladen hat, sühnen; dabei soll die Strafe der verübten Tat in Dauer und Härte entsprechen. Es gilt das alttestamentarische **Talionsprinzip** (2. Buch Mose 21, Vers 24): Gleiches sollte mit gleichem vergolten werden: Auge um Auge, Zahn um Zahn. Es geht nur um zweckfreie Vergeltung zur Wahrung der Gerechtigkeit, die gesellschaftliche Wirkung der Strafe (z.B. Prävention) ist irrelevant. Da Strafe außer der Vergeltung keinen weiteren Zweck verfolgt, spricht man von einer **absoluten Straftheorie** („poena absoluta ab effectu“).

Die Vergeltungstheorie in ihrer ursprünglich vertretenen Form fragte nicht nach persönlicher Vorwerfbarkeit. Im germanischen Recht galt der Satz: „Die Tat tötet den Mann“, so dass auch Geistesgestörte, ja sogar Tiere für vermeintliche Straftaten getötet wurden. Mit ihrer Hinrichtung wurde das Böse schlechthin, das man im Delinquenten verkörpert sah, getilgt.

Erst im Zeitalter der Aufklärung wurde die Eigenverantwortlichkeit des Handelns und damit der Schuldgedanke in den Vordergrund gerückt. Die Philosophie des Idealismus sah im Verbrecher den vernunftbegabten Handelnden, der für seine Taten auch verantwortlich war. Damit wurde das Unrecht zum Wesensmerkmal des Verbrechen, und mit der Strafe wird dieses schuldhaft begangene Unrecht ausgeglichen. Handeln ohne Schuld kann nicht bestraft werden. Die bekanntesten Vertreter dieser Straftheorien waren **Kant** und **Hegel**.

Dennoch war auch nach dieser Ansicht Strafe zweckfreie Vergeltung, die nicht nach der Wirkung der Strafe auf den einzelnen oder die Allgemeinheit fragt. Berühmt geworden ist dabei Kants Wort von der **Strafe als kategorischem Imperativ**: „Richterliche Strafe kann weder beim Täter noch bei der Gesellschaft etwas Gutes bewirken, sondern muss nur verhängt werden, weil der Täter verbrochen hat.“ Auch soll die Strafe niemanden abschrecken: „Selbst wenn sich die Gesellschaft mit Zustimmung aller auflöst, z.B. ein Inselvolk den Staat auflöst und sich in alle Winde zerstreut, müsste der letzte im Gefängnis befindliche Mörder hingerichtet werden, damit ihm das widerfährt, was seine Tat wert ist, und die Blutschuld nicht auf dem Volk haftet, das ihn nicht bestraft hat.“

Fiat iustitia, pereat mundus = Der Täter müsste selbst dann noch bestraft werden, wenn Staat und Gesellschaft zugrunde gingen (Kant, Metaphysik der Sitten, 1798, S. 453 ff.).

Kritik:

An dieser Lehre der zweckfreien Vergeltung wird kritisiert, dass die Aufgabe des Strafrechts der Rechtsgüterschutz ist; zur Erfüllung dieser Aufgabe dürfe es sich nicht eines Mittels bedienen, das von allen sozialen Zwecken absieht. Die Vergeltung fordere auch dort Strafe, wo sie der Rechtsgüterschutz nicht verlangt; wo sich die Strafe von der Funktion des Rechtsgüterschutzes entfernt, verliert sie jedoch ihre gesellschaftliche Legitimation. Im Übrigen ist der Staat als menschliche Einrichtung gar nicht in der Lage, die metaphysische Idee der Gerechtigkeit zu verwirklichen (Roxin § 3 I).

II. Die Theorie der Generalprävention

Die Verurteilung des Täters soll nicht diesen (speziell) von weiteren Taten abhalten, sondern die Allgemeinheit von Straftaten abschrecken. So wollte schon **Feuerbach** aufgrund seiner Lehre vom psychologischen Zwang durch die Androhung von Strafe in der Psyche des Täters einen psychologischen Zwang auslösen, die geplante Tat zu unterlassen. Hat sich der einzelne im Vorfeld nicht abschrecken lassen, so muss nun die Strafe verhängt werden, um die Wirksamkeit der gesetzlichen Strafandrohung unter Beweis zu stellen und dadurch andere „Gleichgesinnte“ abzuschrecken. Eine Strafe, die nur angedroht, aber nicht verhängt wird, kann die Begehung von Straftaten nicht verhindern. Daher muss auch bei fehlender Wiederholungsgefahr (z.B. Affekttat) bestraft werden, um Nachahmer abzuschrecken.

Dieser negative Aspekt der Generalprävention wird ergänzt durch den positiven Effekt, dass durch die Bestrafung des Täters das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtsordnung wiederhergestellt wird, nachdem der Staat gezeigt hat, dass er zumindest nachträglich in der Lage ist, auf sozialschädliches Verhalten zu reagieren. Würde die diesbezügliche Erwartung der Allgemeinheit enttäuscht, so kann diese Enttäuschung nicht einfach durch Anpassung und kognitives Lernen aufgelöst werden; die Allgemeinheit würde das Vertrauen verlieren, dass die eigenen Rechtsgüter durch den Staat wirksam geschützt werden können.

Baumann (Strafrecht AT § 3 Rz. 32) erklärt dies wie folgt: „Durch die Verletzung einer Strafnorm entsteht eine Enttäuschungssituation, in der die Gemeinschaft das Festhalten an der normativen Erwartung demonstrieren muss. Dies geschieht durch Bestrafung des Täters. Wird der Täter nicht bestraft, so wird die normative Erwartungshaltung abgebaut: Der Bürger beginnt zu lernen, dass man ungestraft Straftaten begehen kann. Die Strafnorm verliert ihre Geltung und der durch die Norm gewährte Rechtsgüterschutz löst sich auf.“

Eine weitere Reaktion auf die fehlende Bestrafung des Täters könnte in einer Selbstjustiz bestehen, so dass das staatliche Gewaltmonopol ins Wanken geriete. Hier ist bereits heute im Rahmen der Verbrechensvorbeugung eine bedenkliche Verlagerung der Verbrechensvorbeugung von der Polizei auf private Organisationen zu beobachten.“

Kritik:

Dies hat jedoch zur Folge, dass die Abschreckung der Allgemeinheit auf dem Rücken des einzelnen ausgetragen wird: je höher die Strafe des einzelnen, desto größer die Abschreckung der Allgemeinheit. Im Übrigen tritt der Gedanke der Resozialisierung völlig in den Hintergrund (Bruns, Strafzumessungsrecht, 56, 324 ff; dazu auch Ambros/Steiner JuS 2001, 9 ff.).

III. Die Lehre von der Spezialprävention

Danach liegt die Funktion der Strafe darin, den individuellen Täter, der sich zunächst durch die reine Androhung der Strafe nicht hatte abschrecken lassen, von künftigen Straftaten abzuhalten. Nach einem berühmten Wort von **Platon** „strafft kein kluger Mensch, weil gesündigt wurde, sondern damit nicht mehr gesündigt wird“ („nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur“; Seneca, de ira, Bd. 1, 19 - 7).

Die Funktion der Strafe liegt also nicht in der zweckfreien Vergeltung, sondern in der Einwirkung auf die Gesellschaft und auf den Täter. So sah es bereits Protagoras: „Wer aber mit Vernunft strafen will, der bestraft nicht um des begangenen Unrechts willen, denn er kann ja doch das Geschehene nicht mehr ungeschehen machen, sondern des Zukünftigen wegen, damit nicht ein andermal wieder, weder derselbe (Spezialprävention) noch einer, der diesen bestraft gesehen hat (Generalprävention), dasselbe Unrecht begehe“ (Protagoras, 324).

Für **Franz von Liszt** („Der Zweckgedanke im Strafrecht“, 1882) als den führenden Vertreter der „soziologischen Strafrechtsschule“ war die gerechte Strafe die notwendige Strafe; Gerechtigkeit ist die Einhaltung des durch den Zweckgedanken erforderlichen Strafmaßes. Franz von Liszt sah in der Strafe

3 Funktionen der Prävention:

- **Sicherung der Allgemeinheit** durch Einsperren des Täters. So dient auch heute nach § 2 StVollzG der Vollzug der Freiheitsstrafe dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten dieses Täters.
- **Abschreckung vor weiteren Taten**
- **Besserung des Täters** (= Resozialisierung): Der besserungsbedürftige Gelegenheitstäter soll durch einen Denkkzettel aufgerüttelt werden, der besserungsfähige Zustandsverbrecher soll durch Erziehung im Strafvollzug resozialisiert werden, der nicht besserungsfähige Gewohnheitsverbrecher durch unbestimmte Strafhaft unschädlich gemacht werden. Der Täter soll nicht aus der Gesellschaft ausgestoßen, sondern wieder in die Gesellschaft eingegliedert werden. So ist auch heute nach § 3 III StVollzG der Strafvollzug darauf auszurichten, dass er dem Gefangenen hilft, sich in das Leben in Freiheit einzugliedern.

Kritik:

An der Spezialprävention als alleiniger Funktion der Strafe wird kritisiert, dass es nicht Aufgabe des Staates ist, seine Bürger zu bessern (so auch BVerfGE 22, 219), manche Täter (z.B. Gewohnheitstäter) nicht resozialisiert werden können (bzw. solange eingesperrt werden müssten, bis sie resozialisiert sind) und manche Täter nicht resozialisiert werden müssen (z.B. Affekttäter in schwerer Bedrängnis, bei denen keine Wiederholungsgefahr besteht; auch bei den Regierungskriminellen der ehemaligen DDR (z.B. Honecker, Mielke) bestand nach dem Fall der Mauer keine Wiederholungsgefahr mehr).

Der Täter erhält nicht das, was er nach seiner Schuld verdient, sondern das, was er zu seiner Resozialisierung braucht. Art und Höhe der Strafe werden also nicht durch die Schuld, sondern durch rein präventive Zwecke bestimmt.

IV. Die Vereinigungstheorien

In jüngster Zeit werden Vergeltung, Spezial- und Generalprävention als gleichrangige Zwecke der Strafe angesehen. Die Kriminalstrafe ist – ungeachtet ihrer Aufgabe der Abschreckung und Resozialisierung – Vergeltung für begangenes Unrecht (BVerfG NJW 1993, 1751, 1753 = Abtreibungsentscheidung; ausführlich dazu Langels, StGB BT 1 § 5 II 4). Das Bundesverfassungsgericht führt in dieser Entscheidung zum Zweck des Strafrechts aus:

„Rechtliche Verhaltensgebote sollen Schutz in 2 Richtungen bewirken. Zum einen sollen sie präventive und repressive Schutzwirkungen im Einzelfall entfalten, wenn die Verletzung des geschützten Rechtsguts droht oder bereits stattgefunden hat. Zum anderen sollen sie im Volk lebendige Wertvorstellungen und Anschauungen über Recht und Unrecht stärken und ihrerseits Rechtsbewusstsein bilden, damit auf der Grundlage einer solchen normativen Orientierung des Verhaltens eine Rechtsgutsverletzung erst gar nicht in Betracht gezogen wird.“

Wie auch immer man den Zweck der Strafe definiert, so muss doch das Strafmaß durch das Maß der persönlichen Schuld begrenzt werden; eine nur an präventiven Aspekten orientierte Strafzumessung wäre als Verstoß gegen die Menschenwürde verfassungswidrig (BVerfGE 20, 323, 331). Kann die Besserung des gefährlichen Täters und der Schutz der Gesellschaft vor ihm mit der durch die Schuld limitierten Strafe nicht erreicht werden, so müssen Maßnahmen der Besserung und Sicherung wie z.B. eine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 oder die Sicherheitsverwahrung gemäß § 66 ergriffen werden.

§ 6 Das 2-spurige System der Rechtsfolgen: Strafen und Maßregeln

Jede Strafe setzt eine Schuld des Täters bei Begehung der Tat, jede Maßregel eine fortdauernde Gefährlichkeit des Täters für die Zukunft voraus. Die Strafe wirkt also *repressiv*, die Maßregel *präventiv*.

I. Strafen

Nach § 46 I StGB ist Grundlage für die Strafzumessung die Schuld des Täters (= **Schuldprinzip**). Schuld ist Vorwerfbarkeit. Der Vorwurf lautet, dass der Täter sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich für das Recht hätte entscheiden können (BGH St 2, 194, 200). Fehlt die Schuld (z.B. wegen eines unvermeidlichen Verbotsirrtums gemäß § 17 StGB oder wegen seelischer Störung nach § 20 StGB), so kann der Täter nicht bestraft werden (dagegen kann eine Maßregel verhängt werden, wenn der Täter trotz fehlender Schuld sozialgefährlich ist).

Bei den Strafen unterscheidet man zwischen den **Hauptstrafen** Freiheits- und Geldstrafe (§§ 38 - 43 StGB) und der **Nebenstrafe** Fahrverbot (§ 44 StGB), wobei die Nebenstrafe nur bei gleichzeitiger Verurteilung zu einer Hauptstrafe verhängt werden kann.

1) Die Freiheitsstrafe

Die Freiheitsstrafe kann nach § 38 StGB als zeitige Freiheitsstrafe von einem Monat bis 15 Jahren verhängt werden oder als lebenslange Freiheitsstrafe, wobei nach 15 Jahren Freiheitsentzug und günstiger Sozialprognose der Rest der lebenslangen Freiheitsstrafe gemäß § 57 a StGB zur Bewährung ausgesetzt werden kann. Andererseits soll nach § 47 StGB eine Freiheitsstrafe unter 6 Monaten nur als „ultima ratio“ verhängt werden, wenn Täter oder Tat dies gebieten. Gemäß den §§ 56 ff. StGB kann auch eine längere Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden.

2) Die Geldstrafe

Nach § 40 StGB wird die Geldstrafe in Tagessätzen unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters festgesetzt. Das Mindestmaß der Geldstrafe beträgt 5 Tagessätze, das Höchstmaß 360 Tagessätze, im Falle einer Gesamtstrafenbildung 720 Tagessätze. Die Mindesthöhe des Tagessatzes beträgt 1 Euro, der Höchstsatz 30.000 Euro.

II. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung

Während nach § 46 StGB Strafe Schuld voraussetzt, ist die Verhängung einer Maßregel **verschuldensunabhängig**. Sie kommt in Betracht, wenn einerseits der Täter schuldunfähig oder vermindert schulfähig ist (es kommt nach den §§ 20, 21 StGB keine oder eine geringe Strafe zur Anwendung), auf der anderen Seite jedoch **sozialgefährlich** ist (z.B. der schuldunfähige Triebtäter). Gemäß den §§ 63 ff. StGB käme hier die Einweisung in eine psychiatrische Klinik oder (z.B. bei Drogenkriminalität) in eine Entziehungsanstalt in Frage. Bei Rückfalltätern kann nach § 66 StGB Sicherungsverwahrung angeordnet werden.

Die Maßregeln sind also im Gegensatz zur Strafe unabhängig vom Verschulden und wirken nicht *repressiv*, sondern *präventiv*, indem sie an die *Sozialgefährlichkeit* des Täters anknüpfen. Dennoch werden Maßregeln wie Führerscheinentzug auf potentielle Verkehrssünder und Sicherungsverwahrung auf potentielle Wiederholungstäter auch ihre generalpräventive Wirkung nicht verfehlen.

Im Rahmen dieses **zweispurigen Sanktionensystems** stellt die Strafe wegen der nach § 46 I StGB erforderlichen Anbindung an die Schuld im Verhältnis zur Maßnahme den geringeren Eingriff dar. Obwohl auch die Verhängung einer Maßnahme unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit steht, ist der Richter gehalten, bei schuldhaft handelndem Täter die Prävention durch die Strafe zu verwirklichen und nur bei nachhaltiger Gefährdung der Allgemeinheit eine zusätzliche Maßregel zu verhängen.

§ 7 Die Verpflichtung zum Rechtsgüterschutz

Das BVerfG hat in BVerfG NJW 1993, 1751 (1754) wie bereits in BVerfGE 39, 1 (45) die reine Fristenlösung für verfassungswidrig erklärt und zum Schutz des ungeborenen Lebens ein strafrechtliches Verbot gefordert, da der verfassungsrechtlich gebotene Schutz auf keine andere Art und Weise zu erreichen ist. Das Bundesverfassungsgericht führt dazu aus:

„Der Schwangerschaftsabbruch muss während der gesamten Dauer der Schwangerschaft als Unrecht angesehen und daher verboten sein. Der Staat muss zur Erfüllung seiner Schutzpflicht ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art ergreifen, die einen wirksamen Schutz des ungeborenen Lebens gewährleisten. Das Untermaßverbot lässt es dabei nicht zu, auf den Einsatz des Strafrechts und die davon ausgehende Schutzwirkung für das menschliche Leben zu verzichten.

Dem Strafrecht kommt seit jeher die Aufgabe zu, Grundlagen eines geordneten Zusammenlebens zu schützen. Dazu gehört die Achtung und Unverletzlichkeit menschlichen Lebens. Dementsprechend wird die Tötung anderer mit Strafe bedroht. Das Strafrecht ist zwar nicht das primäre Mittel rechtlichen Schutzes, schon wegen seines am stärksten eingreifenden Charakters. Es wird aber als ‚ultima ratio‘ dieses Schutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über das Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich ist, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist...Sofern allerdings wegen verfassungsrechtlich ausreichender Schutzmaßnahmen anderer Art von einer Strafandrohung für nicht gerechtfertigte Schwangerschaftsabbrüche abgesehen werden darf, kann es auch genügen, das Verbot für diese Fallgruppe auf andere Art und Weise in der Rechtsordnung klar zum Ausdruck zu bringen.“

(Die Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Abtreibungsrechts ist ebenso wie dessen historische Entwicklung und Neuregelung in Langels, StGB BT 1 § 5 II sehr ausführlich dargestellt.)

Zum Schutz der Rechtsgüter können also auch außerstrafrechtliche Normen beitragen; die strafrechtliche Ahndung sozialschädlichen Verhaltens kann daher immer nur **ultima ratio** des Gesetzgebers sein. Das Strafrecht soll zugleich durch Abwehr von Gewalt und Willkür dem einzelnen einen Spielraum schaffen, innerhalb dessen er sich frei entfalten kann. Das Strafrecht *beschränkt* nicht nur die Freiheit, es *schafft* auch Freiheit. Da das Grundgesetz die allgemeine menschliche Handlungsfreiheit gewährleisten will, darf das Strafrecht Beschränkungen der Handlungsfreiheit nur dort anordnen, wo dies zum Schutz der Gesellschaft unerlässlich ist.

Da das Strafrecht nur einen Teil der Rechtsgüter schützt und auch nicht alle Angriffsarten unter Strafe stehen (z.B. Gebrauchsanmaßung; fahrlässige Sachbeschädigung; versuchte Untreue), spricht man vom „**fragmentarischen Charakter des Strafrechts**“ (Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts BT I, 20). Nach Maiwald (FS für Maurach, 9 ff.) äußert sich der fragmentarische Charakter des Strafrechts in 3 Richtungen: als Lückenhaftigkeit innerhalb bestehender Straftatbestände, als fragmentarisch gegenüber der Gesamtrechtsordnung und als fragmentarisch gegenüber der Moral.

Da das Strafrecht nur ein subsidiäres Mittel des Rechtsgüterschutzes darstellt, bleibt es hinter den übrigen Schutzmaßnahmen zurück, die dem Rechtsgutsinhaber zur Verfügung stehen. So ist das Vermögen aufgrund der Subsidiarität des Strafrechts nur gegen besonders gefährliche Angriffe wie z.B. Erpressung gemäß § 253, Betrug gemäß § 263 oder Untreue gemäß § 266 geschützt. Wird das Vermögen auf sonstige Arten verletzt, entstehen lediglich zivilrechtliche Ersatzansprüche.

Beispiele: Fahrlässige Sachbeschädigung oder die Schädigung fremden Vermögens durch Vertragsverletzung wie schuldhaft herbeigeführte Unmöglichkeit oder Schuldnerverzug lösen nur zivilrechtliche Schadensersatzansprüche aus, machen aber nicht strafbar. Die bloße Gebrauchsanmaßung ohne Zueignungsabsicht löst zivilrechtliche Selbsthilferechte (§ 859 BGB) und Schadensersatzansprüche (§ 823 I BGB) aus, ist aber regelmäßig (Ausn. § 248 b) nicht unter Strafe gestellt.

Zudem werden nur solche Verhaltensweisen erfasst, die das geschützte Rechtsgut verletzen oder gefährden. Strafbares Verhalten im Vorbereitungsstadium kann daher nur die Ausnahme und nur durch den Umfang und die Art der Rechtsgutsverletzung gerechtfertigt sein.

Beispiele: Vorbereitung eines Angriffskrieges gemäß § 80 StGB, Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens nach § 83 StGB.

§ 8 Die Dichotomie der Straftaten: Verbrechen – Vergehen

Basierend auf dem französischen Code Pénal kannte das deutsche Strafrecht eine Unterteilung in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen. Verbrechen wurden mit Todesstrafe, Festungshaft oder Zuchthaus, Vergehen mit Gefängnis oder erheblicher Geldstrafe, Übertretungen mit Geldstrafe bestraft. Mit der Strafrechtsreform von 1975 entstand durch den Wegfall der Übertretungen eine Zweiteilung (= **Dichotomie**): Verbrechen - Vergehen.

- I. **Verbrechen** sind gemäß § 12 I rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind.
- II. **Vergehen** sind gemäß § 12 II rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit einer geringeren Freiheitsstrafe oder mit Geldstrafe bedroht sind.
- III. Die Unterscheidung von Verbrechen und Vergehen hat sowohl im materiellen Strafrecht als auch im Strafprozessrecht wichtige **Konsequenzen**:

1) Die Konsequenzen im StGB

- a) **§ 23 I**: Der Versuch eines Verbrechens ist stets strafbar; der Versuch eines Vergehens nur, wenn der Gesetzgeber den Versuch im jeweiligen Tatbestand des BT gesondert unter Strafe gestellt hat.
Beispiele: §§ 216 II, 223 II, 242 II, 263 II, 303 II; der Versuch der Beleidigung ist aber ebenso wenig strafbar wie der Versuch der Untreue.
- b) **§ 30 I**: Der Versuch, den Haupttäter zu einer Straftat anzustiften, ist nur strafbar, wenn es sich bei dieser Tat um ein Verbrechen handeln wird. Eine Ausnahme bildet § 159, der auch den Versuch bestraft, den Haupttäter zu einer uneidlichen Falschaussage i.S.d. § 153 (=Vergehen) zu bestimmen.
- c) **§ 30 II**: Wer sich bereit erklärt, das Erbieten eines anderen annimmt oder mit einem anderen verabredet, eine Straftat zu begehen, wird nur bestraft, wenn es sich bei dieser Tat um ein Verbrechen handelt.
- d) **§ 241**: Wer einen anderen mit der Begehung einer Straftat bedroht, macht sich nur strafbar, wenn es sich bei der angedrohten Tat um ein Verbrechen handelt.

2) Die Konsequenzen im Strafprozessrecht

- a) **§ 140 I Nr. 2 StPO**: Wird dem Beschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt, so ist die Beteiligung eines Verteidigers am Verfahren notwendig.
- b) **§§ 153, 153 a StPO**: Eine Einstellung des Strafverfahrens wegen Geringfügigkeit oder bei Erfüllung von Auflagen und Weisungen ist nur bei einem Vergehen möglich.
- c) **§ 407 StPO**: Bei Vergehen können die Rechtsfolgen der Tat durch einen Strafbefehl ohne Hauptverhandlung festgesetzt werden.

IV. Achten Sie darüber hinaus auf zwei Punkte:

1) **Abstrakte Betrachtungsweise**

Beispiel: Der Richter hat einen Wiederholungstäter für einen Diebstahl zu 2 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Hat der Täter ein Verbrechen begangen?

Für den Deliktscharakter ist nicht die im Einzelfall verhängte Strafe, sondern das im Tatbestand des Gesetzes abstrakt angedrohte Strafmaß entscheidend!

Dahinter steht die Garantiefunktion des Tatbestandes, die durch den Grundsatz „nullum crimen sine lege“ verkörpert wird. Ansonsten könnte der Richter durch „sein“ Strafmaß darüber entscheiden, ob der Täter ein Verbrechen oder Vergehen begangen hätte; dies hätte aber auch Folgen für andere Beteiligte. Die Strafbarkeit der Beteiligten, die ja teilweise vom Deliktscharakter abhängt (z.B. §§ 23 I, 30 I, 30 II StGB), wäre nicht vorhersehbar. Im Übrigen würde der Richter durch sein Strafmaß die Strafbarkeit *begründen*, was einen Verstoß gegen das Prinzip der Gewaltenteilung darstellen würde.

2) **§ 12 III: Schärfungen und Milderungen der Strafe nach den Regeln des AT oder BT bleiben für die Unterteilung von Verbrechen und Vergehen außer Betracht.**

a) **Im AT existieren nur Strafmilderungen:**

§§ 13 II; 17, 2; 21; 23 II, III; 27 II 2; 28 I; 30 I 2; 35 I 2; 35 II 2. Der Umstand, dass die Strafe des Verbrechens über § 49 I gemildert werden kann, ändert also nichts daran, dass er ein Verbrechen verübt hat. **Ein minder schwerer Fall des Verbrechens bleibt ein Verbrechen!**

b) **Im BT existieren sowohl Strafmilderungen als auch Strafschärfungen:**

aa) **Strafmilderungen** enthalten z.B. die minder schweren Fälle der §§ 154 II, 226 III, 249 II, 306 II, 306 a III: **Es bleibt also dabei, dass es sich trotz des minder schweren Falles nach wie vor um ein Verbrechen handelt!**

bb) Auch wenn der Gesetzgeber durch **unbenannte Strafschärfungen** das Mindeststrafmaß auf 1 Jahr Freiheitsstrafe anhebt, verlangt der „nullum crimen“-Grundsatz, dass der Grundtatbestand mit seinem Strafmaß über die Deliktsnatur entscheidet: **Ein besonders schwerer Fall eines Vergehens bleibt ein Vergehen!** Ansonsten könnte auch hier der einzelne Richter durch seinen Urteilsspruch über den Deliktscharakter entscheiden, ohne dass dies für die Beteiligten vorhersehbar wäre; dies würde auch gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung verstoßen.

AL-Klausurtyp:

Diese Problematik hat sich jedoch dadurch weitgehend entschärft, dass durch das 6. StrRG in den §§ 263 III, 266 II, 267 III die Mindeststrafe auf 6 Monate abgesenkt wurde.

c) **Benannte Strafschärfungsgründe / Strafmilderungsgründe**

Dagegen können benannte Schärfungs- oder Milderungsgründe die Deliktsnatur des Grundtatbestandes verändern, sofern die Voraussetzungen durch Tatbestandsmerkmale abschließend fixiert sind:

aa) **Strafschärfend:** Aus § 239 I (Vergehen) wird unter den Voraussetzungen des § 239 III ein Verbrechen; aus § 223 (Vergehen) wird durch die in § 226 I benannte schwere Folge ein Verbrechen. Weitere Beispiele wären die §§ 263 V, 267 IV, 268 V.

- bb) **Strafmildernd:** Aus § 212 (Verbrechen) wird durch das ernstliche Tötungsverlangen des Opfers ein Vergehen (§ 216). Daher musste in § 216 II der Versuch gesondert unter Strafe gestellt werden (§ 23 I!).
- cc) **Regelbeispiele:** Da die Regelbeispiele den Richter nicht binden, verändern sie den Deliktscharakter nicht. Der Richter kann daher einen schweren Fall selbst dann annehmen, wenn dieser Fall im Regelbeispiel nicht genannt ist; umgekehrt ist er nicht gezwungen, bei einem objektiv vorliegenden Regelbeispiel auf einen besonders schweren Fall zu erkennen. Die Rechtssicherheit gebietet es daher, die Deliktsart unabhängig von der richterlichen Würdigung zu bestimmen. Regelbeispiele sind z.B. in den §§ 113 II, 125 a, 218 II, 243 I, 263 III, 266 II, 267 III, 268 V und 283 a enthalten.

Zusammenfassung:

Eine Änderung des Deliktscharakters erfolgt im BT nur dann, wenn Schärfung und Milderung ausschließlich durch fixierte tatbestandliche Merkmale erfolgen!

§ 9 Die Einteilung der Straftatbestände

Die verschiedenen Straftatbestände lassen sich anhand der folgenden Kriterien in bestimmte Kategorien einteilen. Da es sich um Grundbegriffe des Strafrechts handelt, die wir auch der weiteren Darstellung zugrunde legen werden, sollten Sie sich diese Begriffe gut einprägen.

I. Begehungsdelikte - Unterlassungsdelikte

Diese Unterscheidung knüpft an die beiden Erscheinungsformen des strafrechtlich relevanten menschlichen Verhaltens an: Ein Straftatbestand kann entweder durch positives Tun oder durch Unterlassen verwirklicht werden.

1) Begehungsdelikte

Hier verwirklicht der Täter den Tatbestand durch positives Tun. Diese Begehungsweise liegt den meisten Straftatbeständen zugrunde. Spricht z.B. § 212 von der Tötung des Opfers, so geht das Gesetz unausgesprochen davon aus, dass der Täter das Opfer durch positives Tun getötet, z.B. erschossen hat.

2) Unterlassungsdelikte

In Ausnahmefällen bestraft das Gesetz auch den Unterlassungstäter, der in bestimmten Situationen eine gesetzlich geforderte *Handlung* nicht vorgenommen hat oder einen *Erfolg* von einem Rechtsgut nicht abgewendet hat, für dessen Bestand er verantwortlich war. Man unterscheidet dabei zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten:

a) Echte Unterlassungsdelikte

Sie bestrafen jeden, der in einer gesetzlich beschriebenen Situation (z.B. § 323 c / Unglücksfall) dadurch gegen ein gesetzliches Gebot verstößt, dass er die in dieser Situation geforderte Handlung nicht vornimmt. In einigen Fällen ist die geforderte Handlung gesetzlich beschrieben (§ 123, 2. Alt. / sich entfernen; § 138 / Anzeige erstatten); in anderen Fällen ergibt sie sich aus der jeweiligen Situation (§ 323 c / Hilfe leisten). Im Gegensatz zu den unechten Unterlassungsdelikten kann *jedermann* Täter sein; auch kommt es nicht auf den zurechenbaren Eintritt eines Erfolges an.

Beispiel: Wegen unterlassener Hilfeleistung wird auch der bestraft, dessen Hilfe dem Unfallopfer nichts mehr genutzt hätte (dazu StGB BT 1 § 50 I).

b) Unechte Unterlassungsdelikte

In Form einer (ausnahmsweise zulässigen) Analogie zu den Begehungsdelikten bestraft das Gesetz in § 13 auch denjenigen, der einen Erfolg durch Unterlassen der an sich geforderten Handlung herbeiführt. Der jeweils verwirklichte Tatbestand entstammt also ebenso wie das zu verhängende Strafmaß den Begehungsdelikten, wobei die Strafe des Unterlassungstäters gemäß § 13 II gemildert werden kann.

Das Gesetz macht aber die Gleichstellung von Tun und Unterlassen i.S.d. § 13 von zwei Voraussetzungen abhängig:

- aa) **Garantenstellung:** Der Unterlassungstäter muss als Garant des geschützten Rechtsguts für dessen Bestand verantwortlich sein. Im Gegensatz zu den echten Unterlassungsdelikten richtet sich die Norm nur an einen eingeschränkten Täterkreis; es handelt sich um **echte Sonderdelikte**, bei denen die Garanteneigenschaft die Strafe begründet. Ob die Strafe des Teilnehmers deshalb gemäß § 28 I gemildert werden kann, ist streitig; ich werde im Rahmen der Teilnahme auf diese Frage noch eingehen.
- bb) **Entsprechensklausel:** Die Gleichstellung von Unterlassen und positivem Tun setzt weiterhin voraus, dass das Unterlassen von seinem Unwertgehalt her der Tatbestandsverwirklichung durch positives Tun entspricht. Darauf kommen wir im Rahmen der Unterlassungsdelikte zurück.

II. Erfolgsdelikte - Erfolgsqualifizierte Delikte - Tätigkeitsdelikte

Diese Delikte unterscheiden sich in der von Fall zu Fall erforderlichen Abhängigkeit von Handlung und Erfolg.

1) Erfolgsdelikte

Hier zählt zum gesetzlichen Tatbestand der Eintritt eines Erfolges, der dem Täter aufgrund seiner Handlung als sein Werk zugerechnet werden kann. Ist der Erfolg ausgeblieben oder in nicht zurechenbarer Weise eingetreten, so kann der Täter nur wegen Versuchs bestraft werden.

Beispiel 1: T schießt mit Tötungsvorsatz auf O, trifft ihn aber nur in den Oberschenkel.

Beispiel 2: O war auf der Fahrt ins Krankenhaus an den Folgen eines Verkehrsunfalls gestorben, den der Fahrer des Krankenwagens verschuldet hatte.

2) Erfolgsqualifizierte Delikte

Sie sind ein Sonderfall der Erfolgsdelikte. Hier wird durch einen zum 1. Erfolg hinzutretenden 2. Erfolg (= schwere Folge) das Erfolgsdelikt zusätzlich qualifiziert und die Strafe des Erfolgsdelikts zusätzlich verschärft. Dies setzt allerdings aufgrund des Schuldprinzips voraus, dass den Täter bezüglich der qualifizierenden schweren Folge mindestens der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft, was durch § 18 noch einmal unterstrichen wird: **Keine erhöhte Strafe ohne erhöhte Schuld!**

Beispiel: Wilhelm Brause hat sich über eine anzügliche Bemerkung seines Thekennachbarn O derart geärgert, dass er ihn mit der Faust ins Gesicht schlägt. O ist Brillenträger; das Brillenglas splittert und verletzt den Sehnerv, so dass O auf einem Auge nichts mehr sieht. Wilhelm wird nicht nur gemäß § 223, sondern darüber hinaus auch nach § 226 I bestraft.

Erfolgsqualifizierte Delikte sind dabei mehr als die Summe ihrer Bestandteile, also mehr als Grundtatbestand und fahrlässig verursachte schwere Folge: So stellt nicht jede vorsätzliche Körperverletzung, bei der der Täter das Opfer fahrlässig tötet, eine Körperverletzung mit Todesfolge i.S.d. § 227 dar. Eine Erfolgsqualifikation setzt zusätzlich voraus, dass sich die spezifische Gefahr des Grundtatbestandes in der schweren Folge realisiert hat (zu diesem Erfordernis sehr ausführlich Langels, StGB BT 1 § 11 II).

Beachte: Im einigen Fällen verlangt das Gesetz wegen der teilweise drakonischen Strafschärfung (z.B. § 251 / nicht unter 10 Jahren Freiheitsstrafe!), dass der Täter bezüglich des Eintritts der schweren Folge mindestens leichtfertig, also grob fahrlässig gehandelt hat.

Erfolgsqualifizierte Delikte sind z.B. die §§ 176 b, 178, 221 III, 226, 227, 239 IV, 251, 306 c.

3) Tätigkeitsdelikte

Sie sind unabhängig vom Eintritt eines Erfolges bereits mit Vornahme der gesetzlich verbotenen Tätigkeit vollendet.

Beispiel: So ist eine falsche Aussage des Zeugen vor Gericht i.S.d. §§ 153 ff. unabhängig davon vollendet, ob das Gericht der Zeugenaussage Glauben schenkt.

III. Verletzungsdelikte - Gefährdungsdelikte

1) Verletzungsdelikte

Sie sind nur vollendet, wenn das geschützte Rechtsgut in fühlbarer Weise beeinträchtigt wurde. Der Eintritt einer nachweisbaren Verletzung des Rechtsguts ist also objektives Tatbestandsmerkmal, bei dessen Fehlen die Tat nur versucht, aber nicht vollendet wurde.

Beispiel: Hat der Täter mit Tötungsvorsatz auf das Opfer geschossen, es aber nicht oder nicht tödlich verletzt, so ist der Totschlag nur versucht worden.

2) Gefährdungsdelikte

Hier kommt es aus kriminalpolitischen Gründen zu einer Vorverlagerung der Strafbarkeit: Die Tat ist auch ohne Verletzung des Rechtsguts bereits dann vollendet, wenn das Rechtsgut gefährdet war. Man unterscheidet zwischen konkreten und abstrakten Gefährdungsdelikten, die allerdings subsidiär sind und daher in der Klausur nur hilfsweise geprüft werden dürfen.

a) Konkrete Gefährdungsdelikte

Der Eintritt einer nachweisbaren Gefahr ist objektives Tatbestandsmerkmal, so dass ohne konkrete Gefahr die Tat nicht vollendet ist. Da die konkrete Gefährdung objektives Tatbestandsmerkmal ist, müssen sich auch Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit auf diese Gefahr beziehen.

Beispiel: Wer betrunken Auto fährt, macht sich nur dann nach § 315 c strafbar, wenn er einen anderen Verkehrsteilnehmer in dieser Situation konkret gefährdet hat und bezüglich der Gefährdung vorsätzlich (§ 315 c I Nr. 1 a) oder fahrlässig (§ 315 c I Nr. 1 a, III Nr. 1) gehandelt hat.

b) Abstrakte Gefährdungsdelikte

Hier besteht die unwiderlegliche gesetzliche Vermutung, dass ein bestimmtes Verhalten – losgelöst vom Einzelfall – stets gefährlich ist. Die Gefahr ist daher kein Tatbestandsmerkmal, sondern der Strafgrund der Norm.

Beispiele:

- 1) § 316: Wer betrunken Auto fährt, wird auch dann bestraft, wenn er dabei keinen anderen gefährdet.
- 2) § 231 (der allerdings die Bestrafung des Täters unter die aufschiebende objektive Bedingung stellt, dass eine schwere Folge eintritt)
- 3) § 306 a (wobei im Hinblick auf die hohe Strafandrohung möglicherweise eine Ausnahme gemacht werden muss, wenn der Eintritt einer konkreten Gefahr ausgeschlossen war; vgl. die Kursmitschrift zum „sorgfältigen Brandstifter“ bzw. meinen StGB BT 1 § 45 II 1).

IV. Allgemeindelikte - Sonderdelikte - Eigenhändige Delikte

Sie unterteilen die Tatbestände nach dem Kreis der Normadressaten, fragen also, wer tauglicher Täter eines derartigen Delikts sein kann.

1) Allgemeindelikte

Sie stellen an die Person des Täters keine besonderen Anforderungen und können daher von jedermann begangen werden. Dies wird z.T. bereits durch den Gesetzeswortlaut deutlich: „*Wer* (auch immer) eine fremde bewegliche Sache wegnimmt...“

2) Sonderdelikte

Sie können täterschaftlich nur von Tätern begangen werden, die über besondere persönliche Merkmale verfügen, die sie aus dem Kreis der Allgemeinheit hervorheben. Diese Eigenschaften können 2 verschiedene Wirkungen haben:

a) Echte Sonderdelikte

Hier wirkt die besondere Eigenschaft *strafbegründend*, so dass Personen außerhalb dieses Personenkreises („extraneus“) für dieses Verhalten nicht bestraft werden können. Teilnahme ist nach den allgemeinen Regeln möglich, doch wird die Strafe des Teilnehmers ggf. nach § 28 I gemildert.

Beispiele sind die §§ 331, 332, 344, 348. So kann sich derjenige nicht nach § 348 strafbar machen, der eine öffentliche Urkunde inhaltlich verfälscht, ohne Amtsträger zu sein. Dadurch entstehende Strafbarkeitslücken im Rahmen mittelbarer Täterschaft müssen durch gesonderte Tatbestände geschlossen werden (z.B. § 271; vgl. dazu Langels, StGB BT 1 § 43).

b) Unechte Sonderdelikte

Hier existiert ein Allgemeindelikt als Grundtatbestand, der von jedermann täterschaftlich verwirklicht werden kann. Die besondere Eigenschaft des Täters begründet daher nicht die Strafe, sondern *verschärft* sie. Unter mehreren Beteiligten gilt § 28 II mit der Folge, dass die Akzessorietät der Teilnahme durchbrochen werden kann.

Beispiele sind die §§ 133 III, 258 a, 340.

3) Eigenhändige Delikte

Sie beziehen ihren besonderen Unwertgehalt daraus, dass der Täter die tatbestandsmäßige Handlung persönlich eigenhändig vornimmt. Mittelbare Täterschaft ist daher ausgeschlossen; auch Mittäter kann nur sein, wer die Handlung eigenhändig vornimmt.

Beispiele: §§ 153 ff.; 323 a; 336. Auch hier entsteht eine Strafbarkeitslücke für mittelbare Täter, die aber zumindest im Rahmen der Aussagedelikte durch § 160 geschlossen wird.

V. Dauerdelikte - Zustandsdelikte

1) Dauerdelikte

Täter ist derjenige, der einen rechtswidrigen Zustand schafft oder aufrechterhält. Das Wesen der Dauerdelikte besteht darin, dass sie mit der erstmaligen Herbeiführung des Zustandes *vollendet*, aber erst *beendet* sind, wenn der rechtswidrige Zustand endet. Alle Handlungen des Täters, die in der Zwischenzeit der Aufrechterhaltung dieses Zustandes dienen, bilden in ihrer Gesamtheit *eine* Tat.

Beispiel: Die Freiheitsberaubung des § 239 ist vollendet, wenn sich das Opfer zum 1. Mal nicht mehr frei bewegen kann; sie ist beendet, wenn das Opfer seine Bewegungsfreiheit zurückerlangt. Alle Verhaltensweisen des Täters in der Zwischenzeit (einsperren, fesseln etc.) konkurrieren nicht miteinander, sondern bilden *eine* Tat.

2) Zustandsdelikte

Der Unwertgehalt dieser Delikte erschöpft sich in der Herbeiführung eines rechtswidrigen Zustands unabhängig von dessen Dauer.

Beispiel: Wer einen anderen ohrfeigt, hat ihn körperlich misshandelt unabhängig von der Frage, wie lange die Ohrfeige weh tut.

§ 10 Die Systematik des Fallaufbaus

Vorbemerkung

Basierend auf der grundlegenden Unterscheidung von **Unrecht** (= objektiv-genereller Vorwurf) und **Schuld** (individuelle Vorwerfbarkeit in Ansehung der Täterpersönlichkeit) und auf dem Gedanken, dass persönliche Vorwerfbarkeit eine rechtswidrige Tat voraussetzt, lässt sich der Aufbau der Straftat wie folgt systematisieren:

Unrecht – **Schuld**

Handlung – Tatbestandsmäßigkeit – Rechtswidrigkeit

Der Vorwurf, der Täter habe durch sein Verhalten Unrecht getan, setzt dreierlei voraus:

I. Handlung

Die durch den Tatbestand sanktionierte Verletzung des geschützten Rechtsguts muss auf ein dem Täter zurechenbares Verhalten zurückzuführen sein. Fehlt es bereits an einem strafrechtlich relevanten Verhalten (z.B. bei Ohnmacht oder Reflexbewegungen), so scheidet jeder Vorwurf von vornherein aus. (Zu den einzelnen Handlungslehren s.u. § 12: Der Handlungsbegriff)

II. Tatbestandsmäßigkeit

Das dem Täter zurechenbare Verhalten muss sich unter den Wortlaut eines Strafgesetzes subsumieren lassen; der Täter muss also die Voraussetzungen erfüllen, an die der Tatbestand eine Rechtsfolge knüpft. Der Tatbestand umschreibt dabei ohne Ansehung des konkreten Täters strafbares Verhalten anhand von abstrakten Tatbestandsmerkmalen („wer eine fremde bewegliche Sache wegnimmt“).

Der Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt folgende Funktionen:

1) Auslesefunktion

Der Tatbestand trennt durch seine Umschreibung strafbaren Verhaltens die Straftaten von straflosem Verhalten.

2) Garantiefunktion: *nullum crimen sine lege* (dazu unten § 11)

- *praevia* (keine Rückwirkung von Strafgesetzen)
- *scripta* (Verbot von strafbegründendem Gewohnheitsrecht)
- *certa* (Bestimmtheitsgrundsatz)
- *stricta* (Analogieverbot)

3) Generalprävention

Der Tatbestand soll strafbares Verhalten verdeutlichen und durch seine Strafandrohung potentielle Täter abschrecken.

III. Rechtswidrigkeit

Der Täter hat durch sein Verhalten gegen geltendes Recht verstoßen. Die durch den Gesetzgeber im jeweiligen Tatbestand vorgenommene Typisierung strafbaren Verhaltens liefert dabei eine widerlegbare Vermutung dafür, dass der Täter, der tatbestandsmäßig handelt, auch rechtswidrig handelt. Insofern wird die Rechtswidrigkeit durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert.

Daraus ergibt sich für ein vorsätzliches vollendetes Begehungsdelikt folgende Struktur:**A. Die Tatbestandsmäßigkeit****I. Objektiver Tatbestand**

Er beschreibt anhand von abstrakten Merkmalen strafbares Verhalten im Gesetz und enthält deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale.

1) Deskriptive Tatbestandsmerkmale

Sie sind bereits aus sich selbst heraus verständlich, so dass der Täter sein Verhalten auch ohne zusätzliche rechtliche Vorüberlegung unter diese Merkmale subsumieren kann (z.B. Sache, Mensch, töten). Ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum über ein deskriptives Tatbestandsmerkmal kann daher nur auf einer fehlenden sinnlichen Wahrnehmung beruhen.

In Ausnahmefällen kann allerdings auch ein an sich deskriptives Merkmal eine rechtliche Wertung erforderlich machen.

Beispiel: Ist ein nicht lebensfähiges Kind ein „Mensch“, der nach § 212 getötet werden kann; ist ein Patient, der als Organspender nur noch zu Transplantationszwecken ärztlich versorgt wird, noch ein „Mensch“ (dazu Langels, StGB BT 1 § 2 I 1)?

2) Normative Tatbestandsmerkmale

Sie erfordern eine rechtliche Vorüberlegung, sind also wertausfüllungsbedürftig (z.B. Urkunde, fremd). Dabei genügt es allerdings, dass der Täter in Form einer **Parallelwertung in der Laiensphäre** aus zutreffend erkannten Umständen die richtige rechtliche Schlussfolgerung zieht. Ein Irrtum kann sowohl auf fehlender sinnlicher Wahrnehmung als auch darauf beruhen, dass der Täter bei seiner laienhaften Wertung zu einem rechtlich falschen Ergebnis gelangt.

Beispiel: Der Vermächtnisnehmer glaubt, dass ihm die vermachte Sache bereits mit dem Tod des Erblassers gehört. In Wirklichkeit hat er gemäß § 2174 nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übereignung gegen die Erben, so dass ihm die Sache erst nach erfolgter rechtsgeschäftlicher Übereignung gehört.

3) Objektive Zurechnung des Erfolgseintritts

Der tatbestandsmäßige Erfolg muss dem Täter aufgrund seines Verhaltens als sein Werk zugerechnet werden können (vgl. dazu unten § 13).

II. Subjektiver Tatbestand**1) Vorsatz**

Der Vorsatz muss sämtliche Merkmale des objektiven Tatbestandes umfassen, da bereits die Unkenntnis eines objektiven Tatbestandsmerkmals nach § 16 I 1 StGB den Vorsatz entfallen lässt (zu den Formen des Vorsatzes vergleichen Sie bitte § 14).

2) Besondere Absichten oder Beweggründe

Sie treten bei einigen Tatbeständen als zusätzliche (!) subjektive Erfordernisse zum Vorsatz hinzu (z.B. Zueignungsabsicht im Sinne der §§ 242, 249, 252 StGB; Bereicherungsabsicht im Sinne der §§ 253, 263 StGB).

Weil diese Absichten auf einen Umstand gerichtet sind, der nicht zum objektiven Tatbestand zählt, spricht man von **Delikten mit überschießender Innentendenz**. Denken Sie bitte daran, dass diese Absichten ein *zusätzliches* subjektives Tatbestandsmerkmal sind. Ihr Fehlen ändert nichts daran, dass der Täter vorsätzlich gehandelt hat.

Beispiel 1: Die fehlende Zueignungsabsicht bei der straflosen Gebrauchsanmaßung ändert nichts daran, dass der Täter vorsätzlich eine fremde bewegliche Sache weggenommen hat.

Andererseits muss der Erfolg der Zueignung oder Bereicherung nicht eingetreten sein, so dass der Diebstahl oder der Betrug auch dann vollendet sind, wenn sich die Absicht nicht hatte realisieren lassen (= **kupiertes Erfolgsdelikt**).

Beispiel 2: Der Ladendiebstahl ist nach vollendeter Wegnahme auch dann vollendet, wenn der Dieb von einem Angestellten bereits im Laden überführt wird, ohne dass es zu einer Zueignung der Sache gekommen wäre.

III. Objektive Bedingungen der Strafbarkeit

In Ausnahmefällen hängt die Bestrafung des Täters vom Eintritt einer objektiven Bedingung ab, die weder zum Unrecht noch zur Schuld zählt und daher als Tatbestandsannex hinter dem Tatbestand geprüft wird. Bereits aus der systematischen Stellung *hinter* dem objektiven und subjektiven Tatbestand wird deutlich, dass sich der Vorsatz nicht auf den Eintritt dieser Bedingung erstrecken muss und dass auch keine Kausalität des Täterverhaltens für den Bedingungseintritt erforderlich ist.

Beispiele:

- 1) § 113 III 1: Selbst wenn der Täter vorsätzlich gegenüber einem Vollstreckungsbeamten Widerstand leistet, wird er gemäß § 113 III nur bestraft, wenn die Vollstreckungshandlung rechtmäßig ist.
- 2) § 231 I: Wer sich vorsätzlich an einer Schlägerei beteiligt, wird nach § 231 I nur bestraft, wenn bei dieser Schlägerei eine schwere Folge eintritt. Fehlender Vorsatz bezüglich der schweren Folge kann ihn nicht entlasten, da die objektive Bedingung kein Tatbestandsmerkmal ist, so dass § 16 nicht gilt. Ferner muss im Rahmen des § 231 I dem Täter eine Kausalität seines Verhaltens für den Bedingungseintritt nicht nachgewiesen werden; es genügt also der objektive Eintritt der Bedingung (h.M., str., vgl. meinen StGB BT 1 § 12 II 4 c).

Weitere Anwendungsfälle sind z.B. § 186 / Nichterweislichkeit der behaupteten Tatsache; § 323 a / Begehung einer rechtswidrigen Tat beim Vollrausch.

B. Die Rechtswidrigkeit

Im Rahmen der Rechtswidrigkeit wird festgestellt, ob der Täter durch sein tatbestandsmäßiges Verhalten gegen die Rechtsordnung verstoßen hat, sich sozialschädlich verhalten hat. Da aber bereits die Tatbestandsmerkmale vertypisches Unrecht enthalten (der Täter also typischerweise unrecht handelt), liefert die Tatbestandsmäßigkeit ein Indiz für die Rechtswidrigkeit. Diese Indizwirkung des Tatbestandes gilt dort nicht, wo die Verwerflichkeit des Verhaltens gesondert festgestellt werden muss (§§ 240 II, 253 II StGB). Im Übrigen kann die Indizwirkung des Tatbestandes durch Rechtfertigungsgründe widerlegt werden, die es dem Täter ausnahmsweise gestatten, einen Straftatbestand zu verwirklichen.

I. Liegen allgemeine **Rechtfertigungsgründe** vor?

II. Offene Tatbestände / §§ 240 II, 253 II: Hat der Täter im Sinne der Zweck-Mittel-Relation verwerflich gehandelt?

AL-Klausurtyp: Auch bei den offenen Tatbeständen prüfen Sie in der Klausur zunächst, ob allgemeine Rechtfertigungsgründe vorliegen: Ist das tatbestandsmäßige Verhalten des Täters durch einen Rechtfertigungsgrund als rechtmäßig anerkannt, so kann die Zweck-Mittel-Relation bereits begrifflich nicht verwerflich sein!

III. Der Umstand, dass der Täter durch sein tatbestandsmäßiges und rechtswidriges Verhalten Unrecht getan hat, führt zu folgenden **Konsequenzen**:

- 1) **Limitierte Akzessorietät der Teilnahme:** Der Teilnehmer (Anstifter, Gehilfe) wird auch dann bestraft, wenn der Täter zwar tatbestandsmäßig und rechtswidrig, aber nicht schuldhaft (z.B. nicht schuldfähig, unvermeidbarer Verbotsirrtum) gehandelt hat.
- 2) Trotz fehlender Schuld können **Maßregeln der Besserung und Sicherung** verhängt werden (§§ 61 ff StGB), wenn der Täter fortdauernd gefährlich ist.
- 3) Andererseits besteht bei rechtmäßigem Täterverhalten eine **Duldungspflicht** des davon Betroffenen:
 - Gegen Notwehr des Verteidigers ist keine Notwehr des Angreifers zulässig.
 - Im Rahmen der §§ 904 BGB, 34 StGB muss der Eingriff in eigene Rechtsgüter hingenommen werden.

C. Die Schuld

Im Gegensatz zur Feststellung des Unrechts wird bei der Schuld ein persönlicher Vorwurf gegen den Täter in Ansehung seiner individuellen Möglichkeiten erhoben.

Richtungsweisend dazu der BGH in BGH St 2, 194 ff: „Strafe setzt Schuld voraus. Schuld ist Vorwerfbarkeit. Mit dem Unwerturteil wird dem Täter vorgeworfen, dass er sich nicht rechtmäßig verhalten hat, obwohl er sich für das Recht hätte entscheiden können.“

Das dahinter stehende **Schuldprinzip** kommt auch in § 46 I 1 zum Ausdruck, wonach die Schuld des Täters Grundlage der Strafzumessung ist. Ferner ist das Schuldprinzip verfassungsmäßig abgesichert, da eine Bestrafung des Täters bei fehlender Schuld einen Verstoß gegen die Menschenwürde gemäß Art. 1 GG darstellen würde.

Diese Wahlmöglichkeit des Täters zwischen Recht und Unrecht und die daraus folgende Vorwerfbarkeit der falschen Entscheidung setzt folgendes voraus:

I. Die Schuldfähigkeit gemäß den §§ 19, 20 StGB

AL-Klausurtipp: Beachten Sie dabei die Sonderregeln der §§ 3, 105 JGG für jugendliche und heranwachsende Straftäter. Nach § 10 StGB gilt das StGB für jugendliche und heranwachsende Straftäter nur, soweit im JGG nichts andererseits bestimmt ist.

- 1) Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von **Jugendlichen** (§ 1 II JGG: 14 - 18 Jahre) setzt gemäß § 3 JGG die ausdrückliche Feststellung der dafür erforderlichen sittlichen und geistigen Reife voraus. Lässt sich diese nicht feststellen, so entfällt mangels Schuldfähigkeit die Strafe.
- 2) **Heranwachsende** (§ 1 II JGG: 18 - 21 Jahre) werden generell als schuldfähig angesehen und daher dem Erwachsenenstrafrecht unterworfen, doch ist nach § 105 JGG jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob der Täter seinem Reifegrad nach noch einem Jugendlichen gleichstand oder ob es sich um eine typische Jugendverfehlung handelte. Ist dies der Fall, so gilt nicht das Sanktionensystem des StGB, sondern des JGG; selbst wenn die Sanktionen des StGB gelten, sind lebenslange Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung ausgeschlossen.

Bezüglich der Voraussetzungen der Strafbarkeit gelten allerdings auch für Jugendliche der AT und BT des StGB: §§ 1, 4 JGG.

II. Das Unrechtsbewusstsein: § 17 StGB

Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat das Bewusstsein, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Fehlendes Unrechtsbewusstsein kann zum einen auf der fehlenden Kenntnis der Verbotsnorm, zum anderen auf der irrigen Annahme eines Rechtfertigungsgrundes beruhen.

III. Das Fehlen von Entschuldigungsgründen: §§ 33, 35 StGB

Speziell im Fall des § 35 StGB hätte der Täter zwar eine objektive Wahlmöglichkeit gehabt, doch übt die Rechtsordnung wegen der notstandsähnlichen Motivationslage Nachsicht: Das Maß der Vorwerfbarkeit ist wegen des psychischen Zwangs so stark herabgesetzt, dass darauf nicht mit Strafe reagiert werden muss (zum Sinn der Strafe vgl. die Straftheorien, s.o. § 5).

AL-Klausurtyp: Der Unterschied zwischen fehlender Rechtswidrigkeit und fehlender Schuld besteht also darin, dass bei fehlender Schuld das Verhalten des Täters nicht gebilligt wird und für den Betroffenen keine Duldungspflicht besteht (so dass er das Recht auf Notwehr hat!). Es wird nur auf einen persönlichen Vorwurf verzichtet.

D. Die Strafausschließungsgründe

Sie schließen die Bestrafung des Täters von vornherein aus, obwohl der Täter tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat.

Beispiele: §§ 36, 37, 257 III 1, 258 V, VI.

E. Die Strafaufhebungsgründe

Sie lassen rückwirkend einen bereits entstandenen strafrechtlichen Vorwurf wieder entfallen.

Beispiele: §§ 24, 31, 158, 306 e.

F. Die Strafzumessungsregeln

- 1) Der Allgemeine Teil enthält nur Strafmilderungen: §§ 13 II; 17, 2; 21, 23 II, III; 27 II 2; 28 I; 30 I 2; 35 I 2; 35 II 2.
- 2) Der Besondere Teil enthält sowohl Strafmilderungen als auch Strafschärfungen:
 - a) Strafmilderungen enthalten z.B. die §§ 154 II, 157, 225 IV, 226 III, 239 V, 249 II, 250 III, 306 II, 306 a III.
 - b) Strafschärfungen sind u.a. in den §§ 243 I, 263 III, 266 II, 267 III, 268 V enthalten.

AL-Klausurtyp: Nehmen Sie in der Klausur zu den Strafzumessungsregeln nur Stellung, wenn es sich um obligatorische Strafzumessungsregeln handelt (§§ 27 II 2; 28 I; 30 I 2) oder wenn sie deren Vorliegen anhand des Sachverhalts beurteilen können, z.B. im Rahmen der §§ 13 II; 17, 2; 243 I, 263 III, 267 III.

2. Teil: Grundfragen des Tatbestandes

§ 11 Das Prinzip der Gesetzlichkeit

Nach den gleichlautenden Bestimmungen des § 1 StGB und des Art. 103 II GG kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Dieser Grundsatz der **Gesetzesbindung des Strafrechts** ist als Verfassungsnorm dem einfachen Gesetzgeber entzogen, seine Verletzung kann nach Art. 93 I Nr. 4 a GG mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden. Der Sinn dieses Gesetzlichkeitsprinzips besteht darin, den Bürger vor staatlicher Willkür durch nicht berechenbare Strafe ohne Gesetz oder vor rückwirkenden und unbestimmten Gesetzen zu bewahren. Die Gesetzlichkeit, deren 4 im Folgenden dargestellte Prinzipien die **Garantiefunktion des Strafrechts** gewährleisten, wurde daher von v. Liszt als „magna charta des Verbrechers“ umschrieben.

Das Gesetzlichkeitsprinzip gilt sowohl im Hinblick auf die Strafbarkeit wie auch bezüglich der Sanktionen. Wie **Feuerbach** bereits 1801 forderte (Lehrbuch des peinlichen Rechts), darf es kein Verbrechen ohne Gesetz geben („nullum crimen sine lege“), so dass unabhängig von der Verwerflichkeit der Tat und der Sozialschädlichkeit des Täters dieser nur bestraft werden darf, wenn dieses Verhalten zur Zeit der Tat unter Strafe stand. Andererseits darf es auch keine Strafe ohne Gesetz geben („nulla poena sine lege“); auch Art und mögliche Höhe der Strafe müssen bereits vor der Tat gesetzlich fixiert sein.

Exkurs: Das Verbot der Rückwirkung von Strafgesetzen stammt nicht von Feuerbach selbst, sondern war bereits in der amerikanischen Verfassung (Art. 15 der Verfassung von Maryland, 1776) und in Art. 8 der Erklärung der Menschenrechte während der französischen Revolution 1789 verankert. Feuerbach hat es lediglich ins deutsche Strafrecht übernommen.

Die Grundlage der Strafbarkeit ist also die Existenz einer Strafnorm. Dazu zählen die geschriebenen Normen, die aus einer verfassungsmäßig anerkannten Rechtsquelle fließen und mit verbindlicher Kraft ausgestattet sind (Schönke/Schröder/Eser § 1 Rz. 8). Es stellt jedoch keinen Verstoß gegen das Prinzip der Gesetzlichkeit dar, dass die nähere Spezialisierung des Tatbestandes, wie es für Blankettgesetze üblich ist, durch den Gesetzgeber an den Ordnungsgeber delegiert wird (BVerfG NJW 1979, 1981 ff.). Dabei müssen jedoch Art und Höchstmaß der Strafe aus dem Gesetz für den Bürger erkennbar sein.

Aus dem Gesetzlichkeitsprinzip und der dadurch erreichten Garantiefunktion des Strafrechts lassen sich vier Verbote ableiten:

I. Das Rückwirkungsverbot: nullum crimen, nulla poena sine lege praevia

1) **Ein Verhalten ist nur strafbar, wenn zur Zeit der Begehung der Tat diese bereits durch ein strafrechtliches Verbot unter Strafe gestellt war.** Zeit der Tat ist dabei nach § 8 StGB der Zeitpunkt, zu dem der Täter gehandelt hat oder hätte handeln müssen; der Zeitpunkt des Erfolgsintritts ist irrelevant. Das Rückwirkungsverbot verbietet also, durch Gesetz ein Verhalten rückwirkend zu kriminalisieren, das ursprünglich nicht strafbar war; verboten ist also die rückwirkende Schaffung oder Verschärfung von Strafgesetzen (BVerfG NStZ 1990, 238).

Eine Rückwirkung zugunsten des Täters ist nicht nur erlaubt, sondern nach § 2 III StGB sogar geboten. Wird das Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert, so ist nach § 2 III StGB das mildere Gesetz anzuwenden. Wird eine Strafnorm nach der Tat, aber vor dem Urteil aufgehoben, so ist der Täter freizusprechen.

- 2) Bei der Beurteilung, welches Gesetz im Sinne des § 2 III StGB milder ist, kommt es darauf an, welche Regelung im Einzelfall die dem Täter günstigere Beurteilung zulässt (BGH NJW 1993, 141 / 1. Mauerschützenurteil). Dabei geht die Rechtsprechung davon aus, dass auch eine höhere Geldstrafe im Verhältnis zu einer kürzeren Freiheitsstrafe die mildere Lösung ist.
- 3) **Das Rückwirkungsverbot gilt nicht im Rahmen der Rechtsprechung.** Hatte die Rechtsprechung eine Norm bisher immer täterfreundlich ausgelegt, so erzeugt dies keinen Vertrauensschutz. Eine Bindung der Rechtsprechung würde Gesetzgebung und Rechtsprechung im Sinne des Art. 103 II GG einander gleichstellen. Der Bürger kann sich jedoch nicht auf eine konstante Rechtsprechung, sondern nur auf den Wortlaut des Gesetzes verlassen. Im Übrigen sind Änderungen der Rechtsprechung, die sich im Rahmen des Wortsinns halten, auch eher vorhersehbar als Gesetzesänderungen. So stellte z.B. die höchstrichterliche Herabsetzung des Grenzwertes bezüglich der absoluten Fahruntüchtigkeit von 1,3 Promille auf 1,1 Promille keinen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot dar (BGH NStZ 1990, 491).
- 4) **Das Rückwirkungsverbot gilt nicht für das Verfahrensrecht** (BVerfGE 25, 269). Das Vertrauen des Täters ist nur bezüglich seiner Handlung und deren Rechtsfolgen geschützt, nicht aber bezüglich bestehender Lücken im Verfahrensrecht (a. A. Jescheck AT § 15 IV 4 bezüglich von Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernissen, wie z.B. Verjährung).

II. Das Verbot strafbegründenden oder strafschärfenden Gewohnheitsrechts: *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*

- 1) Gewohnheitsrecht entsteht nicht durch einen formellen Rechtssetzungsakt, sondern durch gleichmäßige, länger anhaltende, von der Allgemeinheit als Recht anerkannte Übung (Larenz, Methodenlehre S. 341). Da die Strafbarkeit jedoch gesetzlich (!) bestimmt sein muss, kann Gewohnheitsrecht nicht zu Lasten des Täters gelten, da selbst bei anerkannter Sozialschädlichkeit des Verhaltens (z.B. unbefugte Gebrauchsanmaßung) kein neuer Tatbestand geschaffen werden darf. Ebenso wenig darf ein bestehender Tatbestand durch Gewohnheitsrecht mit strafschärfender Wirkung verändert werden.
- 2) Gewohnheitsrecht kann jedoch zugunsten des Täters herangezogen werden (näher SK-Rudolphi § 1 Rz. 19 - 21):
 - a) In Betracht käme eine gewohnheitsrechtliche Einengung von Straftatbeständen oder Milderung von Strafandrohungen.

Beispiele: Unterhaltungsspiele mit einem geringwertigen Einsatz sind keine Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB
Einschränkung des Treubruchstatbestandes im Sinne des § 266 StGB durch das Erfordernis einer wirtschaftlichen Selbständigkeit des Täters.
 - b) Rechtfertigungsgründe können durch Gewohnheitsrecht entstehen.

Beispiele: So ist die rechtfertigende Einwilligung oder die rechtfertigende Pflichtenkollision zweier gleichwertiger Handlungspflichten beim Unterlassungsdelikt gewohnheitsrechtlich anerkannt.
- 3) Die ungeschriebenen Lehren des Strafrechts wie über abweichende Kausalverläufe oder über die *actio libera in causa* sind ebenfalls gewohnheitsrechtlich anerkannt. Da es sich um Haftungsgrundsätze handelt, die der Rechtsordnung immanent sind, handelt es sich um keinen Verstoß gegen Art. 103 II GG.

III. Der Bestimmtheitsgrundsatz: *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*

Da jedermann sowohl die Strafbarkeit wie auch die drohende Rechtsfolge vorhersehen können soll, müssen die Straftatbestände eindeutige, möglichst nicht dehnbare Begriffe enthalten. Da eine sprachlich zu eng gefasste Norm jedoch die Gefahr von Strafbarkeitslücken heraufbeschwört, ist es ausreichend, wenn sich die Bedeutung eines Tatbestandes im Wege der Auslegung noch verlässlich ermitteln lässt und für den Normadressaten noch erkennbar ist (BGH St 11, 377). Liegt eine zu unbestimmte Norm vor, so ist einerseits die Strafbarkeit für den Täter nicht erkennbar, andererseits wird bei allzu dehnbaren Begriffen die Strafbarkeit des Verhaltens in die Hände des Richters gelegt.

Beispiel: „Wer gegen die öffentliche Ordnung verstößt, wird bestraft“, ist zu unbestimmt: Wofür wird man bestraft und in welcher Höhe?

Bei den Regelbeispielen des § 243 ergibt sich aus dem Katalog der dort genannten schweren Fälle eine hinreichende Bestimmtheit für andere, in § 243 nicht genannte Fälle.

Dazu BGH St 28, 313: „Die Strafvorschrift ist ausreichend bestimmt, wenn sich ihr durch Auslegung ein klarer gesetzgeberischer Schutzzweck entnehmen lässt und der Wortlaut einer beliebigen Interpretation Grenzen zieht.“

IV. Das Analogieverbot: *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*

Nach Art. 103 II GG und § 1 StGB sind sowohl eine strafbegründende wie auch eine strafschärfende Analogie unzulässig. Eine Analogie ist die Übertragung einer rechtlichen Regel auf einen vom Wortlaut nicht erfassten anderen Fall im Wege des Ähnlichkeitsschlusses; diese ähnliche, aber vom Gesetzeswortlaut nicht erfasste Verhaltensweise ist nicht gesetzlich bestimmt. So wäre es z.B. eine verbotene Analogie gewesen, die Entziehung von Energie der Wegnahme einer Sache im Sinne des § 242 StGB vor der Existenz des § 248 c StGB gleichzustellen. Unabhängig von der Strafwürdigkeit des Täterverhaltens endet die Macht des Richters, zu strafen, an den Grenzen der Auslegung.

Problem: Zulässige Auslegung / verbotene Analogie

Während man früher noch glaubte, durch logische Schlussfolgerungen Gesetze vollziehen zu können (berühmte Beispiele: Montesquieu: „Der Richter ist nur der Mund, der die Worte des Gesetzes ausspricht“; Feuerbachs Kommentierungsverbot zum von ihm „geschaffenen“ bayerischen StGB von 1813), besteht heute Einigkeit dahingehend, dass der Inhalt einer Strafnorm erst durch richterliche Auslegung Bedeutung gewinnt. Der Gesetzgeber schafft nur den Regelungsrahmen, den der Richter konkretisierend ausfüllt (Roxin § 5 Rz. 33 - 35). Auslegung ist also zulässig und notwendig. Dabei können Sie auf **vier Methoden der Auslegung** zurückgreifen:

1) Die grammatikalische Auslegung

„Alle Auslegung fängt beim Wortlaut an.“ (BGH St 3, 262). Maßgebend ist zunächst der gesetzliche Sprachgebrauch, hilfsweise der allgemeine Wortsinn des verwendeten Begriffes. Einerseits wird der Wortsinn oftmals noch nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führen; andererseits ist der Wortsinn die äußerste Grenze der Auslegung; eine Ausdehnung der Norm über den Wortlaut hinaus ist Analogie (BVerfG NJW 1986, 1671).

Beispiele:

- 1) Die Ruhestörung durch ungebetene Telefonanrufe stellt kein „Eindringen“ i.S.d. § 123 dar (Langels, StGB BT 1 § 21 I 3 a).
- 2) Wer das Opfer mit dem Kopf gegen eine Hauswand stößt, benutzt kein gefährliches „Werkzeug“ i.S.d. § 224 I Nr. 2, da man unter einem Werkzeug eine bewegliche Sache versteht (str., vgl. Langels, StGB BT 1 § 8 II).

2) Die systematische Auslegung

Eine Auslegung der Norm kann sich aus dem systematischen Zusammenhang, also der Stellung der Norm innerhalb des Gesetzes, ergeben oder durch Vergleich mit benachbarten Vorschriften.

Beispiel: § 315 b StGB erfasst verkehrsfremde Eingriffe in den Straßenverkehr, während § 315 c StGB falsches Verhalten im Verkehr unter Strafe stellt (BGH St 18, 279, 282).

3) Die historische Auslegung

Anhand der Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte soll der Wille des historischen Gesetzgebers ermittelt werden (= subjektiv historische Methode). Nach anderer Ansicht ist jedoch der objektive Wille des Gesetzes, nicht der des Gesetzgebers maßgeblich, weil sich nur so die Norm den Anschauungen und Bedürfnissen der Zeit anpassen kann (Schönke/Schröder/Eser/Hecker § 1 Rz. 41).

4) Sinn und Zweck der Norm: Die teleologische Auslegung

Dieser Auslegung kommt entscheidende Bedeutung zu, wobei auch diese Methode in der Klausur am ehesten „machbar“ erscheint und erwartet wird. Sie fragt nach dem Sinn und Zweck der Norm. Dabei ist zunächst einmal das geschützte Rechtsgut zu ermitteln sowie die Art der Angriffsrichtung, die durch den Tatbestand unter Strafe gestellt werden soll. Es muss dabei ein Ergebnis gefunden werden, das innerhalb des Wortlauts einen möglichst effektiven Rechtsgüterschutz gewährleistet.

AL-Klausurtipp:

In der Klausur sollten Sie sich die Vorgehensweise der Rechtsprechung zu Eigen machen. Instrukтив dazu RG St 62, 373: „Der Richter muss neben dem Wortlaut auch Sinn und Zweck des Gesetzes beachten, für dessen Erforschung die Entstehungsgeschichte und der Systemzusammenhang von Bedeutung sein kann.“

Also gehen Sie vom Wortlaut aus und fragen nach dem möglichen Sinn und Zweck der Norm; anschließend versuchen Sie dort, wo es möglich erscheint, das Ergebnis historisch und systematisch zu untermauern.

§ 12 Der strafrechtliche Handlungsbegriff

Die einzelnen Handlungslehren streiten um die Frage, wann bei einem menschlichen Verhalten von einer strafrechtlich relevanten Handlung als Grundlage der Straftat gesprochen werden kann.

I. Die kausale Handlungslehre (Beling, v. Liszt)

Handlung ist jedes **gewillkürte Körperverhalten**, also jede Bewegung, die vom Willen beherrschbar ist.

Dieser Handlungsbegriff ist überholt, da er nicht in der Lage war, dem Sinn menschlichen Handelns Rechnung zu tragen. Er konnte Unterlassungsdelikte (Beling: „bewusstes Zurückhalten des motorischen Reizes“) ebenso wenig erklären wie die unbewusste Fahrlässigkeit, bei der es an jedem willensbezogenem Verhalten fehlt.

II. Die finale Handlungslehre = Die Lehre von der Finalstruktur der menschlichen Handlung (u.a. Welzel, Maurach, Jakobs, Kaufmann)

Nach Welzel ist menschliche Handlung **Ausübung der Zwecktätigkeit**. Der Mensch kann aufgrund seines Kausalwissens bestimmte Folgen seines Verhaltens vorhersehen und sein Verhalten somit planvoll lenken, um sein Ziel zu erreichen. Dadurch, dass der Wille die äußere Handlung steuert und somit das Verhalten überlagert, kommt es zu einer „finalen Überdetermination“. Die Folge der finalen Handlungslehre, die sich gegenüber der kausalen Handlungslehre durchsetzte, war, dass der Vorsatz als finales Steuerungselement zur Handlung und damit zum Tatbestand gehörte.

Auch an der finalen Handlungslehre wurde Kritik geübt: Sie könne Unterlassen nicht erklären; der untätig bleibende Täter könne keinen Kausalverlauf steuern und somit nicht final handeln. Auch bei der unbewussten Fahrlässigkeit fehle der Wille zur Handlung (Reaktion von Welzel: Es reiche die potentielle Finalität als mögliche Zwecktätigkeit).

III. Die soziale Handlungslehre (Jescheck, Eb. Schmidt)

Handlung ist **vom Willen beherrschbares sozialerhebliches Verhalten**, eine Antwort des Menschen auf eine erkannte oder erkennbare situationsbedingt erforderliche Reaktion.

Am sozialen Handlungsbegriff wird kritisiert, dass auch Auswirkungen von vis absoluta, Reflexe oder sonstige nicht vom Willen gesteuerte Handlungen sozialerheblich sein können, ohne dass es sich dabei um eine Handlung handelt.

IV. Die personale Handlungslehre (Roxin AT § 8 Rz. 42 ff)

Handlung ist eine **Persönlichkeitsäußerung** und somit jede Verhaltensweise, die sich einem Menschen als Äußerung seiner Persönlichkeit zuordnen lässt. In Zweifelsfällen entscheidet eine Wertung: So ist z.B. Unterlassen die enttäuschte Erwartung auf ein ausgebliebenes Verhalten des Täters; erst durch die Erwartungshaltung wird das Nichtstun zu einer Persönlichkeitsäußerung. Auch unbewusste Fahrlässigkeit ist als Normverstoß eine Persönlichkeitsäußerung.

V. Klausurstrategie

In der Klausur ist es in den seltensten Fällen erforderlich, zu diesem Meinungsstreit Stellung zu nehmen, da an der Handlungsqualität regelmäßig kein Zweifel besteht. Sollte dies dennoch einmal erforderlich sein, so ist es m. E. am einfachsten, mit Roxin danach zu fragen, ob dieses Verhalten nach erfolgter Wertung eine Äußerung der Täterpersönlichkeit darstellt. Dies hätte folgende Konsequenzen:

- 1) **Innere Vorgänge** wie Gedanken und Absichten sind keine „Äußerung“ der Persönlichkeit und schon aus diesem Grund keine Handlung.
- 2) Keine Persönlichkeitsäußerung liegt vor, wenn **Geist und Psyche des Täters unbeteiligt** bleiben (Bewusstlosigkeit, Schlaf) oder das Geschehen nicht verhindern können (vis absoluta: T wirft O in eine Schaufensterscheibe).
- 3) Bei **vis compulsiva** (T zwingt O mit vorgehaltener Waffe, den X zu verprügeln) ist zwar das Verhalten durch die Drohung motiviert, erfolgte aber bewusst und willensgesteuert und ist daher Handlung des O; jedoch kann man dem O gemäß § 35 keinen Vorwurf machen.
- 4) Bei **automatischen Abwehrreaktionen** (z.B. Herumreißen des Steuers), bei denen sich ohne bewusste Überlegung immer wiederkehrende Bewegungsabläufe eingeschliffen haben, liegt keine Persönlichkeitsäußerung vor, da es sich um „erlerntes“ Verhalten handelt.
- 5) **Affekttaten** sind Persönlichkeitsäußerungen und somit Handlungen, die willensgesteuert verlaufen; es kann aber an der Schuldfähigkeit nach § 20 fehlen.
- 6) Bei **Trunkenheit** des „Täters“ entscheidet der Grad der Trunkenheit:
 - a) Volltrunkenheit lässt die Handlungsqualität erhalten, beseitigt aber ab einem gewissen Grad die Schuld nach § 20; beachte aber die Regeln der actio libera in causa.
 - b) „Sinnlose“ Trunkenheit, bei der keine psychisch koordinierten Bewegungen möglich sind, lässt eine zurechenbare Handlung entfallen.

Zusammenfassend lässt sich auf der Basis dieses von Roxin entwickelten personalen Handlungsbegriffs folgendes feststellen: **Handlung ist jedes Verhalten, das sich als Persönlichkeitsäußerung der geistig-seelischen Sphäre, also der Persönlichkeit zurechnen lässt** (Roxin AT § 8 Rz. 68).

§ 13 Die Zurechnung des Erfolges

Vorbemerkung

Zählt zur Tatbestandserfüllung der Eintritt eines Erfolges, so kann der Täter nur dann wegen vollendeter Tat bestraft werden, wenn der Erfolg eingetreten ist und dem Täter aufgrund eines tatbestandmäßigen Verhaltens auch als sein Werk zugerechnet werden kann. Dabei werden mit zahllosen Abweichungen im Detail (das Literaturverzeichnis bei Roxin § 4 hat 3 1/2 engbeschriebene Seiten!) im Wesentlichen zwei verschiedene Ansichten vertreten:

1) Die **Rspr.** begnügt sich zur Feststellung der objektiven Tatbestandsverwirklichung mit der reinen naturwissenschaftlichen Feststellung, der Täter sei im Sinne der *conditio*-Formel (dazu unten I) kausal gewesen. Unbillige Ergebnisse (z.B. bei atypischen Kausalverläufen) werden auf der Vorsatzebene korrigiert, da der Vorsatz alle objektiven Tatbestandsmerkmale und somit auch den Kausalverlauf in seinen wesentlichen Grundzügen umfassen müsse. Eine Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf kann daher in Form eines Tatbestandsirrtums gemäß § 16 I 1 StGB den Tätervorsatz entfallen lassen.

Der BGH (BGH St 7, 329) führt dazu allerdings aus: „Der Vorsatz muss sich auf den Kausalverlauf in seinen Grundzügen erstrecken. Da sich nicht alle Einzelheiten des Geschehens vorhersehen lassen, schließen Abweichungen vom vorgestellten Kausalverlauf den Vorsatz nicht aus, wenn sich die Abweichungen noch innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebensauffassung Vorstellbaren bewegen und keine andere rechtliche Beurteilung der Tat zulassen.“

2) Die **Gegenansicht** will hingegen bereits auf der Ebene des objektiven Tatbestandes eine Einschränkung unter normativen Gesichtspunkten machen: Der Täter habe den objektiven Tatbestand nur dann verwirklicht, wenn ihm der Erfolg auch objektiv zugerechnet werden könne (dazu unten II). Da aber auch nach dieser Lehre die Feststellung der Ursächlichkeit des Täterverhaltens für den Erfolgseintritt das Fundament der Zurechnung ist, soll mit der reinen Ursächlichkeit begonnen werden.

I. Die Kausalität

Unter Kausalität versteht man im naturwissenschaftlichen Sinne die Voraussagbarkeit und Erklärbarkeit aufeinanderfolgender Ereignisse aufgrund von feststehenden Gesetzmäßigkeiten. Es muss daher herausgearbeitet werden, ob und wann ein bestimmtes Verhalten eine gesetzmäßige Bedingung für einen konkreten Erfolgseintritt darstellt.

Rechtsprechung (z.B. BGH NJW 2016, 2130; NStZ 2001, 29, 30) und Lehre wählen dabei die **Äquivalenztheorie** als Ausgangspunkt:

Als Ursache ist jede Bedingung eines Erfolgseintritts anzusehen, die nicht hinweggedacht werden könnte, ohne dass dieser konkrete Erfolg entfiere (= *conditio-sine-qua-non*-Formel). Der Richter hat dabei im Einzelfall festzustellen, ob der konkrete Erfolg auch ohne das Verhalten des Täters eingetreten wäre. Kann aufgrund dieser Methode die Ursächlichkeit festgestellt werden, so sind, wenn mehrere Faktoren ursächlich sind, alle Bedingungen gleichwertig für den Erfolgseintritt (= äquivalent).

Bereits an dieser Stelle setzt die Kritik an: Die *conditio*-Formel hilft dort nicht weiter, wo bereits das Erfahrungswissen fehlt um festzustellen, ob eine bestimmte Handlung den Erfolgseintritt bewirkt habe (z.B.: Contergan-Fall).

Im übrigen dehnt diese Betrachtungsweise die objektive Betrachtungsweise zu weit aus (auch der Vater des Täters/Opfers hat durch dessen Zeugung eine naturwissenschaftliche Bedingung gesetzt); strafrechtliche Verhaltensnormen enthalten aber keine reinen Verursachungsverbote, so dass die Weite dieser

naturwissenschaftlichen Betrachtung nicht erst auf Vorsatzebene, sondern bereits bei der Tatbestandsverwirklichung korrigiert werden muss. Es muss streng zwischen der Verursachung des Erfolges (= naturwissenschaftliche Betrachtung) und der objektiven Zurechnung (= normative Betrachtung) unterschieden werden!

Dennoch existieren losgelöst von der Zurechenbarkeit Probleme, die sich auf die reine Ursächlichkeit des Täterverhaltens beschränken:

Problem 1: Die alternative Kausalität

Handeln zwei Täter unabhängig voneinander und zielen beide auf die Verwirklichung desselben Tatbestandes an einem identischen Rechtsgut ab (z.B.: A und B schießen unabhängig voneinander, aber zeitgleich auf das Opfer O), so sind beide kausal, wenn beide Tatmittel gleichzeitig wirksam waren (beide Kugeln waren jeweils tödlich und beide hatten O zeitgleich getroffen).

Hier gerät die *conditio*-Formel in Schwierigkeiten, da sich sowohl das Verhalten des A wie auch das des B hinwegdenken ließe, ohne dass der Erfolg entfiere. Man behilft sich aber wie folgt:

Können beide Verhaltensweisen zwar *alternativ*, aber nicht *kumulativ* hinweggedacht werden, so ist jedes Verhalten für sich betrachtet kausal.

Steht jedoch fest, dass eine Kugel den Körper des O erst traf, als dieser infolge der anderen Kugel bereits tot war, so ist zu unterscheiden:

- Lässt sich nachweisen, dass A die erste tödliche, B die zweite Kugel abgefeuert hat, so wird A wegen vollendeten, B wegen versuchten Totschlags bestraft.
- Lässt sich nicht nachweisen, wer das zweite Projektil abgefeuert hat, so gilt der Grundsatz „in dubio pro reo“: Sowohl A als auch B werden nur wegen Versuchs bestraft, da zugunsten eines jeden davon ausgegangen wird, dass er den zweiten Schuss abgefeuert hat.

Problem 2: Die kumulative Kausalität

Waren im o. g. Beispiel die einzelnen Schüsse nicht jeweils für sich, sondern erst in ihrer Gesamtheit tödlich, so haben beide erst durch ihr, wenn auch zufälliges, Zusammenwirken den Erfolg verursacht: Beide sind kausal.

Problem 3: Das Hinzudenken hypothetischer Kausalverläufe

Hat ein Täter den Erfolg verursacht, so entfällt seine Kausalität nicht dadurch, dass der Erfolg auch kurze Zeit später durch das Verhalten eines anderen Täters eingetreten wäre.

Beispiel: A erschießt den O am Waldrand. O wäre ansonsten von B im Wald erschossen worden.

Ein hypothetisches Hinzudenken von Reserveursachen, die sich nicht realisiert haben, ist nicht zulässig; sonst käme man ja zum absurden Ergebnis, dass letztendlich keiner ursächlich war: A könnte sich mit dem Hinweis auf den *hypothetischen*, B sich mit dem Hinweis auf den *realen* Kausalverlauf entlasten!

Ein Hinzudenken hypothetischer Kausalverläufe ist in zwei Fällen ausnahmsweise zulässig, da ansonsten die Kausalität nicht ermittelt werden kann:

- Bei den **unechten Unterlassungsdelikten** des § 13 ist der Unterlassungstäter kausal, wenn die geforderte, vom Täter aber pflichtwidrig unterlassene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der konkrete Erfolg entfiere.

Beispiel: Der Vater lässt seinen Sohn ertrinken, obwohl er ihn hätte retten können.

- **Verhinderung rettender Kausalverläufe:** Schlägt der Vater den Rettungswilligen nieder, der den Sohn hätte retten wollen, so muss man die Rettungshandlung hypothetisch hinzudenken, um die Ursächlichkeit des Vaters für den Tod des Sohnes ermitteln zu können.

Problem 4: Atypische Kausalverläufe

Es ist nicht erforderlich, dass das Verhalten des Täters die einzige oder die effektivste Ursache für den Erfolgseintritt war oder dass der Kausalverlauf hätte vorhergesehen werden können. Auch atypische Kausalverläufe ändern nichts an der Ursächlichkeit des Täterverhaltens, können jedoch die Zurechenbarkeit des Erfolgseintritts hindern.

Beispiel: Das angeschossene Opfer stirbt nicht an der Schusswunde, sondern infolge eines Verkehrsunfalls auf dem Weg in die Klinik.

Problem 5: Die überholende Kausalität

Wird die Ursachenkette des einen Täters durch das Verhalten eines anderen dergestalt unterbrochen, dass die Handlung des Ersttäter nicht mehr bis zum Erfolgseintritt weiterwirkt, so ist die Kausalität unterbrochen. Der Ersttäter kann bei Vorsatztaten nur wegen Versuchs bestraft werden.

Beispiel: Hat das Opfer O das ihm von A verabreichte Gift bereits zu sich genommen und wird O nun von B erschossen, so ist die Kausalkette, die A in Gang gesetzt hat, unterbrochen. A war für den Tod des O nicht mehr ursächlich.

II. Die Lehre von der objektiven Zurechnung

Ein vom Täter (naturwissenschaftlich betrachtet) verursachter Erfolg ist ihm aufgrund seines Verhaltens nur dann als sein Werk zuzurechnen, wenn er in vorwerfbarer Weise das Risiko des Erfolgseintritts geschaffen oder erhöht hat und sich dieses Risiko im konkreten Erfolg realisiert hat. Hinzukommen muss, dass der Schutzzweck der das Risiko begrenzenden Sorgfaltsnorm das Rechtsgut gerade gegen diesen Erfolgseintritt in Schutz nehmen wollte und dass der Erfolgseintritt keinem fremden Verantwortungsbereich zugeordnet werden muss (vgl. dazu Roxin § 11 Rz. 43 ff.).

Nach Roxin (aaO) erfolgt die objektive Zurechnung des Erfolgs also unter 4 Voraussetzungen:

- 1) Der Täter hat in vorwerfbarer Weise das Risiko des Erfolgseintritts geschaffen oder messbar erhöht.
- 2) Dieses Risiko hat sich im Erfolgseintritt realisiert.
- 3) Der Schutzzweck der Norm als Ergebniskorrektur
- 4) Keine anderweitige Zuordnung von Verantwortlichkeit

- 1) **Der Täter hat durch sein Verhalten das Risiko des Erfolgseintritts in vorwerfbarer Weise geschaffen.**

a) Fehlendes Risiko

Hat der Täter kein vorwerfbares Risiko geschaffen, so bleibt er straflos. Auch eine Bestrafung wegen Versuchs scheidet aus, da es sich um einen straflosen irrealen Versuch handelt, bei dem der Täter einen Kausalprozess in Gang setzen will, auf den er keinen Einfluss hat.

Beispiel: Überredet Wilhelm Brause seinen Erbonkel trotz eines heraufziehenden Gewitters zu einem Spaziergang in der Hoffnung, der Onkel werde von einem Blitz erschlagen, so wird das Rechtsgut Leben nicht in strafrechtlich relevanter Weise gefährdet.

Wilhelm bliebe auch dann straflos, wenn der Onkel tatsächlich vom Blitz getroffen würde, da dies auf Zufall beruhen würde, für den man keinen Täter verantwortlich machen kann. Das liefe auf eine Zufallshaftung hinaus, die dem vom Schuldprinzip beherrschten Strafrecht fremd ist.

b) Erlaubtes Risiko

Schafft der Täter durch sein Verhalten ein Risiko, das aber generell gestattet ist (z.B.: Autofahren), so entfällt eine Zurechnung, wenn sich der Täter in jeder Hinsicht verkehrsgerecht verhalten hat. Erst die Überschreitung des erlaubten Risikos in Form eines Verkehrsverstoßes schafft eine rechtlich missbilligte Gefahr, deren Verwirklichung zur Zurechnung des Erfolges führt.

c) Riskante Rettungshandlung

Hat der Täter einen schweren Schaden vom Opfer dadurch abgewendet, dass er es in Form eines riskanten Rettungsmanövers in Sicherheit gebracht hat, so wird dem Retter der dadurch verursachte Schaden nicht zugerechnet. Es wäre unsinnig, dem Retter einen Erfolgseintritt für eine Handlung zuzurechnen, die dem Opfer letztlich zugute kam.

Beispiel: Stößt Wilhelm seinen Freund Bullmann geistesgegenwärtig zur Seite, weil dieser sonst von einem Pkw überfahren worden wäre und bricht sich Bullmann beim darauffolgenden Sturz den Arm, so wird diese Körperverletzung dem Retter nicht zugerechnet.

2) Das vorwerfbar geschaffene Risiko hat sich im Erfolg realisiert.

Hat sich der Erfolg nicht als Auswirkung der vom Täter geschaffenen Gefahr, sondern nur zufällig gemeinsam mit der Tathandlung verwirklicht, so wird der Erfolg dem Täter nicht zugerechnet. Die Zurechenbarkeit wird dabei anhand folgender Kontrollfrage ermittelt:

Hat der Täter durch sein Verhalten das Risiko dieses konkreten Erfolgseintritts in messbarer Weise erhöht?

Beispiel 1: Das Opfer einer Schussverletzung stirbt nicht an dieser Verletzung, sondern allein infolge eines Verkehrsunfalls auf dem Weg in die Klinik. Hier hat sich nicht die Gefahr der Schussverletzung realisiert (Blutverlust, Schock, Infektion), sondern das Risiko der Teilnahme am Straßenverkehr. Dieses Risiko wurde aber durch die Schussverletzung nicht erhöht.

Beispiel 2: Der Täter stürzt sein Opfer von einer Brücke, wobei das Opfer im Fluss ertrinken soll. Es stirbt aber bereits infolge eines Genickbruchs beim Aufprall. Hier ist das Opfer an den Gefahren des Sturzes gestorben, wobei der Täter durch sein Verhalten auch dieses Risiko heraufbeschworen hat. Der Tod wird ihm zugerechnet.

3) Der Schutzzweck der Norm

Selbst wenn sich das vom Täter in vorwerfbarer Weise geschaffene Risiko im Erfolg realisiert, kann eine Erfolgzurechnung scheitern, wenn der Schutzzweck der Norm das vom Tatbestand geschützte Rechtsgut nicht gegen eine derartige Verletzung schützen wollte.

a) Die Mitwirkung bei einer vorsätzlichen Selbstgefährdung

Da die Teilnahme an einer eigenverantwortlichen Selbsttötung mangels Haupttat nicht strafbar ist, kann auch die Teilnahme an der bloßen Selbstgefährdung nicht strafbar sein. So hat auch der BGH in BGH St 24, 342 von einer Bestrafung desjenigen nach § 222 StGB abgesehen, der fahrlässig den Tod des Selbstmörders ermöglichte, da sogar die vorsätzliche Beihilfe straflos gewesen wäre.

AL-Klausurtyp:

Die fehlende Erfolgszurechnung setzt allerdings wie auch die straflose Teilnahme am Suizid voraus, dass das Opfer eigenverantwortlich handelt, also die eigene Gefährdung genauso gut wie der andere überblicken kann. Ist das der Fall, so ist der Täter selbst bei vorsätzlichem Handeln mangels Zurechnung straflos.

Beispiel: Um seinen Intimfeind O zu töten, wettet Wilhelm mit ihm, dass O sich nicht trauen werde, von einer hohen Brücke ins Wasser zu springen. In Kenntnis des Risikos springt O und stirbt. Wilhelm ist straflos.

In diesen Zusammenhang gehört auch die Entscheidung des BGH zur Straflosigkeit eines Heroidealers, der einem Konsumenten Heroin verkaufte, wobei dieser an einer Überdosis starb, wobei festgestellt werden konnte, dass der Konsument trotz der Sucht das Risiko ausreichend einschätzen konnte. Dazu BGH St 32, 262: „Wer lediglich eine fremde Selbstgefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, handelt nicht tatbestandsmäßig im Sinne der §§ 212 oder 222 StGB. Der Schutzzweck der Norm, andere nicht zu verletzen oder zu töten, endet dort, wo das Opfer selbst es ist, das die tödliche Ursache setzt.“ Diesen Standpunkt hat der BGH in NJW 2017, 418 noch einmal bekräftigt.

Vergleichen Sie dazu aber auch BGH NJW 2017, 418; früher bereits NStZ 1986, 266: „Gelangt jedoch der Förderer der Selbstgefährdung zu der Erkenntnis, dass der Selbstgefährdende das Risiko nicht in gleichem Maße überblickt, so schafft er durch die Förderung der Gefährdung ein Risiko, das vom Willen des Gefährdeten nicht mehr gedeckt ist und dessen Verwirklichung daher dem Täter zuzurechnen ist.“

So hat auch der BGH in NStZ 1983, 72 einem Heroidealer den Tod eines Konsumenten zugerechnet, wenn beim Konsumenten aufgrund des Drogengenusses autonomes Handeln ausgeschlossen ist. In solchen Fällen fordert allerdings Stree (JuS 1985, 183), dass der sich selbst Gefährdende das Risiko in so erheblichem Umfang verkennt, dass der Hintermann bei vorsätzlichem Handeln die Tatherrschaft durch Ausnutzung dieses Zutuns hätte.

Auf allgemeine Ablehnung ist jedoch das Urteil des BGH (in NStZ 1984, 452; bestätigt in NJW 2016, 176) gestoßen. Dort hatte der BGH den Heroidealer bei einer an sich frei verantwortlichen Selbstgefährdung des Konsumenten wegen fahrlässiger Tötung gemäß den §§ 222, 13 StGB verurteilt, da dieser nach der Ohnmacht des Konsumenten keinen Arzt gerufen hatte.

An dieser Entscheidung wurde z.B. von Roxin (§ 11 Rz. 91) kritisiert, dass sich aus der rein kausalen Verursachung des Todes keine Garantenstellung ableiten lasse, wenn der Mitwirkende die Gefahrenlage wegen der Freiverantwortlichkeit des Opfers nicht in zurechenbarer Weise veranlasst habe. Die Straflosigkeit der Teilnahme an einer Selbstgefährdung würde so auf dem Umweg über das Unterlassungsdelikt unterlaufen, obwohl eine Bestrafung aus § 323 c StGB und § 29 BtMG ausreichen würde.

Der BGH hat jedoch auch in späteren Entscheidungen (zB NJW 2017, 418; 2016, 176) daran festgehalten, dass auch in derartigen Fällen einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung eine Garantenstellung aus Ingerenz möglich ist.

b) Die einverständliche Fremdgefährdung

Im Gegensatz zur Selbstgefährdung lässt sich hier das Opfer im Bewusstsein des Risikos von einem anderen gefährden, so dass dieser die Tatherrschaft über den gefahrbringenden Moment hat.

Während einige diese Frage über eine Einwilligung des Opfers in die erfolgte Verletzung beantworten wollen, sehen andere hierin ein **Zurechnungsproblem auf der Tatbestandsebene**: Die Fremdgefährdung wird daher wie eine Selbstgefährdung behandelt, wenn 3 Voraussetzungen vorliegen (näher BGH 4 Str 328 / 08; NJW 2003, 2326, 2327):

- **Der Schaden muss die Folge des Risikos sein**, das das Opfer freiwillig eingegangen ist. Es darf kein Fehlverhalten des Beteiligten die Gefahr erhöht haben.
- **Das Opfer muss für das gemeinsame Tun die gleiche Verantwortung tragen wie der Gefährdende.**
- **Das Opfer muss den Grad der Gefahr in gleichem Maß wie der Täter überblicken können.**

Liegen diese Voraussetzungen vor, so hat das Opfer das Risiko und damit die Verantwortung für den Erfolgseintritt übernommen, so dass der Erfolg dem daran Beteiligten nicht zugerechnet werden kann.

Etwas anderes kann sich daraus ergeben, dass der Täter durch ein absprachewidriges Verhalten das Risiko wissentlich über das vereinbarte Maß hinaus erhöht hat (= Exzess) oder dass die Tat als Körperverletzung gemäß § 228 trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt (BGH 4 Str 328 / 08 = Straßenrennen). Entscheidend sind dafür der Grad der eingegangenen Gefahr und sein Verhältnis zum Tatzweck. Je größer die Gefahr und je geringer der Wert ist, der dem Tatzweck zukommt, desto eher ist ein Verstoß gegen die guten Sitten gegeben.

Problem: Intimkontakt mit Aids-Infizierten

Von besonderer Bedeutung ist diese Zurechnungsfrage in Fällen, in denen ein Aidskranker mit einem Nichtinfizierten geschlechtlich verkehrt.

- Der ungeschützte Sexualkontakt ohne Verwendung von Kondomen ist für den Infizierten straflos nach den o.g. Regeln, wenn der andere die Infektion kennt und über das Infektionsrisiko ausreichend aufgeklärt ist (so BayObLG JR 1990, 473).
- Der Infizierte macht sich jedoch strafbar, wenn er den Partner bei ungeschütztem Verkehr nicht über die eigene Infektion aufklärt, da dieser in Unkenntnis dessen das Risiko mangels Kenntnis für sich nicht übernehmen kann (vgl. dazu das o.g. Urteil des BGH NJW 1989, 781; aber sehr str.; vgl. Bruns NJW 1987, 2282).

4) Die Zuordnung des Erfolges zu fremden Verantwortungsbereichen

Hat sich im Erfolg das vom Täter in vorwerfbarer Weise gesetzte Risiko realisiert, so entfällt eine Zurechnung des Erfolges auch dann, wenn der Eintritt des Erfolgs einem fremden Verantwortungsbereich unterfällt.

Problem 1: Kann man den (vorsätzlich oder fahrlässig handelnden) Täter für die Verletzung eines Rettungswilligen verantwortlich machen?

Fall: Der Miethai Gluffke will ein ihm gehörendes Mietshaus abreißen lassen, um dort neue Apartments zu errichten, was aber auf den entschlossenen Widerstand der Bewohner trifft. Kurz entschlossen zündet Gluffke das Gebäude an. Zwar können sich die Bewohner retten, doch stirbt ein Feuerwehrmann in den Flammen. Selbst wenn eine Bestrafung aus § 306 c ggf. an der fehlenden Leichtfertigkeit scheitern sollte, stellt sich im Rahmen des § 222 die Frage, ob man dem Brandstifter den Tod des Rettungswilligen in die Schuhe schieben kann.

Roxin lehnt eine derartige Zurechnung des beim Retter eingetretenen Erfolges ab, da der Erfolgseintritt in den Verantwortungsbereich des Retters selbst falle. Der Retter habe das Risiko freiwillig übernommen und es sei Teil des Berufs; gerade dafür, dass er das Risiko auf sich nehme, werde der Retter bezahlt. Im Übrigen würde auch der fahrlässige Brandstifter ansonsten die Feuerwehr nicht alarmieren, wenn er beim Tod eines Feuerwehrmannes mit einer Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung rechnen müsse.

Rudolphi (SK-Rz. 80 vor § 1) und Cramer (Schönke/Schröder/Cramer § 15 Rz. 168) halten dem entgegen, dass der Retter nach der Rechtsordnung (z.B. §§ 13, 323 c StGB) verpflichtet sei, sich in Gefahr zu begeben und durch die Strafandrohung dazu geradezu gezwungen werde. Der Retter sei daher bei seiner Selbstgefährdung in seiner Entscheidungsgewalt nicht frei, so dass keine eigenverantwortliche Selbstgefährdung vorliege. Wenn dem Täter die erfolgreiche Rettung zugute kommt (Versuchsstrafe statt Vollendungsstrafe), solle er auch für die Schäden verantwortlich sein, die der Retter erleide.

Dieser Ansicht folgt auch der BGH (NJW 1994, 205). Der Grundsatz der Straffreiheit bei Selbstgefährdung des Opfers muss eingeschränkt werden, wenn der Täter durch sein deliktisches Verhalten ein Rechtsgut des Opfers oder das eines dem Opfer nahestehenden Dritten so gefährdet, dass er ein einsichtiges Motiv für Rettungsversuche des Opfers schafft. Eine Ausnahme davon könne nur gelten, wenn diese Rettungsversuche von Anfang an erkennbar aussichtslos waren oder der Wert des geretteten Gegenstandes außer Verhältnis zu den Risiken der Rettung stand.

Problem 2: Die Verfolgerfälle

Fall: Der Bankräuber Wilhelm Brause flieht mit halsbrecherischer Fahrt vor der Polizei. Polizist P verliert bei der Verfolgung die Kontrolle über sein Fahrzeug und wird bei einem Unfall schwer verletzt. Hat sich Wilhelm auch wegen fahrlässiger Körperverletzung gemäß § 229 strafbar gemacht?

Ähnlich gelagert ist die Frage, ob man einem Straftäter die Verletzung eines Verfolgers zurechnen kann, die dieser sich bei der Verfolgung des Täters zugezogen hat. Eine derartige Zurechnung hätte jedoch zur Folge, dass der Verfolgte sich „stellen“ müsste, um dieser drohenden Verantwortlichkeit zu entgehen; der Beschuldigte ist jedoch nicht verpflichtet, an seiner eigenen Strafverfolgung teilzunehmen, er darf fliehen.

Problem 3: Ärztliche Kunstfehler

Fall: Der militante Tierschützer Bullmann stürzt einen Hochsitz um, auf dem der Jäger O dem Wild auflauert. O bricht sich zunächst nur das Sprunggelenk, gerät aber in der Klinik in die Hände von Dr. Brause, dem ein letaler Kunstfehler unterläuft („Operation? – ich dachte Obduktion!“). Kann Bullmann wegen Körperverletzung mit Todesfolge gemäß § 227 bestraft werden?

- 1) Nach BGH St 31, 96 (= „Hochsitzfall“) muss der Täter sich leichte und mittlere Kunstfehler des Arztes noch zurechnen lassen, da diese grundsätzlich vorhersehbar seien und der Täter es gewesen sei, der diese Operation heraufbeschworen habe. Wer aber von einer erfolgreichen Operation profitiert (s.o.), solle auch das Risiko des Misslingens tragen.
- 2) Rudolphi (SK 73 vor § 1) will bei der Zurechnung von Kunstfehlern unterscheiden: Die entscheidende Frage sei, ob und inwieweit die strafrechtlichen Verhaltensnormen den Schutz des Opfers vor Schädigungen durch Dritte oder des Opfers selbst umfassen. Als Konsequenz des auch im Strafrecht geltenden Vertrauensgrundsatzes ergibt sich, dass der Erstschädiger darauf vertrauen darf, dass Dritte oder das Opfer selbst sich pflichtgemäß verhalten; mit rechtswidrigem Verhalten Dritter müsse der Ersttäter nur rechnen, wenn dafür Anhaltspunkte vorhanden seien. Eine Zurechnung des Erfolges könne nur erfolgen, wenn der Arzt gebotene Rettungsmaßnahmen *unterlässt*, da sich dann die vom Täter geschaffene Gefahr im Erfolg realisiert habe. Ist jedoch der Arzt *aktiv* geworden, so kann nur er persönlich für die Folgen seines Handelns verantwortlich gemacht werden.

§ 14 Der Vorsatz

Fall: Der Attentäter A will den Politiker P durch eine Bombe töten, die er in dessen Dienstwagen anbringt, wobei die Sprengkraft der Bombe so stark ist, dass sämtliche Fahrzeuginsassen getötet werden, wenn die Bombe explodiert. Obwohl A nicht genau weiß, ob P den Wagen am nächsten Tag benutzen wird, stellt er den Zeitzünder der Bombe entsprechend ein. Bei der Explosion werden sowohl P als auch sein Chauffeur C getötet; ein sich in der Nähe befindender Passant wird schwer verletzt, wobei A auch mit einer derartigen Verletzung gerechnet hatte. Hat A bezüglich der jeweils verwirklichten Tatbestände vorsätzlich gehandelt?

Vorbemerkung

1) Vorsatz wird regelmäßig als „Wissen und Wollen der gesetzlichen Tatbestandsverwirklichung“ definiert, enthält also ein intellektuelles Wissenselement und ein voluntatives Wollenselement (so z.B. BGH NJW 2016, 1970; 2014, 3382; 1989, 781/Aids).

a) Das **intellektuelle Wissenselement** muss dabei die Merkmale umfassen, die den Deliktstyp begründen. **Der Vorsatz ist daher das Spiegelbild der die Tat charakterisierenden Merkmale im Bewusstsein des Täters** (Schönke/Schröder/Sternberg/Lieben § 15 Rz. 38). Zu den Bezugspunkten des Vorsatzes und zum Intensitätsgrad des Bewusstseins („sachgedankliches Mitbewusstsein“) nehmen wir beim Irrtum detailliert Stellung.

b) Das **voluntative Element** setzt eine **Willensentscheidung des Täters für die Handlung** voraus, durch die das Unrecht verwirklicht wird.

2) Der Zeitpunkt des Vorsatzes

Gemäß § 8 ist eine Straftat zu der Zeit begangen, zu der der Täter gehandelt hat. Der Vorsatz muss also zur Zeit der Handlung vorliegen. Ob der Täter den Erfolg zur Zeit seines Eintritts noch wollte, spielt keine Rolle.

Beispiel: Der Attentäter A schickt dem Politiker P eine Briefbombe, um ihn zu töten. Nach Absenden des Briefs versucht er vergeblich, das Opfer zu warnen. Stirbt P bei Öffnen des Briefes, so wird A wegen vorsätzlicher vollendeter Tötung gemäß den §§ 212, 211 bestraft.

3) Die Arten des Vorsatzes

Es muss zwischen den beiden Erscheinungsformen des direkten Vorsatzes und dem Eventualvorsatz unterschieden werden.

I. Der dolus directus 1. Grades

1) Auf der **intellektuellen** Seite reicht es aus, dass der Täter den Erfolgseintritt für möglich hält. Sicheres Wissen ist im Gegensatz zum dolus directus 2. Grades nicht gefordert.

2) Dominierend ist daher das **voluntative Element**. Der Täter handelt mit dolus directus 1. Grades, wenn er einen bestimmten Erfolg zielgerichtet anstrebt.

Bezüglich der Tötung des P hat A daher mit dolus directus 1. Grades gehandelt. Zwar wusste er nicht, ob sich P zur Zeit der Detonation im Wagen aufhalten würde, doch kam es ihm auf den Tod des P gerade an.

-Klausurtyp: Beachten Sie dabei bitte folgendes:

a) Verlangt das Gesetz eine auf einen Erfolg gerichtete **Absicht**, so muss nur der *Erfolg*, nicht aber die Begleitumstände vom Vorsatz umfasst sein.

Beispiel: Im Rahmen der §§ 242, 263 umfasst die Absicht nur den Erfolg der Zueignung, Bereicherung, aber nicht deren Rechtswidrigkeit. Hier genügt es, dass der Täter die Rechtswidrigkeit der Zueignung bzw. Bereicherung billigend in Kauf nimmt.

- b) Die Absicht des Täters kann auch auf einen Erfolg gerichtet sein, der aus Sicht des Täters nur **Zwischenziel** auf dem Weg zu einem anderen Ziel ist.
Beispiel: So erstrebt der Provisionsvertreter beim Betrug zum Nachteil des Kunden zunächst die Bereicherung seiner Firma (Zwischenziel), weil er erst danach seine Provision (Endziel) erhält.
- c) Eine Absicht im Sinne zielgerichteten Handelns liegt auch vor, wenn der Täter mehrere Ziele verfolgt.
Beispiel: So handelt auch der räuberische Dieb gemäß § 252 in der Absicht der Beutesicherung, der den Verfolger niederschlägt, um (auch) unerkannt zu entkommen.

II. Der dolus directus 2. Grades

Hier steht im Gegensatz zum dolus directus 1. Grades das *intellektuelle* Element im Vordergrund. Diese Vorsatzform liegt vor, wenn der Täter weiß oder als sicher annimmt, dass sein Verhalten zu einem bestimmten Erfolgseintritt führt. Das voluntative Element spielt keine Rolle; so liegt dolus directus 2. Grades auch dann vor, wenn der Täter den Erfolgseintritt zwar kennt, ihn aber am liebsten vermeiden möchte.

So hatte A bezüglich der Tötung des Chauffeurs auch dann direkten Vorsatz i.S.d. dolus directus 2. Grades, wenn er ihn gar nicht töten wollte, aber genau wusste, dass er sterben würde.

Problem: Wann wird vom Gesetzgeber welche Vorsatzform gefordert?

Innerhalb der Tatbestände, die einen direkten Vorsatz erfordern („in der Absicht, um zu, wissentlich, wider besseres Wissen, zur Täuschung im Rechtsverkehr“ etc.) ist nicht einmal ansatzweise geklärt, welche Form des direkten Vorsatzes sich hinter der Formulierung „Absicht“ verbirgt. Auch nach der Rechtsprechung (z.B. BGH St 4, 107) kann dies nur anhand einer Interpretation des jeweiligen Tatbestandes ermittelt werden.

AL-Klausurtyp: Gehen Sie von folgender Überlegung aus:

- 1) **Dolus directus 1. Grades ist erforderlich, wenn die Absicht den Deliktstyp bestimmt** (z.B. §§ 242, 249, 253, 259, 263 StGB). So wird erst durch die Zueignungsabsicht die Wegnahme einer fremden, beweglichen Sache zum Diebstahl; ansonsten wäre es eine Sachentziehung. Auch der Betrug bestraft nicht die listige Vermögensschädigung, sondern erst durch die Bereicherungsabsicht wird der Deliktstyp charakterisiert. In diesen Fällen muss zwar der beabsichtigte Erfolg der Zueignung bzw. Bereicherung nicht Endziel, aber doch als Nebenzweck zumindest erwünscht sein.
- 2) **Dolus directus 2. Grades reicht aus in Fällen, in denen der Deliktstyp durch die tatbestandsmäßige Rechtsgutsverletzung charakterisiert wird.** Der Gesetzgeber wollte dort durch das Erfordernis der Absicht nicht den Deliktstyp verändern, sondern nur ein im Hinblick auf den Erfolgseintritt lediglich riskantes Verhalten (in Form von dolus eventualis) ausgrenzen. Hierzu zählen z.B. die §§ 164, 257, 267, 274 StGB. Bei § 267 StGB steht z.B. nicht die Täuschungsabsicht des Täters, sondern die durch inhaltlich unwahre Urkunden gefährdete Sicherheit des Rechtsverkehrs im Vordergrund.
- 3) In Ausnahmefällen lässt der Gesetzgeber bereits durch den Wortlaut die Vorsatzform erkennen. So bedeutet im Sinne des § 258 StGB „absichtlich“ dolus directus 1. Grades, „wissentlich“ 2. Grades, „wider besseres Wissen“ im Sinne des § 187 StGB erfordert dolus directus 2. Grades.

Als **Faustformel** lässt sich festhalten:

- Ist der Deliktscharakter dadurch gekennzeichnet, dass der Täter eine für sich oder Dritte verbesserte Position anstrebt (Zueignungsabsicht, Bereicherungsabsicht), so liegt zielgerichtetes Verhalten im Sinne des *dolus directus* 1. Grades vor.
- Bei reinen Schädigungsdelikten (z.B. § 274) reicht das sichere Wissen im Sinne des *dolus directus* 2. Grades aus.

III. Der Eventualvorsatz: *dolus eventualis*

Der Täter strebt den Erfolgseintritt weder an noch sieht er ihn als sicher voraus, sondern hält ihn für möglich. Es müssen daher sowohl auf der *intellektuellen* wie auch auf der *voluntativen* Seite Abstriche im Verhältnis zum direkten Vorsatz gemacht werden; nach manchen Autoren soll beim Eventualvorsatz sogar ganz auf ein voluntatives Element verzichtet werden.

Da es sich um die wohl umstrittenste Frage des Strafrechts handelt, kann hier selbstverständlich kein vollständiger Überblick erfolgen. Dennoch möchte ich die wichtigsten Standpunkte kurz aufzeigen. (Zur Vertiefung: Schönke/Schröder/Sternberg/Lieben § 15 Rz. 74 ff.; noch detaillierter Roxin § 12 Rz. 21 - 74 m. w. N.)

1) Das Wissenselement des Eventualvorsatzes

Für diejenigen, die auf ein voluntatives Element verzichten, ist der nach Vorstellung des Täters bestehende Wahrscheinlichkeitsgrad des Erfolgseintritts ausschlaggebend.

a) **Möglichkeitstheorie** (z.B. Schmidhäuser 245; Kindhäuser ZStW 1996, 17 ff.; Lesch JA 1997, 805)

Nach dieser Theorie liegt *dolus eventualis* vor, wenn der Täter die konkrete Möglichkeit des Erfolgseintritts kennt und dennoch handelt. Zwar handelt auch danach nicht bereits derjenige vorsätzlich, der die generelle Gefährlichkeit seines Tuns kennt, doch genügt es für den Vorsatz, dass der Täter glaubt, der Erfolg könne in dieser konkreten Situation eintreten.

Dieser Auffassung wird entgegengehalten, dass danach keine Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit verbleibt.

b) **Wahrscheinlichkeitstheorie** (Jakobs AT 8 / 21 ff; H. Mayer, Strafrecht AT, 121)

Der Täter handelt vorsätzlich, wenn er den Erfolgseintritt in dieser konkreten Situation für wahrscheinlich hält. Wahrscheinlichkeit bedeutet danach mehr als bloße Möglichkeit und weniger als überwiegende Wahrscheinlichkeit, aber das ist auch nicht präziser, denn wo liegt die Grenze zwischen Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit? Jakobs hält aber bewusste Fahrlässigkeit in Fällen für möglich, in denen der Täter den Erfolgseintritt zwar für möglich, aber für unwahrscheinlich hält.

c) **Die Lehre von der unabgeschirmten Gefahr** (Herzberg JuS 1987, 777; JZ 1989, 470; Schlehofer NJW 1989, 2017)

Nach der Lehre von der unabgeschirmten Gefahr handelt es sich nicht um ein Vorsatzproblem, sondern um ein **Zurechnungsproblem**: Die Schaffung eines rechtlich nicht erlaubten Risikos ist bereits Voraussetzung für die objektive Tatbestandserfüllung. Es begeht derjenige ein vorsätzliches Delikt, der einen anderen unabgeschirmt einer Gefahr aussetzt; es sei ein qualifiziert riskantes Verhalten erforderlich, so dass die Gefahr weder durch den Täter noch das Opfer selbst vermieden werden könne. Eine abgeschirmte Gefahr mit der Folge einer Fahrlässigkeitstat liege vor, wenn der Täter oder das Opfer durch Aufmerksamkeit möglicherweise den Erfolgseintritt verhindern könne (Herzberg JZ 1988, 642).

So handelt es sich nach Herzberg beim ungeschützten Geschlechtsverkehr eines HIV-Patienten mit seinem Partner um eine unabgeschirmte Gefahr und damit ggf. um eine Vorsatztat im Sinne des § 224 I Nr. 5 (Herzberg NJW 1987, 1466). „Es kommt für den Vorsatz nicht darauf an, ob der Täter eine erkannte Gefahr ernst genommen, sondern dass er eine ernstzunehmende Gefahr erkannt hat.“

2) Das voluntative Element des Eventualvorsatzes

Nach überwiegender Auffassung setzt der Eventualvorsatz neben dem Wissenselement noch ein Wollenselement voraus, da vorsätzlich begangenes Unrecht auch einen „emotionalen“ Anteil enthalte (Schönke/Schröder/Cramer § 15 Rz. 80). Mindestvoraussetzung einer Vorsatztat ist daher die Gleichgültigkeit bzgl. des Erfolgseintritts. Einig ist man sich weiterhin darin, dass aus dem *Wissen* des Täters um die Möglichkeit des Erfolgseintritts noch nicht auf das *Wollen* geschlossen werden kann. Es werden im Wesentlichen folgende Ansichten vertreten:

a) Gleichgültigkeitstheorie (z.B.: LK-Schröder § 16 Rz. 93, Jescheck, S. 268 ff.)

Der Täter handelt vorsätzlich, wenn er den von ihm als möglich erkannten Erfolgseintritt aus Gleichgültigkeit gegenüber dem Rechtsgut in Kauf nimmt. Diese Inkaufnahme liegt vor, wenn der Täter sich die reale Möglichkeit der Rechtsgutsverletzung vor Augen hält und dennoch auf diese Gefahr hin handelt, also seine Interessen dem Risiko der Verletzung anderer Interessen überordnet.

b) Billigungstheorie (Maurach/Zipf AT 1 § 22 Rz. 36; Fischer § 15 Rz. 10; modifizierend Roxin, AT 1 § 12 Rz. 22, 23, 61 m.w.N.)

Der Täter handelt vorsätzlich, wenn er den für möglich gehaltenen Erfolg für den Fall seines Eintritts billigt, mit ihm innerlich einverstanden ist.

c) Der Standpunkt der Rechtsprechung (BGH NJW 2016; 1970; 2014, 3382; vgl. Schönke/Schröder/Sternberg/Lieben § 15 Rz. 85 ff.)

aa) Während das RG noch der Billigungstheorie folgte (z.B.: RG St 33, 4 ff.) ist der BGH von dieser Lehre 1955 in der berühmten Lederriemen-Entscheidung (BGH St 7, 363 ff.) ein Stück weit abgerückt, indem er ein „Billigen im Rechtssinne“ für ausreichend hielt. Der Erfolg müsse nicht den Wünschen des Täters entsprechen, sondern könne auch dann gegeben sein, wenn dem Täter der Erfolgseintritt unerwünscht sei. Er billigt den Erfolg im Rechtssinne, wenn er um des erstrebten Zieles willen sich damit abfindet, dass seine Handlung den an sich unerwünschten Erfolg herbeiführt.

bb) An diesem Standpunkt hält der BGH auch in jüngster Zeit fest (BGH NJW 2016, 1970; NStZ 2009, 91; 2008, 93): „Die Annahme einer Billigung liegt nahe, wenn der Täter sein Vorhaben trotz äußerster Gefährlichkeit durchführt, ohne auf einen glücklichen Ausgang vertrauen zu dürfen oder wenn er es dem Zufall überlässt, ob sich die von ihm erkannte Gefahr realisiert.“

Beispiel: Der Täter wirft ein Beil durch eine Glastür und weiß, dass unmittelbar dahinter ein Polizeibeamter sitzt; BGH JZ 1981, 35.

cc) Auch die vage Hoffnung, alles werde gut gehen, schließt den Eventualvorsatz nicht aus. Der Eventualvorsatz ist weiterhin zu bejahen, wenn aufgrund der vom Täter erkannten typischen Gefährlichkeit bestimmter Angriffsmittel und Angriffsweisen am Vorsatz nicht zu zweifeln ist.

Beispiel nach BGH NStZ 1994, 483: Der Täter wirft nachts mehrere Molotowcocktails in ein Asylbewerberheim. Der Täter kann auf das Ausbleiben einer schweren Folge nicht vertrauen, wenn der vorgestellte Ablauf des Geschehens einem tödlichen Ausgang so nahe ist, dass nur noch ein glücklicher Zufall ihn verhindern kann.

dd) Andererseits betont der BGH (BGH NJW 2016; 1970; 1999, 2533, 2534; BGH St 36, 1, 10) immer wieder, dass das Vorliegen gefährlicher Umstände nicht automatisch die Billigung des möglichen Erfolges bedeutet. Gerade im Bereich der Tötungsdelikte ist zwar aufgrund der lebensgefährdenden Gewalttätigkeit des Täters der Schluss auf dessen Eventualvorsatz möglich; dieser Schluss ist aber nicht zwingend, da vor dem Tötungsvorsatz eine wesentlich größere Hemmschwelle steht als vor dem bloßen Verletzungsvorsatz (BGH NStZ 1988, 361; NStZ 1992, 125 zur geringeren Tötungshemmschwelle bei Unterlassungstaten m. Anm. Puppe NStZ 1992, 576). Selbst wenn der Täter das Opfer in äußerster Gefahr bringt und mit einem tödlichen Ausgang rechnet, ist es dennoch nicht ausgeschlossen, dass der Täter ernsthaft und nicht nur vage auf einen guten Ausgang vertraut und damit nur bewusst fahrlässig handelt (BGH NJW 2016, 1970; NStZ 1982, 506).

Entscheidend sind jeweils die Umstände des Einzelfalls: Gibt der Täter das Geschehen vollständig aus der Hand, so dass der Zufall über den Erfolgseintritt entscheidet, liegt ein Eventualvorsatz nahe.

ee) Auch die Motivationslage ist von Bedeutung: „Ein Tötungsvorsatz wird fehlen, wenn ein nachvollziehbarer Grund für eine so schwere Tat wie die Tötung eines Menschen fehlt. Ist dem Täter andererseits der Eintritt einer schweren Folge gleichgültig oder weist die Tat (hier: Molotowcocktail auf ein Asylbewerberheim) auf ein erhebliches Maß an Feindseligkeit und Menschenverachtung hin, kann von einem bedingten Tötungsvorsatz ausgegangen werden (BGH NStZ 1994, 483).“

ff) Diese Grundsätze gelten nach dem BGH (NJW 1989, 781) auch beim ungeschützten Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten. „Auch in diesem Bereich erfordert vorsätzliches Handeln das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung, bildet also die Billigung des Erfolgseintritts das wesentliche Unterscheidungsmerkmal. Zwar ist in Anbetracht des weit verbreiteten Wissens um das damit verbundene Infektionsrisiko die Annahme naheliegend, dass der Täter die Möglichkeit der Infektion erkennt. Es ist aber nicht zulässig, aus der Kenntnis von der Möglichkeit des Erfolgseintritts automatisch auf dessen Billigung zu schließen. Zur Abgrenzung von bewusst fahrlässigem Handeln bleibt eine umfassende Prüfung des voluntativen Vorsatzelementes unerlässlich.“

Andererseits kann gerade in Fällen wie diesem der Umstand Bedeutung gewinnen, dass der Täter das ‚Ob‘ des Erfolgseintritts selbst nicht steuern oder beherrschen kann und daher die Gefahr nicht ‚abgeschirmt‘ hat und den Dingen ihren Lauf lässt. Die Behauptung des Täters, er habe auf einen glücklichen Ausgang vertraut, steht der Annahme einer Billigung nicht entgegen. Zudem können Qualität und Intensität des beim Täter vorhandenen Wissens über die Gefährlichkeit seiner Handlungsweise bei der Ermittlung des voluntativen Elementes eine Rolle spielen.

Die Annahme, der HIV-Infizierte habe daher die Infektion des Intimpartners billigend in Kauf genommen und daher eine versuchte gefährliche Körperverletzung gemäß den §§ 224 I Nr. 5, 22 begangen, ist nicht rechtsfehlerhaft. Dies wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass ein bedingter Tötungsvorsatz nicht festgestellt werden kann, da vom Tötungsvorsatz eine wesentlich höhere Hemmschwelle als vom Verletzungsvorsatz ausgeht und der Täter bei der langen Inkubationszeit von Aids möglicherweise die Hoffnung hatte, bis zum Ausbrechen der Krankheit werde ein Heilmittel gegen Aids gefunden werden.“

Vertiefungshinweis: Zu den denkbaren Konkurrenzverhältnissen zwischen Körperverletzungs- und Tötungsdelikten lesen Sie bitte meinen StGB BT 1 § 7 II 2 / Problem 3.

§ 15 Der Irrtum auf der Tatbestandsebene

Vorbemerkung

Wie wir bereits bei der Erörterung des Fallaufbaus gesehen haben, gehört der Vorsatz des Täters als subjektive Komponente zum Tatbestand. Der Vorsatz enthält dabei ein intellektuelles (Wissens-)Element und ein voluntatives (Wollens-)Element. Unabhängig von seinen jeweiligen Erscheinungsformen des Eventualvorsatzes oder des dolus directus 1. bzw. 2. Grades lässt sich der **Vorsatz** definieren als **Wissen und Wollen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes**.

Wenn der Täter vorsätzlich handelt, trifft er also in Kenntnis aller Tatumstände eine bewusste Entscheidung gegen die Rechtsordnung. Dabei folgt aber schon aus dem Schuldprinzip, dass eine Bestrafung wegen einer Vorsatztat nur erfolgen kann, wenn der Täter alle Umstände kennt, die das tatbestandsmäßige Unrecht bilden. Demzufolge sieht § 16 I 1 vor, dass eine Bestrafung wegen einer Vorsatztat entfällt, wenn der Täter auch nur ein einziges Merkmal nicht kennt, das zum gesetzlichen Tatbestand des objektiv verwirklichten Tatbestandes zählt; ihm fehlt das intellektuelle Element des Vorsatzes.

Beispiel: Wer während einer Jagd auf ein Gebüsch schießt und dabei einen Menschen tötet, handelt gemäß § 16 I 1 ohne Vorsatz, wenn er nicht gesehen hat, dass es sich um einen Menschen handelte und kann daher wegen § 212 nicht bestraft werden.

Beruhet aber der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so kann der Täter gemäß § 16 I 2 wegen der fahrlässig begangenen Tat bestraft werden, wenn ein entsprechender Fahrlässigkeitstatbestand im BT existiert (§ 15!).

I. Die Arten des Irrtums

Da beim Irrtum die Vorstellung des Täters und die Wirklichkeit auseinanderfallen, kann man 2 Formen des Irrtums unterscheiden:

1) Die Unkenntnis

Der Täter kennt mindestens ein Merkmal nicht, das zum Tatbestand eines Strafgesetzes zählt. Dabei ist unerheblich, welches Merkmal der Täter verkennt und ob der Irrtum verschuldet ist. Bei Fahrlässigkeit gilt allerdings § 16 I 2.

a) **Unkenntnis / Ungewissheit:** Da es für das Wissensmoment des Vorsatzes genügt, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, fehlt dem Täter die erforderliche Kenntnis nur dort, wo er die Tatbestandsverwirklichung überhaupt nicht in seine Vorstellung aufgenommen hat (weil er ein Merkmal gar nicht sinnlich wahrgenommen hat). Bloße Ungewissheit ist noch keine Unkenntnis.

Beispiel: Hat der Täter in der Dämmerung im Wald auf ein bewegliches Ziel geschossen und dabei einen Menschen getötet, so gibt es 2 Möglichkeiten:

- Er hat nicht einmal ansatzweise für möglich gehalten, dass es sich bei diesem Objekt um einen Menschen handeln könnte: Wegen vorsätzlicher Tötung i.S.d. § 212 kann er gemäß § 16 I 1 nicht bestraft werden; beruht sein Irrtum auf Fahrlässigkeit, wird er über die §§ 16 I 2, 222 wegen fahrlässiger Tötung bestraft.
- Hat er zumindest für möglich gehalten, dass es sich um einen Menschen handelte, so wird er wegen vorsätzlicher Tötung nach § 212 bestraft.

- b) **Die Intensität der Tätervorstellung:** Hier gilt das, was wir bereits beim Vorsatz gemeinsam erarbeitet haben:
- aa) **Sachgedankliches Mitbewusstsein:** Der Vorsatz umfasst auch die Umstände, an die der Täter zwar nicht explizit gedacht hat, die ihm aber mitbewusst sind. So kennt der Täter die Fremdheit der weggenommenen Sache auch dann, wenn er darüber beim Diebstahl nicht gesondert nachgedacht hat.
Zum sachgedanklichen Mitbewusstsein ausführlich: Platzgummer, Die Bewusstseinsformen des Vorsatzes, 1964; Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969.
 - bb) **Ständiges Begleitwissen:** Neben diesem durch sinnliche Wahrnehmung bewirkten Mitbewusstsein umfasst der Vorsatz auch das dem Täter ständig präsente Begleitwissen, was insbesondere bei Sonderdelikten relevant ist.
Beispiel: Der Polizeibeamte, der den Beschuldigten während dessen Vernehmung misshandelt, weiß auch ohne Nachdenken, dass er Amtsträger i.S.d. § 340 ist.
 - cc) Ein bloßes **potentielles Wissen** i.S.v. Wissenkönnen genügt jedoch nicht. In diesem Fall kann der Täter nur wegen einer Fahrlässigkeitstat bestraft werden.

Problem: Der Affekttäter

Auch der Affekttäter, der in höchster Erregung handelt, tut dies in Form eines willensgesteuerten Bewegungsablaufs. Für das Bewusstsein als Element des Vorsatzes ist keine sorgfältige Abwägung gefordert, so dass der Entschluss zur Tatbegehung und deren Verwirklichung in einem Akt zeitlich zusammenfallen können; es genügt, dass der Affekttäter mit einem Blick die Tatumstände erfasst. Der Affekt, in dem sich der Täter befindet, schließt also nicht bereits den *Vorsatz*, sondern gegebenenfalls nur die *Schuldfähigkeit* des Täters aus; insbesondere beim Mord kann allerdings aufgrund des Affektes das Bewusstsein fehlen, ein Mordmerkmal zu verwirklichen (z.B. heimtückisch zu töten); bezüglich des Mordmerkmals fehlt dann der Tätervorsatz (vgl. dazu Langel, StGB BT 1 § 1 I 2 a).

2) Die irrige Annahme

Der Täter handelt mit einer positiven Vorstellung von Tatumständen, die die Strafe bei ihrem Vorliegen begründen, schärfen oder mildern würden. Diese irrige Annahme ist nur bezüglich privilegierender Umstände in § 16 II gesetzlich geregelt: Wer bei Begehung der Tat Umstände annimmt, die den Tatbestand eines mildereren Gesetzes verwirklichen würden, kann nur nach dem mildereren Gesetz bestraft werden.

AL-Klausurtyp:

Ansonsten kann die irrige Annahme zur Bestrafung wegen eines **untauglichen Versuchs** führen (wenn bei zutreffender Vorstellung die Tat vollendet wäre) oder zum straflosen **Wahndelikt** (wenn der Täter den Anwendungsbereich der Strafnorm über deren Wortlaut hinaus ausdehnt oder einen Tatbestand erfindet, den die Rechtsordnung nicht kennt; ausführlich dazu unten § 39 V, VI).

II. Die Bezugspunkte des Irrtums

1) Der Irrtum über strafbegründende Merkmale

Der Tätersvorsatz muss alle Merkmale umfassen, die zum objektiven Tatbestand zählen.

a) **Subjekt:** Da für echte Sonderdelikte nur derjenige als Täter in Frage kommt, der in seiner Person die strafbegründenden Eigenschaften aufweist, gehört die Subjektsqualität zum objektiven Tatbestand. Der Täter muss daher die Umstände kennen, die seine Täterqualität begründen. Hier genügt aber das ständige Begleitwissen des Täters; eine bewusste Reflexion der Tätereigenschaft während der Tat wird nicht verlangt.

Beispiel: Der Täter einer Untreue muss nicht permanent daran denken, dass ihn eine Vermögensbetreuungspflicht trifft.

b) **Tatobjekt:** Der Täter muss die Umstände erkannt haben, die das Tatobjekt individualisieren. Gerade beim Tatobjekt erlangt die Differenzierung zwischen deskriptiven und normativen Merkmalen besondere Bedeutung, da hier zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum unterschieden werden muss:

aa) **Deskriptive (= beschreibende) Merkmale** sind diejenigen, die durch bloße sinnliche Wahrnehmung ohne jede rechtliche Wertung feststellbar sind (z.B. Sache, Mensch).

bb) **Normative (= wertausfüllungsbedürftige) Merkmale** setzen auf Seiten des Täters eine zumindest laienhafte rechtliche Wertung voraus, wobei diese laienhafte Wertung parallel zur Rechtsordnung ausfallen muss, also im Ergebnis zutreffen muss (Jescheck/Weigend § 26 IV 2).

AL-Klausurtipp: Die Trennung zwischen deskriptiven und normativen Merkmalen lässt sich nicht absolut durchführen:

- An sich deskriptive Merkmale sind, zumindest an ihrer Peripherie, wertausfüllungsbedürftig.
Beispiel: Wann beginnt und endet die Menschlichkeit i.S.d. §§ 211 ff? (Dazu Langels, StGB BT 1 § 2 I 1)

- Auch normative Merkmale setzen eine sinnliche Wahrnehmung voraus.

Beispiel: Bei einer Urkunde muss der Täter die Gedankenerklärung (= Worte, Symbole) gesehen haben, um die Urkundsqualität des Schriftstücks erkennen zu können.

cc) Die grundsätzlich mögliche Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Merkmalen hat für den Irrtum erhebliche Bedeutung:

(1) Bei den deskriptiven Tatbestandsmerkmalen erfasst der Täter deren Bedeutung bereits nach erfolgter sinnlicher Wahrnehmung. Daher kann ein Irrtum auch nur auf fehlender sinnlicher Wahrnehmung beruhen.

Beispiel: Der Täter schießt während einer Jagd auf ein Gebüsch, ohne den Menschen zu sehen, der sich darin verbirgt.

(2) Bei den normativen Tatbestandsmerkmalen ist zur Bejahung des Tätersvorsatzes keine exakte juristische Subsumtion unter den vom Gesetzgeber verwandten Begriff erforderlich. Es genügt, dass der Täter in Form einer **Parallelwertung in der Laiensphäre** den sozialen Sinngehalt des Merkmals erkennt.

Beispiel: Es genügt, dass der Täter einer Urkundenunterdrückung gemäß § 274 eine laienhafte Vorstellung davon hat, dass der auf einem Bierdeckel ausradierte Strich eine rechtserhebliche Erklärung des Gastwirts darstellt (BGH StV 2000, 422, 423; St 3, 248, 255; 4, 347, 352; ausführlich dazu A. Kaufmann, Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982).

Erfasst der Täter den sozialen Sinngehalt der von ihm erkannten Tatbestände, so hat er alles begriffen, was das normative Merkmal auszeichnet. Ein weiterer Bewertungsirrtum über die Definition des Begriffs wäre ein (grundsätzlich unbeachtlicher) **Subsumtionsirrtum**.

Beispiele:

- 1) Der Täter, der eine Urkunde zerstört, glaubt, eine Urkunde müsse namentlich unterschrieben sein.
- 2) Der Täter glaubt, dass das Ablassen der Luft aus einem Autoreifen ohne Substanzverletzung keine Sachbeschädigung ist (so aber BGH St 13, 207; dazu StGB BT 2 § 29 II 2 b).

Da der **Subsumtionsirrtum** nicht auf Unkenntnis von Tatsachen, sondern auf einer fehlerhaften rechtlichen Wertung beruht, lässt er den Tätersvorsatz unberührt; der Subsumtionsirrtum kann aber zu einem Verbotsirrtum führen, wenn der Täter aufgrund fehlerhafter Subsumtion sein Verhalten irrig für straflos hält.

(3) **AL-Klausurtipp:** Achten Sie bei der Parallelwertung in der Laiensphäre noch auf folgendes:

(a) Der Vorsatz bleibt nur erhalten, wenn die laienhafte Vorstellung des Täters auch wirklich *parallel* zur Rechtsordnung verläuft, also zu einem zutreffenden rechtlichen Ergebnis führt.

Beispiel: Glaubt der Käufer einer Sache, bereits durch Abschluss des Kaufvertrages Eigentümer geworden zu sein, so kann er nach erfolgter Wegnahme nicht nach § 242 bestraft werden, denn er hat auch in seiner laienhaften Vorstellung nicht erkannt, dass es sich noch um eine „fremde“ Sache i.S.d. § 242 handelt.

(b) Weiß der Täter jedoch, dass ihm die weggenommene Sache noch nicht gehört und glaubt er dennoch, sie als Käufer wegnehmen zu dürfen, so hat er laienhaft alles verstanden, was zur Fremdheit der Sache zählt. Es muss nunmehr zwischen Stückschuld und Gattungsschuld unterschieden werden:

(aa) Bei einer *Stückschuld* entfällt die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung, wenn der Täter einen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf die weggenommene Sache hat, insbesondere als Käufer die Ware bereits bezahlt hat (§ 320 BGB!). Selbst wenn der Anspruch aufgrund der Nichtigkeit des Kaufvertrages nicht besteht, entfällt analog § 16 I 1 der subjektive Tatbestand, wenn der Täter irrig von Umständen ausgeht, bei deren Vorliegen sein Verhalten nicht rechtswidrig wäre, wenn er z.B. den Kaufvertrag irrig für wirksam hält.

(bb) Bei *Gattungsschulden* hat der Käufer auch nach Zahlung des Kaufpreises noch keinen Anspruch auf eine konkrete Sache; der Verkäufer kann daher nach freiem Belieben darüber entscheiden, mit welcher Sache er erfüllen will. Dabei schützt § 242 die Konkretisierungsbefugnis des Verkäufers; die Wegnahme durch den Käufer bleibt objektiv rechtswidrig. Ein entsprechender Irrtum über die fehlende Rechtswidrigkeit ist daher ein Verbotsirrtum in Form eines Subsumtionsirrtums.

Konsequenzen

- Ist die vom Täter vorgenommene laienhafte Wertung nicht zu einem zutreffenden Ergebnis gelangt, so entfällt der Vorsatz nach § 16 I 1.
- Hat der Täter den sozialen Sinngehalt des Tatbestandsmerkmals erkannt, so handelt er vorsätzlich. Eine darüber hinausgehende falsche rechtliche Wertung ist ein Subsumtionsirrtum, der zu einem Verbotsirrtum führen kann.

☞ Ergo: Der Vorsatz ist die Kenntnis des sozialen Sinngehalts, nicht der juristischen Verbote!

- c) **Erfolg:** Im Rahmen der Erfolgsdelikte muss der Vorsatz auf den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs gerichtet sein (z.B. Tod des Opfers i.R.d. § 212; Vermögensschaden bei Erpressung oder Betrug).
- d) **Tathandlung:** Der Täter muss die tatbestandsmäßige Handlung vorsätzlich vornehmen, z.B. vorsätzlich zuschlagen, täuschen etc..

2) Der Irrtum über Qualifikationstatbestandsmerkmale

a) Die Unkenntnis

Fall: Der Dieb weiß nicht, dass er während des Diebstahls eine Waffe bei sich führt, die ihm seine Frau heimlich zugesteckt hat.

Kennt der Täter auch nur eines der qualifizierenden Merkmale nicht, so kann er gemäß § 16 I 1 mangels Vorsatz wegen der Qualifikation nicht bestraft werden. Der Vorsatz bzgl. des Grundtatbestandes bleibt davon selbstverständlich unberührt.

b) Die irrige Annahme

Fall: Der Dieb geht irrig davon aus, eine Waffe bei sich zu führen.

Die irrige Annahme des Täters, zusätzlich zum Grundtatbestand noch die Qualifikation zu verwirklichen, führt zum untauglichen Versuch der Qualifikation, der zum vollendeten Grundtatbestand in Idealkonkurrenz steht.

3) Der Irrtum über privilegierende Merkmale

a) Die irrige Annahme

Fall: Der Täter geht bei der Tötung des Opfers irrig davon aus, dessen Wunsch, getötet zu werden, sei freiverantwortlich gefasst worden.

Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, bei deren Vorliegen er privilegiert wäre, so kann er gemäß § 16 II nur aus dem milderen Delikt (hier: § 216) bestraft werden. Nach dem Schuldprinzip kann er nur für Umstände bestraft werden, die er in seinen Vorsatz aufgenommen hat.

Roxin (AT § 12 Rz. 122) lehnt die Anwendung des § 16 II im Bereich der schuld-mildernden Merkmale ab. Die Norm des § 16 II betreffe nur Tatbestandsmerkmale, keine Schuldmerkmale. Bei § 216 komme es nur darauf an, dass sich der Täter bei der Tötung des Opfers von dessen vermeintlich wirksamem Wunsch leiten lasse; auf dessen objektives Vorliegen oder dessen Wirksamkeit könne verzichtet werden.

b) Die Unkenntnis

Fall: Der Täter kannte das Tötungsverlangen des Opfers nicht.

Handelt der Täter in Unkenntnis eines ihn privilegierenden Merkmals, so kann er sich auf die Privilegierung nicht berufen und wird aus dem Grundtatbestand heraus bestraft. Dies folgt aus dem Umkehrschluss aus § 16 II; nach Roxin bereits daraus, dass die Voraussetzungen der Privilegierung nicht vorliegen.

Eine Bestrafung aus dem Grundtatbestand ist auch insofern sachgerecht, als der Täter sämtliche Merkmale des Grundtatbestandes, die ja in der Privilegierung enthalten sind, in seinen Vorsatz aufgenommen hat.

4) Der Irrtum über die Verwirklichung eines Regelbeispiels

Bei den Regelbeispielen handelt es sich nicht um Tatbestandsmerkmale, da sie den Richter nicht an einen konkreten Strafraum binden wollen und daher weder abschließend noch zwingend sind. Dennoch müssen Regelbeispiele vom Vorsatz des Täters umfasst sein, da nur die Umstände die Vorsatzstrafe schärfen können, die der Täter in seinen Vorsatz aufgenommen hat. Wegen der systematischen Nähe zu § 16 bespreche ich den Irrtum bereits an dieser Stelle.

a) Die Unkenntnis

Fall: Der Täter weiß nicht, dass die weggenommene Sache kunstgeschichtliche Bedeutung i.S.d. § 243 I Nr. 5 hat.

Weiß der Täter nicht, dass er objektiv ein Regelbeispiel verwirklicht, so entfällt analog § 16 I 1 die Bestrafung aus einem besonders schweren Fall.

b) Die irrige Annahme

Fall: Der Täter ging irrig von der kunstgeschichtlichen Bedeutung der weggenommenen Sache aus.

Ob es bei der Annahme des Täters, einen besonders schweren Fall zu verwirklichen, den Versuch eines besonders schweren Falles gibt, der in Idealkonkurrenz zum vollendeten Grundtatbestand steht, erscheint zweifelhaft. Dieser Fall ist von der Rechtsprechung bisher noch nicht entschieden worden; der BGH hat aber in BGH St 33, 370 den Versuch eines Regelbeispiels in einem anderen Zusammenhang zugelassen, da Regelbeispiele den Tatbestandsmerkmalen angenähert seien und ebenso wie diese verletztes Unrecht enthielten (ausführlich dazu unten § 39 IV 2).

5) Besonders schwere Fälle / minder schwere Fälle

a) Die Unkenntnis

Kennt der Täter bei Begehung der Tat die Umstände nicht, aus denen sich das Vorliegen eines besonders schweren Falles ergibt (z.B. die Höhe des Vermögensschadens i.R.d. §§ 263 III, 266 II), so kann er analog § 16 I 1 nicht wegen der Begehung eines besonders schweren Falles bestraft werden. Als Folge des Schuldprinzips kann auch hier die Vorsatzstrafe nur dann verschärft werden, wenn die strafehöhenden Umstände vom Wissen und Wollen des Täters umfasst sind.

b) Die irrige Annahme

Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, bei deren Vorliegen es sich um einen minder schweren Fall handeln würde (z.B. §§ 249 II, 306 II, 306 a III), so wird analog § 16 II die Strafe aus dem gemilderten Strafraum entnommen (SK-Rudolphi § 16 Rz. 8).

6) Der Irrtum über erfolgsqualifizierende Merkmale

a) Die Unkenntnis

Fall: Der Täter wusste nicht, dass das Opfer durch den Faustschlag die Sehfähigkeit verlieren würde, hätte dies aber erkennen können.

Da bezüglich der erfolgsqualifizierenden Merkmale gemäß § 18 Fahrlässigkeit des Täters ausreicht, ist dessen fehlender Vorsatz diesbezüglich irrelevant. Hätte der Täter den Eintritt der schweren Folge vorhersehen können, wird er gemäß § 226 I bestraft.

b) Die irrige Annahme

Fall: Der Täter hielt bei seinem Schlag den Verlust der Sehfähigkeit für möglich, der jedoch nicht eintrat.

Die irrige Annahme des Täters, die Tat werde eine erfolgsqualifizierende Folge auslösen, führt zum Versuch der Erfolgsqualifikation (§§ 226 I, 22), der zum vollendeten Grundtatbestand des § 223 in Idealkonkurrenz steht (= Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz).

7) Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Zueignung/ Bereicherung

Nach h.M. schließt ein fälliger und durchsetzbarer Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung aus. Dabei ist zu unterscheiden:

a) Glaubt der Täter an Umstände, bei deren Vorliegen er einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf die weggenommene Sache gehabt hätte, so entfällt die Absicht rechtswidriger Zueignung.

Beispiel: Wilhelm hat beim Gebrauchtwagenhändler Gluffke einen Ford Mustang gekauft und bar bezahlt. Gluffke hatte ihm den Wagen allerdings noch nicht übereignet, weil er noch ein Radio einbauen und den Wagen durch den TÜV bringen wollte. Nachdem Wilhelm den Wagen an einem lauen Sommerabend mit einem Nachschlüssel ohne Wissen des Gluffke von dessen Hof wegnimmt, erweist sich der Kaufvertrag als nichtig.

b) Glaubt der Täter hingegen, bei noch nicht fälliger oder durchsetzbarer Forderung (z.B.: Wilhelm hat den Wagen noch nicht bezahlt / § 320) oder bei einem Anspruch auf eine nur der Gattung nach bestimmte Sache einen konkreten Gegenstand wegnehmen zu dürfen, so irrt er sich über die Rechtswidrigkeit der Tat in Form eines *Subsumtionsirrtums*, der wie ein Verbotsirrtum behandelt wird. Dieser Subsumtionsirrtum ist hier unbeachtlich, da der Täter alle diejenigen Umstände zutreffend erkannt hat, an deren Vorliegen der Gesetzgeber die Rechtswidrigkeit knüpft.

8) Der Irrtum über gesamtatbewertende Umstände

a) Das Urteil über die Verwerflichkeit des Verhaltens i.S.d. §§ 240 II, 253 II ist mit dem Irrtum über die Rechtswidrigkeit identisch: Es handelt sich nur dann um einen Irrtum analog § 16 I 1, wenn der Täter irrig Umstände annimmt, bei deren tatsächlichem Vorliegen er gerechtfertigt wäre.

Beispiel: Der Täter droht einem anderen mit Klageerhebung, weil er zu seinen Gunsten einen in Wahrheit nicht bestehenden Anspruch unterstellt.

b) Irrt der Täter sich nur über die Bewertung zutreffend erkannter Umstände als nicht verwerflich, so ist dieser Irrtum bedeutungslos; ansonsten käme dem Täter seine laxe Rechtseinstellung zugute.

Beispiel: Der Gläubiger droht seinem Schuldner für den Fall der Nichtleistung Prügel an und hält dies wegen der bestehenden Forderung für rechtmäßig.

III. Sonderfälle des Irrtums

1) Der Irrtum über den Kausalverlauf

Bei von der Tätervorstellung abweichenden Kausalverläufen handelt es sich nach der von mir für vorzugswürdig erachteten **Lehre von der objektiven Zurechnung** nicht um einen nach § 16 I 1 zu behandelnden Tatbestandsirrtum (so aber die Rspr.; vgl. BGH NJW 2016, 2130 mwN), sondern um eine **Zurechnungsfrage**, die nach normativen Gesichtspunkten bereits auf der Tatbestandsebene geklärt werden muss (vgl. dazu die ausführliche Darstellung in § 13). Für den Tätervorsatz genügt es, dass der Täter die Umstände gekannt hat, die das vorwerfbare Risiko geschaffen haben, das sich letztlich im Erfolg realisiert hat.

2) **Aberratio ictus**

Infolge einer Abweichung im Kausalverlauf tritt der Erfolg nicht bei dem Objekt ein, das der Täter treffen wollte; der „Fehlschlag“ trifft jedoch ein anderes Objekt, das der Täter nicht treffen wollte.

a) **Getroffenes Objekt und anvisiertes Objekt sind gleichwertig**

Fall: T zielt mit einem Gewehr auf den A, trifft aber den neben A stehenden B.

aa) Da der Tätersvorsatz nach h.M. (z.B. BGH St 34, 55; NJW 1986, 2325; Schönke/Schröder/Sternberg/Lieben § 15 Rz. 57) die Konkretisierung eines bestimmten Tatobjekts voraussetzt, entfällt der Vorsatz, wenn der Täter ein anderes Objekt als das trifft, auf das er gezielt hat. Der Vorsatz, einen bestimmten Menschen zu töten, kann nicht durch den allgemeinen Willen ersetzt werden, irgendeinen Menschen zu töten. Nach h.M. wird der Täter daher wegen Versuchs bzgl. des anvisierten Objekts und fahrlässiger Tatbegehung bzgl. des getroffenen Tatobjekts bestraft, wenn Versuch und Fahrlässigkeit jeweils unter Strafe stehen. Versuch und Fahrlässigkeit stehen dabei zueinander in Tateinheit: §§ 212, 22; 222, 52.

bb) Nach einer Mindermeinung (z.B.: Puppe JZ 1989, 729 f.; GA 1981, S. 1 ff.; Noll ZStW 77 (1965), 1, 6) muss der Vorsatz den Erfolg nur nach gattungsbestimmenden Merkmalen umfassen. Bei gleichwertigen Tatobjekten bleibe daher der Vorsatz auch dann erhalten, wenn der Täter sein ursprüngliches Ziel verfehlt, aber gleichzeitig ein gleichwertiges Objekt getroffen hat; aufgrund der Gleichwertigkeit sei die Abweichung des Kausalverlaufs irrelevant.

b) **Die Tatobjekte sind ungleichwertig**

Fall: Der Täter zielt auf einen Hund und trifft dabei ein Kind, das mit dem Hund spielen wollte.

Hier handelt es sich um einen beachtlichen, den Vorsatz ausschließenden Irrtum i.S.d. § 16 I 1. Der Täter wird wegen Versuchs bzgl. des anvisierten Objekts (z.B. §§ 303, 22 / Hund) sowie Fahrlässigkeit bzgl. des getroffenen Objektes (z.B. § 229 / Kind) bestraft.

c) **Der dolus alternativus**

Hat der Täter auf das eine Opfer A geschossen, aber gleichzeitig billigend in Kauf genommen, den daneben stehenden B zu treffen, so bleibt der Tätersvorsatz auch bei Tötung des B erhalten, da die Abweichung im Kausalverlauf vom Vorsatz gedeckt war. Die Rechtsfigur der aberratio ictus schließt also den Vorsatz in den Fällen nicht aus, in denen es dem Täter auf die Identität des Opfers letztlich nicht ankommt.

d) **Der dolus generalis**

Es handelt sich um zweiaktige Geschehensabläufe, bei denen der Täter 2 verschiedene Handlungen vornimmt, um den Erfolg herbeizuführen; der Erfolg tritt aber durch die Handlung ein, die noch nicht oder bereits nicht mehr den Erfolg herbeiführen sollte.

aa) **Der Erfolg tritt bereits in dem Stadium ein, das der Täter noch für ein Versuchsstadium hält.**

Fall: Täter T will das Opfer O durch einen Schlag auf den Hinterkopf betäuben und das Opfer im Meer ertränken, um die Tat als Badeunfall zu tarnen. Der Tod tritt aber bereits durch den Schlag ein.

Hat der Täter den Erfolg in objektiv zurechenbarer Weise verursacht, so ist ihm dieser Erfolg als sein Werk zuzurechnen, da auch der 1. Schlag vom Willen getragen war, das Opfer letztlich zu töten. Der Täter wird wegen vollendeter Tat (z.B. § 212) bestraft. Sein Irrtum über den Kausalverlauf ist unbeachtlich.

bb) Der Erfolg tritt erst durch eine 2. Handlung zu einem Zeitpunkt ein, zu dem der Täter die Tat bereits für vollendet hält.

Fall: Der Täter will das Opfer erschlagen und die Leiche in einer Jauchegrube verschwinden lassen. Das Opfer ist aber durch den Schlag nur ohnmächtig geworden und ertrinkt in der Jauchegrube.

(1) Hier will ein Teil der Lehre (z.B. Jakobs AT 8; 77 ff. m.w.N.) nur wegen Versuchs bestrafen, da die todbringende Handlung nicht mehr vom Tötungsvorsatz gedeckt war.

(2) Nach h.M. (z.B. BGH St 14, 193; Schönke/Schröder/Sternberg/Lieben § 15 Rz. 58) handelt es sich um eine unbeachtliche Abweichung im Kausalverlauf; die Beseitigung der vermeintlichen Leiche birgt immer die Gefahr in sich, dass das Opfer erst jetzt stirbt. Dieser Erfolgseintritt ist nach allgemeiner Lebenserfahrung vorhersehbar; alles andere zöge im übrigen erhebliche Beweisprobleme nach sich: Wer sein Opfer ertränken will, sollte ihm zuvor einen Schlag auf den Hinterkopf versetzen und behaupten, er habe das Opfer bereits durch den Schlag töten wollen und damals bereits für tot gehalten...

3) Der error in persona vel objecto

a) Die Objekte sind gleichwertig

Fall: T schießt auf das Opfer O1 in der irrigen Annahme, es handele sich um O2.

Die Verwechslung der Tatobjekte ist aus Sicht des Täters bei deren Gleichwertigkeit ein unbeachtlicher Motivirrtum, der den Vorsatz nicht berührt. Der Täter hat vielmehr das Opfer getroffen, das er hatte treffen wollen; es handelt sich also im Gegensatz zur aberratio ictus nicht um einen „Fehlschuss“, sondern um einen „Treffer“. Der Täter hat seine Vorstellung in Richtung auf ein bestimmtes Ziel konkretisiert, das durch Ort und Zeit der Tat bestimmt wird, so dass ihm der verursachte Erfolg auch zugerechnet werden kann.

(BGH NJW 1998, 294; St 37, 214, 216; 11, 268, 270; Blei AT § 33 I 1 a; Jescheck, § 29 V 6; Maurach/Zipf AT 1 § 23 Rz. 25; kritisch zur h.L. Herzberg, JA 1981, 369 ff. und 470 ff.)

Die Verwechslung der Tatobjekte ist auch dann unbeachtlich, wenn der Täter das Opfer gar nicht gesehen und es daher auch nicht unmittelbar angegriffen hat, sondern durch eine Bombe getötet hat, die in Abwesenheit des Täters detoniert ist, aber das „falsche“ Opfer getötet hat.

b) Die Objekte sind ungleichwertig

Fall: T schießt auf einen Menschen in der irrigen Annahme, dass es sich um eine Vogelscheuche handelt.

Es handelt sich um einen Tatbestandsirrtum, der nach § 16 I 1 den Vorsatz entfallen lässt und bei Vermeidbarkeit gemäß § 16 I 2 zur Fahrlässigkeitsstrafbarkeit führt.

Problem: Wie wirkt sich der error in persona des Handelnden auf andere Tatbeteiligte (Anstifter, mittelbare Täter) aus?

Fall: A stiftet den T zur Tötung des O1 an; aufgrund einer Personenverwechslung in der Dunkelheit tötet T den O2.

1. Nach einer Ansicht (BGH MDR 1991, 169; Geppert Jura 1992, 163; Puppe NSTZ 1991, 124; Welzel S. 117) soll der für den Handelnden unbeachtliche error in persona auch für die anderen Tatbeteiligten unbeachtlich sein.

Dazu führt der BGH in MDR 1991, 169 aus: „Der Irrtum über die Person des Tatopfers ist für den Anstifter unbeachtlich, es sei denn, dass die Verwechslung des Opfers durch den Täter außerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorstellbaren liegt. Der Anstifter wird wie der Täter bestraft, für den der Irrtum bei Gleichwertigkeit der Tatobjekte ebenfalls unbeachtlich ist. Der Anstifter greift das Rechtsgut über den Täter an, so dass sich dessen Objektverwechslung für den Anstifter als Abweichung im Kausalverlauf darstellt, die solange unbeachtlich ist, wie sie noch im Bereich des Vorstellbaren liegt. Die Verwechslung ist aber für den Anstifter insofern vorhersehbar, als der Anstifter das Geschehen aus der Hand gibt.“ („Wenn man nicht alles selber macht...“)

Der Umstand, dass der Anstifter diese Verletzung dieses Rechtsguts nicht wollte, hindert eine Zurechnung des Erfolgs nicht.

Beachten Sie dazu auch den Fall in BGH St 11, 268: Zwei Räuber hatten vor dem Raub vereinbart, auf Verfolger zu schießen. T1 hält T2 für einen Verfolger und schießt auf ihn, verfehlt ihn jedoch knapp. Auch T2 wurde wegen versuchten Mordes in Mittäterschaft verurteilt, obwohl er selbst das Opfer seiner eigenen Tat war, da die Personenverwechslung aufgrund der Gleichwertigkeit der Tatobjekte für T1 unbeachtlich war und T2 sich den Tatbeitrag des T1 über die Regeln der Mittäterschaft als eigenen Beitrag zurechnen lassen musste.

2. Nach anderer Auffassung (Roxin § 12 Rz. 175, JZ 1991, 680; SK-Rudolphi § 16 Rz. 30 m.w.N.) ist die Identitätsvorstellung des mittelbaren Täters oder Mittäters, Anstifter oder Gehilfen entscheidend, da sich deren Plan zumindest dann, wenn sie selbst bei der Tatausführung des Handelnden nicht zugegen sind, nur über die frühere Konkretisierung des Opfers realisieren lässt. Der Plan des A, das Opfer O1 zu töten, scheitert aber, wenn der Haupttäter bzw. der Tatmittler irrtümlich den O2 erschießt.
 - a) Für die **Teilnehmer** bedeutet dies, dass der Anstifter nach § 30 I wegen versuchter Anstiftung (zur Tötung des O1) bestraft wird; der Gehilfe bleibt straflos, da versuchte Beihilfe straflos ist. Eine vollendete Teilnahme am versuchten Mord (bzgl. des O1) scheitert daran, dass die Ausführung der Tat am falschen Objekt (Opfer O2) nicht den Versuch darstellt, die Tat am vorgestellten, aber gar nicht anwesenden Objekt zu begehen (a.A. Puppe NSTZ 1991, 124; Schlehofer GA 1992, 307 ff.).
 - b) **Mittäter** werden nur wegen Verabredung eines Verbrechens nach § 30 II bestraft, wenn sie bei der Tatausführung nicht beteiligt waren.
 - c) Auch für den **mittelbaren Täter** gelten die Regeln der aberratio ictus: Dem Hintermann kann die durch das Werkzeug verwirklichte Tat nicht zugerechnet werden, so dass der Hintermann nur wegen Versuchs in mittelbarer Täterschaft bestraft werden kann.

IV. Die analoge Anwendung des § 16

- 1) Der Hauptanwendungsfall ist der **Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines von der Rechtsordnung anerkannten Rechtfertigungsgrundes**. Wegen der systematischen Nähe zum Verbotsirrtum werde ich diesen Irrtum im Rahmen der Schuld besprechen (unten § 28 III).

- 2) **Irrtum über objektive Merkmale innerhalb des subjektiven Tatbestandes** (z.B. Irrtum über die fehlende Rechtswidrigkeit der Zueignung/ § 242). Hier entfällt die jeweilige Absicht analog § 16 I 1, wenn der Täter sich irrig Umstände vorstellt, bei deren tatsächlichem Vorliegen die Zueignung rechtmäßig wäre, wenn er z.B. irrig einen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf die weggenommene Sache annimmt.
- 3) **Irrtum über die Verwirklichung eines Regelbeispiels:** Da Regelbeispiele den Tatbestandsmerkmalen weitestgehend angenähert sind (BGH St 33, 370), muss sich der Vorsatz des Täters auch auf die Verwirklichung der Umstände beziehen, in denen der Gesetzgeber regelmäßig einen besonders schweren Fall sieht. Ansonsten entfällt analog § 16 I 1 die Annahme eines besonders schweren Falles.

V. Irrtümer jenseits des Tatbestandes / Überblick

Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 16 liegen alle Irrtümer, die entweder die Rechtswidrigkeit oder die Schuld betreffen:

1) Der Verbotsirrtum

Ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Tat ist ein Verbotsirrtum, der nichts daran ändert, dass der Täter den jeweiligen Tatbestand vorsätzlich verwirklicht hat. Auf den Verbotsirrtum werde ich im Rahmen der Schuld ausführlich eingehen.

2) Der Subsumtionsirrtum

Hält der Täter infolge einer fehlerhaften rechtlichen Wertung sein als tatbestandsmäßig erkanntes Verhalten für erlaubt, so liegt ein Subsumtionsirrtum vor, der ebenfalls den Regeln des § 17 folgt.

3) Der Irrtum über gesamtatbewertende Umstände

Der Täter bewertet aufgrund einer fehlerhaften rechtlichen Einstellung sein rechtswidriges Verhalten als rechtmäßig (er hält z.B. sein i.S.d. §§ 240 II, 253 II verwerfliches Verhalten für rechtmäßig). Dieser Irrtum ist irrelevant, da dem Täter seine fehlerhafte rechtliche Einstellung nicht zugute kommen soll. Nimmt er hingegen irrig Umstände an, bei deren tatsächlichem Vorliegen sein Verhalten nicht verwerflich wäre, so wird er in analoger Anwendung des § 16 I 1 nicht bestraft (s.o.).

4) Der Irrtum über Elemente der Schuld

Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, deren Vorliegen ihn nach § 35 I entschuldigen würde, so wird er gemäß § 35 II nur bestraft, wenn er diesen Irrtum vermeiden konnte. Selbst dann ist die Strafe gemäß § 49 I zu mildern.

5) Der Irrtum über objektiv gefasste Schuldmerkmale,

Z.B. über das ernstliche Verlangen des Opfers, getötet zu werden (§ 216). Hier müssen wir unterscheiden:

- Nimmt der Täter derartige Umstände irrig an, so wird er gemäß § 16 II nur nach dem milderen Delikt bestraft.
- Verkennt er irrig deren Vorliegen, so kann er sich gemäß § 16 II e contrario nachträglich nicht auf deren objektives Vorliegen berufen.

6) Der Irrtum über Schuldmerkmale, die den Gesinnungsunwert des Täterverhaltens kennzeichnen (z.B.: „habgierig“ / § 211):

Hier ist ausreichend, dass der Täter aus Beweggründen handelt, die objektiv von der Rechtsordnung als besonders verwerflich eingestuft werden. Der Täter selbst muss diese Bewertung als besonders niedrig nicht nachvollzogen haben; ansonsten kämen ihm seine laxen Moralvorstellungen zugute.

7) Der Irrtum über das Vorliegen von objektiven Bedingungen der Strafbarkeit

Dieser Irrtum ist irrelevant, da diese Bedingung nur objektiv vorliegen muss, ohne notwendigerweise vom Tätervorsatz umfasst zu sein.

Beispiel: Der an einer Schlägerei Beteiligte wusste nicht, dass eine schwere Folge i.S.d. § 231 I eintreten würde.

☞ Beachten Sie aber die Sonderregel des § 113 III 2 für die irrige Annahme einer derartigen Bedingung!

8) Der Irrtum über das Vorliegen von Prozessvoraussetzungen

Der Irrtum über die strafrechtliche Verfolgbarkeit der Tat ist irrelevant.

Beispiel: Der Täter hält eine schwere Körperverletzung irrig für ein Antragsdelikt.

3. Teil: Die Rechtswidrigkeit

Vorbemerkung

I. Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit

Der Tatbestand eines Strafgesetzes stellt anhand von objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen ein sozialschädliches Verhalten unter Strafe. Obwohl diese Strafnormen ihrem Wortlaut keine Ausnahme zulassen, können sie nicht isoliert von den Wertvorstellungen gesehen werden, unter denen sie entstanden sind. Auch gelten sie nicht absolut ohne Berücksichtigung des Einzelfalls, da sie nur den Normalfall regeln, den der Gesetzgeber vor Augen hatte: Im Normalfall des täglichen Lebens handelt derjenige rechtswidrig, der die Tatbestandsmerkmale eines Strafgesetzes verwirklicht. Wer einen anderen körperlich misshandelt oder dessen Gesundheit beschädigt, darf das normalerweise nicht.

Es gibt aber Ausnahmesituationen, in denen das geschützte Rechtsgut den Schutz des Tatbestandes nicht verdient: Entweder hat der dispositionsbefugte Inhaber in Kenntnis der Tragweite seiner Entscheidung auf den Schutz des Rechtsguts verzichtet (z.B. der Patient hat vor seiner Schönheitsoperation eine rechtfertigende Einwilligung in die Körperverletzung erteilt, die mit der Operation notwendigerweise verbunden ist) oder das geschützte Rechtsgut wird durch im Einzelfall höherwertige Interessen verdrängt (z.B. die Körperverletzung ist durch Notwehr gemäß § 32 gerechtfertigt).

Das Strafrecht enthält also geschriebene (z.B. §§ 32, 34, 193, 218 a II, III) oder ungeschriebene (z.B. Einwilligung, rechtfertigende Pflichtenkollision) Erlaubnisnormen, die es dem Täter in Ausnahmefällen gestatten, den Tatbestand eines Strafgesetzes zu verwirklichen. Allerdings gilt hier das Prinzip von Regel und Ausnahme, da „der Achtungsanspruch des Normbefehls“ der Normalfall ist. Daher indiziert die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit, wenn die Indizwirkung des Tatbestandes nicht durch einen Rechtfertigungsgrund aufgehoben wird (= Rechtmäßigkeit trotz Tatbestandserfüllung).

II. Die Systematik der Rechtfertigungsgründe

- 1) Nach den monistischen Theorien beruhen Rechtfertigungsgründe nur auf einem Grundprinzip (z.B. Zwecktheorie: Die Tat ist nicht rechtswidrig, wenn sie das angemessene Mittel zur Verfolgung eines rechtlich anerkannten Zwecks ist; „Mehr Schaden als Nutzen“-Prinzip; Regulierung von kollidierenden Interessen). Nach den pluralistischen Theorien gibt es mehrere Prinzipien, z.B. das Prinzip des überwiegenden Interesses (§§ 32, 34, 193, 218 a StGB; 228, 904 BGB) oder das Prinzip des weichenden Interesses (mutmaßliche oder ausdrücklich erteilte Einwilligung).
- 2) Aufgrund der „Einheit der Rechtsordnung“ können Rechtfertigungsgründe aus allen Rechtsgebieten stammen; hinzu kommen ungeschriebene Rechtfertigungsgründe wie die Einwilligung oder die rechtfertigende Pflichtenkollision. Die Bandbreite reicht von den strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen des StGB (§§ 32, 34, 193, 218 a) über die strafprozessualen (z.B. die §§ 81 a, 94, 98, 100a, 102, 112, 127 StPO), die zivilrechtlichen (§§ 227- 229, 561, 859, 904 BGB), die zivilprozessualen Rechtfertigungsgründe innerhalb der Zwangsvollstreckung (z.B. §§ 883, 888, 901, 909 ZPO) bis zu „exotischen“ Rechtfertigungsgründen wie dem Widerstandsrecht nach Art. 20 IV GG, der Zwangseinweisung von Geschlechtskranken nach § 18 II GeschlKrG oder dem Recht des Strandvogts (!), gemäß § 9 II Strandungsordnung zur Rettung von Menschenleben fremde Fahrzeuge in Anspruch zu nehmen...

III. Die Wirkung von Rechtfertigungsgründen

- 1) Ist das Verhalten des Täters durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt, so bleibt es zwar tatbestandsmäßig, ist aber nicht rechtswidrig. Dabei können die verschiedenen Rechtfertigungsgründe unterschiedliche Konsequenzen nach sich ziehen:
 - a) Einige Rechtfertigungsgründe (z.B. §§ 32 StGB, 228, 904 BGB) gewähren ein **Eingriffsrecht**, so dass das betroffene Rechtsgut nicht mehr geschützt ist. Kehrseite des Eingriffsrechts ist eine **Duldungspflicht** des Betroffenen, so dass Notwehr gegen ein rechtmäßiges Verhalten nicht zulässig ist.
Beispiel: Schlägt der Verteidiger den Angreifer nieder, so ist der Eingriff in dessen körperliche Unversehrtheit gerechtfertigt.
 - b) Andere Rechtfertigungsgründe gewähren kein Eingriffsrecht, sondern nur eine **Handlungsbefugnis**. Gerechtfertigt ist nur die Vornahme einer als gefährlich anerkannten *Handlung*, selbst auf die Gefahr hin, dass Unbeteiligte verletzt oder gefährdet werden.
Beispiel: Der betrunkene Beifahrer fährt den schwerverletzten Fahrer nach einem Verkehrsunfall ins Krankenhaus, weil andere Hilfe nicht erreichbar ist: Verletzt oder gefährdet er unterwegs andere Verkehrsteilnehmer, so ist deren Verletzung nicht gerechtfertigt (kein Eingriffsrecht), aber die Fahrt an sich ist gemäß § 34 gerechtfertigt, so dass der Täter nicht rechtswidrig handelt.
- 2) Eine **Teilnahme** gemäß den §§ 26, 27 an der gerechtfertigten Tat des Haupttäters ist nicht möglich, da eine Teilnahme stets eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige (!) Haupttat voraussetzt. Nur auf die Schuld des Haupttäters kann verzichtet werden (= limitierte Akzessorietät).
- 3) Es kommt aber eine **mittelbare Täterschaft** in Betracht, wenn der Hintermann einen Irrtum des Handelnden ausnutzt und der Rechtfertigungsgrund trotz eines Irrtums des unmittelbar Handelnden dessen Verhalten gestattet.
Beispiel: Der Hintermann H lässt einen Unschuldigen durch den Polizeibeamten P festnehmen, der in seiner Person durch die §§ 127 II, 112 StPO bereits dann gerechtfertigt ist, wenn nur die Voraussetzungen eines Haftbefehls vorliegen.
- 4) Durch die **Rechtmäßigkeit des Verhaltens** unterscheiden sich Rechtfertigungsgründe von allen anderen Faktoren, die eine Bestrafung des Täters ausschließen:
 - a) **Entschuldigungsgründe** lassen die Rechtswidrigkeit der Tat unberührt, so dass gegen das Verhalten des Täters grundsätzlich Notwehr zulässig ist. Es entfällt aufgrund der Ausnahmesituation des Handelnden (§§ 33, 35) nur die persönliche Vorwerfbarkeit und damit die Schuld.
 - b) **Persönliche Strafausschließungsgründe** wie die §§ 36, 37, 257 III, 258 V, VI nehmen aufgrund der besonderen Situation nur bestimmte Personen von einer Bestrafung aus; deren Verhalten bleibt aber tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft.
 - c) **Persönliche Strafaufhebungsgründe** wie die §§ 24, 31, 158, 306 e lassen nur einen bereits entstandenen Schuldvorwurf nachträglich entfallen; sie ändern also nichts daran, dass sich der Täter zunächst einmal tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft verhalten hat.
 - d) **Prozessvoraussetzungen** betreffen nicht die materielle Strafbarkeit des Verhaltens, sondern nur die Durchsetzbarkeit des staatlichen Strafanspruchs. Der fehlende Strafantrag des Verletzten oder die eingetretene Verjährung ändern also nichts an der Strafbarkeit.

IV. Das subjektive Rechtfertigungselement: Der Rettungswille

Fall: Der Frauenarzt Dr. Brause nimmt bei der Schwangeren S einen Schwangerschaftsabbruch vor, ohne zu wissen, dass dieser Abbruch aufgrund einer Indikation gerechtfertigt ist.

- 1) Nach einer Ansicht (Spendel, DRiZ 1978, 329 m.w.N.) ist der Täter bereits dann gerechtfertigt, wenn die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes vorliegen, er also in einer Rechtfertigungslage eine geeignete, erforderliche und gebotene Rettungshandlung vornimmt.
- 2) Nach der ganz h.M. (z.B. BGH St 2, 111, 114; 3, 194, 198; Jescheck S. 349; detailliert: Frisch in FS für Lackner S. 116 ff.) genügt es für eine Rechtfertigung des Täters nicht, dass nur die objektiven Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes vorliegen; hinzukommen muss das Bewusstsein des Täters, sich in einer Rechtfertigungslage zu befinden und daher das Gefühl, etwas Rechtmäßiges zu tun. Wie bereits die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs zeigt, kann ein Täterverhalten nicht straflos bleiben, bei dem der Täter einen Deliktvorsatz gefasst hat und zu einer Handlung angesetzt hat, die bei zutreffender Tätervorstellung eine vollendete Straftat wäre. Auf der anderen Seite muss der Rechtfertigungswille nicht das einzige Motiv des Täters sein; konkurrierende Motive wie Hass oder Wut („dir werd ich´s zeigen“) schließen den Rechtfertigungswillen nicht aus (BGH NSTZ 1983, 117).

Sehr umstritten ist jedoch innerhalb der h.M. die Rechtsfolge, wenn der Täter in Unkenntnis eines Rechtfertigungsgrundes handelt:

- a) Nach einer Auffassung (BGH NSTZ 2000, 365, NSTZ 1996, 29; St 2, 111, 114; LK-Hirsch Rz. 59 vor § 32) wird der Täter wegen **vollendeter Tat** bestraft, da der Tatbestandserfolg eingetreten ist.
- b) Nach anderer Ansicht (Herzberg GA 1986, 191 ff., Rudolphi in FS für Maurach 1972, 58) liegt ein **untauglicher Versuch** vor, so dass der Täter nur wegen Versuchs bestraft werden kann und das natürlich auch nur dann, wenn der Versuch strafbar ist.
- c) **Stellungnahme:** Die 2. Ansicht verdient den Vorzug, da sich das Unrecht eines Erfolgsdelikts zum einen aus dem Handlungsunwert des Täterverhaltens, zum anderen aber auch aus dem *Erfolgsunwert* ergibt: Nicht der *Tatbestandserfolg*, sondern der *Unrechtserfolg* begründet das Erfolgsunrecht (Lenckner, Der rechtfertigende Notstand S. 195 ff.). Da aber bei Vorliegen einer Rechtfertigungslage der Erfolgseintritt von der Rechtsordnung nicht als Unrecht bewertet wird, lautet der Vorwurf nicht, einen rechtlich missbilligten Erfolg herbeigeführt zu haben, sondern in Unkenntnis des „So-handeln-dürfens“ sich gegen die Rechtsordnung aufgelehnt zu haben.

Diese Situation ist auch von ihrer Struktur her dem Versuch vergleichbar: Ob der Erfolg ausbleibt oder zwar eintritt, aber nicht als Unrecht bewertet wird, kann keinen Unterschied machen. Der Täter wird also nur wegen Versuchs bestraft, da das Handlungsunrecht nach der *personalen Unrechtslehre* wesentlich durch die Willensrichtung des Täters bestimmt wird. Zum gleichen Ergebnis kommen auch Jescheck (a.a.O.) und Lenckner (Schönke/Schröder/Lenckner Rz. 15 vor § 32), die die Regeln des Versuchs nur analog anwenden wollen.

Problem 1: Der Täter hält das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes für möglich, aber nicht sicher

Fall: V geht abends allein im Wald spazieren, als er hinter sich Schritte hört. Er geht schneller, doch auch der Hintermann erhöht das Tempo. Als er sich umdreht, kommt dieser rasch auf ihn zu; V hält das für einen möglichen Raubüberfall und gibt einen Schuss aus einer mitgeführten Gaspistole ab. Nachträglich stellt sich heraus, dass das Opfer ein harmloser Spaziergänger war, der ihn nur um Feuer bitten wollte.

In dieser Situation hält der Täter einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff zwar für denkbar, rechnet aber auch mit der Möglichkeit, einen gänzlich Unschuldigen zu verletzen. Hier muss der „Verteidiger“ der vermeintlichen Gefahr tunlichst ausweichen oder, falls ihm das noch möglich ist, sich größere Gewissheit verschaffen, darf sich also nicht auf „gut Glück“ verteidigen. Würde aber weiteres Abwarten die spätere Verteidigungschance auf ein Minimum reduzieren, darf V gemäß § 34 auf die Gefahr hin handeln, dass es sich um einen Unschuldigen handelt. Hier gewährt § 34 zwar keine *Eingriffsbefugnis*, aber eine *Handlungsbefugnis*.

Beachte: Eine Berufung auf § 34 scheitert aber, wenn die Abwehr für das Opfer lebensgefährlich ist, weil dann das Leben des Verteidigers gegen das Leben des unschuldig Betroffenen steht, so dass die im Rahmen des § 34 erforderliche Güterabwägung nicht mehr zugunsten des Verteidigers ausfällt. Hier kommt nur die Annahme eines Entschuldigungsgrundes nach § 35 in Frage, wenn dem Verteidiger in einer subjektiven Extremsituation weiteres Abwarten nicht mehr zuzumuten war.

Problem 2: Ist eine gewissenhafte Prüfung der Rechtfertigungslage erforderlich?

Eine gewissenhafte Prüfung, ob die Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes vorliegen, wird heute vom Täter grundsätzlich nicht mehr verlangt; das Erfordernis des subjektiven Rechtfertigungselementes ist bereits dann erfüllt, wenn die Rechtfertigungslage vorliegt und der Täter dies weiß.

Eine gewissenhafte Prüfung ist nur dort erforderlich, wo eine an sich objektiv unrichtige Handlung nur wegen der *Ziele* gerechtfertigt ist, die der Täter verfolgt. So kann sich der Täter im Rahmen der Beleidigung nur dann auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen gemäß § 193 berufen, wenn er die von ihm aufgestellten ehrkränkenden Behauptungen auf ihren Wahrheitsgehalt hin sorgfältig überprüft hat (BGH St 14, 48, 51; vgl. dazu meinen StGB BT 1 § 20 II).

V. Der Begriff der Rechtswidrigkeit innerhalb des Tatbestandes

Verschiedentlich verwendet der Gesetzgeber bereits im Tatbestand Begriffe wie „widerrechtlich, rechtswidrig“, um das Täterverhalten zu charakterisieren. Ob es sich dabei um echte Tatbestandsmerkmale oder um an sich überflüssige allgemeine Verbrechensmerkmale handelt, hängt davon ab, wie diese Begriffe verwendet werden:

- 1) Sollen diese Begriffe nur einzelne Tatbestandsmerkmale beschreiben (z.B. §§ 242, 249: Absicht, sich oder einem Dritten die Sache „rechtswidrig“ zuzueignen; §§ 253, 263: Absicht, sich oder einem Dritten einen „rechtswidrigen“ Vermögensvorteil zu verschaffen), so handelt es sich um subjektive Tatbestandsmerkmale, die auch vom Tätervorsatz umfasst sein müssen, der ansonsten nach § 16 I 1 entfällt.
- 2) Soll durch diese Merkmale das gesamte Täterverhalten als Unrecht charakterisiert werden (z.B. § 123: „widerrechtlich“ eindringen; §§ 202, 203: „unbefugte“ Verletzung von Brief- oder Privatheimnissen; § 303: „rechtswidrig“ eine Sache beschädigen), so handelt es sich um ein allgemeines Verbrechensmerkmal, das kein Tatbestandsmerkmal ist und daher auch vom Vorsatz nicht umfasst sein muss. Man kann diese Merkmale nur als allgemeinen Hinweis darauf verstehen, an dieser Stelle besonders auf Rechtfertigungsgründe zu achten; ansonsten beruhen sie auf „mangelnder Sprachdisziplin des Gesetzgebers“ (Haft).
- 3) Ferner kann sich der Begriff „rechtswidrig“ auch auf die Bewertung der Gesamttat beziehen, wenn die Frage der Rechtswidrigkeit durch eine gesonderte Bewertung noch geklärt werden muss, weil der Tatbestand die Rechtswidrigkeit nicht indiziert (§§ 240 II, 253 II).

§ 16 Die Notwehr

Vorbemerkung

Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nach § 32 I nicht rechtswidrig. Dabei definiert § 32 II Notwehr als die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich selbst oder einem anderen abzuwehren.

Der Rechtfertigungsgrund der Notwehr beruht auf 2 grundlegenden Prinzipien: Individualschutz und Rechtsbewährung.

1) Individualschutz

Schon seit der Antike ist das „Urrecht“ des Menschen anerkannt, sich gegen einen rechtswidrigen Angriff zur Wehr zu setzen. Aus dem Umstand, dass der Verteidiger ein Individualrechtsgut verteidigt, resultieren die folgenden Konsequenzen:

a) Rechtsgüter, die ausschließlich der Allgemeinheit zustehen, dürfen durch den einzelnen nicht unter Hinweis auf § 32 verteidigt werden, der ansonsten als „Hilfssheriff“ das staatliche Gewaltmonopol außer Kraft setzen würde. Im Wege der *Staatsnothilfe* dürfen also unter Berufung auf § 32 nur Individualrechtsgüter des Staates wie z.B. staatliches Eigentum verteidigt werden. Bei Angriffen auf den Staat als Hoheitsträger kommt nur eine Rechtfertigung des einzelnen nach § 34 in Betracht, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen war und überragende Interessen auf dem Spiel standen.

Lehrbuchbeispiel: V hindert den Spion S, der im Besitz streng geheimer Staatsgeheimnisse ist, gewaltsam daran, das Land zu verlassen.

b) Nothilfe zugunsten Dritter ist nur zulässig, wenn und soweit sich der Dritte überhaupt gegen den Angriff verteidigen will (BGH St 5, 248).

c) Aufgrund des Individualschutzes findet im Rahmen der Notwehr grundsätzlich keine Güterabwägung statt, so dass das Wertverhältnis der kollidierenden Rechtsgüter keine Rolle spielt.

d) Gegen einen untauglichen und daher ungefährlichen Versuch ist Notwehr nur unter Einschränkungen zulässig: Wer weiß, dass die auf ihn gerichtete Waffe nicht geladen ist, darf den Angreifer nicht niederschießen.

2) Rechtsbewährung

Notwehr ist die stellvertretende Wahrnehmung der eigentlich dem Staat zustehenden Aufgabe der Verteidigung der Rechtsordnung und entfaltet daher auch generalpräventive Wirkung: Jeder durch Notwehr abgewehrte Angriff stabilisiert die Rechtsordnung; dadurch wird der einzelne zu einem Teil der Verbrechensbekämpfung (Kunz ZStW 95, 973 ff.).

a) Daher ist dem Verteidiger eine Flucht auch dort nicht zumuten, wo sie an sich möglich wäre.

b) Auch das Wertverhältnis der kollidierenden Rechtsgüter ist grundsätzlich irrelevant, da der Verteidiger nicht nur sich selbst (s.o.), sondern zugleich auch die Rechtsordnung vor dem Angreifer verteidigt.

Beide Grundsätze werden aber in Ausnahmefällen durchbrochen, wenn die Notwehr aus sozial-ethischen Gründen eingeschränkt wird (z.B. bei krassem Missverhältnis oder dem Angriff von Kindern).

Die Struktur der Notwehr

Die Notwehr wird - wie jeder andere Rechtfertigungsgrund auch - in der Klausur auf 3 Stufen geprüft:

- I. Die **Rechtfertigungslage**: gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff
- II. Die **Verteidigungshandlung**: geeignet - erforderlich - geboten
- III. Der **Verteidigungswille** als subjektives Rechtfertigungselement (s.o.)

I. Die Notwehrlage

Die Notwehrlage setzt einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf den Verteidiger oder einen Dritten voraus.

1) Der Angriff

Angriff ist jede von einem Menschen ausgehende Gefährdung oder Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses (Schönke/Schröder/Lenckner/Perron § 32 Rz. 3). Daraus folgt:

- a) Wie bereits die Formulierung „rechtswidriger“ Angriff zeigt, muss es sich um ein menschliches Verhalten handeln, da ein Tier nicht rechtswidrig handeln kann. Gegen Tierangriffe ist daher keine Notwehr nach § 32 StGB, sondern nur nach § 228 BGB zulässig, es sei denn, dass das Tier von einem Menschen gehetzt und daher als menschliches Werkzeug benutzt wird.
- b) Kein Angriff liegt vor bei Verhaltensformen, denen aufgrund von sinnloser Trunkenheit oder durch Ohnmacht oder Epilepsie jegliche Handlungsqualität fehlt: Hier fehlt es an der erforderlichen Rechtsbewahrung, so dass der Täter ausweichen muss, wenn ihm dies möglich ist. Ansonsten kann sich der Verteidiger nur auf Notstand gemäß § 34 berufen, der aber stets eine Güterabwägung erfordert (Kühl, Jura 1993, 57, 59).
- c) Andererseits setzt ein Angriff kein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten des Angreifers voraus, so dass man sich - wenn auch unter möglichster Schonung des Angreifers - gegen schuldlos Handelnde verteidigen darf.
- d) Notwehrfähig sind einerseits nur Individualrechtsgüter wie Leben, körperliche Unversehrtheit, Ehre, Eigentum, Vermögen. Andererseits muss der Angriff keinen Straftatbestand verwirklichen, so dass auch die Intimsphäre (Schönke/Schröder/Lenckner/Perron § 32 Rz. 5 a) oder das Recht am eigenen Bild (OLG Düsseldorf, NJW 1994, 1971; OLG Karlsruhe NStZ 1982, 123) geschützt sind. Notwehrfähig ist auch das werdende Leben, so dass unter Berufung auf § 32 ein nicht indizierter Schwangerschaftsabbruch auch gegen den Willen der Schwangeren verhindert werden darf, da das werdende Leben bereits durch die Verfassung in Art. 2 II 1 GG geschützt ist (Roxin § 15 Rz. 32; kritisch dazu Salzger JuS 1997, 800). Relative Rechte wie z.B. Forderungen sind aber nicht notwehrfähig, da das Gesetz eine Selbsthilfe des Gläubigers nur in den engen Grenzen des § 229 BGB zulässt.
- e) Ein Angriff kann auch in einem Unterlassen bestehen, wobei die Notwehr entweder darin bestehen kann, die unterlassene Handlung selbst vorzunehmen oder den Unterlassungstäter zur Vornahme der geforderten Handlung zu zwingen.

2) Der Angriff muss rechtswidrig sein.

Der Angriff als drohende Rechtsverletzung muss zwar nicht tatbestandsmäßig i.S.d. Verwirklichung eines Strafgesetzes, aber doch widerrechtlich sein, also einen Handlungs- und einen Erfolgsunwert haben. Der Angriff ist also nicht rechtswidrig, wenn er durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt ist. So ist Notwehr gegen Notwehr nicht zulässig. Auch bei einer einverständlichen Prügelei, bei der jeder in seine eigene Verletzung rechtfertigend eingewilligt hat, kann sich keiner der Beteiligten auf Notwehr berufen, es sei denn, dass einer der Beteiligten plötzlich „entgegen der Vereinbarung“ ein Messer zieht (BGH NStZ 1990, 435).

3) Der Angriff muss gegenwärtig sein.

Notwehr dient nicht der generellen Verhinderung von Straftaten, sondern dem aktuellen Rechtsgüterschutz und setzt daher einen gegenwärtigen Angriff voraus. Nach einer gängigen Definition ist der Angriff gegenwärtig, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert (so BGH NJW 2015, 3109; 2003, 1955; BGH St 27, 336, 339). Dabei ist die Notwehr nicht darauf beschränkt, die Verwirklichung des Tatbestandes zu verhindern: Der Angriff ist trotz Vollendung des Tatbestandes noch gegenwärtig, solange die Gefahr für das bedrohte Rechtsgut noch abgewendet werden kann.

Beispiel: Nur im Falle des endgültigen Verlusts handelt es sich bei einem Angriff auf Eigentum und Besitz nicht mehr um die Erhaltung der Sachherrschaft, sondern um deren Wiedererlangung. Wendet der Täter zum Zwecke der Wiedererlangung Gewalt an, ist diese Gewalt von § 32 nicht mehr gedeckt (BGH NJW 2003, 1955; dazu die Klausur: „Angriff ist die beste Verteidigung“).

a) Für die Gegenwartigkeit entscheidet der Zeitpunkt der durch den bevorstehenden Angriff geschaffenen bedrohlichen Lage, so dass der Verteidiger eine Rechtsverletzung natürlich nicht abwarten muss. Die Angriffshandlung braucht das Versuchsstadium noch nicht erreicht zu haben; **entscheidend ist vielmehr, ob weiteres Abwarten die Verteidigungschancen reduzieren würde** (SK-Samson § 32 Rz. 10), denn darauf braucht sich der Verteidiger zugunsten des Angreifers nicht einzulassen. Dies ist stets eine Frage des Einzelfalls und hängt von der Art und Weise des bevorstehenden Angriffs sowie von den Waffen ab, die sowohl dem Angreifer als auch dem Verteidiger zur Verfügung stehen.

Beispiel: Trägt der Angreifer eine Schusswaffe, so darf der Verteidiger bereits seinerseits schießen, wenn der Angreifer nach der Waffe greift, nicht erst, wenn der Angreifer auf den Verteidiger zielt.

Problem: Die Präventivnotwehr

Da für die Gegenwartigkeit des Angriffs der reine Wille zur Rechtsverletzung nicht genügt, sondern er erst noch betätigt werden muss (BayObLG StV 1987, 203), kann das Opfer in eine missliche Lage geraten, wenn es von einem bevorstehenden Angriff erfährt.

Beispiel: Der Wirt erfährt um 22.00 Uhr, dass ihn 3 seiner Gäste nach Geschäftsschluss gegen ca. 1.00 Uhr überfallen wollen und schüttet ihnen K.O.-Tropfen ins Bier.

Dies ist sicher wirksamer, als auf einen plötzlichen Überfall zu warten, doch würde so aus der Notwehr ein Präventivmittel, das das Gewaltmonopol des Staates gefährden würde. „Nur die aktuelle Kampfsituation kann dem Privatmann derart einschneidende Befugnisse gewähren“ (Roxin § 15 Rz. 22). Eine **analoge Anwendung des § 32**, wie sie von einer Ansicht befürwortet wird (= Präventivnotwehr, vgl. SK-Samson § 32 Rz. 10 m.w.N; teilweise auch BGH NJW 1982, 277), wird von der h.M. abgelehnt, doch kommt eine Berufung auf **rechtfertigenden Notstand gemäß § 34** in Betracht, wenn das Opfer trotz Kenntnis der Gefahr obrigkeitliche Hilfe nicht herbeirufen und dem Angriff auch nicht anders ausweichen kann (BGH St 39, 137; Roxin NStZ 1993, 335 mwN). Es liegt zwar kein gegenwärtiger Angriff i.S.d. § 32, aber eine gegenwärtige Gefahr i.S.d. § 34 vor; auch überwiegt das Interesse des Gastwirts, den Raub zu verhindern, die körperliche Unversehrtheit seiner „Gäste“. Dennoch muss die Präventivnotwehr eine Ausnahme bleiben und rechtfertigt nur

geringfügige Eingriffe, so dass die Tötung oder schwere Verletzung des potentiellen Angreifers nicht über § 34 gerechtfertigt werden kann (BGH St 39, 133, 137; näher Roxin in FS für Jescheck 1985, S. 478 ff.; Hirsch, JR 1980, 115, 116).

Zur Klausurdarstellung der diversen Meinungen bzgl. der Präventivnotwehr lesen Sie bitte die sehr ausführliche Klausur: „Der Spanner“

- b) Der Angriff ist auch bis zur Beendigung der Tat noch gegenwärtig, so dass eine Berufung auf Notwehr erst dann nicht mehr zulässig ist, wenn eine sofortige Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes nicht mehr möglich ist:
- Das ist bei *Dauerdelikten* selbstverständlich; das bereits seiner Freiheit beraubte Opfer darf die Tür eintreten (Kühl, § 45 Rz. 7; Maurach/Zipf § 26 Rz. 25).
 - Auch bei *Zustandsdelikten* ändert aber die formelle Vollendung der Tat nichts an der Gegenwartigkeit des Angriffs. Flieht der Dieb mit der Beute, so ist der Diebstahl zwar mit dem Einstecken der Beute vollendet, doch kann die rechtmäßige Lage sofort wiederhergestellt werden (BGH NJW 2003, 955). Trifft der Eigentümer den Dieb jedoch 2 Wochen später mit der Beute, so ist Notwehr mangels Gegenwartigkeit nicht zulässig; es kommt nur eine Selbsthilfe in den engen Grenzen des § 229 BGB in Betracht (dazu unten § 19).
- c) Fallen Vollendung und Beendigung zusammen, so ist der Angriff nicht mehr gegenwärtig: Wer eine einmalige Ohrfeige mit einer Körperverletzung beantwortet, verteidigt sich nicht, sondern übt Rache und ist nicht durch Notwehr gerechtfertigt (BayObLG NStZ 1991, 433, 434; Mitsch, JuS 1992, 289, 291). Notwehr ist keine Strafe; das Gericht kann jedoch nach seinem Ermessen gemäß § 233 von Strafe absehen oder die Strafe über § 49 II mildern.

II. Die Verteidigungshandlung

Sie muss geeignet, erforderlich und geboten sein.

1) Die Geeignetheit

- a) Die Verteidigung ist ein geeignetes Mittel, wenn eine Abwehr des Angriffs, und sei es auch nur in Form einer Abschwächung, nicht von vornherein aussichtslos erscheint. An der Geeignetheit fehlt es daher nur dann, wenn Rechtsgüter des Angreifers verletzt werden, die in keinem Zusammenhang mit dessen Angriff stehen und erkennbar ist, dass sich der Angreifer durch die Verletzung dieses Rechtsguts nicht von seinem Angriff abhalten lässt.
- b) Die Abwehrtauglichkeit ist ex ante zu bestimmen. Daher schließt das Scheitern einer Abwehrmaßnahme die Verteidigungsqualität nicht aus. Auch ein Versuch kann durch Notwehr gerechtfertigt sein (LG München, JZ 1988, 565 mit Anm. Schröder). Dies gilt selbst dann, wenn es dem Verteidiger nicht gelingt, den Angriff erfolgreich abzuwehren (Baumann/Weber/Mitsch § 17 Rz. 18). **Beispiel:** Der Dieb kann mit der Beute fliehen, obwohl er von einem Schuss des bestohlenen Eigentümers ins Bein getroffen wurde.
- c) Eine Handlung ist aber nur dann eine Verteidigung, wenn sie den Angreifer verletzt (BGH St 39, 374, 380; MDR 1994, 183; Schönke/Schröder/Lenckner § 32 Rz. 31; Jakobs, 12/28). Die Verletzung außenstehender Dritter kann nicht auf § 32, sondern nur auf § 34 gestützt werden (BGH JZ 1994, 312 mit Anm. Spengel, NStZ 1994, 279).

Benutzt der Angreifer eine Geisel als Schutzschild, so kann die Verletzung des Angreifers durch § 32 II (Nothilfe), die Verletzung der Geisel durch § 34, Einwilligung oder mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt sein (vgl. dazu die Klausur „Help“).

Gleiches gilt, wenn der Verteidiger nicht nur Rechtsgüter des Angreifers, sondern auch überindividuelle Rechtsgüter wie z.B. die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigt (Kühl, Jura 1993, 118, 119; Joerden, GA 1993, 145, 255).

Beispiel: Die riskante Verfolgung eines Bankräubers kann nur soweit auf § 32 gestützt werden, wie es um die Verletzung des verfolgten Räubers geht. Die Gefährdung des Straßenverkehrs gemäß § 315 c kann nur nach § 34 gerechtfertigt werden (LK/Spendel § 32 Rz. 208).

2) Die Erforderlichkeit

- a) **Erforderlich ist jede geeignete Verteidigungshandlung, die einerseits nicht mit dem unmittelbaren Risiko einer eigenen Verletzung des Verteidigers verbunden ist. Der Verteidiger darf das Mittel wählen, das den Angriff ohne eigenes Risiko sofort beendet** (BGH NJW 2016, 423; 2015, 3109; NStZ 1996, 29 m.w.N.). Er muss also nicht das Risiko eingehen, zunächst ein milderes Mittel einzusetzen und anschließend das geeignetere Mittel dann nicht mehr benutzen zu können. Auf einen Kampf mit ungewissem Ausgang braucht sich der Verteidiger nicht einzulassen. (BGH NJW 2003, 1955; dazu die Klausur: „Angriff ist die beste Verteidigung“).

Beispiel: Auch gegen einen unbewaffneten Angreifer darf man sich mit einer Schusswaffe wehren, da man sich nicht auf das Risiko einer „Schlägerei“ einlassen muss.

- b) **Andererseits muss der Verteidiger aber unter mehreren gleich geeigneten die aus Sicht des Angreifers relativ mildeste Abwehrhandlung wählen, die den Angreifer möglichst schont.** Notwehr ist Abwehr des Angriffs, keine Bestrafung des Angreifers (BGH NStZ 2001, 591, 592).

Beispiel: Wer den Angreifer durch einen Faustschlag sicher abwehren kann, darf nicht gleich auf ihn schießen.

-Klausurtyp:

Die Frage nach dem mildesten Mittel stellt sich also erst, wenn es mindestens zwei Verteidigungsarten gibt, die den Angriff mit Sicherheit beenden würden, da der Verteidiger zur Schonung des Angreifers kein eigenes Risiko eingehen muss.

Beispiel: Ist nicht sicher, ob der Verteidiger Zeit hat, einen 2. Schuss abzugeben, so darf er bereits mit dem 1. Schuss gezielt schießen. Ist nicht sicher, ob er die Beine des Angreifers trifft, darf er auf den Oberkörper zielen, auch wenn dadurch der Angreifer möglicherweise getötet wird.

- c) **Dabei bestimmt sich die Erforderlichkeit der Verteidigung stets nach dem Einzelfall anhand des Leitbilds eines besonnenen Dritten ex ante:** Kriterien sind die Intensität des Angriffs, die Gefährlichkeit des Angreifers und dessen Vorgehensweise sowie die dem Angreifer und dem Verteidiger zur Verfügung stehenden Waffen (BGH NJW 2016, 423).

Beispiel: Nähert sich der Angreifer dem Opfer aus 10 m Entfernung mit einem Messer, so muss das bewaffnete Opfer zunächst mit der Schusswaffe drohen und einen Warnschuss abgeben. Zieht der Angreifer jedoch eine Schusswaffe, darf der Verteidiger sofort gezielt schießen.

War die ex-ante-Prognose des Verteidigers korrekt, so entfällt die Erforderlichkeit der Verteidigung auch nicht durch die nachträgliche Feststellung, dass eine andere Verteidigungshandlung geringeren Schaden angerichtet hätte. Eine Prognose enthält immer das Risiko einer Fehleinschätzung; mehr als ein Wahrscheinlichkeitsurteil lässt sich durch eine Prognose nicht erreichen (BayObLG NStZ 1988, 408, 409; Rudolphi, FS für Schröder, 1978, 73, 83).

(Denken Sie an die Schluss-Szene aus Jean-Pierre Melvilles „Der eiskalte Engel“: Alain Delon bedroht eine Barsängerin mit einer ungeladenen Waffe und wird vom Kommissar erschossen.)

- d) **Wenn die Situation es zulässt, kann der Verteidiger verpflichtet sein, verschiedene Abwehrvarianten sukzessiv auszuprobieren.** Insbesondere darf der Täter von einer Schusswaffe erst dann Gebrauch machen, nachdem er ihren Einsatz zuvor angekündigt hat („keinen Schritt weiter oder ich schieße“) und einen Warnschuss abgegeben hat; gleiches gilt für die Verteidigung mit einem Messer (BGH NStZ 1988, 450, 451; 1989, 113, 114). Ein sofortiger Schuss oder ein sofortiges Zusteichen ist jedoch erforderlich, wenn der Verteidiger durch weiteres Abwarten seine Verteidigungschancen erheblich verschlechtern würde (BGH NStZ 1991, 32, 33; 1989, 474, Beulke, Jura 1988, 641, 642).
- e) **Der Einsatz einer Schusswaffe ist auch dann zulässig, wenn der Verteidiger keinen Waffenschein hat und daher diese Waffe eigentlich gar nicht führen dürfte** (BGH JZ 1986, 768). Hätte der Verteidiger dem Angreifer die Waffe entwunden, dürfte er sie ja auch gegen ihn verwenden.
- f) Auch vom Verteidiger nicht beabsichtigte Folgen der Verteidigungshandlung sind von § 32 gedeckt, wenn sie die typische Folge einer an sich erforderlichen Notwehrhandlung waren. **Über die Erforderlichkeit entscheidet die Verteidigungshandlung, nicht der Verteidigungserfolg.**
Beispiel: Ist der Schlag ins Gesicht zur Angriffsabwehr erforderlich, so ist auch der nicht gewollte Verlust der Schneidezähne auf Seiten des Angreifers durch Notwehr gedeckt.
- g) Die Frage nach einer Bestrafung des Verteidigers wegen einer Fahrlässigkeitstat stellt sich daher nur in den Fällen, in denen die Verletzung des Angreifers keine adäquate Folge der an sich gerechtfertigten Verteidigungshandlung mehr ist.
Beispiel: Der als Warnschuss gedachte Schuss trifft den Angreifer tödlich.

Hier ist die fahrlässige Tötung des Angreifers nur gerechtfertigt, wenn auch eine vorsätzliche Tötung gerechtfertigt gewesen wäre. Der Verteidiger wird aber wegen fahrlässiger Tötung bestraft, wenn nur ein Warnschuss gerechtfertigt gewesen wäre und die Tötung des Angreifers sich in der Situation durch Anwendung entsprechender Sorgfalt hätte vermeiden lassen, wobei natürlich der Sorgfaltsmaßstab der Stress-Situation des Verteidigers angepasst werden muss.

- h) **Die Erforderlichkeit der Verteidigung wird auch nicht dadurch beeinflusst, dass der Verteidiger sich dem Angriff durch Flucht hätte entziehen können:** Weglaufen ist keine Abwehr (Roxin, AT § 15 Rz. 47; Schönke/Schröder/Lenckner § 32 Rz. 40; a.A. BGH JZ 1994, 312, 314; NStZ 1988, 269, 270; 1992, 327).
Von diesem Grundsatz wird man allerdings dort eine Ausnahme machen müssen, wo aus sozial-ethischen Gründen ein Ausweichen des Verteidigers gefordert wird und ein Ausweichen zumutbar ist, z.B. beim Angriff von Kindern oder Geisteskranken: Dort ist die Abwehr des Angriffs nicht „geboten“.

Auch das Herbeiholen von Hilfe ist nicht erforderlich, wenn dies einer schimpflichen Flucht gleichkommt, es sei denn, dass diese sofort verfügbar ist, sicher helfen würde und den Angriff schonender abwehren könnte.

Beispiel: Wird das bewaffnete Opfer von einem unbewaffneten Täter genau vor einer Polizeidienststelle angegriffen, so muss das Opfer die Polizei alarmieren, bevor es schießt.

- i) **Die Frage der Erforderlichkeit wird auch nicht durch die unterschiedliche Wertigkeit von geschütztem Rechtsgut des Verteidigers und beeinträchtigtem Rechtsgut des Angreifers beeinflusst.** Wer zur Abwehr einer Tracht Prügel den Angreifer erschießt, kann sich auf § 32 berufen, wenn er den Angriff nicht anders abwehren konnte; wer einen Diebstahl nur durch Tötung des Diebes abwenden kann, hat sich „erforderlich“ verteidigt. Auch hier muss allerdings aus sozial-ethischen Gründen das Abwehrrecht begrenzt werden, wenn zwischen geschütztem und beeinträchtigtem Rechtsgut ein krasses Missverhältnis besteht, da die Rechtsordnung nicht vor jedem Angriff um jeden Preis verteidigt werden will; dies ist aber keine Frage der „Erforderlichkeit“, sondern der „Gebotenheit“.

3) Die Gebotenheit der Verteidigungshandlung

„Die Geschichte des Notwehrrechts ist die Geschichte ihrer sozioethisch begründeten Einschränkungen“ (Jescheck S. 349).

Die besondere Schärfe des Notwehrrechts („Notwehr ist ein scharfes Schwert“) stammt daher, dass der Verteidiger nicht nur sich selbst, sondern auch die Rechtsordnung vor dem Angreifer bewahrt, so dass grundsätzlich keine Güterabwägung stattfindet und auch keine Flucht des Verteidigers gefordert wird, selbst wenn ihm dies möglich ist. Aus dem Gedanken des Individualschutzes und der Rechtsbewahrung ergeben sich auch die der Notwehr immanenten Grenzen: **Da die Rechtsordnung nicht vor jedem Angriff und nicht um jeden Preis verteidigt werden will, tritt der Gedanke der Rechtsbewahrung in den Hintergrund, wenn entweder ein krasses Missverhältnis zwischen geschütztem und beeinträchtigtem Rechtsgut besteht oder wenn andere Wertungsgesichtspunkte das Notwehrrecht einschränken.** Diese Einschränkungen können entweder den Verteidiger auf reine Defensivmaßnahmen beschränken oder ihm das Recht zur Angriffsabwehr ganz entziehen. Dabei lassen sich folgende Fallgruppen unterscheiden:

a) Unfugabwehr / Bagatellangriffe

Bestimmte Verhaltensweisen mögen zwar den Betroffenen stören, stellen aber dennoch keinen „Angriff“ dar und dürfen daher nicht durch eine körperliche Gegenwehr beantwortet werden. Drängelt sich ein Skifahrer am Lift vor oder legt der Verehrer einer Dame in plumper Vertraulichkeit den Arm um die Schulter, so wird dadurch die Rechtsordnung nicht in Frage gestellt. Der Betroffene darf sich zwar anderweitig wehren, aber nicht unter Berufung auf Notwehr den „Täter“ verletzen.

b) Krasses Missverhältnis zwischen geschütztem und beeinträchtigtem Rechtsgut

Uraltes **Lehrbuchbeispiel**: Der gelähmte Großvater schießt einen jungen Kirschendieb vom Baum, der auf Warnschüsse nicht reagiert hatte. Der Fall klingt zwar skurril, doch hat im Juli 1998 ein 68jähriger Rentner in Bad Gandersheim laut dpa-Meldung vom 09.07.1998 einen 13jährigen Kirschendieb mit seinem alten Wehrmächtskarabiner vom Baum geschossen.

Hier liegt zwar ein Angriff auf fremdes Eigentum vor, der anders nicht hätte abgewehrt werden können, so dass es sich bei dem Schuss um eine erforderliche Verteidigung handelte; die Rechtsordnung will aber nicht um jeden Preis verteidigt werden. Der hohe verfassungsrechtliche Rang des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit gestatten es daher nicht, Angriffe auf absolut geringfügige Sachwerte durch Einsatz lebensgefährlicher Waffen zu verteidigen.

Dies soll auf der anderen Seite nicht bedeuten, dass man Sachwerte nicht durch Anwendung körperlicher Gewalt oder mit gefährlichen Mitteln verteidigen darf. Auch auf den fliehenden Dieb darf geschossen werden, wenn dies das einzige Mittel ist, den noch gegenwärtigen Angriff auf das Eigentum abzuwehren. Dabei spielen zwar auch die persönlichen Verhältnisse des Betroffenen eine Rolle (z.B.: die Beute besteht aus den gesamten Ersparnissen eines Rentners), doch wird man auch dann das Notwehrrecht nicht versagen dürfen, wenn die drohende Einbuße für den Betroffenen prinzipiell zu verschmerzen ist. Dies gilt nach Schönke/Schröder/Lenckner (§ 32 Rz. 50) umso mehr, je weniger der Staat in der Lage ist, die Eigentumskriminalität einzudämmen, da dann der Betroffene dem Verbrecher schutzlos ausgeliefert ist. Der Umstand, dass aufgrund der relativen Geringfügigkeit das Verfahren gegen den Täter gemäß § 153 StPO hätte eingestellt werden können, spielt dabei keine Rolle, da das fehlende Strafverfolgungsinteresse des Staates die Abwehrrechte des Bürgers nicht beschneiden kann.

Die von der Rspr. entschiedenen Fälle, in denen Sachwerte nicht durch lebensgefährliche Waffen verteidigt werden dürfen, sind dabei größtenteils derart evident, dass man sich eigentlich nur fragt, warum diese Fragen z.T. durch eine Rechtsmittelinstanz entschieden werden mussten:

- BayOLG NJW 1954, 1377: Verteidigung des Pfandrechts an einem Huhn (!) durch Axthiebe auf den Kopf
- BayObLG NJW 1963, 824: Drohung, den anderen zu überfahren, um in eine Parklücke zu gelangen
- LG Stuttgart DRZ 49; 42: tödlicher Schuss zur Verteidigung einer Sirupflasche im Wert von 10 Pfennig.
- Zu den Grenzen der Notwehr bei Schüssen auf einen fliehenden Dieb LG München NJW 1988, 1860 mit krit. Anmerkung von Puppe in JZ 1989, 728 und Schroeder in JZ 1988, 567.

c) Einschränkung des Notwehrrechts durch Art. 2 II a MRK

In diesen Zusammenhang der Verteidigung von Sachwerten gehört auch die Frage, ob durch Art. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, die in Deutschland im Rang eines einfachen Gesetzes gilt (BGBl 1952 II 685), eine Einschränkung des Notwehrrechts erfolgt. **Art. 2 MRK gestattet die „absichtliche“ Tötung eines Menschen nur zur Verteidigung von Menschen, so dass eine vorsätzliche Tötung zur Verteidigung von Sachwerten ausgeschlossen scheint** (so z.B. SK-Samson § 32 Rz. 29).

- aa) **Nach h.M.** (Blei AT S. 147; Schönke/Schröder/Lenckner § 32 Rz. 62) **betrifft Art. 2 MRK nur das Verhältnis des Staates gegenüber dem Bürger, aber nicht das Verhältnis von Privatpersonen untereinander.** Die Zweckbestimmung der Konvention, Übergriffe des Staates zu verhindern, bindet nicht den einzelnen. Dieser Standpunkt wurde auch von den deutschen Vertretern bei der Unterzeichnung der Konvention vertreten.

Art. 2 MRK könnte aber Staatsorgane daran hindern, zur Verteidigung von Sachwerten mit Tötungsvorsatz auf einen Angreifer zu schießen. Auch eine derartige Beschränkung wird jedoch abgelehnt, da die Unterzeichnerstaaten kein neues Notwehrrecht schaffen wollten; auch wäre unverständlich, warum in Art. 2 II lit. b eine vorsätzliche Tötung zur Ermöglichung einer Festnahme gerechtfertigt wäre. Auch die deutsche Fassung „zur Verteidigung eines Menschen“ zwingt nicht zu der Annahme, dass damit nur die Verteidigung höchstpersönlicher Rechtsgüter gemeint sei (Schönke/Schröder/Lenckner a.a.O.).

Folgt man dieser Ansicht, so beschränkt Art. 2 MRK weder die Notwehrrechte von Privatleuten noch die von Staatsorganen.

- bb) Roxin (§ 15 Rz. 76) geht einen Mittelweg: Art. 2 MRK schränkt sowohl die Notwehrrechte von Privatleuten als auch von Staatsorganen ein, verbietet aber nur die *absichtliche* Tötung i.S. eines *dolus directus*, nicht aber die Tötung des Angreifers mit *Eventualvorsatz*. Zur Verteidigung von Sachwerten darf daher mit *Eventualvorsatz* auch geschossen werden; die Tötung ist nur dann nicht mehr gerechtfertigt, wenn der Schütze weiß, dass sein Schuss sicher tötet (wenn z.B. nur der Kopf des Diebes zu sehen ist und der Verteidiger auf den Kopf zielt). Eine *absichtliche* Tötung ist nur zur Verteidigung von Menschenleben zulässig.

d) Der Angreifer handelt ohne Schuld oder ist vermindert schuldfähig

Handelt der Angreifer infolge seines jugendlichen Alters, sinnloser Trunkenheit oder Geisteskrankheit ohne Schuld, so ist Notwehr grundsätzlich zulässig; die Gegenansicht (z.B. Jakobs AT 12/16; Otto AT § 8 II 1 a), die Notwehr nur gegen schuldhaft handelnde Angreifer gewähren will, halte ich für verfehlt. Zielt der 12-jährige Sohn eines Polizeibeamten mit der geladenen und entscherten Waffe seines Vaters auf einen Besucher, so darf sich dieser auch gegenüber einem 12-jährigen auf Notwehr berufen. Auch gegenüber einem Geisteskranken (z.B. Anthony Perkins als Norman Bates in „Psycho“) ist die Berufung auf Notwehr zulässig, ohne auf § 34 ausweichen zu müssen.

Wo aber die Rechtsordnung auf Repression durch Strafe verzichtet, muss auch die Prävention durch Notwehr eingeschränkt werden, so dass der Verteidiger ausweichen muss, wo ihm dies ohne Preisgabe eigener Interessen möglich ist (BayObLG NJW 1991, 2031). Ist dies nicht möglich, so muss fremde Hilfe in Anspruch genommen werden, wenn diese den Angriff schonender abwehren kann. Ist auch das nicht möglich, so darf man sich in den Grenzen der Erforderlichkeit verteidigen, muss aber gegebenenfalls geringfügige Beeinträchtigungen hinnehmen und größere Risiken auf sich nehmen, wenn dies angesichts der Gefährlichkeit des Angriffs zumutbar erscheint.

e) Notwehr innerhalb von Garantieverhältnissen

Fall nach BGH NJW 1984, 986: Eine von ihrem Mann mehrfach misshandelte Ehefrau droht diesem bei einer erneuten Auseinandersetzung mit einem Messer. Als er weiter auf sie einschlägt, sticht sie ihn in den Oberkörper und tötet ihn.

Eine immanente Schranke der Notwehr könnte sich aus dem Umstand ergeben, dass der Verteidiger für die Unversehrtheit des Angreifers garantenpflichtig ist. Da die Garantienpflicht des Verteidigers selbst durch den Angriff noch nicht endet, kann sich aus dem Nebeneinander von Verteidigungsrecht und Schutzpflicht eine Beschränkung des Notwehrrechts dahingehend ergeben, dass, wenn der Angriff „nur“ leichtere Körperverletzungen befürchten lässt, nicht sofort mit einem Abwehrmittel beendet werden darf, das mit großer Wahrscheinlichkeit tödlich wirkt. **Der Verteidiger muss dem Angriff vielmehr ausweichen oder bei seiner Verteidigung zugunsten des Angreifers ein weniger geeignetes, aber ungefährlicheres Verteidigungsmittel wählen und daher ein höheres Risiko eingehen**, selbst auf die Gefahr, dabei leicht verletzt zu werden. Der Gedanke des „venire contra factum proprium“ gilt erst bei ständiger Misshandlung oder schwerer Verfehlung; eine einmalige leichte Verletzung lässt die eheliche Solidarität noch nicht entfallen (Roxin ZStW 93, 101, 103).

Diese Beschränkung des Notwehrrechts endet, wenn die Gefahr einer eigenen schweren Verletzung droht. Ferner muss sich niemand auf Dauer misshandeln lassen, so dass bei wiederholter einfacher Körperverletzung sich die körperlich unterlegene Ehefrau auch mit einer gefährlichen Waffe wehren darf, wenn sie sich anders nicht zu helfen weiß. Der Gedanke der Rechtsbewahrung tritt bei der Notwehr eines Garanten nur solange zurück, wie von ihm Solidarität mit dem Angreifer noch erwartet werden darf. Bei fortgesetzter Misshandlung oder einer ansonsten zerrütteten Ehe gibt es keine Schranke mehr.

(Literaturhinweis: Roxin, AT § 15 Rz. 81; Bernsmann, ZStW 104, 290, 299)

f) Schuldhaft herbeigeführte Notwehrlage

Fall: Wilhelm hatte seinen als Choleriker bekannten Thekennachbarn O durch anzügliche Bemerkungen über dessen Liebesleben solange gereizt, bis dieser zu einem Faustschlag ansetzt. Wilhelm setzt seinerseits den O durch einen Schlag außer Gefecht.

Hat der Verteidiger die Notwehrlage zwar nicht bewusst provoziert (dazu unten g.), aber doch schuldhaft herbeigeführt, so bleibt zwar sein Notwehrrecht prinzipiell erhalten, doch ist wegen des Mitverschuldens des Verteidigers das Rechtsbewahrungsinteresse nicht mehr so groß, so dass die Berufung auf Notwehr nur in beschränktem Maß zulässig ist. In diesem Zusammenhang stellen sich 2 Fragen (dazu BGH NJW 2016, 423 mwN):

aa) Wann hat der Verteidiger schuldhaft gehandelt?

Verhält sich der Verteidiger vollkommen rechtmäßig, so liegt auch dann kein Verschulden vor, wenn er den Angriff der Gegenseite hatte vorhersehen können. Vollstreckt der Gerichtsvollzieher in der Wohnung eines als Choleriker bekannten Vollstreckungsschuldners, so liegt darin kein Verschulden; kritisiert jemand auf der Versammlung einer rechtsradikalen Partei

deren Parolen, so muss er sich bei einer anschließenden Attacke keine Beschränkung seines Notwehrrechts gefallen lassen. Das Verhalten des Verteidigers muss vielmehr rechtswidrig gewesen sein und in einem engen zeitlichen Zusammenhang zur Reaktion des Angreifers stehen. Ferner muss dessen Reaktion hinsichtlich ihrer Art und Intensität unter Würdigung der Gesamtumstände eine adäquate Folge des Verteidigerverhaltens darstellen, damit dessen Notwehrbefugnisse eingeschränkt werden können (BGH NJW 2003, 1955; St 42, 97; ausführlich dazu Kühl, Jura 1991, 57, 60; 175, 178 ff.; für ein rechtswidriges Verhalten Roxin ZStW 93, 68, 91; SK-Samson § 32 Rz. 54).

bb) Welche Beschränkungen folgen aus der schuldhaft herbeigeführten Notwehrlage?

Die Beschränkungen der Notwehr hängen von den jeweiligen Umständen ab: **Je schwerer das drohende Übel ist, das von dem Angriff ausgeht, desto weniger ist das Notwehrrecht beschränkt** (BGH NJW 2016, 423; NStZ 2003, 420; 2002, 426 mwN; NStZ 1996, 381). Daraus folgt:

- (1) Kann der Verteidiger dem Angriff ausweichen, dann muss er das selbst dann tun, wenn dieses Ausweichen als schimpfliche Flucht erscheint (BGH St 26, 145).
- (2) Kann er nicht ausweichen, so muss er selbst unter Inkaufnahme geringfügiger Verletzungen sich zunächst auf eine rein defensive Abwehr beschränken; erst wenn er auch dadurch den Angriff nicht abwehren kann, darf er - unter möglicher Schonung des Angreifers - zurückschlagen; er muss auch dabei zunächst ein Verteidigungsmittel wählen, das zwar aus seiner Sicht den Angriff nicht so sicher abwehrt wie andere, aber den Angreifer weitgehend schont.
- (3) Beim Einsatz lebensgefährlicher Verteidigungsmittel muss er sich besonders zurückhalten (BGH NJW 2016, 423; NStZ 2015, 303; NStZ 2002, 426 mwN; NStZ 1996, 381).
- (4) Gerät jedoch der Verteidiger in eine ausweglose Lage (z.B. Angreifer schlägt wie von Sinnen auf ihn ein oder zieht plötzlich ein Messer), so darf sich der Verteidiger uneingeschränkt verteidigen (BGH NStZ 2003, 420). Das gleiche gilt, wenn er keine andere Chance hat, dem Angriff auszuweichen, wenn also kein milderes Mittel zur Verfügung steht.
- (5) Zur wechselnden Rolle von Angreifer und Verteidiger im Verlauf einer Auseinandersetzung und zu den daraus resultierenden Folgen für die Beschränkung des Notwehrrechts lesen Sie bitte die Klausur: „Make my day“ bzw. NStZ 2003, 420.

g) Die Notwehrprovokation

Fall: Wilhelm hatte den O absichtlich provoziert, um ihn unter dem Deckmantel der Notwehr verletzen zu können.

Hatte der Täter die Situation, in die er geraten würde, als sichere Folge seines rechtswidrigen Verhaltens vorausgesehen oder sogar absichtlich herbeigeführt, so kann er sich grundsätzlich nicht auf Notwehr berufen. Ob man die Berufung auf Notwehr für rechtsmissbräuchlich hält (BGH NJW 1983, 2267) oder am fehlenden Verteidigungswillen scheitern lässt (BGH MDR 1954, 335), den Gedanken der Ingerenz anwendet (Jakobs S. 332) oder eine Einwilligung des Provozierenden annimmt (Maurach/Zipf I S. 356), kann hier dahinstehen; der Provozierende darf sich nicht auf § 32 berufen. Eine absolute Ausnahme gilt in Fällen, in denen er in eine ausweglose Lage gerät, der er sich auch durch - notfalls schimpfliche - Flucht nicht entziehen kann, wenn z.B. der Provozierte plötzlich eine Waffe zieht. Kann der Täter in dieser Situation nicht ausweichen, lebt sein Notwehrrecht wieder auf (eingehend Mitsch GA 1986, 553 ff.).

Zum gleichen Ergebnis gelangt man nach der Lehre von der „**actio illicita in causa**“: Danach ist zwar die Verteidigungshandlung an sich rechtmäßig; wegen der Gleichwertigkeit der Bedingungen für den Erfolgseintritt knüpft der strafrechtliche Vorwurf aber an das Verhalten im Vorfeld der eigentlichen Verteidigung an: Hatte der Täter das Opfer vorsätzlich provoziert, so hat er dadurch vorsätzlich eine Bedingung für dessen spätere Verletzung geschaffen und wird für die Provokation nach § 223 bestraft (dazu Schmidhäuser AT S. 357 ff.; Baumann/Weber AT S. 304 ff.).

Dem wird allerdings entgegengehalten, dass dann der gleiche Erfolg, die Verletzung des Opfers, einmal rechtmäßig, zum anderen über die Vorverlagerung der Strafbarkeit rechtswidrig ist (BGH NJW 1983, 2267).

In BGH NStZ 2001, 143 ist der BGH jedoch von dieser Linie abgewichen, ohne die Figur der *actio illicita in causa* jedoch ausdrücklich anzuerkennen: Wer fahrlässig die Gefahr schafft, später in Notwehr geraten zu können, könne allein dafür wegen fahrlässiger Körperverletzung bzw. Tötung bestraft werden. Auch der Umstand, dass die eigentliche Verletzungs- oder Tötungshandlung durch Notwehr gerechtfertigt ist, ändere nichts daran, dass der Täter durch sein vorheriges fahrlässiges Verhalten den Erfolg verursacht habe. Der Täter habe in diesem Fall durch seine fahrlässige Tatprovokation einen Kausalverlauf in Gang gesetzt, der letztlich zum Tod des Angreifers geführt habe. Dieser Kausalverlauf sei auch nicht dadurch unterbrochen worden, dass der Täter angegriffen worden sei und den Angreifer in Notwehr getötet habe.

Nach der Gegenansicht (Engländer, Jura 2001, 534, 537; Eisele, NStZ 2001, 416, 417) liegt hier im Angriff des Opfers eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung, so dass man dem Verteidiger den Tod des Angreifers auch nicht über den Umweg der fahrlässigen Provokation zurechnen könne. Auch der provozierte Angreifer begeben sich freiwillig in eine Konfliktsituation, in der er sich dem Risiko einer Verletzung aussetze. Für seine spätere Verletzung sei also allein diese Entscheidung maßgeblich.

Zur Klausurdarstellung dieses Problems lesen Sie bitte die Klausur: „Rache ist süß“.

h) Die „Chantage“

Eine Einschränkung des Notwehrrechts jenseits der in der Rechtsprechung bislang anerkannten Fallgruppen wird in der Literatur für die Fälle der so genannten Schweigegelderpressung diskutiert („Chantage“). Typischerweise droht der Erpresser hier mit der Enthüllung kompromittierender Tatsachen, namentlich mit einer Strafanzeige wegen einer vom Erpressungsoffer seinerseits begangenen Straftat. Wehrt der Erpresste sich oder tötet gar den Erpresser, so wird das Gebotensein der Notwehr verneint oder von einer **Einschränkung des Notwehrrechts wegen verminderten Rechtsbewährungsinteresses** ausgegangen. Das Interesse des Erpressten am Schutz vor Enthüllung einer Straftat verdiene keinen uneingeschränkten Schutz (vgl. zu alledem nur *Roxin*, StrafR AT, 3. Aufl., Kap. VIII § 15, S. 593, Rdnrn. 89 f., *Amelung*, NStZ 1998, 70; *Arzt*, JZ 2001, 1052; weiter *Eggert*, NStZ 2001, 225; zum Phänomen der „Chantage“ siehe grundlegend schon die rechtsvergleichende Arbeit von *Reinhold*, Die Chantage).

III. Der Verteidigungswille

Wie wir oben bereits gesehen haben, setzt eine Berufung auf § 32 einen Verteidigungswillen voraus, also das Bewusstsein, rechtmäßig zu handeln, weil man sich in Kenntnis der Notwehrlage gegen den Angriff zur Wehr setzen will. Denken Sie bitte daran, dass der Verteidigungswille nicht das einzige Motiv zu sein braucht, so dass er neben andere Motive mitbestimmend hinzutreten kann.

IV. Die Nothilfe

- 1) Nach § 32 ist auch derjenige gerechtfertigt, der den Angriff nicht von sich selbst, sondern von einem Dritten abwendet. Dabei gewährt Nothilfe zunächst nur ein Eingriffsrecht, kann aber bei einem Unglücksfall i.S.d. § 323 c oder bei einer Erfolgsabwendungspflicht eines Garanten i.S.d. § 13 auch zur *Pflicht* werden. Nothilfe räumt dem Verteidiger die gleichen Befugnisse wie die Notwehr ein, setzt aber selbstverständlich voraus, dass der Angegriffene sich gegen den Angriff überhaupt zur Wehr setzen will; Nothilfe darf nicht aufgedrängt werden.

- 2) Wo eine Einwilligung möglich und das Verhalten des „Angegriffenen“ so zu werten ist, scheidet Nothilfe aus.

Beispiel: So durfte ein privater Sittenwächter nach BGH St 5, 247 die Besucher des Films „Die Sünderin“ nicht durch Sabotage vor dem Angriff auf deren Persönlichkeitsrecht bewahren, der durch Hildegard Kneps entblößten Busen drohte...

- 3) Will der Angegriffene trotz vorliegender Notwehrlage nicht auf diese Weise verteidigt werden, so muss der Nothelfer diesen Wunsch respektieren.

Beispiel: Wird das Opfer O von T angegriffen und will der Verteidiger V mit seiner Waffe eingreifen, so darf er das nicht gegen den erklärten Willen des O tun, der ja durch den Waffeneinsatz selbst gefährdet werden könnte.

Eine Ausnahme gilt in Fällen, in denen der entgegenstehende Wille in einer für den Nothelfer erkennbaren Weise auf einem Willensmangel beruht.

Beispiel: O weiß nicht, dass auch der Angreifer bewaffnet ist.

- 4) Kann das Opfer nicht rechtzeitig gefragt werden, so darf der Nothelfer davon ausgehen, dass das Opfer im Rahmen des Zulässigen verteidigt werden will. Dies gilt selbst dann - wie auch bei der mutmaßlichen Einwilligung - wenn sich nachträglich etwas anderes herausstellt.

Problem: Darf sich ein Staatsorgan auf Nothilfe berufen?

Diese Frage wird insbesondere beim Schusswaffengebrauch akut, der nach § 10 UZwG und den Polizeigesetzen einiger Länder nur zur Verhinderung von Verbrechen und den Vergehen zulässig ist, bei denen die Täter selbst bewaffnet sind.

- 1) Nach einer Ansicht (SK-Rudolphi § 32 Rz. 34; LK-Hirsch Rz. 153 vor § 32; Seelmann ZStW 89, 50 ff.) soll § 32 nicht bzw. nur in den Grenzen der Polizeigesetze anwendbar sein. Leisten Staatsorgane im Rahmen ihrer Zuständigkeit Nothilfe, so greifen sie hoheitlich in Rechtsgüter des Angreifers ein; würde man hier eine Berufung auf § 32 zulassen, so würde die Beschränkung des Schusswaffeneinsatzes in Spezialgesetzen faktisch leerlaufen. Dies sei besonders bedenklich, da diese Spezialgesetze - im Gegensatz zu § 32 - vom Prinzip der Verhältnismäßigkeit beherrscht werden (Rudolphi a.a.O.).

- 2) Nach h.M. (Schönke/Schröder/Sternberg/Lieben § 32 m.w.N.) können sich Staatsorgane sowohl bei der Selbstverteidigung als auch bei der Nothilfe auf § 32 berufen. Die für das gesamte Recht geltenden Rechtfertigungsgründe können ohnehin nicht durch Landesrecht beschnitten werden; im Übrigen sehen auch die Polizeigesetze für den Schusswaffengebrauch einen Vorbehalt für den Fall von Notwehr und Notstand vor. Die Bedeutung der polizeilichen Spezialregelungen erschöpft sich nach h.M. darin, für den Normalfall das „Erforderliche“ und „Gebotene“ zu bestimmen. Da Polizeibeamte im Verhältnis zu Privatleuten aufgrund ihrer Ausbildung und Erfahrung über besondere Fähigkeiten verfügen, dürfen sie nicht immer bereits dann zur Waffe greifen, wenn auch ein Privatmann hätte schießen dürfen; sie müssen vielmehr den Angriff unter Einsatz schonenderer Mittel wie z.B. durch Überwältigung des Angreifers abwehren.

Eine besondere Gefahrtragungspflicht des Beamten besteht aber gegenüber einem rechtswidrigen Angreifer nicht. Kann der Angriff nicht ohne Waffeneinsatz abgewehrt werden oder ist dem Beamten das Risiko eines derartigen Versuchs nicht zuzumuten (z.B. wegen der zahlenmäßigen Überlegenheit der Angreifer), so darf auch der Polizeibeamte zur Waffe greifen.

Den Einfluss des Art. 2 MRK auf die Gebotenheit der Verteidigungshandlung bei der Verteidigung von Sachwerten hatte ich oben bereits angesprochen.

§ 17 Der rechtfertigende Notstand des § 34

Vorbemerkung

Nach § 34 ist derjenige gerechtfertigt, der in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem Dritten abzuwenden, wenn bei einer umfassenden Interessensabwägung das geschützte Interesse das beeinträchtigte Interesse wesentlich überwiegt und die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden. Bei einer unausweichlichen Kollision widerstreitender Interessen handelt also derjenige rechtmäßig, der das höherwertige Rechtsgut schützt. Im Gegensatz zur Notwehr ist dabei aber auch das durch den Verteidiger beeinträchtigte Rechtsgut schutzwürdig, so dass es nur geopfert werden darf, wenn das geschützte Rechtsgut wesentlich überwiegt.

Nach der Differenzierungstheorie muss zwischen dem rechtfertigenden (heute § 34) und dem entschuldigenden Notstand (§ 35) unterschieden werden:

- 1) Beim **rechtfertigenden Notstand** des § 34 wird die Verteidigung von der Rechtsordnung gebilligt, wenn die Güterabwägung zugunsten des Verteidigers ausfällt. Da der Verteidiger nicht rechtswidrig handelt, ist Notwehr gegen sein Verhalten nicht zulässig. Auch eine Teilnahme kommt mangels Rechtswidrigkeit der Haupttat nicht in Betracht.
- 2) Beim **entschuldigenden Notstand** des § 35 bleibt die Tat des Verteidigers rechtswidrig, weil die gemäß § 34 erforderliche Güterabwägung nicht zugunsten des Täters ausfällt. Aufgrund der existentiellen Krisensituation, in der sich der Täter befand, ist aber die Vorwerfbarkeit der Willensbildung so weit herabgemildert, dass darauf nicht mehr mit Strafe reagiert werden muss, so dass nach § 35 auf einen persönlichen Schuldvorwurf verzichtet wird. Dennoch ist gegen das rechtswidrige Verhalten des Täters Notwehr zulässig. Auch eine Teilnahme an dessen Tat ist möglich, wenn auf Seiten des Teilnehmers die entschuldigende Krisensituation nicht vorliegt.

Die Voraussetzungen des § 34 auf einen Blick:

- I. **Notstandslage:** gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr
- II. **Notstandshandlung:** geeignet – erforderlich – nach umfassender Güterabwägung geboten
- III. **Verteidigungswille**

I. Die Notstandslage

Die Notstandslage besteht in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein sonstiges Rechtsgut, da die Aufzählung der Rechtsgüter in § 34 - im Gegensatz zur Aufzählung in § 35 - nicht abschließend ist.

- 1) Eine **Gefahr** i.S.d. § 34 liegt vor, wenn der Eintritt einer Rechtsverletzung möglich ist. Dabei entscheidet das **Wahrscheinlichkeitsurteil eines objektiven Dritten ex ante**, der über das Sonderwissen des Täters verfügt. Ist nur der Verteidiger irrig von der Existenz einer Gefahr ausgegangen, handelt es sich um einen *Putativnotstand*, der nach § 16 analog den Tätervorsatz entfallen lässt, gegen den sich der Betroffene aber unter größtmöglicher Schonung des anderen gemäß § 34 zur Wehr setzen darf (Schönke/Schröder/Sternberg/Lieben § 34 Rz. 13; a.A. Jakobs, 13/13; ausführlich dazu Herzberg JA 1989, 243, 249 f.).

AL-Klausurtyp: Woher die Gefahr stammt, ist im Rahmen des § 34 irrelevant. Sollte die Gefahr aber von demjenigen ausgehen, in dessen Rechtsgüter der Verteidiger eingreift, so geht die Notwehr des § 32 dem Notstand des § 34 vor, da es bei der Notwehr grundsätzlich nicht auf eine Güterabwägung zwischen dem geschützten und dem beeinträchtigten Rechtsgut ankommt.

- 2) Die Gefahr ist auch dann bereits **gegenwärtig**, wenn der Schadenseintritt zwar noch nicht unmittelbar bevorsteht, aber bei weiterem Abwarten später nur mit wesentlich größerem Risiko abgewendet werden könnte. Die Gegenwärtigkeit der *Gefahr* beginnt also vor der Gegenwärtigkeit des *Angriffs* i.S.d. § 32. Sie setzt also nicht voraus, dass sich die Situation bereits derart zugespitzt hat.

Auch eine **Dauergefahr**, also ein gefährlicher Dauerzustand, der jederzeit in eine Verletzung umschlagen kann, ist eine gegenwärtige Gefahr, wenn bei einer vernünftigen Betrachtung jetzt bereits Abwehrmaßnahmen getroffen werden sollten.

Beispiel: So ist nach einem Teil der Lehre (Schönke/Schröder/Sternberg/Lieben § 32 Rz. 17 mwN) der Schuss auf einen fliehenden „Spanner“ nach § 34 gerechtfertigt, der ein Ehepaar in dessen Schlafzimmer über einen längeren Zeitraum belästigt hatte und der sicher wiederkommen würde; der BGH hat in NJW 1979, 2053 die Tat nur nach § 35 entschuldigt.

II. Die Notstandshandlung

Sie muss - wie jede andere Verteidigungshandlung auch - geeignet, erforderlich und geboten sowie ein angemessenes Mittel zur Lösung der Konfliktlage sein.

1) Die Geeignetheit

An die Geeignetheit sind keine besonderen Anforderungen zu stellen. Selbstverständlich darf der Verteidiger nicht in fremde Rechte eingreifen, wenn noch nicht einmal die entfernte Möglichkeit besteht, dadurch die Gefahr zu beseitigen.

2) Die Erforderlichkeit

Die Verteidigungshandlung muss unter mehreren gleich geeigneten Mitteln diejenige sein, die das beeinträchtigte Rechtsgut möglichst schont (Schönke/Schröder/Lenckner/Perron § 34 Rz. 18 mwN). Im Gegensatz zur Notwehr muss dabei jede erdenkliche Alternative in Betracht gezogen werden, bevor der Täter in fremde Rechte eingreift, die mit der Gefahrensituation nichts zu tun haben. Nur unter dieser Bedingung darf der Verteidiger erwarten, dass der Betroffene sich solidarisch zeigt und seine Rechtsgüter für die Verteidigung zur Verfügung stellt.

3) Die Gebotenheit

Während bei der Notwehr keine Güterabwägung stattfindet, weil „das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht“, ist der Verteidiger bei seiner Berufung auf Notstand nur gerechtfertigt, wenn bei einer umfassenden Güter- und Interessensabwägung das geschützte Interesse das beeinträchtigte Interesse wesentlich überwiegt. Da das beeinträchtigte Rechtsgut mit der Konfliktsituation des Verteidigers nichts zu tun hat, kann im Gegensatz zur Notwehr auch nicht der Gedanke der Rechtsbewahrung zugunsten des Verteidigers berücksichtigt werden. Wie bereits der Wortlaut des § 34 zeigt (Abwägung der widerstreitenden „Interessen“), werden nicht nur die einzelnen Rechtsgüter gegeneinander abgewogen; es werden vielmehr alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigt, wobei Grad und Nähe der drohenden Gefahr, Umfang des drohenden Schadens, besondere Gefahrtragungspflichten sowie das Rangverhältnis der kollidierenden Rechtsgüter berücksichtigt werden.

Im Rahmen dieser Güterabwägung können folgende Faktoren eine Rolle spielen:**a) Der Strafrahmenvergleich**

Bei der dabei erforderlichen Güterabwägung ist von den Wertungen auszugehen, die in den Strafnormen ihren Ausdruck finden, die zum Schutz der einzelnen Rechtsgüter geschaffen wurden. Wie beispielsweise ein Vergleich des Strafrahmens der §§ 212 und 218 zeigt, bewertet das Gesetz das *existierende* Leben höher als das *werdende* Leben.

b) Das Wertgefälle der Rechtsgüter

Ordnungsvorschriften treten hinter den Schutz von konkreten Beeinträchtigungen zurück; Persönlichkeitswerte wie Leben, Leib und Freiheit gehen Sachwerten wie Eigentum und Vermögen vor; innerhalb der Persönlichkeitswerte haben Leben und Leib den Vorrang.

Beispiele:

- 1) Ein Bruch der ärztlichen Schweigepflicht gemäß § 203 I 1 ist über § 34 gerechtfertigt, wenn er verhindern soll, dass ein geisteskranker Autofahrer weiterhin am Verkehr teilnimmt.
- 2) Eine Nötigung des betrunkenen Autofahrers durch Wegnahme des Kfz-Schlüssels ist durch § 34 gerechtfertigt, um dessen Weiterfahrt in alkoholisiertem Zustand zu verhindern.

c) Die Intensität der Rechtsverletzung

Kommt man bei der Gegenüberstellung der widerstreitenden Rechtsgüter zu dem Ergebnis, dass das geschützte Rechtsgut das beeinträchtigte an sich nicht überwiegt, so kann doch das Ausmaß der in dieser Situation drohenden Beeinträchtigung entscheiden.

So kann z.B. das durch § 142 geschützte Feststellungsinteresse des Unfallbeteiligten ausnahmsweise hinter den Vermögensinteressen des Unfallverursachers zurücktreten, wenn dieser sich entfernt, um eigene Vermögensnachteile abzuwenden, die unverhältnismäßig größer sind.

Beispiel: Ein weltberühmter Tennisspieler hinterlässt nach leichter Beschädigung eines am Straßenrand geparkten Pkw eine Nachricht, um seine Finalteilnahme nicht zu versäumen.

d) Der Grad der drohenden Gefahr

Auch die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts beeinflusst die Interessensabwägung: Wer einen sicheren Schaden von einem an sich gleichwertigen Rechtsgut abwendet, darf unter bestimmten Voraussetzungen andere gleichwertige Rechtsgüter gefährden.

Beispiel 1: Der betrunkene Beifahrer fährt nach einem Unfall, bei dem seine Frau als Fahrerin schwer verletzt wurde, seine Frau in die Klinik, weil andere Hilfe wie z.B. ein Krankenwagen oder ein Taxi nicht erreichbar war. Die Trunkenheitsfahrt des § 316 ist durch § 34 gerechtfertigt.

Das OLG Koblenz wägt dabei in NJW 1988, 2316 die Gefährdung der Allgemeinheit durch die Trunkenheitsfahrt mit der Gefahr für Leben und Gesundheit des Verletzten ab; bei langer Fahrtstrecke, hoher Trunkenheit und nicht lebensgefährlicher Verletzung überwiegt das Interesse des Verteidigers nicht wesentlich. Auch muss der Retter gegebenenfalls einen Umweg (z.B. wenig befahrene Seitenstraße, Feldweg) wählen, um die anderen Verkehrsteilnehmer nicht zu gefährden. Bei einer Fahrt mit überhöhter Geschwindigkeit muss der Vorteil der geringfügigen Zeitersparnis mit der durch die überhöhte Geschwindigkeit bedingten Gefährdung der Allgemeinheit abgewogen werden.

Beispiel 2: Eine Überschreitung der Geschwindigkeitsbegrenzung auf einer Autobahn, die nur zu Lärmschutzzwecken aufgestellt wurde, ist sicherlich gerechtfertigt.

Gegenbeispiel: Wer mit 100 km/h tagsüber durch die Innenstadt rast, ist nicht gerechtfertigt.

- e) Das **Mitverschulden an der Entstehung der Konfliktlage** lässt § 34 nicht automatisch entfallen.

Beispiel: Flieht ein an sich i.S.d. § 142 wartepflichtiger Autofahrer, um einer drohenden Lynchjustiz zu entgehen, so ist seine Fahrerflucht nach § 34 gerechtfertigt.

- f) **Besondere Gefahrtragungspflichten** (z.B. von Polizisten oder Feuerwehrleuten) können eine Berufung auf § 34 entfallen lassen.

- g) **Die individuelle Bedeutung des Rechtsguts für den Inhaber** kann die Güterabwägung ebenfalls beeinflussen. Der Arzt darf z.B. trotz Vorliegens einer medizinischen Indikation wegen des lebensgefährlichen Risikos die Schwangerschaft nicht gegen den Willen der Schwangeren abbrechen, die das Risiko auf sich nehmen will. „Die Rechtsordnung macht hier den subjektiven Willen zur Richtschnur für eine objektive Wertung“ (Roxin).

4) Die Angemessenheit gemäß § 34, 2

Selbst wenn das geschützte Rechtsgut das beeinträchtigte Rechtsgut wesentlich überwiegt, ist die Tat nur gerechtfertigt, wenn sie ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwehren. Ob man in dieser Einschränkung eine 2. Wertungsstufe oder einen zusätzlichen Interpretationshinweis für die Güterabwägung sieht, kann vom Ergebnis her dahinstehen. Fällt die Interessensabwägung zugunsten des Verteidigers aus, so wird meist die Tat auch eine an anerkannten Wertvorstellungen gemessen adäquate Lösung der Konfliktsituation sein. Umstritten ist das Merkmal der Angemessenheit nur dort, wo der Verteidiger tief in das Selbstbestimmungsrecht des dadurch Betroffenen eingreift.

Schulfall: Um das Leben eines anderen Patienten zu retten, ordnet der behandelnde Krankenhausarzt gegen den Willen des Betroffenen eine „Blutspende“ an.

Auch wenn dies ein ungefährlicher Routineeingriff ist, handelt es sich um eine vorsätzliche Körperverletzung (kein Heileingriff, da der Körper des „Spenders“ ja nicht geheilt werden soll!) und um eine Nötigung, den Eingriff zu dulden.

- a) Nach einer Ansicht (Welzel, Dreher in: Niederschriften der Großen StrafRKomm. Bd. 12, S. 178) sind diese Taten nicht durch § 34 gerechtfertigt, da sie kein angemessenes Mittel der Konfliktbewältigung darstellen. Ob das persönliche Opfer einer Blutspende erbracht werden sollte, müsse in einem freiheitlichen Rechtsstaat grundsätzlich der autonomen Entscheidung des einzelnen überlassen bleiben und dürfe nicht erzwungen werden. Die Rechtsordnung würde das Freiheitsprinzip als Grundvoraussetzung ihres eigenen Geltungsanspruchs aufgeben, wenn der einzelne gegen seinen Willen zum Gegenstand menschlicher Experimente oder zur „Blutbank“ gemacht würde. Wessels (AT § 8 IV 4) will dies insofern relativieren, als er innerhalb von Schutz- und Beistandspflichten wie unter Garanten eine Rechtspflicht zur Blutspende anerkennen will.

- b) Nach anderer Auffassung (Jakobs AT § 9 IV 4; Roxin § 16 Rz. 41) ist auch die erzwungene Blutspende über § 34 gerechtfertigt, da die staatlich erzwungene Blutspende sogar zur Ermittlung einer Trunkenheitsfahrt gemäß § 81 a StPO und zur Ermittlung der Abstammung nach § 372 a ZPO zulässig ist. Der vom Opfer erlittene Verlust unterscheidet sich danach nicht von dem Verlust, den ein Einsatz nach § 323 c mit sich bringt. Ein Geschäftsmann muss auch dann an einer Unfallstelle erste Hilfe leisten, wenn er dadurch das Geschäft seines Lebens verpasst. Die autonome Bestimmung über seinen eigenen Körper ist zwar ein hoher Wert, dadurch aber nicht jeder Abwägung entzogen (Roxin).

Wessels (a.a.O.) hält dem entgegen, dass eine Blutprobe durch einen harmlosen Eingriff gewonnen werde, dessen Bedeutung über die Anwendung eines Hilfsmittels zur Tatfeststellung nicht hinausgeht; bei einer Blutspende handele es sich dagegen um einen Akt mitmenschlicher Solidarität, bei dem der Spender für einen anderen etwas aus seinem Lebensreservoir aufopfert.

- c) Ich kann diese Differenzierung zwischen *Blutprobe* und *Blutspende* nicht nachvollziehen: Wenn man schon zur Durchsetzung des staatlichen Strafverfolgungsanspruchs gegen den erklärten Willen zum Beweismittel gegen sich selbst gemacht werden kann und gegen den Willen die Abstammung überprüft werden kann, muss erst recht eine Duldungspflicht in existentiellen Krisensituationen zum Schutz von Menschenleben bestehen. Zumindest bei folgenlosen und anerkanntermaßen unkomplizierten Eingriffen muss zur Not ein Mindestmaß an Solidarität auch erzwungen werden können.

Problem 1: Dürfen sich staatliche Ermittlungsbeamte bei der Begehung von Straftaten auf § 34 berufen?

Da zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität in verstärktem Maße verdeckte Ermittler eingesetzt werden, stellt sich oftmals die Frage, ob diese Beamten Straftaten begehen dürfen, um nicht gegenüber den anderen ihr Gesicht zu verlieren und um von innen heraus weiterhin Informationen liefern zu können.

Während die Begehung von Straftaten zur repressiven Verfolgung bereits begangener Straftaten für unzulässig gehalten wird, um nicht die staatlichen Ermächtigungsgrundlagen der StPO über die „Generalklausel“ des § 34 auszuhöhlen, wird die Begehung „milieugerechter Straftaten“ zu generalpräventiven Zwecken unter der Voraussetzung für nach § 34 gerechtfertigt gehalten, dass einerseits schwere Straftaten verhindert werden sollen, andererseits im Verhältnis dazu nur kleinere Straftaten begangen werden.

Problem 2: Darf oder muss der Staat erpresserischen Forderungen von Geiseltangstern nachgeben und inhaftierte Gesinnungsgenossen freilassen?

Nach BVerfGE 46, 161 (= Schleyer-Entführung) darf der Staat die gebotene Maßnahme den Erfordernissen des Einzelfalls anpassen, da es keinen grundgesetzlich garantierten Anspruch der Geisel oder ihrer Angehörigen auf ein Nachgeben des Staates gibt. Bei der Frage nach einer sachgerechten Entscheidung spielt nicht nur die von den Geiseltangstern geforderte Handlung, sondern auch die Funktionsfähigkeit der Verbrechensbekämpfung und die der Strafrechtspflege eine Rolle.

(Zum ganzen: Breuer: Verantwortung im Verfassungsstaat, 1984, S. 79 ff.)

III. Der Notstandswille als subjektives Rechtfertigungselement

Der Verteidiger ist nur dann durch § 34 gerechtfertigt, wenn er die Notstandslage kennt und das Gefühl hat, überwiegende Interessen zu wahren und daher die erkannte Kollisionslage richtig zu lösen.

§ 18 Der Defensivnotstand des § 228 BGB

Als zivilrechtliche Parallele zur „Notwehr gegen Sachen“ handelt derjenige nicht rechtswidrig, der eine fremde Sache beschädigt, um eine von dieser Sache ausgehende Gefahr für sich oder Dritte abzuwenden, wenn die Beschädigung erforderlich war und der dadurch eingetretene Schaden nicht außer Verhältnis zur drohenden Gefahr stand. Auch diesen Rechtfertigungsgrund prüfen Sie auf drei Stufen:

I. Die Rechtfertigungslage

Es muss sich um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr handeln, die von der Sache ausgeht, die der Verteidiger beschädigt oder zerstört. Auch hier droht eine Gefahr, wenn der Eintritt eines Schadens wahrscheinlich war.

II. Die Rechtfertigungshandlung

Sie muss geeignet, erforderlich und geboten sein.

Wie auch bei der Notwehr muss die Beschädigung der Sache das mildeste Mittel sein, wenn dem Verteidiger mehrere gleich geeignete zur Verfügung stehen. Wer einen Hund durch Fußtritte abwehren kann, darf ihn nicht erschlagen, wenn dies ohne eigene Gefährdung möglich ist.

Beispiel: Der Angriff geht von einem Chihuahua aus.

Da die Gefahr von der später beschädigten Sache ausging, fällt die im Rahmen der Gebotenheit erforderliche **Güterabwägung** bereits dann zugunsten des Verteidigers aus, wenn die Beschädigung der Sache nicht außer Verhältnis zum drohenden Schaden stand. Die Rechtmäßigkeit der Verteidigungshandlung beruht nicht nur auf dem Gedanken des Individualschutzes, sondern auch auf der rechtlichen Billigung der Verteidigungshandlung: Da die Gefahr aus der Sphäre des Eigentümers stammt, ist die Beschädigung seiner Sache auch sein Risiko.

Der Gedanke der Rechtsbewahrung greift aber gegenüber dem Angriff einer Sache nicht durch. Daher muss der Verteidiger dem Angriff einer Sache im Gegensatz zur Notwehr zunächst ausweichen, weil der Angriff durch eine Sache im Gegensatz zum menschlichen Angriff keine bewusste Missachtung seiner Persönlichkeit ist.

III. Der Verteidigungswille

Auch hier ist erforderlich, dass der Verteidiger die Notstandssituation kennt und sich gegen die angreifende Sache verteidigen will.

AL-Klausurtyp: Beachte § 228, 2: Auch wenn der Verteidiger die Verteidigungslage schuldhaft herbeigeführt hat (z.B. den Hund zum Angriff gereizt hat), ist er durch § 228 BGB gerechtfertigt (Ausn. Absichtsprovokation), wird aber durch § 228, 2 BGB zum Schadensersatz verpflichtet.

§ 19 Die Selbsthilfe des § 229 BGB

Fall: Der Gläubiger G hat dem ihm namentlich nicht bekannten Schuldner S in einer Gaststätte einmal aus einer finanziellen Verlegenheit geholfen und ihm ein Darlehen über 200 Euro gewährt. S hatte sich zwar die Adresse des G notiert, aber das Geld nie zurückgezahlt und zudem selbst einen falschen Namen angegeben. Nach 6 Monaten trifft G den S zufällig auf der Straße.

Nach § 229 BGB darf ein Gläubiger, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht zu erlangen ist und ansonsten die Gefahr besteht, dass die Durchsetzung des Anspruchs vereitelt wird, dem Schuldner die geschuldete Sache wegnehmen oder diesen festnehmen, wenn er die geschuldete Sache nicht bei sich führt.

Das Selbsthilferecht zielt nicht auf die Befriedigung des Gläubigers ab, sondern nur auf Sicherstellung der Sache oder des Schuldners selbst. Der Gläubiger darf die dem Schuldner weggenommene Sache selbst dann nicht sofort behalten, wenn er darauf einen fälligen Anspruch hat, sondern muss gemäß § 230 II BGB einen dinglichen Arrest beantragen, wenn keine Zwangsvollstreckung beantragt wird. Auch hier ist aber der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten: Zur Durchsetzung einer absolut geringfügigen Forderung darf der Schuldner nicht festgenommen werden.

Weitere Selbsthilferechte gewähren die §§ 561, 581 II, 704 (Selbsthilfe der Vermieter, Verpächter oder Gastwirte zur Verteidigung ihrer Pfandrechte), 859, 860 (Selbsthilfe des Besitzers bzw. Besitzdieners bei Abwehr verbotener Eigenmacht); 962; 1029 BGB.

§ 20 Der Aggressivnotstand des § 904 BGB

Fall: Der Postbote Bullmann beschädigt einen Zaun des Nachbarn N, um sich gegen einen angreifenden Schäferhund zu verteidigen. Ist die Sachbeschädigung auch dann gerechtfertigt, wenn der Hund nicht dem N gehört?

Gemäß § 904 BGB darf der Eigentümer einer Sache entgegen § 903 BGB dem Verteidiger die Einwirkung auf eine Sache nicht verbieten, wenn dies zur Abwehr einer drohenden Gefahr erforderlich ist und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist.

Diese Norm ist die zivilrechtliche Parallele zu § 34 StGB: Einerseits gilt das Autonomieprinzip, wonach sich der Eigentümer Eingriffe in seine Rechte nicht gefallen lassen muss, wenn von diesen keine Gefahr ausgeht; andererseits schuldet er einem Verteidiger in einer Krisensituation Solidarität, wenn ein unverhältnismäßig hoher Schaden droht. Durch die Rettung des wesentlich höherwertigen Rechtsguts entfällt das Erfolgsunrecht; andererseits ist der Verteidiger dem Eigentümer gegenüber nach § 904, 2 BGB ersatzpflichtig.

Die Voraussetzungen des § 904 BGB

- I. Die Notstandslage:** gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr
- II. Die Notstandshandlung:** Die Einwirkung auf die Sache muss zur Gefahrenabwehr geeignet, als mildestes geeignetes Mittel erforderlich und auch geboten sein, wobei das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt.
- III. Der Verteidigungswille:** Der Verteidiger muss die Notstandslage kennen und in dem Bewusstsein handeln, die Kollisionslage durch Rettung eines wesentlich höherwertigen Rechtsguts richtig zu lösen.

§ 21 Die rechtfertigende Pflichtenkollision

Fall: Der Vater V hatte sich mit Mühe aus seinem brennenden Haus retten können, als er feststellt, dass seine beiden Söhne sich noch im Haus befinden. Da sie sich in unterschiedlichen Teilen des Hauses befinden, ist eine Rettung beider Kinder ausgeschlossen. Der Vater rettet das eine Kind, das andere verbrennt.

Kollidieren 2 gleichwertige Handlungspflichten dergestalt miteinander, dass der Täter die eine Pflicht nur auf Kosten der anderen Handlungspflicht erfüllen kann, so kommt eine Rechtfertigung des Täters nach § 34 nicht in Betracht, da aufgrund der Gleichwertigkeit der Rechtsgüter die Güterabwägung nie zugunsten des geretteten Rechtsguts ausfällt. Dennoch muss eine Rechtfertigung möglich sein, weil ein Verhalten nur dann als rechtswidrig eingestuft werden kann, wenn es zu diesem Verhalten eine rechtmäßige Alternative gegeben hätte. Hier gilt der Gedanke der rechtfertigenden Pflichtenkollision zweier gleichwertiger Handlungspflichten: Die Vornahme der einen Handlung rechtfertigt es, die andere zu unterlassen.

Der Täter ist aber nur gerechtfertigt, wenn die kollidierenden Pflichten **gleichwertig** waren. Auch hier entscheiden zunächst die kollidierenden **Rechtsgüter, Grad und Nähe der drohenden Gefahren** sowie die **Fähigkeit der Bedrohten, sich selbst zu helfen**: Dem Schwerverletzten ist vor dem Leichtverletzten zu helfen, der sich, wenn auch beschwerlich, aus eigener Kraft retten kann; zuerst muss dem Opfer im 3. Stock geholfen werden, wenn der andere sich durch einen Sprung aus dem 1. Stock, wenn auch auf das Risiko eines Beinbruchs, selbst retten kann.

Problem: Kollision § 13 / § 323 c

Fraglich ist, ob die Handlungspflichten auch dann gleichwertig sind, wenn der Täter für das eine Opfer garantenpflichtig ist und auf der anderen Seite nur eine allgemeine Hilfespflicht nach § 323 c steht.

Beispiel: Das eine Opfer ist ein Sohn des Retters, das andere Opfer dessen Freund.

1) Nach einer Ansicht (Schönke/Schröder/Sternberg/Lieben Rz. 75 vor § 32 m.w.N.) sind die Pflichten nicht gleichwertig; der Täter ist daher nur gerechtfertigt, wenn er die Konfliktlage dadurch richtig löst, dass er denjenigen rettet, für den er garantenpflichtig ist. Ansonsten kann dem Täter nur über einen unvermeidbaren Gebotsirrtum i.S.d. § 17 geholfen werden, weil er in dieser Ausnahmesituation nicht zwischen „richtig“ und „falsch“ hatte unterscheiden können.

Dies wird damit begründet, dass die allgemeine Hilfepflicht bei einer Kollision mit einer Garantspflicht bereits nach dem Wortlaut des § 323 c gar nicht erst entsteht, „wenn der Täter andere wichtige Pflichten zu erfüllen hat.“

2) Nach anderer Auffassung (LK-Hirsch Rz. 80 vor § 32; SK-Rudolphi Rz. 29 vor § 13) entscheidet die Gleichwertigkeit der geschützten Rechtsgüter, so dass es die Kategorien „richtig“ und „falsch“ in dieser Situation nicht gibt. Der Täter ist durch die Rettung eines jeden gerechtfertigt, da vor der Rechtsordnung die Leben beider Opfer gleichwertig sind.

Unabhängig von der Frage, für welche der beiden Ansichten man sich entscheidet, gilt, dass die Motivation des Täters irrelevant ist, wenn er eines der kollidierenden Rechtsgüter rettet (Mangakis ZStW 84, S. 466 ff.). Kollidiert z.B. das Leben der Mutter mit dem des Vaters und rettet der Sohn die Mutter allein, um den Vater anschließend zu beerben, so ist er dennoch gerechtfertigt, weil die Handlungspflichten gleichwertig waren.

§ 22 Die Rechtfertigung eines Hoheitsträgers

Sowohl zur Durchsetzung des staatlichen Strafverfolgungsanspruchs als auch zu anderen hoheitlichen Zwecken müssen staatliche Organe zwangsweise in rechtlich garantierte Freiräume des Bürgers eingreifen und tatbestandsmäßig handeln. So ist z.B. die Anordnung einer Blutprobe beim Verdacht der Trunkenheitsfahrt nach § 81 a StPO, die anschließende Beschlagnahme des Führerscheins über die §§ 94 ff. StPO gerechtfertigt. Weitere klausurrelevante Rechtfertigungsgründe sind die §§ 100 a (Überwachung des Fernmeldeverkehrs); 102 ff. (Durchsuchung von Wohnungen), 112 ff. (Untersuchungshaft), 127 (Vorläufige Festnahme), 163 b, c (Identitätsfeststellung).

Auch Maßnahmen der Vollstreckungsorgane im Rahmen der zivilprozessualen Zwangsvollstreckung wie die §§ 758 (Durchsuchung der Wohnung des Schuldners), 808, 814 (Wegnahme und Versteigerung des gepfändeten Gegenstandes), 807, 883, 901 ZPO (Inhaftierung des Schuldners zur Erzwingung der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung) sind gerechtfertigt.

Problem: Ist der Amtsträger auch bei einem Irrtum über die Rechtmäßigkeit des Eingriffs objektiv gerechtfertigt oder hat der Betroffene ein Abwehrrecht?

1) Nach h.M. (z.B. BGH NJW 2015, 3109 mwN; BGH St 4, 164) handelt der Beamte auch dann objektiv rechtmäßig, wenn er sich über die tatsächlichen Voraussetzungen seiner Eingriffsbefugnis irrt. So ist der Gerichtsvollzieher bei der Durchsuchung einer schuldnerfremden Wohnung nach § 758 ZPO gerechtfertigt, wenn er glaubte, dass der Schuldner dort wohnt. Eine Rechtfertigung scheidet nur dort aus, wo sich der Amtsträger über die Reichweite seiner Befugnisse irrt.

Beispiel: Der Gerichtsvollzieher durchsucht die Wohnung der Freundin, weil er glaubt, jede Wohnung durchsuchen zu dürfen, in der er den Vollstreckungsschuldner antrifft.

Der Staat hat also nach dieser Ansicht „das große Vorrecht, sich zu irren“ (Walter Jellinek), aber dennoch gerechtfertigt zu sein. „Durch dieses Irrtumsprivileg soll die Entschlusskraft der Vollzugsbeamten bei der Amtsausübung gestärkt werden, die ansonsten in einer die öffentlichen Belange gefährdenden Weise gefährdet wäre“ (BGH a.a.O.). Der Bürger muss sich gegen staatliches Handeln mit den dafür vorgesehenen Rechtsbehelfen wehren, nicht mit körperlichem Widerstand. Folgt man dieser insbesondere zu § 113 StGB entwickelten Ansicht, so ist der Amtsträger unter folgenden Voraussetzungen gerechtfertigt (= **strafrechtlicher Rechtmäßigkeitsmaßstab**):

- a) Der Amtsträger ist sachlich und örtlich zuständig.
 - b) Der Amtsträger hat die wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens eingehalten.
 - c) Verhältnismäßigkeit des Eingriffs
- 2) Nach anderer Auffassung (Roxin § 17 Rz. 9) kann die Rechtsprechung wegen des für alle hoheitlichen Eingriffe geltenden Vorbehalts des Gesetzes keine Eingriffsrechte dadurch schaffen, dass sie diesen strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsmaßstab verwendet. „Die Gutgläubigkeit des Beamten schließt zwar dessen Vorsatz aus, kann aber Unrecht nicht in Recht verwandeln“. Eine Duldungspflicht des Bürgers besteht gegenüber hoheitlichen Eingriffen also nur, wenn die objektiven Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen. Hat sich der Beamte trotz Anwendung der erforderlichen Sorgfalt geirrt, so hat er weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt und sich daher nicht strafbar gemacht. Da das Verhalten des Beamten in diesen Fällen keinen Handlungsunwert hat, ist Notwehr des Betroffenen nicht zulässig; andererseits hat der Beamte kein *Eingriffsrecht*, so dass sich der Betroffene nach § 34 unter größtmöglicher Schonung des Amtsträgers zur Wehr setzen darf.

3) In einigen Fällen hatte der Gesetzgeber dieses Problem bereits erkannt und selbst entschärft:

- a) Ist der Bürger einer Straftat dringend verdächtig, so muss er sich ohne Notwehrrecht gemäß den §§ 127 II, 112 StPO auch dann festnehmen lassen, wenn sich nachträglich seine Unschuld erweist.
- b) Eine vorläufige Vollstreckung eines Urteils gemäß den §§ 708 ff. ZPO muss vor rechtskräftiger Entscheidung über das eingelegte Rechtsmittel hingenommen werden; als Kehrseite trifft den Vollstreckungsgläubiger eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung gemäß § 717 II ZPO sowie die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung nach § 709 ZPO.

§ 23 Das Recht zur vorläufigen Festnahme nach § 127 StPO

Nach § 127 I StPO darf auch ein Privatmann einen anderen vorläufig festnehmen, wenn er diesen auf frischer Tat betrifft und dieser entweder fluchtverdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann. Dabei werden durch § 127 StPO alle tatbestandsmäßigen Handlungen, aber auch nur diese, gerechtfertigt, die zur Festnahme erforderlich sind, also die Freiheitsberaubung des § 239, die Nötigung nach § 240, die Wegnahme von Ausweispapieren (Kargl, NStZ 2000, 8, 14) sowie gegebenenfalls eine leichte Körperverletzung gemäß § 223 durch festes Zupacken; keinesfalls ist ein Waffeneinsatz oder eine schwere Verletzung des Festgenommenen durch § 127 I StPO gedeckt (BGH NJW 2000, 1348/schwere Würgegriffe; differenzierend bzgl. der Drohung mit einer Schusswaffe BGH NStZ -RR- 1998, 50).

Auf der anderen Seite berechtigt § 127 I StPO nur zu einem Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit, nicht aber eine Körperverletzung (Kleinknecht/Meyer/Großner § 127 StPO Rz. 14). Setzt sich der Festgenommene jedoch körperlich zur Wehr, ist gegen dessen rechtswidrigen Angriff Notwehr nach § 32 zulässig. (Vgl. dazu die Klausur: „Der Spanner“)

Voraussetzung der Festnahme ist jedoch, dass der Festgenommene auf frischer Tat betroffen wurde. Die Art der begangenen Straftat ist irrelevant; sie kann noch im Versuchsstadium stecken (BGH NJW 1981, 745) oder bereits vollendet sein, wenn der Täter noch am Tatort angetroffen bzw. verfolgt wird. Straflöse Vorbereitungshandlungen oder Versuchshandlungen bei Strafflosigkeit des Versuchs rechtfertigen natürlich noch keine Festnahme, da sich der „Täter“ dadurch noch nicht strafbar gemacht hat und ein Strafverfahren daher auch gar nicht eingeleitet werden kann; gleiches gilt bei der Festnahme von nicht strafmündigen Kindern (Kleinknecht/Meyer/Großner § 127 StPO Rz. 3 a; a.A. Pfeiffer § 127 StPO Rz. 2). Präventivmaßnahmen im Vorfeld eines strafbaren Stadiums können nach den o.g. Regeln nur auf § 34 StGB gestützt werden.

Trifft der Festnehmende den Täter erst Tage später zufällig auf der Straße, so trifft er ihn nicht mehr auf „frischer“ Tat an. Eine Festnahme ist jetzt nicht mehr nach § 127 I StPO, sondern nur noch durch das Selbsthilferecht des § 229 BGB zulässig, wenn der Festnehmende selbst von der Straftat betroffen war oder nach § 34 StGB, wenn der Festgenommene schwere Straftaten begangen hat und überragende Interessen auf dem Spiel stehen (s.o.).

Problem: Setzt die vorläufige Festnahme voraus, dass der Festgenommene die Tat tatsächlich begangen hat?

Fall: Der Geschäftsmann Gluffke hatte in seinem Fahrzeug den Schlüssel stecken lassen und droht, einen wichtigen Geschäftstermin zu versäumen. Er schlägt daher das Seitenfenster seines Wagens ein, wird dabei aber von Bullmann beobachtet. Da Gluffke sich nicht ausweisen kann, nimmt Bullmann ihn gewaltsam fest und bringt ihn zu einer nahegelegenen Polizeiwache, wo sich der Vorfall aufklärt. War Bullmann gerechtfertigt?

1) **Nach einer Ansicht** (Jakobs AT 16/16; Jescheck § 35 IV 2; Maurach/Zipf AT I S. 410) **ist der Festnehmende aufgrund der Schwere des Eingriffs in die körperliche Bewegungsfreiheit nur dann objektiv gerechtfertigt, wenn der andere die Tat tatsächlich begangen hat.** Da der Privatmann den anderen im Gegensatz zu einem Polizeibeamten nicht festnehmen muss, steht ihm dessen Irrtumsprivileg nicht zu. Da auch ein unvermeidbarer Irrtum über die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes die Festnahme nicht rechtmäßig macht, steht dem Betroffenen ein Notwehrrecht zu, das er aber wegen des unverschuldeten Irrtums unter größtmöglicher Schonung des anderen wahrnehmen muss.

- 2) **Nach anderer Auffassung** (BGH in Zivilsachen NJW 1981, 745; OLG Hamm NStZ 1998, 370; Kargl NStZ 2000, 10) **ist der Festnehmende auch bei der Festnahme eines Unschuldigen durch § 127 I StPO gerechtfertigt, wenn er ohne Fahrlässigkeit von dessen Tatbegehung ausgehen durfte.** Ansonsten würde sich kein Privatmann auf das Risiko eines unverschuldeten Irrtums einlassen, so dass das Festnahmerecht leerlaufen würde. Im Übrigen ist ein Privatmann, von evidenten Ausnahmefällen abgesehen, weder in der Lage noch dazu berufen, aus eigener Kraft zu beurteilen, ob eine Straftat tatsächlich begangen wurde. Maßnahmen, die der Einleitung eines Strafverfahrens dienen, sind stets Verdachtstatbestände, da in diesem frühen Stadium des Verfahrens noch keine absolute Gewissheit bestehen kann.

§ 24 Die rechtfertigende Einwilligung

Vorbemerkung: Einverständnis und Einwilligung

- 1) Das **Einverständnis** des Rechtsgutsinhabers lässt im Gegensatz zur rechtfertigenden Einwilligung bereits den Tatbestand entfallen. Es handelt sich daher immer dann bereits um ein Einverständnis, wenn die tatbestandsmäßige Handlung begrifflich voraussetzt, dass der Täter gegen den Willen des Rechtsgutsinhabers handelt; z.B. im Rahmen der §§ 177 ff., 234 ff., 239, 240, 242, 248 b, 249 ff.
 - a) Besteht das Wesen der tatbestandsmäßigen Handlung in der Verletzung der Handlungsfreiheit (z.B.: §§ 239, 240), so ist für die Wirksamkeit des Einverständnisses keine Geschäftsfähigkeit erforderlich. Es genügt die natürliche Fähigkeit, einen Willen zu bilden; daher schließen auch Willensmängel wie z.B. eine arglistige Täuschung die Wirksamkeit nicht aus.
 - b) In anderen Fällen setzt die Wirksamkeit des Einverständnisses voraus, dass der Betroffene in der Lage ist, die Tragweite seiner Entscheidung zu überblicken (z.B. §§ 202, 203). In Fällen, in denen Vermögensinteressen auf dem Spiel stehen (§§ 142, 266) ist sogar Geschäftsfähigkeit erforderlich (z.B., wenn bei § 266 durch Zustimmung des Betroffenen der Rahmen des rechtlichen Dürfens vergrößert wird).
- 2) Die **Einwilligung** wirkt rechtfertigend bei Taten, die ihrem Wesen nach nicht gegen den Willen des Berechtigten verübt werden müssen und bei denen daher der Täter trotz Zustimmung des Betroffenen tatbestandsmäßig handelt. Der Einwilligende verzichtet durch Preisgabe seiner Interessen auf strafrechtlichen Schutz. Da die Rechtsordnung die subjektive Wertung der Rechtsgüter durch den einzelnen in gewissen Grenzen anerkennt, muss sein Interesse am ungehinderten Gebrauch seiner persönlichen Freiheit gegen das Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung der Rechtsgüter abgewogen werden. Soweit die wirksame Einwilligung des Rechtsgutsinhabers reicht, deckt sie die Verletzung des geschützten Individualrechtsguts ab.

I. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung

- 1) Der Einwilligende ist **Inhaber des betroffenen Rechtsguts**. Eine Einwilligung ist daher nur bei reinen Individualrechtsgütern denkbar, nicht bei Taten, die zugleich oder nur Allgemeininteressen tangieren. So scheidet eine Einwilligung z.B. bei den §§ 153 ff., 164, 315 ff. (BGH St 23, 261; str.; dazu StGB BT 1 § 46 I 2 a) aus.
- 2) Der Rechtsinhaber ist **zur Disposition über das Rechtsgut befugt**. Die Dispositionsbefugnis fehlt ihm bei der Einwilligung in die eigene Tötung (Arg.: § 216) sowie in eine Körperverletzung, die trotz der Einwilligung sittenwidrig ist (Arg.: § 228; dazu BGH NJW 2015, 1540 im Hinblick auf eine Schlägerei; NStZ 2000, 87).
- 3) **Einwilligungsfähigkeit**
 - a) **Nach einer Ansicht** (BGH St 12, 382; 23, 1; LK-Hirsch Rz. 118 vor § 32; Jescheck S. 343) **genügt die von der Entwicklungsstufe des einzelnen abhängige persönliche Einsichtsfähigkeit in die Tragweite der Disposition, die unabhängig von der Geschäftsfähigkeit ist** (BGH St 23, 1, 4). Der Gedanke des Minderjährigenschutzes greift nicht durch, da es nur um die Frage der Strafbarkeit einer Handlung trotz Zustimmung des Betroffenen geht. Fehlt diese Einsichtsfähigkeit, muss der personensorgeberechtigte gesetzliche Vertreter entscheiden (BGH St 12, 379, 383).
 - b) **Nach Schönke/Schröder/Lenckner** (Rz. 40 vor § 32) **soll zwischen höchstpersönlichen Rechtsgütern wie der körperlichen Unversehrtheit und der Ehre einerseits und Vermögensinteressen andererseits differenziert werden**. Da die höchstpersönlichen Rechtsgüter Ausfluss

des Persönlichkeitsrechts sind und daher in stärkerem Maße nach Selbst- statt Fremdbestimmung verlangen, soll hier die persönliche Einsichtsfähigkeit entscheiden, während bei Vermögenswerten eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich sein soll.

- 4) Die Einwilligung muss zwar **nach außen hin erklärt** werden, da aus Gründen der Rechtssicherheit die rein innere Zustimmung nicht genügt (LK-Hirsch § 32 Rz. 111). Diese Erklärung muss jedoch weder an den Täter adressiert sein noch ihm zugegangen sein.

Ferner muss sie **vor der Tat** erteilt worden sein, so dass eine nachträgliche Genehmigung dem Täter nichts nutzt (BGH St 17, 359, 360). Sie muss zur Zeit der Tat noch bestehen, wobei die Einwilligung bis dahin frei widerrufen werden kann.

- 5) Die Einwilligung muss **frei von Willensmängeln** sein. Dabei hindert nicht jeder Willensmangel die Wirksamkeit, sondern nur der Mangel, der den Betroffenen die Tragweite seiner Entscheidung verkennen lässt.

Beispiel: Bei einer lebensgefährlichen Operation behauptet der behandelnde Arzt, es handle sich um einen harmlosen Routineeingriff.

Zur Wirksamkeit der Einwilligung BGH NStZ 1986, 215, BGH St 13, 138: Ein Geistlicher erschleicht sich geschlechtliche Handlungen einer Frau durch die Behauptung, er sei der wiederauferstandene Jesus Christus.

Nach Stader zeigt sich in der Verurteilung ein gewisser Neid der Juristen auf den Berufsstand des Geistlichen: Welcher Jurist könne sich schon Erfolg beim anderen Geschlecht durch die Behauptung erhoffen, er sei der wiederauferstandene Karl Larenz?

Trotz eines Irrtums bleibt die Einwilligung wirksam, wenn der Irrtum mit der Bedeutung und dem Umfang der Beeinträchtigung nichts zu tun hat (BGH St 16, 309).

Beispiel: Um den einen Patienten zugunsten des anderen zu einer lebensrettenden Blutspende zu bewegen, behauptet der behandelnde Arzt, die Verweigerung der Blutspende habe schwerwiegende strafrechtliche Folgen.

- 6) Der Täter muss - wie bei jedem anderen Rechtfertigungsgrund auch - **in Kenntnis der Einwilligung** handeln. Fehlt diese Kenntnis, wird der Täter wegen Versuchs bestraft, wenn es einen entsprechenden Versuchstatbestand gibt, da das Erfolgsunrecht durch die Einwilligung entfällt und nur der verbleibende Handlungsunwert bestraft werden kann.

II. Die mutmaßliche Einwilligung

Die rechtfertigende mutmaßliche Einwilligung kann ein tatbestandsmäßiges Verhalten in 2 verschiedenen Situationen rechtfertigen:

Eine ausdrückliche Einwilligung kann nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden, doch kann davon ausgegangen werden, dass der Betroffene in Kenntnis der Sachlage für diesen Fall seine Zustimmung erteilt hätte.

Der Betroffene könnte zwar rechtzeitig gefragt werden, doch darf der Täter ausnahmsweise davon ausgehen, dass der Betroffene auf eine Befragung keinen Wert legt (= weichendes Interesse).

Auch bei der mutmaßlichen Einwilligung müssen sämtliche Voraussetzungen der Einwilligung vorliegen, doch wird die ausdrückliche Erteilung durch den hypothetischen Willen des Betroffenen ersetzt. Es handelt sich um ein **Wahrscheinlichkeitsurteil über den wahren Willen des Rechtsgutsinhabers zur Zeit der Tat**. Kriterien sind dessen persönliche Anschauungen, Wünsche und Wertmaßstäbe; keinesfalls darf ein bekannter, aber als unvernünftig eingestuftes Wille negiert werden. Die vernünftige Sichtweise eines Durchschnittsdritten hat nur Indizfunktion; ist der persönliche Wille unbekannt, so darf man davon ausgehen, dass sein hypothetischer Wille dem entspricht, was in dieser Situation sachgerecht und vernünftig gewesen wäre. Hat der Täter den hypothetischen Willen des Betroffenen sorgfältig geprüft, so ist er auch für den Fall gerechtfertigt, dass sich nachträglich ein anderer Wille des Betroffenen herausstellt.

Beispiel nach BGH St 35, 246: Bei einem Kaiserschnitt unterbrechen die Ärzte den Eileiter, weil eine weitere Schwangerschaft für die Frau lebensgefährlich gewesen wäre. Der BGH hatte den Eingriff durch mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt, obwohl die Frau noch rechtzeitig hätte informiert und befragt werden können. Die rechtfertigende Einwilligung entfällt nicht allein deshalb, weil der Arzt es unterlassen habe, den Patienten auf eine Operationserweiterung aufmerksam zu machen und dadurch die Möglichkeit der Einwilligung unmöglich gemacht hat. Kritisch dazu Geppert JZ 1988, 1026 ff.; Hoyer StrV 1989, 245 ff.

Nach Roxin (§ 18 Rz. 19 ff.) kann man die Kriterien für eine mutmaßliche Einwilligung wie folgt bestimmen:

1) Der Täter handelt im Interesse des Betroffenen

a) Sachgebundene Entscheidungen

Werden durch den Eingriff keine höchstpersönlichen Rechtsgüter betroffen, so kann sich derjenige auf eine mutmaßliche Einwilligung berufen, der nach erfolgter Abwägung eindeutig das überwiegende Interesse des Betroffenen wahrt, es sei denn, dass er dessen entgegenstehenden Willen kennt.

Beispiel: Der Nachbar dringt in eine fremde Wohnung ein, um bei einem Brand zu löschen.

b) Persönlichkeitsgebundene Entscheidungen

In bestimmten Fällen lassen sich für den hypothetischen Willen keine verallgemeinerungsfähigen Kriterien finden, weil die persönliche Ansicht des Betroffenen entscheidet. Hier gilt die umgekehrte Regel: Der Täter darf nicht von einer mutmaßlichen Einwilligung ausgehen, wenn keine besonderen Umstände vorliegen, die eine andere Sicht des Betroffenen nahelegen.

Beispiel: Der Nachbar öffnet ein scheinbar wichtiges Schreiben in Abwesenheit des Adressaten.

c) Existentielle Entscheidungen

Geht es um eine Frage von Leben und Tod, so ist von einer mutmaßlichen Einwilligung auszugehen, es sei denn, dass ein entgegenstehender Wille bekannt ist oder eine Rettungshandlung solange verschoben werden kann, bis man den Betroffenen befragen kann. Würde der Betroffene ohne den Eingriff sterben, so ist nach Roxin auch ein bekannter entgegenstehender Wille unbeachtlich (Das Unfallopfer hatte zuvor erklärt: „ich würde lieber sterben als ein Pflegefall zu werden“), da sich eine derart existentielle Entscheidung nicht rational antizipieren lässt und der Betroffene in der konkreten Situation vielleicht doch anders entscheiden würde.

(Eingehend dazu Rickmann: Die Wirksamkeit von Patiententestamenten im Bereich des Strafrechts)

2) Der Täter handelt im eigenen Interesse

Hier darf der Täter nicht von einer mutmaßlichen Einwilligung ausgehen, wenn keine Indizien für eine hypothetische Zustimmung des Betroffenen gegeben sind, da der Betroffene im Gegensatz zu den o.g. Fällen keinerlei Vorteile aus dem Eingriff des Täters ziehen wird.

Beispiel: Der Nachbar sammelt im Garten des anderen in dessen Abwesenheit Obst auf, das bis zu dessen Rückkehr verfault wäre.

Roxin will selbst bei derart geringfügigen Beeinträchtigungen eine Rechtfertigung versagen; meines Erachtens nach liegt hier gar keine Beeinträchtigung vor, wenn das Obst ohnehin verfault wäre, weil es an einem schutzwürdigen Interesse des Betroffenen fehlt.

4. Teil: Die Schuld

Vorbemerkung

1) Das Schuldprinzip

Strafe setzt Schuld voraus. Während Maßregeln der Besserung und Sicherung bei fortbestehender Sozialgefährlichkeit aus präventiven Gründen auch ohne schuldhaftes Handeln verhängt werden können, würde die Bestrafung eines Täters ohne dessen Schuld gegen das Rechtsstaatsprinzip und gegen die Menschenwürde verstoßen. Im Übrigen wäre eine Bestrafung ohne Schuld sowohl in generalpräventiver als auch in spezialpräventiver Hinsicht sinnlos, da eine Strafe nur dann etwas bewirken kann, wenn sie als „verdient“ angesehen wird (Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 33).

Wäre menschliches Verhalten allein durch äußere objektive Kausalfaktoren gesteuert, die der Mensch nicht beeinflussen kann, wäre sein Verhalten also zwangsläufiges Produkt seiner Anlage und der Umwelteinflüsse (= Determinismus), denen er ausgesetzt ist, so könnte man ihm sein Verhalten nicht vorwerfen. **Grundlage des Schuldvorwurfs ist jedoch die Fähigkeit des Menschen, sein Verhalten willentlich zu steuern und sich dabei frei zwischen Recht und Unrecht entscheiden zu können. Schuld und Willensfreiheit gehören also zusammen.** Auch wenn nicht exakt bewiesen werden kann, dass *jeder* Mensch und damit auch der konkrete Täter in seinen Entscheidungen völlig frei ist (=Indeterminismus), so geht doch das Strafrecht von der *generellen* Möglichkeit des Menschen aus, sein Verhalten zu steuern. Dieser Gedanke der Verantwortlichkeit eines erwachsenen und seelisch gesunden Menschen ist für die einen eine „staatsnotwendige Fiktion“ (Kohlrausch), für andere eine „unbezweifelbare Realität“ (Jescheck).

Auch der BGH (BGH St 2, 194, 200) geht von der Willensfreiheit des einzelnen als Grundlage der Schuld aus: „Schuld ist Vorwerfbarkeit. Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, dass er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich für das Recht hätte entscheiden können. Der innere Gedanke des Schuldvorwurfs liegt darin, dass der Mensch eine auf freie verantwortliche Selbstbestimmung angelegt ist und daher fähig ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht entscheiden zu können.“

Das Schuldprinzip setzt aber nicht nur voraus, dass der Mensch sich frei, sondern auch, dass er sich richtig entscheiden kann: Neben der Freiheit des *Willens* muss die Fähigkeit des *Wertens* stehen. Der Täter beurteilt sein Verhalten durch sein *Gewissen*, das zwar rational nicht erklärt werden kann, dessen Existenz aber als selbstverständlich vorausgesetzt wird. „Das Gewissen ist eine im Menschen angelegte Kraft, die sich von frühester Kindheit an entwickelt und bei der ausgereiften Persönlichkeit zu dem natürlichen Rechtsbewusstsein führt, das den Täter befähigt, sein Verhalten als Recht oder Unrecht zu erkennen“ (Jescheck S. 371).

Schuld ist daher Vorwerfbarkeit der Tat im Hinblick auf die ihr zugrunde liegende rechtlich missbilligte Gesinnung. Kommt es durch eine fehlerhafte rechtliche Einstellung des Täters zu einer Fehlentscheidung seines Gewissens, so befindet sich der insoweit irrende Täter in einem **Verbotsirrtum** gemäß § 17; bei der Frage nach dessen Vermeidbarkeit ist entscheidend, ob der Täter bei gehöriger Anspannung seines Gewissens das Unrecht der Tat hätte erkennen können. Der Vorwurf lautet also entweder, dass er sich bei seinem Verhalten nicht von seinem Gewissen hat leiten lassen oder dass er sein irrendes Gewissen nicht korrigiert hat, obwohl er dies hätte tun können (Jescheck a.a.O.).

2) Das Prinzip der Einzeltatschuld

Gegenstand des Schuldvorwurfs ist die konkrete Tat. Es gilt das Prinzip des **Tatschuld**, nicht das der Lebensführungsschuld: Der Täter wird nur für das bestraft, was er *tut*, nicht für das, was er *ist*. Der Vorwurf ist also auf die in der jeweiligen Tatbegehung aktualisierte Schuld gerichtet. Alle Faktoren in der Persönlichkeitsentwicklung im Vorfeld der Tatbegehung werden gemäß § 46 II nur bei der Strafzumessung und auch dort nur soweit berücksichtigt, wie sie in diese konkrete Tatbegehung eingeflossen sind.

3) Die Bestandteile der Schuld

Die Schuld des Täters besteht aus folgenden Elementen: **Schuldfähigkeit - Unrechtsbewusstsein - Fehlen von Entschuldigungsgründen**. Im Rahmen der Fahrlässigkeit wird im Bereich der Schuld die subjektive Fahrlässigkeit geprüft, also die subjektive Sorgfaltspflichtverletzung und Vorhersehbarkeit des Erfolgseintritts. Ob auch der Vorsatz eine Doppelfunktion hat und daher nicht nur im Tatbestand, sondern auch zusätzlich im Rahmen der Schuld auftaucht, werde ich im Bereich des Erlaubnistatbestandsirrtums darstellen (= rechtsfolgeneingeschränkte Schuldtheorie). Ob es im Rahmen der Schuld Gesinnungsmerkmale als spezielle Schuldmerkmale gibt, die nicht Handlungs- und Erfolgsunwert, sondern den Gesinnungsunwert der Tat beschreiben, sehen wir uns im Zusammenhang mit den Mordmerkmalen an (vgl. dazu meinen StGB BT 1 § 1 II 2 b).

§ 25 Die Schuldfähigkeit

Wie wir soeben festgestellt haben, ist die Grundlage des strafrechtlichen Schuldvorwurfs die Fähigkeit des Menschen, sein Verhalten in freier Selbstbestimmung zu steuern. Diese Fähigkeit besitzt aber nur der Straftäter, der ein bestimmtes Alter erreicht hat und auch nicht an seelischen Störungen i.S.d. § 20 leidet, die ihn daran hindern, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Erkenntnis zu handeln.

I. Die Altersstufen der Schuldfähigkeit

- 1) **Kinder** unter 14 Jahren sind nach § 19 schuldunfähig. Unabhängig von der geistigen Reife des konkreten Täters besteht eine unwiderlegbare gesetzliche Vermutung, dass ein Täter, der bei Begehung der Tat noch keine 14 Jahre alt war, das Unrecht der Tat noch nicht erkennen konnte. Der entscheidende Zeitpunkt ist die Vornahme der *Tathandlung*, nicht der des Erfolgseintritts. Ist der Minderjährige Teilnehmer, so entscheidet der Zeitpunkt der Anstiftung oder Hilfeleistung, nicht der der Haupttat.

Die Schuldunfähigkeit des Kindes ist ein Prozesshindernis und führt im Strafprozess dazu, dass das Strafverfahren nach § 170 II StPO eingestellt wird. Das Kind kann zwar nicht bestraft werden, doch kann das Familiengericht gemäß den §§ 1631 III, 1666, 1838 BGB Erziehungsmaßnahmen anordnen.

Hat sich ein Schuldfähiger an der Haupttat eines Kindes beteiligt, so spielt die Schuldunfähigkeit des Haupttäters gemäß § 29 für den Teilnehmer keine Rolle; hatte dieser allerdings ganz gezielt ein schuldunfähiges Kind für die Tatbegehung eingesetzt, so wird auch an eine mittelbare Täterschaft zu denken sein.

- 2) **Jugendliche im Alter zwischen 14 und 18 Jahren sind bedingt schuldfähig.** Gemäß § 3 S. 1 JGG ist ein Jugendlicher strafrechtlich verantwortlich, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der Tat zu erkennen und nach dieser Erkenntnis zu handeln. Die Einsichtsfähigkeit muss sich auf die konkrete Tat beziehen, so dass bei der Begehung mehrerer Taten die Einsichtsfähigkeit teilbar ist.

Fehlt dem jugendlichen Täter die erforderliche Einsichtsfähigkeit, so darf er zwar nicht bestraft werden, doch kann der Richter gemäß § 3 S. 2 JGG die o.g. Erziehungsmaßnahmen anordnen.

- 3) **Heranwachsende im Alter zwischen 18 und 21 Jahren sind strafrechtlich voll verantwortlich.** Ergibt aber die Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit, dass der Täter in seiner Entwicklung eher einem Jugendlichen als einem Erwachsenen entspricht oder handelt es sich um eine Jugendverfehlung, so entnimmt der Richter die Rechtsfolgen dem JGG. Ansonsten gelten die Rechtsfolgen, die der jeweilige StGB-Tatbestand vorsieht, doch kann anstelle von lebenslanger Freiheitsstrafe nach § 106 JGG auf eine Freiheitsstrafe von 10 bis 15 Jahren erkannt werden; Sicherheitsverwahrung darf bei Heranwachsenden nicht angeordnet werden.
- 4) **Volljährige**, die älter als 21 Jahre sind, sind für ihre Taten ebenfalls voll verantwortlich; die Rechtsfolgen werden ausschließlich dem jeweils verwirklichten Straftatbestand des StGB entnommen. Der Richter geht solange von der Schuldfähigkeit des Täters aus, bis sich konkrete Anhaltspunkte für fehlende oder verminderte Schuldfähigkeit ergeben.

II. Die Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen nach § 20

Gemäß § 20 handelt der Täter ohne Schuld, der bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder wegen Schwachsinn oder einer anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat zu erkennen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

Zur Feststellung der Schuldunfähigkeit verwendet das Strafrecht hier eine **gemischte biologisch-psychologische Methode**. Danach prüft man die Schuldunfähigkeit auf 2 Stufen:

- 1) **Biologische Merkmale:** Auf der 1. Stufe stellt der Richter, regelmäßig unter Zuhilfenahme eines Sachverständigen, fest, ob eines der in § 20 abschließend aufgezählten biologischen Merkmale vorliegt:
 - Krankhafte seelische Störung (endogene Psychose, Schizophrenie);
 - tiefgreifende Bewusstseinsstörung (z.B. Vollrausch, Schock, völlige Erschöpfung, schwerer Affekt);
 - Schwachsinn (angeborene Intelligenzschwäche ohne körperliche Ursache);
 - andere schwere seelische Abartigkeit (Neurosen, Triebstörungen).
- 2) **Psychologische Merkmale:** Hat das biologische Merkmal es dem Täter unmöglich gemacht,
 - a) das Unrecht der Tat zu erkennen (= intellektuelles Moment) oder
 - b) sich nach dieser Einsicht zu verhalten, wenn er trotz des biologischen Merkmals das Unrecht der Tat erkannt hat (= voluntatives Moment)?
- 3) **Konsequenzen der Schuldunfähigkeit:** War der Täter bei Begehung der Tat schuldunfähig, so hat er ohne Schuld gehandelt und darf daher nicht bestraft werden. Trotz fehlender Schuld kann das Gericht **Maßnahmen der Besserung und Sicherung** anordnen, die nicht an die *Schuld*, sondern an die fortbestehende *Sozialgefährlichkeit* des Täters anknüpfen. Hat der Täter im Zustand der Schuldunfähigkeit (§ 20) oder der verminderten Schuldfähigkeit (§ 21) eine rechtswidrige Tat begangen, so ordnet das Gericht gemäß § 63 die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus an, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, dass von ihm weiterhin erhebliche Taten zu erwarten sind und er daher eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellt. Als weitere Maßnahmen der Besserung und Sicherung käme die Entziehung der Fahrerlaubnis gemäß § 69 in Betracht.
- 4) Kann weder die Schuldfähigkeit sicher bejaht noch die Schuldunfähigkeit sicher festgestellt werden, so gilt „in dubio pro reo“: Im Zweifel geht man zugunsten des Täters davon aus, dass er während der Tat schuldunfähig war.

Problem: Die actio libera in causa (alic)

Fall: T hat sich durch erheblichen Genuss alkoholischer Getränke in den Zustand der Schuldunfähigkeit versetzt, um in diesem Zustand den ihm trotz seiner Volltrunkenheit körperlich unterlegenen O zu verprügeln. Kann T gemäß § 223 bestraft werden, obwohl er zur Zeit der Körperverletzung gemäß § 20 schuldunfähig war?

T könnte sich wegen vorsätzlicher Körperverletzung gemäß § 223 strafbar gemacht haben.

T hat den O vorsätzlich körperlich misshandelt und dadurch den Tatbestand des § 223 erfüllt.

Da auch keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind, hat er insofern auch rechtswidrig gehandelt.

Bedenken gegen seine Bestrafung könnten sich aber aus § 20 ergeben. Danach wird der Täter nicht bestraft, wenn er zur Zeit der Tat wegen einer schweren seelischen Störung das Unrecht der Tat nicht erkennen konnte. Da T i.S.d. § 20 volltrunken war, als er auf O einschlug, könnte er ohne Schuld gehandelt haben, was natürlich ein untragbares Ergebnis wäre.

- 1) Nach einer Ansicht (Hruschka, JZ 97, 22; Jescheck/Weigend § 40 IV 2; Kühl, 332; LK-Jähnke § 20 Rz. 35) kann eine Lösung über eine teleologische Reduktion des § 20 gefunden werden, wenn man auf die Worte „zur Zeit der Tat“ verzichtet. Hat der Täter den entsprechenden Tatvorsatz im Zustand der Schuldfähigkeit gefasst, so wird er selbst dann bestraft, wenn er während der Tatbegehung i.S.d. § 20 schuldunfähig war.
- 2) Nach anderer Auffassung (BGH St 42, 241; Schönke/Schröder/Perron § 20 Rz. 35 a mwN) verstößt eine derartige Reduktion des Wortlauts gegen den Bestimmtheitsgrundsatz i.S.d. Art. 103 II GG. Es bleibt also dabei, dass der Täter zur Zeit der Tat schuldfähig gewesen sein muss. Andererseits gilt die Lehre von der Gleichwertigkeit aller Bedingungen für den Erfolgseintritt: Auch der Umstand, dass T sich vorsätzlich in den Zustand der Schuldunfähigkeit versetzt hat, ist ein Umstand, den man nicht hinwegdenken kann, ohne dass die Verletzung des O entfielen, so dass auch das Sichbetrinken für die Verletzung kausal war.

Unter Zuhilfenahme der Figur der „actio libera in causa“ wird auf der Basis der Äquivalenztheorie der strafrechtliche Vorwurf nach vorne und damit in ein Stadium verlagert, in dem der Täter noch schuldfähig war. Das (vorsätzliche oder fahrlässige) Verhalten, das zur Schuldunfähigkeit führte (= „actio praecedens“) ist also das tatbestandsmäßige rechtswidrige Verhalten i.S.d. § 223, während dessen der Täter noch schuldfähig war.

- 3) Rudolphi (SK Rz. 28 b zu § 20) stimmt einer derartigen Lösung grundsätzlich zu, zieht aber bei der alic eine Parallele zur mittelbaren Täterschaft und will daher die Figur der actio libera in causa auf eigenhändige Delikte (z.B. §§ 153 ff., 315 c, 316) nicht anwenden, da dort auch mittelbare Täterschaft ausgeschlossen ist. Eigenhändige Delikte beziehen ihren spezifischen Unwertgehalt daraus, dass der Täter die tatbestandsmäßige Handlung eigenhändig vornimmt; die Verursachung der Schuldunfähigkeit könne aber nicht als eigenhändige Vornahme der Tathandlung angesehen werden. Außerhalb der eigenhändigen Delikte sei dies unproblematisch, da der Täter durch die Herbeiführung des schuldausschließenden Defektes bereits das rechtlich missbilligte Risiko schafft, er selbst könne als nicht mehr verantwortliches Werkzeug den Tatbestand verwirklichen.

Hirsch (NStZ 1997, 230) hält dem entgegen, dass bei eigenhändigen Delikten nur eine Täterschaft Dritter ausscheidet; bei der alic handele es sich aber um eine mittelbare Tatbegehung des Täters durch sich selbst als zur Tatzeit schuldunfähiges Werkzeug.

- 4) Eine **vorsätzliche alic** setzt einen **Vorsatz mit 2 Bezugspunkten** voraus (vgl. Schönke/Schröder/Perron § 20 Rz. 36 ff.):
 - a) Der Täter muss zum einen den Zustand der Schuldunfähigkeit **vorsätzlich** verursacht haben und
 - b) zum anderen auch bezüglich der tatbestandsmäßigen Handlung von vornherein **vorsätzlich** handeln, die er später im Zustand der Schuldunfähigkeit begehen wird.

Hat er entweder bezüglich der Verursachung der Schuldunfähigkeit oder bezüglich der späteren tatbestandsmäßigen Handlung nur fahrlässig gehandelt, so kommt nur eine fahrlässige alic in Betracht, was natürlich voraussetzt, dass ein entsprechender Fahrlässigkeitstatbestand existiert.

Beispiel: T will O an einer bestimmten Stelle im Wald erschießen. Um die Wartezeit zu verkürzen, trinkt er aus einer mitgeführten Cognacflasche bis zum Zustand der Volltrunkenheit, in dem er dann den O aus kurzer Distanz erschießt. Da T den Zustand der Volltrunkenheit nicht vorsätzlich, sondern nur fahrlässig herbeigeführt hat, kann er nur wegen fahrlässiger Tötung gemäß § 222 bestraft werden, obwohl er den O vorsätzlich getötet hat. Die Bestrafung wegen einer Vorsatztat setzt voraus, dass der Täter seinen Vorsatz vorwerfbar betätigt. In unserem Fall hat er diesen Vorsatz allerdings erst betätigt, als ihm dies wegen § 20 bereits nicht mehr vorgeworfen werden konnte (SK-Rudolphi § 20 Rz. 30).

- 5) Der Vorsatz des Täters muss noch zur Zeit der Schuldfähigkeit auf die Begehung einer Straftat gerichtet sein, die zumindest ihrer Gattung nach bestimmt ist. Anschließend genügt es für die Bestrafung wegen einer Vorsatztat, wenn der Täter eine Tat begeht, die aus dieser Gattung stammt.

Beispiel: Der Täter hatte sich betrunken, um in diesem Zustand irgendeinen Passanten zu überfallen.

Hatte der Täter jedoch von vornherein die Begehung einer konkreten Tat ins Auge gefasst, so gelten die Regeln über den abweichenden Kausalverlauf, wenn er im Zustand des § 20 eine andere Tat begeht, z.B. das falsche Opfer niederschlägt. Erliegt der Täter im Zustand der Schuldunfähigkeit einer Objektsverwechslung, so gelten nicht die Regeln über den error in persona, sondern die der aberratio ictus, da dem Täter der Irrtum über das Tatobjekt erst nach Verlust der Schuldfähigkeit unterläuft und dadurch die den Schuldvorwurf tragende Verbindung von Tatplan und Tatgestaltung beseitigt wird (Wessels § 10 IV).

- 6) Steht fest, dass die Voraussetzungen der alic vorliegen, so ist letztlich irrelevant, ob der Täter sich im Zustand der Schuldunfähigkeit gemäß § 20 oder der verminderten Schuldfähigkeit nach § 21 befand, da in diesem Fall von der - fakultativen - Möglichkeit der Strafmilderung des § 21 ohnehin kein Gebrauch gemacht wird (BGH St 21, 382). In der Klausur kann in dem Fall die Differenzierung zwischen § 20 und § 21 dahinstehen (zum Verhältnis von alic und § 323 a lesen Sie bitte meinen StGB BT 1 § 49 V).
- 7) Eine **fahrlässige alic** kommt in Betracht, wenn der Täter den schuldausschließenden Defekt vorsätzlich oder fahrlässig herbeiführt und dabei fahrlässig verkennt, dass er im Zustand der Schuldunfähigkeit eine Straftat begehen wird (BGH NStZ 1995, 329; BGHSt 17, 333, 335).

AL-Klausurtyp: Bei fahrlässiger Körperverletzung oder fahrlässiger Tötung ist ein Rückgriff auf die alic nach BGH St 42, 235 nicht nötig. Gegenstand des strafrechtlichen Fahrlässigkeitsvorwurfs ist bei § 222 – wie auch bei allen anderen fahrlässig begangenen Erfolgsdelikten – jedes sorgfaltswidrige Verhalten des Täters, das den Erfolg ursächlich herbeiführt. Kommen mehrer Handlungen als sorgfaltswidrig in Betracht (z.B. nicht nur die Autofahrt in alkoholisiertem Zustand, sondern auch das Sichbetrinken trotz erkennbarer Gefahr einer Trunkenheitsfahrt), so kann der strafrechtliche Vorwurf auch an dem zeitlich früheren Verhalten angeknüpft werden, das dem Täter – anders als das spätere Verhalten – auch als schuldhaft vorgeworfen werden kann.

Auch auf die Straßenverkehrsdelikte der §§ 315 c, 316 ist die Figur der alic nicht anwendbar, weil in dem Sichberauschen nicht die in diesen Tatbeständen geforderte Handlung gesehen werden kann. Bei Tatbeständen, die wie die §§ 315 c, 316 ein Verhalten verbieten, das nicht auch als die Herbeiführung eines dadurch verursachten, von ihm trennbaren Erfolgs begriffen werden kann, kann die alic die Strafbarkeit des Täters trotz eines gemäß § 20 schuldausschließenden Vollrauschs nicht rechtfertigen. Das gilt nicht nur für vorsätzliche, sondern auch für fahrlässige Verkehrsverstöße.

Dazu der BGH in BGH St 42, 235, 239: „Die Verkehrsstraftaten setzen voraus, dass der Täter ein Fahrzeug ‚führt‘. Führen eines Fahrzeugs ist aber nicht gleichbedeutend mit Verursachen der Bewegung. Es beginnt mit dem Bewegungsvorgang des Anfahrens selbst (BGH St 35, 390, 394). Dazu genügt nicht einmal, dass der Täter in der Absicht, alsbald wegzufahren, den Motor seines Fahrzeugs anlässt und das Abblendlicht einschaltet. Umso mehr muss eine zeitliche Vorverlagerung auf das Sichberauschen ausscheiden. Auch wenn der Täter plant, anschließend Auto zu fahren, liegt im Sichberauschen nicht der Beginn der Trunkenheitsfahrt.

Die alic kann auch dann nicht auf die §§ 315 c, 316 angewendet werden, wenn man die alic als einen Sonderfall der mittelbaren Täterschaft begreift, bei dem der Täter sich selbst als schuldunfähiges Werkzeug zur Tatbegehung benutzt. Auch nach diesem Modell ist die tatbestandsmäßige Handlung das Sichberauschen, doch führt der Täter durch das Sichberauschen kein Fahrzeug.

Auch aus Gründen der Gerechtigkeit oder der Prävention kann nicht darauf verzichtet werden, dass der Täter bei Begehung der Tat schuldfähig sein muss (= **Koinzidenzprinzip**). Weicht man davon ab, setzt man sich über den klaren Wortlaut des § 20 hinweg und verstößt gegen Art. 103 II GG, der strafbarkeitsbegründendes Gewohnheitsrecht verbietet.“

Folge: Der wegen Trunkenheit schuldunfähige Verkehrsstraftäter kann bei Verletzung oder Tötung eines anderen gemäß den §§ 222 bzw. 229 bestraft werden. Im Hinblick auf den Verkehrsverstoß verbleibt nur eine Bestrafung wegen Vollrauschs gemäß § 323 a, bei dem die Verkehrsstraftat die objektive Bedingung der Strafbarkeit ist (vgl. dazu ausführlich meinen StGB BT 1 §§ 48 IV, 49).

Zusammenfassung zur *actio libera in causa*

Durch eine Vorverlagerung der Strafbarkeit wird der Täter wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger alic bestraft, der sich vorsätzlich oder fahrlässig in den Zustand der Schuldunfähigkeit versetzt hat. Dabei sind 3 Möglichkeiten denkbar:

1) **Vorsätzliche alic:** Der Täter hat sich vorsätzlich in den Zustand der Schuldunfähigkeit versetzt und ebenfalls vorsätzlich in diesem Zustand eine tatbestandsmäßige Handlung begangen.

(In Kurzform: „2x vorsätzlich: vorsätzliche alic.“)

2) **Fahrlässige alic:** Der Täter hat sowohl bezüglich der späteren Schuldunfähigkeit als auch bezüglich der tatbestandsmäßigen Handlung schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig) gehandelt, doch fehlt es an dem „doppelten Vorsatz“: Entweder er hat sich vorsätzlich in den Zustand der Schuldunfähigkeit versetzt, aber bezüglich der tatbestandsmäßigen Handlung nur fahrlässig gehandelt oder umgekehrt vorsätzlich tatbestandsmäßig gehandelt, sich aber nur fahrlässig in den Zustand des § 20 versetzt. Eine 3. Möglichkeit besteht darin, dass er jeweils nur fahrlässig gehandelt hat.

(In Kurzform: „2 x schuldhaft, aber nicht 2 x vorsätzlich: fahrlässige alic.“)

3) Der Täter hat sich vorsätzlich oder fahrlässig in einen Rauschzustand versetzt, ohne bezüglich der in diesem Zustand begangenen Tat schuldhaft zu handeln. Hier entfällt die Anwendung der alic; es verbleibt die Bestrafung nach § 323 a.

(In Kurzform: „1 x schuldhaft: § 323 a.“)

§ 26 Der Verbotsirrtum des § 17

Vorbemerkung

Seit der Grundsatzentscheidung des Großen Strafsenats in BGH St 2, 194 ff. steht fest: **Das Bewusstsein des Täters, unrecht zu handeln, ist ein Teil der Schuld.** Auch der Gesetzgeber ist dem 1975 in der Neufassung des § 17 gefolgt: Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er *ohne Schuld*, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Heute werden bei einem Irrtum des Täters über die Rechtswidrigkeit (fast) nur noch Schuldtheorien vertreten. Während nach den Vorsatztheorien das Unrechtsbewusstsein neben dem Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung Teil des Vorsatzes war (= *dolus malus*), ist das Unrechtsbewusstsein nach den Schuldtheorien ein Element der Schuld. Diese Schuldtheorien kommen zwar beim Erlaubnistatbestandsirrtum (dazu unten § 28 III) zu unterschiedlichen Ergebnissen, doch sind sie sich im Kern über folgendes einig:

- Schuld setzt Unrechtsbewusstsein des Täters voraus.
- Fehlendes Unrechtsbewusstsein lässt den Tatbestandsvorsatz unberührt; so dass der Täter weiterhin tatbestandsmäßig und rechtswidrig handelt, aber:
 - Bei unvermeidbarem Verbotsirrtum entfällt die Schuld gemäß § 17, 1.
 - Bei vermeidbarem Verbotsirrtum kann die Vorsatzstrafe gemäß § 17, 2 über § 49 I gemildert werden.

I. Der Inhalt des Unrechtsbewusstseins

Der Täter muss wissen, dass er sich durch sein Verhalten in Widerspruch zu geltendem Recht setzt. Dafür ist einerseits mehr als ein „schlechtes Gewissen“ als Ausdruck sittlicher Missbilligung erforderlich („das tut man nicht“); andererseits genügt es, dass der Täter weiß, dass sein Verhalten gegen Rechtsnormen verstößt. **Das Unrechtsbewusstsein muss in dem Sinne tatbestandsbezogen sein, dass der Täter die vom entsprechenden Tatbestand umfasste spezifische Rechtsverletzung als Unrecht erkennen kann** (BGH St 15, 383). Dies setzt nicht voraus, dass der Täter weiß, dass es sich bei der von ihm erkannten Norm um eine Strafnorm handelt; auch die irrige Annahme, dass es sich nur um eine zivilrechtliche oder verwaltungsrechtliche Vorschrift handelt, lässt sein Unrechtsbewusstsein erhalten bleiben.

Beispiel: Wer glaubt, dass es sich bei der Entwendung einer Tageszeitung bis zum nächsten Tag nur um eine Eigentumsverletzung i.S.d. § 823 I BGB handelt, hat das für eine Bestrafung nach § 242 erforderliche Unrechtsbewusstsein.

Die Unkenntnis der jeweiligen Strafnorm schützt also bei Vermeidbarkeit des Irrtums nicht vor Strafe.

Das Unrechtsbewusstsein ist dabei auf die jeweilige tatbestandsmäßige Handlung bezogen. Verwirklicht der Täter mehrere Tatbestände, ist sein Unrechtsbewusstsein teilbar.

II. Die Intensität des Unrechtsbewusstseins

Ebenso wenig wie beim Vorsatz (sachgedankliches Mitbewusstsein) ist beim Unrechtsbewusstsein erforderlich, dass der Täter das Unrecht der Tat bewusst reflektiert. Es genügt, dass er das Verbotensein seines Tuns derart verinnerlicht hat, dass er das Verbot jederzeit aktualisieren könnte (dazu Schmidhäuser, FS für H. Mayer S. 331; Rudolphi Unrechtsbewusstsein, S. 166).

Ferner ist für das Bewusstsein kein sicheres Wissen bzgl. des Verbotenseins erforderlich. Es genügt das *bedingte Unrechtsbewusstsein*, das Verhalten könnte verboten sein, da sich auch in diesem Fall der Täter für eine mögliche Rechtsverletzung entschieden hat; der Täter nimmt aus Gleichgültigkeit die Rechtsverletzung in Kauf. Die Regeln des Verbotsirrtums finden keine Anwendung, so dass die volle Vorsatzstrafe verhängt wird. Schon das Bewusstsein, möglicherweise unrecht zu handeln, muss also den Täter von seinem Vorhaben abhalten.

III. Der Subsumtionsirrtum

Hat der Täter bei voller Tatsachenkenntnis lediglich infolge einer fehlerhaften rechtlichen Wertung geglaubt, sich nicht strafbar zu machen, so liegt ein Subsumtionsirrtum vor, der als Verbotsirrtum behandelt wird.

Beispiel: Der Täter des § 274 weiß, dass er eine im Rechtsverkehr zum Beweis geeignete und bestimmte Erklärung vernichtet, die den Aussteller erkennen lässt, doch glaubt er, eine Urkunde müsse namentlich unterschrieben sein.

Der (regelmäßig unbeachtliche) Subsumtionsirrtum setzt aber voraus, dass der Täter alle Umstände erkannt hat, die eine fehlerfreie Subsumtion ermöglichen. Ein Irrtum in tatsächlicher Hinsicht führt zu einem Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 I 1.

Beispiel: Der Täter hat die im Schriftstück verkörperte Gedankenerklärung nicht gesehen und somit aus seiner Sicht nur ein Stück Papier zerrissen. Er kann nach § 274 nicht bestraft werden, da er gemäß § 16 I 1 nicht vorsätzlich gehandelt hat.

IV. Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums

- 1) Der Verbotsirrtum war vermeidbar, wenn der Täter bei gehöriger Anspannung seines Gewissens das Unrecht der Tat hätte erkennen können; dabei richtet sich das Maß der erforderlichen Gewissensanspannung nach dem jeweiligen Verhalten des Täters. Die Vermeidbarkeit bestimmt sich nach den individuellen Fähigkeiten des einzelnen, doch stellt die Rechtsprechung an die Unvermeidbarkeit des Irrtums hohe Anforderungen, da der Täter die Tatbestandsmäßigkeit seines Verhaltens kennt und somit zu einer besonders sorgfältigen Prüfung verpflichtet ist. Der Täter muss daher alle geistigen Erkenntniskräfte einsetzen und aufkommende Zweifel durch Einholung von sachverständigem Rechtsrat beseitigen (BGH wistra 1984, 178).
- 2) Dies setzt aber voraus, dass der Täter überhaupt einen Anlass hatte, über das Verbotensein der Tat nachzudenken. Das ist zwar im Kernbereich des Strafrechts (z.B. Totschlag, Körperverletzung, Diebstahl, Betrug, Urkundenfälschung) stets der Fall, aber weiß jeder öffentliche Pfandleiher, dass er die verpfändete Sache nicht benutzen darf (§ 290)?
- 3) Holt der Täter rechtlichen Rat bei einem Dritten ein, so darf er sich auf dessen Rat verlassen, wenn es sich um eine sachkundige Person (z.B. Rechtsanwalt) handelt, der in der Sache kein eigenes Interesse verfolgt und daher die Gewähr für eine objektive sorgfältige Auskunft bietet (BayObLG NJW 1989, 1744; zurückhaltender in StV 1991, 421).
- 4) Hat der Täter dies versäumt, so bedeutet dies aber noch nicht automatisch, dass sein Verbotsirrtum vermeidbar war; dies ist nur der Fall, wenn die hypothetisch erteilte Auskunft dem Täter die Erkenntnis verschafft hätte, sein Handeln könnte rechtswidrig sein. Es muss also eine Kausalität zwischen fehlender Nachfrage und Verbotsirrtum bestehen (OLG Celle NJW 1977, 1644; so auch Rudolphi JR 1989, 387; Schönke/Schröder/Cramer § 17 Rz. 22 m.w.N.). Der BGH (BGH St 21, 21) bestraft den Täter aber selbst dann, wenn auch die Nachfrage den Irrtum nicht aufgeklärt hätte, also allein dafür, dass er nicht nachgefragt hat.

V. Die Folgen des Verbotsirrtums

1) Der unvermeidbare Verbotsirrtum

Konnte der Täter das Unrecht seiner Tat nicht erkennen, so handelt er gemäß § 17, 1 ohne Schuld und wird freigesprochen: Wer nicht wissen kann, dass er etwas Verbotenes tut, lehnt sich nicht bewusst gegen die Rechtsordnung auf und kann nach dem Schuldprinzip auch nicht bestraft werden.

2) Der vermeidbare Verbotsirrtum

Hätte der Täter aufgrund seiner persönlichen Fähigkeiten das Unrecht der Tat erkennen können, so wird er wegen vorsätzlich begangener Tat bestraft, doch kann seine Strafe gemäß § 17, 2 über § 49 I gemildert werden. Es handelt sich um einen *fakultativen Strafmilderungsgrund*; da der Täter nicht mit vollem Unrechtsbewusstsein gehandelt hat, sollte von der Strafmilderung Gebrauch gemacht werden, es sei denn, der Verbotsirrtum beruht auf Gleichgültigkeit oder Rechtsblindheit. Mildert der Richter die Strafe nicht, so muss er jedoch im Urteil erkennen lassen, dass er sich der Möglichkeit der Strafmilderung bewusst gewesen ist (OLG Hamm VRS 10, 358).

§ 27 Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe

Vorbemerkung

Im Rahmen des Verbotsirrtums müssen wir zwischen dem direkten und dem indirekten Verbotsirrtum unterscheiden:

- 1) Beim **direkten Verbotsirrtum** kennt der Täter die Norm nicht, die ihm dieses Verhalten verbietet; allein infolge fehlender Verbotskenntnis hält der Täter sein Verhalten für erlaubt (z.B. in Unkenntnis des § 293 verletzt der Täter fremde Fischereirechte.). Ein weiterer Verbotsirrtum besteht im Irrtum über gesamtatbewertende Merkmale, wenn sich der Täter über die rechtliche Bewertung seines Verhaltens irrt (z.B.: Der Täter hält sein verwerfliches Verhalten nicht für verwerflich i.S.d. § 240 II.).
- 2) Beim **indirekten Verbotsirrtum** kennt der Täter zwar das Verbot, glaubt aber, sich in diesem konkreten Fall aufgrund eines in Wahrheit nicht bestehenden Rechtfertigungsgrundes ausnahmsweise so verhalten zu dürfen. Diese irrige Annahme, so handeln zu dürfen, kann 3 verschiedene Ursachen haben:

I. Der Irrtum über die Existenz eines Rechtfertigungsgrundes

Fall: Der Arzt leistet bei einem Patienten auf dessen Wunsch hin aktive Sterbehilfe und glaubt dabei, durch „Euthanasie“ gerechtfertigt zu sein.

Der Täter geht zu seinen Gunsten von der Existenz eines Rechtfertigungsgrundes aus, den es gar nicht gibt. Er erfindet daher einen Rechtfertigungsgrund aufgrund seines fehlerhaften Rechtsbewusstseins und befindet sich in einem **Erlaubnisirrtum**, der nach den Regeln des Verbotsirrtums behandelt wird: Er lässt den Tätersvorsatz unberührt und kann nach § 17, 1 nur die Schuld entfallen lassen, wenn er nicht zu vermeiden war. Meist ist er zu vermeiden, so dass die Strafe gemäß den §§ 17, 2; 49 I nur gemildert werden kann.

II. Der Täter irrt sich über die Grenzen eines existierenden Rechtfertigungsgrundes

Fall: Der Täter glaubt, sich auch gegenüber einem ihm körperlich weit unterlegenen und unbewaffneten Angreifer mit einem tödlichen Schuss verteidigen zu dürfen oder sich bereits dann auf § 34 berufen zu dürfen, wenn das geschützte Rechtsgut im Verhältnis zum beeinträchtigten Rechtsgut nur gleichwertig ist.

Auch hier gilt das, was wir oben bei I. bereits festgestellt haben: Der Täter irrt sich aufgrund einer fehlerhaften rechtlichen Einstellung, so dass auch hier ein **Erlaubnisirrtum** vorliegt, der den Regeln des Verbotsirrtums folgt.

Etwas anderes gilt in Fällen, in denen der Täter aufgrund eines Irrtums über gesamtatbewertende Umstände von Voraussetzungen i.S.d. § 34 ausgeht, bei deren Vorliegen das geschützte Rechtsgut das beeinträchtigte Rechtsgut wesentlich überwiegen würde. Hier handelt es sich um einen **Erlaubnistatbestandsirrtum**, der den Tätersvorsatz analog § 16 I 1 entfallen lässt, da der Täter bei zutreffender Vorstellung nach § 34 objektiv gerechtfertigt gewesen wäre.

Beispiel: Wilhelm bringt ein vermeintlich schwerverletztes Unfallopfer mit überhöhter Geschwindigkeit in die Klinik, wobei er einen Fußgänger i.S.d. § 315 c konkret gefährdet hat. Nachträglich stellt sich heraus, dass für das Unfallopfer zu keinem Zeitpunkt Lebensgefahr bestand. Die objektiven Voraussetzungen des § 34 liegen nicht vor, da ohne Lebensgefahr des Opfers das Interesse der Allgemeinheit an der Sicherheit des Straßenverkehrs überwiegt.

III. Der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes

Fall: Der schreckhafte Gluffke schlägt im Wald einen harmlosen Spaziergänger nieder, der ihn in einer fremden Sprache um Feuer gebeten hatte und den er irrig für einen Räuber gehalten hatte.

Der Täter geht irrig von tatsächlichen Umständen aus, bei deren Vorliegen er objektiv durch einen von der Rechtsordnung anerkannten Rechtfertigungsgrund gerechtfertigt wäre. Der Erlaubnistatbestandsirrtum verfügt über die gleiche Struktur wie der Tatbestandsirrtum des § 16 I 1: Auch der Erlaubnistatbestandsirrtum bezieht sich auf deskriptive oder normative Merkmale einer Rechtsnorm. Es gibt aber auch Berührungspunkte mit dem Verbotsirrtum des § 17: Der Täter weiß, dass er den Tatbestand verwirklicht und wird daher prinzipiell von der „Appellfunktion des Tatbestandes“ erreicht, doch glaubt der Täter, ausnahmsweise wegen des vermeintlichen Erlaubnissatzes so handeln zu dürfen.

Zu diesem Problemkreis werden im Wesentlichen 4 Ansichten vertreten, die ich Ihnen zunächst im Überblick vorstellen möchte:

- 1) **Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen** (begründet von Adolf Merkel 1891; dazu Schünemann/Greco GA 2006, 792; grundlegend Hirsch: Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen)

Nach dieser Ansicht setzt sich eine Straftat nicht aus den 3 Stufen von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld zusammen, sondern Tatbestand und Rechtswidrigkeit verbinden sich zu einem **Gesamt-Unrechtstatbestand**, so dass nur noch 2-stufig zwischen Unrecht und Schuld unterschieden wird. Innerhalb des Unrechtstatbestandes ist **Voraussetzung der Tatbestands-erfüllung, dass keine Rechtfertigungsgründe vorliegen**; diese Rechtfertigungsgründe bilden daher negative Tatbestandsmerkmale. Der Gesetzgeber hat nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen die Rechtfertigungsgründe nur vor die Klammer des Besonderen Teils gezogen, um nicht bei jedem Tatbestand des BT ihr Nichtvorliegen feststellen zu müssen.

Folgt man dieser Ansicht, so stellt die irrige Annahme eines Rechtfertigungsgrundes einen Irrtum über ein negatives Tatbestandsmerkmal dar, der in direkter Anwendung des § 16 I 1 den Vorsatz ausschließt. Konnte der Täter diesen Irrtum vermeiden, so wird er über § 16 I 2 wegen fahrlässiger Tatbegehung bestraft, wenn das Gesetz ein derartiges fahrlässiges Verhalten unter Strafe stellt.

Kritik: An dieser Lehre wird kritisiert, dass dadurch entgegen dem 3-stufigen Verbrechenbau der Unterschied zwischen dem Tatbestand als typisierter Form des Unrechts und den Rechtfertigungsgründen als nur ausnahmsweise geltenden Erlaubnissätzen wegfällt.

- 2) **Die Schuldtheorien**

Vorbemerkung

Nach den Schuldtheorien ist das Unrechtsbewusstsein des Täters kein Bestandteil des Vorsatzes, sondern ein Element der Schuld. Der Vorsatz gehört danach zum subjektiven Teil des Tatbestandes und als den Täter steuernder Faktor zur Handlung. Der Vorsatz erschöpft sich im Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung.

Das Unrechtsbewusstsein ist Teil der Schuld. Schuldhaft handelt der vorsätzlich handelnde Täter dann, wenn er schuldfähig ist und darüber hinaus in der Lage ist, das Unrecht seines Tuns zu erkennen. Die Schuldtheorien können sich auf die Fassung des § 17 stützen: Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte.

Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit kann daher niemals den Vorsatz ausschließen, sondern bei Unvermeidbarkeit gemäß § 17, 1 nur den Schuldvorwurf entfallen lassen.

Innerhalb der Schuldtheorien wird jedoch gerade über die Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums gestritten, wobei im Wesentlichen 3 Ansichten vertreten werden:

- a) **Die strenge Schuldtheorie** behandelt den Erlaubnistatbestandsirrtum als Verbotsirrtum i.S.d. § 17: Ist der Irrtum unvermeidbar, so entfällt die Schuld und der Täter wird freigesprochen. Hätte der Täter den Irrtum verhindern können, so wird er wegen vorsätzlicher Begehung der Tat mit der Möglichkeit einer Strafmilderung über § 49 I bestraft.
- b) **Die eingeschränkte Schuldtheorie** lässt in analoger Anwendung des § 16 I 1 den Tatbestandsvorsatz unabhängig von der Vermeidbarkeit des Irrtums entfallen: Der Täter wird also auch bei Vermeidbarkeit seines Irrtums nicht wegen vorsätzlicher, sondern über § 16 I 2 wegen fahrlässiger Tat bestraft, wenn eine fahrlässige Tatbegehung unter Strafe steht.
- c) **Die rechtsfolgeneingeschränkte Schuldtheorie** folgt im Ergebnis der eingeschränkten Schuldtheorie, doch lässt sie nicht den Tatbestandsvorsatz, sondern die Vorsatzschuld entfallen.

Die Schuldtheorien im Detail

- a) **Die strenge Schuldtheorie** (Welzel Lb. S. 168 ff., Maurach/Gössel AT 2 S.42; weitere Nachweise bei Schönke/Schröder/Sternberg/Lieben § 16 Rz. 15.)

Nach dieser Lehre handelt es sich bei jedem Irrtum des Täters über die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens um einen *Verbotsirrtum*, egal, worauf der Irrtum beruht. Der Name dieser Lehre stammt daher, dass sie von diesem Grundsatz, jeder Irrtum über die Rechtswidrigkeit sei ein Verbotsirrtum, keine Ausnahme macht, so dass danach auch der Erlaubnistatbestandsirrtum ein Verbotsirrtum ist, der den Vorsatz auch bei Unvermeidbarkeit unberührt lässt. Dies wird damit begründet, dass der Täter, der sehenden Auges den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, wisse, dass er „an sich“ etwas Verbotenes tut. Er müsse daher aufgrund der Appellfunktion des Tatbestandes sein Verhalten besonders sorgfältig prüfen; tut er das nicht oder nicht sorgfältig genug, dann müsse ihm ein schwererer Vorwurf als der eines fahrlässigen Tatbestandsirrtums mit entsprechender Bestrafung wegen Fahrlässigkeit gemacht werden.

Der Vorteil dieser Lehre besteht darin, dass sie in Fällen eines vermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtums durch die Bestrafung wegen Vorsatztat die Lücken schließt, die nach der eingeschränkten Schuldtheorie durch § 16 I 2 dann entstehen, wenn ein fahrlässiges Verhalten nicht unter Strafe steht.

Beispiel: Der Täter zerstört aufgrund eines vermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtums eine fremde Sache: Die strenge Schuldtheorie bestraft nach § 303 mit der Möglichkeit der Strafmilderung. Die eingeschränkte Schuldtheorie und die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen können nicht strafen, da auch bei vermeidbarem Irrtum der Vorsatz entfällt und fahrlässige Sachbeschädigung nicht strafbar ist. Zur Kritik unter diesem Aspekt: Dreher, FS für Heinitz S. 227; Jakobs AT S. 309.

Kritik:

Es stellt sich hier aber meines Erachtens die Frage, ob es sich bei dieser Straflosigkeit wirklich um eine Lücke im Strafrechtssystem handelt oder ob nicht in Fällen, in denen der Gesetzgeber bewusst auf die Schaffung eines Fahrlässigkeitstatbestandes verzichtet hat, eine zivilrechtliche Schadensersatzpflicht genügt. Ein weiterer Kritikpunkt besteht darin, dass der auf einem *Wahrnehmungsmangel* beruhende Erlaubnistatbestandsirrtum nach der strengen Schuldtheorie nach den Regeln des Verbotsirrtums beurteilt wird, der auf *Bewertungsfehler* zugeschnitten ist.

- b) **Die eingeschränkte Schuldtheorie** (BGH NJW 2000, 1348; St 31, 264; SK-Rudolphi § 16 Rz. 12 m.w.N.; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft S. 553; weitere Nachweise bei Schönke/Schröder/Sternberg/Lieben § 16 Rz. 16 ff.)

Nach dieser Ansicht wird auf den Erlaubnistatbestandsirrtum § 16 I 1 analog angewandt mit der Folge, dass der Vorsatz des Täters auch bei Vermeidbarkeit des Irrtums entfällt. Der Name dieser Lehre rührt daher, dass auch nach dieser Auffassung der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Verhaltens grundsätzlich ein Verbotsirrtum i.S.d. § 17 ist, der den Vorsatz nicht berührt. Allerdings muss beim Erlaubnistatbestandsirrtum eine Ausnahme von diesem Grundsatz gemacht werden dahingehend, dass hier auch bei Vermeidbarkeit des Irrtums nicht wegen einer Vorsatztat bestraft werden kann.

Für den Vorsatzausschluss trotz vermeidbaren Irrtums spricht, dass der Täter bei zutreffender Vorstellung objektiv gerechtfertigt gewesen wäre. Der Täter hat sich daher nicht von einer fehlerhaften rechtlichen Einstellung leiten lassen, sondern er hat nur das getan, was er bei zutreffender Vorstellung ja auch hätte tun dürfen. Vorsätzlich handelt aber nur derjenige, der sich für ein Verhalten entscheidet, das von der Rechtsordnung generell verboten wird. **Dem Täter kann also nicht der Vorwurf gemacht werden, sich vorsätzlich gegen die Rechtsordnung aufgelehnt zu haben; der Vorwurf kann nur lauten, er habe sich vermeidbar, also fahrlässig geirrt. Auf dieses Verhalten kann daher auch nur mit einer Fahrlässigkeitsstrafe reagiert werden.** Ebenso wie beim Tatbestandsirrtum ist der Vorsatz nicht auf die Verwirklichung von Unrecht gerichtet; auch von der Appellfunktion des Tatbestandes wird der irrende Täter nicht erreicht, da er aufgrund seines Irrtums gar keinen Grund hat, über sein Verhalten noch einmal nachzudenken.

- c) **Die rechtsfolgeneingeschränkte Schuldtheorie** (Wessels/Beulke AT § 11 III 1 c; Jescheck/Weigend § 41 III 2 d; weitere Nachweise bei Schönke/Schröder/Sternberg/Lieben aaO)

Nach dieser Auffassung bleibt der Tätervorsatz auf der Tatbestandsebene erhalten, so dass der Täter auch beim Erlaubnistatbestandsirrtum nach wie vor tatbestandsmäßig und rechtswidrig gehandelt hat; lediglich die Vorsatzschuld entfällt. Ist der Irrtum des Täters vermeidbar, so wird der Täter wegen fahrlässiger Tatbegehung bestraft.

Die Anhänger dieser Ansicht verweisen darauf, dass beim Erlaubnistatbestandsirrtum des Haupttäters ein sich nicht irrender Teilnehmer bestraft werden müsse. Dies sei aber nur möglich, wenn der Haupttäter nach wie vor tatbestandsmäßig und rechtswidrig handelt; der Umstand, dass die Vorsatzschuld des Haupttäters entfällt, ist ja für den Teilnehmer gemäß § 29 irrelevant (limitierte Akzessorietät). Im übrigen entfalle nach der eingeschränkten Schuldtheorie der Tatbestandsvorsatz, obwohl doch der Tatbestand durch Umstände auf nachfolgenden Deliktstufen eigentlich nicht mehr beeinflusst werden könne; nach der rechtsfolgeneingeschränkten Schuldtheorie bleibe ein derartiger nachträglicher Eingriff in den Verbrechensaufbau erspart.

Von den Vertretern der eingeschränkten Schuldtheorie wird dagegen eingewandt, dass im o.g. Fall des sich irrenden Haupttäters aus Sicht des Beteiligten schon deshalb keine Strafbarkeitslücke entstünde, weil der Beteiligte, der sich nicht irrt, aufgrund seines überlegenen Sachwissens Tatherrschaft habe und daher mittelbarer Täter sei. Im übrigen sei nach den §§ 26, 27 Teilnahme auch dann möglich, wenn man den Begriff „vorsätzlich“ im Sinne von Tatbestandsvorsatz auslegt: Da der Haupttäter die Tatbestandsmerkmale vorsätzlich verwirklicht, ist an seinem Verhalten Teilnahme möglich; der Wille des Haupttäters, den Tatbestand zu verwirklichen, wird ja durch den Irrtum über den Rechtfertigungsgrund nicht berührt (Roxin a.a.O.).

AL-Klausurstrategie und Darstellungsweise

- 1) Der o.g. Meinungsstreit stellt sich in der Klausur immer nur dann als Problem dar, wenn der Täter den Erlaubnistatbestandsirrtum hätte vermeiden können. Ansonsten kommen alle Ansichten zum gleichlautenden Ergebnis, dass der Täter nicht bestraft werden kann.
- 2) Sollte der Irrtum vermeidbar sein, so lehnen Sie zunächst mit den o.g. Erwägungen die strenge Schuldtheorie ab. Die anderen 3 Ansichten kommen bzgl. des Haupttäters alle zum gleichen Endergebnis, dass eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat entfällt. Auch hier erübrigt sich also eine Stellungnahme.
- 3) Sollte sich ein sich nicht irrender Teilnehmer am Geschehen beteiligt haben, so kann man mit der rechtsfolgeneingeschränkten Schuldtheorie zu einer Bestrafung des Teilnehmers gelangen; das ist auch nach der eingeschränkten Schuldtheorie möglich, wenn man den Begriff des Tätersvorsatzes entsprechend definiert (s. Roxin). Der Streit zwischen der (rechtsfolgen-) eingeschränkten Schuldtheorie und der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen hat meines Erachtens in der Klausur nichts zu suchen, da es hier um den Streit über den 2- bzw. 3-stufigen Verbrechenaufbau geht; das will aber sicher niemand von Ihnen hören.

IV. Der Putativnotwehrexzess

Fall: Bullmann fühlt sich von dem ihm körperlich weit unterlegenen O irrig angegriffen und verletzt ihn durch einen gezielten Schuss in den Bauch. Das hätte er selbst dann nicht gedurft, wenn O ihn tatsächlich angegriffen hätte.

Der Putativnotwehrexzess ist eine Kombination aus Erlaubnistatbestandsirrtum (= Sachverhaltsirrtum) und Verbotsirrtum (= Bewertungsirrtum) in Form eines Erlaubnisirrtums. Der Täter irrt sich zweimal: Zum einen über die tatsächlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes (hier: Notwehr), zum anderen über die rechtlichen Grenzen des Rechtfertigungsgrundes, die er selbst bei zutreffender tatsächlicher Vorstellung überschritten hätte.

Da der Täter nicht besser stehen darf, als er bei zutreffender Vorstellung stünde, handelt es sich um einen **Erlaubnisirrtum**, der den Regeln des Verbotsirrtums folgt. Kann der Täter den Irrtum vermeiden, so wird er wegen Vorsatztat bestraft, wobei die Strafe gemäß § 17, 2 über § 49, 1 gemildert werden kann.

Beruhet der Irrtum des Täters auf Furcht, Verwirrung oder Schrecken, so soll nach einer Ansicht (Rudolphi JuS 1969, 463 ff.) eine **analoge Anwendung des § 33** gerechtfertigt sein, da das dem Täter zurechenbare Unrecht in gleicher Weise wie bei § 33 gemindert sei. Nach anderer Auffassung (BGH NJW 1968, 1885) setzt § 33 aufgrund seiner systematischen Stellung hinter § 32 die Existenz einer tatsächlich bestehenden Notwehrlage voraus.

§ 28 Entschuldigungsgründe

Vorbemerkung

Während bei fehlender Schuldfähigkeit i.S.d. §§ 19, 20 oder bei einem unvermeidbaren Verbotsirrtum i.S.d. § 17 bereits eine Voraussetzung der Vorwerfbarkeit fehlt, setzen Entschuldigungsgründe sowohl das Unrecht als auch die noch vorhandene Schuld derart herab, dass die Rechtsordnung im Hinblick auf die psychische Ausnahmesituation des Täters auf einen persönlichen Schuldvorwurf verzichtet.

I. Die Überschreitung der Notwehr gemäß § 33

Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Furcht, Verwirrung oder Schrecken, so wird er nicht bestraft. Der Wortlaut des § 33 lässt den Grund der Strafbefreiung offen; die h.M. sieht in § 33 einen **Entschuldigungsgrund**.

Da der Täter die Grenzen der Notwehr überschritten hat, ist seine Verteidigung nicht nach § 32 gerechtfertigt, doch übt das Gesetz aus 2 Gründen Nachsicht: Da der Täter durch seine, wenn auch widerrechtliche, Verteidigung einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff abwehrt, sinkt der materielle Schuldgehalt; zum anderen befand er sich aufgrund von Furcht, Verwirrung oder Schrecken in einer seelischen Ausnahmesituation. Da auch aus präventiven Aspekten heraus der Täter nicht bestraft werden muss, verzichtet das Gesetz auf einen Vorwurf.

1) Intensiver - extensiver Notwehrexzess

Eine Überschreitung der Notwehr ist in zweifacher Form möglich:

- Der Täter kann bei einem noch gegenwärtigen Angriff über das Maß der gemäß § 32 zulässigen Verteidigung hinausgehen (z.B. den Angreifer ins Bein schießen, obwohl ein Faustschlag den Angriff sicher abgewehrt hätte) = **intensiver Notwehrexzess** oder
- er kann sich verteidigen, obwohl der Angriff noch nicht oder bereits nicht mehr gegenwärtig war = **extensiver Notwehrexzess**.

a) Nach h.M. (BGH NJW 2000, 1348; NStZ 1987, 20; Maurach/Zipf I, 451 m.w.N.) ist der Täter nur bei einem intensiven Notwehrexzess entschuldigt; es muss also eine tatsächliche Notwehrlage in Form eines gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs vorgelegen haben. Dies lässt sich aus der systematischen Stellung des § 33 herleiten, da § 33 auf § 32 aufbaut. **Entschuldigt wird also nur, dass der Täter über das Maß der erforderlichen Abwehr hinausgeht.** Der Angriff muss nach wie vor gegenwärtig sein, wobei § 33 auch dann noch gilt, wenn die Intensität des Angriffs bereits nachlässt oder eine unmittelbare Wiederholung des Angriffs zu befürchten ist (BGH a.a.O.).

Hat der Täter aus Furcht, Verwirrung oder Schrecken verkannt, dass der Angriff noch nicht oder nicht mehr gegenwärtig ist (= **extensiver Notwehrexzess**), so kann er sich nur auf einen Erlaubnistatbestandsirrtum berufen, so dass er nur dann nicht bestraft wird, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte.

b) Nach anderer Ansicht (Schönke/Schröder/Perron § 33 Rz. 7 m.w.N.) soll § 33 auch bei einem extensiven Notwehrexzess gelten, da es keinen Unterschied ausmacht, ob der Täter die zulässige Verteidigung in ihrer Intensität oder in zeitlicher Hinsicht überschreitet, da die Schuld aufgrund der psychischen Stress-Situation und dem Umstand herabgesetzt ist, dass der Verteidiger ein Opfer verletzt hat, das ihn angreifen will bzw. bereits angegriffen hat.

2) Die asthenischen Affekte

Der Täter muss die Grenzen der Notwehr aus **Furcht, Verwirrung oder Schrecken**, also aus einem asthenischen Affekt der Schwäche, überschritten haben. Eine Erweiterung des § 33 auf asthenische Affekte der Stärke wie Wut oder Hass ist nicht zulässig.

Wie bereits der Wortlaut des § 33 zeigt („aus“ Furcht...), muss der Affekt für die Notwehrüberschreitung ursächlich gewesen sein (BGH NStZ -RR- 1999, 269), wobei man im Zweifel nach dem „in dubio“-Grundsatz von dieser Kausalität ausgeht. Der Affekt muss ferner von einiger Erheblichkeit gewesen sein, um den Schuldvorwurf entfallen zu lassen.

3) Problem 1: Gilt § 33 auch bei bewusster Notwehrüberschreitung?

a) Nach h.M. (BGH NStZ 1987, 20; SK-Rudolphi § 33 Rz. 4 m.w.N.) gilt § 33 auch, wenn der Täter sich aus Furcht, Verwirrung oder Schrecken heraus bewusst über die Grenzen der Notwehr hinwegsetzt, da auch in diesem Fall Unrecht und Schuld durch die asthenischen Affekte vermindert sind.

b) Nach anderer Auffassung (Schönke/Schröder/Perron § 33 Rz. 6) ist ein Fall, bei dem der Täter sich einerseits im hochgradigen Affekt der Schwäche befindet, andererseits den eigenen Exzess noch realisiert, kaum denkbar.

4) Problem 2: Die Anwendbarkeit des § 33 wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass sich der Angegriffene dem Angriff durch Flucht oder durch vorsorgliche Einschaltung der Polizei hätte entziehen können (BGH NStZ 1995, 177).

a) Auch wer sich sehenden Auges auf eine Auseinandersetzung mit einer äußerst gewalttätigen Gruppe einlässt, kann sich auf den Entschuldigungsgrund der Notwehrüberschreitung berufen, wenn er in der aktuellen Kampfsituation die Grenzen der Notwehr aus Furcht, Verwirrung oder Schrecken überschreitet.

b) Dies gilt jedoch dann nicht, wenn sich der „Verteidiger“ planmäßig in eine Auseinandersetzung mit seinem Gegner eingelassen hat, um unter Ausschaltung der erreichbaren Polizei einen ihm angekündigten Angriff mit eigenen Mitteln abzuwehren und die Oberhand über seinen Gegner zu gewinnen.

Beispiel nach BGH St 39, 133: Der Täter weiß, dass er überfallen werden soll und sucht die bewaffnete Auseinandersetzung mit seinen Gegnern noch vor Beginn des auf ihn verübten Angriffs und auch außerhalb des eigentlich vorgesehenen Tatorts.

II. Der entschuldigende Notstand nach § 35

Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einem nahestehenden Dritten abzuwenden, handelt ohne Schuld. Wie bereits die systematische Stellung des § 35 hinter dem rechtfertigenden Notstand des § 34 zeigt, werden durch den Entschuldigungsgrund des § 35 die Fälle erfasst, in denen der Täter nicht gerechtfertigt ist, weil das durch ihn geschützte Rechtsgut das beeinträchtigte nicht oder nicht wesentlich überwiegt. Auch hier wäre dem Täter normgemäßes Verhalten prinzipiell möglich, aber wegen der psychischen Drucksituation nicht zumutbar gewesen, so dass man auf einen Schuldvorwurf verzichtet.

1) Die Notstandslage

Vorausgesetzt wird **eine gegenwärtige, erhebliche Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit**, wobei hier nur die körperliche Bewegungsfreiheit gemeint ist. Im Gegensatz zu § 34 schützt also § 35 nur elementare Rechtsgüter; eine Ausdehnung auf andere Rechtsgüter ist nicht zulässig. Der Ursprung der Gefahr ist irrelevant, doch ist für § 35 kein Raum, wenn die Gefahr vom durch die Tat Betroffenen ausging, da dann der Verteidiger durch § 32 gerechtfertigt ist.

Diese Gefahr muss den Täter selbst, einen Angehörigen i.S.d. § 11 I Nr. 1 oder eine dem Täter derart nahestehende Person betreffen, dass die Zwangslage des Täters der Bedrohung eines Angehörigen entspricht.

2) Die Notstandshandlung

Die Rettungshandlung muss **geeignet** sein, also bei einer ex-ante-Betrachtung die Möglichkeit der Rettung bieten. Stehen dem Täter mehrere gleich geeignete Mittel zur Verfügung, so muss er das **erforderliche mildeste Mittel** wählen, das die betroffenen Rechtsgüter weitestgehend schont. Ferner darf nach dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** das geschützte Rechtsgut nicht in einem evidenten Missverhältnis zur Schwere der Beeinträchtigung des verletzten Rechtsguts stehen.

3) Das subjektive Entschuldigungselement

Hinzukommen muss, dass der Täter in Kenntnis der Notstandslage gehandelt hat, um die Gefahr zu beseitigen, wobei wie auch im Rahmen des § 33 der „in dubio“-Satz gilt.

4) Die Grenze der Entschuldigung: Die erhöhte Gefahrtragungspflicht des § 35 I 2

Der Täter handelt trotz bestehender Notstandslage nicht entschuldigt, wenn er diese Notstandslage entweder objektiv pflichtwidrig verursacht hat oder aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses verpflichtet ist, diese Gefahr hinzunehmen.

a) Eine reine Verursachung i.S.d. wertfreien Kausalität für die Gefahrenlage lässt den Entschuldigungsgrund nicht entfallen. Der Täter muss die Gefahrenlage zumindest objektiv pflichtwidrig herbeigeführt haben (SK-Rudolphi § 35 Rz. 15 m.w.N.), wobei nach einer Ansicht (Blei AT S. 209, Jescheck/Weigend § 44 III 2 a; Schönke/Schröder/Perron § 35 Rz. 20) sogar noch ein Verschulden hinzukommen muss. Trotz verschuldeter Notstandslage gilt § 35 I 2 nicht, wenn der Täter durch seine Tat im Hinblick auf die Notstandslage unschuldige Angehörige retten will.

b) Eine im Verhältnis zu S. 1 erhöhte Gefahrtragungspflicht trifft auch den Täter, der eine besondere Schutzpflicht gegenüber der Allgemeinheit übernommen hat und sich dadurch verpflichtet hat, eine derartige Gefahr auf sich zu nehmen, da dies Teil der Pflichterfüllung ist (z.B. Soldaten, Polizeibeamte, Feuerwehrleute; Bergwacht). Die Erhöhung der Gefahrtragungspflicht setzt allerdings voraus, dass der Täter gerade zur Tragung *dieser* konkreten Gefahr verpflichtet ist. Eine Grenze der Gefahrtragung ist natürlich dort erreicht, wo es sich nicht mehr um eine *Gefahr* handelt, sondern die an sich geforderte Handlung den sicheren Tod bedeuten würde. Der Täter muss größere Risiken eingehen, aber nicht sich opfern.

5) Der Irrtum über die Notstandslage: § 35 II

Nimmt der Täter bei Begehung der Tat Umstände an, bei deren Vorliegen er nach § 35 I entschuldigt gewesen wäre, so wird er nur bestraft, wenn er den Irrtum hätte vermeiden können, da nur dann noch ein Handlungsunwert vorhanden ist. Die Strafe wird allerdings obligatorisch über § 49 I gemildert.

Index

A

Aberratio ictus	49, 90
Absolute Straftheorie	6
Actio illicita in causa	67
Actio libera in causa	25, 91
Affekttaten	29
Affekttäter	43
Akzessorietät	22
Allgemeindelikte	17
Alternative Kausalität	31
Analogieverbot	26
Äquivalenztheorie	30
Asthenische Affekte	101
Atypische Kausalverläufe	32
Auslegung	26
Ausübung der Zwecktätigkeit	28

B

Bagatellangriffe	64
Begehungsdelikte	15
Bestimmtheitsgrundsatz	26
Beugemaßnahmen	1
Bewertungsirrtum	99
Billigungstheorie	40
Biologisch-psychologische Methode	88

C

Chantage	68
Conditio-sine-qua-non-Formel	30

D

Dauerdelikte	18
Dauergefahr	71
Deskriptive Tatbestandsmerkmale	20, 44
Determinismus	85
Dichotomie	12
Direkter Verbotsirrtum	95
Dolus alternativus	49
Dolus directus 1. Grades	38
Dolus directus 2. Grades	38
Dolus eventualis	39
Dolus generalis	49
Duldungspflicht	22, 55

E

Echte Unterlassungsdelikte	15
Eingeschränkte Schuldtheorie	97
Eingriffsrecht	55
Einverständnis	82
Einwilligung	82
Einzelatschuld	86
Entschuldigungsgründe	55, 100
Entsprechensklausel	16
Erfolgshaftung	4

Erfolgsqualifikation	48
Erfolgsqualifizierte Delikte	4
Erfolgsunwert	4, 56
Erforderlichkeit	62, 63
Erlaubnisirrtum	95, 99
Erlaubnistatbestandsirrtum	97, 99
Extensiver Notwehrexzess	100

F

Fahrlässigkeit	4
Fahrverbot	1, 9
Finale Handlungslehre	28
Fragmentarischer Charakter des Strafrechts	11
Freiheitsstrafe	1, 8, 87

G

Garantenstellung	16
Garantiefunktion	19
Garantiefunktion des Strafrechts	24
Gattungsschuld	45
Gebotenheit	63, 71
Geeignetheit	61, 71
Gefahr	70
Gefährungsdelikte	17
Gefahrtragungspflichten	73
Gegenwärtigkeit der Gefahr	71
Geldstrafe	1, 9, 12
Generalprävention	7, 19
Gesetzesbindung des Strafrechts	24
Gesinnungsunwert	4
Gewohnheitsrecht	25
Gleichgültigkeitstheorie	40
Grammatikalische Auslegung	26
Güterabwägung	75

H

Handlung	4, 15, 19, 28
Handlungsbefugnis	55
Handlungsobjekt	4
Handlungsunwert	4, 56
Hauptstrafen	9
Historische Auslegung	27
Hypothetische Kausalverläufe	31

I

Identitätsfeststellung	78
Indeterminismus	85
Indirekter Verbotsirrtum	95
Intensiver Notwehrexzess	100
Irrige Annahme	46

K		R	
Kausale Handlungslehre.....	28	Rechtfertigende Pflichtenkollision.....	77
Kausalverlauf	30	Rechtfertigungslage	59
Koinzidenzprinzip	91	Rechtsfolgeneingeschränkte Schuldtheorie	97, 98
Kumulative Kausalität.....	31	Rechtsgüter	4
Kunstfehler	36	Rechtsgüterschutz	4
Kupiertes Erfolgsdelikt	21	Rechtswidrigkeit	19, 48, 54, 57
		Resozialisierung.....	8
L		Rettungshandlung	56
Lebensführungsschuld.....	86	Rettungswille	56
Lehre vom psychologischen Zwang	7	Rettungswilliger.....	35
Lehre von der unabgeschirmten Gefahr	39	Riskante Rettungshandlung	33
Limitierte Akzessorietät	55	Rückwirkungsverbot	2, 25
		S	
M		Sachgedankliches Mitbewusstsein	43
Maßregeln der Besserung und Sicherung.....	1, 22, 88	Sachrüge	2
Merkmale	44	Sachverhaltsirrtum	99
Mittelbare Täterschaft	55	Schuld	9, 19, 85
Möglichkeitstheorie.....	39	Schuldfähigkeit	22
Mutmaßliche Einwilligung.....	83	Schuldprinzip	9, 22
		Schuldtheorien	92
N		Selbstgefährdung	33
Nebenstrafe	9	Selbsthilfe	59, 76
Normative Tatbestandsmerkmale.....	20, 44	Sicherung der Allgemeinheit	8
Nothilfe	58, 62, 68	Sicherungsverwahrung.....	22
Notstand	56, 59, 70	Sonderdelikte	18
Notwehr.....	22, 54, 58	Soziale Handlungslehre	28
Notwehrprovokation.....	67	Sozialgefährlichkeit	9
Nullum crimen sine lege	19	Spezialprävention.....	7
		Staatsnothilfe	58
O		Ständiges Begleitwissen.....	43
Objektive Bedingung der Strafbarkeit.....	4	Strafaufhebungsgründe	23
Objektive Zurechnung.....	48	Strafausschließungsgründe	23
Ordnungsmittel.....	1	Strafen.....	1, 9
		Strafmilderungen	13, 23
P		Strafrahmenvergleich.....	72
Parallelwertung in der Laienshäre	44	Strafrechtlicher Rechtmäßigkeitsmaßstab.....	78
personale Handlungslehre	28	Strafschärfungen	23
Personale Unrechtslehre	56	Strafzumessung.....	9, 86
Persönliche Strafaufhebungsgründe	55	Strafzumessungsregeln	23
Persönliche Strafausschließungsgründe	55	Strenge Schuldtheorie	97
Persönlichkeitsäußerung.....	28	Stückschuld.....	45
Potentiellles Wissen	43	Subsumtionsirrtum.....	45, 48
Präventivnotwehr	60	Systematische Auslegung	27
Prozessvoraussetzungen	55		
Putativnotstand	70	T	
Putativnotwehrexzess	99	Talionsprinzip	6
		Teleologische Auslegung.....	27
		Trunkenheit.....	29

U

Überholende Kausalität	32
Unbenannte Strafschärfungen	13
Unechte Unterlassungsdelikte	15, 31
Unkenntnis	46
Unrecht	19
Unrechtsbewusstsein	23
Unterlassungsdelikte	15
Untersuchungshaft	78

V

Verbotsirrtum	85, 97, 99
Verbrechen	12
Vereinigungstheorien	8
Verfahrensrüge	2
Verfolgerfälle	36
Vergehen	12
Vergeltungstheorie	6

Verletzungsdelikte	17
Verteidigungshandlung	59, 61, 67
Verteidigungswille	59
Vis absoluta.....	29
Vis compulsiva.....	29
Vorläufige Festnahme	78

W

Wahndelikt	43
Wahrscheinlichkeitstheorie	39
Weichendes Interesse	83
Wiederholungsgefahr	8

Z

Zurechnung	34, 39
Zustandsdelikte	18
Zweispuriges Sanktionensystems.....	10

DIE STRUKTUREN DES ZIVILRECHTS

BGB AT 1, DIE RECHTSGESCHÄFTSLEHRE, 1. TEILBAND

117 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

BGB AT 2, DIE RECHTSGESCHÄFTSLEHRE, 2. TEILBAND

131 SEITEN, 8. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT AT 1, ALLGEMEINE LEHREN DER SCHULDVERHÄLTNISSE, 1. TEILBAND

142 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT AT 2, ALLGEMEINE LEHREN DER SCHULDVERHÄLTNISSE, 2. TEILBAND

126 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT BT 1, VERTRAGLICHE SCHULDVERHÄLTNISSE, 1. TEILBAND

148 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-94-4, 5. AUFLAGE 2016, EURO 21,80

SCHULDRECHT BT 2, VERTRAGLICHE SCHULDVERHÄLTNISSE, 2. TEILBAND

131 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-85-2, 4. AUFLAGE 2013, EURO 16,80

SCHULDRECHT BT 3, GESCHÄFTSFÜHRUNG OHNE AUFTRAG • BEREICHERUNGSRECHT

132 SEITEN, 7. AUFLAGE 2017

SCHULDRECHT BT 4, DELIKTSRECHT • SCHADENSERSATZRECHT

115 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-95-1, 7. AUFLAGE 2016, EURO 16,80

SACHENRECHT 1

165 SEITEN, 9. AUFLAGE 2017

SACHENRECHT 2

88 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-75-3, 6. AUFLAGE 2012, EURO 12,80

FAMILIENRECHT

131 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-93-7, 6. AUFLAGE 2016, EURO 19,80

ERBRECHT

86 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-76-0, 5. AUFLAGE 2012, EURO 12,80

ZIVILPROZESSRECHT

134 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-96-8, 7. AUFLAGE 2016, EURO 19,80

DIE STRUKTUREN DES STRAFRECHTS

STRAFRECHT AT 1, ALLGEMEINE LEHREN DER STRAFTAT, 1. TEILBAND

113 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

STRAFRECHT AT 2, ALLGEMEINE LEHREN DER STRAFTAT, 2. TEILBAND

126 SEITEN, 6. AUFLAGE 2017

STRAFRECHT BT 1, STRAFTATEN GEGEN PERSÖNLICHKEITSWERTE

128 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-80-7, 5. AUFLAGE 2012, EURO 14,80

STRAFRECHT BT 2, STRAFTATEN GEGEN GEMEINSCHAFTSWERTE

144 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-90-6, 5. AUFLAGE 2014, EURO 16,80

STRAFRECHT BT 3

STRAFTATEN GEGEN EIGENTUMS- UND VERMÖGENSWERTE, 1. TEILBAND

118 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-73-9, 5. AUFLAGE 2010, EURO 13,80

STRAFRECHT BT 4

STRAFTATEN GEGEN EIGENTUMS- UND VERMÖGENSWERTE, 2. TEILBAND

99 SEITEN, KARTONIERT, ISBN: 978-3-930310-74-6, 5. AUFLAGE 2011, EURO 12,80

KOSTENLOSE DOWNLOADS

ZU ALLEN SKRIPTEN FINDEN SIE UNTER: WWW.AL-ONLINE.DE

HARALD LANGELS

Die gebundenen Skripten können Sie weiterhin über den Verlag „Juristischer Verlag Heike Langels“ beziehen.