DIE STRUKTUREN
DES STRAFRECHTS

HARALD LANGELS

STRAFRECHT AT 2

ALLGEMEINE LEHREN DER STRAFTAT

EINE NACH STRUKTURELEMENTEN
GEORDNETE DARSTELLUNG DES
EXAMENSRELEVANTEN STRAFRECHTS

6. ÜBERARBEITETE UND ERWEITERTE AUFLAGE

ABELS & LANGELS

HARALD LANGELS

STRAFRECHT AT 2

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 Prüfungsstoff 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.

Ich möchte mich an dieser Stelle für die freundliche Aufnahme der früheren Auflagen sowie die konstruktiven Hinweise meiner Leser bedanken, die allesamt reflektiert und zu einem großen Teil berücksichtigt wurden.

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

DAS VORSÄTZLICHE VOLLENDETE BEGEHUNGSDELIKT

ABELS & LANGELS

A. Tatbestand

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

I. Objektiver Tatbestand

1) **Objektive Tatbestandsmerkmale**
   a) **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).
   b) **Normative Tatbestandsmerkmale** mache eine zumindest laienhafte rechtliche Wertung (=Parallelwertung in der Laiensphäre) erforderlich (z.B. Urkunde, fremd).

   AL – Klausurtipp: 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 Nebentäter unabhängig voneinander denselben Tatbestand bei einem identischen Opfer verwirklichen, so sind beide kausal, wenn beide Tatmittel gleichzeitig wirken: Können beide Verhaltensweisen *alternativ*, aber nicht *kumulativ* hinweggedacht werden, so ist jedes Verhalten für sich betrachtet kausal.
      P2: **Kumulative Kausalität:** Waren die Beiträge eines jeden Nebentäters nicht jeweils für sich, sondern erst in ihrer Gesamtheit ursächlich, so sind beide kausal.
      P3: **Hinzudenken hypothetischer Reserveursachen:** Hat ein Täter einen Erfolg verursacht, so entfällt 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 Erfolgs* entfallen lassen.
      P5: **Überholende Kausalität:** Wird die Ursachenkette des einen Täters durch das Verhalten eines anderen derart unterbrochen, dass die Handlung des Ersttäters nicht mehr bis zum Erfolg fortwirkt, so ist nur der Zweittäter ursächlich.
   b) **Die objektive Zurechnung der Erfolgs**
      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:
      aa) Der Täter hat ein vorwerfbares Risiko geschaffen.
      bb) Dieses Risiko hat sich im Erfolgseintritt realisiert.
      Kontrollfrage: Hat sich das Risiko des Erfolgseintritts durch dieses Täterverhalten in messbarer Weise erhöht?
      cc) Der Schutzzweck der Norm als Ergebniskorrektur.
      Kontrollfrage: Wollte der Straftatbestand das geschützte Rechtsgut gegen eine derartige Verletzung schützen?
      dd) 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:**
      aa) Wissen: Es genügt, dass der Täter den Erfolgseintritt für möglich hält
      bb) Wollen: Der Täter strebt den Erfolg zielgerichtet an (er handelt „um zu").
   b) **Dolus directus 2. Grades:**
      aa) Wissen: Der Täter geht als nahezu sicher davon aus, dass sein Verhalten zum Erfolg führen wird.
      bb) Wollen: Der Wille spielt keine Rolle, so dass der Täter auch dann mit dolus directus 2. Grades handelt, wenn ihm der Erfolgseintritt unerwünscht sein sollte.
   c) **Dolus eventualis:**
      aa) Wissen (h.M.): Es genügt, wenn der Täter den Erfolgseintritt für möglich hält.
      bb) Wollen (h.M.): Der Täter muss den Erfolg – zumindest im Rechtssinne – billigen. Dies ist der Fall, wenn er sich mit dem Erfolgseintritt um des erstrebten Ziels 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 Erfolgseintritt nicht steuern kann.
      AL – Klausurtipp: Da es aber auch eine bewusste Fahrlässigkeit gibt, dürfen Sie vom „Für-möglich-Halten" des Erfolgseintritts nicht auf das „Billigen" schließen!

2) **Besondere Absichten / Beweggründe** (z.B. Zueignungsabsicht, Bereicherungsabsicht, zur Täuschung im Rechtsverkehr)
   - **Dolus directus 1. Grades** ist erforderlich, wenn die Absicht den Delikstyp bestimmt (z.B. §§ 242; 249 / Zueignungsabsicht; §§ 253; 255 / Bereicherungsabsicht).
   - **Dolus directus 2. Grades** genügt, wenn der Deliktstyp durch die tatbestandsmäßige Rechtsgutverletzung 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 *bloßer 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 Bedingungseintritt muss sich der Tätervorsatz jedoch nicht beziehen.
Auch eine Kausalität des Täterverhaltens für den Bedingungseintritt ist nicht erforderlich.

1) **§ 113 III 1:** Rechtmäßigkeit der Diensthandlung
2) **§ 186:** Nichterweislichkeit der behaupteten bzw. verbreiteten Tatsache
3) **§ 231 I:** Eintritt einer schweren Folge bei der Beteiligung an einer Schlägerei
4) **§ 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 Indizwirkung 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 stopp etc. Hier die Wichtigsten:

1) **StGB:** §§ 32; 34; 193; 218 a II, III
2) **BGB:** (u.a.) §§ 228; 229; 561 I; 859; 904, 1
3) **StPO:** (u.a.) §§ 81 a – f; 94 ff.; 100 a ff.; 102 ff.; 110 a ff.; 112 ff.; 127 I, II; 127 b; 163 b; 164
4) **Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe:** Einwilligung, mutmaßliche Einwilligung, weichendes Interesse

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

1) Verwerflichkeit des Zwecks (isoliert betrachtet)
2) Verwerflichkeit des Mittels (isoliert betrachtet)
3) Verwerflichkeit der Relation zwischen Zweck und Mittel bei fehlendem inneren Zusammenhang (Inkonnexität)

AL – Klausurtipp: 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

1) **§ 19 StGB:** Bis zum 14. Lebensjahr ist der Täter schuldunfähig.
2) **§ 3 JGG:** Bei einer Tatbegehung zwischen dem 14. und dem 18. Lebensjahr muss die für die Schuldfähigkeit erforderliche geistige und sittliche Reife im Einzelfall festgestellt werden.
3) **§ 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 Verstandsreife her noch einem Jugendlichen entspricht oder wenn es sich um eine typische „Jugendsünde" handelt.
4) **§ 20 StGB:** Schuldunfähigkeit wegen fehlender Einsichts- bzw. Steuerungsfähigkeit
   Problem: Vorverlagerung der Strafbarkeit (=actio 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

1) **§ 33:** Intensiver Notwehrexzess: Der Täter hat die Grenzen der Notwehr aus Furcht, Verwirrung oder Schrecken überschritten.
2) **§ 35:** Entschuldigender Notstand: 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.
3) Übergesetzlicher entschuldigender Notstand
4) **§§ 5 I WStG, 56 II 3 BBG:** Der Täter hat aufgrund eines für ihn verbindlich gehaltenen rechtswidrigen Befehls gehandelt.

D. Strafausschließungsgründe

Sie führen *von vornehrein* 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:

1) **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
2) **Strafschärfungen des BT:** §§ 243 I; 263 III; 266 II; 267 III; 268 V

AL – Klausurtipp: 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; 30 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

AL – Klausurtipp: 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

1) **§ 77:** Strafantrag bei Antragsdelikten
2) **§ 194 IV:** Ermächtigung der beleidigten politischen Körperschaft
3) **Art. 46 II GG:** Genehmigung des Bundestags bei Immunität des Täters

II. Strafverfolgungshindernisse

1) **§ 78 StGB:** Verjährung
2) **§§ 18 – 20 GVG:** Exterritorialität des Täters
3) **Art. 46 II GG:** Immunität eines Abgeordneten

INFORMATION / VORANMELDUNG: ABELS & LANGELS • Tel 0228 / 95 63 403 • www.al-online.de

Als farbiges Poster in DIN A 2 erhältlich!

Inhaltsverzeichnis

5. Teil: Täterschaft und Teilnahme **1**

Vorbemerkung **1**
I. Die Modelle der Tatbeteiligung 1
1) Der Einheitstäterbegriff 1
2) Die strafrechtliche Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme 1
II. Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme 1
1) Die subjektive Theorie: animus auctoris / socii 1
2) Die Tatherrschaftslehre 2
3) Die Position der Rechtsprechung 3
4) Stellungnahme 4

§ 30 Die Alleintäterschaft: § 25 I, 1. Alt. **5**

§ 31 Die mittelbare Täterschaft: § 25 I, 2.Alt. **6**
I. Das Werkzeug handelt nicht tatbestandsmäßig 6
1) Das Werkzeug verwirklicht bereits den objektiven Tatbestand nicht 6
2) Das Werkzeug verwirklicht den subjektiven Tatbestand nicht 7
3) Das Werkzeug verfügt nicht über die strafbegründende Tätereigenschaft 7
4) Der Täter hinter dem Täter 8
II. Das Werkzeug handelt nicht rechtswidrig 8
III. Das Werkzeug handelt nicht schuldhaft 9
1) Das Werkzeug ist in seiner Person nicht schuldfähig 9
2) Das Werkzeug handelt in seiner Person nach § 35 entschuldigt 9
3) Das Werkzeug erliegt einem Verbotsirrtum i.S.d. § 17 9
4) Mittelbare Täterschaft bei einem uneingeschränkt verantwortlichem Werkzeug 9
IV. Sonderfragen der mittelbaren Täterschaft 12
1) Irrige Annahme der Tatherrschaft 12
2) Die Unkenntnis der eigenen Tatherrschaft 13

§ 32 Die Mittäterschaft: § 25 II **14**
I. Der objektive Tatbestand der Mittäterschaft 14
II. Der subjektive Tatbestand der Mittäterschaft 15
III. Sonderfragen der Mittäterschaft 15
1) Die sukzessive Mittäterschaft 15
2) Der Mittäterexzess 17
3) Mittäterschaft bei erfolgsqualifizierten Delikten 17
4) Der Irrtum eines Mittäters 17
5) Versuch und Rücktritt 17

§ 33 Die Strukturprinzipien der Teilnahme **18**
I. Das Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe 18
II. Der Strafgrund der Teilnahme 18
III. Die Folgen der limitierten Akzessorietät der Teilnahme 18
IV. Die Voraussetzungen der Haupttat 19
1) Tatbestandsmäßigkeit 19
2) Rechtswidrigkeit 20
3) Schuldhaftigkeit muss nicht vorliegen 20
V. Sonderfragen 20
1) Objektive Bedingungen der Strafbarkeit 20

2) Teilnahme an erfolgsqualifizierten Delikten 20
3) Notwendige Teilnahme 21
VI. Die Voraussetzungen der Teilnahme 21
1) Die Teilnahmehandlung 21
2) Der subjektive Tatbestand der Teilnahme 21

§ 34 Die Anstiftung 22
I. Das Bestimmen 22
II. Der Anstiftervorsatz 22
1) Die Vorsatzform 22
2) Die Bestimmtheit des Anstiftervorsatzes 23
Exkurs: Der agent provocateur 23

§ 35 Die Beihilfe 25
I. Die Hilfeleistung 25
II. Die Erscheinungsformen der Hilfeleistung 26
1) Physische Beihilfe 26
2) Psychische Beihilfe 26
III. Der Zeitpunkt der Beihilfe 27
IV. Der subjektive Tatbestand der Beihilfe 28

§ 36 Lockerung und Durchbrechung der Akzessorietät 29
I. Persönliches Merkmal 30
II. Tatbezogenes / täterbezogenes Merkmal 31
III. Strafbegründendes / strafmodifizierendes Merkmal 31

§ 37 Sonderfragen bei Täterschaft und Teilnahme 33
I. Die Beteiligung an Sonderdelikten 33
1) Echte Sonderdelikte 33
2) Unechte Sonderdelikte 33
II. Die Beteiligung an eigenhändigen Delikten 34
III. Täterschaft und Teilnahme bei den Unterlassungsdelikten 34
1) Die Begehung durch Unterlassen 34
2) Die Beteiligung an einem Unterlassungsdelikt 35

6. Teil: Der Versuch 36

Vorbemerkung 36
I. Die zeitlichen Stadien der Straftat 36
1) Das Entschlussstadium 36
2) Das Vorbereitungsstadium 37
3) Das Versuchsstadium 37
4) Die Vollendung 37
5) Die Beendigung 37
II. Der Strafgrund des Versuchs 38

§ 38 Die Struktur des Versuchs 39

§ 39 Detailprobleme des Versuchs 40
I. Das Fehlen der Vollendung 40
1) Der fehlgeschlagene Versuch 40
2) Der untaugliche Versuch 40
3) Fehlende Zurechnung des Erfolgseintritts 40
4) Unkenntnis eines Rechtfertigungsgrundes 40
5) Unkenntnis eines Einverständnisses. 40
II. Der subjektive Tatbestand des Versuchs 40
III. Der objektive Tatbestand 41
1) Täterplan 41
2) Unmittelbares Ansetzen 41
IV. Kollisionsmodelle 43
1) Das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung eines Qualifikationsmerkmals 43
2) Das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung eines Regelbeispiels 44
3) Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft 45
4) Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft 46
5) Der Versuchsbeginn bei unechten Unterlassungsdelikten 47
6) Der Versuch der Erfolgsqualifikation / Der erfolgsqualifizierte Versuch 47
7) Versuch / actio libera in causa 48
V. Der untaugliche Versuch 49
1) Drei Fallgruppen des untauglichen Versuchs 49
2) Die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs 50
3) Irrealer Versuch 50
VI. Das Wahndelikt 50
AL-Klausurtipp: Untauglicher Versuch / Wahndelikt 51

7. Teil: Der Rücktritt vom Versuch 52

Vorbemerkung 52
1) Der Grund der Strafbefreiung 52
2) Der systematische Standort des Rücktritts 52

§ 40 Der Rücktritt des Alleintäters: § 24 I 53
Vorbemerkung 53
1) Der unbeendete Versuch 53
2) Der beendete Versuch 53
3) Der untaugliche Versuch 53
4) Der fehlgeschlagene Versuch 53
I. Die Abgrenzung: unbeendeter Versuch - beendeter Versuch 54
1) „Rücktrittshorizont“ 54
2) Der Grad der Erfolgstauglichkeit 55
3) Konkreter Tatplan / unbestimmter Tatplan 55
4) Rücktritt bei Eventualvorsatz 56
5) Beendeter Versuch bei Gleichgültigkeit 57
II. Die Abgrenzung: unbeendeter Versuch - fehlgeschlagener Versuch 58
1) Gesamtbetrachtungslehre 58
2) Kritik an der Gesamtbetrachtungslehre 59
3) AL-Klausurstrategie 60

III. Die Freiwilligkeit des Rücktritts ... 61
1) Psychologisierende Betrachtungsweise ... 61
2) Autonome - heteronome Motive ... 61
3) Die Lehre von der Verbrechervernunft ... 61
4) AL-Klausurstrategie ... 62
5) Die Irrtumsfälle ... 62
IV. Die Voraussetzungen der einzelnen Rücktrittsalternativen im Detail ... 62
1) Der Rücktritt vom unbeendeten Versuch ... 62
2) Der Rücktritt vom beendeten Versuch ... 63
3) Der Rücktritt vom vermeintlich vollendbaren Versuch ... 64
V. Die denkbaren Irrtumskollisionen im Rücktrittsrecht ... 64
1) Der Rücktritt vom untauglichen Versuch ... 65
2) Der fehlgeschlagene Versuch ... 65
3) Irrtümer beim unbeendeten / beendeten Versuch ... 65
VI. Sonderfragen des Rücktritts ... 66
1) Der Rücktritt bei mittelbarer Täterschaft ... 66
2) Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdeliktes ... 66
3) Der Rücktritt vom Versuch des erfolgsqualifizierten Delikts ... 67

§ 41 Der Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten: § 24 II ... 68
Vorbemerkung ... 68
1) Der Versuch der Beteiligung ... 68
2) Der Rücktritt im Vorbereitungsstadium ... 68
3) Die Haupttat gerät nicht ins Versuchsstadium ... 68
4) Der Beteiligtenbeitrag war kausal für die Vollendung ... 68
I. Rücktritt durch Verhinderung der Vollendung ... 69
1) Die Tat ist nicht vollendet worden. ... 69
2) Kausaler Beitrag. ... 69
3) Freiwilligkeit des Beteiligten ... 69
II. Rücktritt durch ernsthaftes und freiwilliges Bemühen ... 70
III. Rücktritt trotz Tatvollendung ... 70

8. Teil: Die Fahrlässigkeit ... 72

Vorbemerkung ... 72
I. Die Formen der Tatbegehung ... 72
1) Vorsatzdelikte ... 72
2) Fahrlässigkeitsdelikte ... 72
3) Vorsatz-Fahrlässigkeitskombinationen ... 72
II. Die Formen der Fahrlässigkeit ... 73
1) Unbewusste Fahrlässigkeit ... 73
2) Bewusste Fahrlässigkeit ... 74
3) Leichtfertigkeit ... 74

§ 42 Die Struktur des Fahrlässigkeitsdelikts ... 75
A. Tatbestand ... 75
1) Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs ... 75
2) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung bei objektiver Vorhersehbarkeit ... 75
3) Objektive Zurechnung des Erfolges ... 76
B. Die Rechtswidrigkeit ... 77
C. Die Schuld ... 77
1./2.) Schuldfähigkeit / Unrechtsbewusstsein ... 77
3) Subjektive Sorgfaltspflichtverletzung bei persönlicher Vorhersehbarkeit ... 77

§ 43 Details zur Fahrlässigkeit 78
I. Der Handlungsunwert der Fahrlässigkeitstat 78
1) Die objektive Sorgfaltspflichtverletzung 78
2) Problem: Erlaubtes Risiko 79
3) Problem: Der Vertrauensgrundsatz / Verantwortungsbereich mehrerer Personen 80
II. Der Erfolgsunwert fahrlässig begangener Erfolgsdelikte 81
1) „Conditio sine qua non“ 81
2) Die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang / Risikoerhöhungslehre 81
3) Der Schutzzweck der Norm 82
4) Fall nach BGH StR 328 / 08: illegales Straßenrennen 83
III. Notwehr bei Fahrlässigkeitstaten 85
1) Das Handlungsunrecht entfällt 85
2) Der Erfolgsunwert entfällt 86
IV. Notstand bei Fahrlässigkeitstaten 87
V. Die rechtfertigende Einwilligung bei Fahrlässigkeitstaten 87
VI. Die Schuld bei Fahrlässigkeitsdelikten 87
1) Verletzung der persönlichen Sorgfaltsmaßstäbe 87
2) Entfallen des Schuldvorwurfs 88

9. Teil: Die Unterlassungsdelikte 89

Vorbemerkung 89
I. Was ist Unterlassen? 89
II. Die Abgrenzung von positivem Tun und Unterlassen 89
III. Echte und unechte Unterlassungsdelikte 90
IV. Die Struktur der Unterlassungsdelikte 91
1) Tatbestandsmäßige Situation 91
2) Gesetzlich geforderte Handlung 91
3) Individuelle Fähigkeit des Täters 91

§ 44 Die Struktur des unechten Unterlassungsdelikts 92

§ 45 Die Kausalität bei unechten Unterlassungsdelikten 94

§ 46 Die Garantenstellung des Unterlassungstäters 95
I. Der Hütergarant = Garantenstellung zum Schutz von Rechtsgütern 96
1) Garantenstellung aufgrund familiärer Verbundenheit 96
2) Garantenstellung aufgrund enger persönlichen Verbundenheit 98
3) Garantenstellung durch tatsächliche Übernahme einer Schutzfunktion 98
4) Garantenstellung aufgrund einer Organ- oder Amtsträgerstellung 99
Problem: Garantenstellung des Amtsträgers gegenüber dem Bürger 100
II. Der Überwachergarant = Garantenstellung zur Überwachung von Gefahrenquellen 101
1) Einflussbereich des Garanten 101
2) Verantwortlichkeit für das Verhalten Dritter 102
3) Garantenstellung aus Ingerenz 103

10. Teil: Die Konkurrenzlehre ... 106

§ 47 Die Gesetzeskonkurrenz ... 107
I. Die Spezialität ... 107
II. Die Subsidiarität ... 108
1) Gesetzliche Subsidiarität ... 108
2) Logische Subsidiarität ... 108
III. Die Konsumtion ... 109
1) Mitbestrafte Nachtat ... 109
2) Typische Begleittat ... 109

§ 48 Die Idealkonkurrenz ... 110
Vorbemerkung ... 110
1) Das Kumulationsprinzip ... 110
2) Das Asperationsprinzip ... 110
3) Das Absorptionsprinzip ... 110
I. Die natürliche Handlung ... 111
II. Die natürliche Handlungseinheit ... 111
III. Die tatbestandliche Handlungseinheit ... 112
1) Mehraktige Delikte ... 112
2) Zusammengesetzte Delikte ... 112
3) Tatbestandliche Handlungseinheit durch Teilidentität der Ausführungshandlungen . 113
4) Tatbestandliche Handlungseinheit durch Klammerwirkung der dritten Straftat ... 113
5) Verhältnis eines Dauerdelikts zu weiteren Straftaten ... 113

§ 49 Die Realkonkurrenz: §§ 53 - 55 ... 115

§ 50 Die Beweislastverteilung im Strafprozess: „in dubio pro reo“ ... 117
I. Exkurs: Die Beweislastverteilung im Zivilprozess ... 117
II. Die Beweislastverteilung im Strafprozess ... 117
1) Der Amtsermittlungsgrundsatz ... 117
2) Der Geltungsbereich von „in dubio pro reo“ ... 118

§ 51 Echte und unechte Wahlfeststellung ... 119
I. „In dubio pro reo“ bei einem Stufenverhältnis der Strafnormen ... 120
1) Grundtatbestand - Qualifikation ... 120
2) Grundtatbestand - Regelbeispiel ... 120
3) Grundtatbestand - Privilegierung ... 120
4) Versuch - Vollendung ... 120
5) Teilnahme - Täterschaft ... 120
6) Beihilfe - Anstiftung ... 121
7) Fahrlässigkeit / Vorsatz ... 121
8) Unterlassen - positives Tun ... 121
II. Die gleichartige Wahlfeststellung bei Tatsachenalternativität ... 122
1) Identische Tatmodalitäten ... 122
2) Unterschiedliche Tatmodalitäten ... 122
III. Die ungleichartige (echte) Wahlfeststellung ... 123
1) Voraussetzungen ... 123
2) Rechtsfolgen ... 123

Index ... 124

5. Teil: Täterschaft und Teilnahme

Vorbemerkung

I. Die Modelle der Tatbeteiligung

Bei der rechtlichen Behandlung der Tatbeteiligung mehrerer Personen stehen 2 Möglichkeiten zur Wahl, von denen der Gesetzgeber in unterschiedlicher Weise Gebrauch gemacht hat.

1) **Der Einheitstäterbegriff**

Im Ordnungswidrigkeitenrecht, wo Rechtsverstöße ohne kriminellen Gehalt sanktioniert werden, wird nach **§ 14 OWiG** jeder als Täter behandelt, der einen ursächlichen Beitrag zur Tatbestandsverwirklichung leistet, so dass hier eine Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme entfällt. Art und Intensität der Tatbeteiligung des einzelnen finden erst bei der Bemessung des Bußgeldes Berücksichtigung.

2) **Die strafrechtliche Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme**

Da wegen der erheblich einschneidenderen Rechtsfolgen des Strafrechts die Figur des Einheitstäters ein zu grober Maßstab ist, wird innerhalb des StGB in den §§ 25 - 27 zwischen Tätern und Teilnehmern unterschieden (ausführlich dazu Schönke-Schröder-Heine-Weißer Rz. 4 ff. vor §§ 25).

a) **Täter** sind nach § 25 der **Alleintäter**, der **mittelbare Täter** und die **Mittäter**.

b) **Teilnehmer** sind nach § 26 der **Anstifter**, der den Tatentschluss im Haupttäter hervorruft sowie der **Gehilfe** gemäß § 27, der einen Unterstützungsbeitrag leistet, der die Haupttat fördert.

II. Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme

Es werden mit zahlreichen Abweichungen im Detail 2 grundsätzliche Positionen vertreten:

1) **Die subjektive Theorie: animus auctoris / socii** (Nachweise bei Schönke/Schröder/Heine-Weißer Rz. 52 vor § 25)

Nach der subjektiven Theorie entscheidet über die Art der Tatbeteiligung des einzelnen ausschließlich die innere Einstellung des jeweiligen Beteiligten:

a) **Täter ist derjenige, der die Tat als eigene will (animus auctoris). Teilnehmer ist, wer sich an einer für ihn fremden Tat beteiligen will (animus socii).**

aa) **Grundlage der subjektiven Theorie ist dabei die von der Äquivalenztheorie behauptete Gleichwertigkeit der Bedingungen für den Erfolgseintritt**. Wenn Täter, Anstifter und Gehilfe jeweils einen Beitrag leisten, ohne den die Tat nicht verwirklicht worden wäre, dann kann man innerhalb der vom jeweiligen Beteiligten geleisteten Tatbeiträge nicht mehr zwischen Tätern und Teilnehmern differenzieren, da alle für den Taterfolg ursächlichen Tatbeitrage gleich viel wert (= äquivalent) sind. Die Unterscheidung muss daher im subjektiven Tatbestand gefunden werden: Das entscheidende Kriterium ist daher die innere Einstellung der Beteiligten, die sich im jeweiligen Interesse am Taterfolg manifestiert.

bb) In ihrer früher vertretenen extremen Form führte die subjektive Theorie dazu, dass ohne Rücksicht auf den geleisteten Tatbeitrag derjenige nur Teilnehmer war, der kein eigenes Interesse am Taterfolg hatte. Auch der Beteiligte, der sämtliche Tatbestandsmerkmale in seiner Person verwirklichte, konnte demnach bloßer Gehilfe sein (Badewannen-Fall RG St 74, 84; Staschynskij-Fall des BGH St 18, 87). Bei den letztgenannten Fällen ist allerdings zu beachten, dass es sich in beiden Fällen um Mord handelte, wobei sowohl das RG als auch der BGH die als unverhältnismäßig angesehene absolute Strafandrohung des § 211 vermeiden wollten.

b) Einer derart extremen Form der subjektiven Theorie ist schon lange durch die **Fassung des § 25** der Boden entzogen worden. **Danach ist unabhängig von der inneren Einstellung derjenige Täter, der sämtliche Tatbestandsmerkmale in seiner Person verwirklicht**. Unbillige Härten im Rahmen der Strafzumessung des § 211 versucht der BGH durch die Konstruktion einer Rechtsfolgenlösung zu vermeiden, wenn die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe, z.B. wegen der schweren Kränkung des Täters durch das Opfer, als unverhältnismäßig erscheint: Der Täter wird wegen Mordes nach § 211 bestraft, doch kann entgegen dem Wortlaut des § 211 auf eine zeitlich begrenzte Freiheitsstrafe erkannt werden („Türkischer Onkel"-Fall: BGH St 30, 105; ausführlich dazu Langels, StGB BT 1 Vorbemerkung zu § 1).

2) **Die Tatherrschaftslehre** (Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft; Schönke/Schröder/Heine-Weißer Rz. 57 vor § 25 mwN; Jescheck/Weigend § 61 V; Wessels/Beulke AT 137; SK-Hoyer § 25 Rz.16 m.w.N.)

Nach der in der Literatur ganz herrschenden Tatherrschaftslehre bezieht sich die Gleichwertigkeit der Bedingungen i.S.d. Äquivalenztheorie nur auf die Kausalität. Innerhalb der Handlungen, durch die die Beteiligten den Kausalverlauf steuern, kann man aber durchaus zwischen verschiedenen Beiträgen der jeweiligen Beteiligten unterscheiden, durch die der einzelne einen größeren bzw. kleineren Einfluss auf den Kausalverlauf hat, so dass anhand der Größe dieser Einflussnahme auf den tatbestandsmäßigen Geschehensablauf zwischen Tätern und Teilnehmern differenziert werden kann. **Dabei ist Täter derjenige, der die Tatherrschaft über das tatbestandsmäßige Geschehen hat, wer das Geschehen also so beherrscht, dass er über das „Ob" und „Wie" der Tat maßgeblich entscheiden kann und somit die "Zentralgestalt des Geschehens" ist.** Die Tatherrschaftslehre verbindet dabei objektive und subjektive Kriterien: Einerseits erscheint die Tat als Werk eines das Geschehen steuernden Willens, andererseits muss der Beteiligte durch seinen Beitrag das Geschehen objektiv maßgeblich beherrschen.

Da die vom Gesetz in § 25 vorgegebenen Formen der Täterschaft verschiedene Arten der Tatbegehung kennzeichnen, muss für jeden einzelnen Tätertyp eine eigenständige Form der Tatherrschaft gefunden werden. Nach Roxin (Täterschaft und Tatherrschaft, S. 107 ff.) kann man dabei zwischen folgenden Formen der Tatherrschaft unterscheiden:

a) Der **Alleintäter** i.S.d. § 25 I, 1. Alt. hat **Handlungsherrschaft**. Durch die Verwirklichung sämtlicher objektiver und subjektiver Tatbestandsmerkmale beherrscht er allein die tatbestandsmäßige Handlung (wer sonst?...). Auf die innere Einstellung des Täters kommt es hier nicht an, da schon das Gesetz in § 25 I, 1. Alt. sein Verhalten als Täterschaft bewertet.

b) Der **mittelbare Täter** des § 25 I, 2. Alt. besitzt **Tatherrschaft durch ein dem Tatmittler überlegenes Wissen**. Er begeht die Tat als Hintermann durch einen anderen, der aufgrund der intellektuellen Überlegenheit des Hintermannes zu dessen Werkzeug wird: Da das Werkzeug nicht weiß, was es tut, beherrscht der Hintermann planvoll lenkend das Geschehen.

c) Die **Mittäter** i.S.d. § 25 II haben **funktionelle Tatherrschaft**. Jeder derart Beteiligte will aufgrund eines gemeinsamen Tatplans durch eigene Tatbeiträge zur Tatbestandsverwirklichung beitragen, wobei sich jeder Partner nach den Grundsätzen des arbeitsteiligen Zusammenwirkens die wechselseitig erbrachten Tatbeiträge des anderen Mittäters als eigene zurechnen lassen muss.

Ob dabei der Tatbeitrag des einzelnen derart wesentlich war, dass er ihm eine funktionelle Tatherrschaft über das Geschehen einräumen konnte, ist auf der Grundlage des gemeinsam gefassten Tatplans und der damit verbundenen subjektiven Einschätzung der Beteiligten zu ermitteln. **Mittäter ist demnach, wer nach Einschätzung der Beteiligten in der Rolle des gleichberechtigten Partners eigene Beiträge zur Tatbestandsverwirklichung leistet.** (Details dazu unten § 32)

Problem: Der Nebentäter

Keine mittäterschaftliche Begehung liegt vor, wenn mehrere Täter unabhängig voneinander, also ohne bewusstes und gewolltes Zusammenwirken, ein identisches Rechtsgut verletzen. Es handelt sich um **zeitgleich handelnde Alleintäter**, bei denen jeder einzelne nur für seinen eigenen Tatanteil verantwortlich gemacht werden kann, da es eine wechselseitige Zurechnung nur aufgrund des gemeinsamen Tatplans und der arbeitsteiligen Vorgehensweise gibt. (Die damit verbundenen Probleme der Kausalität habe ich bereits oben in § 13 dargestellt.)

3) **Die Position der Rechtsprechung** (z.B. BGH NStZ-RR- 2012, 209; 2011, 111; 2009, 199; NStZ 2009, 130; BGH St 28, 346; 32, 28 = „Sirius“-Fall; BGH NJW 1989, 912 = „Katzenkönig“-Fall)

Die Rspr., die früher die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme nur anhand subjektiver Kriterien vorgenommen hatte, hält auch nach der Neufassung des § 25 im Jahre 1975 daran fest, dass der inneren Einstellung maßgebliches Gewicht zukommt. **Gerade in letzter Zeit geht die Rspr. aber dazu über, bei der Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme nicht nur nach subjektiven Kriterien zu beurteilen, sondern auch den Einfluss des Beteiligten auf das Geschehen zu berücksichtigen**.

a) **Täterschaft / Anstiftung**

So ergab sich die mittelbare Täterschaft des Hintermannes im *Siriusfall* (BGH St 32, 28) **daraus, dass sich das Opfer in einem Irrtum über den konkreten Handlungssinn seines Verhaltens befand, weil es nicht wusste, dass es im Begriff war, sich selbst zu töten**. Der Hintermann war nach Ansicht des BGH kein Anstifter zu einem tatbestandslosen versuchten Selbstmord, sondern aufgrund seiner Tatherrschaft kraft überlegenen Wissens mittelbarer Täter. Auch in der *Katzenkönig*-Entscheidung, wo eine Frau einen jungen Mann derart intellektuell beherrschte, dass sie ihn zu einem Werkzeug für einen Mordversuch machen konnte, begründete der BGH (BGH NJW 1989, 912) die mittelbare Täterschaft der Frau mit dem Einfluss, den sie auf das gesamte Geschehen hatte (dazu ausführlich unten § 31 III 3 b).

b) **Täterschaft / Beihilfe**

Diese Gesamtbewertung des Verhaltens eines jeden Beteiligten nimmt der BGH (BGH NStZ –RR- 2012, 209; 2011, 111) auch bei der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe vor. **„Mittäterschaft liegt vor, wenn der Beteiligte mit seinem Beitrag nicht nur fremdes Tun fördern will, sondern er seinen Beitrag als Ergänzung einer gemeinschaftlichen Tätigkeit ansieht**. Ob ein Beteiligter ein derart enges Verhältnis zur Tat haben will, ist nach den Gesamtumständen bei wertender Betrachtung zu ermitteln. Wesentliche Anhaltspunkte können dabei das **Interesse am Taterfolg**, der **Umfang der Tatbeteiligung** und in der **Tatherrschaft** oder zumindest im **Willen zur Tatherrschaft** gesehen werden, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich vom Willen des Beteiligten abhängen.“
(Zur Entwicklung der Rspr. Schönke/Schröder/Heine-Weißer Rz. 63 ff. vor § 25; noch ausführlicher Roxin, Täterschaft und Teilnahme, S. 557 ff.)

4) **Stellungnahme**

a) Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass auch der BGH durch seine Abkehr von der extrem subjektiven Theorie auf der Basis einer Gesamtbewertung der Tatumstände zu weitestgehend gleichen Ergebnissen im Verhältnis zur Tatherrschaftslehre gelangt. Nur in den Fällen, in denen sich der Täter über seine eigene Tatherrschaft irrt, fallen die Ergebnisse auseinander: Während hier die Rspr. den Willen zur Tatherrschaft für eine täterschaftliche Begehung ausreichen lässt, kommt die Tatherrschaftslehre nur zum Versuch in mittelbarer Täterschaft, da der Hintermann bei fehlender Tatherrschaft nicht wegen vollendeter Tat bestraft werden kann (dazu ausführlich unten § 31 I 2 b).

b) Wenn jedoch der Wille zur Tatherrschaft ein Indiz für den Täterwillen sein soll, so ist aber bereits das dogmatische Fundament der subjektiven Theorie zusammengebrochen: Wenn es den Willen zur Tatherrschaft als Kriterium gibt, dann gibt es auch den Bezugspunkt des Willens, nämlich die Tatherrschaft selbst. Es ist dann also sehr wohl möglich, anhand der Größe der geleisteten Tatbeiträge bereits im objektiven Tatbestand zwischen Tätern und Teilnehmern zu unterscheiden.

c) Im Übrigen ist das Interesse des Beteiligten am Taterfolg schon insofern ein untaugliches Kriterium, als auch Anstifter und Gehilfen ein Interesse am Taterfolg haben, „sonst würden sie sich ja nicht beteiligen“ (Roxin).
Ferner führt das Interesse am Taterfolg als Abgrenzungskriterium in den Fällen nicht weiter, in denen der Tatbestand begrifflich voraussetzt, dass der Täter gerade kein eigenes Interesse am Taterfolg hat: Wer das Opfer i.S.d. § 216 auf dessen Verlangen hin tötet, hat kein eigenes Interesse am Taterfolg, ist aber dennoch Täter des § 216. Gleiches gilt beim fremdnützigen Betrug (z.B. Provisionsvertreterbetrug), wo der Täter (zunächst) einen anderen bereichern will.

d) Um es in den Worten von Schönke-Schröder-Heine-Weißer (Rz. 63 vor §§ 25 ff.) zu formulieren: „Der BGH bewegt sich seit den letzten 40 Jahren in einer bei den 3 Erscheinungsformen der Täterschaft unterschiedlichen Weise schwankend auf die Tatherrschaftslehre zu, sichert sich aber durch eine wertende Gesamtschau Flexibilität. Diese flexible Linie führt zwar häufig zu vertretbaren Einzelfallergebnissen. Ausschlaggebend sind jedoch zuweilen schillernde Strafwürdigkeitserwägungen.“

§ 30 Die Alleintäterschaft: § 25 I, 1. Alt.

Unmittelbarer Täter ist, wer sämtliche Merkmale eines Tatbestandes in seiner Person eigenhändig verwirklicht. Die innere Einstellung ist dabei irrelevant, da das Gesetz das Verhalten bereits als Täterschaft bewertet.

Beispiel: Wer einen Menschen tötet, hat § 212 täterschaftlich auch dann verwirklicht, wenn er persönlich gar kein Interesse am Taterfolg hatte, sondern lediglich einem anderen einen „Gefallen“ tun wollte.

Auch bei den Sonderdelikten ist unabhängig von der inneren Einstellung Täterschaft dann anzunehmen, wenn der Täter eine ihn aufgrund seiner besonderen Täterqualität treffende Pflicht vorsätzlich verletzt.

Beispiel: Der Prokurist verletzt seine ihn nach § 266 treffende Vermögensbetreuungspflicht dadurch, dass er andere das Firmenvermögen schädigen lässt; es handelt sich insofern um ein echtes Unterlassungsdelikt.

Dies wird zum Teil bereits durch den Wortlaut des jeweiligen Tatbestandes deutlich: So stellt § 340 bei der durch einen Amtsträger begangenen Körperverletzung bereits das Begehenlassen trotz dienstlicher Verhinderungspflicht in Form einer täterschaftlichen Begehung unter Strafe.

§ 31 Die mittelbare Täterschaft: § 25 I, 2.Alt.

Gemäß § 25 I, 2.Alt. ist mittelbarer Täter derjenige, der die Tat durch einen anderen begeht. Das für die mittelbare Täterschaft kennzeichnende Merkmal ist also, dass der Hintermann die Tat nicht unmittelbar „persönlich" ausführt, sondern sich eines Tatmittlers bedient, der ihm aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen derart unterlegen ist, dass er in den Händen des mittelbaren Täters wie ein *Werkzeug*, wie eine Marionette funktioniert. **Der Hintermann, der die Tat durch sein Werkzeug begehen lässt, wird als Täter so behandelt, als habe er die tatbestandsmäßige Handlung selbst vorgenommen**. Aus diesem Grund müssen sämtliche Deliktsvoraussetzungen für eine täterschaftliche Begehungsweise in der Person des Hintermannes vorliegen.
Die tatsächliche oder rechtliche Unterlegenheit des Tatmittlers führt zur Tatherrschaft des Hintermannes, wobei die Unterlegenheit des Tatmittlers folgende Ursachen haben kann.

I. Das Werkzeug handelt nicht tatbestandsmäßig

1) Das Werkzeug verwirklicht bereits den objektiven Tatbestand nicht

Es handelt sich um Fälle, in denen das Werkzeug aufgrund einer Täuschung oder Drohung eigene Rechtsgüter verletzt und daher bereits den objektiven Tatbestand eines Strafgesetzes nicht verwirklicht.

a) Tatherrschaft durch Täuschung

Der Täter bringt das Werkzeug aufgrund einer Täuschung über den Bedeutungsgehalt des eigenen Verhaltens dazu, sich selbst unbewusst zu schädigen.

Beispiel: Das Opfer fasst eine vermeintlich ungefährliche Starkstromleitung an oder zerstört ein ihm gehörendes wertvolles Original in der irrigen Annahme, es handele sich um eine wertlose Kopie; dazu Roxin FS für Lange S. 184 ff.

Vergleichen Sie dazu auch den im Kurs besprochenen „Siriusfall" (BGH St 32, 28), wo der Täter dem Opfer vorspiegelt, nach der „Selbsttötung" im unmittelbaren Anschluss auf einem anderen Stern weiterzuleben, so dass sich das Opfer über den konkreten Bedeutungsgehalt des „Sterbens" irrte.

Problem: Motivirrtum des Werkzeugs

In Fällen des Motivirrtums weiß zwar das Werkzeug, dass es sich verletzt oder sogar tötet, doch hat der Hintermann Tatherrschaft kraft überlegenen Wissens, weil er weiß, dass die Motivation des Werkzeugs auf einer von ihm veranlassten falschen Vorstellung beruht.

Beispiel: Der Täter schwindelt dem Opfer vor, dass es an einer schweren, unheilbaren Krankheit leide. Das Opfer tötet sich, um den vermeintlichen Qualen im finalen Stadium der Krankheit zu entgehen.

Hier hat der Hintermann Tatherrschaft, wenn sich das Opfer in einem die freie Willensherrschaft ausschließenden subjektiven Leidensdruck befindet, so dass die Tat Folge der subjektiven Ausweglosigkeit des Opfers ist.

Beispiel: Die Ehefrau spiegelt ihrem schwer depressiven Ehemann vor, sie werde gemeinsam mit ihm aus dem Leben scheiden. Er nimmt daraufhin sehenden Auges eine tödliche Dosis Schlaftabletten zu sich, während sie nur Traubenzucker schluckt; dazu BGH GA 1986, 509.

b) **Tatherrschaft durch Drohung**

Das Werkzeug weiß zwar, was es tut und was die Folge seines eigenen Verhaltens sein wird, doch ist es vom Hintermann in eine der des § 35 entsprechende ausweglose Lage versetzt worden, so dass die vom Opfer empfundene Ausweglosigkeit dem Hintermann Tatherrschaft verschafft.

Beispiel: Das vom Hintermann eingeschüchterte Opfer verübt Selbstmord, um den angedrohten „Folterungen" zu entgehen.

2) **Das Werkzeug verwirklicht zwar den objektiven, aber nicht den subjektiven Tatbestand**

a) **Dem Werkzeug fehlt der für eine täterschaftliche Begehung erforderliche Vorsatz, weil es die Konsequenzen seines Verhaltens nicht überschaut.**

Dabei kommen 2 Möglichkeiten in Betracht:

aa) **Das Werkzeug ist vollkommen ahnungslos.**

Beispiel: Das Werkzeug hält das dem Opfer verabreichte Gift für ein ungefährliches Beruhigungsmittel.

bb) **Das Werkzeug irrt sich über die Folgen seines Verhaltens.**

Beispiel nach BGH JuS 1983, 181: Das Werkzeug hält die Salzsäure, die es nach dem Willen des Hintermannes dem Opfer ins Gesicht schütten soll, für Chloroform, also ein tödlich wirkendes Mittel für ein bloßes Betäubungsmittel.

Es können daher auch in ihrer Person volldeliktisch handelnde Täter als Werkzeug einer mittelbaren Täterschaft eingesetzt werden, wenn sie ihr Verhalten nicht in all seinen Konsequenzen überschauen. Dabei ist für die mittelbare Täterschaft des Hintermannes unerheblich, ob dem Werkzeug anschließend aus seinem Verhalten der Vorwurf der Fahrlässigkeit gemacht werden kann.
(Vergleichen Sie bitte dazu die Kursmitschrift sowie BGH JuS 1983, S. 181 mit Anmerkung von Kühl.)

b) **Der Vorsatz des Werkzeugs entfällt aufgrund eines Erlaubnistatbestandsirrtums**

Nutzt der Hintermann den Umstand aus, dass das Werkzeug irrig die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes annimmt, so hat der Hintermann Tatherrschaft kraft überlegenen Wissens und ist mittelbarer Täter.

Beispiel: A und B gehen im Wald spazieren. Als das Opfer O den A um Feuer bittet, ruft B: „Vorsicht, der hat eine Waffe!" Der völlig verschreckte A schlägt O in der irrigen Annahme eines Angriffs nieder.

3) **Das Werkzeug verfügt nicht über die strafbegründende Tätereigenschaft**

Ist das Werkzeug bei echten Sonderdelikten kein tauglicher Täter, weil ihm die strafbegründende Eigenschaft fehlt, so ergibt sich die Täterschaft des Hintermannes bereits aus der Verletzung der den Hintermann treffenden besonderen Pflicht. Auch bei vorsätzlich handelndem Werkzeug ist der Hintermann unabhängig von seiner Tatherrschaft Täter, wenn er seine diesbezügliche Pflicht verletzt.

Beispiele:
1) § 203: Der Geheimnisträger Dr. Brause lässt zu, dass die gutgläubige Krankenschwester ein Geheimnis der Öffentlichkeit präsentiert.
2) § 266: Der für das Vermögen seines Arbeitgebers verantwortliche Prokurist Gluffke lässt zu, dass Dritte das Firmenvermögen schädigen.

4) **Der Täter hinter dem Täter**

Mittelbare Täterschaft ist auch in den Fällen denkbar, in denen das Werkzeug sowohl den objektiven als auch den subjektiven Tatbestand erfüllt sowie rechtswidrig und schuldhaft handelt. Dabei lassen sich (nach Schönke/Schröder/Heine-Weißer § 25 Rz. 22 - 26) folgende Fallgruppen unterscheiden:

a) **Der Hintermann nutzt einen graduellen Tatbestandsirrtum des Werkzeugs aus**, bei dem dem Werkzeug die Tragweite seines Verhaltens verborgen bleibt.

Beispiel: Der Hintermann veranlasst das Werkzeug zur Zerstörung einer wertvollen Sache mit der Behauptung, es sei eine wertlose Kopie.

Dabei ist für die mittelbare Täterschaft des Hintermannes unerheblich, ob er selbst den Irrtum des Werkzeugs erregt hat oder ob dieser Irrtum vermeidbar war oder nicht.

b) **Der Hintermann macht sich einen Tatplan des Werkzeugs zu eigenen Zwecken zunutze, indem er im Werkzeug einen „error in persona" hervorruft**.

Beispiel: Hintermann H hat erfahren, dass Werkzeug W an einer bestimmten Stelle im Wald das Opfer O1 töten will. H lockt das Opfer O2 dorthin, wo es von W mit O1 verwechselt und erschossen wird.

H hat Tatherrschaft, da er die Tötung des O2 veranlasst und gesteuert hat. Für W ist der Irrtum über das Tatobjekt wegen der Gleichwertigkeit des vorgestellten und getroffenen Tatobjekts unbeachtlich (so Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft S. 212 ff.).

Herzberg (Täterschaft und Teilnahme S. 49 ff.) will hier bei einer Einwirkung auf den Handelnden Anstiftung, ansonsten Nebentäterschaft annehmen.

c) **Der Hintermann veranlasst die Verwirklichung einer Qualifikation**, wobei das Werkzeug nur bezüglich der Verwirklichung des Grundtatbestandes vorsätzlich handelt.

Beispiel: H veranlasst den W, ein Wohnhaus in Brand zu setzen (§ 306 a I Nr.1), während W glaubt, es handele sich bei dem Gebäude um ein Lagerhaus (§ 306 I). Jescheck (§ 62 II) will hier Anstiftung annehmen und den weitergehenden Vorsatz des Hintermannes bei der Strafzumessung berücksichtigen.

d) Auch der **Schreibtischtäter**, der aufgrund eines organisierten Machtapparates ein volldeliktisch handelndes Werkzeug beherrscht, soll mittelbarer Täter sein (BGH JR 2004, 246; NJW 2000, 443, 448; 1994, 2704, 2706). Nach anderer Ansicht (SK-Hoyer § 25 Rz. 36 m.w.N.) liegt hier Mittäterschaft vor, wenn die Vorderleute ihrerseits volldeliktisch handeln.
(Ausführlich Jäger, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, 166 ff.)

II. Das Werkzeug handelt nicht rechtswidrig

Da bei der Täterschaft im Gegensatz zur Teilnahme der Grundsatz der limitierten Akzessorietät nicht gilt, sondern es nur auf die Deliktsverwirklichung in der Person des mittelbaren Täters ankommt, sind Fälle mittelbarer Täterschaft denkbar, in denen das Werkzeug in seiner Person rechtmäßig handelt.

Beispiele:
1) Der Zeuge kann im Strafprozess gegen einen zu Unrecht Angeklagten durch eine bewusste Falschaussage zu Lasten des Angeklagten eine Freiheitsberaubung in mittelbarer Täterschaft gemäß den §§ 239, 25 I 2. Alt. begehen, wenn aufgrund der Zeugenaussage eine Freiheitsstrafe gegen den Angeklagten verhängt wird.
2) Das gleiche gilt, wenn aufgrund der falschen Anzeige des Hintermannes Strafverfolgungsorgane, die in ihrer Person durch § 127 II StPO gerechtfertigt sind, einen Unschuldigen vorläufig festnehmen.

III. Das Werkzeug handelt nicht schuldhaft

1) Das Werkzeug ist in seiner Person nicht schuldfähig

Fall: H lässt das Opfer O durch einen Geisteskranken töten.

Mittelbare Täterschaft liegt unstreitig vor, wenn sich der Hintermann zur Tatbegehung einer Person bedient, die entweder aufgrund ihres Alters gemäß § 19 oder aufgrund einer seelischen Störung gemäß § 20 schuldunfähig bzw. nach § 21 nur vermindert schuldfähig ist.

2) Das Werkzeug handelt in seiner Person nach § 35 entschuldigt

Fall: H droht dem W, dessen Familie zu töten, wenn W nicht das Opfer O zusammenschlägt.

Mittelbare Täterschaft liegt ebenfalls vor, wenn der Hintermann eine Notlage des Werkzeugs herbeiführt, in der das Werkzeug entschuldigt handelt. Es handelt sich um einen „Täter hinter einem entschuldigten Täter“. Dies gilt auch, wenn sich das Werkzeug in einem Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen der Entschuldigungslage befindet, da der Hintermann Tatherrschaft kraft überlegenen Wissens hat, wenn er diesen Irrtum erregt oder ausnutzt.

3) Das Werkzeug erliegt einem Verbotsirrtum i.S.d. § 17

a) Der Verbotsirrtum ist unvermeidbar

Hier liegt mittelbare Täterschaft vor, wenn der Hintermann das Geschehen in seiner rechtlichen Tragweite überblickt und daher Tatherrschaft kraft überlegenen Wissens hat.

b) Der Verbotsirrtum ist vermeidbar

Katzenkönig-Fall BGH NJW 1989, 912: H erklärt dem W, dieser sei auserwählt, die Welt dadurch vor der Rückkehr des Katzenkönigs mit der Folge von Tausenden von Toten zu bewahren, dass er diesem Katzenkönig durch die Tötung des O ein Menschenopfer darbringe. W versucht, den O zu töten, um die Menschheit zu retten.

Konnte das Werkzeug das Verbotensein seines eigenen Verhaltens erkennen, so ist die Schuld des Werkzeugs nicht ausgeschlossen; lediglich bei der Strafzumessung kann der Irrtum des Werkzeugs gemäß § 17, 2 berücksichtigt werden. Da das Werkzeug somit tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft handelt, erscheint die Annahme mittelbarer Täterschaft bei einem volldeliktisch handelnden Werkzeug auf den 1. Blick problematisch. Der BGH hat jedoch mittelbare Täterschaft für möglich gehalten:
„Bei der Frage, ob der Hintermann Täter ist, ist die vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft (sic!) entscheidend. Dass das Werkzeug das Unrecht der Tat hätte erkennen können, vermag an der Tatherrschaft des Hintermannes nichts zu ändern; diese hängt vielmehr von Art und Tragweite des Irrtums sowie von der Intensität der Einwirkung von Seiten des Hintermannes ab. Mittelbarer Täter eines versuchten oder vollendeten Delikts ist jedenfalls derjenige, der mit Hilfe des von ihm bewusst hervorgerufenen Irrtums das Geschehen auslöst und steuert, so dass der sich Irrende bei wertender Betrachtung als ein, wenn auch schuldhaft handelndes, Werkzeug anzusehen ist.“

4) Mittelbare Täterschaft bei einem uneingeschränkt verantwortlichem Werkzeug

Fall (stark verkürzt nach BGH NJW 1994, 2703; vgl. auch BGH NJW 2001, 3060; 2000, 443, 448; 1996, 2042): A und B waren Mitglieder des nationalen Verteidigungsrats der DDR. Der nationale Verteidigungsrat war das zentrale staatliche Organ, dem die Leitung der Verteidigungs- und Sicherheitsmaßnahmen der DDR oblag. Die Zahl der Mitglieder schwankte geringfügig; sie betrug in der Regel 14 Personen. Zwar war nach Art. 48 der DDR-Verfassung die Volkskammer oberstes staatliches Machtorgan, das für die Gesetzgebung zuständig war; zwischen den Tagungen der

Volkskammer nahm aber gemäß Art. 66 der DDR-Verfassung der Staatsrat die Befugnisse der Volkskammer wahr. Dieser Staatsrat organisierte gemäß Art. 73 der DDR-Verfassung mit Hilfe des nationalen Verteidigungsrats die Landesverteidigung.
In verschiedenen Sitzungen des Verteidigungsrats wurde unter Mitwirkung von A und B beschlossen, Grenzverletzungen unter allen Umständen, zur Not mit gezielten Schüssen, zu verhindern. Sämtliche Handlungen der Grenztruppen, also die Verminung des Grenzgebiets und der Schusswaffeneinsatz gegen Flüchtlinge beruhten auf diesen Beschlüssen, die durch das Ministerium für Nationale Verteidigung und die ihm unterstellte Nationale Volksarmee umgesetzt wurden.

Der BGH (BGH NJW 1993, 141) hatte die unmittelbar handelnden Schützen wegen eines mittäterschaftlich begangenen Totschlags in einem minder schweren Fall nach dem bundesrepublikanischen Strafrecht gemäß den §§ 212, 213, 25 II verurteilt, nachdem der BGH zu dem Ergebnis gelangt war, dass das bundesdeutsche Strafrecht im Vergleich zum - richtig angewandten! - DDR-Strafrecht das für die Täter günstigere Recht enthielte. In einer späteren, uns hier interessierenden Entscheidung (BGH NJW 1994, 2703) ging es um die Frage, ob die Befehlsgeber als mittelbare Täter zur Rechenschaft gezogen werden können, obwohl doch die Schützen selbst volldeliktisch gehandelt hatten.

Die Frage, ob es einen mittelbaren Täter bei einem uneingeschränkt schuldhaft handelnden, also defektfreien Werkzeug geben kann, ist umstritten.

a) Nach einer Ansicht (Jescheck, AT 601; Jakobs AT 532; Stratenwerth, 224) gilt das Verantwortungsprinzip: Wer strafrechtlich voll verantwortlich handelt, kommt als Werkzeug eines Hintermannes nicht in Betracht. Folgt man dieser Ansicht, können die Mitglieder des Verteidigungsrats nur als Anstifter bzw. Mittäter (Jakobs NStZ 1995, 26) bestraft werden.

b) Nach anderer Auffassung (Maurach/Gössel/Zipf AT 2, 260, 277; Schönke/Schröder/Heine-Weißer § 25 Rz. 30; Herzberg, Jura 1990, 16) ist mittelbare Täterschaft auch bei einem volldeliktisch handelnden Werkzeug möglich, wenn der Hintermann trotz voller Verantwortung des Werkzeugs für sein Tun den Geschehensablauf kontrolliert.

c) Nach Roxin (LK § 25 Rz. 54; JZ 1995, 49) ist mittelbare Täterschaft in derartigen Fällen nur denkbar, wenn der Hintermann durch eine Nötigung des Tatmittlers das Geschehen beherrscht, er das Geschehen durch Erregen oder Ausnutzen eines Irrtums aus dem Hinterhalt lenkt oder sich eines organisierten Machtapparates bedient, bei dem die unmittelbar Handelnden beliebig austauschbar sind, quasi wie „Marionetten“ funktionieren. In derartigen Fällen verleiht gerade die beliebige Austauschbarkeit der Handelnden dem Hintermann die für eine mittelbare Täterschaft erforderliche Tatherrschaft. Folgt man dieser Ansicht, so werden A und B als mittelbare Täter bestraft.

d) Auch die Rechtsprechung hat in verschiedenen Fällen bereits mittelbare Täterschaft der Hinterleute angenommen, obwohl das Werkzeug selbst volldeliktisch gehandelt hatte.

aa) **BGH St 32, 165, 178 / Startbahn West**: Die Beteiligung an Gewalttätigkeiten i.S.d. § 125 kann auch durch einen ortsabwesenden geistigen Führer als mittelbaren Täter erfolgen, weil dieser durch seinen überlegenen Willen das Geschehen beherrscht.

bb) **Lederspray-Entscheidung / BGH NJW 1990, 2560**: Entscheiden sich mehrere Geschäftsführer einer GmbH, ein Produkt trotz seiner erkannten Gefährlichkeit für die Verbraucher nicht vom Markt zu nehmen, so sind sie Mittäter einer gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen (dazu ausführlich unten § 46 II 3). Dies gilt auch dann, wenn die das Produkt unmittelbar an den Verbraucher verkaufenden Händler die Gefährlichkeit des Produktes ebenso erkannt haben wie die Vertreiber.

cc) Auch im o.g. **Katzenkönigfall** hat der BGH eine mittelbare Täterschaft angenommen, obwohl das Werkzeug aufgrund der Vermeidbarkeit seines Verbotsirrtums volldeliktisch handelte. Entscheidend war auch hier die vom Täterwillen getragene Tatherrschaft über das Geschehen.

dd) Auch die **Befehlsgeber der Mauerschützen** hat der BGH als mittelbare Täter behandelt (BGH NJW 1994, 2703; 1996, 2042) und dies wie folgt begründet:

„Handelt jemand irrtumsfrei und uneingeschränkt schuldfähig, so ist sein Hintermann regelmäßig nicht mittelbarer Täter. Dies gilt insbesondere für Fälle, in denen der unmittelbar handelnde Täter nicht nur rechtlich, sondern vor allem auch tatsächlich das Geschehen vollständig beherrscht und auch beherrschen will. Dann hat der Hintermann keine Tatherrschaft.

Es gibt aber Fallgruppen, bei denen trotz eines uneingeschränkt verantwortlich handelnden Tatmittlers der Beitrag des Hintermannes nahezu automatisch zu der vom Hintermann erstrebten Tatbestandsverwirklichung führt. Solches kann vorliegen, wenn der Hintermann durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb deren sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst. Dies kommt vor allem bei staatlichen, unternehmerischen oder geschäftsähnlichen Organisationsstrukturen und bei Befehlshierarchien in Betracht. Nutzt der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden aus, den Tatbestand zu erfüllen, und will der Hintermann den Erfolg als Ergebnis seines eigenen Handelns, so ist er mittelbarer Täter. Er besitzt die Tatherrschaft weit mehr als dies bei anderen Fallgruppen erforderlich ist, in denen mittelbare Täterschaft ohne Bedenken angenommen wird, etwa bei Einsatz eines Werkzeugs, das nur deshalb nicht Täter ist, weil ihm eine besondere Pflichtenstellung fehlt.

Der Hintermann hat auch den umfassenden Willen zur Tatherrschaft, wenn er weiß, dass die vom Tatmittler noch zu treffende, aber durch Rahmenbedingungen vorgegebene Entscheidung gegen das Recht kein Hindernis bei der Verwirklichung des Erfolgs darstellt. Den Hintermann in solchen Fällen nicht als Täter zu behandeln, würde dem Gewicht seines Beitrags nicht gerecht. Eine so verstandene mittelbare Täterschaft wird nicht nur beim Missbrauch staatlicher Machtbefugnisse, sondern auch in Fällen mafiaähnlich organisierten Verbrechens in Betracht kommen, bei denen der zeitliche, räumliche und hierarchische Abstand zwischen der befehlenden Organisationsspitze und den unmittelbar Handelnden gegen eine mittäterschaftliche Begehung spricht. Auch das Problem der Verantwortlichkeit beim Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens lässt sich so lösen.“

Auf der anderen Seite ist nach BGH NJW 2001, 3060 derjenige kein mittelbarer Täter, der als Regimentskommandeur die bereits eingesetzten und über den Schießbefehl instruierten Soldaten lediglich noch einmal an diesen Schießbefehl erinnert (= „vergattert“). Wer den Schießbefehl nicht inhaltlich mitgestaltet oder individuell erteilt, sondern selbst nur in die Befehlskette eingebunden ist und die dem Grenzsoldaten bereits bekannte Befehlslage nur wiederholt, hat nicht die für die mittelbare Täterschaft erforderliche Tatherrschaft.
Auch eine Anstiftung scheidet aus, da der schießende Grenzsoldat aufgrund der bereits bestehenden Befehlslage ohnehin zur unbedingten Befehlserfüllung bereit war (= omnimodo facturus). Hier kommt lediglich eine psychische Beihilfe in Betracht.

IV. Sonderfragen der mittelbaren Täterschaft

1) Irrige Annahme der Tatherrschaft

Fall: Vater O ist ohne Heilungschance schwer erkrankt. Um ihm weiteres Leiden zu ersparen, füllt sein Sohn H eine Überdosis Schmerzmittel in ein Wasserglas, das seine Schwester W dem O verabreichen soll. Entgegen der Annahme des H erkennt W jedoch, dass es sich um eine tödliche Überdosis handelt; da aber auch sie ihren Vater erlösen will, gibt sie ihm die tödliche Dosis. Strafbarkeit des H?

a) Tatherrschaftslehre

aa) **§§ 212, 25 I, 2. Alt.**: Handelt der Vordermann volldeliktisch, während der Hintermann ihn für ein vorsatzloses Werkzeug hält, so ist der Hintermann wegen fehlender Tatherrschaft kein mittelbarer Täter. Da W die tödliche Wirkung der Überdosis erkannt hatte, verfügte ihr Bruder H nicht über überlegenes Wissen. Eine Bestrafung wegen vollendeten Totschlags in mittelbarer Täterschaft gemäß den §§ 212, 25 I 2.Alt. kommt daher nicht in Betracht.

bb) **§§ 212, 25 II**: Auch eine mittäterschaftliche Begehungsweise gemäß den §§ 212, 25 II scheidet aus, da Mittäterschaft das beiderseitige (!) Bewusstsein voraussetzt, gemeinsam zu handeln.

cc) **§§ 212, 25 I, 2. Alt.**: H wird jedoch wegen versuchten Totschlags in mittelbarer Täterschaft gemäß den §§ 212, 22, 25 I 2.Alt. bestraft, da er den Tatentschluss hatte, den O durch ein Werkzeug zu töten und er durch das Einwirken auf W bereits unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hatte.

dd) **§§ 212, 26**: Ob daneben oder anstelle des Versuchs in mittelbarer Täterschaft noch eine Bestrafung wegen Anstiftung zum Totschlag gemäß den §§ 212, 26 in Betracht kommt, ist innerhalb der Vertreter der Tatherrschaftslehre umstritten.

(1) Nach einer Ansicht (Roxin TuT S. 271 ff.; Jescheck § 62 III) wird der Hintermann bei irriger Annahme der eigenen Tatherrschaft wegen Anstiftung bestraft, da der Anstifter den Vordermann zur Tat bestimmt hat und der erforderliche Anstiftervorsatz als „minus“ im Tätervorsatz enthalten ist; Anstiftung ist im Verhältnis zur mittelbaren Täterschaft die minder schwere Form der Beteiligung. Der Hintermann will zwar den Vordermann nicht zu einer Vorsatztat bestimmen, doch wird dieser Wille durch den qualitativ schwerwiegenderen Tätervorsatz ersetzt (Jescheck AT § 62 III 1 m.w.N.).

(2) Nach anderer Auffassung (SK-Hoyer § 25 Rz. 38; Jakobs AT 24 / 5) wird zwar die Täterschaft vom Gesetz schwerer als die Anstiftung angesehen, was sich bereits in der eingeschränkten Strafbarkeit der versuchten Anstiftung zeigt (§ 30 I / nur bei Verbrechen), doch würde die o.g. Ansicht voraussetzen, dass die Täterschaft alle Merkmale der Anstiftung sowie zusätzliche Merkmale enthält, durch die die Täterschaft über die Anstiftung hinausgeht. Da dies aber nicht der Fall ist, ist der Tätervorsatz im Verhältnis zum Anstiftervorsatz kein „mehr“, sondern etwas qualitativ „anderes“. Der Anstiftervorsatz ist daher nicht im Tätervorsatz enthalten, so dass eine Bestrafung wegen Anstiftung zum Totschlag entfiele.

b) Animus-Theorie

Nach der Rspr. wäre der Hintermann selbst bei objektiv fehlender Tatherrschaft Täter, da er mit Täterwillen die Tat veranlasst hat. Die objektiv fehlende Tatherrschaft ist ja nach dieser Ansicht entbehrlich, weil primär die innere Einstellung, also der Wille zur Tatherrschaft, über die Form der Beteiligung entscheidet. Da H an seine Tatherrschaft kraft seines vermeintlich überlegenen Wissens glaubte, wäre er nach dieser Ansicht wegen vollendeten Totschlags in mittelbarer Täterschaft zu bestrafen.

2) **Die Unkenntnis der eigenen Tatherrschaft**

Fall: Im o.g. Beispiel war H irrig davon ausgegangen, dass seine Schwester W als gelernte Krankenschwester die tödliche Wirkung der Dosis erkennen würde, aber dennoch ihrem Vater die Dosis verabreichen würde, um ihn von seinen Qualen zu erlösen. W hatte die erhöhte Dosierung jedoch nicht bemerkt. Strafbarkeit des H?

a) **§§ 212, 25 I 2.Alt.**: Hier hatte H zwar objektiv Tatherrschaft kraft überlegenen Wissens, doch glaubte er, seine Schwester habe die Überdosis erkannt und wisse daher ebenso wie er um deren tödliche Wirkung. Ihm fehlte somit das Bewusstsein, überlegenes Wissen zu haben. Schaltet der Hintermann einen aus seiner Sicht vorsätzlich handelnden Vordermann ein, der jedoch nicht vorsätzlich handelt, so scheidet eine mittelbare Täterschaft sowohl für die Vertreter der animus-Theorie als auch für die Anhänger der Tatherrschaftslehre aus, weil der Hintermann keinen Tätervorsatz hat: Einerseits fehlt ihm der Wille, Täter zu sein, andererseits fehlt ihm das Bewusstsein, Tatherrschaft zu haben. H wollte die Tat nicht beherrschen, sondern den todbringenden Teil des Geschehens seiner Schwester zur alleinigen Verantwortung überlassen. H wollte daher kein mittelbarer Täter sein und ist es auch nicht gewesen. Objektive Tatherrschaft und der Wille zur Anstiftung oder Mittäterschaft ergeben in der Summe keine Täterschaft.

b) **§§ 212, 26**: Eine Bestrafung wegen vollendeter Anstiftung scheidet aus, da der Vordermann keinen Tätervorsatz hat und es daher keine vorsätzlich begangene Haupttat gibt, an der sich der Hintermann in vollendeter Form würde beteiligen können.

c) **§§ 212, 30 I**: Daher verbleibt nur eine versuchte Anstiftung zur Haupttat, die der Vordermann hätte begehen sollen, wobei die versuchte Anstiftung des Hintermannes gemäß § 30 I nur strafbar ist, wenn es sich bei der Haupttat, die der Vordermann hätte begehen sollen, um ein Verbrechen handelte.

3) Wie sich die **Objektsverwechslung eines Beteiligten** auf die übrigen Tatbeteiligten auswirkt, haben wir ja innerhalb der Irrtumslehre (§ 15 III) bereits besprochen.

§ 32 Die Mittäterschaft: § 25 II

Mittäterschaft ist die gemeinsame Verwirklichung eines Tatbestandes durch gemeinsame Beiträge aufgrund eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens aller Tatbeteiligten. Die Mittäterschaft beruht auf dem Prinzip der Arbeitsteilung, wobei die Beiträge der gleichberechtigten Partner sich zu einem einheitlichen Ganzen vervollständigen. Da alle Mittäter den gemeinsam gefassten Tatentschluss mittragen, muss sich jeder Mittäter den Beitrag des jeweils anderen zurechnen lassen: Er wird so behandelt, als habe er sämtliche Tatbestandsmerkmale in eigener Person verwirklicht.

AL-Klausurtipp: Da jeder einzelne Mittäter Täter ist, gelten die o.g. Grundsätze über Sonderdelikte und eigenhändige Delikte. Jeder Mittäter muss die strafbegründenden Merkmale in eigener Person aufweisen (z.B. besondere Täterqualität wie Amtsträger, Geheimnisträger, Vermögensbetreuungspflicht; dies gilt aber auch für täterschaftsbegründende Merkmale wie die Zueignungsabsicht oder die Bereicherungsabsicht.). Fehlt einem der Beteiligten eines dieser täterschaftsbegründenden Merkmale, so kommt er als Mittäter nicht mehr in Frage, sondern kann nur Anstifter oder Gehilfe sein. Eine wechselseitige Zurechnung der täterschaftsbegründenden Merkmale scheidet aus, da diese Zurechnung erst erfolgt, wenn man Mittäter ist.

I. Der objektive Tatbestand der Mittäterschaft

Der objektive Tatbestand der mittäterschaftlich begangenen Tat setzt voraus, dass jeder Mittäter aufgrund des gemeinsamen Tatplans einen eigenen Beitrag zur Tatbestandsverwirklichung leistet. Es fragt sich jedoch, ob der Beitrag des Beteiligten ihm die Tatherrschaft über das tatbestandsmäßige Geschehen vermitteln kann, die er benötigt, um Täter sein zu können.

1) Während die **Rspr**. früher auf dem Boden der rein subjektiven Theorie jeden mit Täterwillen erbrachten Beitrag zur mittäterschaftlichen Begehung ausreichen ließ, nimmt sie in jüngster Zeit eine **Gesamtbewertung** vor, bei der sie anhand der Größe des von jedem einzelnen erbrachten Tatbeitrags Rückschlüsse auf dessen Täter- oder Teilnehmerwillen vornehmen will. Mittäterschaft soll danach vorliegen, wenn der Beteiligte aufgrund seines geleisteten Tatbeitrags in der Rolle eines gleichberechtigten Partners erscheint (BGH NStZ –RR- 2012, 2009; 2011, 111).

2) Die **Tatherrschaftslehre** fordert dagegen einen Beitrag, der dem Beteiligten nach dem gemeinsamen Tatplan eine **funktionelle Tatherrschaft** über das tatbestandsmäßige Geschehen vermittelt.

   Problem: Kann ein im Vorbereitungsstadium erbrachter Tatbeitrag funktionelle Tatherrschaft vermitteln?

   Innerhalb der Tatherrschaftslehre ist dabei umstritten, ob der jeweilige Beitrag Tatherrschaft vermitteln kann, wenn er im Vorbereitungsstadium erbracht wird und der Beteiligte bei der unmittelbaren Tatausführung nicht zugegen ist. Schulbeispiel ist der **Bandenchef**, der zwar einen detaillierten Plan entworfen hat, aber bei der Ausführung des Plans vor Ort nicht anwesend ist.

   a) Nach einer Ansicht (z.B. Roxin, Täterschaft und Teilnahme, S. 275; Jescheck S. 616) kann eine funktionelle Tatherrschaft nur bei arbeitsteiligem Zusammenwirken im Ausführungsstadium erreicht werden. Der Bandenchef, der nicht am Tatort ist, hat diese Tatherrschaft nur, wenn er z.B. durch ein Mobiltelefon jederzeit Einfluss auf das Geschehen nehmen kann; ansonsten ist er nur Anstifter.

   b) Stellt man jedoch mit einer anderen Auffassung (BGH NStZ 2009, 25; BGHSt 33, 507; Jescheck AT § 63 III 1; Schönke/Schröder/Heine Rz. 84, 85 vor § 25) bei der Einschätzung des täterschaftsbegründenden Beitrags auf die gemeinsame Vorstellung der Tatbeteiligten ab, so erscheint der Bandenchef in der Rolle des gleichwertigen Partners. Er wird daher auch dann als Mittäter bestraft, wenn sich seine eigene Tatbeteiligung auf die Planung im Vorbereitungsstadium beschränkt, da das „minus“

bei der Tatausführung durch ein „plus“ bei der Tatplanung ausgeglichen wird. Die gemeinsame Ausführung der Tat i.S.d. § 25 II setzt nicht voraus, dass jeder Mittäter ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht. Es genügt jede Art von Mitwirkung, also auch eine reine Vorbereitungshandlung, durch die der eine Mittäter den anderen die Tat ausführenden Beteiligten in dessen Tatentschluss bestärkt (BGH NStZ 1995, 122; 285).

Beispiel: Es kann sich auch derjenige mittäterschaftlich an einem Totschlag beteiligen, der nicht am Tatort war. Gleiches gilt für denjenigen, der zwar am Tatort anwesend war, aber keinen Schuss abgegeben hat

c) **AL-Klausurtipp**: Folgt man der (m.E. vorzugswürdigen) letztgenannten Ansicht, so kommt auf der Grundlage des gemeinsamen Tatplans auch eine mittäterschaftliche Beteiligung durch eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung in Betracht, ja sogar durch eine rein geistige Mitwirkung (BGH St 32, 165). Dabei reicht aus, dass einer der Mittäter die Tatbestandsverwirklichung des anderen begleitend unterstützt (z.B. mit laufendem Motor vor der überfallenen Bank wartet) oder die Tatbestandsverwirklichung im Vorfeld ermöglicht (z.B. das Werkzeug besorgt, wesentliche Beiträge zur Tatplanung leistet) oder einen Rat während der Ausführung der Tat erteilt. Entscheidend ist für die Frage der Mittäterschaft stets, ob dieser Beteiligung aus Sicht der übrigen Beteiligten wesentliche Bedeutung zukommt. Es wäre auch vom Ergebnis her nicht sachgerecht, angesichts der überragenden Bedeutung des Tatplans den Chef an einer für ihn fremden Tat teilnehmen zu lassen.

II. Der subjektive Tatbestand der Mittäterschaft

Der subjektive Tatbestand der mittäterschaftlich begangenen Tat setzt voraus, dass sämtliche Tatbeteiligten einen gemeinsamen Tatentschluss fassen, der jeden Beteiligten als gleichberechtigten Partner erscheinen lässt. Es reicht, dass die Beteiligten bewusst und gewollt zusammenwirken; eine besondere Verabredung ist nicht erforderlich, so dass die erforderliche Willensübereinstimmung auf jede Art, auch konkludent, hergestellt und erweitert werden kann, was insbesondere bei der Frage nach einem etwaigen Mittäterexzess eine Rolle spielt. Das einseitige (!) Billigen oder Unterstützen der Tatbegehung eines anderen reicht nicht aus; erforderlich ist stets eine Willensübereinstimmung im Rahmen eines gemeinsamen (!) Tatplans (BGH NStZ 2010, 33).

III. Sonderfragen der Mittäterschaft

1) Die sukzessive Mittäterschaft

Fall: Wilhelm hatte das Opfer O im Wald bereits bewusstlos geschlagen und begonnen, es auszurauben, als sein Freund Bullmann zufällig vorbeikommt. Auch Bullmann nimmt dem bewusstlosen O im Einverständnis mit Wilhelm dessen Wertgegenstände weg. Hat sich Bullmann am Raub gemäß den §§ 249, 25 II mittäterschaftlich beteiligt?

Schließt sich der eine der Tat eines anderen in deren Verlauf im nachhinein an, so stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang eine mittäterschaftliche Beteiligung und eine damit verbundene wechselseitige Zurechnung der Tatbeiträge noch möglich ist.

a) **Es besteht Einigkeit darüber, dass der erforderliche gemeinsame Tatentschluss (s.o. II.) auch noch während der Tatbegehung gefasst werden kann** (BGH NStZ 1996, 227); dies muss allerdings während der Tatbegehung, also spätestens bis zu deren Beendigung geschehen. Jeder Beteiligte muss im Wege eines zumindest konkludent gefassten gemeinschaftlichen Willensentschlusses seine eigene Tätigkeit durch die des anderen ergänzen und auch diese sich zurechnen lassen wollen. Die erst nach der Beendigung der Tat durch den Vorgänger erfolgte Ausnutzung der von diesem geschaffenen Situation reicht nicht aus; auch die Kenntnis und Billigung der durch den anderen verwirklichten Tatumstände begründet keine mittäterschaftliche Beteiligung (BGH NStZ 1997, 336).

Beispiel: Hätte Bullmann abgewartet, bis Wilhelm sich entfernt und dem dann immer noch bewusstlosen O etwas

weggenommen, würde eine mittäterschaftliche Begehungsweise am erforderlichen einverständlichen Zusammenwirken scheitern.

b) **Ausgesprochen umstritten ist jedoch innerhalb des Problems der sukzessiven Mittäterschaft die Frage, ob sich der Hinzutretende im Rahmen der mittäterschaftlichen Zurechnung auch die Tatbeiträge des anderen zurechnen lassen muss, die beim Hinzutreten bereits abgeschlossen waren**, so dass der Hinzutretende für diese Beiträge keinen eigenen Kausalbeitrag mehr leisten konnte. Es würde sich hier also die Frage stellen, ob sich B auch die vorab bereits erfolgte Gewaltanwendung durch A als eigenen Beitrag zurechnen lassen muss mit der Folge, dass er sukzessiv am Raub teilnimmt.

aa) Nach einer Ansicht (BGH NStZ 2011, 207; 2011, 637; 2011, 200; Fischer § 25 Rz. 9; Jescheck S. 568, Maurach/Gössel AT II, S. 219) soll sich der Hinzutretende auch die Umstände als eigene Beiträge anrechnen lassen müssen, die vor seinem Hinzutreten bereits verwirklicht waren, wenn er ihr Vorliegen kannte.
(Danach würde Bullmann in Kenntnis der erfolgten Gewaltanwendung durch die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache auch dann am Raub mittäterschaftlich teilnehmen, wenn er selbst für die Ohnmacht des Opfers nicht kausal werden konnte.)

Mittäterschaft ist demzufolge auch dann noch möglich, wenn der gemeinsame Tatentschluss nach *Vollendung* (der Raub des A war ja beim Hinzutreten des B bereits vollendet), aber vor *Beendigung* gefasst wird.

bb) Der BGH teilt grundsätzlich diesen Standpunkt, fordert jedoch zusätzlich, dass das bereits vollendete Merkmal (im o.g. Bsp. die Gewaltanwendung) weiterwirkt und dem Hinzutretenden dessen Tatausführung erleichtert.
Exkurs: Liegt jedoch eine Tatbestandsvariante vor, die vom „ersten" Mittäter vor dem Hinzutreten des zweiten vollständig erfüllt worden ist, so scheidet nach der Rspr. eine Zurechnung aus, weil es sich hierbei aus Sicht des zweiten Mittäters um eine Art von „Mittäterexzess" handelt.
Beispiel nach BGH NStZ 1997, 272: Wilhelm hat das Opfer bereits mit einem Messer niedergestochen. Bullmann hat sich in Kenntnis der Messerstiche nachträglich durch Fußtritte an der Körperverletzung beteiligt.

cc) Nach anderer Ansicht (Roxin, TuT, S. 289 ff., Schönke/Schröder/Heine § 25 Rz. 96; SK-Hoyer § 25 Rz. 125) ist auch zur Zeit der Vollendung der Tat durch den ursprünglichen Alleintäter sukzessive Mittäterschaft noch möglich; diese soll jedoch beschränkt sein auf den Teil der Tatbestandsverwirklichung, den beide ab diesem Zeitpunkt gemeinsam vornehmen. Dem Hinzutretenden werden daher bereits verwirklichte Merkmale, zu denen er selbst keinen eigenen Beitrag mehr leisten konnte, nicht zugerechnet.
(Dies hätte zur Folge, dass sich Bullmann nur am Diebstahl mittäterschaftlich beteiligen konnte, der ja in Wilhelms Raub enthalten ist.)

dd) **AL-Klausurtipp**: Für die letztgenannte Ansicht spricht, dass Mittäterschaft begrifflich voraussetzt, dass der Mittäter einen das Geschehen fördernden, mitursächlichen Beitrag leistet, der ihm Tatherrschaft über das gesamte Geschehen vermittelt. Da der Hinzutretende über bereits abgeschlossene Merkmale keine Tatherrschaft hat und nicht für ihr Vorliegen kausal war, muss er sich diese Merkmale nicht zurechnen lassen; ansonsten würde er akzessorisch für fremdes Unrecht haften, obwohl die Regeln der Akzessorietät unter Tätern nicht gelten. Samson weist weiter darauf hin, dass der Tätervorsatz einen **finalen Verwirklichungswillen** voraussetzt, dass also beide Beteiligten aufgrund eines gemeinsamen Tatplans ein gemeinsames Ziel anstreben. Dieser anfänglich fehlende finale Verwirklichungswille kann nicht durch eine nachträgliche Billigung von in sich abgeschlossenen Umständen ersetzt werden, an deren Vorliegen der Hinzutretende nichts mehr ändern kann und deren Entstehung er auch nicht beeinflussen konnte.

2) **Der Mittäterexzess**

Die wechselseitige Zurechnung erbrachter Tatbeiträge erfolgt aufgrund des gemeinsamen Tatplans. Leitbild der Mittäterschaft ist das arbeitsteilige Zusammenwirken mehrerer, so dass sich jeder das zurechnen lassen muss, was der jeweils andere aufgrund der gemeinsamen Rollenverteilung tut, um ein gemeinsames Ziel zu erreichen. **Da somit die Grundlage der wechselseitigen Zurechnung der gemeinsame Tatplan ist, haftet der eine Mittäter für das Verhalten des anderen auch nur soweit, wie dessen Verhalten vom gemeinsam gefassten Tatplan gedeckt ist**. Geht der andere aber über das hinaus, was vom gemeinsam gefassten Tatplan umfasst war, so handelt es sich um einen Mittäterexzess, der seinem Partner nicht als eigener Beitrag zugerechnet werden kann (BGH MDR 1985, 446; LK-Roxin § 25 Rz. 175). Dabei ist aber darauf zu achten, dass der Tatplan auch vor Ort konkludent gemeinsam (!) erweitert werden kann (BGH StraFo 2011, 66) und dass ferner solche Abweichungen keinen Mittäterexzess darstellen, mit denen nach den Umständen des Falles zu rechnen war (BGH NStZ 2010, 33).

Erfolgte die Überschreitung des gemeinsamen Tatplans zunächst einseitig ohne Rücksprache, so muss das nachträglich erzielte Einverständnis gegenseitig sein. Die bloße einseitige Kenntnisnahme oder Billigung durch den anderen Mittäter genügt nicht. Ferner ist auch zu prüfen, ob die anderen Beteiligten insoweit noch einen fördernden Beitrag geleistet haben (BGH StraFo 2011, 66).

3) **Mittäterschaft bei erfolgsqualifizierten Delikten**

Fall: A und B schlagen auf das Opfer O mit Baseballschlägern ein. Dabei verliert O die Hörfähigkeit, was sowohl A als auch B jeweils hätte vorhersehen können. Können beide wegen gemeinschaftlich begangener schwerer Körperverletzung gemäß den §§ 226 I, 25 II bestraft werden, obwohl sie doch bezüglich der schweren Folge nur fahrlässig gehandelt haben?

Da aufgrund des Schuldprinzips, das im Rahmen der Erfolgsqualifikation in § 18 zum Ausdruck kommt, jeder Beteiligte nur für Umstände bestraft werden kann, aus deren Eintritt man ihm persönlich einen Vorwurf machen kann, kommt eine mittäterschaftliche Verwirklichung einer Erfolgsqualifikation nur in Betracht, wenn jeden einzelnen Beteiligten bezüglich des Eintritts der schweren Folge mindestens der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft. Ist dies bei einem Beteiligten nicht der Fall, so bleibt es bei ihm bei der mittäterschaftlichen Verwirklichung des Grundtatbestandes (BGH NStZ 2011, 699; StraFo 2011, 66).

4) **Der Irrtum eines Mittäters**

Der **error in persona** eines Mittäters ist bei Gleichwertigkeit der Tatobjekte auch für die anderen Mittäter bedeutungslos, wenn die Tathandlung des sich irrenden Mittäters den gemeinsamen Tatplan nicht überschreitet. So wird der Mittäter B z.B. auch dann wegen mittäterschaftlich begangenen Mordversuchs bestraft, wenn die Abgabe von Schüssen auf Verfolger geplant war und sein Partner A den hinter ihm laufenden B aufgrund eines für beide unbeachtlichen Motivirrtums für einen Verfolger hält und auf ihn schießt (BGH St 11, 268, 271; ausführlich Dehne-Niemann ZIS 2008, 351). Auf diese Weise wird B wegen eines Mordversuchs bestraft, bei dem er selbst das Opfer war!

5) Auf die Problematik von **Versuch und Rücktritt eines Mittäters** werde ich innerhalb von Versuch und Rücktritt ausführlich eingehen.

§ 33 Die Strukturprinzipien der Teilnahme

Bevor wir uns mit den Erscheinungsformen der Teilnahme in Form von Anstiftung und Beihilfe auseinandersetzen, wollen wir zunächst die gemeinsamen Strukturelemente der Teilnahme erarbeiten, die Anstiftung und Beihilfe gemeinsam sind.

I. Das Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe

1) An einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat kann sich der Teilnehmer in Form von Anstiftung und Beihilfe beteiligen, wobei sich beide Teilnahmeformen in der **Intensität der Beteiligung** unterscheiden. Dies wird auch in der gesetzlich angeordneten Rechtsfolge deutlich: Gemäß § 26 wird der Anstifter ohne die Möglichkeit einer Strafmilderung wie der Haupttäter bestraft; gemäß § 27 II 2 ist die Strafe des Teilnehmers zu mildern.

2) Anstiftung und Beihilfe stehen daher in einem **Stufenverhältnis** zueinander:

   a) Die Anstiftung geht der Beihilfe als die stärkere Form der Beteiligung vor.

   b) Ist die Form der Beteiligung zweifelhaft, weil sich nicht mit Gewissheit nachweisen lässt, ob der Beteiligte den Tatentschluss des Haupttäters hervorgerufen hat, steht aber auf der anderen Seite fest, dass er dessen Tatentschluss nachweislich bestärkt hat (z.B. dem Haupttäter moralische Skrupel ausgeredet hat) so gilt der Grundsatz „in dubio pro reo“: Der Beteiligte wird nur wegen psychischer Beihilfe bestraft.

II. Der Strafgrund der Teilnahme

Früher wurde überwiegend die Schuldteilnahmetheorie vertreten; der Anstifter wurde dafür bestraft, dass er den Haupttäter in Schuld und Strafe verstrickte. Weil aber diese Lehre das Wesen der Beihilfe und den Grund der Strafmilderung nach § 28 I nicht erklären konnte, gilt sie inzwischen als überholt. Heute wird von der h.M. die **Verursachungstheorie** vertreten: Der Strafgrund der Teilnahme liegt darin, dass der Teilnehmer ursächlich für die Haupttat wird (Schönke-Schröder-Heine-Weißer Rz. 15 ff. vor §§ 25 ff.).
Das Unrecht der Teilnahme besteht daher in der Mitwirkung des Teilnehmers an einer für ihn fremden Haupttat. Dies führt zu einer Abhängigkeit der Teilnahme von der Existenz einer Haupttat, die allerdings nur vorsätzlich und rechtswidrig begangen sein muss = **limitierte Akzessorietät**.

III. Die Folgen der limitierten Akzessorietät der Teilnahme

1) **Da sich der Teilnehmer an einer für ihn fremden Haupttat beteiligt, müssen die strafbegründenden Merkmale der Haupttat nur in der Person des Haupttäters vorliegen**. Daher ist eine Teilnahme an echten Sonderdelikten und an Delikten mit überschießender Innentendenz (z.B. §§ 242, 249, 253, 263) möglich, auch wenn der Teilnehmer nicht die jeweiligen Merkmale oder Absichten aufweist, die für eine täterschaftliche Begehungsweise unverzichtbar sind.
   Beispiele:
   1) Bullmann kann auch dann wegen Beihilfe zum Diebstahl gemäß den §§ 242, 27 bestraft werden, wenn er bezüglich der weggenommenen Sachen keine Zueignungsabsicht hatte.
   2) Wilhelm kann den Prokuristen Gluffke auch dann zu einer Untreue anstiften (§§ 266, 26), wenn er selbst das Vermögen des Geschädigten nicht zu betreuen hat.

2) Handelt es sich bei diesen strafbegründenden Merkmalen um persönliche Merkmale, die die Person des Täters charakterisieren und nicht die Art der Begehungsweise (dann wären es tatbezogene Merkmale!) so gilt im Rahmen der Teilnahme **§ 28 I**: Fehlen diese persönlichen strafbegründenden Merkmale dem Teilnehmer, so ändert dies zwar nichts am Grundsatz der Akzessorietät, so dass der Teilnehmer wegen Teilnahme an der Tat bestraft wird, die der Haupttäter begangen hat; die Strafe des Teilnehmers wird jedoch gemildert. Die Norm des § 28 I stellt also eine **Strafzumessungsregel** dar, die in der Klausur nach der Schuld des Teilnehmers geprüft wird.
Beispiel: Stiftet Wilhelm den Prokuristen Gluffke zu einer Untreue an, so nimmt er als Anstifter gemäß den §§ 266, 26 an der durch Gluffke begangenen Untreue teil. Da ihm das persönliche strafbegründende Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht fehlt, wird seine Strafe gemäß § 28 I über § 49 I gemildert.

3) **Die Strafbarkeit des Teilnehmers setzt grundsätzlich voraus, dass der Haupttäter in seiner Person ein strafbares Stadium erreicht hat**.
Eine **Ausnahme** gilt gemäß **§ 30 I** nur, wenn der Anstifter versucht, den potentiellen Haupttäter zu einem Verbrechen anzustiften: Hier macht sich der Anstifter wegen des Versuchs der Anstiftung auch dann nach § 30 I strafbar, wenn der andere den Vorschlag des Anstifters sofort entrüstet zurückweist oder sich zwar zunächst bereit erklärt, die Tat zu begehen, dann aber nicht einmal das Versuchsstadium erreicht, weil er es sich z.B. doch noch einmal anders überlegt.
Beispiel: Wilhelm stiftet Bullmann zu einem Bankraub an, wobei sich Bullmann zunächst von dieser Idee begeistert zeigt. Auf dem Weg zur Bank bekommt er jedoch „kalte Füße“ und geht unverrichteter Dinge nach Hause. Wilhelm wird wegen versuchter Anstiftung zum schweren Raub gemäß den §§ 249, 250 II, 30 I bestraft.

IV. Die Voraussetzungen der Haupttat

Es muss sich gemäß § 11 I Nr. 5 um eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat handeln.

1) **Die Haupttat muss tatbestandsmäßig sein**, **also alle objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Deliktstatbestandes erfüllen.**

a) **Der objektive Tatbestand der Haupttat**

aa) Grundsätzlich muss der Haupttäter den objektiven Tatbestand der Haupttat erfüllen, an der sich der Teilnehmer beteiligt.

bb) Ausnahmsweise kann über § 28 II der Grundsatz der Akzessorietät der Teilnahme durchbrochen werden:

(1) Sieht man in den Mordmerkmalen strafschärfende Qualifikationsmerkmale im Verhältnis zum Totschlag, so ist eine Teilnahme des Gehilfen am Totschlag denkbar, obwohl der Haupttäter einen Mord begeht und der Teilnehmer dies weiß.
Beispiel: Der Haupttäter tötet das Opfer aus Habgier; der Teilnehmer weiß das und hilft ihm dabei, ohne in irgendeiner Form dafür entlohnt zu werden. Der Haupttäter hat einen Mord gemäß § 211 begangen; der Teilnehmer wird jedoch nur wegen Beihilfe zum Totschlag gemäß den §§ 212, 27 bestraft.

(2) Es ist aber auch der umgekehrte Fall denkbar: Tötet der Haupttäter das Opfer, ohne in seiner Person ein Mordmerkmal zu verwirklichen, so wird er nur nach § 212 bestraft. Hatte ihn der Anstifter aus Habgier zu dieser Tat angestiftet (weil z.B. der Anstifter das Opfer beerben wollte), so wird der Anstifter wegen Anstiftung zu einem Mord gemäß den §§ 211, 26 bestraft, den der Haupttäter in seiner Person gar nicht begangen hat.

Die Akzessorietät der Teilnahme kann also durch § 28 II in beide Richtungen durchbrochen werden!

☞ **Merksatz: Der Beteiligte (Täter oder Teilnehmer!) nimmt immer an der Tat teil, die er täterschaftlich selbst begeht bzw. begehen würde!**

b) **Der subjektive Tatbestand der Haupttat**

aa) Der Haupttäter muss den Tatbestand der Haupttat vorsätzlich verwirklichen. Teilnahme an einer fahrlässigen Tat ist nach dem Wortlaut der §§ 26, 27 nicht möglich. Dadurch entstehende Strafbarkeitslücken werden zwar von vielen kritisiert (vgl. Schönke/Schröder/Cramer 28. A. Rz. 30 vor § 25 m.w.N.), müssen aber de lege lata hingenommen werden.

(1) Handelt der Vordermann ohne Vorsatz, kommt nach den o.g. Regeln eine Bestrafung des Hintermannes wegen mittelbarer Täterschaft in Betracht.

(2) Mittelbare Täterschaft des Hintermannes ist auch in den Fällen denkbar, in denen der Tatbestandsvorsatz des Handelnden wegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums analog § 16 I 1 entfällt.

bb) Der Haupttäter muss auch über die jeweilige Absicht (z.B. Zueignungsabsicht, Bereicherungsabsicht) verfügen, die für eine täterschaftliche Begehungsweise unerlässlich ist.

2) **Die Haupttat muss rechtswidrig sein.**

Teilnahme an gerechtfertigter Haupttat ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Rechtfertigungsgrund nur zugunsten des Haupttäters wirkt. Wiederum kommt jedoch eine mittelbare Täterschaft des Hintermannes in Betracht, wenn dieser die Rechtfertigungslage des unmittelbar Handelnden heraufbeschworen hat.
Beispiel: Hintermann H lässt das unschuldige Opfer durch den Kriminalkommissar K festnehmen, der in seiner Person gemäß den §§ 127 II, 112 StPO gerechtfertigt ist, wenn aufgrund der Schilderung des H die Voraussetzungen eines Haftbefehls vorlagen.

3) **Die Haupttat muss nicht schuldhaft begangen worden sein.**

Um etwaige Strafbarkeitslücken zu vermeiden, wurde im Jahre 1943 die Abhängigkeit der Teilnahme auf das Erfordernis einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Haupttat beschränkt. Anstiftung und Beihilfe sind also nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Haupttäter in den Fällen der §§ 19, 20 nicht schuldhaft handelt bzw. er nach § 17 einem unvermeidbaren Verbotsirrtum erliegt oder nach § 35 entschuldigt ist.

V. Sonderfragen

1) **Objektive Bedingungen der Strafbarkeit** (z.B. Eintritt der schweren Folge i.S.d. § 231 I; Nichterweislichkeit der behaupteten Tatsache nach § 186; Rechtmäßigkeit der Diensthandlung i.S.d. § 113 III 1) müssen vorliegen, da ansonsten für die Haupttat kein Strafbedürfnis besteht und auch der Teilnehmer nicht bestraft werden kann.

2) **Teilnahme an erfolgsqualifizierten Delikten** (z.B. §§ 226, 227, 306 c) ist gemäß § 11 II möglich, da es sich trotz der Kombination von vorsätzlich begangenem Grundtatbestand und regelmäßig nur fahrlässig verursachter schwerer Folge um eine i.S.d. §§ 26, 27 vorsätzliche Haupttat handelt. Aufgrund des auch im Rahmen der Teilnahme geltenden Schuldprinzips kann der Teilnehmer aber nur dann wegen Teilnahme an einer Erfolgsqualifikation bestraft werden, wenn ihn gemäß § 18 auch bezüglich der schweren Folge ein persönlicher Vorwurf trifft, insbesondere wenn er hätte vorhersehen können, dass bei dieser Haupttat eine schwere Folge würde eintreten können.

3) **Notwendige Teilnahme** liegt vor, wenn ein Tatbestand begrifflich nur dann verwirklicht werden kann, wenn mehrere beteiligt sind. Dabei geht es um die Frage, wann eine Beihilfe straflos ist, obwohl deren Voraussetzungen dem Wortlaut nach vorliegen.

a) Der notwendigerweise Beteiligte ist straflos, wenn er nicht mehr tut, als zur Erfüllung des Tatbestandes erforderlich ist.
Beispiel: Der Vortäter einer Straftat, der die Hilfe eines anderen annimmt, begeht keine Beihilfe zur Begünstigung oder Strafvereitelung durch den anderen.

b) Andererseits macht sich derjenige strafbar, der über die durch den Tatbestand festgelegte Rolle hinausgeht.
Beispiel: Der Vortäter stiftet seinen Freund an, ihn zu verstecken: §§ 258 I, 26.

Eine andere Ansicht will hier eine teleologische Reduktion vornehmen: Wo schon die täterschaftliche Begehung unter Berücksichtigung des Motivationsdrucks straflos ist, soll auch die Anstiftung zur Vereitelung der dem Anstifter drohenden Strafe straflos sein.

VI. Die Voraussetzungen der Teilnahme

1) Die Teilnahmehandlung

a) **Anstiftung** ist eine Rechtsverletzung durch Hervorrufen des Tatentschlusses beim Haupttäter.

b) **Beihilfe** ist Ermöglichung oder Erleichterung der Haupttat.

2) Der subjektive Tatbestand der Teilnahme

Es ist kein „doppelter Teilnehmervorsatz“, sondern ein **Vorsatz mit 2 Bezugspunkten** erforderlich:

a) Der **Vorsatz bezüglich des eigenen Teilnehmerbeitrags**:

aa) den Tatentschluss des Haupttäters hervorzurufen oder

bb) die Tatausführung zu fördern.

b) Der **Vorsatz bezüglich der Vollendung der Haupttat**, wobei Eventualvorsatz genügt.

c) **Der Teilnehmer haftet nur, soweit sein Tatvorsatz reicht**. Exzesse des Haupttäters werden dem Teilnehmer nicht zugerechnet.
Beispiel: Wer dem Haupttäter durch Zurverfügungstellen eines Brecheisens bei der Begehung eines Einbruchsdiebstahls helfen will, wird nur wegen Teilnahme am Diebstahl bestraft, wenn der Haupttäter das Opfer mit dem Brecheisen niederschlägt und dadurch einen Raub begeht. Der Diebstahl ist im Raub enthalten.

d) Bleibt im umgekehrten Fall die Haupttat hinter der Tat zurück, die der Haupttäter nach Vorstellung des Teilnehmers begehen würde, so nimmt der Teilnehmer in vollendeter Form nur an der begangenen Haupttat teil. Sollte der Haupttäter jedoch ein Verbrechen begehen, so wird der Anstifter zusätzlich nach § 30 I bestraft, wenn der Haupttäter nur ein Vergehen begangen hat.
Beispiel: Wilhelm stiftet Bullmann an, einen Raub zu begehen. Da das Opfer aber nicht zu Hause war, konnte Bullmann die Beute ohne Gewaltanwendung wegnehmen. Bullmann hat nur einen Einbruchsdiebstahl gemäß den §§ 242, 244 I Nr. 3 begangen, an dem Wilhelm gemäß § 26 teilnimmt. Wilhelm wird aber zusätzlich gemäß den §§ 30 I, 249 bestraft.

e) Unwesentliche **Abweichungen der Haupttat** fallen nicht ins Gewicht. Bei tatbestandlicher Verwandtschaft von vorgestellter und verwirklichter Haupttat (z.B. §§ 249 / 253, 255) nimmt der Teilnehmer an der Tat teil, die der Haupttäter tatsächlich begangen hat.

§ 34 Die Anstiftung

I. Das Bestimmen

1) Der Anstifter muss im Haupttäter den Tatentschluss hervorgerufen haben. Es ist nicht erforderlich, dass das Verhalten des Anstifters die alleinige Ursache der Entschlussfassung ist, so dass auch derjenige noch zur Tat angestiftet werden kann, der bereits zur Tat geneigt war oder einen generellen Entschluss bereits gefasst hatte, den der Anstifter in konkrete Bahnen lenkt. Ist jedoch der Haupttäter zu einer konkreten Tat bereits fest entschlossen (= **omnimodo facturus**), so ist eine vollendete Anstiftung nicht mehr möglich. Es kommt aber eine psychische Beihilfe durch eine dem Haupttäter erkennbare Billigung des Tatentschlusses bzw. versuchte Anstiftung gemäß § 30 I in Betracht (zur Entwicklung Bock; JR 2008, 143; Fischer § 26 Rz. 3; Wessels/Beulke Rz. 569).

Problem: „Abstiften“

Fall: Haupttäter Bullmann ist fest entschlossen, einen Raub mit Schusswaffen zu begehen. Sein Freund Wilhelm kann ihn zumindest dazu bewegen, die Schusswaffe zu Hause zu lassen.

2) Bewirkt der „Anstifter“, dass der zu einer Qualifikation fest entschlossene Haupttäter lediglich den Grundtatbestand verwirklicht und auf die qualifizierenden Merkmale verzichtet, so kommt eine vollendete Anstiftung zum Grundtatbestand allein deshalb nicht in Frage, weil ja der Haupttäter bezüglich des Grundtatbestandes bereits fest entschlossen war (= omnimodo facturus). Eine psychische Beihilfe wäre zwar denkbar (dafür in bestimmten Fällen LK-Roxin § 26 Rz. 33), ist aber dem anderen nicht zuzurechnen, dass er durch sein Verhalten die Gefahr für das geschützte Rechtsgut verringert.

3) Da das Mittel der Einflussnahme im Rahmen der Anstiftung nicht genannt ist, kommt jede Form der Willensbeeinflussung (Bitte, Rat, Frage) in Betracht.

4) Ob aber auch derjenige bestraft werden kann, der nur eine dem Haupttäter **günstige Situation** schafft, ohne auf ihn persönlich eingewirkt zu haben, ist streitig. Zum Teil wird eine psychische Beeinflussung in Form eines Kommunikationsaktes gefordert (BGH NStZ 2009, 393; Schönke/Schröder/Heine § 26 Rz. 4; Jescheck/Weigend § 64 II 1; LK-Roxin § 26 Rz. 3 m.w.N.), zum Teil (Lackner/Kühl § 26 Rz. 2; SK-Samson § 26 Rz.5) wird jede Art von Verursachung für ausreichend gehalten. Es sei nicht einzusehen, warum der Haupttäter die Einflussnahme durch den Hintermann als solche wahrgenommen haben müsse; diese Erkenntnis des Haupttäters berühre das Unrecht des Anstifters nicht.

II. Der Anstiftervorsatz

1) Die Vorsatzform

Es genügt dolus eventualis bezüglich des Bestimmens und der Vollendung der Haupttat. Allerdings ist ein Anstiftervorsatz unverzichtbar, da eine fahrlässige Bestimmung des Haupttäters keine Anstiftung ist.
Wer aber fahrlässig den Haupttäter auf die Idee gebracht hat, diese Tat zu begehen, und wer ihn, nachdem er dies erkannt hat, nicht davon abhält, haftet wegen Beihilfe zur Haupttat durch Unterlassen gemäß den §§ 27, 13; die erforderliche Garantenstellung des Gehilfen ergibt sich aus Ingerenz.

2) **Die Bestimmtheit des Anstiftervorsatzes**

a) Die allgemeine Aufforderung, wie auch immer geartete Straftaten zu begehen, ist keine Anstiftung (Schönke/Schröder/Heine-Weißer § 26 Rz. 17 mwN). Hier kommt bei einer öffentlichen Aufforderung jedoch eine Strafbarkeit nach § 111 in Betracht.

b) Auch die Aufforderung, eine nur dem Tatbestand nach bestimmte Straftat zu begehen („irgendeinen" Raub, Totschlag, etc.) ist keine Anstiftung zu der Tat, die der Haupttäter daraufhin begeht (BGH St 34, 63). Der Vorsatz des Anstifters muss die Haupttat in ihren sie individualisierenden Merkmalen umfassen, wie z.B. Zeit und Ort, Person des Opfers, Art der Begehungsweise (BGH JZ 1997, 209; Lackner/Kühl § 26 Rz. 5; kritisch dazu LK-Roxin § 26 Rz. 47).

Beispiel: Der Ratschlag, bei Geldnot eine Tankstelle zu überfallen, ist keine Anstiftung zum später begangenen schweren Raub (BGH St 34, 63).

c) Der Anstifter muss aber nicht jedes Detail der Haupttat kennen; ebenso wenig muss der Anstifter wissen, wer der konkrete Täter sein wird. Es genügt, dass der Personenkreis ausreichend bestimmt ist, aus dem der Täter stammen soll (BGH St 34, 63; dazu Schönke/Schröder/Heine-Weißer § 26 Rz. 18; SK-Hoyer Rz. 54 vor § 26; Roxin, JZ 1986, 908).

Exkurs: Der agent provocateur

Fall: Nach einem heftigen Streit stiftet Wilhelm Bullmann zu einem Banküberfall an. Wie von vornherein geplant, informiert Wilhelm jedoch anschließend die Polizei, die entsprechende Maßnahmen ergreift und den völlig überraschten Bullmann im Versuchsstadium festnimmt.

1) Da der Vorsatz des Anstifters bezüglich der Vollendung der Haupttat unverzichtbar ist, liegt keine Anstiftung vor, wenn ein Lockspitzel (= **agent provocateur**) zwar den Tatentschluss des Haupttäters hervorrufen will, aber gleichzeitig die Haupttat nur bis ins für den Haupttäter strafbare Versuchsstadium geraten lassen will (BGH NStZ 2008, 41; Schönke/Schröder/Heine-Weißer § 26 Rz. 21 mwN; Fischer § 26 Rz. 8; Lackner/Kühl § 26 Rz. 4).

2) Eine Straflosigkeit des Lockspitzels wird man darüber hinaus auch in den Fällen fordern müssen, in denen der Lockspitzel es zwar zu einer nach dem Wortlaut der Norm formellen Vollendung des Tatbestandes kommen lassen will, aber dennoch die endgültige Verletzung des Rechtsguts verhindern will (Schönke/Schröder/Heine-Weißer aaO; Kühl § 20 Rz 205; LK-Roxin § 26 Rz. 70 ff. m.w.N.).

Beispiel: Der Bankräuber soll nach Vorstellung des Lockspitzels vor seiner Festnahme durch die Polizei erst die Bank verlassen, um eine Gefährdung der Bankangestellten und der Kunden zu vermeiden.

3) **Als ausgesprochen problematisch erweist sich allerdings die Frage, ob derjenige Täter bestraft werden darf, der gerade durch einen staatlichen Lockspitzel zur Tat angestiftet wurde**. **Das BVerfG nimmt dazu in NJW 2016, 91 wie folgt Stellung**:
Nach der Rspr. des EMRK (NJW 2015, 3631) liegt eine gegen Art. & I EMRK („fair trial"-Prinzip) verstoßende Tatprovokation vor, wenn sich die Ermittler nicht auf eine passive Ermittlung beschränken, sondern den Täter zu einer Tat verleiten, die er sonst nicht begangen hätte. Die Polizei soll Straftaten verhindern, nicht provozieren.
Dabei spielt es eine Rolle, ob es Anhaltspunkte dafür gab, dass der Täter zuvor bereits an vergleichbaren Taten beteiligt war bzw. zur Tat geneigt war. Die Ermittler dürfen nicht dadurch unzulässigen Druck aufbauen, dass sie den Täter kontaktieren, trotz anfänglicher Ablehnung insistieren, den Preis steigern oder versuchen, das Mitleid des Täters zu erregen. War der Täter nicht ohnehin gemäß den §§ 152 II; 160 StPO verdächtig, so darf er nicht zur Tat provoziert werden. Dies gilt auch, wenn die provozierte Tat völlig außer Verhältnis zu den bisher begangenen Taten steht (vgl. BGH NStZ 2014, 277, 279).

Die richterliche Gestattung des Einsatzes verdeckter Ermittler rechtfertigt noch nicht die Tatprovokation, zumal es für diese selbst keine gesetzliche Rechtfertigung gibt (vgl. § 110 c StPO). Entscheidend ist die Verdachtslage zur Zeit der Einwirkung: Je geringer der Verdacht, desto weniger Einfluss ist erlaubt.

Eine unzulässige Tatprovokation verstößt gegen **Art. 6 I EMRK**. Dieser Verstoß führt entgegen der bisher vertretenen Strafzumessungslösung zu einem **Verfahrenshindernis**. Das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung rechtfertigt keine unzulässige Tatprovokation, weil dem Beschuldigten dann kein faires Verfahren gewährt wird. Da die EMRK in Deutschland im Rang eines Bundesgesetzes steht, sind die Gerichte gemäß Art. 20 III GG an die EMRK und deren Auslegung gebunden.

§ 35 Die Beihilfe

Im Gegensatz zur Anstiftung wird der Tatentschluss des Haupttäters nicht hervorgerufen, sondern als bereits bestehend vorgefunden. Der Gehilfe leistet lediglich einen die Haupttat fördernden Beitrag, der ihm jedoch keine Tatherrschaft vermittelt, so dass er als Täter nicht in Frage kommt.

Der objektive Tatbestand der Beihilfe setzt voraus, dass der Gehilfe zu einer vorsätzlich begangenen, rechtswidrigen Tat Hilfe leistet.

I. Die Hilfeleistung

Fall: Wilhelm händigt seinem Freund Bullmann für dessen Einbruchsdiebstahl einen Nachschlüssel für die Kellertür des Hauses aus, der aber nicht mehr passt, weil der Eigentümer kurz zuvor das Schloss hatte auswechseln lassen. Bullmann schlägt das Kellerfenster ein und dringt durch das Fenster ein. Hat Wilhelm sich an Bullmanns Einbruchsdiebstahl beteiligt?

1) Nach der Rspr. (BGH NStZ 2008, 264; 2004, 500; zustimmend Seher JuS 2009, 795) muss der Gehilfenbeitrag nicht im Sinne der conditio-sine-qua-non-Formel ursächlich für die Rechtsverletzung geworden sein; es genügt, dass er einen Beitrag geleistet hat, der geeignet ist, die Haupttat zu fördern.
   Nach Ansicht von Samson (SK-Samson § 27 Rz. 5) will die Rspr. dadurch Beweisschwierigkeiten im Bereich der psychischen Beihilfe (Kausalität?) und der Beihilfe durch Unterlassen (Fähigkeit zur Erfolgsabwendung?) überwinden.

2) Da jedoch der Strafgrund der Teilnahme nach der **Verursachungstheorie** in der Mitwirkung an fremdem Unrecht zu sehen ist, muss nach einem Teil der Literatur (Schönke/Schröder/Heine-Weißer § 27 Rz. 6 m.w.N.) der Gehilfe einen **kausalen Beitrag zur Rechtsverletzung** geleistet haben, d.h. Art und Weise der Tatausführung beeinflusst haben. Dies kann dadurch geschehen, dass der Gehilfe die Tat ermöglicht oder erleichtert bzw. der Gehilfe dem Haupttäter Handlungen abnimmt, die dieser ansonsten hätte persönlich vornehmen müssen.

3) **Stellungnahme**: Ich halte die letztgenannte Ansicht für vorzugswürdig. Verzichtet man auf das Erfordernis der Kausalität der Hilfeleistung, so wird aus der Beihilfe ein selbständiges Gefährdungsdelikt, was mit dem Gedanken der Akzessorietät nicht zu vereinbaren ist und auch die Straflosigkeit der versuchten Beihilfe unterläuft. Im Ergebnis stünde die Hilfeleistung des § 27 der des § 257 gleich; die Begünstigung knüpft aber an ein eigenes Unrecht des Hilfeleistenden an, der nicht akzessorisch wie der Gehilfe an fremdem Unrecht teilnimmt.

4) Problematisch wird die Strafbarkeit der **Beihilfe bei neutralen Handlungen** (ausführlich dazu Schönke/Schröder/Heine-Weißer § 27 Rz. 10 a mwN). Die Rspr. (BGH wistra 2005, 228) geht dabei von folgenden Grundsätzen aus:

   a) Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine Straftat zu begehen und weiß dies der Hilfeleistende, so liegt eine strafbare Beihilfe vor, weil das Verhalten durch die Kenntnis des Gehilfen seinen Alltagscharakter verliert und sich der Gehilfe dadurch mit dem Haupttäter solidarisiert.

   b) Hält der Hilfeleistende die Begehung einer Straftat mit seiner Hilfe nur für möglich, so liegt noch keine strafbare Beihilfe vor, sofern er nicht das sehr große Risiko der Haupttatbegehung erkennt.

II. Die Erscheinungsformen der Hilfeleistung

1) **Physische Beihilfe** ist jede sinnlich wahrnehmbare Handlung des Gehilfen, die die Haupttat ermöglicht oder erleichtert oder die Rechtsverletzung intensiviert.

Beispiel: Der Gehilfe hilft dem Haupttäter dabei, die Beute zu transportieren; er hält das Raubopfer fest; steht bei einem Banküberfall „Schmiere."

2) **Psychische Beihilfe** unterstützt die Haupttat durch Einwirkung auf den Intellekt des Haupttäters und kann in 2 Formen erbracht werden:

a) **Technische Rathilfe** liegt vor, wenn der Gehilfe dem Haupttäter Ratschläge zur Durchführung der Haupttat erteilt, ihm z.B. die Funktionsweise der Alarmanlage erklärt.

b) Die **Förderung des Tatentschlusses** soll nach einer Ansicht (BGH NStZ –RR- 2012, 58; 2011, 112; NStZ 2008, 284) ebenfalls Beihilfe darstellen, z.B. dadurch, dass der Gehilfe in einer dem Haupttäter erkennbaren Weise dessen Tatentschluss billigt oder dem Haupttäter durch seine Anwesenheit am Tatort ein größeres Gefühl der Sicherheit vermittelt. Daher kann auch die Zusage des Gehilfen, später die Beute des Haupttäter anzukaufen und dadurch eine Hehlerei zu begehen, eine psychische Beihilfe zu dessen Haupttat darstellen (BGH St 8, 390). Ebenso kann auf diese Weise ein bereits fest entschlossener Haupttäter, der als „omnimodo facturus" nicht mehr angestiftet werden kann, noch in Form psychischer Beihilfe in strafbarer Form in seinem Tatentschluss bestärkt werden (BGH NJW 1951, 451).

Der BGH hat seinen Standpunkt in einer späteren Entscheidung (BGH JR 2008, 340) präzisiert. Ein Billigen i.S. eines bloßen Einverständnisses mit der Tat ist noch keine Beihilfe; sie bezeichnet nur eine innere Einstellung, nicht aber ein als Hilfeleisten zu wertendes Handeln. Anders verhält es sich allerdings, wenn die Billigung der Tat dem Täter gegenüber zum Ausdruck gebracht wird und dieser sich dadurch in seinem Tatentschluss bestärkt fühlt (= psychische Beihilfe).

Ist die vom Täter verübte Tat zuvor zwischen den Beteiligten nicht abgesprochen worden, so kann in der bloßen physischen Anwesenheit des anderen noch keine psychische Beihilfe gesehen werden, da der andere in der Situation ja gar nicht die Wahl hat, ob er dabei sein will oder nicht. Seiner Anwesenheit kommt daher überhaupt kein Erklärungswert und damit auch nicht die Bedeutung einer schlüssig erklärten Billigung zu.

Andererseits ist in der Rspr. anerkannt, dass Beihilfe auch durch bloßes Anwesendsein bei der Haupttat geleistet werden kann (BGH NStZ –RR- 2012, 58), sofern - was genauer und sorgfältiger Feststellung bedarf - die Tat durch die Anwesenheit in ihrer konkreten Gestalt gefördert oder erleichtert worden ist und sich der Gehilfe dessen bewusst war (BGH NStZ RR 2007, 37; StV 1993, 468). Es ist aber daran festzuhalten, dass im Rahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für positives Tun jede Beihilfe - auch die psychische - einen durch Handeln erbrachten Tatbeitrag des Gehilfen unabdingbar voraussetzt. Dieser durch positives Tun erbrachte Beitrag kann aber im Einzelfall schon darin bestehen, dass der Gehilfe den Täter im Wissen um dessen Vorhaben zur Tatausführung begleitet, etwa mitgeht oder mitfährt, seine Anwesenheit gleichsam „einbringt", um den Haupttäter in seinem Entschluss zu bestärken und ihm das Gefühl erhöhter Sicherheit zu geben" (BGH NStZ 2007, 37; 1995, 364).

Kritik: An der Bestrafung wegen psychischer Beihilfe durch gegenüber dem Haupttäter erklärter Billigung des Tatentschlusses wird kritisiert (z.B. Schönke/Schröder/Heine-Weißer § 27 Rz. 15; SK-Samson § 27 Rz. 15 m.w.N.), dass in Fällen fehlgeschlagener physischer Beihilfe (z.B., wenn der Haupttäter den Gehilfenbeitrag ablehnt) stets eine vollendete psychische Beihilfe angenommen und dadurch die vom Gesetzgeber gewollte Straflosigkeit der versuchten Beihilfe unterlaufen werden

könne. Unter Umgehung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ soll hier eine versuchte Beihilfe, deren Kausalität für die Begehung der Haupttat nicht nachgewiesen werden kann, als vollendete Beihilfe bestraft werden. Im Übrigen hinge dann die Strafbarkeit des Gehilfen allein von der Zeugenaussage des Haupttäters im Prozess gegen den Gehilfen ab: Nur wenn dieser zugibt, durch die Beeinflussung des angeklagten Gehilfen in seinem Entschluss bestärkt worden zu sein, kann der Gehilfe verurteilt werden, da ansonsten nur eine straflose versuchte Beihilfe vorliegt.

III. Der Zeitpunkt der Beihilfe

1) Beihilfe kann bereits im Vorbereitungsstadium der Haupttat geleistet werden, sofern die Haupttat in ein strafbares Stadium gerät. Ansonsten liegt keine Haupttat vor, an der sich der Teilnehmer nach den Regeln der Akzessorietät beteiligen könnte.

Beispiel: Der Gehilfe Wilhelm besorgt dem Bankräuber Bullmann eine Waffe; dieser wird jedoch im Versuchsstadium des Raubes von Sicherheitskräften überwältigt: Wilhelm hat sich am versuchten schweren Raub des Bullmann gemäß den §§ 249, 250 II Nr. 1, 22; 27 beteiligt. Hätte Bullmann auf dem Weg zur Bank sein Vorhaben aufgegeben, wäre auch Wilhelm mangels Haupttat straflos geblieben.

2) Andererseits kann die Hilfeleistung nach h.M. (BGH wistra 2008, 21; St 14, 282; 19, 325; Schönke/Schröder/Heine-Weißer § 27 Rz. 20 m.w.N.) noch über die tatbestandliche Vollendung bis zur materiellen Beendigung der Haupttat erbracht werden. Dem Gehilfen werden alle durch den Haupttäter bereits verwirklichten Merkmale zugerechnet, wenn der Gehilfe diese Merkmale in seinen Vorsatz aufgenommen hat. Dabei muss aber zwischen der Beihilfe zur Haupttat gemäß § 27 und der nicht akzessorischen täterschaftlichen Begünstigung nach § 257 unterschieden werden:

   a) Soweit die Haupttat zur Zeit der Hilfeleistung noch nicht vollendet war, kommt nur Beihilfe in Betracht.

   b) Wurde die Hilfe zwischen Vollendung und Beendigung der Haupttat geleistet, so entscheidet über die Abgrenzung zwischen akzessorischer Beihilfe gemäß § 27 und täterschaftlich begangener Begünstigung nach § 257 die Willensrichtung des Hilfeleistenden:

      aa) Soll die Hilfeleistung der Beendigung der Haupttat dienen, liegt Beihilfe vor.

      bb) Will der Helfende dem Vortäter helfen, bereits erlangte Tatvorteile zu sichern, handelt es sich um Begünstigung.

      cc) Nach beendeter Haupttat handelt es sich bei jeder Unterstützungshandlung unabhängig von der inneren Willensrichtung um Begünstigung (BGH NJW 1985, 814).

3) Nach anderer Auffassung (Rudolphi, FS für Jescheck S. 559; Hoyer SK § 27 Rz. 17) muss der Gehilfenbeitrag für die Rechtsgutsverletzung kausal sein. Daher ist eine nach Vollendung der Haupttat geleistete Hilfe nur dann sukzessive Beihilfe, wenn sich der Gehilfenbeitrag in der Rechtsgutsverletzung noch niederschlägt (z.B.: Der Gehilfe zündet das bereits vollendet inbrandgesetzte Haus noch an einer anderen Stelle an). Kann sich die Hilfeleistung nicht mehr auswirken, so liegt ggf. Begünstigung nach § 257 vor.

IV. Der subjektive Tatbestand der Beihilfe

1) Der subjektive Tatbestand der Beihilfe setzt den o.g. Teilnehmervorsatz voraus: Der Gehilfe muss zum einen die Haupttat fördern wollen, zum anderen den Vorsatz bezüglich der Vollendung der Haupttat haben, wobei in beiden Fällen Eventualvorsatz genügt (BGH NStZ 2007, 290). Der Gehilfe muss wissen, dass er durch seinen Beitrag eine fremde Tat unterstützt. Daran fehlt es, wenn der Gehilfe glaubt, dass sein Beitrag untauglich sei und daher die Haupttat nicht fördern könne. Ähnlich wie der agent provocateur wird der „Gehilfe" nicht bestraft.

2) Ferner muss der Gehilfe die wesentlichen Merkmale kennen, die das Unrecht der Tat kennzeichnen. Er muss aber weder den konkreten Täter, das konkrete Opfer noch die genauen Tatumstände kennen (BGH NJW 2007, 389 / Fall Motassedeq / Beihilfe zum Mord beim Anschlag auf das World Trade Center am 11.09.2001). Es genügt, dass der Gehilfe dem Haupttäter ein entscheidendes Tatmittel zur Verfügung stellt und damit bewusst das Risiko erhöht, dass eine gerade durch dieses Mittel geförderte Haupttat begangen wird (BGH NStZ 2000, 34; Schönke/Schröder/Heine-Weißer § 27 Rz. 19 mwN).

   Beispiel: Wilhelm Brause bietet ein in Wahrheit nicht existierendes Kfz über das Internet zum Kauf an und faxt einem Interessenten ein Vertragsformular sowie Daten über das vermeintliche Fahrzeug zu. Der Interessent möge bitte eine Anzahlung auf ein Konto des Bullmann leisten. Bullmann weiß zwar, dass er sein Konto für ein „krummes Ding" seines Freundes zur Verfügung stellt, weiß aber letztlich nicht, worum es konkret geht. Hat Bullmann Beihilfe zum Betrug gemäß den §§ 263, 27 geleistet?

   Der Gehilfe muss den wesentlichen Unrechtsgehalt und die Angriffsrichtung der von ihm unterstützten Tat kennen, aber nicht die Einzelheiten wie z.B. Tatopfer, Tatobjekt, Mittel, Ort und Zeit der Tatbegehung. Es begeht daher auch derjenige eine Beihilfe, der dem Täter ein entscheidendes Mittel willentlich an die Hand gibt und damit bewusst das Risiko erhöht, dass eine dadurch geförderte Tat begangen wird (BGH St 42, 135, 138). Es genügt daher ein Eventualvorsatz dahingehend, dass sich die Haupttat in einem bestimmten Spektrum einer wahrscheinlichen Tatbestandsverwirklichung bewegt. Wer sein Konto für ein „krummes Geschäft" zur Verfügung stellt, auf das ein anderer Geld überweisen soll, nimmt billigend in Kauf, dass der andere durch die Überweisung auf dieses Konto betrogen wird.

§ 36 Lockerung und Durchbrechung der Akzessorietät

Vorbemerkung

Die Akzessorietät der Teilnahme führt dazu, dass im Rahmen der Strafzumessung der Strafrahmen des Teilnehmers sich nach der Tat richtet, die der Haupttäter begangen hat, wenn der Teilnehmer deren Merkmale in seinen Vorsatz aufgenommen hat.

Beispiel: Stellt Wilhelm als Gehilfe dem Haupttäter Bullmann für einen geplanten Raubüberfall eine Schusswaffe zur Verfügung, so wird der Gehilfe wegen Beihilfe zum schweren Raub gemäß den §§ 249, 250 II Nr. 1, 27 bestraft, wenn es zum Raub kommt.
War das Opfer nicht zu Hause, so hat Bullmann „nur" einen schweren Diebstahl gemäß den §§ 242, 244 I 1 begangen; nur an diesem Diebstahl nimmt Wilhelm teil. Daher zieht auch der Gehilfe einen Vorteil aus dem Umstand, dass der Täter entgegen seiner Planung keinen Raub begangen hat.

Auch Privilegierungen des Haupttäters wirken sich zugunsten des Teilnehmers aus. Allerdings gehen auch Qualifizierungen zu seinen Lasten, jeweils unter der Voraussetzung, dass der Teilnehmer diese Umstände kennt.

Die Abhängigkeit der Teilnahme von der Existenz einer Haupttat ist aber durch § 29 auf das Vorliegen einer tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen Vorsatztat beschränkt, so dass Fragen der Schuld oder persönliche Strafausschließungsgründe oder Strafaufhebungsgründe auf Seiten des Haupttäters nichts an der Strafbarkeit des Beteiligten ändern. Insofern spricht man von einer **limitierten Akzessorietät** der Teilnahme.

Beispiel: Stiftet A den B dazu an, den Bruder des B nach erfolgter Straftat im Keller seines Hauses zu verstecken, so handelt B zwar i.S.d. § 258 I tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft, doch gilt zu seinen Gunsten der persönliche Strafausschließungsgrund des § 258 VI; B kann nicht bestraft werden. Da dieser Strafausschließungsgrund aber nur an die verwandtschaftlichen Beziehungen des B zum Vortäter anknüpft, kann sich A darauf nicht berufen; er wird wegen Anstiftung zur Strafvereitelung gemäß den §§ 258 I, 26 bestraft.

Dieser Grundsatz der limitierten Akzessorietät der Teilnahme wird durch § 28 I gelockert und durch § 28 II durchbrochen:

1) **§ 28 I: Fehlen besondere persönliche Merkmale, die die Strafbarkeit des Täters begründen, dem Teilnehmer, so ist dessen Strafe nach § 49 I zu mildern**. Die Norm des § 28 I kann die Akzessorietät der Teilnahme nicht durchbrechen und hat keine Tatbestandsverschiebung zur Folge; der geminderte Unrechts- oder Schuldgehalt des Teilnehmers wird nur durch eine obligatorische Strafmilderung berücksichtigt. Der Gesetzgeber wollte dadurch die Problematik innerhalb der Strafzumessung entschärfen, die bei strenger Akzessorietät in Fällen entsteht, bei denen die Strafbarkeit des Haupttäters durch eine höchstpersönliche Pflichtenbindung gekennzeichnet ist.

   Beispiel: Der Täter einer Untreue wird gemäß § 266 dafür bestraft, dass er durch Missbrauch seiner rechtlichen Möglichkeiten oder durch eine Verletzung seiner Treuepflicht das Vermögen eines anderen geschädigt hat, obwohl es gerade seine persönliche Pflicht war, den Geschädigten vor einem derartigen Schaden zu bewahren. Ohne die obligatorische Strafmilderung des § 28 I würde aber auch ein außenstehender Anstifter gemäß den §§ 266, 26 genauso hart wie der Haupttäter bestraft, obwohl der Anstifter selbst für das Vermögen des Geschädigten nicht verantwortlich ist.

2) **§ 28 II: Besondere persönliche Merkmale, die die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, gelten nur bei dem Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), bei dem sie vorliegen**. Durch § 28 II wird also in Fällen, in denen persönliche Merkmale die Strafe modifizieren, der Tatbestand festgelegt, an dem sich der jeweilige Beteiligte beteiligt hat. Da strafmodifizierende Merkmale bei jedem einzelnen individuell berücksichtigt werden, ist daher denkbar, dass innerhalb von mehreren Tatbeteiligten die verwirklichten Tatbestände auseinanderfallen, so dass der Grundsatz der Akzessorietät der Teilnahme durch § 28 II durchbrochen werden kann!

Beispiel 1: Der Angeklagte A stiftet den Polizeibeamten P an, den Zeugen Z während seiner Vernehmung zu misshandeln. P wird nach § 340, A wegen Anstiftung zur Körperverletzung gemäß den §§ 223, 26 bestraft, da das die einfache Körperverletzung modifizierende Merkmal der Amtsträgereigenschaft des P in der Person des A nicht vorliegt.

Beispiel 2: A stiftet aus Habgier den B dazu an, den Erbonkel des A zu töten. Handelt B in seiner Person nicht habgierig und verwirklicht er auch kein anderes Mordmerkmal, so wird er nach § 212 bestraft. Sieht man mit der h.L. das Mordmerkmal der Habgier als ein strafschärfendes Merkmal an, so wird A wegen Anstiftung zum Mord gemäß den §§ 212, 211, 26 bestraft, obwohl der Haupttäter in seiner Person überhaupt keinen Mord begangen hat. Ausführlich zu den denkbaren Kollisionsmodellen bei der Beteiligung mehrerer an Mord und Totschlag: StGB BT 1 § 1 III.

AL-Klausurtipp:
Diese durch § 28 II denkbare Tatbestandsverschiebung kann man auf einen einfachen Nenner bringen: Der Beteiligte (Täter oder Teilnehmer) nimmt stets an der Tat teil, die er selbst täterschaftlich begeht (Täter) oder begehen würde (wenn er nur Teilnehmer ist)!

3) **Das Verhältnis von § 28 zu § 29**

Nach h.M. (BGH St 8, 209; 22, 378; SK-Samson § 28 Rz. 8 m.w.N.) ist das Verhältnis des § 28 II zu § 29 bereits durch die Gesetzessystematik vorgezeichnet: **Während § 28 besondere persönliche Unrechtsmerkmale betrifft, gilt § 29 für allgemeine Schuldmerkmale**. Die Norm des § 28 II regelt dabei die Frage, ob und aus welchem Tatbestand heraus der Beteiligte bestraft wird, während § 29 regelt, wie innerhalb des durch § 28 II bestimmten Tatbestandes die Strafe des Beteiligten festgesetzt wird.

a) § 29 erfasst die allgemeinen Schuldausschließungsgründe, Entschuldigungsgründe und Schuldmilderungsgründe des Allgemeinen Teils: §§ 17, 19, 20, 21, 33, 35. Die Norm des § 29 gilt für Täter und Teilnehmer:

- Mittäter werden ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen bestraft.

- Bei Teilnehmern limitiert § 29 die Akzessorietät der Teilnahme auf eine vorsätzliche tatbestandsmäßige und rechtswidrige Haupttat.

b) § 28 II regelt die persönlichen Merkmale, die das Unrecht bestimmen und entscheidet daher darüber, ob der Beteiligte wegen des Grundtatbestandes, der Privilegierung oder der Qualifikation des Grundtatbestandes bestraft wird. Ferner erfasst § 28 sowohl in Abs. 1 als auch in Abs. 2 tatbestandlich vertypte Merkmale, die die Strafe begründen (z.B. Rücksichtslosigkeit in § 315 c I Nr.2), modifizieren (z.B. Angehörigeneigenschaft bei § 225) oder aufheben (z.B. Rücktritt gemäß den §§ 24, 158, 306 e).

Sollten Sie in der Klausur bei der Tatbeteiligung mehrerer vor der Frage stehen, ob bezüglich eines bestimmten Merkmals § 28 I oder § 28 II gilt, so gehen Sie bitte in folgender Reihenfolge vor:

I. Handelt es sich um ein persönliches Merkmal?

Sowohl die Anwendung des § 28 I als auch die Anwendung des § 28 II setzt zunächst voraus, dass es sich um ein persönliches Merkmal handelt. Nach der Legaldefinition des § 14 sind persönliche Merkmale **Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände, die den Beteiligten charakterisieren**, unabhängig davon, ob es sich um objektive oder subjektive Merkmale handelt und ob sie dem Unrecht oder der Schuld zuzuordnen sind.

1) **Persönliche Eigenschaften** sind untrennbar mit der Person verbundene Merkmale geistiger, persönlicher oder rechtlicher Art, wie z.B. „Angehöriger“ i.S.d. § 258 VI zu sein.

2) **Persönliche Verhältnisse** charakterisieren die Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder Institution oder Sache, wie z.B. die „Amtsträgereigenschaft“ i.S.d. § 348, das “Anvertrautsein“ einer Sache i.S.d. § 246 II.

3) **Persönliche Umstände** sind sonstige persönliche Merkmale wie z.B. die Gesinnung oder die Motivation des Täters (Habgier, niedrige Beweggründe i.S.d. § 211).

   Merkmale, die nicht den *Täter*, sondern die *Tat* in ihrer Begehungsweise kennzeichnen, werden streng nach den Regeln der Akzessorietät behandelt: Es genügt, dass der Haupttäter das Merkmal verwirklicht und der Teilnehmer dies weiß.
   Beispiel: Tötet der Mörder das Opfer mit gemeingefährlichen Mitteln, so nimmt der Gehilfe, der die Bombe gebaut hat, auch am Mord teil.

II. Handelt es sich um ein tatbezogenes oder um ein täterbezogenes Merkmal?

1) **Ein persönliches Merkmal ist *tatbezogen*, wenn es die Tat in ihrem Unrechtscharakter beschreibt oder das äußere Bild der Tat prägt** (BGH St 22, 380). Dies ist bei den Taten der Fall, in denen eine besondere Absicht den Erfolg umfasst, der kein Tatbestandsmerkmal ist, sondern die Beendigung der Tat regelt, wie z.B. im Rahmen der §§ 242, 263 (Zueignungsabsicht bzw. Bereicherungsabsicht). Ob es sich um ein Merkmal handelt, das tat- oder täterbezogen ist, hängt nach dem BGH (NJW 1994, 271) davon ab, ob es im Schwergewicht die Tat oder den Täter kennzeichnet. Umstände, die eine besondere Gefährlichkeit des Täters indizieren oder die Ausführungsart des Delikts beschreiben, sind in der Regel tatbezogen.

2) ***Täterbezogene* Merkmale charakterisieren die innere Einstellung des Täters zu seiner Tat** wie z.B. die Motive (niedrige Beweggründe, Mordlust, Habgier, zur Verdeckung einer Straftat) oder die Verletzung besonderer Pflichten („anvertraut“ / § 246 II; Vermögensbetreuungspflicht / § 266; Amtsträgereigenschaft bei Amtsdelikten; Garantenstellung, str.).

   Die Differenzierung zwischen täterbezogenen und tatbezogenen Merkmalen ist zwar gesetzlich nicht vorgegeben, wurde aber von Rspr. und Lehre entwickelt, um im Bereich der täterschaftsbegründenden Absichten zu sachgerechten Ergebnissen für den Teilnehmer zu gelangen. Stiftet z.B. A den B zu einem Diebstahl an, so müsste die Strafe des Anstifters allein deshalb nach § 28 I gemildert werden, weil dem Anstifter die für den Dieb strafbegründende Zueignungsabsicht fehlt. Dieses Ergebnis wird vermieden, wenn man die Zueignungsabsicht als tatbezogenes Merkmal klassifiziert und dadurch aus dem Anwendungsbereich des § 28 heraushält.

III. Wirkt das persönliche täterbezogene Merkmal strafbegründend (§ 28 I) oder strafmodifizierend (§ 28 II)?

1) ***Strafbegründend* wirken die Merkmale, ohne deren Vorliegen sich der Täter gar nicht strafbar machen würde**. Daher kann auch nach dem Wortlaut des § 28 I das strafbegründende Merkmal (im Gegensatz zum strafmodifizierenden Merkmal nach § 28 II!) nur dem Teilnehmer, aber nicht auf Seiten des Haupttäters fehlen, da es dann gar keine Haupttat gäbe, an der sich ein anderer beteiligen könnte. So wirkt bei den echten Sonderdelikten die besondere Eigenschaft des Täters strafbegründend: Ohne eine Vermögensbetreuungspflicht gibt es keine Untreue, ohne eine Amtsträgereigenschaft keine Falschbeurkundung im Amt gemäß § 348.

Fehlt das für den Täter strafbegründende Merkmal dem Teilnehmer, so ändert dies nichts an der Akzessorietät der Teilnahme: Der Teilnehmer nimmt an der Tat teil, die der Haupttäter begangen hat, doch wird die Strafe des Teilnehmers über § 49 I zwingend gemildert.

2) **Strafmodifizierende Merkmale i.S.d. § 28 II verändern einen Grundtatbestand zu unselbständigen Tatbestandsabwandlungen** (Qualifizierungen, Privilegierungen) **oder selbständigen Abwandlungen** (z.B. § 216). Durch § 28 II kann es für den jeweiligen Beteiligten zu einer Durchbrechung der Akzessorietät kommen, da ihm unabhängig von der Person des anderen Beteiligten (nur) das strafmodifizierende persönliche Merkmal zugerechnet wird, das in seiner Person vorliegt.

§ 37 Sonderfragen bei Täterschaft und Teilnahme

I. Die Beteiligung an Sonderdelikten

1) Echte Sonderdelikte

a) **Täter eines echten Sonderdeliktes kann nur derjenige sein, der in seiner Person eine bestimmte Eigenschaft aufweist, die demzufolge strafbegründend wirkt** (z.B. Amtsträgereigenschaft i.R.d. § 348, Geheimnisträgereigenschaft i.S.d. § 203, Unfallbeteiligter bei § 142). Bei diesen echten Sonderdelikten ist derjenige, den aufgrund seiner Eigenschaft eine ganz besondere Pflicht trifft, stets Täter, unabhängig von seinem jeweiligen Tatbeitrag. Seine Täterschaft wird allein durch die Pflichtverletzung begründet.
Beispiel: Der Prokurist eines Unternehmens ist aufgrund der ihn treffenden Vermögensbetreuungspflicht auch dann Täter einer Untreue i.S.d. § 266, wenn er nicht eigenhändig das ihm anvertraute Vermögen schädigt, sondern sein Beitrag nur darin besteht, dass er gegen das schädigende Verhalten Dritter nicht einschreitet. Auch wenn nach dem Kriterium der Tatherrschaft sein Verhalten nur eine Beihilfe darstellen würde, ist er allein aufgrund der Pflichtverletzung Täter. Sind mehrere Vermögensbetreuungspflichtige an der Tat beteiligt, so können sie nach den allgemeinen Kriterien Mittäter sein.

b) Dadurch, dass bei den echten Sonderdelikten immer nur derjenige Täter sein kann, der in eigener Person alle strafbegründenden Merkmale aufweist, entstehen im Rahmen der mittelbaren Täterschaft **Strafbarkeitslücken**, wenn zwar das Werkzeug die strafbegründende Eigenschaft aufweist, aber nicht der Hintermann:

- Das Werkzeug handelt unvorsätzlich und daher tatbestandslos, so dass eine Anstiftung des Hintermannes an der fehlenden Haupttat scheitert.

- Der Hintermann hat zwar Tatherrschaft kraft überlegenen Wissens, kommt aber ohne das strafbegründende Merkmal als Täter des echten Sonderdeliktes nicht in Frage.
Beispiel: Wilhelm behauptet gegenüber dem Prokuristen Gluffke wahrheitswidrig, die Verjährungsfrist einer im Unternehmen des Gluffke begründeten Forderung sei bereits verstrichen und hindert den Gluffke so an der Erhebung einer Klage, die die Verjährung gehemmt hätte.
Eine Bestrafung wegen Untreue in mittelbarer Täterschaft gemäß den §§ 266, 25 I 2.Alt. scheitert an Wilhelms fehlender Täterqualität. Für eine Anstiftung zur Untreue gemäß den §§ 266, 26 fehlt es an der vorsätzlichen Haupttat des Prokuristen.

Diese dadurch entstehenden **Strafbarkeitslücken** werden teilweise durch den Gesetzgeber geschlossen, wie dies z.B. in § 271 geschehen ist.
Beispiel: H bewegt den gutgläubigen Rechtspfleger durch falsche Angaben dazu, ihm einen Erbschein auszustellen und dadurch in einer öffentlichen Urkunde etwas inhaltlich Unwahres zu beurkunden.

c) Das gleiche Problem stellt sich bei den **eigenhändigen Delikten** wie z.B. den Aussagedelikten, die täterschaftlich nur durch den aussagenden Zeugen bzw. Sachverständigen begangen werden können. Hier schließt § 160 die Strafbarkeitslücke bei dem Hintermann, der einen gutgläubigen Zeugen kraft überlegenen Wissens zu einer falschen Aussage verleitet.

2) Unechte Sonderdelikte

Hier gibt es einen Grundtatbestand (z.B. § 223), der in Form eines Allgemeindeliktes von jedem täterschaftlich begangen werden kann, wobei durch das Hinzutreten besonderer persönlicher Merkmale der Grundtatbestand modifiziert wird.
Beispiel: Aus der Körperverletzung des § 223 wird bei Hinzutreten einer Amtsträgereigenschaft eine Körperverletzung im Amt nach § 340.

An diesen Delikten ist eine Beteiligung nach den normalen Grundsätzen möglich, wobei aber die Akzessorietätslockerung des **§ 28 II** zu beachten ist: **Der Beteiligte nimmt immer nur an der Tat teil, die er täterschaftlich selbst begehen kann!**

Beispiel: Der Privatmann, der einen Amtsträger zu einer Körperverletzung im Amt anstiftet, wird nur gemäß den §§ 223, 26 bestraft, da es sich bei der Amtsträgereigenschaft um ein persönliches strafschärfendes Merkmal handelt, das in der Person des Anstifters nicht vorliegt. Der Grundsatz der Akzessorietät der Teilnahme wird in diesem Fall durch § 28 II durchbrochen.

II. Die Beteiligung an eigenhändigen Delikten

Bei den eigenhändigen Delikten sieht man das Unrecht der Tat gerade darin, dass der Täter die tatbestandsmäßige Handlung persönlich vornimmt (z.B. §§ 153, 177, 323 a).

1) **Mittelbare Täterschaft** scheidet daher von vornherein aus, da der Täter die Handlung dann ja gerade nicht persönlich vornimmt, sondern durch einen anderen vornehmen lässt. Dadurch entstehende Strafbarkeitslücken müssen, wie wir oben bereits gesehen haben, durch eigens geschaffene Straftatbestände (z.B. § 160) geschlossen werden.

2) **Mittäterschaftliche Begehung** durch arbeitsteiliges Zusammenwirken scheidet ebenfalls aus. Andererseits besteht für eine wechselseitige Zurechnung der Tatbeiträge auch gar kein Bedürfnis, da jeder Beteiligte durch die eigenhändige Verwirklichung sämtlicher Tatbestandsmerkmale ohnehin Täter ist.

3) **Teilnahme** ist nach den allgemeinen Regeln der §§ 26, 27 ohne Besonderheiten möglich.

III. Täterschaft und Teilnahme bei den Unterlassungsdelikten

1) Die Begehung durch Unterlassen

Fall: Sohn S sieht tatenlos zu, wie seine Brüder den Vater töten, obwohl ihm ein Eingreifen möglich und auch zuzumuten gewesen wäre. Ist S Täter oder Teilnehmer durch Unterlassen?

Bei den Unterlassungsdelikten stellt sich die Frage, ob und nach welchen Kriterien man zwischen Täterschaft und Teilnahme eines Garanten unterscheiden kann, der pflichtwidrig einen Erfolgseintritt nicht abwendet.

a) Nach einer Ansicht (z.B. BGH St 19, 167 mwN) soll auch hier anhand der Abgrenzungskriterien differenziert werden, die bei den Begehungsdelikten entwickelt wurden:

aa) Nach der Rspr. (z.B. BGH StV 1986, 59) ist der Garant Täter, der mit **Täterwillen** den Erfolg eintreten lässt; Teilnehmer ist, wer mit **Teilnehmerwillen** unterlässt. „Entscheidend ist, ob die aufgrund einer wertenden Betrachtung festzustellende innere Haltung des Unterlassenden zur Begehungstat des anderen - insbesondere wegen des eigenen Interesses am Taterfolg - als Ausdruck eines sich die Tat des anderen zu eigen machenden Täterwillens aufzufassen ist oder ob sich der Unterlassende dem Willen des Begehungstäters unterordnet und das Geschehen ohne innere Beteiligung im Sinne eines bloßen Gehilfenvorsatzes ablaufen lassen lässt.“

bb) Nach einem Teil der Lit. (z.B. Jescheck, S 566 ff., Maurach/Gössel a.a.O.) soll der Garant Unterlassungstäter sein, der durch sein pflichtwidriges Verhalten Tatherrschaft über das Geschehen hat.

b) Dem steht jedoch entgegen, dass diese Kriterien auf Begehungsdelikte zugeschnitten sind, die man mit den Unterlassungsdelikten insofern nicht vergleichen kann.
(Nach einem berühmten Wort von Radbruch verhalten sich Begehungsdelikte zu Unterlassungsdelikten wie „a“ zu „non a“.)

Das Kriterium der Tatherrschaft kann hier nicht zum Tragen kommen, da die potentielle Tatherrschaft des Unterlassenden, den Erfolg abwenden zu können, schon Voraussetzung dafür ist, dass eine Erfolgsabwendungspflicht besteht. Kann der Täter den Erfolg ohnehin nicht abwenden, so besteht auch keine Abwendungspflicht, die ja in dieser Situation etwas Unmögliches verlangen würde. Maßgeblich können daher nur **Qualität und Inhalt der Erfolgsabwendungspflicht** sein, die der Täter durch sein Unterlassen verletzt (Schönke/Schröder/Heine-Weißer Rz. 102 ff. vor § 25).
Beispiel: Es macht einen qualitativen Unterschied aus, ob der Vater V die Tötung seines Sohnes S nicht verhindert oder ob V nicht verhindert, dass sein minderjähriger Sohn S einen anderen tötet.

aa) **Ist der Garant für den Bestand des Rechtsguts verantwortlich (z.B. der Vater für das Leben seines Sohnes), so ist er Täter, wenn er einen deliktischen Angriff auf dieses Rechtsgut nicht abwendet**. Es besteht hier kein Unterschied zu den Fällen, in denen der Garant das Rechtsgut z.B. vor Naturgewalten retten muss, wenn z.B. der Sohn zu ertrinken droht. Da der Unterlassende sämtliche Tatbestandsmerkmale in seiner Person verwirklicht, kommt es auf seine innere Einstellung nicht an: Er ist auch dann Täter, wenn er die Tat des unmittelbar Handelnden eigentlich nur unterstützen will.

bb) **Trotz bestehender Garantenstellung handelt es sich nur um Beihilfe, wenn der Unterlassende aufgrund fehlender Täterqualität oder bei eigenhändigen Delikten nicht in Frage kommt**.
Beispiel: Wer pflichtwidrig die Falschaussage eines Zeugen vor Gericht nicht verhindert, kann nur Gehilfe sein.

cc) Besteht die Garantenpflicht des Unterlassenden darin, deliktische Handlungen von Personen zu verhindern, für die der Garant verantwortlich ist, so kommt wegen der qualitativ anders gelagerten Handlungspflicht nur eine Beihilfe durch Unterlassen in Betracht.
Beispiel: Vater V hindert seinen minderjährigen Sohn nicht an der Begehung einer Straftat, obwohl er dazu wegen seiner Personensorgepflicht verpflichtet gewesen wäre.

2) **Die Beteiligung an einem Unterlassungsdelikt**

a) Die **mittäterschaftliche Begehung** kommt zwar grundsätzlich in Betracht, wenn 2 Handlungspflichtige bewusst und gewollt pflichtwidrig einen Erfolg eintreten lassen (z.B. Vater und Mutter lassen gemeinsam ihr Kind ertrinken), doch ist hier im Grunde genommen Mittäterschaft überflüssig, da jeder Garant aufgrund seiner eigenen Unterlassung ohnehin bereits Täter ist. Eine wechselseitige Zurechnung des Unterlassens des anderen ist daher grundsätzlich überflüssig; die Zurechnung macht nur Sinn, wenn jeder Unterlassungstäter allein den Erfolg ohne den anderen nicht hätte abwenden können (zur Zurechnung von Unterlassungsbeiträgen ausführlich unten § 46 I 4).

b) **Anstiftung** und **Beihilfe** zu einem Unterlassungsdelikt sind ohne Besonderheiten möglich. Da hier der Beitrag des Teilnehmers in einem positiven Tun liegt (z.B. Bestimmen des Garanten, die Rettungshandlung zu unterlassen), gelten die Regeln über Begehungsdelikte, so dass der Teilnehmer selbst nicht Garant sein muss.

6. Teil: Der Versuch

Vorbemerkung

I. Die zeitlichen Stadien der Straftat

Jede Straftat durchläuft auf ihrem Weg von der Planung über die Ausführung bis zum Abschluss mehrere strafrechtlich relevante Stadien. Bis zu ihrem Abschluss lassen sich je nach Deliktstyp mindestens 4, manchmal aber auch 5 zeitliche Stadien unterscheiden.

1) **Das Entschlussstadium**

Ob bereits der Entschluss, eine Straftat begehen zu wollen, strafbar ist, bestimmt sich nach dem Deliktstypus und der Anzahl der möglichen Beteiligten:

a) Der Entschluss des einzelnen, eine Straftat zu begehen, ist auch bei Kapitalverbrechen straflos, da durch den bloßen Entschluss das geschützte Rechtsgut noch nicht unmittelbar gefährdet wird.

b) Nach **§ 30 II** werden jedoch Vorstufen der Beteiligung mehrerer unter Strafe gestellt, wenn es sich bei der geplanten Haupttat um ein Verbrechen handelt. Der Grund dieser Vorverlagerung der Strafbarkeit ist die Festlegung und die innere Bindung der Beteiligten an den gemeinsam gefassten Entschluss.

aa) Nach **§ 30 II, 1. Alternative** wird derjenige bestraft, der sich gegenüber einer Person, die dem Deliktsplan zustimmen soll oder den Täter zur Begehung aufgefordert hat, zur Begehung eines Verbrechens bereit erklärt.
Beispiel: A erklärt sich gegenüber B bereit, den O zu töten oder lässt sich von B dazu anstiften.

bb) Nach **§ 30 II, 2. Alternative** ist die Annahme des Erbietens unter Strafe gestellt. Darunter versteht man das Einverständnis desjenigen, demgegenüber die Bereitschaft zur Tatbegehung erklärt wurde.
Beispiel: B nimmt das „Angebot zur Tatbegehung“ an, A werde für ihn den O töten.

cc) § **30 II, 3. Alternative** bestraft die auch konkludent mögliche Willenseinigung von mindestens zwei Personen, in Mittäterschaft ein Verbrechen begehen zu wollen. Da die sanktionierte erhöhte Bindungswirkung nur bei Tatbeteiligten auf gleicher Stufe entsteht, ist eine mittäterschaftlich geplante Begehungsweise zwingend. Die Verabredung von Täter und Teilnehmer fällt nicht unter § 30 II.

Problem: Der Mangel an Ernstlichkeit im Rahmen des § 30 II

Beim geheimen Vorbehalt, die Tat nicht zu wollen, muss man differenzieren:

- Wer sich nur zum Schein bereit erklärt, ein Verbrechen zu begehen, dem fehlt der Vorsatz. Er bleibt straflos (Argument: keine Gefahr für das Rechtsgut).

- In Fällen der versuchten Anstiftung, der Annahme des Erbietens und der gemeinsamen Verabredung liegt der für § 30 I oder § 30 II erforderliche Vorsatz vor, wenn der Täter ernstlich damit rechnet, der andere werde die Tat begehen (hier liegt eine Gefährdung des Rechtsguts vor). Mangels Vollendungsvorsatz entfällt jedoch die Strafbarkeit des *agent provocateur*, der die Vollendung verhindern will.

AL-Klausurtipp: Die Klausurstrategie bei der Behandlung des § 30 II

1) § 30 erlangt nur Bedeutung, wenn die geplante Tat nicht einmal das Versuchsstadium erreicht. Ansonsten tritt § 30 im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Subsidiarität) hinter Versuch oder Vollendung zurück.

2) Etwas anderes gilt jedoch dort, wo die versuchte oder vollendete Tat qualitativ hinter dem zurückbleibt, was zuvor verabredet wurde. Hier steht das „mehr an Verabredung" zur ausgeführten Tat in Realkonkurrenz.
Beispiel: Wilhelm und Bullmann haben gemeinsam verabredet, das Opfer O in dessen Wohnung zu berauben. Da O nicht zu Hause ist, kommt es nur zu einem Einbruchsdiebstahl. Wilhelm und Bullmann werden gemäß den §§ 242, 244 I Nr. 3, 25 II für den Diebstahl in Tatmehrheit mit der Verbrechensverabredung der §§ 249, 30 II bestraft.

2) **Das Vorbereitungsstadium**

Schafft der Täter lediglich die Voraussetzung der Tatbegehung (z.B. Auskundschaften des Tatortes), so ist diese Vorbereitung grundsätzlich straflos, da sie von der Vollendung noch zu weit entfernt sind, um das Rechtsgut zu gefährden und auch der Tätervorsatz zu diesem Zeitpunkt kaum nachzuweisen sein wird. In Ausnahmefällen hat jedoch der Gesetzgeber aus kriminalpolitischen Gründen bereits die Vorbereitung unter Strafe gestellt:

a) §§ 83, 96 I, 234 a III, 316 c IV, da hier ein frühes Eingreifen erforderlich ist, um das Rechtsgut zu schützen.

b) §§ 149, 265, da hier bereits eine große Gefahr für das Rechtsgut geschaffen wurde.

3) **Das Versuchsstadium**

Das Versuchsstadium beginnt, wenn der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt. Der Versuch eines Verbrechens ist nach § 23 I stets strafbar, der Versuch eines Vergehens nur bei ausdrücklicher Strafandrohung im jeweiligen Tatbestand des Vergehens.

AL-Klausurtipp: Bei den **Unternehmensdelikten** fallen nach **§ 11 I Nr. 6** Versuch und Vollendung zusammen; das Rechtsgut soll bereits im Vorfeld der Verletzung gegen bestimmte Angriffsarten in Schutz genommen werden. Da bei den Unternehmensdelikten Versuch und Vollendung zusammenfallen, ist ein Rücktritt nach § 24 ausgeschlossen; der Gesetzgeber hat jedoch die Möglichkeit des Rücktritts im jeweiligen Tatbestand geregelt (z.B. § 83 a II).

4) **Die Vollendung**

Die Tat ist vollendet, wenn alle gesetzlichen Tatbestandsmerkmale verwirklicht wurden. Über den Zeitpunkt der Vollendung entscheidet somit der Wortlaut des Straftatbestandes.

5) **Die Beendigung**

Der Zeitpunkt der Vollendung wird durch die formelle Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale bestimmt; **die Tat ist jedoch erst dann materiell beendet, wenn die Rechtsgutsverletzung im vom Täter erwünschten Umfang eingetreten ist**. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn sich bestimmte mit der Tatbegehung verbundene Absichten realisiert haben (z.B.: Der Betrug ist mit Eintritt des Vermögensschadens vollendet, aber erst beendet, wenn sich die Bereicherungsabsicht des Täters realisiert hat) oder wenn eine weitere Rechtsgutsverletzung ausgeschlossen ist (z.B.: Die Brandstiftung ist vollendet mit Inbrandsetzen des Objektes; sie

ist beendet, wenn das Objekt abgebrannt ist). Formelle Vollendung und materielle Beendigung fallen überall dort auseinander, wo der Gesetzgeber zur Verstärkung des Rechtsgüterschutzes den formellen Vollendungszeitpunkt nach vorn verlagert hat (z.B. bei den §§ 306 ff.).

Die Unterscheidung zwischen Vollendung und Beendigung führt in der Klausur zu folgenden Konsequenzen:

a) Bei bestimmten Delikten (z.B. §§ 153 ff.; 306 ff.) ist zwischen Vollendung und Beendigung noch **ein Rücktritt** möglich (z.B. § 158 / rechtzeitige Korrektur der Falschaussage; § 306 e / tätige Reue).

b) Zwischen Vollendung und Beendigung ist noch eine **Tatbeteiligung** möglich (BGH St 18, 325; Schönke/Schröder/Heine § 27 Rz. 17).

   Rudolphi (SK § 27 Rz. 9) will dies jedoch nur für den Fall gelten lassen, dass das Verhalten des Haupttäters auch nach formeller Vollendung noch tatbestandsmäßig ist; ansonsten verstoße eine Teilnahme an tatbestandsloser Haupttat gegen den Akzessorietätsgrundsatz der §§ 26, 27 und damit gegen den „nullum crimen"-Grundsatz. Sei das Verhalten des Haupttäters zur Zeit der Beteiligung nicht mehr tatbestandsmäßig, so kommen nur die §§ 257 ff. in Frage, da der Beteiligte den tatbestandsmäßigen Unrechtserfolg nicht mehr mitverursachen könne.

c) Auch die Verwirklichung von **Qualifikationsmerkmalen** ist zwischen Vollendung und Beendigung möglich.
   Beispiel: Der Dieb ergreift beim Fortschaffen der Beute eine Waffe i.S.d. § 244 I Nr. 1 a.

   Auch dem will Rudolphi a.a.O. nur für den Fall beipflichten, dass das der formellen Vollendung folgende Verhalten seinerseits noch tatbestandsmäßig ist.

II. Der Strafgrund des Versuchs

Es werden im Wesentlichen 3 Ansichten vertreten:

1) Die früher herrschende **objektive Theorie** (Feuerbach, v. Liszt) sah den Strafgrund in der konkreten Gefährdung des Rechtsguts. Da der Tätervorsatz auf allen Stufen der Deliktsverwirklichung (Vorbereitung, Versuch, Vollendung) identisch ist, liegt der Rechtsgrund der Strafbarkeit allein im objektiven Bereich in der Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts. Gegen die rein objektive Theorie spricht aber der Wortlaut des § 22 („wer nach seiner Vorstellung"…) sowie die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, bei dem der Erfolgseintritt nicht droht.

2) Die **subjektive Theorie** (u.a. Welzel, Lackner, Otto) sieht den Strafgrund in der Betätigung der rechtsfeindlichen Gesinnung des Täters und dem damit verwirklichten Handlungsunrecht. Dadurch wird allerdings sowohl in zeitlicher Hinsicht bezüglich des Versuchsbeginns wie auch in qualitativer Hinsicht (z.B.: irrealer Versuch / „Totbeten") die Strafbarkeit wegen des „bösen Willens" zu weit ausgedehnt. Wie aber bereits § 23 III zeigt, kann allein die rechtsfeindliche Einstellung kein Strafgrund sein.

3) Nach der **Eindruckstheorie** (u.a. Blei, Eser, Grünwald, Rudolphi, Roxin) ist der Strafgrund in der sozialpsychologischen Wirkung des Versuchs zu sehen, da durch die Betätigung einer rechtsfeindlichen Einstellung das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtsordnung erschüttert werden kann (Maurach/Gössel II, 22). Daher ist der untaugliche Versuch strafbar, der zwar kein Rechts*objekt*, aber ein Rechts*gut* angreift.

§ 38 Die Struktur des Versuchs

Lassen Sie uns die Struktur des Versuchs zunächst anhand eines unproblematischen Normalfalls analysieren.

Fall: T schießt mit Tötungsvorsatz auf das Opfer O, das jedoch unverletzt entkommt.

T könnte sich eines versuchten Totschlags gemäß den §§ 212, 22, 23 I strafbar gemacht haben.

Die Tat ist nicht vollendet, da das Opfer überlebt hat. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus § 23 I, da es sich aufgrund der gesetzlichen Mindeststrafandrohung des § 212 um ein Verbrechen i.S.d. § 12 I handelt und der Versuch eines Verbrechens stets strafbar ist**.**

A. Tatbestand

I. Tatentschluss:
Der Tatentschluss umfasst sämtliche Merkmale des subjektiven Tatbestandes. T hatte den Vorsatz gefasst, einen Menschen zu töten.

II. Unmittelbares Ansetzen:
T hatte bereits einen Schuss abgegeben und damit nach seiner Vorstellung der Tat das geschützte Rechtsgut bereits in eine nahe konkrete Gefahr gebracht.

B./C. Gegen **Rechtswidrigkeit** und **Schuld** bestehen keine Bedenken.

Ergebnis: T hat einen versuchten Totschlag gemäß den §§ 212, 22, 23 I begangen.

§ 39 Detailprobleme des Versuchs

I. Das Fehlen der Vollendung

Der Täter wird nur wegen Versuchs bestraft, wenn die Tat nicht oder zumindest nicht in einer zurechenbaren Weise formell vollendet ist. Die fehlende Vollendung kann auf folgenden Ursachen beruhen:

1) **Der fehlgeschlagene Versuch**

   Der Täter hat mit einem tauglichen Mittel an einem tauglichen Objekt versucht, den Erfolg eintreten zu lassen, der also hätte eintreten können, aber nicht eingetreten ist.

   Beispiel: A schießt mit scharfer Munition auf O und verfehlt ihn nur um Haaresbreite.

2) **Der untaugliche Versuch**

   Die formelle Vollendung der Tat war von vornherein ausgeschlossen, weil entweder ein **untaugliches Subjekt** (fehlende Täterqualität bei echten Sonderdelikten) gehandelt hat, ein **untaugliches Mittel** (z.B. Platzpatronen) verwendet oder ein **untaugliches Objekt** (z.B. Schaufensterpuppe) anvisiert wurde.

3) **Fehlende Zurechnung des Erfolgseintritts**

   Obwohl der Erfolg eingetreten ist, kann er dem Täter aufgrund dessen Verhalten nicht objektiv zugerechnet werden (z.B. bei erheblicher Abweichung des Kausalverlaufs).

4) **Der Täter handelt in Unkenntnis eines Rechtfertigungsgrundes** und kann daher nur wegen Versuchs bestraft werden.

   (Vgl. dazu die Darstellung des subjektiven Rechtfertigungselements innerhalb der Rechtfertigungsgründe; Vorbemerkung 4 zum 3. Teil)

5) **Der Täter handelt in Unkenntnis eines den Tatbestand ausschließenden Einverständnisses.**

   Beispiel: Diebesfalle: Wilhelm weiß nicht, dass er nach dem Willen des Eigentümers den präparierten Gegenstand wegnehmen soll, um als Dieb enttarnt werden zu können.

II. Der subjektive Tatbestand des Versuchs

Da die fehlende formelle Vollendung nur auf das Fehlen eines objektiven Tatbestandsmerkmals zurückzuführen sein darf, muss der gesamte subjektive Tatbestand gegeben sein. Der Täter muss bezüglich sämtlicher objektiver Tatbestandsmerkmale vorsätzlich und gegebenenfalls in der erforderlichen Absicht (z.B. Zueignungsabsicht / § 242, Bereicherungsabsicht / § 263) gehandelt haben.
Aus dem Erfordernis des Vorsatzes folgt zum einen, dass es keinen fahrlässigen Versuch geben kann, zum anderen, dass kein Versuch vorliegt, wenn der Tätervorsatz aufgrund eines Irrtums entfällt

1) **Auf der *Wissensseite* muss der Täter daher alle Merkmale kennen, die zum objektiven Tatbestand zählen bzw. Umstände annehmen (untauglicher Versuch), bei deren Vorliegen der Tatbestand erfüllt wäre**. Im umgekehrten Fall lässt ein den Vorsatz ausschließender Tatbestandsirrtum oder Erlaubnistatbestandsirrtum (nach der eingeschränkten Schuldtheorie bzw. der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen) gemäß § 16 I 1 den Vorsatz und damit den Versuch entfallen.

2) **Auf der *Wollensseite* ist ein unbedingter auf Tatbestandsverwirklichung gerichteter Wille erforderlich**. Der Täter muss also für sich persönlich eine endgültige Entscheidung über das „Ob" der Tat getroffen haben. Die bloße innere Bereitschaft in Form einer Tatgeneigtheit reicht nicht aus. Dabei sind **3 Intensitätsgrade des Handlungswillens** zu unterscheiden:

a) **Die bloße Tatgeneigtheit**: Der Täter spielt mit dem Gedanken, eine Straftat zu begehen, hat aber noch keine endgültige Entschlussfassung über das „Ob" der Tat getroffen (BGH NStZ 2010, 503).

Beispiel: Wilhelm denkt darüber nach, eine Bank zu überfallen, will sich aber zuvor noch die entsprechenden Sicherungsvorkehrungen in der Schalterhalle ansehen, bevor er sich entschließt.

b) **Tatentschluss auf dem Täter bewusst unsicherer Tatsachengrundlage**: Der Täter hat über das „Ob" der Tat bereits verbindlich entschieden, macht aber die *Durchführung* der Tat von äußeren Faktoren abhängig, auf die er selbst keinen Einfluss hat (BGH St 21, 14, 17; OLG Hamm StV 1997, 242).

Beispiel: Wilhelm will nachts die Schaufensterscheibe eines Juweliergeschäftes einschlagen, macht aber die Tat davon abhängig, dass die Nachtdekoration einen entsprechenden Wert darstellt.

c) **Tatentschluss mit Rücktrittsvorbehalt**: Der Täter ist fest entschlossen, die Tat auszuführen, will aber von vornherein in einer bestimmten Situation die Ausführung abbrechen.

Beispiel: Wilhelm will die Scheibe auf jeden Fall einschlagen, aber von vornherein die Tat wieder aufgeben, wenn er nicht innerhalb von 1 Minute die Scheibe zerschlagen hat.

III. Der objektive Tatbestand

Der objektive Versuchstatbestand zeichnet sich dadurch aus, dass der Tatbestand zwar nicht (bzw. nicht zurechenbar) formell vollendet ist, der Täter jedoch **nach seiner Vorstellung zur Tat bereits unmittelbar angesetzt** hat. Die Definition des Versuchs in § 22 verbindet daher subjektive Elemente („wer nach seiner Vorstellung") und objektive Kriterien („unmittelbar"). Ausgangspunkt ist daher die unmittelbare Gefährdung des geschützten Rechtsguts; ob diese Gefährdung allerdings vorliegt, ist **auf der Basis des Täterplans** zu beurteilen (sonst wäre der untaugliche Versuch ja straflos!; dazu auch BGH StV 1997, 241).

Ob der Täter zur Zeit der Tat bereits unmittelbar angesetzt hat, ist daher in der Klausur anhand folgender Kriterien zu beurteilen

1) **Grundlage ist der jeweilige Täterplan**, also dessen Vorstellung von der Verwirklichung seines Tatentschlusses. Dieser Tatplan ist jedoch nur die *Grundlage*, nicht aber der *Maßstab* der Beurteilung: Ob das Täterverhalten nach diesem Plan zu einer Rechtsgutsgefährdung führen kann, ist nach objektiven Kriterien zu beurteilen (ausführlich dazu Schönke/Schröder/Eser-Bosch § 22 Rz. 37 ff. mwN).
Beispiel: Der Kauf der Waffe ist selbst dann noch Vorbereitung, wenn der Täter das Rechtsgut dadurch bereits gefährdet sieht.

2) **Das unmittelbare Ansetzen bestimmt sich nach dem jeweils vorgestellten Tatbestand** (BGH NStZ 2012, 40; 2011; 400; St 48; 35; 37, 296). Die Handlung des Täters muss ihrer Tendenz nach eine der tatbestandsmäßigen Handlung entsprechende Angriffsrichtung haben.

a) **Teilverwirklichung**

Dies ist auf jeden Fall zu bejahen, wenn es bereits zu einer Teilverwirklichung des Tatbestandes gekommen ist, wo z.B. die tatbestandsmäßige Handlung bereits vorgenommen wurde und nur noch der Erfolg aussteht.
Beispiel: Das Opfer des Mordversuchs ist bereits getroffen, lebt aber noch.

b) **Konkrete Gefährdung**

Ist der Tatbestand noch nicht teilweise verwirklicht, so ist der Versuch durch ein Täterverhalten erreicht, das nach dem Täterplan ohne zeitliche Zäsur und ohne weitere deliktische Zwischenschritte zur Rechtsgutverletzung führen soll mit der Folge, dass das Rechtsgut jetzt bereits konkret gefährdet erscheint (z.B. BGH St 30, 363).

AL-Klausurtipp:
Die Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch nimmt der BGH in NJW 1993, 2125 wie folgt vor (ähnlich auch BGH NStZ 2012, 40; 2011, 400):
„Die Grenze zum Versuchsstadium wird nicht erst überschritten, wenn der Täter ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht, sondern schon dann, wenn er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan (!) der Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals vorgelagert sind und in die Tatbestandshandlung unmittelbar einmünden sollen, die mithin aus Sicht des Täters das geschützte Rechtsgut in eine konkrete Gefahr bringen. Daher erstreckt sich das Versuchsstadium auf Handlungen, die im ungestörten Fortgang unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung führen sollen oder die in einem unmittelbaren räumlichen oder zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen. Dies ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum ‚jetzt geht es los' überschreitet und objektiv zur Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne wesentliche Zwischenakte in die Tatbestandserfüllung einmünden soll."

c) **Die Vorstellung des Täters**

Da es bei der Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitungshandlung und strafbarem Versuch auf die Vorstellung des Täters ankommt, sind selbst diejenigen Handlungen noch straflose Vorbereitung, die zwar in einem objektiv engen Zusammenhang zu der geplanten Tat stehen, aber aus Sicht des Täters noch nicht unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen.

Beispiel: Der BGH hat in NJW 1993, 2125 in einem Fall, in dem der Täter das Opfer töten wollte, selbst im Betreten des Hauses mit einem Messer in der Hand noch keinen Versuchsbeginn gesehen, weil der Täter das Opfer unbemerkt töten wollte und die weitere Lage noch klären wollte.

Bloße Vorbereitung ist somit, was die spätere Ausführung nur ermöglichen oder erleichtern soll, wie z.B. das Aufsuchen oder Ausspähen des Tatorts, Kauf oder Herstellung der Tatwerkzeuge. Beim Auflauern ist die Grenze zum Versuch erst überschritten, wenn sich das Opfer nach der Tätervorstellung dem Tatort nähert, also den räumlichen Gefahrenbereich betritt und der Täter die Waffe auf das Opfer richtet.

d) **Der Versuchsbeginn bei Aufstellen einer Falle**

Gibt der Täter das Geschehen aus der Hand, so ist umstritten, wann der Versuch beginnt.

Fall 1: Der Attentäter A will das Opfer O mit einer Autobombe töten, die er am Pkw des O befestigt.

Fall 2: Der Täter ist Eigentümer einer Berghütte, in die in der Vergangenheit mehrfach eingebrochen wurde; dabei hatte der Einbrecher stets den Kühlschrank geleert. Er will dem Einbrecher eine Falle stellen und stellt eine vergiftete Flasche Bier in den Kühlschrank, wobei das Bier eine tödliche Dosis Gift enthält. Kann er auch dann wegen versuchten Mordes gemäß den §§ 211, 22 (Heimtücke) bestraft werden, wenn der Einbrecher noch gar nicht erneut eingebrochen ist?

aa) Nach einer Ansicht (Roxin JZ 1998, 211; Herzberg, JuS 1985, 1, 6; Jescheck/Weigend § 49 IV 5 m.w.N.) beginnt der Versuch bereits dann, wenn der Täter sein eigenes Handeln abgeschlossen und den Geschehensverlauf aus der Hand gegeben hat.

bb) Nach der Gegenauffassung (BGH StV 2012, 217; NJW 1997, 3453, Lackner § 22 Rz. 9) muss man den Versuchsbeginn vom jeweiligen Täterplan abhängig machen: Stellt der Täter dem Opfer eine Falle, so beginnt der Versuch erst, wenn das Opfer – basierend auf dem jeweiligen Tatplan – unmittelbar gefährdet wurde. Ob und wann dies der Fall ist, bestimmt sich also nach dem Tatplan. Dabei müssen wir wie folgt unterscheiden:

(1) Steht für den Täter fest, dass das Opfer erscheinen und die für den Taterfolg erforderliche Handlung vornehmen wird, so beginnt der Versuch bereits dann, wenn der Täter das Geschehen selbst aus der Hand gibt. Jetzt ist nach diesem Tatplan das Rechtsgut bereits unmittelbar in Gefahr.
Im Fall 1 beginnt also der Versuch, wenn der Täter die Bombe einbaut und sich entfernt, weil aus seiner Sicht sicher ist, dass sich das Opfer irgendwann einmal in sein Auto setzen wird.

(2) Hält es der Täter nur für möglich, dass sich das Opfer in die ihm gestellte Falle begibt, so beginnt der Versuch erst, wenn sich das Opfer der Falle nähert und beginnt, die Handlung vorzunehmen, die aus Sicht des Täters zum Erfolg führen wird (BGH NStZ 1998, 294).

Dem hält jedoch Roxin entgegen, dass dann ja nicht der *Täter*, sondern das *Opfer* zur Tat ansetzen müsse, doch geht es hier nicht um das Ansetzen an sich, sondern vor allem um die unmittelbare Gefährdung des Rechtsguts, die ja auch der Strafgrund des Versuchs ist. Bezieht der Täter ein selbstschädigendes Verhalten des Opfers in seinen Plan ein und gibt er das Gelingen seines Plans zumindest teilweise aus der Hand, so wird für den Versuchsbeginn auf dieses Opferverhalten abgestellt. Diese Zurechnung des Opferverhaltens ist mit den Fällen der mittelbaren Täterschaft vergleichbar, in denen der Versuch ebenfalls erst beginnt, wenn das Werkzeug den Einflussbereich des Hintermannes verlässt und ohne zeitliche Zäsur zur vom Hintermann geplanten Handlung ansetzt; auch hier beginnt der Versuch erst mit einer darin liegenden unmittelbaren Gefährdung des Rechtsguts.
Im Fall 2 hat das Versuchsstadium daher noch nicht begonnen.

IV. Kollisionsmodelle

1) Das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung eines Qualifikationsmerkmals

Da die Qualifikationen nur strafschärfende Abwandlungen des Grundtatbestandes sind, ist das unmittelbare Ansetzen zum **Gesamttatbestand** entscheidend. Dabei müssen Sie wie folgt unterscheiden:

a) Folgt die qualifizierende Handlung der des Grundtatbestandes zeitlich nach (z.B. § 153 + Meineid = § 154), so beginnt der Versuch des qualifizierten Deliktes erst mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Verwirklichung des qualifizierenden Umstandes.

Beispiel: Der Versuch des § 154 beginnt erst mit dem Aussprechen der Eidesformel, nicht bereits mit Beginn der Falschaussage.

b) Ist das qualifizierende Element zeitlich vorgeschaltet (der Täter steckt um 10 Uhr eine Schusswaffe ein, wobei er um 18 Uhr einen Diebstahl mit Waffen i.S.d. §§ 242, 244 I Nr. 1 a begehen will), so beginnt der Versuch der Qualifikation erst mit dem Ansetzen zur Verwirklichung des Grunddelikts (hier Versuch der Wegnahme), da erst dadurch der Täter zur Verwirklichung des gesamten tatbestandlichen Unrechts ansetzt.

2) **Das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung eines Regelbeispiels**

a) Die Verwirklichung eines Regelbeispiels allein stellt noch keine tatbestandsmäßige Handlung dar und kann allein den Versuch des Grundtatbestandes noch nicht begründen.

Beispiel: Schlägt der Täter in der Sylvesternacht ein Kellerfenster ein, um 2 Tage später dort in Ruhe einsteigen zu können, so setzt er durch das Einschlagen der Scheibe noch nicht zum versuchten Einbruchsdiebstahl an.

b) Der Versuch beginnt also erst, wenn das Ansetzen zum oder die Verwirklichung des Regelbeispiels der tatbestandsmäßigen Handlung so vorgelagert ist, dass darin bereits das unmittelbare Ansetzen zur tatbestandsmäßigen Handlung zu sehen ist. Dies wird aber regelmäßig der Fall sein.

Beispiel: Das Einschlagen der Schaufensterscheibe stellt bereits den Versuch des Diebstahls in einem besonders schweren Fall dar, da der Täter unmittelbar im Anschluss daran wegnehmen will.

c) Ob es den **Versuch eines Regelbeispiels** gibt, ist ausgesprochen streitig.

Fall: Wilhelm wird bei dem Versuch festgenommen, eine Schaufensterscheibe einzuschlagen. Handelt es sich auch dann um den versuchten Diebstahl in einem besonders schweren Fall i.S.d. §§ 242, 243 I 2 Nr. 2; 22, wenn weder Grundtatbestand noch Regelbeispiel verwirklicht sind?

aa) **Nach dem BGH** (BGH St 33, 170; BayObLG NStZ 1997, 442) **liegt auch dann ein besonders schwerer Fall des versuchten Diebstahls vor, wenn das Regelbeispiel selbst im Versuchsstadium steckengeblieben ist**.
Dies lässt sich zum einen historisch erklären, da die Regelbeispiele ehemals Tatbestandsmerkmale waren und auch nach der Neufassung des § 243 ebenso wie Tatbestandsmerkmale das im Verhältnis zum Grundtatbestand erhöhte Unrecht typisieren.
Der Gesetzgeber hat die Regelbeispiele nur deshalb von qualifizierenden Tatbestandsmerkmalen in Strafzumessungsregeln verwandelt, um dem Tatrichter bei der Strafzumessung eine größere Entscheidungsfreiheit zu ermöglichen, da Regelbeispiele anders als Tatbestandsmerkmale nicht zwingend sind und daher der Richter nicht immer auf einen besonders schweren Fall erkennen muss.
Die Rechtsprechung des BGH ermöglicht es daher, den § 243 auf alle Fälle des versuchten Diebstahls einheitlich anzuwenden unabhängig von der Frage, ob der Grund der Strafschärfung in der *Handlung des Täters* begründet ist (§ 243 I 2 Nr. 1, 6) oder an eine *Eigenschaft des Diebstahlsobjekts* anknüpft (§ 243 I 2 Nr. 2, 5, 7).

bb) **Nach anderer Ansicht** (z.B. Degener FS für Wessels, 326 ff.; Lackner/Kühl § 46 Rz. 15; Zieschang Jura 1999, 561; Wessels/Beulke BT 2 § 3 I 4) **kann § 243 die Strafe nur dann schärfen, wenn das Regelbeispiel seinerseits voll verwirklicht ist**. Durch die Rspr. des BGH erlangt das „Ansetzen" zum Regelbeispiel in analoger Anwendung der §§ 22, 23 II zu Lasten des Täters die gleiche Indizwirkung wie die Vollendung des Regelbeispiels. Die Frage, ob das Regelbeispiel verwirklicht ist oder nicht, braucht daher nicht mehr geklärt zu werden, solange feststeht, dass der Täter zur Verwirklichung des Regelbeispiels angesetzt habe; vollständige, versuchte und vermeintliche Verwirklichung des Regelbeispiels stehen dann auf einer Stufe.

Hinweis zur Darstellung: Auch im Bereich des Allgemeinen Teils gibt es zahlreiche Kollisionsmodelle. Wegen des inneren Zusammenhangs mit dem Versuch werde ich diese Kollisionen bereits hier darstellen, aber im Kurs aber im Kurs erst im Zusammenhang mit der jeweiligen Materie besprechen.

3) Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft

Fall: Der Hintermann H will das Opfer O durch den W töten lassen. Er spiegelt dem W vor, O führe ständig größere Geldbeträge bei sich und sei daher ein ideales Raubopfer. Um ihm die Tat zusätzlich zu erleichtern, händigt H dem W einen Glaszylinder mit vermeintlichem Chloroform aus, das der W dem O mit einem Wattebausch ins Gesicht halten solle; tatsächlich handelt es sich um hochkonzentrierte Salzsäure, die das Opfer töten soll. Als W sich auf den Weg zum Tatort macht, öffnet er probehalber den Zylinder; sofort schlägt ihm ein stechender Geruch entgegen. Da ihm die Tat zu riskant erscheint, gibt er sein Vorhaben auf. Hat H einen versuchten Totschlag in mittelbarer Täterschaft gemäß den §§ 212, 22, 25 I, 2.Alt. begangen?

a) **Nach einer Ansicht** (Welzel, S. 191; Blei AT 261) **muss zwischen gutgläubigen und bösgläubigen Werkzeugen unterschieden werden**:

aa) Bei einem *gutgläubigen Werkzeug*, das den Tatbestand nach der Vorstellung des Hintermannes ohne eigene Willenskontrolle durchführen soll, beginnt der Versuch des mittelbaren Täters mit der Einflussnahme auf das Werkzeug, weil dieser Fall mit der Eröffnung einer mechanischen Ursachenkette vergleichbar sei.

bb) Bei einem *bösgläubigen Werkzeug* (das bei echten Sonderdelikten mangels Täterqualität kein Täter sein kann) beginnt der Versuch des Hintermannes erst, wenn das Werkzeug mit der tatbestandsmäßigen Ausführungshandlung anfängt, da hier die Tatbestandsverwirklichung noch von einer Willensentscheidung des Tatmittlers abhängt.

b) **Nach anderer Auffassung** (Kühl JuS 1983, 183; LK-Vogler § 22 Rz. 104 m.w.N.) **beginnt der Versuch unabhängig von der Gut- oder Bösgläubigkeit des Werkzeugs erst, wenn das Werkzeug seinerseits beginnt, die tatbestandsmäßige Ausführungshandlung vorzunehmen**. Das Wesen der mittelbaren Täterschaft bestehe darin, dass sich der Hintermann das Verhalten des Werkzeugs als eigenes Verhalten zurechnen lassen muss. Der mittelbare Täter setzt daher erst durch das Verhalten des Werkzeugs zum Versuch an. Es sei auch gar nicht einzusehen, warum es in Fällen der mittelbaren Täterschaft zu einer Vorverlagerung des Versuchsstadiums kommen solle; auch der Hintermann selbst würde ja bei persönlicher Tatausführung erst mit dem Beginn der tatbestandsmäßigen Handlung des Versuchsstadium erreichen.

c) **Nach ganz h.M.** (z.B. BGH StV 2001, 273; St 43, 180; JuS 1983, 181; LK-Roxin § 25 Rz.104; Wessels/ Beulke Rz. 613) **beginnt das Versuchsstadium unabhängig von der Gut- oder Bösgläubigkeit des Tatmittlers, wenn der mittelbare Täter das Geschehen so aus der Hand gibt, dass das Werkzeug in ungestörtem Fortgang die Tat begehen wird**. Da das Werkzeug nur als Vollzugsorgan tätig wird, ist aus der Sicht des Hintermannes das Rechtsgut jetzt bereits unmittelbar gefährdet. Da die tatbestandsmäßige Handlung des mittelbaren Täters allein in dessen Einwirkung auf das Werkzeug liegt, kann auch nur dieses Täterverhalten den Versuchsbeginn bestimmen.

Dies kann aber nur für den Fall gelten, dass das Werkzeug die Handlung unmittelbar im Anschluss an die Einwirkung des mittelbaren Täters begehen soll, weil nur dann das geschützte Rechtsgut bereits in eine nahe konkrete Gefahr geraten ist. Soll dagegen das Werkzeug nach dem Willen des Hintermannes die Tathandlung erst nach weiteren Vorbereitungshandlungen vornehmen, beginnt der Versuch auch für den mittelbaren Täter erst mit der Vornahme der Tathandlung durch das Werkzeug. In diesem Fall konkretisiert sich die Gefahr für das geschützte Rechtsgut auch aus der Sicht des Hintermannes noch nicht mit seiner Einwirkung auf das Werkzeug, sondern erst, wenn das Werkzeug zur Ausführungshandlung ansetzt (BGH StV 2001, 273).

d) **In Einzelfällen kann auch die Gut- oder Bösgläubigkeit des Tatmittlers den Versuchszeitpunkt für den Hintermann beeinflussen** (so Schönke/Schröder/Eser § 24 Rz. 54 a).

aa) Hält der Hintermann bei einem gutgläubigen oder bösgläubigen, aber gefügigen Werkzeug die Fäden derart in der Hand, dass der Tatmittler „wie ein Geschoß" funktioniert, so ist das Versuchsstadium erreicht, wenn das Werkzeug den Einflussbereich verlassen hat (bildlich: „wenn das Geschoß den Lauf verlassen hat").

bb) Hängt beim bösgläubigen Werkzeug die Tatausführung noch von dessen autonomer Willensbildung ab, so beginnt der Versuch des Hintermannes erst, wenn dieser glaubt, die Gefährdung des betroffenen Rechtsguts nicht mehr steuern zu können.

4) **Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft**

Fall: Wilhelm und Bullmann haben gemeinsam einen Einbruchsdiebstahl in einer Villa verabredet, die von einer hohen Mauer umgeben ist. Wilhelm hat die Mauer bereits überwunden und ist in die Villa eingedrungen; Bullmann versucht aufgrund seiner Fettleibigkeit und seines angeborenen Hüftleidens vergeblich, die Mauer zu erklimmen. Aufgrund verdächtiger Geräusche alarmiert ein Nachbar die Polizei, die den Bullmann vor, Wilhelm in der Villa festnimmt. Hat Bullmann als Mittäter das Versuchsstadium des Einbruchsdiebstahls auch dann erreicht, wenn er entgegen der gemeinsamen Verabredung persönlich noch gar nicht unmittelbar zur Wegnahme ansetzen konnte?

a) **Gesamtlösung** (z.B. BGH StV 2001, 237; NJW 1995, 142; St 40, 299, 301; 36, 249; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 452; Fischer § 22 Rz. 18; Schönke/Schröder/Eser-Bosch § 22 Rz. 55 m.w.N.)

Nach ganz h.M. beginnt das Versuchsstadium für jeden Mittäter dadurch, dass auch nur einer von ihnen auf der Basis des gemeinsamen Tatplans zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar ansetzt. Da das Wesen der Mittäterschaft in der wechselseitigen Zurechnung gemeinsamer Tatbeiträge besteht, muss sich jeder Mittäter den Beginn der Ausführungshandlung durch den anderen als eigenen Tatbeitrag zurechnen lassen, durch den dann auch er ins Versuchsstadium gerät, unabhängig von der Frage, ob gerade er seinen eigenen Tatbeitrag bereits erbracht hat.

b) **Einzellösung** (Rudolphi, FS für Bockelmann S. 383; SK § 22 Rz. 19 a; Schilling, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 59, 114)

Nach der Einzellösung beginnt der Versuch des Mittäters erst dann, wenn dieser die Handlung vorgenommen hat, die ihn über den Handlungsunwert der Teilnahme hinaus aufgrund der durch diese Handlung gewonnenen Tatherrschaft zum Mittäter machen kann. Eine wechselseitige Zurechnung von Tatbeiträgen kann nur im Rahmen von Mittäterschaft erfolgen. Ohne die durch eigenes Verhalten (!) erlangte Tatherrschaft kann aber der Beteiligte noch gar kein Mittäter sein, sondern nimmt bis zur eigenen Tatherrschaft als Teilnehmer am Geschehen teil.

Exkurs: Ob die Zurechnung mittäterschaftlich erbrachter Tatbeiträge nach der Gesamtlösung auch bei nur vermeintlicher Mittäterschaft oder bei einem in Mittäterschaft begangenen untauglichen Versuch gilt, ist streitig.

- Der 2. Strafsenat hatte eine Zurechnung der Tatbeiträge eines vermeintlichen Mittäters abgelehnt, wenn dieser zur Tatzeit kein Täter mehr sein will und sich nur noch zum Schein an der Tat beteiligt (BGH St 39, 238; kritisch dazu Hauf, NStZ 1994, 263, 265). Will der Handelnde selbst gar kein Täter mehr sein und stellt deshalb sein Handeln für ihn selbst keinen Versuch dar, so kann dieses Handeln den anderen Beteiligten auch nicht als Beginn der Tatausführung zugerechnet werden.

Beispiel: Wilhelm, Bullmann und Gluffke wollen das Opfer O berauben. Geplant ist, dass Gluffke bei O klingelt und den O sofort nach dem Öffnen der Tür niederschlagen soll; Wilhelm und Bullmann würden solange im Wagen warten und ihm dann folgen. Gluffke offenbart sich jedoch vor Tatbeginn der Polizei, die ihn dazu bewegt, zum Schein am Tatplan festzuhalten. Als Gluffke an der Tür klingelt, nimmt die Polizei Wilhelm und Bullmann im vor dem Haus des Opfers geparkten Fahrzeug fest.
Da Gluffke selbst zur Zeit des Klingelns keine Straftat mehr begehen wollte, hat Gluffke in seiner Person das Versuchsstadium nicht erreicht. Daher gibt es kein tatbestandsmäßiges Verhalten, das sich Wilhelm und Bullmann als eigenes Verhalten zurechnen lassen müssten.

- Der 4. Strafsenat des BGH (NStZ 2004, 110) hat dem für den Fall des untauglichen Versuchs widersprochen. Da es hier für die Strafbarkeit allein auf die Vorstellung des handelnden Täters von der Tauglichkeit seiner Handlung ankommt, kann ihm die innere Beziehung zur Tatausführung desjenigen, der tatplangemäß den Akt zum Eintritt ins Versuchsstadium vornimmt, nicht zugute kommen. Nach Auffassung des 4. Senats wird beim untauglichen Versuch der objektive Beitrag des vermeintlichen Mittäters, der nach der Vorstellung der am Tatplan festhaltenden Beteiligten zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt, diesen zugerechnet.
  (Dazu ausführlich und kritisch Schönke/Schröder/Eser § 22 Rz. 55 a; Küpper, JuS 1995, 488)

5) **Der Versuchsbeginn bei unechten Unterlassungsdelikten**

Da es bei den Unterlassungsdelikten um die pflichtwidrige Nichtvornahme einer gebotenen Handlung geht, stellt sich die Frage, wann der Täter unmittelbar dazu ansetzt, etwas nicht zu tun.

a) Während nach einer Ansicht der Versuch bei Verstreichenlassen der *ersten* Rettungsmöglichkeit beginnt (Herzberg MDR 1973, 89; Schröder JuS 1962, 81), soll nach a.A. (Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte S. 210; Küper ZStW 112, 43) der Versuch erst erreicht sein, wenn die *letzte* Rettungsmöglichkeit ungenutzt verstreicht.

b) Mit der h.M. (BGH NStZ 1997, 485; BGH St 40, 257, 271; Schönke/Schröder/Eser-Bosch § 22 Rz. 50 m.w.N.) wird man jedoch situationsabhängig differenzieren müssen:

aa) Ist das geschützte Rechtsgut bereits aus Sicht des Unterlassenden derart in Gefahr geraten, dass die Gefährdung jederzeit in die Verletzung umschlagen kann (z.B.: Ein ins Wasser gefallenes Kind droht jederzeit zu ertrinken), so stellt bereits die Nichtvornahme der erstmöglichen Rettungshandlung den Versuchsbeginn dar.

bb) Verbleibt dem Garanten zur Vornahme der Rettungshandlung ein gewisser Zeitraum, so beginnt der Versuch erst, wenn der Täter durch Verstreichenlassen der optimalen Rettungsmöglichkeit die Gefahr des Erfolgseintritts erhöht.

6) **Der Versuch der Erfolgsqualifikation / Der erfolgsqualifizierte Versuch**

Bei der Kollision dieser beiden Problemkreise müssen Sie zwischen 2 verschiedenen Sachverhalten unterscheiden:

a) **Der Täter hat den Eintritt der schweren Folge in seinen Vorsatz aufgenommen; die schwere Folge ist jedoch ausgeblieben.**

Fall: T schlägt auf das Opfer O mit einem Baseballschläger ein und nimmt billigend dessen Verlust der Hörfähigkeit in Kauf. O wird zwar verletzt, doch bleibt seine Hörfähigkeit erhalten.

Sind hier nicht die Erfolgsqualifikationen durch das jeweilige Vorsatzdelikt verdrängt (so wird z.B. der Versuch des § 227 durch die §§ 212, 22 verdrängt), so ist der Versuch der Erfolgsqualifikation möglich.

Beispiel: Der Täter nimmt bei seiner Körperverletzungshandlung den Eintritt der schweren Folge billigend in Kauf (§§ 226 I, 22) oder geht von ihrem Eintritt als sichere Folge aus (§§ 226 II, 22).

Der Versuch der Erfolgsqualifikation beginnt hier mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Verwirklichung des Grundtatbestandes. Der zugleich verwirklichte Grundtatbestand des § 223 steht mit dem Versuch der Erfolgsqualifikation gemäß den §§ 226 I, 22 in Tateinheit, um klarzustellen, dass der Täter mehr erreichen wollte, als er letztlich herbeigeführt hat: §§ 223, 226 I, 22, 52.

b) **Bereits der Versuch des Grundtatbestandes führt den Eintritt der schweren Folge herbei.**

Fall: O hatte versucht, den Schlägen des T auszuweichen und war dabei so unglücklich gestürzt, dass er bereits beim Sturz die Hörfähigkeit verloren hatte, ohne dass T ihn überhaupt einmal getroffen hatte. T hatte den Verlust der Hörfähigkeit nicht vorausgesehen, aber vorhersehen können.

Im Gegensatz zum o.g. Fall hat hier der Täter nur bezüglich des Grundtatbestandes, nicht aber bezüglich der schweren Folge vorsätzlich gehandelt. Bei diesem erfolgsqualifizierten Versuch wird heftig darüber gestritten, ob die schwere Folge auf der Tat*handlung* oder dem 1. Verletzungs*erfolg* des Grundtatbestandes beruhen muss. Wir müssen daher wie folgt unterscheiden:

aa) Bei bestimmten Tatbeständen lässt man es genügen, dass die schwere Folge der Erfolgsqualifikation durch die tatbestandsmäßige *Handlung* verursacht wurde (z.B. §§ 178, 251). Der Tatbestand des erfolgsqualifizierten Versuchs des Grundtatbestandes ist bereits dann erfüllt, wenn die schwere Folge bereits durch die Versuchshandlung eingetreten ist.

Beispiel: T hatte das Raubopfer durch einen schweren Schlag leichtfertig getötet, aber die erwartete Beute nicht vorgefunden und dem Toten daher nichts weggenommen. T wird gemäß den §§ 251, 22 bestraft.

bb) Bei anderen Tatbeständen (z.B. §§ 226, 227) ist umstritten, ob die schwere Folge auf dem 1. Verletzungs*erfolg* beruhen muss oder auch ausnahmsweise einmal auf der reinen Verletzungs*handlung* beruhen kann (sehr ausführlich dazu StGB BT 1 § 11 II 1).

(1) Nach der Rspr. (z.B. BGH St 31, 96; dazu StGB BT 1 a.a.O.), so genügt es für die Erfolgsqualifikation, dass die schwere Folge durch die KV-Handlung hervorgerufen wurde. Folgt man dieser Ansicht, würde T wegen des erfolgsqualifizierten Versuchs der Körperverletzung gemäß den §§ 226 I, 22 auch dann bestraft, wenn der mit dem Schlag eigentlich beabsichtigte KV-Erfolg nicht eingetreten ist.

(2) Nach der Gegenansicht (Puppe, NStZ 1983, 22, 24; Hirsch, JR 1983, 78) muss sich gerade die spezifische Gefahr des KV-Erfolgs in der schweren Folge der §§ 226, 227 realisiert haben. Einen erfolgsqualifizierten Versuch der §§ 226, 227 kann es daher nicht geben.

7) **Versuch / actio libera in causa**

Fall: Bullmann betrinkt sich in einer Gaststätte, um im Stadium des Vollrauschs den O zu verprügeln. Um 23 Uhr ist Bullmann volltrunken, doch ist O entgegen Bullmanns Erwartung in der Gaststätte nicht erschienen. Beginnt der Versuch der actio libera in causa bereits mit dem Betrinken oder mit dem Versuch, den O zu misshandeln?

a) **Nach einer Ansicht** (z.B. Rudolphi SK § 22 Rz. 21; Fischer § 20 Rz. 20 a; Hirsch NStZ 1997, 230 m.w.N.) **stellt bereits das Herbeiführen der Schuldunfähigkeit den Versuch des jeweiligen Delikts dar**, da es die letzte dem Täter vor dessen Schuldunfähigkeit zurechenbare Handlung ist; die weitere Entwicklung entgleitet seiner verantwortlichen Beherrschung.
Folgt man dieser Ansicht, so hat Bullmann das Versuchsstadium erreicht, obwohl O niemals gefährdet war.

b) **Nach anderer Auffassung** (Schönke/Schröder/Eser § 22 Rz. 56; Schweinberger JuS 2006, 509, Jescheck S. 473) **beginnt der Versuch erst mit Vornahme der jeweils tatbestandsmäßigen Handlung**. Nach dem Täterplan müsse eine unmittelbare Gefahr für das Rechtsgut bestehen; dies sei bei positivem Tun erst dann der Fall, wenn der schuldunfähige Täter mit der Tatausführung beginnt.

c) Bei Unterlassungsdelikten ist die Gefahr bereits dann geschaffen und dadurch das Versuchsstadium erreicht, wenn der Täter die Fähigkeit verliert, verantwortlich zu handeln = **omissio libera in causa.**

Beispiel: Der diensthabende Notarzt Dr. Brause betrinkt sich bis zum Stadium der Volltrunkenheit.

Nach anderer Ansicht (Jescheck a.a.O.) beginnt auch hier der Versuch erst mit Einsetzen der Handlungspflicht.

Beispiel: Ist der Notarzt nicht alarmiert worden, hat er das Versuchsstadium nicht erreicht.

V. Der untaugliche Versuch

Der Versuch ist untauglich, wenn er aus tatsächlichen (Untauglichkeit des Objekts oder Mittels) oder rechtlichen Gründen (Untauglichkeit des Subjekts) von vornherein zum Scheitern verurteilt war. Es handelt sich daher stets um Irrtumsfälle: Der Täter stellt sich einen Sachverhalt vor, der in Wahrheit nicht besteht, jedoch bei objektivem Vorliegen sein Verhalten als strafbar erscheinen lassen würde.

Der untaugliche Versuch entspricht von der Struktur her einem umgekehrten Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 I 1: Während beim Tatbestandsirrtum der Vorsatz entfällt, weil der Täter objektiv gegebene Umstände nicht kennt, nimmt der Täter beim untauglichen Versuch Tatbestandsmerkmale an, die objektiv gerade nicht vorliegen.

1) Im Rahmen des untauglichen Versuchs existieren **3 Fallgruppen**:

a) **Untauglichkeit des Objekts:** Der Täter nimmt irrig eine ihm gehörende Sache weg, schießt mit Tötungsvorsatz auf eine Vogelscheuche etc..

b) **Untauglichkeit des Mittels:** z.B.: Versuch der Abtreibung mit Kamillentee; Versuch der Vergiftung mit Puderzucker.

c) **Untauglichkeit des Subjekts**

Fall: Ein Amtsträger, dessen Ernennung aufgrund eines Formfehlers nichtig ist, lässt sich i.S.d. § 332 bestechen. Hat er sich eines untauglichen Versuchs gemäß den §§ 332 I 1, 2; 22 strafbar gemacht, wenn er die Nichtigkeit der Ernennung nicht gekannt hat?

Fehlt dem Täter eine vom Tatbestand vorausgesetzte Täterqualität, die dieser zu seinen Ungunsten irrig unterstellt, so ist die Strafbarkeit umstritten:

aa) Nach einer Ansicht (Baumann/Weber, S. 498; Welzel, S. 195) handelt es sich um ein strafloses Wahndelikt. Sonderdelikte richten sich nur an einen bestimmten Personenkreis, zu dem der Täter nicht zählt. Die vom Gesetzgeber gewollte Straflosigkeit desjenigen, der nicht Normadressat sei, darf nicht über den Umweg des untauglichen Versuchs unterlaufen werden.

bb) Nach h.M. (z.B. BGH St 8, 321, 323;Schönke-Schröder-Eser-Bosch § 22 Rz. 75; Bruns, Der untaugliche Täter S. 38 ff.) haben alle Tatbestandsmerkmale das gleiche Gewicht. Es kann nicht zwischen Merkmalen wie Objekt und Mittel einerseits (die durch die Tätervorstellung ersetzt werden können) und Subjekt andererseits unterschieden werden. Da die Umstände, die die Täterqualität begründen, echte Tatbestandsmerkmale sind, handelt es sich um einen umgekehrten Tatbestandsirrtum und daher um einen untauglichen Versuch.
Folgt man dieser Ansicht, so kann sich auch das untaugliche Subjekt wegen Versuchs strafbar machen.

2) Die **Strafbarkeit des untauglichen Versuchs** ergibt sich aus dem **Umkehrschluss aus § 23 III**: Hatte der Täter die Untauglichkeit seines Versuchs aus grobem Unverstand verkannt, so kann von Strafe abgesehen oder die Strafe gemildert werden. Dies zeigt, dass der Versuch zunächst strafbar ist.

Die **Strafwürdigkeit** ergibt sich aus der Betätigung der rechtsfeindlichen Gesinnung des Täters, wobei sich die Untauglichkeit des Versuchs aus reinen Zufälligkeiten ergeben kann. Wer aus großer Distanz mit Tötungsvorsatz auf eine Vogelscheuche schießt, hat einfach nur Glück gehabt, dass es sich nicht um einen Menschen handelte. Auch durch einen derartigen Versuch wird die Rechtsordnung erschüttert.

Die Bestrafung des Täters setzt aber voraus, dass er nach seiner Vorstellung zur Tatausführung bereits angesetzt hat, so dass auch hier reine Vorbereitungshandlungen straflos bleiben.

3) Straflos ist ferner der **irreale Versuch**, bei dem der Täter eine Kausalkette in Gang setzen will, die von einem Menschen nicht beherrscht werden kann.
Beispiel: Wilhelm will seinen Erbonkel O dadurch töten, dass er ihn durch magische Formeln verhext (Rosemaries Baby) oder er schenkt ihm ein Flugticket in der Hoffnung, das Flugzeug werde abstürzen.

Überall dort, wo der tatsächlich eingetretene Erfolg dem Täter nicht zugerechnet werden könnte (z.B.: das Flugzeug stürzt tatsächlich ab), ist der Versuch irreal und daher straflos.

VI. Das Wahndelikt

Beim Wahndelikt nimmt der Täter irrig an, sein in tatsächlicher Hinsicht richtig erkanntes Verhalten falle unter eine Verbotsnorm, die nur in seiner Einbildung existiert (der Täter „erfindet“ eine Strafnorm) oder die er infolge falscher Auslegung zu seinen Ungunsten überdehnt (= umgekehrter Subsumtionsirrtum = umgekehrter Verbotsirrtum). Ein Wahndelikt muss straflos sein, unabhängig von der jeweiligen Fallgruppe: **nullum crimen sine lege**.
Vertiefungshinweis für eine Hausarbeit: Schönke/Schröder/Eser-Bosch § 22 Rz. 78 ff. mwN.

Im Einzelnen kommt ein Wahndelikt bei folgenden **Fallgruppen** in Betracht:

1) **Der Täter erfindet einen objektiv nicht existierenden Straftatbestand**
Beispiel: Der Täter glaubt, Ehebruch sei strafbar.

2) **Der Täter überdehnt einen existierenden Tatbestand zu seinen Ungunsten.**
Beispiele:
1) Der Täter glaubt, auch die Wegnahme ihm gehörender Sachen (verbotene Eigenmacht) sei strafbar.
2) Der Angeklagte glaubt, sich durch eine Falschaussage nach § 153 strafbar machen zu können.

3) **Der Täter glaubt, ein tatsächlich gegebener Rechtfertigungsgrund treffe nicht auf ihn zu**.
Beispiel: Der Täter glaubt, Notwehr sei nicht zur Verteidigung von Sachwerten zulässig (= **umgekehrter Erlaubnisirrtum**).

AL-Klausurtipp: Untauglicher Versuch / Wahndelikt

Die Abgrenzung zwischen dem untauglichen Versuch und dem straflosen Wahndelikt ist auf den ersten Blick ausgesprochen schwierig. Lesen Sie noch einmal die Kursmitschrift und gehen Sie von folgender Überlegung aus:

Für den Vorsatz des Täters ist die Kenntnis des sozialen Bedeutungsgehalts seines Verhaltens unerlässlich. Es handelt sich daher um einen **strafbaren untauglichen Versuch**, wenn der Täter irrig Umstände annimmt, bei deren Vorliegen die Tat vollendet wäre.

Beispiel: Der Immobilienmakler Gluffke hat nach erfolgten Vertragsverhandlungen zur Gedächtnisstütze ein Gedächtnisprotokoll angefertigt. Der neidische Kollege Wilhelm Brause hält das Schriftstück für den abgeschlossenen Vertrag und die letzte unleserliche Zeile für die Namensunterschrift. Um Gluffke zu schaden, zerreißt er das Papier. Wäre es ein mit Namensunterschrift versehener Vertrag gewesen, so hätte Wilhelm eine vollendete Urkundenunterdrückung gemäß § 274 I begangen. Sein Verhalten stellt daher einen gemäß § 274 II strafbaren untauglichen Versuch dar.

Es handelt sich um ein **strafloses Wahndelikt**, wenn der Täter den sozialen Sinngehalt seines Verhaltens verkennt.

Beispiel: Wilhelm sieht, dass es nur ein Entwurf ist, der den Aussteller mangels Unterschrift nicht erkennen lässt. Er hält allerdings in Verkennung des sozialen Sinngehalts des Begriffs der Urkunde den Entwurf auch ohne Unterschrift für eine Urkunde. Es handelt sich um ein strafloses Wahndelikt, da er den Bedeutungsgehalt der Urkunde und damit den Anwendungsbereich des § 274 zu seinen Ungunsten überdehnt.

7. Teil: Der Rücktritt vom Versuch

Vorbemerkung

1) Der Grund der Strafbefreiung

Nach § 24 wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Tatausführung aufgibt oder deren Vollendung verhindert bzw. sich ernsthaft und freiwillig um die Erfolgsverhinderung bemüht. Trotz regelmäßig vorliegender konkreter Gefährdung des geschützten Rechtsguts gewährt hier die Rechtsordnung dem Versuchstäter das Privileg der völligen Straffreiheit, wobei zur Begründung dieses Privilegs u.a. folgende Ansichten vertreten werden.

a) **Die Lehre von der goldenen Brücke** (z.B. RGSt 73, S. 60; Puppe NStZ 1984, 490)

Basierend auf Feuerbachs Lehre vom psychologischen Zwang sollte dem bereits straffällig gewordenen Täter durch die Eröffnung möglicher Straffreiheit eine goldene Brücke zurück in die Legalität gebaut werden und daher ein Anreiz geschaffen werden, die Tat vor ihrer Vollendung aufzugeben.
An dieser Begründung wird kritisiert, dass nach forensischen Untersuchungen den meisten zurückgetretenen Tätern die Konsequenz der Straffreiheit nicht bewusst war bzw. bei ihrer Umkehr keine dominierende Rolle gespielt hat.

b) **Prämientheorie** (BGH St 35, 93; Baumann/Weber AT S. 502; Welzel Lb 196; Fischer § 24 Rz. 3)

Nach der Prämientheorie soll der Täter durch die Gewährung von Straffreiheit für die Verdienstlichkeit des freiwillig gewählten Rücktritts belohnt werden. Der durch das Versuchsstadium verursachte Unwertgehalt sei rückwirkend wieder aufgehoben worden.

c) **Strafzwecktheorie** (Rudolphi SK § 24 Rz. 4, Roxin Festschrift für Heinitz 269 ff; so auch BGH St 37, 345; 9, 48, 52; 14, 75, 80)

Die Strafzwecktheorie ist die Kehrseite der Eindruckstheorie, die die Strafbarkeit des Versuchs rechtfertigt. Danach ist bei freiwilliger Tataufgabe weder aus spezial- noch aus generalpräventiver Sicht eine Bestrafung des Täters erforderlich, da sich der verbrecherische Wille doch nicht als für die Vollendung stark genug erwiesen hat und auch der durch den Versuch rechtserschütternde Eindruck (Eindruckstheorie) durch den Rücktritt nachträglich wieder beseitigt wurde.

2) Der systematische Standort des Rücktritts

a) Nach einer Ansicht (Roxin FS für Heinitz S. 273; Rudolphi ZStW 85, 121) ist der Rücktritt ein **Entschuldigungsgrund**, da durch den Rücktritt Unrecht und Schuld soweit herabgemindert sind, dass es an einer strafrechtlich relevanten Schuld fehlt.

b) Nach h.M. (BGH aaO; Jescheck S. 494), nach der wegen des verdienstlichen Verhaltens nur das persönliche Strafbedürfnis fehlt, liegt im Rücktritt ein **persönlicher Strafaufhebungsgrund**. Nach dieser Ansicht, der auch wir folgen, hat sich der Täter daher zunächst einmal wegen Versuchs strafbar gemacht, jedoch den entstandenen (!) Schuldvorwurf rückwirkend aufgehoben.
Sind mehrere an einer Tat beteiligt, so gilt daher § 28 II: Die Wirkung des Rücktritts gelten nur für denjenigen, in dessen Person die Voraussetzungen des § 24 II vorliegen.

§ 40 Der Rücktritt des Alleintäters: § 24 I

Vorbemerkung

Innerhalb der in § 24 I genannten verschiedenen Rücktrittsalternativen muss zwischen **4 Versuchsarten** unterschieden werden, die wir uns zunächst im Überblick ansehen wollen:

1) **Der unbeendete Versuch: § 24 I 1, 1. Alt.**

Der Versuch ist unbeendet, wenn der Täter glaubt, noch nicht alles zur Erfolgsherbeiführung Nötige getan zu haben. Entscheidend ist somit die subjektive Einschätzung des Täters. **Als Kehrseite dieser Tatsache trägt er allerdings das Risiko des Irrtums**: Für einen Rücktritt vom Versuch ist kein Raum, wenn entgegen der Tätervorstellung der Erfolg in einer ihm zurechenbaren Weise eintritt. Er wird selbst dann wegen vollendeter Tat bestraft, wenn ihn zur Zeit des Erfolgseintritts der Vollendungsvorsatz fehlt (streitig, wie hier: Rudolphi § 24 Rz. 16; dagegen differenzierend Schönke/Schröder/Eser § 24 Rz. 18 mwN.).

Beispiel: T schießt aus größerer Entfernung auf O, der schwer verletzt hinter einem Baum zusammensackt; T glaubt, O habe sich unverletzt in Deckung geworfen und verzichtet freiwillig auf weitere Schüsse. O stirbt aufgrund des hohen Blutverlustes. T wird wegen vollendeten Totschlags bestraft, da ihm der Erfolgseintritt objektiv zugerechnet wird. Für einen Rücktritt vom Versuch ist daher kein Raum.

Ist der Versuch unbeendet, so ist der Rücktritt bereits durch die **freiwillige Aufgabe weiterer Tatausführung**, also durch bloßes passives Verhalten möglich. Angesichts der Tätervorstellung wäre ja auch jegliche Aktivität sinnlos.

2) **Der beendete Versuch: § 24 I 1, 2. Alt. / § 24 I 2**

Der Versuch ist beendet, wenn der Täter glaubt, bereits alles getan zu haben, was zur Erfolgsherbeiführung notwendig ist. Um in den Genuss der Strafbefreiung zu gelangen, muss also jetzt der Täter „das Ruder herumreißen", aktiv werden; bloße Passivität kann angesichts seiner Vorstellung vom drohenden Erfolgseintritt nicht belohnt werden. Er kann jedoch dadurch strafbefreiend zurücktreten, dass er i.S.d. § 24 I 1, 2. Alt. **freiwillig den Erfolgseintritt durch einen kausalen Beitrag verhindert** oder bei fehlender Kausalität sich i.S.d. § 24 I 2 zumindest **ernsthaft und freiwillig um Erfolgsabwendung bemüht**, wobei er auch hier wiederum das Risiko des Erfolgseintritts trägt.

3) **Der untaugliche Versuch**

Aufgrund der fehlenden Täterqualität, des untauglichen Objekts oder des untauglichen Mittels war der Versuch von vornherein zum Scheitern verurteilt. **Hat der Täter die Untauglichkeit im Nachhinein erkannt, bleibt für einen Rücktritt kein Raum; ansonsten ist ein Rücktritt möglich** (siehe unten).

4) **Der fehlgeschlagene Versuch**

Im Gegensatz zum untauglichen Versuch hätte die Handlung des Täters durchaus zum Erfolg führen können. Auch hier entscheidet über den Fehlschlag wiederum die Sichtweise des Täters:

a) **Der Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der Täter sieht, dass er sein konkretes Handlungsziel nicht mehr erreichen kann**, weil die Tatbestandsverwirklichung physisch unmöglich geworden ist (BGH NJW 2015, 2898).

Beispiele:
1) Das Magazin der Waffe ist leer.
2) Das Mordopfer ist nicht zuhause.
3) Das Betrugsopfer hat den Täuschungsversuch durchschaut.

b) **Der Täter könnte die Tat zwar vollenden, doch ist sie mittlerweile für ihn sinnlos geworden**.

Beispiel:
1) Der Täter will eine Tatzeugin töten. Diese hat allerdings schon die Polizei alarmiert, die das Haus des Opfers umstellt hat.
2) Bei der Wegnahme eines Kolossalgemäldes ertönt die Alarmanlage; Flucht mit dem Bild ist sinnlos.

Hat der Täter den Fehlschlag erkannt, so ist für Rücktritt kein Raum: Ob man den Rücktritt dabei an der „Aufgabe" scheitern lässt (man kann nur aufgeben, was man weiterhin für möglich hält, so Rudolphi, Rz. 8 aaO) oder an der fehlenden Freiwilligkeit (so z.B. BGH NJW 2015, 2898; NStZ 2007, 265) kann dahinstehen. Hat der Täter die nachträgliche objektive Unmöglichkeit des Erfolgseintritts nicht erkannt, so ist ein Rücktritt weiterhin möglich (siehe unten).

Auf die sehr streitige Frage, ob bei einem notwendigen Wechsel der Handlungsalternativen der Versuch bereits fehlgeschlagen und damit ein Rücktritt ausgeschlossen ist, werde ich unten noch ausführlich eingehen.

I. Die Abgrenzung: unbeendeter Versuch - beendeter Versuch

AL-Klausurtipp:
Diese Unterscheidung ist von großer Bedeutung, da bei einem unbeendeten Versuch der Täter gemäß § 24 I 1 1. Alt. durch bloß passives Verhalten zurücktreten kann, während er bei einem beendeten Versuch gemäß § 24 I 1 2.Alt. aktiv zur Erfolgsvermeidung tätig werden muss.
Beispiel: Feuert T mit Tötungsvorsatz einen Schuss auf das Opfer O ab, so kann er bei einem unbeendeten Tötungsversuch bereits dadurch zurücktreten, dass er keinen weiteren Schuss abfeuert. Bei einem beendeten Versuch müsste er durch aktives Tun entweder gemäß § 24 I 1, 2. Alt. den Erfolg verhindern oder sich nach § 24 I 2 zumindest darum bemühen.

Die Heftigkeit des um diese Abgrenzung geführten Streits rührt von den Folgen des Rücktritts her: Hat der Täter bereits mehrere Schüsse abgefeuert, ohne das Opfer zu treffen, so würde er nach einer Ansicht bereits dadurch völlige Straffreiheit erlangen, dass er die letzte Kugel freiwillig nicht abfeuerte; es wird jedoch vehement darüber gestritten, ob dies dem Täter aus spezial- und generalpräventiven Aspekten zur völligen Straffreiheit verhelfen können soll. Die Bandbreite beträgt also Straffreiheit auf der einen Seite; langjährige Freiheitsstrafe wegen versuchten Totschlags oder Mordes auf der anderen Seite.

Ist das Opfer bereits einmal, wenn auch nicht lebensgefährlich verletzt worden, so ist die Bandbreite der möglichen Rechtsfolgen nicht ganz so groß. Da bei einem *qualifizierten Versuch* sich der Rücktritt grundsätzlich nur auf die Tat beziehen kann, die noch im Versuchsstadium steckt, wird der Täter auf jeden Fall wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung gemäß § 224 bestraft, so dass man über die Strafzumessung zu einem im Einzelfall „gerechten" Ergebnis gelangen kann.

1) **Der für die Beurteilung entscheidende Zeitpunkt: Der „Rücktrittshorizont"** (BGH St 31, 170, bestätigt in BGH NJW 2015, 2898; NStZ –RR- 2013, 274; 2011; 337; 2009, 25; 266; NStZ RR 2009, 42)

Es handelt sich um einen unbeendeten Versuch, wenn der Täter von weiteren ihm möglichen Handlungen absieht, bevor er das verwirklicht hat, was nach seiner Vorstellung von der Tat zur Herbeiführung des Erfolges erforderlich ist. Ob dies der Fall ist, kann der Täter erst nach der Tatausführung beurteilen, so dass es auf die **Vorstellung des Täters nach der letzten Ausführungshandlung ankommt (BGH NJW 2015, 2898). Der Versuch ist beendet, wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt den Eintritt des Erfolges für möglich hält.**

Diesen Standpunkt hatte der BGH später auch in einem Fall vertreten, wo der Täter mit einem fest umrissenen Tatplan zu Werke gegangen war, den er vollkommen ausgeführt hatte. Auch in einem derartigen Fall ist der Versuch unbeendet, wenn der Täter nach der letzten Ausführungshandlung glaubt, der Erfolg werde nicht eintreten; er kann dadurch zurücktreten, dass er von weiteren ihm möglichen Maßnahmen absieht, die zum Erfolg führen könnten (BGH St 33, 295, 298; 35, 90, 92).

Beispiel: Der Täter glaubte zunächst, das Opfer mit einem einzigen Schuss töten zu können, der aber sein Ziel verfehlte oder das Opfer nicht lebensgefährlich verletzt hat. Erkennt der Täter dies nach dem 1. Schuss, so handelt es sich um einen unbeendeten Versuch, von dem er dadurch strafbefreiend zurücktreten kann, dass er auf weitere Schüsse - verzichtet.

2) **Der Grad der Erfolgstauglichkeit**

Hält der Täter den Erfolgseintritt zu diesem Zeitpunkt für möglich, so handelt es sich um einen beendeten Versuch (BGH NStZ 1999, 299). Dies gilt unabhängig von der Frage, ob der Täter das Risiko des drohenden Erfolgseintritts zutreffend einschätzt oder nicht. Der Versuch ist sowohl dann beendet, wenn der Täter zutreffend erkennt, dass der Erfolg ohne weitere Handlungen eintreten wird als auch in Fällen, in denen der Erfolgseintritt gar nicht droht, der Täter aber irrig von der Möglichkeit des Erfolgseintritts ausgeht.
Dabei sind an das „für-möglich-halten“ keine allzu großen Anforderungen zu knüpfen. **Es reicht, wenn der Täter die naheliegende Möglichkeit des Erfolgseintritts erkennt bzw. die Umstände kennt, die diese Möglichkeit nahelegen** (z.B. BGH St 33, 295: Schuss in die Schläfe). **Dabei ist unerheblich, ob der Täter zu diesem Zeitpunkt den Erfolgseintritt noch will oder billigt**. Entscheidend ist, dass er erkennt, der Erfolg könne eintreten, so dass entgegenstehende Aktivitäten erforderlich sind, um ihn abzuwenden. Kann er den Erfolgseintritt durch einen kausalen Beitrag noch verhindern, tritt er nach § 24 I 1 2. Alt. zurück. Bei fehlender Kausalität kann ihm ein ernsthaftes und freiwilliges Bemühen nach § 24 I 2 Straffreiheit verschaffen.

3) **Konkreter Tatplan / unbestimmter Tatplan**

Während zunächst der BGH die Lehre vom Rücktrittshorizont nur auf Fälle anwenden wollte, in denen der Täter mit unbestimmtem Tatplan handelte (BGH St 31, 170), hat er diese Lehre später auch auf Fälle ausgedehnt, in denen der Täter seinen anfänglichen Tatplan bereits voll verwirklicht hatte (s.o.). **Unabhängig von der anfänglichen Vorstellung des Täters soll also stets die Einschätzung des möglichen Erfolgseintritts zur Zeit nach der letzten Ausführungshandlung sein, zu der der Täter erstmals zurücktreten will** (= Rücktrittshorizont; NJW 2015, 2898; BGH St 33, 295). Die Vorstellungen vor und während der Tat sind also irrelevant (BGH NJW 2015, 2898; 1990, 263; BGH GS St NJW 1993, 2061).

Auf der anderen Seite kann der Täter seinen ursprünglichen Rücktrittshorizont nachträglich noch einmal korrigieren, so dass es dann auf seinen korrigierten Rücktrittshorizont ankommt (BGH NStZ RR 2008, 335; 1998, 614).

Beispiel: Der Täter sticht auf das Opfer ein, das mit dem Rücken zur Wand steht. Zunächst steht das Opfer noch aufrecht, so dass der Täter nach eigener Aussage glaubte, das Opfer sei nicht allzu schwer verletzt. Als er sich nach Überqueren der Straße umdreht, sieht er, dass das Opfer in sich zusammensackt = beendeter Versuch nach korrigiertem Rücktrittshorizont.

Zusammenfassung

1. Der Versuch ist **unbeendet**, wenn der Täter nach der letzten Ausführungshandlung glaubt, der Erfolg werde nur eintreten, wenn er weitere Maßnahmen ergreift. Freiwillige Aufgabe weiterer Tatausführung ist nach § 24 I 1, 1.Alt. ausreichend.

2. Der Versuch ist **beendet**, wenn der Täter glaubt, dass der Erfolg auch ohne weitere deliktische Zwischenschritte eintreten könnte. Hier ist also eine aktive Verhinderung des (vermeintlich) drohenden Erfolges gemäß § 24 I 1, 2.Alt. oder § 24 I 2 gefordert.

4) Rücktritt bei Eventualvorsatz

Fall: Um dem O einen „Denkzettel" zu verpassen, sticht T dem O ein 20 cm langes Messer in den Rücken, wobei er den Tod des O billigend in Kauf nimmt. T erkennt, dass der 1. Stich nicht lebensgefährlich ist und entfernt sich, ohne ein 2. Mal zuzustechen. Ist er vom versuchten Totschlag gemäß § 24 I 1, 1.Alt. strafbefreiend zurückgetreten?

Begeht der Täter eine vollendete Körperverletzung mit dem primären Ziel, sich am Opfer zu rächen, ihm einen Denkzettel zu verpassen etc., nimmt aber gleichzeitig den Tod des Opfers billigend in Kauf, so erscheint fraglich, ob er nach vollendeter Verletzung vom versuchten Totschlag dadurch zurücktreten kann, dass er kein zweites Mal handelt.

a) Aus Sicht des Täters besteht zu einer zweiten Handlung kein Anlass, da der Tod des Opfers nicht sein primäres Ziel ist. Er hat daher aus seiner Sicht alles Erforderliche getan; handelt es sich somit um einen beendeten Versuch, so müsste er, um zurücktreten zu können, gemäß § 24 I 1 2.Alt. den drohenden Tod abwenden. Wenn allerdings die Verletzung nicht lebensgefährlich ist, ist die Erfolgsabwendung und damit der Rücktritt unmöglich. Da weiteres Handeln für den Täter sinnlos ist und er sein primäres Ziel erreicht hat, soll er somit nach einem Teil der Literatur nicht vom versuchten Totschlag zurücktreten können. Die Erstrebung des Todeserfolges würde einen neuen Entschluss erforderlich machen; der Verzicht auf die Tötung stelle keine bewusste Rückkehr in die Legalität dar (Puppe ZIS 2011, 524) und könne daher durch die Zubilligung eines Rücktritts nicht belohnt werden. Der Täter, der nach *vollständiger Zielerreichung* aufhört, stellt weder seine Rechtstreue unter Beweis noch verwischt er den rechtserschütternden Eindruck des Versuchs, noch hat er eine „goldene Brücke" zurück in die Rechtsordnung betreten noch verdient er eine Prämierung seines Verhaltens, so dass der Grund der Strafbefreiung nach keiner der o.g. Theorien hier vorliegt.

b) Um jedoch nicht denjenigen zu benachteiligen, der nur den Erfolgseintritt billigend in Kauf nimmt, wird man mit dem 1. Strafsenat (BGH NJW 1990, 263) auch diesem Täter die Möglichkeit des Rücktritts offen halten müssen. Um zur Rücktrittsmöglichkeit zu gelangen, müsste man ansonsten - in dubio pro reo - sinnwidrigerweise davon ausgehen, der Täter habe mit direktem Vorsatz bezüglich des Todeserfolges gehandelt.

Dieser Ansicht hat sich auch der Große Senat in Strafsachen angeschlossen, der diesen Standpunkt in NJW 1993, 2061 wie folgt begründet (bestätigt in BGH NStZ 2012, 263; 2011, 35; 90; RR 2009, 86): Die Tat, von der der Täter zurücktreten kann und will, ist die Tat im sachlich-rechtlichen Sinn, also die im gesetzlichen Tatbestand umschriebene tatbestandsmäßige Handlung sowie der Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges. Hierauf ist der strafwürdige Vorsatz des Täters gerichtet; dementsprechend beschränkt sich beim unbeendeten Versuch der Entschluss, die weitere Tatausführung aufzugeben, auf die Verwirklichung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale. Auf weitere Absichten, Beweggründe oder Ziele kommt es weder für den strafbaren Versuch noch für dessen Spiegelbild, den Rücktritt, an. Ebenso wenig wie bei der Freiwilligkeit der Tataufgabe eine sittliche oder ethische Bewertung der Rücktrittsmotive erfolgt, kommt es beim rein äußerlichen Aufgeben der Tat auf den Beweggrund des Täters an. Das Erfordernis eines

„honorierbaren Verzichts“ oder einer „Umkehr in die Rechtsordnung“ findet im Gesetzeswortlaut des § 24 keine Stütze. Das Gesetz honoriert allein den freiwilligen Verzicht auf mögliches Weiterhandeln mit Straffreiheit. Für zusätzliche wertende Elemente ist in § 24 kein Raum.

Der Große Senat betont noch einmal die **kriminalpolitische Unbedenklichkeit** dieses Ergebnisses:

- Ist bereits eine konkrete Gefährdung des Opfers eingetreten, so wird das Vorliegen eines beendeten Versuchs anzunehmen sein, bei dem der Täter gemäß § 24 I 1, 2. Alt. bzw. nach § 24 I 2 Straffreiheit nur durch aktives Tun erreichen kann. In diesem Sinne hält auch der Täter den Erfolgseintritt für möglich, der die tatsächlichen Umstände kennt, die den Erfolgseintritt als naheliegend erscheinen lassen. Gerade bei schwerer Gewaltanwendung und erheblicher Verletzung des Opfers liegt diese Annahme nahe, so dass an einen unbeendeten Versuch strenge Anforderungen gestellt werden müssen.

- Der Versuch ist fehlgeschlagen und damit ein Rücktritt ausgeschlossen, wenn nach anfänglichem Misslingen ein Weiterhandeln nicht mehr möglich ist, weil die eingesetzten Tatmittel erschöpft sind und andere, gleich geeignete Tatmittel dem Täter nicht zur Verfügung stehen, die ohne zeitliche Zäsur eingesetzt werden könnten.

- Die Möglichkeit des strafbefreienden Rücktritts dient gleichzeitig dem Schutz des Opfers, das auch dann bereits gefährdet sein kann, wenn der Täter sein primäres Handlungsziel bereits erreicht hat.

- Handelt es sich um einen „qualifizierten Versuch“, bei dem ein anderer Tatbestand bereits voll verwirklicht ist, so wird diese vollendete Tat von der strafbefreienden Wirkung des Rücktritts nicht erfasst, so dass der Täter wegen dieser Tat noch bestraft wird.

(Literaturhinweis: Puppe, ZIS 2011, 524; Bott, Jura 2008, 753ff.; Hauf, Rücktritt vom Versuch - Diskussion ohne Ende, 30 ff.)

5) Beendeter Versuch bei Gleichgültigkeit

Fall: Der Täter T sticht dem Opfer O zweimal ein Springmesser in den Bauch, wobei er dessen Tod billigend in Kauf nimmt. Nach den Feststellungen des Gerichts macht sich der Täter über die Möglichkeit des späteren Erfolgseintritts keine Gedanken. Kann T dadurch zurücktreten, dass er auf einen weiteren Stich freiwillig verzichtet?

Macht sich der Täter nach der letzten Ausführungshandlung keine Vorstellung über die Folgen seines Tuns, so liegt ein beendeter Versuch vor, von dem der Täter nur durch aktives Abwenden des Erfolgs (§ 24 I 1, 2. Alt.) oder entsprechendes Bemühen (§ 24 I 2) zurücktreten kann. In diesem Fall rechnet der Täter mit der Möglichkeit des Erfolgseintritts; er hat die Gefahr geschaffen und muss sie jetzt durch positives Tun beseitigen. Würde man hier darauf abstellen, dass der Gleichgültige auch das Ausbleiben des Erfolgs für möglich hält und deshalb einen unbeendeten Versuch annehmen, von dem der Täter durch bloßes Nichtweiterhandeln gemäß § 24 I 1, 1. Alt. strafbefreiend zurücktreten kann, so käme der Täter in den Genuss der Straffreiheit, obwohl er keine Distanzierung von seiner Tat, geschweige denn eine innere Umkehr, erkennen lässt. Dies stünde mit der nach § 24 geltenden Wertentscheidung nicht im Einklang. Der Leichtfertige oder Gleichgültige verdient keine bevorzugte Behandlung im Verhältnis zu demjenigen, der zur Zeit des Rücktritts über die möglichen Folgen seines Tuns nachdenkt und nur durch positives Tun zurücktreten kann, wenn er den Erfolgseintritt für möglich hält.

II. Die Abgrenzung: unbeendeter Versuch - fehlgeschlagener Versuch

Während es bei der Abgrenzung des unbeendeten Versuchs zum beendeten Versuch um die Frage ging, *was* der Täter tun müsse, um strafbefreiend zurücktreten zu können, geht es jetzt um die Frage, *ob* der Täter überhaupt noch zurücktreten *kann*: Ist der Versuch des Täters fehlgeschlagen und hat der Täter den Fehlschlag erkannt, so ist ein Rücktritt ausgeschlossen.

Auch beim fehlgeschlagenen Versuch entscheidet die subjektive Sichtweise des Täters: Der Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der Täter erkennt, dass sein Verhalten nicht oder nicht mehr zum Erfolgseintritt führen kann oder dass der Erfolgseintritt zwar möglich, aber für ihn sinnlos geworden ist (BGH NJW 2015, 2898 mwN).

Da auch beim fehlgeschlagenen Versuch der Täter erkennt, dass er zur Erfolgsherbeiführung eigentlich noch weiter handeln müsste, handelt es sich um einen Unterfall des unbeendeten Versuchs; die Besonderheit besteht allerdings darin, dass der Täter die Erfolglosigkeit oder die Sinnlosigkeit weiterer Schritte erkennt.

AL-Klausurtipp: Die Frage, ob der Versuch bereits fehlgeschlagen ist mit der Folge, dass ein Rücktritt zu diesem Zeitpunkt bereits ausgeschlossen ist, stellt sich insbesondere in den Fällen, in denen der Täter von weiteren möglichen, aber in seinem ursprünglichen Tatplan nicht vorgesehenen Handlungen ablässt oder aber er gezwungen ist, das Tatmittel zu wechseln.
Beispiel: Täter T wollte das Opfer O mit einem Schuss töten, schießt aber vorbei; alternativ: nachdem er das Magazin verschossen hat, stellt er fest, dass das Opfer unverletzt ist, er es aber noch erstechen oder erwürgen könnte, nimmt davon allerdings freiwillig Abstand.

Hier stellt sich die Frage, ob bereits jeder einzelne Akt ein isoliert fehlgeschlagener Versuch ist, von dem der Täter nicht mehr zurücktreten kann oder ob man das gesamte Geschehen als Einheit betrachtet.

1) **Gesamtbetrachtungslehre** (BGH NJW 2015, 2898; NStZ RR 2013, 274; 2010, 690; St 39, 221, 229; 34, 53)

Bei einem einheitlichen Geschehen liegt in der Abgabe eines weiteren Schusses oder der Verwendung eines neuen Tatmittels nur die Aufrechterhaltung bzw. Weiterführung eines einmal gefassten Tatentschlusses. Dies gilt auch dann, wenn der Täter an die Verwendung des anderen Mittels bei der Tatplanung noch gar nicht gedacht hatte. Der Versuch ist aber nur solange nicht fehlgeschlagen, als dem Täter erkanntermaßen ohne zeitliche Zäsur ein anderes sofort einsetzbares Mittel zur Verfügung steht, da es sich nur dann um einen einheitlichen Lebensvorgang handelt (BGH NJW 2015, 2898; 1994, 1670).

AL-Klausurtipp: Dies wird man noch wie folgt ergänzen müssen:

- Für einen Rücktritt ist nur dort Raum, wo nicht nur das Tatmittel sofort und ohne zeitliche Zäsur verfügbar war, sondern auch aus der Sicht des Täters das alternative Mittel ebenso wenig risikobehaftet war wie das erste Mittel.

  Beispiel: Wer ein Opfer aus dem Hinterhalt ohne persönliches Risiko erschießen wollte, kann nicht von sich behaupten, durch den freiwilligen Verzicht auf ein Erwürgen beim Kampf „Mann gegen Mann“ strafbefreiend zurückgetreten zu sein. Etwas anderes kann nur gelten, wenn auch das Würgen infolge der erheblichen körperlichen Überlegenheit ebenso wenig riskant war wie der hinterhältige Schuss.

- Ein Rücktritt scheidet ebenfalls aus, wenn durch das zweite Tatmittel die Ziele des Täters durchkreuzt werden.

  Beispiel: Wollte der Täter den Tod des Opfers als Unglücksfall darstellen, so nützt ihm nach Fehlschlag des ersten Versuchs die Option nichts mehr, das Opfer auch erschießen zu können.

- Auch von einem fortgesetzten Versuch kann der Täter nicht mehr insgesamt strafbefreiend zurücktreten, da die fortgesetzte Handlung kein geeignetes Kriterium zur Beurteilung der Frage ist, ob mehrerer auf das gleiche Ziel gerichtete Versuche eine Einheit bilden.

Fall: Der Täter will das Opfer erpressen. Nach 2 gescheiterten Versuchen der Geldübergabe nimmt er freiwillig Abstand von der Absicht, die angekündigte Drohung wahrzumachen.

Ein strafbefreiender Rücktritt gemäß § 24 I 1, 1. Alt. würde voraussetzen, dass die einzelnen Versuche der Geldübergabe eine Einheit bilden. Die Rechtsfigur der fortgesetzten Handlung, die eine rechtliche Einheit zwischen den einzelnen Handlungen herstellen könnte, ist dabei kein taugliches Kriterium, weil hier das für die Rücktrittseinheit erforderliche Merkmal des räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs fehlt. Anders als in den Fällen der natürlichen Handlungseinheit, in denen der Täter, und sei es auch unter Wechsel des Tatmittels, unmittelbar mit seinen Versuchen fortfährt, steht der Täter bei einem fortgesetzten Versuch immer wieder vor der Frage, ob er sein bei den ersten Ansätzen gescheitertes Vorhaben fortsetzen soll. Diese Überlegungsfrist reißt auch bei einer einheitlichen Tatplanung das Vorhaben derart auseinander, dass der schließlich gefasste Entschluss zur Aufgabe die vorangegangenen, *in sich abgeschlossenen* und *fehlgeschlagenen* Angriffe auf das geschützte Rechtsgut nicht erfassen kann. Es ist auch unter kriminalpolitischen Aspekten kein Grund dafür ersichtlich, den Täter von vorangegangenen, fehlgeschlagenen Versuchen, die das Rechtsgut bereits gefährdet haben, nachträglich freizustellen.

Analyse: Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass durch die Kombination von „Gesamtbetrachtung“ und „Rücktrittshorizont“ der BGH zu einer ausgesprochen täterfreundlichen Rechtsprechung neigt:

Gesamtbetrachtung: Solange das letzte sofort einsetzbare und ebenso wenig riskante Tatmittel nicht zum Einsatz gekommen ist, ist der Versuch noch nicht fehlgeschlagen, wenn es sich um einen einheitlichen Lebenssachverhalt handelt.

Rücktrittshorizont: Solange der Täter nach Ausführung des letzten Teilaktes glaubt, zur Erfolgsherbeiführung noch weiter handeln zu müssen, ist der Versuch unbeendet. Dies gilt auch dann, wenn der Täter von vornherein mit einem konkreten Tatplan zu Werke gegangen ist, von dem er anschließend gezwungenermaßen abweichen musste.

2) **Kritik an der Gesamtbetrachtungslehre** (vgl. Schönke/Schröder/Eser § 24 Rz. 18 a mwN)

Daran wird kritisiert, dass dadurch gerade derjenige skrupellose und zu allem bereite Täter privilegiert werde, der von vornherein mit allem rechnet und nach anfänglichem Scheitern noch weitere Realisierungsmöglichkeiten kennt. Dieser Täter könne sich beliebige Fehlschläge leisten, da er durch schlichtes Nichtstun mit der Folge völliger Straflosigkeit zurücktreten könne, solange er das Opfer noch nicht getroffen habe. Dem Rücktrittswilligen sei daher zu raten, möglichst lange tatbesessen zu bleiben und nach anderen Fortsetzungsmöglichkeiten Ausschau zu halten. Auch kriminalpolitisch sei nicht einzusehen, warum jedes Strafbedürfnis entfalle, wenn der Täter beliebig viele, ex ante erfolgstaugliche Mittel einsetze, um anschließend durch schlichtes Abstandnehmen straflos ausgehen zu können.

a) Um ein derartiges Ergebnis zu vermeiden, wurde die **Einzelaktstheorie** (Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch, 240 mwN) entwickelt: Danach liegt ein beendeter Versuch vor, wenn der Täter den Einzelakt ausgeführt hat, den er bei Tatbeginn für erforderlich hielt und der auch in mehreren Handlungen bestehen kann. Hat der Täter den Kausalverlauf aus der Hand gegeben, so kann dessen rechtserschütternder Eindruck durch ein bloßes Unterlassen weiterer Versuche nicht mehr beseitigt werden.

Diese Einzelaktstheorie nimmt jedoch dem Täter zu einem sehr frühen Zeitpunkt bereits die Möglichkeit, durch Aufgabe weiterer Tatausführung zurückzutreten, was kriminalpolitisch problematisch erscheint. Es gibt daher zahlreiche Versuche, diese Einzelaktstheorie zu modifizieren.

b) **Puppe** (NStZ 1986, 14, 16) will nach der **Theorie der natürlichen Versuchshandlungseinheit** einen unbeendeten Versuch annehmen, wenn das bisherige Verhalten mit einem möglichen weiteren Verhalten eine natürliche Handlungseinheit bilden würde. Ein beendeter Versuch liegt danach vor, wenn in einer weiteren Handlung eine neue Tat liegen würde, die zum bisherigen Verhalten in Tatmehrheit stünde.

c) **Herzberg** (NJW 1988, 1559) will bei mehreren möglichen Ausführungshandlungen einen **qualifizierten Versuch** annehmen, wobei man nach der 1. Ausführungshandlung nur noch die weiteren Möglichkeiten aufgeben könne, aber dadurch nicht mehr von der ersten, isoliert fehlgeschlagenen Handlung zurücktreten kann, wenn der Täter die 1. Handlung bereits für erfolgversprechend hielt: Dass der Täter davon nicht mehr zurücktreten könne, sei wegen der bereits eingetretenen Gefährdung des Opfers durch die 1. Handlung sachgerecht (Herzberg NJW 1988, 1559, 1564 ff.). Aber wem ist damit gedient, dass der Täter nach dem 1. Teilakt nicht mehr zurücktreten kann?

d) **Eser** (Schönke/Schröder/Eser § 24 Rz. 18 a) will dabei auf der Basis einer **modifizierten Einzelaktstheorie** einen unbeendeten Versuch annehmen, solange dem Täter sein bisheriges Verhalten als noch nicht erfolgstauglich erscheint („sich sein Verhalten noch nicht verselbständigt hat“).

- Glaubt der Täter, sein Verhalten könne den Erfolgseintritt bereits bewirken, andererseits der Erfolg aber noch durch Gegenmaßnahmen abgewendet werden kann (= „relative Verselbständigung“), so liegt ein unbeendeter Versuch vor.

- Glaubt der Täter, den Erfolgseintritt nicht mehr abwenden zu können („absolute Verselbständigung“), so liegt ein fehlgeschlagener Versuch vor, wenn der Erfolg dennoch ausbleibt (Schönke/Schröder/Eser § 24 Rz. 21).

3) **AL-Klausurstrategie**

In der Klausur gelangen Sie auf der Basis der BGH-Rechtsprechung auf jeden Fall zu einem vertretbaren Ergebnis; auch die Kritiker haben bisher meines Erachtens nach noch keine praktikablere Lösung gefunden, die im Einzelfall stets zu gerechten (?) Ergebnissen gelangt und sich einem sofort erschließt. Folgen Sie daher dem BGH und behalten Sie vermeintliche Fragwürdigkeit der Ergebnisse in absurden (!) Einzelfällen im Auge.
Beispiel: 100 Schuss im Lauf, 99 x vorbeigeschossen: Straflosigkeit dadurch, dass der Täter auf den 100. Schuss freiwillig verzichtet.

Eine gefühlsmäßige Kontrolle des auf der Basis von **Gesamtbetrachtung** und **Rücktrittshorizont** gefundenen Ergebnisses kann anhand der Frage erfolgen, ob der Täter angesichts der von ihm heraufbeschworenen Gefahr und der Art seiner Rücktrittsbemühungen die Prämie der Straffreiheit verdient (so auch die Rechtsprechung, die von einer „honorierfähigen Umkehrleistung“ spricht).

Rudolphi (SK § 24 Rz. 14 mwN.) gelangt zum gleichen Ergebnis, indem er vom Boden der Strafzwecktheorie aus fragt, ob angesichts der Rücktrittsleistung des Täters aus spezial- oder generalpräventiver Sicht eine Bestrafung des Täters notwendig erscheint.

III. Die Freiwilligkeit des Rücktritts

1) Nach der **Rechtsprechung** (BGH NJW 2015, 2898; NStZ 2008, 215; 2005, 151; zustimmend Kühl, 493; Fischer § 24 Rz. 20) entscheidet über die Freiwilligkeit eine **psychologisierende Betrachtungsweise**, ob also der Täter durch eine äußere Zwangslage oder durch starken seelischen Druck daran gehindert war, die Tat zu vollenden, oder ob er noch **Herr seiner Entschlüsse** war. Die Freiwilligkeit ist als subjektives Moment aus der Sicht des Täters zu beurteilen. Entscheidend ist also die innere Einstellung, so dass objektive Gegebenheiten nur Rückschlüsse auf die innere Einstellung ermöglichen.
   In Irrtumsfällen entscheidet die **Vorstellung des Täters**: Daher ist ein Rücktritt vom Versuch auch dann noch möglich, wenn die Tat nach objektiven Maßstäben gescheitert ist, der Täter die Vorstellung subjektiv aber noch für möglich hält.

2) **Autonome - heteronome Motive** (Lackner/Kühl § 24 Rz. 16; Jescheck/Weigend § 51 III 2 m.w.N.)

   a) **Autonome Motive**
   Der Täter tritt freiwillig zurück, wenn er sich ohne Erschwerung der äußeren Ausführungssituation in freier Selbstbestimmung aufgrund von inneren Beweggründen (wie Scham, Reue, Mitleid, Angst vor Strafverfolgung) zur Umkehr entschließt. Auch der Appell des Opfers oder die Bedenken der Beteiligten können zur Freiwilligkeit führen; ebenso wenig braucht das Motiv ethisch billigenswert zu sein (Schönke/Schröder/Eser § 24 Rz. 44).

   b) **Heteronome Motive**
   Heteronome Motive lassen den Täter fremdbestimmt von seinem Vorhaben abrücken und können daher die Strafwürdigkeit des Verhaltens nicht entfallen lassen. Diese heteronomen Motive liegen zum einen vor, wenn dem Täter die Tat objektiv unmöglich ist; es handelt sich dann um einen fehlgeschlagenen Versuch. Unfreiwillig handelt auch derjenige, der sich infolge subjektiver Unmöglichkeit an der Tatausführung gehindert sieht, weil sich das Risiko deutlich erhöht hat, die Beute deutlich hinter den Erwartungen zurückgeblieben ist etc. Es handelt sich dabei um eine Art „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ (Herzberg in Festschrift für Lackner, 358).
   Die Entdeckung des Täters durch das Opfer schließt die Freiwilligkeit des Rücktritts nicht zwingend aus. Dies gilt insbesondere in Fällen wie der geplanten Tötung, wo der Täter von Seiten des Opfers nach der Tat nichts zu befürchten hat oder eines geplanten Raubes, weil dort der Täter die Entdeckung durch das Opfer ja bewusst ins Kalkül gezogen hat. Die Entdeckung stellt daher aus der Sicht des Täters keine nachteilige Veränderung des vorgestellten Geschehens dar.

3) **Die Lehre von der Verbrechervernunft** (Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, S. 36 ff.)

   Nach einer 3. Ansicht kann die Freiwilligkeit nur durch eine Wertung ermittelt werden. Ausgehend von der spezial- und generalpräventiven Funktion der Strafe müsse geprüft werden, ob eine Bestrafung des Täters im Einzelfall geboten ist. Tritt ein Täter nur zurück, weil ihm dies die „Verbrechervernunft“ gebietet, so zeigt er damit nur seine besondere Gefährlichkeit und muss bestraft werden. Unfreiwillig handelt also „der hart gesottene Delinquent, der Risiken und Chancen des Tatplans kühl abwägt und seine Pläne entdeckt sieht oder aus sonstigen Gründen die Tatdurchführung für gefährdet hält“. Wer hingegen ohne konkreten Anlass in einer Situation umgekehrt ist, in der ein „vernünftiger Verbrecher“ weitergehandelt hätte, zeigt dadurch, dass er aus präventiven Gründen nicht bestraft werden muss, weil er freiwillig in die Legalität zurückgekehrt ist.

4) **AL-Klausurstrategie**

In der Klausur wird man nach allen 3 Auffassungen zu den gleichen Ergebnissen gelangen. Daher bietet sich folgende Vorgehensweise an:

a) Der Täter handelt freiwillig, wenn er aus autonomen Motiven heraus handelt; da diese ausschließlich von ihm selbst stammen, bleibt er Herr seiner Entschlüsse (BGH). Im Übrigen bedarf es hier weder aus spezial- noch aus generalpräventiven Gründen einer Bestrafung.

b) Der Täter handelt unfreiwillig, wenn ihm die Entschlussfassung durch äußere Faktoren abgenommen wurde, er lediglich seiner Verbrechervernunft folgt und daher bestraft werden muss.

c) Lässt sich die Fraglichkeit nicht aufklären, so gilt zugunsten des Täters die Vermutung, er habe freiwillig gehandelt: in dubio pro reo (BGH St 35, 95).

5) **Die Irrtumsfälle**

Beachten Sie aber, dass über die Freiwilligkeit immer die innere Einstellung entscheidet, was in Irrtumsfällen wiederum besondere Bedeutung hat:

a) Glaubt der Täter sich irrigerweise entdeckt und bricht er daraufhin die Tat ab, weil er sie für nunmehr undurchführbar hält, so handelt er unfreiwillig.

b) Andererseits tritt derjenige freiwillig zurück, der nicht weiß, dass die Polizei bereits informiert ist und daher die Tat keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätte.

IV. Die Voraussetzungen der einzelnen Rücktrittsalternativen im Detail

1) Der Rücktritt vom unbeendeten Versuch: § 24 I 1, 1. Alt.

Der Täter muss die weitere Tatausführung freiwillig *aufgeben*. Dies setzt voraus, dass der Täter keine weiteren Handlungen mehr vornimmt, die auf die Vollendung der Tat gerichtet wären. Dabei ist umstritten, inwiefern der Täter von der Tatbegehung Abstand nehmen muss.

a) Nach einem Teil der Literatur (Herzberg, FS für H. Kaufmann, S. 723 ff; Lenckner FS für Gallas, S. 303 ff.) soll es genügen, dass der Täter die Tat in ihrem „hier und jetzt“ aufgibt; eine Aufgabe läge danach auch dann vor, wenn der Täter sich weitere Akte vorbehält. Es genügt also demnach die **Aufgabe der konkreten Ausführungshandlung**.

b) Nach h.M. (BGH NStZ 2013, 275; 2010, 384; St 33, 142, 145; 34, 53, 57; Schönke/Schröder/Eser Rz. 39, 40; Wessels/Beulke Rz. 641 m.w.N.) ist jedoch eine **Aufgabe des gesamten Tatplans** erforderlich, also ein Abstandnehmen vom versuchten und einem etwaigen äquivalenten Angriff auf das gleiche Objekt. **Eine Tataufgabe erfordert also die Aufgabe des materiell-rechtlichen Tatbestandes, nicht nur der konkreten Ausführung** (BGH St 35, 187); **allerdings ist eine Aufgabe auch dann zu bejahen, wenn der Täter von der weiteren Ausführung seiner geplanten konkreten Tat nur deshalb Abstand nimmt, um später eine *andere*, in ihrem Angriffsziel oder ihrer Begehungsweise *wesentlich abweichende Tat* zu begehen**. Entscheidend ist danach, ob eine Identität zwischen dem bisherigen Täterverhalten (das zum Versuch führte) und einem etwaigen späteren Verhalten besteht, mit dem der Täter dieses konkrete Rechtsgut noch verletzen kann. Stünde das aufgegebene Verhalten mit dem künftigen Verhalten in Tateinheit, so reicht die Aufgabe des bisherigen Verhaltens nicht. Würde das künftige Verhalten jedoch eine andere Tat darstellen, die

zum bisherigen Versuch in Tatmehrheit stünde, so gewährt die Aufgabe des bisherigen Verhaltens Straffreiheit. So kann der bloße Aufschub der Tatbestandsverwirklichung für einen konkreten Zeitraum keine Straffreiheit gewähren, wenn die bisherigen Tatbeiträge wirksam bleiben sollen.

Beispiel: Hat der Täter bereits angefangen, ein Loch in die Mauer zu stemmen und verschiebt er die Tat um einen Tag, weil entgegen seiner vorherigen Einschätzung die Bewohner ihre geplante Urlaubsreise noch nicht angetreten haben, so gibt er sein Vorhaben nicht auf.

2) Der Rücktritt vom beendeten Versuch: § 24 I 1, 2. Alt.

Glaubt der Täter nach der letzten Ausführungshandlung, der Erfolg werde nunmehr auch ohne weitere deliktische Zwischenschritte eintreten, so kann er unter **3 Voraussetzungen** zurücktreten:

a) Aktive auf Erfolgsverhinderung gerichtete Tätigkeit

Der Täter muss durch bewusstes und gewolltes positives Tun die von ihm in Gang gesetzte Kausalkette unterbrechen. Seine Rücktrittstätigkeit muss dabei erkennen lassen, dass er den drohenden Erfolg verhindern will. Hält der Täter seine Rücktrittsbemühungen für geeignet, den Erfolg zu verhindern, so entfällt der Rücktritt nicht durch den Nachweis, es hätte noch eine aussichtsreichere Möglichkeit gegeben (h.M., z.B. BGH StV 1999, 204; St 33, 301; Schönke/Schröder/Eser § 24 Rz. 59).

Nach der Gegenansicht (Herzberg NStZ 1989, 49 ff.; Frister 24/43; jeweils mwN) gilt das **Optimalitätsprinzip**: Da der Rücktritt dem Täter eine völlige Straffreiheit verschafft, muss er sich in jeder Hinsicht optimal verhalten, um eine derartige Prämie einfordern zu können.

Stellungnahme: Für die erstgenannte Ansicht spricht bereits die Systematik des § 24 I: Während der Täter, der für das Ausbleiben des Erfolges nicht ursächlich ist, sich nach § 24 I 2 *ernsthaft* bemühen muss, den Erfolgseintritt zu verhindern (also alles in seiner Macht stehende unternehmen muss), genügt es für § 24 I 1, 2. Alt., dass er den Erfolgseintritt abwendet: Wer kausal für das Ausbleiben des Erfolges ist, muss sich also nicht optimal verhalten: Im Gegensatz dazu: Optimal muss sich nur der verhalten, der eben nicht kausal war.

Anders liegen die Dinge aber, wenn der Täter sich bewusst mit Maßnahmen begnügt, die den Erfolg möglicherweise nicht abwenden, wenn der Täter weiß, dass es erfolgversprechendere Möglichkeiten gibt (BGH NStZ 2008, 509).

Beispiel: So genügt es nach BGH St 31, 46, 49 nicht, dass der Täter das bewusstlose schwerverletzte Opfer vor den Seiteneingang eines Krankenhauses legt; er muss seine Rettungsmöglichkeiten voll ausschöpfen und das tun, was nach seiner Ansicht die größtmöglichen Rettungschancen bietet. Dies gilt auch dann, wenn seine unzureichenden Maßnahmen den Erfolg letztlich abgewendet haben.

b) Die Rücktrittsbemühungen des Täters müssen den Erfolgseintritt verhindert haben.

aa) **Da der Täter das Risiko des ihm zurechenbaren Erfolgseintritts trägt, müssen seine Rücktrittsbemühungen erfolgreich sein**. Er wird selbst dann wegen Vollendung bestraft, wenn er alles Menschenmögliche unternommen hat, um das Opfer zu retten, der Erfolg aber dennoch eintritt und sei es auch nur infolge außergewöhnlicher Umstände oder höherer Gewalt (Jescheck/Weigend § 51 III 3; SK-Rudolphi § 24 Rz. 16; LK-Vogler § 24 Rz. 15; a.A. Herzberg ZStW 85, 867, 883; Jakobs 26/13: keine Vollendung, weil der Täter zur Zeit des Erfolgseintritts keinen Vollendungsvorsatz hat).

Beispiel: Der Täter wird wegen vollendeter Tat bestraft, wenn er das Opfer in die Klinik bringen will, jedoch in einen Stau gerät und das Opfer verblutet.

> **AL-Klausurtipp**: In einem derartigen Fall würden Sie in der Klausur mit der vollendeten Tat beginnen und im Rahmen der objektiven Zurechnung des Erfolgseintritts feststellen, dass trotz dieser Abweichung im Kausalverlauf der Erfolg dem Täter noch zuzurechnen ist.

bb) **Auf der anderen Seite muss der Täter nicht die alleinige Ursache der Erfolgsabwendung setzen**; es reicht, wenn er einen Kausalprozess in Gang setzt, z.B. einen Krankenwagen ruft. Es müssen jedoch auch nach dieser Ansicht Abwehrmaßnahmen ergriffen werden, die hinreichend geeignet erscheinen, um den Erfolgseintritt nicht dem Zufall zu überlassen (BGH NStZ 2008, 509; NJW 2002, 3719, 3720; kritisch Jakobs JZ 2003, 743).

Bei mangelnder Kausalität allerdings (Krankenwagen wurde bereits durch Passanten alarmiert) scheidet § 24 I 1, 2. Alt. aus; es verbleibt aber § 24 I 2.

c) **Der Rücktritt muss freiwillig erfolgt sein** (vgl. oben IV.)

3) **Der Rücktritt vom vermeintlich vollendbaren Versuch: § 24 I 2**

a) **Der Erfolg ist nicht (oder nicht in zurechenbarer Weise) eingetreten**.

aa) Der Erfolg ist nicht eingetreten, weil die Tat objektiv fehlgeschlagen ist, ohne dass der Täter den Fehlschlag erkannt hätte (sonst ist Rücktritt ausgeschlossen).

bb) Der Erfolg konnte von vornherein nicht eintreten, weil der Versuch untauglich war, ohne dass der Täter die Untauglichkeit erkannt hätte (Hat er nachträglich die Untauglichkeit festgestellt, ist Rücktritt ebenfalls ausgeschlossen).

cc) Dritte sind dem Täter zuvorgekommen und haben den rettenden Kausalverlauf in Gang gesetzt.

b) **Für das Ausbleiben des Erfolges war das Täterverhalten nicht kausal**.

c) **Der Täter hat sich ernsthaft und freiwillig bemüht, den Erfolg zu verhindern**. An der Freiwilligkeit fehlt es, wenn er den Fehlschlag / die Untauglichkeit seines Versuchs erkannt hat. Ernsthaft ist sein Bemühen dann, wenn er alles tut, was nach seiner Überzeugung zur Erfolgsabwendung erforderlich ist, wobei völlig abwegige Rettungsversuche außer Betracht bleiben (z.B. heiße Milch bei Vergiftung).

Stehen dem Täter zwei unterschiedliche Mittel zur Verfügung, von denen das eine den Erfolg wesentlich sicherer würde abdecken können, so muss sich der Täter für dieses Mittel entschieden haben (BGH St 31, 49). Scheitert eine Bemühung, so muss der Täter neue Schritte zur Erfolgsabwendung vornehmen.

Schaltet der Täter Dritte in seine Rettungsbemühungen ein, so muss er sich vergewissern, dass die Dritten das Notwendige tun (BGH StV 1997, 244).

V. Die denkbaren Irrtumskollisionen im Rücktrittsrecht

Da es sowohl bei der Abgrenzung des unbeendeten vom beendeten Versuch wie auch beim fehlgeschlagenen Versuch stets auf die Tätervorstellung ankommt, sind mannigfaltige Irrtumskonstellationen denkbar; hinzu kommt, dass auch der untaugliche Versuch stets auf einem Irrtum beruht. Es stellt sich daher die Frage, wie sich die einzelnen Irrtümer auf die Möglichkeit des Täters auswirken, strafbefreiend zurücktreten zu können.

1) **Der Rücktritt vom untauglichen Versuch**

Der Täter hat bei Begehung der Tat verkannt, dass infolge der fehlenden Täterqualität, des untauglichen Objekts oder des untauglichen Mittels der angestrebte Taterfolg niemals würde eintreten können.

a) Hat der Täter nach seiner Ausführungshandlung die Untauglichkeit erkannt, ist der Rücktritt ausgeschlossen.

b) Glaubt er auch nach seiner Ausführungshandlung, der Erfolg könne noch eintreten, so ist ein strafbefreiender Rücktritt möglich:

aa) **§ 24 I 1, 1. Alt.**: Irrt sich z.B. der Täter über die Untauglichkeit des Mittels (z.B.: T will das Opfer mit Puderzucker vergiften), glaubt aber, nach der Ausführungshandlung noch weiter handeln zu müssen (weil die Dosis in der ersten Tasse nach seiner Sicht nicht ausreichen würde), so kann er durch freiwillige Aufgabe weiterer Tatausführung strafbefreiend zurücktreten.

bb) **§ 24 I 2**: Glaubt der Täter nach der Ausführungshandlung, alles zur Erfolgsherbeiführung Nötige getan zu haben, so kann er dadurch zurücktreten, dass er sich ernsthaft und freiwillig bemüht, den vermeintlich drohenden Erfolg abzuwenden.

Beispiel: Der Täter ruft einen Krankenwagen, nachdem das Opfer eine vermeintlich ausreichende Menge „Gift" zu sich genommen hat.

2) **Der fehlgeschlagene Versuch**

a) Ist der Versuch objektiv fehlgeschlagen und hat der Täter das Scheitern der Tat erkannt, so ist der Rücktritt ausgeschlossen (siehe oben).

b) Ist der Versuch objektiv fehlgeschlagen, ohne dass der Täter das Scheitern erkannt hat, so ist ein Rücktritt möglich, da es auf die Sichtweise des Täters ankommt.

aa) **§ 24 I 1, 1. Alt.**

Beispiel: T will O erschießen. Die Ehefrau des T hatte allerdings die Waffe entladen, dabei aber die Kugel im Lauf vergessen. Nachdem T den O mit dem ersten (und objektiv einzigen) Schuss verfehlt hat, verzichtet er freiwillig auf die Abgabe eines zweiten (objektiv nicht möglichen) Schusses: T ist durch die freiwillige Aufgabe weiterer Tatausführung zurückgetreten.

bb) **§ 24 I 2**

Beispiel: T hat O einen Streifschuss an der Hüfte versetzt, der aber nicht lebensgefährlich ist. T glaubt, O werde in Kürze sterben und alarmiert einen Krankenwagen, um das Leben des O zu retten. Er ist vom versuchten Totschlag zurückgetreten durch ernsthaftes und freiwilliges Bemühen um die Erfolgsabwendung; aber: Es handelt sich um einen qualifizierten Versuch, bei dem der Rücktritt nur den versuchten Totschlag erfasst. Der Täter bleibt wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung gemäß § 224 strafbar.

c) Der Versuch war objektiv erfolgstauglich, aber der Täter hielt ihn subjektiv für fehlgeschlagen.
Beispiel: T schießt auf O, der sich schwer verletzt mit letzter Kraft in Sicherheit bringt. T glaubte, O sei unverletzt entkommen. T kann nicht zurücktreten, da es an jedem verdienstlichen Verhalten fehlt.

3) **Irrtümer beim unbeendeten / beendeten Versuch**

a) Glaubt der Täter irrig, der angestrebte Erfolg werde auch ohne weiteres Zutun eintreten, so handelt es sich um einen beendeten Versuch, von dem er nur durch ernsthaftes und freiwilliges Bemühen über § 24 I 2 zurücktreten kann.

Beispiel: T schießt auf O, der sich unverletzt in Deckung geworfen hat. Wenn T von einer lebensgefährlichen Verletzung ausgeht, muss er nach § 24 I 2 einen Krankenwagen alarmieren, um zurücktreten zu können. § 24 I 1, 2. Alt. scheidet aus, da T keinen kausalen Beitrag leisten kann, wenn der Erfolgseintritt objektiv nicht droht.

b) Droht der Erfolgseintritt entgegen der Vorstellung des Täters, so kann dieser dennoch durch freiwillige Aufgabe weiterer Tatausführung vom (allerdings qualifizierten) Versuch gemäß § 24 I 1, 1. Alt. zurücktreten.

Beispiel: O ist durch den ersten Schuss schwer verletzt. T glaubt, er habe sich unverletzt in Deckung geworfen.

Glaubt T allerdings, dem O jetzt nicht mehr treffen zu können, so ist der Versuch fehlgeschlagen. T trägt das Risiko des ihm zurechenbaren Erfolgseintritts.

VI. Sonderfragen des Rücktritts

1) Der Rücktritt bei mittelbarer Täterschaft

Fall: Wilhelm bittet das Zimmermädchen Z eines Hotels, ihm aus einem fremden Zimmer eine Armbanduhr in die Lobby zu bringen, die er vermeintlich auf seinem Zimmer vergessen hat. Z hält Wilhelm für den Bewohner des Zimmers und daher für den Eigentümer der Uhr und macht sich umgehend auf den Weg. Wilhelm läuft ihr nach und erklärt, es habe sich erledigt; er werde die Uhr später selbst holen.

Ein Rücktritt bei mittelbarer Täterschaft kann dadurch erfolgen, dass der Hintermann das gutgläubige Werkzeug zurückruft oder in sonstiger Weise, z.B. durch Warnung des Opfers, die Vollendung der Tat verhindert. Der Rücktritt setzt aber stets – insbesondere bei einem dolos handelnden Werkzeug – voraus, dass das Werkzeug in bewusster Willensvertretung des mittelbaren Täters gehandelt hat (BGH StV 1999, 203).

2) Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdeliktes

Zwar kann wie auch beim Begehungsdelikt zwischen unbeendetem und beendetem Versuch unterschieden werden, doch ist für einen strafbefreienden Rücktritt stets ein positives Tun als bewusste Umkehrleistung erforderlich. Wie auch im Rahmen der Begehungsdelikte trägt der Unterlassungstäter das Risiko des zurechenbaren Erfolgseintritts.

a) Der Versuch des unechten Unterlassungsdeliktes ist **unbeendet**, wenn der Täter glaubt, der Erfolg könne noch durch die ursprünglich gebotene, bisher pflichtwidrig unterlassene Rettungshandlung abgewendet werden. Der Rücktritt erfolgt durch **Vornahme der ursprünglich geforderten Handlung**.

Beispiel: Der Vater, der sein Kind zunächst im Meer hatte ertrinken lassen wollen, zieht es noch rechtzeitig aus dem Wasser.

b) Der Versuch ist **beendet**, wenn der Täter glaubt, die ursprünglich geforderte Rettungshandlung könne nunmehr den Erfolg nicht mehr (allein) abwenden, sondern es seien nun zusätzliche anderweitige Rettungsmaßnahmen erforderlich (Schönke/Schröder/Eser § 24 Rz. 27 ff.).

Beispiel: Der Vater glaubt, das bereits bewusstlos gewordene Kind durch Mund-zu-Mund-Beatmung retten zu müssen.

c) Rudolphi (SK Rz. 56 vor § 13) will nicht zwischen unbeendetem und beendetem Versuch differenzieren, da der Täter ohnehin das Risiko des Erfolgseintritts trägt. Der Unterlassungstäter tritt dadurch zurück, dass er, egal auf welche Weise, den drohenden Erfolgseintritt abwendet.

(Zur Darstellungsweise und zum Aufbau in der Klausur vergleichen Sie bitte die Kursmitschrift zu § 13.)

3) **Der Rücktritt vom Versuch des erfolgsqualifizierten Delikts**

a) **Der Täter hatte die schwere Folge in seinen Vorsatz aufgenommen, aber die schwere Folge ist ausgeblieben**

Fall: T will das Opfer O mit einem Baseballschläger verprügeln und nimmt dabei auch den Verlust der Sehfähigkeit auf Seiten des O billigend in Kauf.

Der Täter kann vor Eintritt der schweren Folge in 3-facher Form vom Versuch der Erfolgsqualifikation zurücktreten:

aa) **§ 24 I 1, 1.Alt.**: Aufgabe weiterer Tatausführung, wenn er entweder noch gar nicht zugeschlagen hat oder zumindest noch nicht in einer Art und Weise, dass der Verlust der Sehfähigkeit droht (= **Teilrücktritt**).

bb) **§ 24 I 1, 2.Alt.**: Aktive Verhinderung der schweren Folge, wenn deren Eintritt droht und er dies dadurch verhindert, dass er das Opfer in eine Augenklinik schafft.

cc) **§ 24 I 2**: Ernsthaftes und freiwilliges Bemühen, die schwere Folge zu verhindern, wenn deren Eintritt objektiv gar nicht drohte oder Dritte bereits einen Krankenwagen alarmiert hatten, der O in eine Augenklinik brachte.

b) **Die schwere Folge ist bereits durch den Versuch des Grundtatbestandes eingetreten, ohne dass die schwere Folge vom Vorsatz umfasst war (=erfolgsqualifizierter Versuch des Grundtatbestandes)**

Fall: Im Rahmen des § 251 ist der Tod bereits durch die Gewaltanwendung eingetreten, ohne dass der Täter bereits etwas weggenommen hatte.

Hier ist nach h.M. (BGH NStZ 2003, 34; Schönke/Schröder/Sternberg/Lieben § 18 Rz. 18 mwN; a.A. Jäger JuS 1998, 161) ein Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch des § 251 denkbar, dadurch, dass der Täter es freiwillig unterlässt, die Beute wegzunehmen. Eine Bestrafung aus den §§ 251, 22 entfällt, der Täter wird allerdings über § 227 bestraft. Da der Täter nach dem Wortlaut des § 24 noch vom Grundtatbestand (§ 249) zurücktreten kann und der Grundtatbestand die Voraussetzung der Erfolgsqualifikation ist, ist dieser Rücktritt trotz Eintrittes der schweren Folge noch möglich.

§ 41 Der Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten: § 24 II

Vorbemerkung

Da es sich beim Rücktritt um einen persönlichen Strafaufhebungsgrund handelt, gilt unter den Tatbeteiligten § 28 II: Der Rücktritt wirkt strafbefreiend nur für denjenigen, in dessen Person die Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen, so dass diese für jeden Beteiligten einzeln zu prüfen sind (BGH NStZ 2007, 91).

Dabei regelt § 24 II den Rücktritt unter Tatbeteiligten, die durch ihr Verhalten in zurechenbarer Weise den Versuch einer Straftat bewirkt haben. Dadurch scheidet eine Reihe von Fällen von vornherein aus dem Anwendungsbereich des § 24 II aus:

1) **Der Versuch der Beteiligung**

Hat das Verhalten nicht einmal den Versuch der Haupttat verursacht, so scheidet § 24 II aus. Für § 30 I gilt die spezielle Rücktrittsnorm des § 31.
Beispiel: Anstiftung: Der Haupttäter war bereits konkret entschlossen = omnimodo facturus; eine vollendete Anstiftung scheidet daher aus.

2) **Der Rücktritt im Vorbereitungsstadium**

a) **Hat der Beteiligte seinen ursprünglich geleisteten Beitrag bereits im Vorfeld der Tat neutralisiert, so hat er mit diesem ehemaligen Beitrag das Versuchsstadium erst gar nicht erreicht**; § 24 II scheidet daher aus.
Beispiel: Der Gehilfe hatte dem Täter eine Pistole besorgt, sich die Waffe aber vor der Tat zurückgeben lassen. Der Täter hatte daraufhin das Opfer mit einem Messer erstochen.

b) Dem gleichzustellen ist der Fall, dass es aufgrund des Verhaltens des Beteiligten jetzt nur noch zu einem untauglichen Versuch kommen kann.
Beispiel: Der Gehilfe hatte die scharfe Munition gegen Platzpatronen ausgetauscht.

3) **Die Haupttat gerät nicht ins Versuchsstadium**

a) Handelt es sich bei den Beteiligten um **Mittäter**, so haben diese sich gemäß **§ 30 II** für den Fall strafbar gemacht, dass es sich bei der geplanten Haupttat um ein Verbrechen handelte. Sie sind aber nach § 31 zurückgetreten.

b) **Handelt es sich um Teilnehmer, scheidet deren Bestrafung bereits nach den Regeln der Akzessorietät aus**: Ohne den strafbaren Versuch einer Haupttat kann auch der „Teilnehmer" nicht bestraft werden. Eine Ausnahme gilt, wenn der Anstifter versucht hatte, den Haupttäter zu einem Verbrechen zu bestimmen, das nicht ins Versuchsstadium gerät.
Beispiel: A stiftet B zu einem Mord an; B gibt die Tat auf dem Weg zum Tatort freiwillig auf.

4) **Der Beteiligtenbeitrag war kausal für die Vollendung**

Für § 24 II ist ebenfalls kein Raum, wenn die Haupttat in einer den Tatbeteiligten zurechenbare Weise vollendet wird und sein ursprünglicher Beitrag für die Vollendung noch kausal ist. Der Beteiligte trägt ebenso wie der Alleintäter das Risiko eines ihm zurechenbaren Erfolgseintritts.
Beispiel: Der Anstifter hatte vergeblich versucht, dem durch ihn bestimmten Haupttäter den Tatentschluss wieder auszureden.

Problem: Der Rücktritt des Anstifters

1. Hat der Anstifter es zunächst einmal geschafft, den von ihm geweckten Tatentschluss des Haupttäters zu beseitigen, so wird er selbst dann nicht bestraft, wenn der Haupttäter später aufgrund eines erneuten (!) eigenen Entschlusses die Tat begeht. Diese neue Tat kann dem Anstifter nicht mehr zugerechnet werden.

2. Geht jedoch der Haupttäter nur zum Schein auf den Umstimmungsversuch des Anstifters ein, ohne jemals den durch den Anstifter geweckten Entschluss fallengelassen zu haben (etwa damit der Anstifter nicht die Polizei anruft), so bleibt der Anstifter wegen vollendeter Anstiftung strafbar. Auch der Teilnehmer trägt also das Risiko, dass sein Beitrag für die Vollendung mit ursächlich wird (daher sollte er sicherheitshalber die Polizei informieren).

☞ Das Ergebnis ist jedoch meines Erachtens problematisch: Über die Strafbarkeit des Anstifters entscheidet allein die Aussage des Haupttäters in der Hauptverhandlung: Behauptet dieser, einen erneuten Entschluss gefasst zu haben, ist der Anstifter wirksam zurückgetreten, ansonsten hat er sich strafbar gemacht!

Zusammenfassung

§ 24 II findet nur Anwendung auf Beteiligte, die mit ihrem Beitrag das Versuchsstadium der Haupttat erreicht haben und durch Verhinderung des Erfolges Straffreiheit erlangen wollen.

I. § 24 II 1: Der Beteiligte hat durch einen kausalen Beitrag die Vollendung der Tat verhindert

Fall: Wilhelm stiftet Bullmann zu einem Bankraub an und versucht anschließend vergeblich, ihm diesen Entschluss wieder auszureden. Um Straffreiheit zu erlangen, informiert Wilhelm die Polizei, die den Bullmann im Versuchsstadium festnimmt. Ist Wilhelm von der Anstiftung zum im Versuchsstadium steckengebliebenen schweren Raub (§§ 249, 250 II, 22; 26) strafbefreiend zurückgetreten?

1) **Die Tat ist nicht vollendet worden**.

2) **Für das Ausbleiben des Erfolges hat der Beteiligte einen wie auch immer gearteten kausalen Beitrag geleistet**. Er hat z.B. seinen Tatbeitrag derart neutralisiert, dass die Vollendung unmöglich wurde.
   Beispiele:
   1) Der Mittäter eines geplanten Bombenattentates lässt sich die von ihm gebastelte Bombe nach Versuchsbeginn zurückgeben.
   2) Der Anstifter stimmt den Haupttäter um.
   3) Der Beteiligte warnt das Opfer oder ruft die Polizei.

   Die Vollendungsverhinderung kann dabei auch in einem Unterlassen liegen, wenn von den weiteren Beiträgen des Beteiligten der Erfolgseintritt abhängen wird.

3) **Der Beteiligte handelte freiwillig**.

AL-Klausurtipp:
Der Beteiligte kann durch Neutralisierung seines ursprünglichen Tatbeitrages auch dann nach § 24 II 1 Straffreiheit erlangen, wenn die Tat zwar weiterhin ausgeführt wird, aber das weitere Tatgeschehen hinsichtlich Objekt, Mittel oder Art der Tatbegehung so wesentlich von der ursprünglich geplanten Tat abweicht, dass die Tat dem Rücktrittswilligen nicht mehr zugerechnet werden kann (BGH StV 1999, 594; Grünwald, FS für Welzel, S. 713).

Auf der anderen Seite trägt der rücktrittswillige Beteiligte das Risiko, dass sich sein Beitrag nicht neutralisieren lässt und er daher für die Vollendung der Haupttat mitursächlich ist (BGH St 28, 346, 348).

II. § 24 II 2, 1. Alt.: Rücktritt durch ernsthaftes und freiwilliges Bemühen

Variante: Wilhelm wollte im o.g. Fall die Polizei informieren, die aber über einen Mittelsmann bereits über die Pläne des Bullmann unterrichtet war.

Es handelt sich um die Parallele zum Rücktritt des Alleintäters gemäß § 24 I 2:

1) Der Taterfolg ist nicht eingetreten.

2) Die Rücktrittsbemühungen des Beteiligten sind jedoch für das Ausbleiben des **Erfolges nicht kausal** gewesen.

3) Der Rücktrittswillige hat sich jedoch **ernsthaft und freiwillig bemüht, die Tatvollendung zu verhindern** (vgl. § 24 I 2).

III. § 24 II 2, 2. Alt.: Der Erfolg ist trotz der Verhinderungsbemühung, jedoch in nicht zurechenbarer Weise, eingetreten

Fall: Wilhelm und Bullmann haben einen Einbruchsdiebstahl geplant. Als sie in die Villa des O eingebrochen sind, stellen sie fest, dass sich nahezu sämtliche Wertgegenstände in einem Wandtresor befinden. Da ihnen die Sprengung anfangs wegen des damit verbundenen Lärms zu riskant erscheint, rufen sie aus der Villa den Panzerknacker Gluffke an, der in derartigen Fragen als Experte gilt. Gluffke eilt zum Tatort und beginnt, den Tresor aufzuschweißen, doch entsteht plötzlich Streit um die Verteilung der Beute. Da sich Gluffke mit dem ihm von Wilhelm und Bullmann zugedachten Anteil von 20% nicht einverstanden zeigt, packt er seine Geräte ein und verlässt die Villa, ruft zudem von unterwegs die Polizei an, um den Einbruch zu melden. Bis die Polizei am Tatort ist, haben Wilhelm und Bullmann jedoch den Tresor gesprengt und sind mit der Beute entkommen.

Gluffke hatte mit seinem Beitrag zunächst das Versuchsstadium erreicht und sich gemäß den §§ 242, 244 I Nr. 3, 22, 25 II strafbar gemacht, doch könnte er gemäß § 24 II 2, 2.Alt strafbefreiend zurückgetreten sein.

AL-Klausurtipp: § 24 II 2, 2.Alt. stellt insofern eine Besonderheit dar, als diese Norm den Rücktritt des Beteiligten vom Versuch gestattet, obwohl die Tat letztlich, wenn auch ohne sein Zutun, vollendet wurde. **Diese Rücktrittsalternative gibt es nur in Fällen, in denen der Beteiligte zwar mit seinem Beitrag das Versuchsstadium erreicht hat, sein Beitrag jedoch für die Vollendung nicht kausal geworden ist**:

- weil er ihn vor Vollendung der Tat neutralisiert hat (vgl. den Ausgangsfall);

- weil ihn die übrigen Tatbeteiligten nicht benutzt haben.
  Beispiel: Der Killer K benutzt im letzten Moment nicht die ihm zur Verfügung gestellte Pistole, sondern ein Messer.

☞ **Beachten Sie zweierlei**:

- Ist der Beteiligtenbeitrag für die Vollendung ursächlich geworden, so scheidet ein Rücktritt aus.

- Hat der Beteiligte mit seinem Beitrag nicht einmal das Versuchsstadium der Tat erreicht, ist ein Rücktritt unnötig!

Daraus ergeben sich folgende **Voraussetzungen** des § 24 II 2, 2. Alt.:

1) **Der Taterfolg ist eingetreten**.
(Wilhelm und Bullmann haben den Einbruchsdiebstahl vollendet.)

2) Der Beitrag des Rücktrittswilligen ist für den Erfolgseintritt **nicht ursächlich** geworden.
(Die Schweißarbeiten des Gluffke haben die Sprengung des Tresors nicht erleichtert oder gar ermöglicht.)

3) **Der Rücktrittswillige hat sich ernsthaft und freiwillig bemüht, die Vollendung zu verhindern**. Er muss alles tun, um das aus seiner Sicht drohende Risiko des Erfolgseintritts abzuwehren. Dabei ist zwar wiederum bezüglich der Geeignetheit der Verhinderungsbemühungen auf die Sicht des Täters abzustellen, doch bleiben völlig untaugliche (z.B. abergläubische) Versuche außer Betracht.
Fehlt es an einem ernsthaften und freiwilligen Bemühen, so wird der Täter wegen Beteiligung an einer versuchten Tat bestraft (für die Vollendung war ja sein Beitrag nicht kausal!).

Exkurs: Die Rechtsfolgen des Rücktritts

1. Der Täter wird wegen Versuchs nicht bestraft und insofern freigesprochen. Die Verfahrenskosten werden der Staatskasse auferlegt.

2. Ist während des Versuchs des einen Tatbestands ein anderer Tatbestand bereits vollendet (z.B. versuchter Mord / vollendete Körperverletzung; versuchter Einbruchsdiebstahl / vollendeter Hausfriedensbruch, Sachbeschädigung), so handelt es sich um einen **qualifizierten Versuch**. Es bleibt bei der Bestrafung der vollendeten Tat. Etwas anderes gilt nur, wenn die Tatbestände bezüglich desselben Rechtsguts im Verhältnis von Verletzungs- und Gefährdungsdelikt standen; die im Versuch liegende Gefährdung soll dem Täter nach § 24 nicht mehr zur Last gelegt werden.

   So erfasst der Rücktritt vom versuchten Mord auch die vollendete Begehung des § 224 I Nr. 5 (lebensgefährdende Behandlung); nicht aber die vollendete Verletzung des § 223.

3. § 24 II erfasst unter Mittätern auch die Anstiftung des anderen.

4. Verwirklicht der Täter freiwillig statt der versuchten Qualifikation nur den Grundtatbestand, so ist er vom Versuch der Qualifikation strafbefreiend zurückgetreten (=Teilrücktritt).

8. Teil: Die Fahrlässigkeit

Vorbemerkung

I. Die Formen der Tatbegehung

Das Gesetz unterscheidet bei der Begehung einer Straftat zwischen 3 Formen der Tatbegehung:

1) **Vorsatzdelikte**

Der Täter verwirklicht den Tatbestand, wobei er weiß, dass sein Verhalten die objektiven Merkmale eines Strafgesetzes erfüllt und dies auch will.

2) **Fahrlässigkeitsdelikte**

Fahrlässig handelt der Täter, der durch die ungewollte Verletzung der erforderlichen Sorgfalt den Tatbestand verwirklicht und dies entweder pflichtwidrig nicht erkennt (= **unbewusste Fahrlässigkeit**) oder zwar erkennt, aber pflichtwidrig darauf vertraut, trotz erkannter Sorgfaltswidrigkeit werde der Erfolg nicht eintreten (= **bewusste Fahrlässigkeit**).

3) **Vorsatz-Fahrlässigkeitskombinationen**

Wir müssen zwischen 2 verschiedenen Kombinationen unterscheiden:

a) **Eigentliche Vorsatz-Fahrlässigkeitskombination**

Es wird eine vorsätzliche, aber für sich betrachtet nicht strafbare Handlung mit einer fahrlässig verursachten Gefahr verbunden.

Beispiel: Der Taxifahrer Bullmann fährt an einem Fußgängerüberweg vorsätzlich falsch und gefährdet dabei fahrlässig einen Passanten. Der Fahrgast Wilhelm Brause hatte ihn dazu bestimmt, um einen wichtigen Termin nicht zu verpassen.

Bullmann hat sich nach § 315 c Nr. 2 c, III Nr. 1 strafbar gemacht. Die Besonderheit dieser Kombination besteht darin, dass die gefährliche Handlung vorsätzlich in Kenntnis ihrer Gefährlichkeit vorgenommen wird, so dass Bullmann im Hinblick auf die Gefährdung anderer auch in aller Regel sorgfaltswidrig handelt. Die Sorgfaltsverletzung des § 315 c III Nr. 1 entfällt daher nur, wenn in dieser Situation der Eintritt einer besonderen Gefahr ausgeschlossen war.
Gemäß § 11 II handelt es sich um ein Vorsatzdelikt, so dass eine Teilnahme nach den allgemeinen Regeln unproblematisch möglich ist. Wilhelm hat sich daher wegen Anstiftung gemäß den §§ 315 c Nr. 2 c; III Nr. 1; 26 strafbar gemacht.

b) **Erfolgsqualifizierte Delikte**

Bestimmte Delikte bergen in sich eine spezifische Gefahr, dass eine schwere Folge eintritt, deren Eintritt vom Vorsatz des Täters nicht erfasst wird. Tritt diese schwere Folge ein, weil sich die spezifische Gefahr des Grundtatbestandes darin realisiert hat, so wird der Täter in erhöhtem Maße bestraft, wenn ihn bezüglich dieser schweren Folge mindestens der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft.

Beispiel: Bullmann schlägt O mit voller Wucht ins Gesicht mit der Folge, dass O die Sehfähigkeit verliert. Es hat sich die in § 223 enthaltene spezifische Gefahr realisiert, dass bei einer derart ausgeführten Verletzungshandlung eine derartige Folge eintritt. Konnte Bullmann dies erkennen, so wird er nach § 226 I bestraft.

Erfolgsqualifikationen sind z.B. in den §§ 176 b, 178, 221 III, 226, 227, 239 IV, 251, 306 e enthalten. **Soweit der Grundtatbestand vorsätzlich verwirklicht wird, handelt es sich nach § 11 II um Vorsatzdelikte, an denen sich andere grundsätzlich beteiligen können**. **Ob diese auch an der Erfolgsqualifikation teilnehmen, hängt gemäß den §§ 18, 29 davon ab, ob auch sie als Teilnehmer den Eintritt der schweren Folge hatten voraussehen können**.

Beispiel: Hatte Wilhelm Bullmann im o.g. Beispiel zu seiner Körperverletzung angestiftet, so nimmt Wilhelm nur dann gemäß den §§ 226 I, 26 an der Erfolgsqualifikation teil, wenn er wusste, auf welche Weise Bullmann das Opfer verletzen würde und dass dabei der Verlust der Sehfähigkeit mögliche Folge war.
(Zur jeweiligen Darstellungsweise in der Klausur vergleichen Sie bitte die Kursmitschrift zur Erfolgsqualifikation)

Die Bestrafung wegen Fahrlässigkeit ist vom verwirklichten Deliktstyp unabhängig: Sowohl Begehungsdelikte (z.B. §§ 222, 229) als auch echte (§ 138 III) und unechte (z.B. §§ 222, 13) Unterlassungsdelikte, Erfolgsdelikte in Form von Verletzungsdelikten (z.B: §§ 222, 229) und Gefährdungsdelikten (§ 306 d) können ebenso wie schlichte Tätigkeitsdelikte (§ 163) fahrlässig begangen werden.

Wie wir bereits oben bei der Lehre von der objektiven Zurechnung gesehen haben, enthalten Straftatbestände **keine reinen Verursachungsverbote**; dies würde auch gegen das Schuldprinzip verstoßen. **Bestraft wird daher für eine Fahrlässigkeitstat nur derjenige, der die Rechtsgutsverletzung durch Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt in zurechenbarer Weise herbeigeführt hat, wobei ihm die Rechtsgutsverletzung nur vorgeworfen werden kann, wenn der Erfolg gerade auf der Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens beruht und vom Schutzzweck der Norm erfasst wird**.

Exkurs: Nach Roxin § 24 Rz. 10 ist der Tatbestand der Fahrlässigkeitsdelikte allein dadurch verwirklicht, dass dem Täter der Erfolg objektiv zugerechnet werden kann. Der Begriff der Sorgfaltspflichtverletzung enthalte lediglich weitere Zurechnungselemente, die den Begriff der Fahrlässigkeit präziser beschreiben. Dadurch werde lediglich konkretisiert, in welchen Fällen der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen habe.

Im Gegensatz zu den Vorsatzdelikten sind Fahrlässigkeitsdelikte ergänzungsbedürftig: Während für die einzelnen Formen des Vorsatzes losgelöst vom Einzelfall (relativ...) präzise Kriterien bestehen, gibt es keinen gesetzlich vorgegebenen Begriff der Fahrlässigkeit. Der für eine Bestrafung erforderliche Sorgfaltsverstoß muss daher anhand objektiver und subjektiver Maßstäbe in der jeweiligen Situation ermittelt werden. Auf einer 2. Stufe wird dann im Anschluss subsumiert, ob der Täter vorwerfbar hinter diesen Anforderungen zurückgeblieben ist.
Exkurs: Darin liegt kein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG, da die Konkretisierung von situationsabhängigen Verhaltenspflichten durch die gerichtliche Praxis unverzichtbar ist und für den Bürger das Maß der jeweils geforderten Sorgfalt eher zu erkennen ist als der Inhalt eines Gesetzes (Jescheck § 54 I).

II. Die Formen der Fahrlässigkeit

Der Vorwurf der Fahrlässigkeit existiert in 3 verschiedenen Formen:

1) **Unbewusste Fahrlässigkeit (= neglegentia)**

Der Täter hat die erforderliche Sorgfalt unbewusst missachtet und dabei vorwerfbar verkannt, dass durch seinen Sorgfaltsverstoß ein Straftatbestand verwirklicht werden kann.
Beispiel: Wilhelm fährt mit 70 km/h durch eine geschlossene Ortschaft, ohne auf den Tacho zu schauen. Infolge des durch die überhöhte Geschwindigkeit verlängerten Bremswegs verletzt er einen Fußgänger.

2) **Bewusste Fahrlässigkeit (= luxuria)**

a) Der Täter weiß, dass er sorgfaltswidrig handelt und dass der Erfolgseintritt möglich ist. Er vertraut aber infolge der Unterschätzung der Gefahr oder durch Überschätzung seiner eigenen Möglichkeiten darauf, dass der Erfolg nicht eintreten werde.

Beispiel: Wilhelm hatte durch einen Blick auf den Tacho gesehen, dass er zu schnell fuhr, glaubte aber, es sei ohnehin keiner mehr auf der Straße bzw. aufgrund seiner vermeintlichen überdurchschnittlichen Reaktionsfähigkeit ggf. ausweichen zu können.

b) **AL-Klausurtipp**: Gerade bei der bewussten Fahrlässigkeit ist in der Klausur eine präzise Abgrenzung zum Eventualvorsatz nach den Kriterien erforderlich, die wir oben bereits erarbeitet haben. Kann dabei dem Täter der Eventualvorsatz nicht sicher nachgewiesen werden, so wird er nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ nur wegen Fahrlässigkeit bestraft, wenn er für diesen Fall sicher fahrlässig gehandelt hat.
(Aus dem Umstand, dass er keinen Vorsatz hat, darf natürlich nicht gefolgert werden, er habe fahrlässig gehandelt; das muss positiv festgestellt werden!)

c) Obwohl Vorsatz und Fahrlässigkeit verschiedene Unrechts- und Schuldformen sind, ist die Anwendung des „in dubio“-Satzes gerechtfertigt, da bei einer *normativen* Betrachtung Vorsatz und Fahrlässigkeit in einem Stufenverhältnis stehen, da die vorsätzliche Rechtsverletzung ein höheres Maß an Unrecht und Schuld enthält (BGH St 32, 48, 57).

d) Das Gesetz selbst unterscheidet zwischen bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit nicht, doch wird der Unterschied wegen der gesteigerten Vorwerfbarkeit der bewussten Fahrlässigkeit bei der Strafzumessung gemäß § 46 II deutlich, da nach § 46 II das Maß der Pflichtwidrigkeit über die zu verhängende Strafe entscheidet.

3) **Leichtfertigkeit**

a) **Leichtfertig handelt, wer die erforderliche Sorgfalt sowohl objektiv als auch subjektiv in ungewöhnlich hohem Maße dadurch verletzt, dass er nicht beachtet, was jedem anderen in dieser Situation hätte einleuchten müssen** (BGH St 10, 14, 16); dabei müssen dem Täter die Umstände bekannt sein, die sein Verhalten als leichtfertig erscheinen lassen. Der Begriff der Leichtfertigkeit entspricht daher dem Begriff der groben Fahrlässigkeit des Zivilrechts. Dieser besonders krasse Verstoß gegen Sorgfaltsmaßstäbe ist sowohl bei bewusster als auch bei unbewusster Fahrlässigkeit denkbar, wenn sich das Risiko des Erfolgseintritts geradezu aufdrängte, der Täter es aber dennoch nicht bemerkt hat.

b) Das Gesetz verwendet den Begriff der Leichtfertigkeit auf 3 verschiedenen Ebenen:

aa) **Grundtatbestand**: Zum einen setzen bestimmte Grundtatbestände diesen groben Pflichtenverstoß voraus: §§ 138 III, 264 IV, 345 II. Ohne einen leichtfertigen Sorgfaltsverstoß handelt der Täter also nicht tatbestandsmäßig und wird daher auch nicht bestraft.

bb) **Erfolgsqualifikationen**: Um den Bedenken gegen das Schuldprinzip wegen der erheblichen Strafschärfung Rechnung zu tragen (dazu Arthur Kaufmann, Schuldprinzip S. 244), fordert das Gesetz zunehmend, dass den Täter bezüglich der strafschärfenden, den Grundtatbestand qualifizierenden Folge der Vorwurf der Leichtfertigkeit treffen muss, z.B.: §§ 176 b, 178, 239 a III, 251, 306 e.

§ 42 Die Struktur des Fahrlässigkeitsdelikts

Hier muss zwischen Erfolgsdelikten und Tätigkeitsdelikten unterschieden werden:

1) Bei den **Erfolgsdelikten** enthält das Unrecht der Fahrlässigkeitstat einerseits das *Handlungsunrecht* (z.B. zu schnell gefahren zu sein), also den Vorwurf, der Täter habe sich im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut fahrlässig verhalten (z.B., er sei zu schnell gefahren) sowie das *Erfolgsunrecht* in Form einer dem Täter zurechenbaren *Rechtsgutsverletzung* oder *-gefährdung*.

2) Bei den **Tätigkeitsdelikten** erschöpft sich der strafrechtliche Vorwurf in der Vornahme einer gesetzlich verbotenen *Handlung*. Der Erfolgseintritt wird daher durch die Voraussehbarkeit der Tatbestandsverwirklichung ersetzt.

Beispiel: § 161: Der Täter hätte beim fahrlässigen Meineid erkennen können, dass seine Aussage falsch ist.

Die weitere Struktur der Fahrlässigkeitstat ist umstritten. Der Streit wird darum geführt, ob der Fahrlässigkeitsvorwurf in einen objektiv-generellen Vorwurf innerhalb des Fahrlässigkeitstatbestandes und einen subjektiv-individuellen Schuldvorwurf zerfällt (so die h.M.) oder ob bereits innerhalb des Tatbestandes das Maß der erforderlichen Sorgfalt so weit individualisiert werden kann, dass der Begriff der Fahrlässigkeit im Tatbestand abschließend geklärt wird und innerhalb der Schuld nicht mehr auftaucht. Da dieser Streit im Hinblick auf das Ergebnis des Falles irrelevant ist und Sie den Aufbau Ihrer Klausur nicht begründen dürfen (wer will das wissen?), wählen Sie mit der h.M. einen **2-stufigen Aufbau**, in dem sie **die objektive Fahrlässigkeit im Tatbestand** und die **persönliche Fahrlässigkeit des Täters im Rahmen der Schuld** prüfen.

Lassen Sie uns die daraus folgende Struktur des fahrlässig begangenen Erfolgsdelikts einmal anhand eines unproblematischen Normalfalles analysieren.

Fall: Wilhelm fährt mit überhöhter Geschwindigkeit innerhalb einer geschlossenen Ortschaft und verursacht einen Unfall, bei dem ein Fußgänger verletzt wird. Der Unfall hätte sich bei Einhaltung der vorgeschriebenen Geschwindigkeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermeiden lassen.

Wilhelm könnte sich wegen fahrlässiger Körperverletzung gemäß § 229 strafbar gemacht haben.

A. Tatbestand

1) Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs

O ist bei dem Unfall körperlich misshandelt worden.

2) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung bei objektiver Vorhersehbarkeit des Erfolgseintritts

a) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung

Das Maß der objektiv erforderlichen Sorgfalt wird hier bereits durch die StVO konkretisiert, die in geschlossenen Ortschaften die zulässige Höchstgeschwindigkeit auf 50 km/h begrenzt, so dass Wilhelm objektiv sorgfaltswidrig gehandelt hat. Liegen keine gesetzlich konkretisierten Sorgfaltsmaßstäbe vor, so bestimmt sich die objektiv erforderliche Sorgfalt nach dem Leitbild eines objektiven Durchschnittsdritten aus dem Verkehrskreis des Täters.

b) **Objektive Vorhersehbarkeit des Erfolgseintritts**

Objektiv pflichtwidrig handelt der Täter nur, wenn ein objektiver Dritter den Erfolgseintritt - zumindest in seinem Endergebnis - hätte vorhersehen können.
Hier ist bereits ein Sonderwissen des Täters zu berücksichtigen, der z.B. die Gefährlichkeit einer bestimmten Situation besser als ein Durchschnittsdritter beurteilen kann (z.B.: Der Täter kennt die Gefährlichkeit einer Kreuzung).
In unserem Fall ist die Vorhersehbarkeit unproblematisch, da jeder Dritte vorhersehen kann, dass durch den verlängerten Bremsweg es zu einem Unfall kommen kann, bei dem Unfallbeteiligte verletzt werden.

3) **Objektive Zurechnung des Erfolges**

a) **Conditio sine qua non**

Das Täterverhalten darf nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der eingetretene Erfolg entfiele.

b) **Die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang / Risikoerhöhungslehre**

aa) **Die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang**

Eine Zurechnung des Erfolges setzt nach h.M. weiter voraus, dass der Erfolg gerade auf dem pflichtwidrigen Teil des Täterverhaltens beruht, dass sich also gerade die durch die mangelnde Sorgfalt geschaffene Gefahr im Erfolg realisiert hat. Allein aus der Pflichtwidrigkeit des Täters in Form der überhöhten Geschwindigkeit kann dem Täter also kein Vorwurf gemacht werden. Ob der geforderte RW-Zusammenhang besteht, wird anhand der folgenden **Kontrollfrage** ermittelt:

Wäre der Erfolg auch bei sorgfaltsgemäßem Verhalten eingetreten?

Eine Zurechnung des Erfolges setzt voraus, dass diese Frage mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit *verneint* werden kann.

Folgt man dieser Ansicht, so kann dem Täter der Erfolg zugerechnet werden, da der Unfall gerade auf der überhöhten Geschwindigkeit beruhte.

bb) **Die Risikoerhöhungslehre**

Nach anderer Auffassung erfolgt eine Zurechnung bereits dann, wenn der Täter durch sein objektiv pflichtwidriges Verhalten das Risiko des Erfolgseintritts nachweislich erhöht hat. Auch nach dieser Ansicht kann hier dem Täter die Verletzung des O zugerechnet werden, da überhöhte Geschwindigkeit den Bremsweg verlängert und das Risiko eines Unfalls erhöht.

Da beide Ansichten hier zum gleichen Ergebnis gelangen, kann auf eine Stellungnahme verzichtet werden. Da es sich hierbei aber um eines der umstrittensten Probleme der Fahrlässigkeit handelt, werde ich darauf im Rahmen der Detailfragen noch ausführlich zu sprechen kommen.

c) **Die Lehre vom Schutzzweck der Norm**

Weiterhin setzt die Zurechnung des Erfolges voraus, dass sich im Erfolgseintritt gerade das Risiko realisiert hat, das durch die tatbestandliche Strafandrohung gerade hätte vermieden werden sollen, da bestimmte Strafnormen immer auch nur bestimmte Gefahren vermeiden wollen. Hier fällt die Verletzung des O unter den Schutzzweck des § 229, da § 229 durch die Strafandrohung in dieser Situation gerade erreichen wollte, dass Wilhelm sich an die Geschwindigkeitsbegrenzung hielt, um derartige Verletzungen zu vermeiden.

Zwischenergebnis zu 3): Der Erfolg kann dem Täter objektiv zugerechnet werden.

B. Die Rechtswidrigkeit

Auch im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte indiziert die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit, so dass die Indizwirkung durch einen Rechtfertigungsgrund aufgehoben werden muss, was hier ersichtlich nicht in Betracht kommt.

C. Die Schuld

1./2.) **Schuldfähigkeit / Unrechtsbewusstsein**

Gegen die Schuldfähigkeit des Täters bestehen ebenso wenig Bedenken wie gegen dessen Unrechtsbewusstsein; auch Wilhelm wird gewusst haben, dass er andere nicht fahrlässig verletzen darf.

3) **Subjektive Sorgfaltspflichtverletzung bei persönlicher Vorhersehbarkeit des Erfolgseintritts**

Dem Täter muss aufgrund seiner persönlichen Fähigkeiten wie Intelligenz, Bildung, Erfahrung und Geschicklichkeit ein persönlicher Vorwurf daraus gemacht werden können, die objektiv erforderliche Sorgfalt nicht eingehalten zu haben, obwohl er die Möglichkeit des Erfolgseintritts vorhergesehen hatte bzw. diese Möglichkeit hätte vorhersehen können. Dabei geht die Rspr. (BGH St 12, 78) davon aus, dass auch der Täter das vorhersehen konnte, was auch ein objektiver Dritter hätte vorhersehen können, wogegen hier keine Bedenken bestehen.

Ergebnis: Wilhelm hat daher auch schuldhaft gehandelt und sich daher nach § 229 strafbar gemacht.

§ 43 Details zur Fahrlässigkeit

I. Der Handlungsunwert der Fahrlässigkeitstat

1) Die objektive Sorgfaltspflichtverletzung

Der Handlungsunwert der Fahrlässigkeit besteht darin, dass der Täter im Hinblick auf eine drohende Rechtsgutsverletzung bzw. -gefährdung fahrlässig handelt, weil er die Sorgfalt eines objektiven Durchschnittsdritten außer acht lässt, die dieser in der konkreten Situation hätte walten lassen. Die zentrale Frage lautet also, welches Maß an Sorgfalt der Täter hätte einhalten müssen, um diesen Erfolgseintritt zu verhindern.

Nach h.M. (BGH St 37, 107, 118 f.; Jescheck/Weigend § 54 I 3; Wessels/Beulke Rz. 559; Blei AT § 82 II) findet eine **2-stufige Prüfung** statt: Der Tatbestand der Fahrlässigkeitsdelikte wird durch die Verletzung objektiver Sorgfaltsmaßstäbe erfüllt. Erst wenn die objektive Seite der Fahrlässigkeit festgestellt ist, kann im Rahmen der Schuld untersucht werden, ob die Nichteinhaltung dieses generellen Maßstabs dem individuellen Täter nach dessen persönlichen Fähigkeiten vorgeworfen werden kann.

a) Hat der Gesetzgeber durch Aufstellung konkreter **Gebote** und **Verbote** den Sorgfaltsmaßstab kodifiziert (z.B. StVO, StVZO, Gefahrstoffverordnung), so fällt die Bestimmung der Sorgfalt nicht schwer. „Bei diesen Kodifikationen handelt es sich um das Ergebnis einer auf langer Erfahrung und Überlegung (sic!) beruhenden umfassenden Voraussicht möglicher Gefahren in derartigen Situationen“ (BGH St 12, 75, 78). Ein Verstoß gegen derartige Normen zwingt zwar noch nicht zur Annahme von Fahrlässigkeit, doch ist dies ein Beweisanzeichen, dass die Sorgfaltspflicht verletzt wurde (BGH St 4, 182, 185). Im umgekehrten Fall ist auch die Einhaltung objektivierter Regeln nicht immer ausreichend, wenn die Besonderheit der Situation ein Verhalten erfordert hätte, das das Gesetz nicht vorsieht

Beispiel: Bei Eis und Schnee darf man in geschlossenen Ortschaften nicht stets 50 km/h fahren.

b) Neben diese gesetzlichen Normierungen der erforderlichen Sorgfalt können Berufs- oder Interessensverbände die erforderliche Sorgfalt in bestimmten Situationen kodifizieren, z.B. durch **DIN-Normen, Standesrichtlinien** etc. Da aber diese privaten Organisationen nicht über die Autorität des Gesetzgebers verfügen, folgt auch aus dem Verstoß gegen derartige Normen nicht zwingend der Vorwurf der Fahrlässigkeit, doch spricht auch hier eine gewisse Wahrscheinlichkeit für einen Sorgfaltsverstoß.

c) Sind die Sorgfaltsmaßstäbe nicht kodifiziert, so wird die objektiv einzuhaltende Sorgfalt durch einen **objektiven Durchschnittsdritten aus dem Verkehrskreis des Täters** bestimmt, den man anhand seiner Ausbildung, seiner Erfahrung und seiner Fähigkeiten mit dem Täter vergleichen kann (z.B. Durchschnittschirurg; Durchschnittskraftfahrer). Bei diesem Dritten handelt es sich um eine „differenzierte Maßfigur“: Es handelt derjenige objektiv fahrlässig, der ein größeres Risiko schafft, als es die fiktive Vergleichsperson in dieser Situation getan hätte (Roxin § 24 Rz. 32).

Zur **Kritik** an diesem objektiven Maßstab SK-Samson Rz. 12 im Anhang zu § 16: Da es für das Leitbild eines objektiven Durchschnittsdritten nach Auffassung von Samson keine brauchbaren Kriterien gibt, will er bereits im Tatbestand das Maß der individuell einzuhaltenden Sorgfalt entscheiden lassen.

Wenn aber das Maß der objektiven Sorgfalt durch einen objektiven Dritten bestimmt wird, entstehen 2 Probleme:

aa) **Der Täter ist aufgrund seiner unterdurchschnittlichen Fähigkeiten zur Einhaltung einer derart bestimmten Sorgfalt nicht in der Lage**

Da der Täter durch den Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts zu einer objektiven Sorgfalt verpflichtet wird, handelt er objektiv fahrlässig und auch rechtswidrig, aber nicht schuldhaft. Trotz fehlenden Verschuldens können aber Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 63, 64, 69, 70) verhängt werden, die ja im Gegensatz zu den Strafen nicht *repressiv* an die *Schuld*, sondern *präventiv* an die *Sozialgefährlichkeit* des Täters anknüpfen.

Folgeproblem: Das Übernahmeverschulden

Ist der Täter aufgrund fehlender Erfahrung oder Ausbildung oder durch körperliche Gebrechen bedingt der übernommenen Tätigkeit nicht gewachsen, so liegt der Vorwurf bereits darin, dass er ohne ausreichende Kenntnis oder Fähigkeit sich auf dieses Risiko eingelassen hat bzw. diese Aufgabe übernommen hat: Wer es nicht kann, muss es lassen!

Das gleiche gilt, wenn der Täter grundsätzlich zur Bewältigung dieser Aufgabe in der Lage ist und nur in dieser konkreten Situation überfordert war.

Beispiel: Ein übermüdeter Autofahrer setzt sich noch ans Steuer und schläft während der Fahrt ein; BGH VRS 5, 477.

bb) **Der Täter persönlich ist zu überdurchschnittlichen Leistungen fähig**

Gehen die Fähigkeiten des Täters aufgrund langjähriger Erfahrung, besonderer Ausbildung oder persönlicher Begabung über die eines Durchschnittsdritten hinaus, so ist streitig, ob das Sonderwissen oder Sonderkönnen zu seinen eigenen Lasten die Meßlatte für die einzuhaltende Sorgfalt höherlegt.

Während die einen (z.B. Jescheck S. 510) dies für eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Täters halten („was kann der Täter denn dafür, dass er so schlau ist."..), will die h.M. (z.B. Schönke/Schröder/Sternberg/Lieben § 15 Rz. 138 mwN; Jakobs S. 258 ff.; SK-Samson Rz. 15 im Anhang zu § 16) das Maß der objektiv erforderlichen Sorgfalt an den persönlichen Möglichkeiten des Täters messen. **Jeder ist demnach verpflichtet, das Optimum seiner persönlichen Leistungsfähigkeit auszuschöpfen; es handelt also derjenige objektiv fahrlässig, der hinter seinen eigenen Möglichkeiten zurückbleibt**. Da aber niemand in der Lage ist, ständig Höchstleistungen zu erbringen, handelt derjenige nicht schuldhaft, der in Stress- oder Affektsituationen oder in anderen Situationen Fehler macht, die auch dem Gewissenhaftesten unterlaufen können.

Roxin wählt für seinen Standpunkt, dass ein überdurchschnittlicher Täter sein eigener Sorgfaltsmaßstab ist, ein drastisches Beispiel: Wenn ein Olympiasieger im 100m-Kraulwettbewerb wie ein Durchschnittsschwimmer im Wasser planscht, während seine Frau ertrinkt, kann er nachher natürlich nicht geltend machen, er sei mit durchschnittlicher Geschwindigkeit seiner Frau zu Hilfe geeilt. Eine andere Auffassung würde ohne Not die Opferung eines Menschenlebens gestatten.
Der Streit um den objektiven Sorgfaltsmaßstab wird aber dadurch abgemildert, dass es auch für Spezialisten Durchschnittsmaßstäbe gibt, z.B. das Leitbild eines Durchschnittschirurgen.

2) **Problem: Erlaubtes Risiko**

Trotz erkannter Gefährlichkeit nimmt die Rechtsordnung die Vornahme bestimmter Handlungen ohne Sanktionen hin, da bei einer Abwägung zwischen dem allgemeinen Handlungsspielraum des Einzelnen und den dadurch drohenden Gefahren für die Allgemeinheit sich hier die Rechtsordnung für die Freiheit des einzelnen entscheidet.

Klassisches **Beispiel**: Trotz einer über Jahrzehnte konstanten Zahl von tausenden Verkehrstoten / Jahr werden die Gefahren des Straßenverkehrs als „Blutzoll der Mobilität“ akzeptiert.

Solange sich das gefährliche Verhalten innerhalb des Risikos hält, das durch menschliches Zusammenleben notgedrungen entsteht, wird diese Gefahr als sozialadäquat akzeptiert. Es entfällt bereits der Handlungsunwert, wenn sich ein als sozialadäquat akzeptiertes Risiko in einem Verletzungserfolg realisiert.

Beispiel: Der Autofahrer, der trotz Einhaltung sämtlicher Verkehrsregeln einen Fußgänger überfährt, der ihm aus heiterem Himmel in den Wagen gelaufen ist, handelt bereits objektiv nicht fahrlässig. Der isolierte Erfolgseintritt vermag daran nichts zu ändern.

Wer allerdings erkennt, dass die grundsätzlich geltenden objektiven Maßstäbe in dieser Situation nicht gelten, kann sich natürlich später nicht auf die Einhaltung objektiver Maßstäbe berufen. Rollt ein Ball auf die Straße, so darf der Autofahrer nicht mehr 50 km/h fahren.

3) **Problem: Der Vertrauensgrundsatz / Verantwortungsbereich mehrerer Personen**

Da jeder, dessen Verantwortlichkeit nicht gemäß den §§ 20, 21 ausgeschlossen oder beeinträchtigt ist, eigenverantwortlich handeln kann, wird die Verantwortlichkeit des Täters für das Verhalten Dritter begrenzt: Er kann auf das sorgfältige Verhalten der anderen vertrauen und muss sein Verhalten nur so einrichten, dass er selbst Rechtsgüter der anderen nicht verletzt oder gefährdet; für deren Verhalten ist er grundsätzlich nicht verantwortlich (SK-Rudolphi Rz. 73 ff. vor § 1).

Beispiel: Jeder Verkehrsteilnehmer kann im Straßenverkehr darauf vertrauen, der andere werde sich ordnungsgemäß verhalten, es sei denn, es wäre etwas anderes erkennbar (BGH St 4, 191).

Auch bei der **Delegation gefährlicher Tätigkeiten auf Dritte** darf man darauf vertrauen, dass der andere sein Metier beherrscht und entsprechend qualifiziert ist (BGH St 6, 282, 288). Der Vorgesetzte muss zwar seine Hilfspersonen entsprechend auswählen, instruieren und überwachen, doch erschöpft sich darin seine Pflicht, wenn keine Anhaltspunkte für deren Fehlverhalten vorliegen.

Andererseits dürfen sich Hilfspersonen auf die Richtigkeit der ihnen erteilten Instruktionen verlassen und müssen diese nicht mehr kontrollieren, es sei denn, dass sie aufgrund eigener Sachkunde die Unrichtigkeit der Weisung erkannt haben.

Zusammenfassung zum Handlungsunrecht der Fahrlässigkeit

1) Das Maß der erforderlichen Sorgfalt wird grundsätzlich durch einen objektiven Durchschnittsdritten bestimmt, den man aufgrund seiner Ausbildung und Erfahrung, Beruf und körperlichen Fähigkeiten mit dem Täter vergleichen kann.

2) Unterdurchschnittliche Fähigkeiten des Täters lassen Tatbestand und Rechtswidrigkeit unberührt, lassen aber ggf. die Schuld entfallen, wenn nicht bereits das Verschulden in der Übernahme der Tätigkeit trotz fehlender Fähigkeiten liegt = Übernahmeverschulden.

3) Überdurchschnittliche Fähigkeiten verschieben bereits im Tatbestand das Maß der erforderlichen Sorgfalt zu Lasten des Täters nach oben.

II. Der Erfolgsunwert fahrlässig begangener Erfolgsdelikte

Ein Erfolgsunwert existiert natürlich nur bei Delikten, bei denen der Eintritt eines Erfolges Tatbestandsmerkmal ist. Bei schlichten Tätigkeitsdelikten erschöpft sich das Unrecht in der Vornahme der gesetzlich unter Strafe gestellten Tätigkeit (z.B. „eidlich falsch aussagen" i.S.d. § 161, obwohl man die Unrichtigkeit der eigenen Aussage hätte erkennen können).

Der Erfolgsunwert der Fahrlässigkeit besteht in der dem Täter zurechenbaren Verletzung oder Gefährdung des tatbestandlich geschützten Rechtsguts. Dabei wird nach h.M. die Zurechnung an drei Bedingungen geknüpft:

1) **„Conditio sine qua non"**: Das Verhalten des Täters muss eine gesetzmäßige, nicht hinwegzudenkende Bedingung für den Erfolgseintritt sein.

2) **Die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang / Risikoerhöhungslehre**:

   a) **Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang** (BGH St 11,1; BGH St 33, 61; Schönke/Schröder/Cramer § 15 Rz. 173 ff.; Wessels/Beulke § 15 II 4 m.w.N.)

   Die Pflichtwidrigkeit des Täterverhaltens muss sich aufgrund eines tatbestandsadäquaten Kausalverlaufs im Erfolg realisiert haben. **Der Erfolgseintritt wird dem Täter nicht als sein Werk zugerechnet, wenn der Erfolg auch bei sorgfaltsgemäßem Verhalten eingetreten wäre (= rechtmäßiges Alternativverhalten).**
   Unabhängig davon, ob man mit der Rechtsprechung (BGH St 11, 1) dieses Problem im Bereich des Kausalzusammenhangs einordnet („Die Pflichtwidrigkeit muss für den Erfolg ursächlich sein") oder ob man es für ein Zurechnungsproblem hält (Wessels § 15 II 6. „Die objektive Unvermeidbarkeit des Erfolges schließt die Zurechnung des Erfolges aus"), entfällt der Erfolgsunwert, wenn sich die Sorgfaltspflichtverletzung letztlich im Erfolg nicht ausgewirkt hat, weil der Erfolg „so oder so" eingetreten wäre.

   Die **Kontrollfrage** der Zurechnung lautet daher: **Wäre der Erfolg auch bei sorgfaltsgemäßem Verhalten des Täters eingetreten?**

   - Muss diese Frage bejaht werden, so entfällt die Zurechnung ohnehin.

   - Kann die Frage nicht zweifelsfrei beantwortet werden, so muss der Richter „in dubio pro reo" davon ausgehen, dass der Erfolg auch bei sorgfaltsgemäßem Verhalten eingetreten wäre; auch dann kann der Erfolg dem Täter nicht zugerechnet werden (BGH GA 1988, 184; Schlüchter JA 1984, 673).

   b) **Die Risikoerhöhungslehre** (Roxin ZStW 74, 430; Lackner/Kühl § 15 Rz. 44; SK-Rudolphi Rz. 69 vor § 1 m.w.N.)

   Nach der von Roxin entwickelten Risikoerhöhungslehre haftet der Fahrlässigkeitstäter bereits dafür, dass er durch sein objektiv sorgfaltswidriges Verhalten das Risiko des Erfolgseintritts nachweislich erhöht hat; nur wenn dieser Nachweis nicht geführt werden kann, entfällt nach dem Grundsatz „in dubio pro reo" die Zurechnung. Die Zurechnung erfolgt also unabhängig von der Frage, ob der Erfolg auch bei sorgfaltsgemäßem Verhalten eingetreten wäre.

   Roxin begründet dies in der Festschrift für Honig, S. 138 wie folgt: „Wenn der Gesetzgeber, wie bei zahlreichen Erscheinungsformen des modernen Verkehrs, beim Betrieb gefährlicher Anlagen oder in Fällen überwiegender sozialer Nützlichkeit die Eingehung eines Risikos bis zu einer gewissen Grenze gestattet, so kann eine Zurechnung einerseits erst dann erfolgen, wenn der Täter

durch sein Verhalten das Risiko des Erfolgseintritts über das erlaubte Maß hinaus steigert. Andererseits sind die jeweiligen Sorgfaltspflichten auch dann zu beachten, wenn nicht sicher ist, ob dadurch die Gefahr vermieden werden kann. Daher wird der Erfolg auch dann zugerechnet, wenn der Erfolg bei sorgfaltsgemäßem Verhalten *möglicherweise* eingetreten wäre.
Der Erfolg wird aber nicht mehr zugerechnet, wenn der Erfolg auch bei sorgfaltsgemäßem Verhalten mit Sicherheit eingetreten wäre. In diesem Fall ist es allein das erlaubte Maß der Gefährlichkeit einer Handlung, das sich zunächst in der Gefährdung und dann in der Verletzung realisiert hat."
Rudolphi pflichtet dem bei, indem er auf die Funktion von Fahrlässigkeitstatbeständen hinweist, durch Bekämpfung der über ein erlaubtes Maß an Gefährlichkeit hinausgehenden Verhaltensweisen die Zahl der Erfolgseintritte zu begrenzen. Es soll durch die Schaffung von Fahrlässigkeitstatbeständen ein Erfolgseintritt verhindert werden, der zur Erreichung sozial anerkannter Ziele nicht mehr erforderlich war.

Auch Jescheck (§ 55 II) will eine Zurechnung nach der Risikoerhöhungslehre vornehmen. Ein gefährliches Verhalten, dessen objektive Sorgfaltswidrigkeit feststehe und das nachweisbar für den Erfolg ursächlich geworden ist, dürfe nicht deshalb straflos bleiben, weil nicht mit letzter Sicherheit ausgeschlossen werden könne, dass der Erfolg auch bei sorgfaltsgemäßen Verhalten eingetreten wäre.

Die Frage, ob das pflichtwidrige Verhalten das Risiko des Erfolgseintritts gesteigert hat und ob sich diese Risikosteigerung im Erfolg realisiert hat, ist vom Standpunkt eines wirklichen, ex post zu ermittelnden Sachverhalts zu ermitteln. Der Richter muss also ex post alle für das Gefahrsteigerungsurteil relevanten Umstände ermitteln und die Frage beantworten, ob die Risikosteigerung zweifelsfrei festgestellt werden kann. Kann diese Feststellung nicht zweifelsfrei getroffen werden, muss eine Zurechnung des Erfolges nach dem „in dubio"-Grundsatz unterbleiben.

Kritik: An der Risikoerhöhungslehre wird kritisiert, sie mache aus fahrlässigen Verletzungsdelikten über das Kriterium der Risikoerhöhung Gefährdungsdelikte (Jakobs AT 7/ 88). Auf diesen Einwand reagierte die Risikoerhöhungslehre dadurch, dass die Risikosteigerung objektiv nachweisbar sein müsse (a.A. Roxin.).
Weiterhin wird bemängelt, dass der Grundsatz „in dubio pro reo" nicht mehr gelte. Dem hält die Risikoerhöhungslehre entgegen, dass sie diesen Grundsatz nur an anderer Stelle anwendet, nämlich bei der Frage, ob das pflichtwidrige Täterverhalten das Risiko des Erfolgseintritts gesteigert habe.

3) Der Schutzzweck der Norm

Auch ein Verhalten, das conditio sine qua non für den Erfolgseintritt war und dessen Pflichtwidrigkeit sich im Erfolgseintritt realisiert hat, führt nur dann zu einer Zurechnung des Erfolges, wenn die verletzte Sorgfaltspflicht den Zweck hatte, Schäden dieser Art zu verhindern (BGH St 33, 61; lesen!)

a) Bei der Frage nach dem jeweiligen Schutzzweck der Norm müssen Sie davon ausgehen, dass bestimmte Normen nur bestimmte Gefahren verhindern wollen.

Fall nach BGH St 21, 59: Ein Zahnarzt hatte bei der Behandlung eines Patienten am Montag ein Narkosemittel verwandt, was aufgrund der Herzkrankheit des Patienten tödlich wirkte. Aufgrund seiner Ausbildung hätte der Zahnarzt zumindest die Problematik der Anwendung dieses Mittels erkennen müssen und die Narkoseverträglichkeit durch einen Internisten untersuchen lassen müssen. Bei dieser Untersuchung wäre zwar die Unverträglichkeit mit hoher Wahrscheinlichkeit auch nicht erkannt worden, doch hätte die internistische Untersuchung die zahnärztliche Behandlung um mehrere Tage verzögert. Der Patient hätte also bei rechtmäßigem Verhalten des Zahnarztes mehrere Tage länger, z.B. bis zum darauf folgenden Freitag, gelebt.

Da der Todeserfolg am Montag bei rechtmäßigem Verhalten ausgeblieben wäre, hat sich in *diesem* Erfolgseintritt die Pflichtwidrigkeit realisiert. Der Schutzzweck des § 222, hier eine Narkoseverträglichkeit durch einen Internisten untersuchen zu lassen, sollte aber den Todes*eintritt* an sich verhindern, nicht nur den Todes*zeitpunkt* um 4 Tage verschieben.

b) Der Schutzzweck der Norm kann sich aus dem Normzusammenhang ergeben. **Ist ein vorsätzliches Handeln straflos, so kann auch eine entsprechende Fahrlässigkeit nicht strafbar sein**.

aa) Dies zeigt sich z.B. bei der **Mitwirkung an einer freiverantwortlichen Selbsttötung**: Ist eine vorsätzliche Mitwirkung an einem freiverantwortlichen Selbstmord straflos (z.B. dem Suizidkandidaten die Waffe geben), so ist auch die fahrlässige Ermöglichung des Selbstmordes straflos (z.B. die Waffe in Kenntnis der Selbstmordabsicht offen liegen lassen).

bb) Das gilt erst recht für **die freiverantwortliche Selbstgefährdung** des Opfers (z.B.: Das Opfer springt aufgrund einer Wette mit dem „Täter" aus dem 3. Stock) und die einverständliche Fremdgefährdung (z.B.: Das Opfer schläft in Kenntnis der HIV-Infektion des „Täters" mit diesem, ohne Kondome zu verwenden). Der Schutzzweck der Tötungsdelikte endet dort, wo das Opfer sich freiverantwortlich in Kenntnis des Risikos selbst gefährdet (BGH St 32, 262 zur Abgabe von Heroin an einen Süchtigen; BGH NJW 2017, 418; 2000, 2286). Auch wer als Gastwirt Alkohol an einen Kraftfahrer ausschenkt, muss diesen nur dann von der Benutzung des Pkw abhalten, wenn der Gast aufgrund seiner Trunkenheit eigene Verantwortung nicht mehr übernehmen kann (BGH St 19, 152; 26, 35).

c) **Der Schutzzweck der Norm bei eigenverantwortlicher Selbstgefährdung bzw. einverständlicher Fremdgefährdung**

Fall nach BGH StR 328 / 08: illegales Straßenrennen

Fahrer F und Beifahrer O nehmen an einem illegalen Straßenrennen teil, bei dem der Fahrer F mit über 240 km/h bei einem Überholmanöver links von der Überholspur die Kontrolle über sein Fahrzeug verliert. Beifahrer O wird aus dem Fahrzeug geschleudert und stirbt an der Unfallstelle.
Hat sich F wegen fahrlässiger Tötung auch dann gemäß § 222 strafbar gemacht, wenn ein derartiger Verkehrsverstoß zuvor verabredet war und O daher wusste, worauf er sich eingelassen hatte? Liegt eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung oder eine einverständliche Fremdgefährdung vor, die im Rahmen der objektiven Zurechnung des Erfolgseintritts den Schutzzweck der Norm entfallen lassen würde?

Der BGH beantwortet diese beiden Fragen wie folgt:

(1) Zum Schutzzweck der Norm unter dem Aspekt der eigenverantwortlichen Selbst- bzw. einverständlichen Fremdgefährdung

Die insbesondere von Teilen des Schrifttums (vgl. Fischer aaO Vor § 13 Rdn. 26, 31 m.w.N.) geforderte Zurechnung des Todes ist ebenfalls zu bejahen. Diese könnte allenfalls dann zweifelhaft sein, wenn eine Selbstgefährdung oder eine dieser ausnahmsweise gleichzustellende Fremdgefährdung vorliegen würde (vgl. BGHSt 39, 322, 324 f.; Lenckner in Schönke/Schröder StGB 27. Aufl. Vorbem. §§ 32 ff. Rdn. 107; weitere Nachweise bei Fischer aaO Vor § 13 Rdn. 27, 30, 36; Lenckner/Eisele in Schönke/Schröder aaO Vorbem. §§ 13 ff. Rdn. 101 b). Das ist indes nicht der Fall.

(a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs macht sich, sofern er nicht kraft überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfasst als der sich selbst Tötende oder Verletzende, grundsätzlich nicht strafbar, wer das zu einer Selbsttötung oder Selbstverletzung führende eigenverantwortliche Handeln des Selbstschädigers vorsätzlich oder fahrlässig veranlasst, ermöglicht oder fördert (BGHSt 32, 262, 263 f., BGHSt 36, 1, 17; 37, 179, 181; 46, 279, 288; BGH NJW 2003, 2326, 2327). Straffrei ist ein solches Handeln regelmäßig auch dann, wenn es nicht auf die

Selbsttötung oder -verletzung gerichtet war, sich aber ein entsprechendes, vom Opfer bewusst eingegangenes Risiko realisiert hat (BGHSt 32, 262, 264 f.; 46, 279, 288; 49, 34, 39; BGH NJW 2003, 2326, 2327; einschränkend bei deliktischer Handlung des Täters und einsichtigem Motiv für die Selbstgefährdung: BGHSt 39, 322, 325).

Maßgebliches Abgrenzungskriterium zwischen strafloser Beteiligung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung bzw. -schädigung und der – grundsätzlich tatbestandsmäßigen – Fremdschädigung eines anderen ist die Trennungslinie zwischen Täterschaft und Teilnahme. Liegt die Tatherrschaft über die Gefährdungs- bzw. Schädigungshandlung nicht allein beim Gefährdeten bzw. Geschädigten, sondern zumindest auch bei dem sich hieran Beteiligenden, begeht dieser eine eigene Tat und kann nicht aus Gründen der Akzessorietät wegen fehlender Haupttat des Geschädigten straffrei sein (vgl. BGHSt 19, 135, 139; 49, 34, 39; 166, 169; auch zu den gegenteiligen Ansichten in Rechtsprechung und Schrifttum BGH NJW 2003, 2326, 2327).

Dies gilt im Grundsatz ebenso für die Fälle fahrlässiger Selbst- bzw. Fremdgefährdung. Dabei bestimmt sich auch hier die Abgrenzung zwischen der Selbst- und der Fremdgefährdung nach der Herrschaft über den Geschehensablauf, die weitgehend nach den für Vorsatzdelikte zur Tatherrschaft entwickelten objektiven Kriterien festgestellt werden kann (vgl. BGHSt 19, 135, 139 [wer das zum Tode führende Geschehen tatsächlich beherrscht hat]; BGH NJW 2003, 2326, 2327 [Gefährdungsherrschaft]; ähnlich Duttge in Otto-FS 2007 S. 227, 244 [Herrschaft über die dem Schadenseintritt vorausgehende Risikosituation]; Dölling JR 1994, 520). **Bei der Prüfung, wer die Gefährdungsherrschaft innehat, kommt dem unmittelbar zum Erfolgseintritt führenden Geschehen besondere Bedeutung zu** (Puppe ZIS 2007, 247, 249; Lenckner in Schönke/Schröder aaO Vorbem. §§ 32 ff. Rdn. 52 a, 107; Rönnau in LK-StGB 12. Aufl. Vor § 32 Rdn. 167 m.w.N.).

(b) **Ausgehend hiervon ist vorliegend ein Fall der Fremd- und nicht der Selbstgefährdung gegeben. Die Herrschaft über das Geschehen unmittelbar vor sowie ab dem Beginn des Überholvorgangs lag allein beim Fahrzeugführer**. Er hat die Entscheidung getroffen und umgesetzt, das andere Fahrzeug überholen, obwohl nur zwei Fahrstreifen vorhanden waren. Allein der Fahrer hat die Geschwindigkeit des Fahrzeugs und die Fahrweise bestimmt. Sein Beifahrer war in diesem Zeitraum dagegen – ohne die Möglichkeit, seine Gefährdung durch eigene Handlungen abzuwenden – lediglich den Wirkungen des Fahrverhaltens ausgesetzt.

(c) **Auch eine der Selbstgefährdung gleichzustellende Fremdgefährdung bzw. -schädigung liegt nicht vor** (hierzu Roxin Strafrecht AT 1 § 11 Rdn. 107). Diese kann nicht allein damit begründet werden, dass es weitgehend vom Zufall abhing, wer im konkreten Fall Fahrer und wer Beifahrer war. Entscheidend ist vielmehr die tatsächliche Situation beim Schadenseintritt.

(2) **Zur rechtfertigenden Einwilligung in die eigene Gefährdung**

Das Opfer O hat auch nicht in seinen Tod oder in das Risiko seines Todes eingewilligt.

Während Rechtsprechung und herrschende Lehre darin übereinstimmen, dass entsprechend § 216 StGB eine Einwilligung in den von einem anderen vorsätzlich herbeigeführten Tod grundsätzlich nicht strafbefreiend wirkt, die vorsätzliche (oder fahrlässige) Körperverletzung dagegen unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 228 StGB gerechtfertigt sein kann, werden die Zulässigkeit und Bedeutung der Einwilligung in eine Lebensgefahr nicht einheitlich beurteilt.

(a) **In neueren Entscheidungen hat der Bundesgerichtshof darauf abgestellt, dass bei einer Einwilligung in die (vorsätzliche) Körperverletzung die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschritten sei, wenn der Einwilligende durch die Körperverletzungshandlung in konkrete Todesgefahr gebracht werde.** Für diese Eingrenzung spreche sowohl der Normzweck des § 228 StGB als auch die aus der Vorschrift des § 216 StGB abzuleitende gesetzgeberische Wertung. Sie begrenzten die rechtfertigende Kraft der Einwilligung in eine Tötung oder Körperverletzung, da das Gesetz ein soziales bzw. Allgemeininteresse am Erhalt dieser Rechtsgüter auch gegen den aktuellen Willen des Betroffenen verfolge (BGH JR 2004, 472 m. Anm. Hirsch = JZ 2005, 100 m. Anm. Arzt). **Diese Grundsätze hat der Bundesgerichtshof auf die Fälle übertragen, in denen das spätere Opfer in das Risiko des eigenen Todes eingewilligt und sich dieses anschließend – im Rahmen des von der Einwilligung „gedeckten" Geschehensablaufs – verwirklicht hat. Auch in diesen Fällen scheide eine Rechtfertigung der Tat durch die Einwilligung des Opfers bei konkreter Todesgefahr aus** (BGHSt 49, 166, 175).

(b) Für gefährliches Handeln im Straßenverkehr gilt nichts anderes. **Eine rechtfertigende Wirkung der Einwilligung in riskantes Verkehrsverhalten scheidet für diejenigen Tatbestände aus, die zumindest auch dem Schutz der Sicherheit des Straßenverkehrs im Allgemeinen dienen (§§ 315 b, 315 c StGB). Bezweckt eine Vorschrift dagegen ausschließlich den Schutz von Individualrechtsgütern (wie §§ 222, 229 StGB), so verliert die Einwilligung ihre (insoweit) rechtfertigende Wirkung nur dort, wo die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschritten ist, also bei konkreter Todesgefahr, unabhängig von der tatsächlich eingetretenen Rechtsgutverletzung**.

Dies trifft auf den vorliegenden Fall zu. Ob bereits durch den mit hohen Geschwindigkeiten durchgeführten „Beschleunigungstest" auf einer öffentlichen Straße die drohende Rechtsgutgefährdung für die Insassen der an dem Rennen beteiligten Fahrzeuge so groß war, dass eine konkrete Lebensgefahr vorlag, braucht der Senat nicht zu entscheiden. **Jedenfalls lag eine solche Gefahr in der Fortsetzung des Rennens noch zu einem Zeitpunkt, als ein gleichzeitiges Überholen eines unbeteiligten dritten Fahrzeugs mit nicht mehr kontrollierbaren höchsten Risiken für sämtliche betroffenen Verkehrsteilnehmer verbunden war. In eine derart massive Lebensgefahr konnte das Opfer bezogen auf seine Person nicht mit rechtfertigender Wirkung einwilligen** und zwar weder allgemein zu Beginn der Fahrt in dem Sinne, dass er mit einer Durchführung des Rennens „um jeden Preis" einverstanden war, noch in der konkreten Situation bei Beginn des Überholmanövers mit den sich deutlich abzeichnenden Gefahren.

Folge: F hat sich daher wegen einer fahrlässigen Tötung gemäß § 222 strafbar gemacht.

III. Notwehr bei Fahrlässigkeitstaten

Auch wenn der Täter die Rechtsverletzung nur fahrlässig verursacht hat, kann bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes die Rechtswidrigkeit entfallen. Dabei sind aber im Verhältnis zur Rechtfertigung einer Vorsatztat die Besonderheiten zu beachten, die sich daraus ergeben, dass der Täter den Verletzungserfolg nicht herbeiführen wollte.

1) Das Handlungsunrecht entfällt

Wie wir bereits oben gesehen haben, enthält ein fahrlässiges Erfolgsdelikt einen Handlungs- und einen Erfolgsunwert. Der Handlungsunwert besteht in der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung trotz Vorhersehbarkeit des Erfolgseintritts. Wir haben aber auch bereits gesehen, dass bereits die objektive Sorgfaltspflichtverletzung entfällt, wenn sich der Täter im Rahmen des erlaubten Risikos bewegt.

Befindet sich der Täter in einer Notwehrlage, so sind bestimmte, als gefährlich erkannte Verhaltensweisen als zulässig anerkannt. Durch die Notwehrsituation kann sich also das Maß des erlaubten Risikos vergrößern, das der Täter von Haus aus eingehen darf.

2) Der Erfolgsunwert entfällt

Fall nach BGH St 25, 229: Verteidiger V will beim Angriff des A einen Warnschuss abgeben, der durch das ungeschickte Hantieren mit der Waffe den A tödlich verletzt.

a) Eine Vorsatztat wäre gerechtfertigt gewesen

Hier ist der Täter mit der Waffe unsorgfältig umgegangen, doch entfällt der *Erfolgsunwert*, wenn die Rechtsverletzung als solche von der Rechtsordnung gedeckt ist, weil der Verteidiger diesen Erfolg auch vorsätzlich hätte herbeiführen dürfen, mit Tötungsvorsatz gezielt auf A hätte schießen dürfen.

AL-Klausurtipp: Sie prüfen also an dieser Stelle in der Klausur inzident, ob eine vorsätzliche Tötung des Angreifers durch § 32 gerechtfertigt gewesen wäre. Wenn Sie diese Frage bejahen, weil auch ein gezielter Schuss erforderlich und geboten gewesen wäre, so stellen Sie weiter fest, dass zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ein *normatives Stufenverhältnis* besteht und dass daher die nur fahrlässige Tötung des Angreifers *erst recht* gerechtfertigt ist.

Problematisch ist jedoch der Verteidigungswille, der nach h.M Voraussetzung eines jeden Rechtfertigungsgrundes ist. Erforderlich, aber auch genügend ist, dass der Täter die Notwehrlage kennt und das Gefühl hat, eine in dieser Situation erforderliche Maßnahme zu treffen.
(Der Täter will sich zwar verteidigen, aber er will sich nicht „so“ verteidigen, denn sonst hätte er ja vorsätzlich gehandelt.)
Vertiefungshinweis für Hausarbeiten: Puppe ZStW 99, 595; Schönke/Schröder/Lenckner Rz. 97 vor § 32.

b) Eine Vorsatztat wäre zwar nicht gerechtfertigt gewesen, doch hat sich das typische Risiko der gerechtfertigten Handlung realisiert

Eine zweite Möglichkeit bestünde in der o.g. Situation darin, dass eine vorsätzliche Tötung des Angreifers nicht gerechtfertigt gewesen wäre. Der Täter ist aber durch § 32 gerechtfertigt, wenn sich im Erfolg das typische Risiko der berechtigten Verteidigungshandlung realisiert hat. Ist die Täter*handlung* an sich durch § 32 gerechtfertigt, so ist auch die dadurch unvorsätzlich verursachte Folge gedeckt.

Beispiel: Der Verteidiger will dem Angreifer mit der Faust gegen den Oberkörper schlagen, als der Angreifer plötzlich den Kopf herunter nimmt und durch den Schlag ins Gesicht eine Gehirnerschütterung erleidet.

Dazu der BGH in StV 1999, 143, 145: „War die Abwehrhandlung trotz des Risikos eines weitergehenden Erfolges erforderlich, so sind auch die ungewollten Auswirkungen durch Notwehr gerechtfertigt, selbst wenn sie bei nachträglicher Betrachtung zur Abwehr des Angriffs nicht erforderlich waren. Dies ergibt sich bereits daraus, dass es nach § 32 II allein auf die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung und nicht auf die des Abwehrerfolges ankommt.“

IV. Notstand bei Fahrlässigkeitstaten

Fall: Ehemann M und seine Frau F fahren von einer feuchtfröhlichen Sylvesterfeier nach Hause. F hat nichts getrunken und fährt, verursacht aber einen Unfall, bei dem sie selbst schwer, ihr Mann leicht verletzt wird. Trotz seiner Trunkenheit setzt sich M hinter das Steuer und fährt seine Frau in die Klinik, verletzt aber unterwegs den Radfahrer O.

Fällt die Täterhandlung trotz der Notstandslage nicht mehr in das in der Situation erlaubte, tatbestandsausschließende Risiko, so kann der Täter durch das **Prinzip des überwiegenden Interesses** nach § 34 gerechtfertigt sein = **gerechtfertigtes Risiko**: Nicht die *Verletzung*, aber die *Gefährdung*, also die *Handlung*, nicht der *Erfolg*, ist gerechtfertigt. Dabei spielen bei der im Rahmen des § 34 erforderlichen Güterabwägung die Grade der drohenden Gefahren eine wesentliche Rolle: Je größer das Risiko der Verletzung unbeteiligter Dritter, desto weniger darf der Täter dieses Risiko eingehen. Überschreitet der Täter die zulässige Geschwindigkeit, so ist ferner zu prüfen, ob der geringfügige Zeitgewinn die Verkehrssicherheit wesentlich überwiegt. Zudem ist der Täter trotz dieser Stresssituation verpflichtet, alles zu tun, um eine drohende Verletzung zu verhindern, z.B. eine gering befahrene Straße zu benutzen, auch wenn dies einen Umweg darstellt.

V. Die rechtfertigende Einwilligung bei Fahrlässigkeitstaten

Da die Einwilligung sich beim fahrlässigen Erfolgsdelikt auf die eigene Verletzung beziehen müsste, wird es sie nur in den seltensten Fällen geben.

Beispiel von Roxin § 24 Rz. 100: Der Arzt operiert das Opfer eines Verkehrsunfalls an Ort und Stelle mit unzureichenden Mitteln. Entsteht aufgrund einer Infektion ein Gesundheitsschaden, so ist die objektiv fahrlässige Körperverletzung durch die Einwilligung des Patienten gerechtfertigt.

Ansonsten willigt das Opfer nicht in die *Verletzung*, sondern in die eigene *Gefährdung* in der Hoffnung ein, das sich das bewusst eingegangene Risiko nicht realisiert (= einverständliche Fremdgefährdung). Dies ist nach meiner Ansicht kein Problem der Rechtswidrigkeit, sondern bereits eine Frage der *Zurechnung des Erfolges* auf der Tatbestandsebene (dazu oben § 13). Gleiches gilt, wie oben bereits gesehen, für den Fall, dass der „Täter“ eine eigenverantwortliche Selbstverletzung oder -gefährdung fördert (vgl. dazu BGH NJW 2000, 2286).

VI. Die Schuld bei Fahrlässigkeitsdelikten

Soll dem Täter aus der Verletzung der objektiv erforderlichen Sorgfalt ein persönlicher Vorwurf gemacht werden können, so setzt dieser Vorwurf neben den allgemeinen Voraussetzungen der Schuld wie Schuldfähigkeit und Unrechtsbewusstsein noch zweierlei voraus:

1) **Der Täter hat seine persönlichen Sorgfaltsmaßstäbe verletzt und hat auch persönlich vorhersehen können, dass der Erfolg eintreten könnte**.

   a) Dies erfordert nach dem Schuldprinzip zunächst, dass der Täter in dieser Situation die sorgfaltswidrige Handlung und damit auch den Erfolgseintritt hätte verhindern können. Dabei können intellektuelle oder körperliche Mängel, mangelndes Reaktionsvermögen oder mangelnde Erfahrung entlastend wirken, wenn dem Täter nicht bereits daraus der Vorwurf gemacht werden kann, er habe trotz dieser Mängel das Risiko einer als gefährlich erkannten Handlung überhaupt erst auf sich genommen (= **Übernahmeverschulden**).

   b) Auch bezüglich der **Vorhersehbarkeit** des drohenden Erfolgseintritts gilt ein **subjektiver Maßstab**: Es entscheidet die **Beurteilung ex ante aufgrund der dem Täter in dieser Situation bekannten oder erkennbaren Umstände**. Dabei besteht ein enger Zusammenhang mit der subjektiven Sorgfaltspflichtverletzung: Auf Ereignisse, die der Täter nicht als möglich

vorhergesehen hat, kann er sein Verhalten nicht einstellen. Es genügt allerdings, dass der Täter den Erfolgseintritt in seinem Endergebnis - nicht notwendigerweise den Geschehensablauf - vorhersehen konnte. Wie wir oben aber bereits gesehen haben, geht die Rspr. (BGH St 12, 78) davon aus, dass der Täter - zumindest in Standardsituationen - das hätte vorhersehen können, was auch ein objektiver Dritter hätte vorhersehen können.

aa) Handelt der Täter **bewusst fahrlässig**, so ist die Frage der Vorhersehbarkeit unproblematisch zu bejahen, da dann ja der Täter über die Möglichkeit des Erfolgseintritts konkret nachgedacht hat.

bb) Bei **unbewusster Fahrlässigkeit** sind die individuellen Fähigkeiten des Täters wie Intelligenz, Bildung, Erfahrung der alleinige Maßstab: Je einfacher ein Vorgang, desto eher kann auch der Täter persönlich den Erfolgseintritt vorhersehen. Je komplexer ein Vorgang, desto sorgfältiger ist zu prüfen, ob der Täter die Gefährlichkeit seines Tuns hätte erkennen können.

2) **Der Schuldvorwurf der Fahrlässigkeit entfällt, wenn vom Täter in dieser Situation normgemäßes, sorgfaltsgemäßes Verhalten nicht erwartet werden konnte**.

Unabhängig von der Frage, ob in persönlichen Ausnahmesituationen bereits das Maß der objektiv erforderlichen Sorgfalt auf der Tatbestandsebene eingeschränkt werden muss (Jescheck S. 539) oder ob die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens einen allgemeinen übergesetzlichen Notstand darstellt (BGH St 2, 204; Baumann/Weber § 29 III 2; Schmidhäuser S. 477), entfällt der Fahrlässigkeitsvorwurf, wenn vom Täter nicht erwartet werden konnte, dass er sich in dem Augenblick vollkommen sorgfaltsgemäß verhalten würde. Dabei muss man mit Schönke/Schröder/Lenckner (Rz. 126 vor § 32) wie folgt differenzieren:

a) Konnte der Täter die Möglichkeit des Erfolgseintritts schon nicht vorhersehen, so entfällt der Fahrlässigkeitsvorwurf bereits mangels Vorhersehbarkeit.

Beispiel: Die Ehefrau wird beim Kochen zu ihrem schwer verletzten Mann in die Klinik gerufen und lässt den Herd brennen mit der Folge, dass ein Brand entsteht.

b) Hatte der Täter die Möglichkeit des Erfolgseintritts zwar vorhergesehen, aber dennoch auf diese Gefahr hin gehandelt, so handelt er ohne Schuld, wenn normgemäßes Verhalten nicht zumutbar war. Dabei ist der Täter umso eher entschuldigt, desto größer der drohende Nachteil bei sorgfaltsgemäßem Verhalten wäre und desto geringer die Gefahr nach Grad und Nähe ist (BGH St 4, 20, 23; Jakobs 20/36 f.; Jescheck/Weigend § 57 IV).

Schulbeispiel ist der **Leinenfänger-Fall** (RG St 30, 35): Um seinen Arbeitsplatz zu Zeiten der Massenarbeitslosigkeit und bei nicht sonderlich stark ausgeprägtem Kündigungsschutz nicht zu verlieren, fährt ein Arbeitnehmer mit einem Pferdegespann, obwohl er weiß, dass eines der Pferde die Leine manchmal mit dem Schweif einkneift und dann das Gespann nicht mehr zu kontrollieren ist; dabei wird ein Fußgänger verletzt.
Vor dem Hintergrund der heutigen arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen wäre der Fall sicherlich anders zu entscheiden: Man stelle sich vor, der Fahrer eines Tanklastzugs fährt trotz defekter Bremsen durch eine Großstadt, um seinen Arbeitsplatz nicht zu riskieren...

9. Teil: Die Unterlassungsdelikte

Vorbemerkung

I. Was ist Unterlassen?

Ein tatbestandsmäßiger Erfolg kann nicht nur durch positives Tun, sondern auch durch Unterlassen verwirklicht werden.
Beispiel: Die Mutter, die ihr Kind in der Badewanne ertrinken lässt, tötet es ebenso wie diejenige, die es aktiv mit dem Kopf unter Wasser hält.

Unterlassen stellt daher die 2. Form des strafrechtlich relevanten Verhaltens dar und unterscheidet sich grundlegend vom positiven Tun: Nach Radbruch verhält sich das Tun zum Unterlassen wie „a" zu „non-a", denn das Tun als Vorgang in der Außenwelt ist ein realer Vorgang, das Unterlassen ist ontologisch (= nach der „Lehre vom Sein") zunächst ein „nullum"; es wird erst durch eine *normative* Betrachtung, also durch eine rechtliche Wertung, strafrechtlich relevant: „**Unterlassen ist enttäuschte Erwartung", also die Nichtvornahme einer in dieser Situation vom Täter gesetzlich geforderten Handlung**. Der Täter, auf dessen Eingreifen die Rechtsordnung vertraut hat, hat durch die Nichtvornahme der Handlung Interessen verletzt, die ihm anvertraut waren und die jetzt durch sein Unterlassen verletzt oder gefährdet werden.

II. Die Abgrenzung von positivem Tun und Unterlassen

1) In den meisten Fällen ist die Unterscheidung von positivem Tun und Unterlassen einfach und bedarf keiner näheren Begründung:

   a) Der Begehungstäter entfaltet ein Mindestmaß an Energie, um einen Kausalverlauf zu lenken (und sei es auch nur ein minimaler Energieeinsatz, wie den Finger am Abzug einer Waffe zu krümmen).

   b) Der Unterlassungstäter „tut" gar nichts, macht, bildlich gesprochen, „keinen Finger krumm".
   Beispiel: Die Mutter sieht völlig regungslos zu, wie ihr Kind ertrinkt.

2) Es gibt aber auch mehrdeutige Verhaltensweisen, wo der Täter einerseits etwas „tut", andererseits etwas „unterlässt."
   Beispiel nach RG St 63, 213/ „**Ziegenhaarfall**": Der Arbeitgeber A hatte seinen Arbeitnehmern Ziegenhaare zur Verarbeitung gegeben, die nicht desinfiziert waren, so dass einige der Arbeitnehmer an Milzbrand starben.

   Hier stellt sich die Frage, ob A die Opfer durch positives Tun (Aushändigen) oder durch Unterlassen (nicht vorgenommene Desinfektion) fahrlässig getötet hat. Die Frage ist insofern von besonderer Bedeutung, als ein Unterlassungsdelikt stets voraussetzt, dass der Täter zur Vornahme einer bestimmten Handlung rechtlich verpflichtet war, während bei einer Begehungstat durch positives Tun jeder ein tauglicher Täter ist.

   a) Nach h.M. (z.B. BGH NJW 2017, 418; NStZ RR 2006, 174; 2005, 447; Schönke/Schröder/Stree Rz. 158 vor § 13 m.w.N.) ist für die Abgrenzung entscheidend, wo bei einer rechtlichen Wertung des Verhaltens der **Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit** liegt. So lag im „Ziegenhaarfall" der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf der Ausgabe der Haare; beim Abbruch eigener, sinnlos gewordener Rettungsbemühungen liegt der Schwerpunkt auf dem Unterlassen des weiteren Versuchs der Rettung. Dies gilt auch, wenn der Abbruch der Rettungshandlungen unter „Einsatz von Energie" erfolgt, z.B. durch das aktive Abschalten eines Gerätes, da der soziale Sinngehalt auf dem Unterlassen weiterer Rettungsbemühungen liegt: Es kann keinen Unterschied machen, ob der Arzt eine „Mund-zu-Mund"-Beatmung abbricht (Unterlassen) oder ein Beatmungsgerät abstellt (Wessels/Beulke AT § 16 I 2).

b) Nach anderer Ansicht (SK-Rudolphi Rz. 7 vor § 13 m.w.N.) kann die Frage nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit nie am Anfang der Prüfung beantwortet werden, sondern erst am Ende. Entscheidend ist danach, ob der Täter den Erfolg durch ein vorsätzliches oder fahrlässiges „Tun" verursacht hat. Entscheidendes Kriterium ist daher die **Kausalität**:

aa) War das positive Tun für den Erfolgseintritt kausal (z.B: Aushändigen der Ziegenhaare), so liegt ein positives Tun vor

bb) Erst wenn das positive Tun entweder rechtmäßig oder aber zwar rechtswidrig, aber schuldlos war, kommt ein Unterlassungsdelikt in Betracht.

III. Echte und unechte Unterlassungsdelikte

Da es nicht Aufgabe des StGB ist, jedermann zur aktiven Rettung eines bedrohten Rechtsguts zu verpflichten, überwiegen im StGB die Begehungsdelikte, bei denen der Anknüpfungspunkt ein positives Tun ist (z.B. §§ 212, 223, 229, 242, 249 etc.).

In Ausnahmefällen wird aber auch der Unterlassende für seine Passivität bestraft, wobei man zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten unterscheiden muss:

1) **Echte Unterlassungsdelikte** (z.B.: §§ 123, 2. Alt.; 138; 264 I Nr. 2; 323 c, 340 I, 2.Alt.) bestrafen denjenigen, der entgegen einem ausdrücklich im StGB formulierten rechtlichen Gebot die dort geforderte Handlung nicht vorgenommen hat. Diese gesetzlichen Gebotsnormen stellen also nur *Verhaltenspflichten*, aber keine *Erfolgsabwendungspflichten* auf: Der Erfolgseintritt ist bei echten Unterlassungsdelikten kein Tatbestandsmerkmal, so dass echte Unterlassungsdelikte das Pendant zu den Tätigkeitsdelikten darstellen, bei denen der Täter für eine schlichte Tätigkeit unabhängig von einem etwaigen Erfolgseintritt bestraft wird.
Beispiel: Bei einem Unglücksfall wird auch der Unterlassungstäter nach § 323 c bestraft, dessen hypothetische Rettungsbemühungen dem Opfer nicht geholfen hätten; BGH St 17, 166, 172.

2) **Unechte Unterlassungsdelikte** verpflichten den Unterlassungstäter zur Erfolgsabwendung, so dass für eine vollendete Unterlassungstat der Erfolgseintritt Tatbestandsmerkmal ist; es handelt sich daher um die Parallele zu den Erfolgsdelikten (BGH St 14, 281). Unter den Voraussetzungen des § 13 kann eine Erfolgsverursachung durch Unterlassen einer Begehung durch positives Tun gleichgestellt werden.

3) In gesetzlich geregelten Ausnahmetatbeständen kann die Tat sowohl durch Tun als auch durch Unterlassen begangen werden, ohne dass es einer Gleichstellung über § 13 bedarf:

- **§§ 153, 154, 156**: Bei der eidlichen bzw. uneidlichen Falschaussage und bei der falschen eidesstattlichen Versicherung kann die Aussage entweder durch ausdrückliche („aktive") Lüge als auch durch Verschweigen erheblicher Umstände falsch werden.

- **§ 266**: Der Prokurist kann sowohl durch aktives Tun (rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Prinzipals) als auch durch Unterlassen (Verjährenlassen einer Forderung) das ihm anvertraute Vermögen seines Dienstherrn schädigen.

- **§ 340**: Eine Körperverletzung im Amt kann durch einen Amtsträger sowohl durch aktives Handeln als auch durch Begehenlassen trotz dienstlicher Verhinderungspflicht begangen werden.

IV. Die Struktur der Unterlassungsdelikte

Sowohl echte als auch unechte Unterlassungsdelikte setzen im Tatbestand dreierlei voraus:

1) **Das Vorliegen einer tatbestandsmäßigen Situation**

Der Tatbestand der Unterlassungsdelikte beschreibt die Situation, in der vom Täter ein Handeln erwartet wird.

a) Bei den echten Unterlassungsdelikten wird die Situation ausdrücklich vorgegeben (z.B: § 123, 2.Alt.: Aufforderung, das Haus zu verlassen; § 138: glaubhafte Kenntnis von einer geplanten Straftat; § 323 c: Unglücksfall).

b) Bei den unechten Unterlassungsdelikten entsteht die tatbestandsmäßige Situation mit der Gefährdung des Rechtsguts, für das der Täter verantwortlich ist.

2) **Der Täter hat die gesetzlich geforderte Handlung nicht vorgenommen**

Bei den echten Unterlassungsdelikten ist in der Regel die geforderte Handlung mehr oder weniger präzise beschrieben (sich entfernen, geplante Straftat anzeigen; Hilfe leisten). Bei den unechten Unterlassungsdelikten ergibt sie sich aus der jeweiligen Gefahrensituation. Da die geforderte Handlung bei unechten Unterlassungsdelikten nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, mag es Fälle geben, in denen sich der Täter über das „richtige" Rettungsverhalten irrt; beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so wird er wegen eines fahrlässigen Unterlassungsdeliktes bestraft.

3) **Individuelle Fähigkeit des Täters zur Vornahme der geforderten Handlung**

a) Da das Gesetz vom Täter nichts Unmögliches verlangen kann, muss der Täter zunächst die tatbestandsmäßige Situation und die erforderliche Handlung erkannt haben, da der Unterlassende ansonsten gar keinen Anlass hat, sein Verhalten zu überprüfen. Entscheidend ist, ob sich ein einsichtiger Beobachter bei Prüfung des Sachverhalts die erforderliche Handlung hätte vorstellen können (BGH St 14, 213, 216).

b) Ferner muss der Unterlassungstäter aufgrund seiner persönlichen Fähigkeiten zur Vornahme der Handlung in der Lage sein.

c) Hat sich der an sich Handlungspflichtige pflichtwidrig in einen Zustand versetzt, in dem er jetzt zur Vornahme der geforderten Handlung nicht mehr in der Lage ist, so kann er dafür nach den Regeln der **omissio libera in causa** bestraft werden (SK-Rudolphi Rz. 46 vor § 13; Satzger Jura 2006, 516).
Beispiel: Der Bereitschaftsarzt betrinkt sich bis zum Zustand der Volltrunkenheit.

Der Vorwurf liegt darin, dass er vorsätzlich oder fahrlässig seine Handlungsunfähigkeit herbeigeführt hat. Unabhängig davon, ob er das durch Tun oder Unterlassen getan hat, wird er wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Unterlassungstat bestraft. Nur die zur Zeit des Unterlassens fehlende Handlungsmöglichkeit wird durch Einbeziehung des Vorverhaltens – ähnlich wie die Schuldfähigkeit bei der actio libera in causa – überwunden.

§ 44 Die Struktur des unechten Unterlassungsdelikts

Fall: Der Ehemann M geht mit seiner Frau F am Ufer eines Flusses spazieren, um über die finanziellen Folgen einer drohenden Ehescheidung zu sprechen. F gleitet aus, fällt ins Wasser und wird durch die Strömung rasch abgetrieben. M hält dies für eine niemals wiederkehrende Chance, den drohenden Unterhaltsansprüchen zu entgehen. Er sieht daher tatenlos zu, wie seine Frau ertrinkt, obwohl er ein ausgezeichneter Schwimmer ist und seine Frau ohne eigenes Risiko mit Sicherheit hätte retten können.

1. M könnte sich wegen Totschlags durch Unterlassen gemäß den §§ 212, 13 I strafbar gemacht haben.

A. Tatbestand

I. Objektiver Tatbestand

1) **Erfolg**: Der tatbestandsmäßige Erfolg des § 212 ist eingetreten, da F gestorben ist.

2) **Unterlassen der in dieser Situation erforderlichen und individuell möglichen Rettungshandlung**

   a) Die erforderliche Rettungshandlung ist diejenige, die in dieser Situation den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges hätte verhindern können, was stets eine Frage des Einzelfalls ist. Hier hätte die erforderliche Handlung darin bestanden, zu seiner Frau zu schwimmen und diese aus dem Wasser zu ziehen.

   b) Dem M war die Vornahme dieser Handlung auch individuell möglich, weil er ein ausgezeichneter Schwimmer war.

3) **Objektive Zurechnung des Erfolgseintritts**

   a) Das Unterlassen muss für den Erfolgseintritt **kausal** gewesen sein. Dies ist dann der Fall, wenn man die gesetzlich geforderte Handlung nicht hypothetisch hinzudenken kann, ohne dass der tatbestandsmäßige Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfallen wäre. Da M ausgezeichnet schwimmen konnte, wäre F bei Vornahme der geforderten Rettungshandlung nicht ertrunken.

   b) Ferner muss im Rahmen des **Pflichtwidrigkeitszusammenhangs** festgestellt werden können, dass die Vornahme der Rettungshandlung den Erfolgseintritt insgesamt verhindert hätte. Dies wäre z.B. nicht der Fall, wenn F ansonsten an Unterkühlung gestorben wäre, da dann der Erfolg, wenn auch in anderer Gestalt, eingetreten wäre. Das Gebot, seine Frau zu retten, sollte aber den Tod generell abwenden, nicht aber die eine Art des Erfolgseintritts durch eine andere ersetzen. F hätte jedoch mit Sicherheit überlebt, so dass ihr Tod dem M auch zugerechnet werden kann.

4) **Garantenstellung**

   Damit die Verursachung des Erfolges durch Unterlassen der Verursachung durch positives Tun gleichgestellt werden kann, muss M rechtlich dafür einzustehen haben, dass der tatbestandsmäßige Erfolg ausbleibt. Unabhängig von der Frage, ob man die Garantenstellung eines Ehegatten auf § 1353 BGB, dessen enge persönliche Beziehung zum Opfer oder darauf stützt, dass er als Ehemann Hütergarant des geschützten Rechtsguts ist, war M rechtlich verpflichtet, das Leben seiner Frau zu retten.

5) **Gleichstellung von positivem Tun und Unterlassen**

Die Gleichstellung der beiden Verhaltensformen setzt weiterhin voraus, dass das Unterlassen von seinem Unwertgehalt her der Tatbestandsverwirklichung durch positives Tun gleichgestellt werden kann. Dieses Problem stellt sich aber nur bei den *verhaltensgebundenen* Delikten, bei denen das Gesetz nicht nur an das „Ob" des Erfolgseintritts, sondern auch an das „Wie" der Erfolgsherbeiführung besondere Anforderungen stellt, also ein besonders gearteter Handlungsunwert erforderlich ist (z.B. muss bei der Erpressung der Vermögensschaden durch Nötigung, beim Betrug durch Täuschung verursacht werden). Dort ist das Unterlassen dem Tun nur dann gleichzustellen, wenn auch die im jeweiligen Tatbestand näher festgelegte Art und Weise des Erfolgseintritts durch Unterlassen begehbar ist, was jeweils eine Frage des Einzelfalls ist (BGH St 28, 307, 308). Bei einem *reinen Erfolgsdelikt* wie dem Totschlag ist jedoch die Frage, auf welche Weise der Erfolg eingetreten ist, irrelevant.

Zwischenergebnis: M hat den objektiven Tatbestand des Totschlags durch Unterlassen verwirklicht.

II. Subjektiver Tatbestand

Während bei den Begehungsdelikten der Vorsatz als „Wissen und Wollen der Tatbestands*verwirklichung*" definiert wird, muss diese Definition den Besonderheiten des Unterlassens angepasst werden. Zwar fehlt der *finale Verwirklichungswille* insofern, als der Täter nicht zielgerichtet auf einen bestimmten Erfolgseintritt hinarbeitet, doch genügt es hier, dass er sich in Kenntnis der tatbestandsmäßigen Situation, der die Garantenstellung begründenden Umstände und der möglichen Rettungshandlung bewusst für den Erfolgseintritt entscheidet. Vorsätzliches Unterlassen ist daher die bewusste Entscheidung zwischen Untätigbleiben und möglichem Tun (BGH St 19, 295, 299).
M wusste, dass seine Frau ohne seine Hilfe ertrinken würde. Dabei waren ihm zum einen die Umstände bekannt, die seine Garantenstellung begründeten, ferner kannte er die tatbestandsmäßige Situation und die erforderliche Rettungshandlung, so dass er in Kenntnis der objektiven Tatbestandsmerkmale den Erfolgseintritt durch Unterlassen herbeigeführt hat.

B. Rechtswidrigkeit

M hat auch rechtswidrig gehandelt.

C. Schuld

Da M ein ausgezeichneter Schwimmer war, bestand für ihn in dieser Situation kein persönliches Risiko, das die Vornahme der gesetzlich geforderten Handlung als unzumutbar erscheinen lassen würde mit der Folge, dass M auch schuldhaft gehandelt hat.

Zwischenergebnis: M hat einen Totschlag durch Unterlassen gemäß den §§ 212, 13 I begangen.

2. M hat seiner Frau in einem Unglücksfall keine Hilfe geleistet, obwohl dies erforderlich und ihm auch zuzumuten war, doch tritt der dadurch verwirklichte **§ 323 c** hinter die §§ 212, 13 I als **logisch subsidiär** zurück.

§ 45 Die Kausalität bei unechten Unterlassungsdelikten

1) Das Unterlassen der rechtlich geforderten Handlung muss für den Erfolgseintritt kausal sein. Zwar kann ein Unterlassen an sich nichts bewirken, da keinerlei Energie entfaltet wird, doch entscheidet hier keine rein mechanische, sondern eine **normative Betrachtungsweise: Hätte die erforderliche Handlung den eingetretenen Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit abgewendet?**

   Entscheidend ist daher die hypothetische Kausalität der unterlassenen Handlung: Dabei besteht die Aufgabe des Richters darin, zum einen die erforderliche Handlung zu ermitteln und zum anderen darin, auf der Basis von allgemeinem Erfahrungswissen zu beurteilen, ob die Vornahme dieser Handlung den Erfolg abgewendet hätte. Kann diese Frage nicht oder nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bejaht werden, so muss der Richter *in dubio pro reo* davon ausgehen, dass die Vornahme der geforderten Handlung den Erfolg *nicht* hätte abwenden können mit der Folge, dass der Täter nicht wegen vollendeter Tat, sondern bei vorsätzlicher Unterlassung nur wegen eines Versuchs bestraft werden kann (BGH StV 1985, 229).

2) Im Gegensatz dazu wollen die Vertreter der **Risikoerhöhungslehre** im Rahmen der Unterlassungsdelikte als **„Risikoverringerungstheorie“** (z.B. Rudolphi SK Rz. 16 vor § 13; Roxin ZStW 74, 430) eine Zurechnung bereits dann vornehmen, wenn zwar nicht sicher feststeht, dass der Erfolg bei Vornahme der Handlung ausgeblieben wäre, aber eindeutig feststeht, dass die Vornahme der Handlung das Risiko des Erfolgseintritts deutlich verringert hätte (z.B.: Ein Arzt unterlässt eine Operation mit einer 50%-Erfolgschance). Der Garant ist verpflichtet, das Risiko zu verringern; tut er das nicht, so beruht der Erfolgseintritt auf dem pflichtwidrig nicht verringerten Risiko und kann dem Täter zugerechnet werden (dagegen ausdrücklich BGH GA 1988, 184). Es muss aber *feststehen*, dass sich das Risiko des Erfolgseintritts durch die Vornahme der Handlung verringert hätte; ansonsten gilt auch hier der Grundsatz „in dubio pro reo.“

   Kritik:
   Die Risikoerhöhungslehre führt im Bereich der Unterlassungsdelikte zum Verzicht auf den Kausalitätsnachweis und macht auch hier aus Verletzungsdelikten Gefährdungsdelikte. Im Übrigen würde in den Fällen, in denen nicht sicher feststeht, dass der Erfolg bei rechtzeitigem Eingreifen mit Sicherheit ausgeblieben wäre, eine Verdachtsstrafe verhängt. Die Verringerung der Lebensgefahr bedeutet aber nicht automatisch die Lebensrettung.

§ 46 Die Garantenstellung des Unterlassungstäters

Vorbemerkung

1) Da niemand verpflichtet ist, überall als Retter einzugreifen, ist nicht bereits jeder Täter, der den Erfolg hätte abwenden *können*, sondern nur derjenige, der ihn hätte abwenden *müssen*; ansonsten wäre jedermann ein „gleichsam allzuständiger, in seinen Mitteln nicht begrenzter Hilfssheriff". Während bei den echten Unterlassungsdelikten jeder als tauglicher Täter in Betracht kommt, handelt es sich bei unechten Unterlassungsdelikten um **echte Sonderdelikte**: Täter ist nur, wer rechtlich dafür einzustehen hat, dass ein bestimmter Erfolg bei einem Rechtsgut nicht eintritt, so dass die erforderliche Garantenstellung die Strafe des Unterlassungstäters *begründet*.

   Dabei können die Pflichten, deren Verletzung zur Bestrafung wegen eines echten Unterlassungsdelikts führt, keine Garantenstellung begründen, da ansonsten wiederum jeder Garant für das Ausbleiben des Erfolges wäre. Dadurch würden unechte Unterlassungsdelikte ihren Charakter als echte Sonderdelikte verlieren.

   Beispiel: Wer einen geplanten Mord nicht anzeigt, wird nur nach § 138 bestraft, nicht aber wegen Beihilfe durch Unterlassen gemäß den §§ 211, 27; 13.

2) Es muss sich aber um eine *rechtliche* Erfolgsabwendungspflicht handeln. Rein moralische oder sittliche Pflichten wie bei langer Freundschaft begründen keine Garantenstellung (BGH St 30, 393 ff.).

3) Traditionell lassen sich die Garantenstellungen auf 4 verschiedene Entstehungstatbestände zurückführen: **Gesetz - tatsächliche Übernahme - Ingerenz - enge persönliche Verbundenheit** (vgl. BGH NJW 2017 Spezial, 89, 90; NJW 2016, 176 mwN; zur Verfassungsmäßigkeit unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgrundsatzes bejahend BVerfG NJW 2003, 1030).

4) Basierend auf Armin Kaufmann (Unterlassungsdelikte S. 283 ff.) gewinnt jedoch in der Literatur immer mehr die Ansicht an Boden, man könne die Garantenstellung des Unterlassungstäters auf 2 grundlegende Prinzipien zurückführen: Entweder der Unterlassende ist für den Schutz eines ganz bestimmten Rechtsguts verantwortlich **(= Hütergarant)** oder er muss die Gefahren einer bestimmten Gefahrenquelle eindämmen **(= Überwachergarant)**.

   Dazu Armin Kaufmann: „Jemand ist entweder auf Posten gestellt zum Schutz eines ganz bestimmten Rechtsguts, egal aus welcher Richtung die Gefahr kommt, oder er ist zur Überwachung einer bestimmten Gefahrenquelle berufen, egal welchen konkreten Rechtsgütern aus dieser Richtung Gefahr droht."

5) **Stellungnahme**: Wie wir sehen werden, kommen beide Ansichten zu weitestgehend gleichen Ergebnissen, doch führt meines Erachtens der 2. Weg zu präziseren Ergebnissen, die auch auf dieser Basis leichter zu begründen sind. Bevor wir uns aber die einzelnen Garantenstellungen ansehen, wollen wir einmal die **4 Grundvoraussetzungen einer jeden Garantenstellung** (näher dazu SK-Rudolphi § 13 Rz. 24 ff.; Schönke/Schröder/Stree/Bosch § 13 Rz. 10 ff. mwN) herausarbeiten, weil wir anschließend das jeweils gefundene Ergebnis daraufhin überprüfen werden, ob es sich unter diese 4 Grundvoraussetzungen subsumieren lässt:

   a) **Der Unterlassende ist für den Schutz dieses Rechtsguts verantwortlich**.

   b) Der Inhaber des geschützten Rechtsguts kann sich vor der drohenden Gefahr nicht selbst schützen.

c) **Weil sich das Opfer nicht selbst schützen kann, beherrscht der Unterlassungstäter das zur Verletzung führende Geschehen**. Nur dann ist das Opfer in gleicher Weise vom Täterverhalten abhängig, so dass das Unterlassen einem Begehen durch positives Tun gleichgestellt werden kann.

d) **Die Erfolgsabwendungspflicht sollte das bedrohte Rechtsgut gerade vor dieser Gefahr bewahren**.

Beispiele:
1) Der eine Ehegatte ist zwar verpflichtet, eine gegen den anderen Ehegatten gerichtete Straftat zu verhindern; er ist aber nicht verpflichtet, eine Straftat des anderen Ehegatten selbst zu verhindern. Die Garantenpflicht soll den Ehegatten vor einem Schaden bewahren, aber nicht die Rechtsgüter Dritter.
2) Der gegen Feuergefahr Versicherte ist im Rahmen der §§ 306 ff., 13 nicht wegen des Versicherungsvertrages zur Löschung eines Brandes verpflichtet (so aber RG St 64, 277), da diese vertragliche Pflicht allein gegenüber dem Versicherungsunternehmen besteht, aber nicht gegenüber der Allgemeinheit, die Träger des durch die §§ 306 ff. geschützten Rechtsguts ist (Rudolphi, Gleichstellung S. 94 ff.).
3) Die Wahrheitspflicht des § 138 I ZPO verpflichtet die Prozessparteien zu redlicher Prozessführung, nicht aber dazu, Zeugen von einer Falschaussage abzuhalten.

I. Der Hütergarant = Garantenstellung zum Schutz von Rechtsgütern

Der Hütergarant muss ein bestimmtes Rechtsgut vor allen oder einzelnen Gefahren bewahren unabhängig von der Frage, aus welcher Richtung die Gefahr kommt. **Der Hütergarant ist im Gegensatz zum Überwachergarant für das Rechtsgut, nicht für die Gefahrenquelle verantwortlich**.
Beispiel: So darf die Mutter ihr 2-jähriges Kind weder verhungern noch ertrinken noch verbrennen noch mit einem scharfen Messer spielen lassen, da sie für das Leben des Kindes verantwortlich ist.

Die Stellung des Hütergaranten ist davon abhängig, dass zwischen ihm und dem Inhaber des geschützten Rechtsguts ein **Obhutsverhältnis** besteht. Dieses die Garantenstellung begründende Obhutsverhältnis besteht in folgenden Fällen:

1) Garantenstellung aufgrund familiärer Verbundenheit

a) Der klassische Fall der familiären Obhut ist das Verhältnis der **Eltern** zu ihren Kindern. Auch **Ehegatten** untereinander sowie **Verwandte in gerader Linie** (BGH NJW 2017-Spezial S. 89; St 19, 167) sind füreinander garantenpflichtig; ebenso der **Vater eines nichtehelichen Kindes**, der die nicht über § 218 a gerechtfertigte Abtreibung durch die Mutter verhindern muss (BGH St 7, 272; MDR 1973, 369; kritisch dazu Schönke/Schröder/Stree/Bosch § 13 Rz. 18).

Rudolphi (SK § 13 Rz. 47) will die jeweilige Garantenstellung von der Schutzlosigkeit des Opfers und von einem ***tatsächlichen* Obhutsverhältnis** abhängig machen, da nur dann der Unterlassende das Geschehen beherrsche und eine Gleichstellung zu den Begehungsdelikten erfolgen könne.
Nach anderer Ansicht (z.B. Wessels/Beulke AT § 16 II 5) kommt es auf das Bestehen einer tatsächlichen Familiengemeinschaft nicht an; auch Familienmitglieder, die nicht zusammenleben, sind füreinander garantenpflichtig.

b) Nach h.M. (z.B. BGH St 19, 167 mwN; kritisch Schönke/Schröder/Stree/Bosch § 13 Rz. 18) sind auch **Kinder für die Eltern** sowie **Geschwister** untereinander garantenpflichtig. Rudolphi (SK § 13 Rz. 50, so auch LG Kiel, NStZ 2004, 157) lehnt auch hier die erforderliche Gleichstellung zu den Begehungsdelikten ab, da die Eltern von den Kindern nicht abhängig sind und daher die Kinder das Geschehen nicht beherrschen. Eine Ausnahme soll nur dort gelten, wo ein Elternteil schutzlos ist und daher das Kind die maßgebliche Entscheidung über den Erfolgseintritt trifft.
Beispiel: Der Sohn pflegt seinen schwerkranken Vater.

Zum Nichtvorliegen einer Garantenstellung unter Geschwistern LG Kiel NStZ 2004, 157: „Die Beziehungen von Familienmitgliedern untereinander haben sich in den letzten Jahrzehnten gewandelt. Kinder werden immer früher selbständig und verlassen die familiäre Gemeinschaft. Im Übrigen gibt es in zunehmendem Maß rechtlich anerkannte Formen des Zusammenlebens, die an die Stelle der Familie treten und die Abgrenzung zur (garantenstellungsbegründenden!) Familie erschweren. Es erscheint kaum möglich, festzustellen, ab welchem Grad an familiärer Beziehung jemand als Garant des anderen erscheint. Daher sollte für die Garantenstellung auf die tatsächliche Übernahme der Obhutspflicht abgestellt werden, damit auch das Risiko der Bestrafung für den Unterlassenden erkennbar ist."

c) Bei **getrennt lebenden Ehegatten** ist streitig, ob durch die Trennung die Garantenstellung erloschen ist. Während eine Ansicht (Jakobs 29/64; Welzel Lb 214, 217) auf die weiterbestehende **formelle Verbundenheit** und Rechtspflicht aus § 1353 BGB abstellt und eine Garantenstellung trotz Getrenntleben bejaht, will eine andere Meinung (Rudolphi a.a.O.) die Garantenstellung unter Ehegatten nicht von der formellen Pflicht, sondern vom **Bestehen eines Vertrauensverhältnisses** abhängig machen, an dem es bei einem Getrenntleben fehlt. Wie auch bei der tatsächlichen Übernahme entsteht das die Garantenstellung begründende Abhängigkeitsverhältnis erst, wenn ein Ehegatte eine Schutzfunktion übernimmt und der andere im Vertrauen auf dessen Übernahme eigene Schutzmaßnahmen nicht ergreift.
Unabhängig davon, ob man mehr auf die *formelle Pflicht* oder das *tatsächliche Vertrauen* abstellt, besteht zumindest dann keine Garantenstellung mehr, wenn die Ehe gescheitert ist und die Herstellung einer ehelichen Lebensgemeinschaft nach § 1353 II BGB nicht mehr verlangt werden kann.

Der BGH nimmt eine Garantenstellung aus familiärer Verbundenheit gemäß § 1618 a jedoch auch dann an, wenn die familiären Verhältnisse zwar zerrüttet sind, aber Täter und Opfer dennoch in häuslicher Gemeinschaft leben. Dies ist nach BGH NJW 2017/Spezial S. 89, 90 im Hinblick auf § 1618 a BGB unabhängig davon, ob ein gegenseitiges Vertrauen auf Beistand trotz der zerrütteten Familienverhältnisse gerechtfertigt ist. Der BGH hat es jedoch ausdrücklich offen gelassen, ob trotz zerrütteter Familienverhältnisse die Garantenstellung auch dann besteht, wenn zwischen Täter und Opfer keine häusliche Gemeinschaft besteht.
Ausführlich: BGHG BeckRS 2016, 21442; Böhm, Garantenstellungen aus familiären Beziehungen, 2006, 193 ff.

d) Auch innerhalb einer **nichtehelichen Lebensgemeinschaft** kann eine wechselseitige Garantenpflicht bestehen. Dies gilt auch bei homosexuellen Paaren (vgl. dazu auch § 2 LPartG; detailliert dazu: Kretschmer JR 2008, 51 ff.; Konrad, Probleme der eheähnlichen Lebensgemeinschaft im Strafrecht, 74 ff.).
Auch hier muss sich aber die Garantenstellung aus einer tatsächlich übernommenen Schutzpflicht ergeben. Das bloße Zusammenleben allein verpflichtet nicht zur allgemeinen Abwehr von Gefahren (Schönke/Schröder/Stree/Bosch § 13 Rz. 25 mwN).

e) **Beim Umfang der Garantenpflicht ist stets zu prüfen, ob das die Garantenstellung begründende Obhutsverhältnis das geschützte Rechtsgut gerade vor dieser Gefahr bewahren sollte.** Dabei folgt der Umfang der Schutzpflicht aus der jeweiligen Beziehung zwischen Täter und Opfer: Für dessen Leib und Leben ist der Garant stets verantwortlich, nicht aber allein aufgrund der familiären Verbundenheit für dessen Eigentum und Vermögen, wobei es dort auch an einer schutzwürdigen Erwartungshaltung des Betroffenen fehlt (a.A. Herzberg, Die Unterlassung S. 338 ff.). Ferner haben wir bereits bei der Frage nach der Zurechenbarkeit des Erfolgseintritts im Rahmen der Fahrlässigkeit gesehen, dass niemand verpflichtet ist, andere von einer freiverantwortlichen Selbstgefährdung oder Selbstschädigung abzuhalten (str.; a.A. BGH NJW 2017; 418; 2016, 176). Diese Pflicht beginnt erst dort, wo der Unterlassende das Risiko besser überblicken kann als der unmittelbar Handelnde.
Da diese Garantenpflicht nur Schutzpflichten enthält, besteht keine Pflicht des einen, den anderen von der Begehung einer Straftat abzuhalten (OLG Stuttgart NJW 1986, 1767; Jescheck/Weigend S. 510).

2) **Garantenstellung aufgrund einer engen persönlichen Verbundenheit**

Sowohl aus der Art der Entstehung als auch aus dem Inhalt des dadurch geschaffenen Vertrauensverhältnisses kann eine rechtlich anerkannte Erwartungshaltung des einen resultieren, der andere werde bestimmte Gefahren von ihm abwenden.

a) **Gefahrengemeinschaft**: Haben sich mehrere bewusst zusammengeschlossen, um gemeinsam eine Gefahr zu meistern, der sich jeder einzelne allein nicht ausgesetzt hätte (z.B: Bergexpedition), so darf jeder vom anderen Hilfe erwarten, wenn sich diese spezifische Gefahr zu realisieren droht. Dabei beschränkt sich jedoch die Schutzpflicht des einzelnen auf die Gefahr, die aus dem gemeinsamen Unternehmen droht und deren Abwehr jeder übernehmen wollte.

Da die Garantenstellung letztlich auf der tatsächlichen Übernahme aufgrund des freiwilligen Zusammenschlusses beruht, entsteht **keine Garantenstellung** im Rahmen einer bloßen **Zechgemeinschaft** oder der **Zufallsgemeinschaft**, bei der sich mehrere zufällig in einer gemeinsamen Gefahrensituation befinden (z.B. nach einem Schiffsunglück; BGH NStZ 2008, 276: keine Garantenstellung innerhalb von illegal eingereisten Personen; auch nicht bei völliger Entkräftung einzelner).
Auch die **mittäterschaftliche Begehung einer Straftat** macht die Beteiligten nicht zu Garanten füreinander, da aus der Mittäterschaft keine rechtlich anerkannte Beschützerrolle folgt, die über die allgemeine Hilfspflicht des § 323 c hinausgeht (Schönke/Schröder/Stree/Bosch § 13 Rz. 24 mwN; a.A. Wilhelm, NStZ 2009, 16).

b) **Wohngemeinschaft**: Der alleinige Umstand, dass mehrere Personen in einer gemeinsamen Wohnung leben, begründet keine Garantenstellung, da kein entsprechendes Obhuts- und Abhängigkeitsverhältnis besteht (BGH NStZ 1987, 171; 1983, 117; Jescheck/Weigend § 59 IV 3 b). In einer derartigen Beziehung kann eine Garantenstellung eines Mitbewohners nur durch die *tatsächliche Übernahme* einer Pflicht entstehen, wenn dadurch der Betroffene auf das Eingreifen des Täters vertraut und aufgrund dieses Vertrauens eigene Schutzmaßnahmen nicht realisiert.
Beispiel: Ein Mitbewohner hatte versprochen, auf ein kleines Kind eines anderen Bewohners aufzupassen.

3) **Garantenstellung durch tatsächliche Übernahme einer Schutzfunktion**

a) **Durch die tatsächliche Übernahme einer Schutzfunktion entsteht wiederum ein Obhuts- und Abhängigkeitsverhältnis zwischen Täter und Opfer**, weil sich das Opfer im Vertrauen auf den Schutz durch den Unterlassungstäter entweder einer Gefahr aussetzt (z.B. Tourist/Bergführer; Surfschüler/Surflehrer) oder eigene Schutzmaßnahmen nicht ergreift, so dass der Unterlassende aufgrund der Schutzlosigkeit und Abhängigkeit des Opfers das Geschehen beherrscht.

b) Da die Garantenstellung durch das Vertrauen und die damit verbundene Abhängigkeit des Opfers entsteht, ist die Garantenstellung des Unterlassenden **unabhängig von der Wirksamkeit** eines der Übernahme der Pflicht möglicherweise zugrunde liegenden Vertrages.

Beispiel: Der Bergführer kann nicht mitten in der Bergwand den Vertrag anfechten und den unerfahrenen Kletterer regelrecht „hängenlassen“...

c) **Andererseits setzt die Entstehung einer Garantenstellung voraus, dass der Täter die Pflicht auch *tatsächlich* übernommen hat, so dass durch das reine Versprechen an sich noch keine Pflicht entsteht**. Die an sich zulässige Delegation der Verantwortung entlastet den primär Verantwortlichen erst, wenn das Vertrauen auf den Dritten gerechtfertigt ist.
Beispiel: Hatte das Kindermädchen versprochen, auf das Kleinkind aufzupassen, aber den Termin vergessen, so dürfen die Eltern nicht im Vertrauen auf das Erscheinen des Kindermädchens das Haus verlassen.

d) **Der Umfang der Schutzpflicht bestimmt sich danach, welche Pflichten tatsächlich übernommen wurden**.

(BGH NJW 1983, 350; a.A. Maurach/Gössel/Zipf § 46 II Rz. 74, der den Garanten für die Abwehr einer jeden Gefahr für die Dauer der Übernahme verantwortlich machen will. Dies halte ich für zu weitgehend, da abseits von spezifischen Gefahren keine Abhängigkeit und kein schutzwürdiges Vertrauen bestehen. Warum sollte der Surflehrer Garant für den Schüler sein, der am Strand auf einen Seeigel tritt?)

e) **Die Schutzpflicht endet zum einen durch „Erfüllung", wenn der Garant die Schutzaufgabe erledigt hat, zum anderen durch Kündigung**, wenn diese nicht „zur Unzeit" erfolgt und noch für anderweitigen Schutz gesorgt werden kann (Rudolphi NStZ 1984, 149, 152).

Beispiel: Dem Kindermädchen ist schlecht geworden und es ruft die Eltern des betreuten Kindes an deren Zielort an; diese beauftragen den Nachbarn oder einer der beiden Elternteile kehrt vorzeitig zurück.

f) **Durch das einseitige Ergreifen einer Schutzpflicht (z.B. „Erste Hilfe" an der Unfallstelle) wird man nicht zum Garanten, es sei denn, dass man durch die Übernahme andere Rettungswillige von einer Rettung des Opfers abhält** („ich mach das schon").
Die Garantenstellung des Hilfeleistenden beginnt, wenn er durch seine Hilfe die Situation des Hilfebedürftigen wesentlich verändert, insbesondere andere Rettungsmöglichkeiten ausschließt oder neue Gefahren begründet. Kausalität in dem Sinne, dass eine anderweitige Hilfe sicher eingegriffen hätte, ist dabei nicht erforderlich; es genügt, dass der Helfende die Situation derart verändert, dass nunmehr von ihm ein bestimmtes Folgeverhalten erwartet werden darf (BGH NJW 1993, 2628).

4) **Garantenstellung aufgrund einer Organ- oder Amtsträgerstellung**

a) Das Organ einer juristischen Person ist gegenüber der juristischen Person garantenpflichtig, Schäden von der juristischen Person selbst abzuwenden, da das Organ diese Pflicht übernommen hat und die juristische Person ihre Handlungsfähigkeit und die daraus resultierende Möglichkeit der „Selbstverteidigung" erst durch das Handeln ihrer Organe erlangt. **Die Garantenpflicht des Organs ist aber von der tatsächlichen Übernahme dieser Schutzfunktion abhängig und beschränkt sich auf den Zuständigkeitsbereich der übernommenen Aufgabe** (Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 107 ff.).
In Krisen- oder Ausnahmesituationen greift aber der Grundsatz der Generalverantwortung und Allzuständigkeit ein: Wenn das Unternehmen als Ganzes betroffen ist, sind alle Geschäftsführer zum Handeln verpflichtet (z.B. bei massenhaften Schadensfällen auf Seiten der Verbraucher durch fehlerhaft hergestellte Produkte).

b) **Ist der einzelne Geschäftsführer nicht berechtigt, aus eigener Machtvollkommenheit einen Rückruf anzuordnen, so ändert dies nichts an seiner fortbestehenden Garantenstellung; er ist nunmehr verpflichtet, unter vollem Einsatz seiner Mitwirkungsrechte das ihm Mögliche und Zumutbare zu tun, um einen Beschluss der Gesamtgeschäftsführung über den Rückruf herbeizuführen**.
Auch wenn ein derartiger Beschluss nur mehrheitlich gefasst werden kann, setzt jeder einen ursächlichen Beitrag für die Folgen, die sich aus dem fehlenden Rückruf ergeben, wenn er es trotz seiner Mitwirkungskompetenz unterlässt, seinen Beitrag zu leisten (BGH NJW 1990, 2560, 2566). Jeder, der entgegen seiner Verpflichtung untätig geblieben ist, muss sich den Unterlassungsbeitrag des anderen Geschäftsführers im Wege der Mittäterschaft als eigenen Beitrag zurechnen lassen. Mittäterschaft ist auch bei Unterlassungsdelikten denkbar, wenn mehrere Garanten sich entschließen, eine ihnen gemeinsam obliegende Pflicht nicht zu erfüllen.

c) **Ferner kann ein Organ auch nach außen hin in die Verantwortlichkeit der juristischen Person nachrücken, die aufgrund ihrer Verfügungsgewalt über Gefahrenbereiche ihrerseits Garant ist** (Rudolphi in FS für Lackner S. 873 ff.). Gleiches gilt bei einem Gesellschafterwechsel, wie z.B. bei Ein- und Austritt eines GmbH-Gesellschafters: Wer in den Betrieb eintritt, rückt durch Übernahme der Aufgaben in die Garantenstellung des Vorgängers ein. Die aus fortbestehender Garantenstellung folgende Handlungspflicht des Austretenden beschränkt sich auf das, was er als Betriebsfremder noch zur Schadensabwendung beitragen kann.

d) Diese Grundsätze gelten auch für **Amtsträger** wie z.B. den Bürgermeister oder die Mitglieder von Gemeinderäten. Schreitet z.B. ein Bürgermeister nicht gegen eine Gewässerverunreinigung ein, die durch unzureichende Abwasserreinigung verursacht wird, so kann sich die Garantenstellung des Bürgermeisters aus Ingerenz ergeben, wenn der Bürgermeister eine entsprechende Genehmigung erteilt hat; ansonsten kann sie aus der Sachherrschaft über eine Gefahrenquelle resultieren (Odersky in FS für Tröndle 1989, S. 291).

Lehnt der Gemeinderat es ab, sichernde Maßnahmen zu treffen, so kann jedes einzelne Mitglied wegen seines Abstimmungsverhaltens zur Rechenschaft gezogen werden. Auch hier ergibt sich der tatbestandsmäßige Erfolg erst aus dem Zusammentreffen mehrerer Ursachenbeiträge. Jeder, der gegen eine sichernde Maßnahme stimmt, muss sich im Wege der Mittäterschaft das Abstimmungsverhalten der anderen zurechnen lassen, so dass sich keiner durch den Nachweis entlasten kann, dass seine eigene Stimme an den Mehrheitsverhältnissen nichts geändert hätte (ausführlich Weber: Die strafrechtliche Verantwortung von Bürgermeistern und leitenden Verwaltungsbeamten im Umweltrecht).

Problem: Ist ein Amtsträger gegenüber dem Bürger Garant für die Gefahrenabwehr?

- Die Rechtsprechung (z.B. NStZ RR 2008, 9 = Garantenstellung von Schulleitern zur Verhinderung sexueller Übergriffe auf Schülerinnen durch angestellte Lehrer!; BGH NJW 1993, 544) hat dies bejaht und den jeweiligen Amtsträger wegen Unterlassens der jeweiligen Gefahrenabwehr bestraft. Die öffentlich-rechtliche Pflicht z.B. des Polizeibeamten, Straftaten zu verhindern, soll auch das durch den jeweiligen Tatbestand geschützte Rechtsgut vor der konkreten Gefahr bewahren. Die Aufgabe, den einzelnen Bürger zu schützen, ist daher nicht nur Reflex der Dienstpflicht, sondern wesentlicher Bestandteil der Berufspflicht des Polizisten. Dies ergibt sich auch schon daraus, dass der einzelne Bürger Träger subjektiver Rechte gegen den Staat ist, somit auf das Eingreifen der Polizei einen Anspruch hat. Da sich die Garantenstellung des Beamten aus seinem Beruf ergibt, müssen aber 2 Einschränkungen gemacht werden: Zum einen muss der Beamte nach seiner konkreten Dienstpflicht örtlich und sachlich zum Schutz des Rechtsguts zuständig sein; eines speziellen Auftrags bedarf es aber nicht. Zum anderen ist der Beamte nur während der Dienstzeit Garant; in seiner Freizeit haftet er wie jeder andere Bürger auch nur nach § 323 c.

- Dem wird aber entgegengehalten (Rudolphi JR 1987, 338 ff.; Grünwald ZStW 70, 425, 428; Herzberg, Die Unterlassung S. 356), dass eine Garantenstellung stets voraussetzt, dass das Opfer zur eigenen Gefahrenabwehr unfähig ist und insofern vom Unterlassungstäter abhängig ist. Der bedrohte Bürger ist aber außerhalb von Abhängigkeitsverhältnissen im Verhältnis zum Staat (wie z.B. bei Strafgefangenen) weder tatsächlich noch rechtlich in seinen Abwehrmöglichkeiten beschränkt; im Gegenteil: Der Staat räumt ihm in den jeweiligen Rechtfertigungsgründen noch Abwehrrechte ein, so dass der Bürger selbst für die Abwehr ihm drohender Gefahren zuständig und verantwortlich ist. Staatsorgane sind wie andere Bürger auch nur im Rahmen der §§ 138, 323 c zum Eingreifen verpflichtet, doch kann diese allgemeine Hilfspflicht keine Garantenpflicht erzeugen, da der Betroffene nicht in gleichem Maß wie im Rahmen des § 13 vom Eingreifen Dritter abhängig ist und der Unterlassende das Geschehen nicht in einer dem Begehen durch positives Tun vergleichbaren Weise beherrscht.

Eine Ausnahme gilt dort, wo der Staat die Bekämpfung spezifischer Gefahren allein deshalb übernehmen muss, weil der einzelne Bürger diesen Gefahren hilflos gegenübersteht, wie z.B. beim Eingreifen der Feuerwehr oder des Katastrophenschutzes, da hier die staatlichen Organe aufgrund ihrer personellen und sachlichen Ausstattung das Geschehen beherrschen.

II. Der Überwachergarant = Garantenstellung zur Überwachung von Gefahrenquellen

Der Überwachergarant ist im Gegensatz zum Hütergarant nicht für eine bestimmte *Person*, sondern für eine ganz bestimmte *Gefahrenquelle* verantwortlich, die sich in seinem Herrschaftsbereich befindet; er ist dabei allerdings gegenüber einem jeden verpflichtet, der mit dieser Sache in Berührung kommt. Die Entstehung einer derartigen Garantenpflicht setzt wiederum voraus, dass der Gefährdete der Gefahr gegenüber schutzlos ist, andererseits der Täter die Herrschaft über diese Gefahrenquelle ausübt und daher das Geschehen beherrscht.

1) **Die Sache befindet sich im Einflussbereich des Garanten**

a) Es handelt sich um die **strafrechtliche Parallele zur zivilrechtlichen Verkehrssicherungspflicht**: Wie auch im Zivilrecht ist derjenige, von dessen Herrschaftsbereich aus Gefahren für die Allgemeinheit ausgehen, verpflichtet, diese Gefahren einzudämmen. Dies gilt auch im Strafrecht unabhängig von der Frage, ob die Gefahrenquelle rechtmäßig oder rechtswidrig eröffnet wurde. Diese Pflicht ist die Kehrseite der Tatsache, dass sich der Gefährdete selbst vor dieser Gefahr nicht schützen kann, da ihm die Einwirkung auf eine fremde Sache grundsätzlich untersagt ist; er muss sich daher auf den Inhaber der Sachherrschaft verlassen dürfen.

Beispiel: Der Nachbar darf auf einem fremden Grundstück weder eigenmächtig eine Baugrube umzäunen noch einem fremden Hund einen Maulkorb einlegen.

b) **Wer gefährliche Gegenstände besitzt, muss also Vorsorge treffen, dass sich die Gefahr nicht realisiert** (BGH NJW 2002, 1888). Dies gilt auch, wenn er die Sache gar nicht besitzen darf, da an die *Sachherrschaft*, nicht an die *Berechtigung* angeknüpft wird: Auch der Dieb eines bissigen Hundes muss dem Hund einen Maulkorb anlegen; der Dieb eines Pkw muss diesen in verkehrssicherem Zustand erhalten. Die Garantenstellung folgt daher nicht bereits aus der Haltereigenschaft; auch der Besitzer eines geliehenen Pkw ist für dessen Zustand verantwortlich (Schönke/Schröder/Stree/Bosch § 13 Rz. 43).

c) Andererseits endet die Verantwortlichkeit nicht mit dem Verlust des unmittelbaren Besitzes, sondern erst, wenn sich die Sache auch wirtschaftlich nicht mehr im Bereich des an sich Verantwortlichen befindet.

Beispiel: Der Eigentümer eines verliehenen Pkw bleibt für den Zustand des Wagens verantwortlich und muss auch die Gefahren eindämmen, die sich aus dem Fehlverhalten des Entleihers ergeben.

d) Der Umfang der Garantenpflicht geht dahin, die Gefahrenquelle so abzusichern, dass sich die Gefahr nicht realisiert. Ist dies jedoch bereits geschehen, so begründet dies keine selbständige Rettungspflicht.

Beispiel: Der Eigentümer eines Hundes wird nicht zum Garanten desjenigen, der den Hund gereizt hat und von ihm gebissen wurde.

e) **Die Garantenpflicht besteht nur gegenüber Personen, die berechtigterweise mit der Sache in Berührung gelangen**. Dieses dahinter stehende Prinzip der Eigenverantwortlichkeit gilt aber im Strafrecht ebenso wenig wie im Zivilrecht gegenüber Kindern, die auf sich selbst noch nicht aufpassen können oder mit deren Fehlverhalten zu rechnen war.

f) **Der BGH (NJW 2017 Spezial, 89, 90; NJW 2016, 176 mwN) bejaht eine Garantenstellung auch in Fällen einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung**.

Fall nach BGH NJW 2016, 176: Täter T lässt während einer von ihm organisierten Feier in seiner Wohnung eine Flasche mit unverdünntem GBL (liquid ecstasy) offen herumstehen. Obwohl er seine Gäste warnt, GBL nicht unverdünnt zu trinken, trinkt einer der Gäste aus der Flasche, wird ohnmächtig und stirbt anschließend, weil T ihn nicht ausreichend versorgt und erst viel zu spät medizinische Hilfe ruft.

Der BGH (BGH NJW 2016, 176) bestraft eine Strafbarkeit wegen Totschlags durch Unterlassen gemäß den §§ 212, 13 I und begründet die erforderliche Garantenstellung mit der tatsächlichen Sachherrschaft über das hochgradig gefährliche Mittel. Der BGH begründet die Garantenstellung wie folgt:

„Jeder, der eine Gefahrenquelle beherrscht, muss erforderliche Vorkehrungen zum Schutz anderer Personen treffen. Der Umfang der Erfolgsabwendungspflicht bestimmt sich nach dem Grad der Gefahr. Die Anforderungen sind umso höher, je größer bei erkennbarer Gefährlichkeit einer Handlung die Schadenswahrscheinlichkeit und –intensität ist.

Die von T ausgesprochene Warnung, GBL nicht unverdünnt zu trinken, genügte nicht, weil die Flasche frei zugänglich war und die anderen Gäste bereits Alkohol und verschiedene Drogen konsumiert hatten (so auch BGH NJW Spezial 2017, 89, 90).

Zwar unterfällt eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung grundsätzlich nicht dem Schutzzweck eines Körperverletzungs- oder Tötungsdeliktes, wenn sich das mit der Gefährdung vom Opfer bewusst eingegangene Risiko realisiert. Wer eine derartige Gefährdung veranlasst, nimmt an einem Geschehen teil, das kein tatbestandsmäßiger Vorgang ist.

Diese eigenverantwortliche Selbstgefährdung ändert aber nichts an der fortbestehenden Garantenstellung. Entgegen der im Schrifttum geäußerten Kritik ist es nicht wertungswidersprüchlich, zwar jegliche Beteiligung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung auch für den Garanten straffrei zu stellen, bei Realisierung des eingegangenen Risikos aber eine Erfolgsabwendungspflicht aus § 13 I anzunehmen. Anders als in den Selbsttötungsfällen bringt sich das Opfer zwar sehenden Auges in Gefahr, will aber gerade nicht sterben. Das sich selbst gefährdende Opfer verzichtet also gerade nicht auf Schutz, wenn die Gefährdung des eigenen Lebens droht, zum Tode zu führen.

Ob für den Fall eines eigenverantwortlichen Suizids nach Verlust der Handlungsherrschaft etwas anderes gilt (BGH NStZ 2012, 319), bedarf hier keiner Entscheidung."

2) **Die Verantwortlichkeit für das Verhalten Dritter**

Es handelt sich um die **strafrechtliche Parallele zur zivilrechtlichen Verletzung der Aufsichtspflicht nach § 832 BGB**: Ohne Rücksicht auf ein vorangegangenes Tun oder eine freiwillige Übernahme ergibt sich die Verantwortung allein aus der Nähe zur Gefahr. Grundsätzlich ist auch im Strafrecht jeder nur für sein eigenes Verhalten und nicht zugleich auch für das Verhalten eines anderen verantwortlich, es sei denn, dass das Strafrecht dem Unterlassungstäter diese Pflicht ausdrücklich auferlegt. Diese Garantenpflicht basiert auf einer Aufsichtspflicht und / oder Befehlsgewalt des Täters über den unmittelbar Handelnden, da nur unter dieser Prämisse der Unterlassende das Geschehen beherrscht. Dabei kann man zwischen 2 Fallgruppen unterscheiden:

a) **Der unmittelbar Handelnde ist für sein eigenes Verhalten (noch) nicht verantwortlich**, so dass die Verantwortung für dessen Verhalten der aufsichtspflichtige Dritte trägt. Diese Verantwortlichkeit endet in dem Augenblick, in dem der Handelnde seine eigene Verantwortlichkeit erlangt, wie z.B. bei Jugendlichen an deren 18. Geburtstag, an dem deren strafrechtliche Eigenverantwortlichkeit beginnt und die elterliche Erziehungsgewalt endet.

Beispiel: Beim begleiteten Fahren i.S.d. § 48 a FeV hat der Beifahrer gegenüber der Allgemeinheit die Pflicht übernommen, auf den Fahranfänger zur Vermeidung von Gefahren einzuwirken (Feltz/Kögel DAR 2004, 128; anders Fischinger/Seibl NJW 2005, 2889).

b) Ausnahmsweise kann man auch Garant dafür sein, dass schuldfähige Täter keine Straftaten begehen, wenn diese Personen der eigenen **Befehlsgewalt** unterstehen (vgl. §§ 357 StGB; 41 WStG). Die Verantwortlichkeit reicht selbstverständlich nur soweit, wie die Befehlsgewalt reicht, ist also auf deren dienstliche Tätigkeit beschränkt.

c) Der **Wohnungsinhaber** ist (entgegen BGH St 27, 13) nicht Garant dafür, dass in seiner Wohnung keine Straftaten begangen werden. Der alleinige Umstand, dass er diese Sphäre beherrscht („raus hier"), macht ihn für das Verhalten Dritter in dieser Sphäre nicht verantwortlich.

Beispiel: So begeht ein Gastwirt keine Beihilfe zur Hehlerei durch Unterlassen, der gegen einen Verkauf gestohlener Ware in seinem Lokal nicht einschreitet (Jescheck S. 567).

Auch der BGH (BGH St 30, 394, 396) folgert aus dem Hausrecht allein keine Garantenstellung mehr. Der Bewohner soll nur noch dann Garant sein, wenn seine Wohnung mehr als der Tatort ist, also eine gesteigerte Gefahrenquelle dadurch darstellt, dass sie zum *Mittel* für die leichtere Tatausführung oder zur Sicherung des Taterfolges wird, also gezielt als „Mittel" der Tatbegehung eingesetzt wird.

Beispiel: Bei einem Attentat auf ein Gebäude aus der Wohnung gegenüber wird die Wohnung als „Mittel" benutzt.

3) **Garantenstellung aus Ingerenz**

Aus dem Gebot, niemanden zu verletzen (neminem laede) folgt die Pflicht, selbst geschaffene Gefahren zu beseitigen, wenn aus ihnen die Verletzung fremder Rechte droht (Welp, Vorangegangenes Tun, 177). Eine Garantenstellung aus einem vorangegangenen gefährdenden Tun setzt (nach SK-Rudolphi § 13 Rz. 38) zweierlei voraus:

a) Der Täter muss durch sein Vorverhalten eine Gefahrenlage geschaffen oder gesteigert haben, der das bedrohte Rechtsgut schutzlos ausgeliefert ist.

b) Dieses Vorverhalten muss zumindest rechtswidrig sein. Die objektive Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens setzt aber nicht voraus, dass der Handelnde bei seinem Vorverhalten sorgfaltswidrig und damit fahrlässig gehandelt hat; es genügt die **rechtliche Missbilligung der Gefährdung** (a.A. Schünemann ZStW 96 (1984), 287, 295; Jakobs 29/45). War das Vorverhalten rechtmäßig, so entsteht zwar eine allgemeine Hilfspflicht nach § 323 c, aber keine Garantenstellung nach § 13 (h.M., z.B. BGH NStZ 2000, 414; 1998, 83; BGH St 23, 327; Blei AT S. 324; Jescheck S. 507).

Beispiel: Das Opfer O wird vom Räuber R an einer einsamen Stelle im Wald angegriffen. O verteidigt sich durch einen gezielten Schlag mit seinem Spazierstock; R sinkt ohnmächtig und stark blutend zu Boden. O ist verpflichtet, vom nächstgelegenen Telefon aus einen Rettungswagen zu alarmieren. Tut er dies nicht, so macht er sich nach § 323 c strafbar. Ein Garant i.S.d. § 13 ist O jedoch nicht.

c) Ferner muss das rechtswidrige Vorverhalten die Gefahr des Schadenseintritts als naheliegend erscheinen lassen (Adäquanz) und gegen den Schutzzweck der Norm verstoßen, d.h., es muss Sinn und Zweck der durch das Vorverhalten verletzten Schutznorm gewesen sein, derartige Gefahren

zu vermeiden (= **Pflichtwidrigkeitszusammenhang**). Eine über § 323 c hinausgehende Verantwortung trifft den Täter nur, wenn sich im Erfolg die durch das rechtswidrige Vorverhalten geschaffene Gefahr realisiert (Jescheck/Weigend S. 565).

Beispiele:
1) Ein Dieb ist nicht Garant für den Verfolger.
2) Der Mittäter eines Raubes ist nicht aus Ingerenz verpflichtet, die Vergewaltigung des Opfers durch den anderen Mittäter zu verhindern (BGH StV 1998, 127).
3) Nicht zurechenbare Exzesshandlungen eines Mittäters machen den anderen nicht zum Garanten (BGH NStZ 2000, 583). Etwas anderes gilt aber, wenn der eine Mittäter einer Körperverletzung den anderen in seinem nunmehr auf Tötung gerichteten Verhalten bestärkt (BGH NStZ 2009, 382).
4) In den Pflichtwidrigkeitszusammenhang sind auch die Gefahren nicht eingeschlossen, die erst dadurch entstehen, dass ein anderer die durch den Vortäter geschaffenen Lage zu einem eigenen deliktischen Verhalten ausnutzt (Schönke/Schröder/Stree/Bosch § 13 Rz. 35 a; abweichend Jakobs 814).

d) Nach anderer Ansicht (Jakobs 29/39; Herzberg JZ 1986, 986 ff.; Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz im Strafrecht 1968, 209 ff; Arzt JA 1980, 713 ff.) soll die bloße Verursachung einer Gefahr unabhängig von der rechtlichen Qualität des Handelns genügen, um den reinen Verursacher zum Garanten zu machen.

Kritik: Gegen die letztgenannte Ansicht spricht jedoch, dass die wertfreie Kausalität ohne persönliche Vorwerfbarkeit im Strafrecht keine Verantwortung begründen kann (BGH NStZ 1998, 93; NJW 1998, 1573). Bei vollkommen rechtmäßigem Vorverhalten ist der Betroffene nicht in einer zum Begehungsdelikt vergleichbaren Weise vom Eingreifen des Unterlassen abhängig, sondern musste mit diesem Vorverhalten rechnen und sein eigenes Verhalten darauf einstellen (SK-Rudolphi § 13 Rz. 40).

Daraus folgt:

(1) Kein Garant ist derjenige, dessen rechtmäßiges Vorverhalten die Gefahrenlage geschaffen hat. So ist z.B. der Fahrer eines Pkw bei einem unvermeidbaren Ereignis nicht Garant für das verletzte Unfallopfer (BGH St 25, 218, 222). Etwas anderes soll nach BGH St 34, 82 (kritisch dazu Rudolphi JR 1987, 162) gelten, wenn sich der Pkw-Fahrer verkehrswidrig verhalten hat und dieses Verhalten in einem Zusammenhang mit dem Unfall stehen kann.

(2) **Auch sozialadäquate Verhaltensweisen wie das Ausschenken alkoholischer Getränke durch einen Gastwirt können keine Garantenstellung begründen, solange der Gastwirt auf die Eigenverantwortlichkeit seiner Gäste vertrauen darf** (BGH St 19, 152, 154). Ist der Gast zu einer eigenverantwortlichen Entscheidung nicht mehr in der Lage, so muss der Gastwirt, der an Autofahrer Alkohol ausschenkt, diese als Garant an der Benutzung des Pkw hindern (BGH St 19, 152); dazu ist er nicht nur nach § 34 *berechtigt*, sondern als Garant sogar nach § 13 *verpflichtet*. Andererseits darf der Gastwirt den volltrunkenen Gast auch nicht einfach auf die Straße setzen und dort seinem Schicksal überlassen (BGH St 26, 35, 39).
Etwas anderes gilt, wenn sie Verantwortung des Vordermannes ausgeschlossen ist (BGH NJW 2004, 1055). Dies wäre z.B. der Fall, wenn der Hintermann dem Vordermann heimlich Alkohol oder Drogen beibringt oder einen Unerfahrenen zum Alkohol- oder Drogenkonsum verleitet (Schönke/Schröder/Stree/Bosch § 13 Rz. 40/41).

(3) **Kein Garant ist derjenige, dessen Vorverhalten durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt ist**. So ist der Verteidiger nach erfolgter Notwehr kein Garant für den Angreifer (BGH St 23, 327); zum einen soll der Verteidiger nicht schlechter stehen als ein unbeteiligter Dritter, zum anderen soll ihn der Angreifer durch seinen Angriff nicht zu seinem eigenen Garanten machen können (a.A. Herzberg JuS 1971, 74; Welp JZ 1971, 433).

(4) **Garant kann jedoch der Hersteller oder Vertriebshändler sein, der ein Produkt in den Verkehr bringt, das nicht der berechtigten Verbrauchererwartung entspricht, sondern auch bei bestimmungsgemäßer Anwendung zu Gesundheitsschäden führen kann** (= Lederspray-Entscheidung, BGH NJW 1990, 2560). Dabei können sich auch leitende Angestellte durch den Vertrieb des Produkts strafbar machen (BGH NJW 1995, 2933; Schmidt/Salzer NJW 1996, 1 ff.).

(a) Hat der Hersteller/ Vertreiber dieses Produkt in Kenntnis seiner Gefahren auf den Markt gebracht, haftet er für positives Tun.

(b) Hat der Hersteller/ Vertreiber erst nach dem Inverkehrbringen von möglichen Gesundheitsrisiken erfahren, so muss er die Verbraucher warnen und die entsprechenden Produkte zurückrufen; tut er dies nicht, so macht er sich wegen Körperverletzung durch Unterlassen gemäß den §§ 223, 13 strafbar. Die erforderliche Garantenstellung ergibt sich hier aus dem vorangegangenen, gefährdenden Inverkehrbringen, also aus Ingerenz. Wer durch das Inverkehrbringen derartiger gesundheitsgefährdender Produkte eine Gefahr für den Verbraucher schafft, ist dafür verantwortlich, dass sich diese Gefahren nicht realisieren. Die (nach h.M. erforderliche) Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens ergibt sich – unabhängig von der Existenz einer Verbotsnorm, die gerade dieses Verhalten unter Strafe stellt - aus dem hohen verfassungsrechtlichen Rang der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG).

(c) Das Vorverhalten muss nur *pflichtwidrig*, nicht *schuldhaft* im Sinne von vorwerfbar sein, so dass die Garantenstellung des Herstellers nicht davon abhängt, dass er bereits bei Inverkehrbringen die Gesundheitsgefahr hätte erkennen können. Es genügt vielmehr die rechtliche Missbilligung der Gefährdung (dagegen Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 79 ff).

10. Teil: Die Konkurrenzlehre

Vorbemerkung: Die Funktion der Konkurrenzen

Fall 1: T schlägt das Opfer O ins Gesicht und beschädigt dabei gleichzeitig dessen Brille. Wie verhält sich die Körperverletzung des § 223 zur Sachbeschädigung des § 303?

Fall 2: T überholt einen LKW vor einer Kurve und verletzt die beiden Insassen eines entgegenkommenden Fahrzeugs. Wie wirkt sich der Umstand auf die Strafzumessung aus, dass er 2 Personen gleichzeitig verletzt hat?

Wie bereits die Überschrift des 3. Titels zeigt, geht es bei den Konkurrenzen um die Strafzumessung in Fällen, in denen der Täter durch eine oder mehrere Handlungen verschiedene Tatbestände oder einen Tatbestand mehrfach verwirklicht. Dabei muss man von **zwei grundverschiedenen Modellen der Konkurrenzlehre** ausgehen:

1) **Unechte Konkurrenz**: Obwohl der Täter durch eine oder mehrere Handlungen 2 Tatbestände verwirklicht hat, spielt der 2. Tatbestand bei der Strafzumessung keine Rolle, weil er durch den anderen Tatbestand verdrängt wird; dies wird auch dadurch verdeutlicht, dass er im Tenor des Strafurteils nicht erscheint. Da letztlich nur der verdrängende Tatbestand angewandt wird, stellt sich hier die Frage nach dem Verhältnis der Tatbestände nicht. Eine derartige, gesetzlich nicht geregelte Konstellation nennt man **Gesetzeskonkurrenz**.

2) **Echte Konkurrenz**: Hier verdrängt nicht der eine Tatbestand den anderen, sondern beide Tatbestände stehen zunächst nebeneinander und konkurrieren daher. In den §§ 52 - 54 wird nun die Frage beantwortet, wie sich diese Konkurrenzsituation auf die Strafzumessung auswirkt. Dabei wird zwischen **Idealkonkurrenz (Tateinheit)** und **Realkonkurrenz (Tatmehrheit)** unterschieden. Es handelt sich gemäß § 52 I um Idealkonkurrenz (**Tateinheit**), wenn **dieselbe Handlung** mehrere Strafgesetze **(= ungleichartige Idealkonkurrenz)** oder dasselbe Gesetz mehrfach verletzt **(= gleichartige Idealkonkurrenz)**. Waren es **mehrere Handlungen**, so liegt **Realkonkurrenz** (**Tatmehrheit**) vor.

3) **AL-Klausurtipp**:
Die bei echter Konkurrenz alles entscheidende Frage lautet daher, ob es sich um „dieselbe“ Handlung oder um mehrere Handlungen handelt; andererseits wird der Begriff „dieselbe Handlung“ nicht gesetzlich definiert, sondern im Gegenteil gesetzlich in § 52 I vorausgesetzt. Die im Einzelfall sehr schwierige Differenzierung zwischen „einer“ und „mehreren“ Handlungen kann jedoch dahinstehen, wenn die Tatbestände ohnehin nicht konkurrieren, weil der eine Tatbestand den anderen verdrängt, so dass Sie von der Prüfungsreihenfolge her in der Klausur mit der Gesetzeskonkurrenz anfangen sollten.

§ 47 Die Gesetzeskonkurrenz

Vorbemerkung

Der Täter hat zwar durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Straftatbestände erfüllt, doch ergibt sich entweder bereits durch Zuhilfenahme der *Logik* oder durch *Auslegung*, dass nicht alle verwirklichten Tatbestände in die Strafzumessung einfließen, weil die Bestrafung aus dem einen Tatbestand den Unwertgehalt des anderen Tatbestandes abgilt und daher den anderen Tatbestand bei der Strafzumessung verdrängt.

Da der Täter wegen der Verwirklichung des verdrängten Tatbestandes nicht bestraft werden kann, erscheint der verdrängte Tatbestand nicht im Tenor des Strafurteils. Auch der Strafrahmen wird nur dem anwendbaren Tatbestand entnommen.

Dennoch ist das verdrängte Gesetz nicht ohne jede Wirkung:

- Die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe des verdrängten Tatbestandes darf nicht unterschritten werden; im verdrängten Strafgesetz gesetzlich vorgesehene Nebenstrafen und Maßregeln der Besserung und Sicherung können verhängt werden. Man spricht insofern von einer **Sperrwirkung des verdrängten milderen Gesetzes**.

- Auch beim **Rücktritt von einem qualifizierten Versuch** bleibt die Wirkung des an sich verdrängten Gesetzes erhalten: Ist der eine Tatbestand nur versucht worden, der andere, an sich verdrängte Tatbestand jedoch bereits vollendet, so erstreckt sich die strafbefreiende Wirkung des Rücktritts selbstverständlich nur auf den Tatbestand, der noch nicht vollendet ist.
  Beispiel: Hat der Täter, der das Opfer erschießen wollte, das Opfer bereits verletzt, so wird der Täter auch nach strafbefreiendem Rücktritt vom versuchten Totschlag noch wegen vollendeter gefährlicher Körperverletzung gemäß § 224 I Nr. 2 bestraft.

I. Die Spezialität

Bei der Spezialität handelt es sich um ein **streng logisches Verhältnis** zweier Tatbestände zueinander. Es kommt weder auf den konkreten Einzelfall noch auf eine gesetzliche Wertung an: Spezialität ist eine reine Frage von Denkgesetzen. **Der eine Tatbestand verdrängt den anderen, wenn er sämtliche Merkmale des anderen enthält sowie weitere spezielle Merkmale**. Wer das spezielle Delikt verwirklicht, verwirklicht logischerweise auch den Tatbestand des verdrängten Gesetzes.

1) **Qualifikation / Grundtatbestand**: Der Tatbestand der Qualifikation enthält sämtliche Merkmale des Grundtatbestandes sowie die jeweiligen Qualifikationstatbestandsmerkmale.
   Beispiel: Der schwere Diebstahl des § 244 I Nr. 1 a enthält sämtliche Tatbestandsmerkmale des § 242 sowie das Beisichführen einer Waffe.

2) **Privilegierung / Grundtatbestand**: Die Privilegierung enthält sämtliche Merkmale des Grundtatbestandes sowie zusätzliche, den Grundtatbestand privilegierende Merkmale.
   Beispiel: Bei der Tötung auf Verlangen gemäß § 216 verwirklicht der Täter den Tatbestand des § 212, da er einen Menschen tötet.

3) **Zusammengesetzte Delikte**: Ein zusammengesetztes Delikt ist spezieller als die Summe seiner Bestandteile.
   Beispiel: Der Raub i.S.d. § 249 ist spezieller als der Diebstahl i.S.d. § 242 und die qualifizierte Nötigung des § 240, aus denen sich der Raub zusammensetzt. Dies wird schon dadurch deutlich, dass sich der Deliktscharakter verändert: Obwohl die einzelnen Elemente des Raubes (Diebstahl und Nötigung) jeweils Vergehen sind, ist deren Zusammensetzung ein Verbrechen.

Wird ein Grundtatbestand durch verschiedene Qualifikationsmerkmale gleichzeitig qualifiziert, so stehen allerdings die Qualifikationstatbestände zueinander in Idealkonkurrenz, um durch die Idealkonkurrenz klarzustellen, dass verschiedene Qualifikationen zeitgleich verwirklicht wurden.
Beispiel: Hat der Räuber das Raubopfer mit einer Schusswaffe leichtfertig getötet, so stehen die §§ 250 II Nr. 1 und 251 gemäß § 52 I in Tateinheit.

II. Die Subsidiarität

Der subsidiäre Tatbestand gilt nur hilfsweise für den Fall, dass dieses Verhalten nicht bereits durch eine andere Norm unter Strafe gestellt wurde. Diese Subsidiarität kann sich zum einen daraus ergeben, dass verschiedene Normen das gleiche Rechtsgut in unterschiedlichen zeitlichen Stadien schützen (Verbrechensverabredung / Versuch / Vollendung) oder Angriffe von verschiedener Intensität vorliegen (Gefährdungsdelikte / Verletzungsdelikte). Man kann dabei zwischen 2 Formen der Subsidiarität unterscheiden:

1) **Gesetzliche Subsidiarität**

Hier ergibt sich der subsidiäre Charakter der Norm bereits daraus, dass sie nach dem Gesetzeswortlaut nur hilfsweise gilt.

a) Das Vortäuschen einer Straftat nach § 145 d ist subsidiär gegenüber der falschen Verdächtigung nach § 164 und der Strafvereitelung nach § 258.

b) Der unbefugte Gebrauch eines Fahrzeugs gemäß § 248 b ist subsidiär gegenüber dem Diebstahl des Fahrzeugs.

c) Das Erschleichen von Leistungen ist gemäß § 265 a subsidiär gegenüber dem Betrug.

d) Trunkenheit im Verkehr nach § 316 ist subsidiär gegenüber der konkreten Gefährdung des Straßenverkehrs nach § 315 c.

2) **Logische Subsidiarität**

Logische Subsidiarität liegt vor, wenn bei dem Angriff auf ein identisches Rechtsgut verschiedene zeitliche Stadien der Straftat bereits unter Strafe stehen oder sich die Angriffsarten in ihrer Intensität unterscheiden:

a) Versuch / Vollendung;

b) Teilnahme / Täterschaft;

c) Beihilfe / Anstiftung;

d) abstrakte Gefährdungsdelikte / konkrete Gefährdungsdelikte;

e) § 323 c / Unechte Unterlassungsdelikte nach § 13;

f) Gefährdungsdelikte / Verletzungsdelikte, es sei denn, die Gefährdung erstreckt sich noch auf andere Rechtsgüter als das Rechtsgut, das letztlich verletzt wurde.
Beispiel: T hat während einer Trunkenheitsfahrt (§ 315 c I Nr.1) das Opfer O fahrlässig getötet: §§ 315 c I Nr.1, 222, 52.

g) §§ 223 ff. / §§ 211 ff.; es sei denn, dass bei einer nur versuchten Tötung das Opfer bereits verletzt wäre = qualifizierter Versuch: §§ 212, 22; 223; 52 wegen der „Klarstellungsfunktion“ der Idealkonkurrenz.

III. Die Konsumtion

Die Konsumtion ist im Gegensatz zur Spezialität und zur Subsidiarität ein **wertendes Verhältnis**, bei dem der konkrete Einzelfall berücksichtigt werden muss. Bei einer rechtlichen Wertung gelangt man - von Fall zu Fall - zu dem Ergebnis, dass die Bestrafung aus dem einen Gesetz den Unwertgehalt des gleichfalls verwirklichten Tatbestandes mit abgilt, so dass der konsumierte Tatbestand bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt werden darf.

1) Mitbestrafte Nachtat

Dient ein tatbestandsmäßiges Verhalten nur dazu, eine Position auszunutzen, zu sichern oder zu verwerten, die durch eine vorherige tatbestandsmäßige Handlung bereits geschaffen wurde, so hat diese Nachtat im Verhältnis zur tatbestandsmäßigen Vortat keinen eigenen Unwertgehalt mehr, wenn Vor- und Nachtat gegen das gleiche Rechtsgut gerichtet sind.

Beispiel 1: Die Veräußerung der zuvor gestohlenen Sache stellt eine Unterschlagung nach § 246 I dar, die aber im Verhältnis zum Diebstahl die Verletzung des Eigentums nicht mehr intensiviert. (Nach BGH St 14, 38 ist die Veräußerung gar nicht erst tatbestandsmäßig, da nach erfolgtem Diebstahl eine eigentümerähnliche Position nicht mehr begründet, sondern nur noch ausgenutzt wird).

Beispiel 2: Leugnet der Dieb gegenüber dem Eigentümer, im Besitz der Beute zu sein, so liegt darin ein Sicherungsbetrug gemäß § 263, wenn der Eigentümer aufgrund dieser Behauptung auf die Geltendmachung seines Herausgabeanspruchs verzichtet, wobei der Sicherungsbetrug aber im Verhältnis zum Diebstahl mitbestrafte Nachtat ist.

Eine Nachtat wird aber durch die Bestrafung aus der Vortat nicht mehr abgegolten, wenn die Nachtat ein selbständiges Rechtsgut verletzt.

Beispiel: Eigentümer E hat seinem Freund F einen Pkw geliehen, den F an einen Dritten veräußert hat (= veruntreuende Unterschlagung nach § 246 II). F behauptet gegenüber E, der Wagen sei ihm gestohlen worden, kann das aber in einem Prozess, in dem E auf Herausgabe klagt, nicht beweisen, so dass F zur Herausgabe verurteilt wird. Als E durch den Gerichtsvollzieher diesen Herausgabeanspruch vollstrecken lässt, gibt F nach § 883 II ZPO eine falsche eidesstattliche Versicherung ab, er wisse nicht, wo sich das Fahrzeug befinde. Die veruntreuende Unterschlagung und die falsche Versicherung an Eides Statt stehen in Tatmehrheit, da § 156 nicht das Eigentum schützt.

2) Typische Begleittat

Bei der Begehung bestimmter Tatbestände ist es zwar nicht zwingend, dass zugleich andere Tatbestände verwirklicht werden (sonst läge Spezialität vor!), aber es ist doch so regelmäßig der Fall, dass dies beim Strafmaß der konsumierenden Delikte bereits durch den Gesetzgeber berücksichtigt wurde. Die konsumierten Taten fallen daher gegenüber den anderen Delikten nicht gesondert ins Gewicht (Jescheck/Weigend § 69 II 3 b).

Beispiele:

1) Beim Einbruchsdiebstahl gemäß den §§ 242, 244 I Nr.3 fallen die gleichzeitig verwirklichten Tatbestände der §§ 123 und 303 nicht ins Gewicht.
2) Beim Totschlag spielt die Sachbeschädigung an der Kleidung des Toten durch den Eintritt der Kugel ebenso wenig eine Rolle wie die Sachbeschädigung am Getränk bei der Vergiftung des Opfers.

Bei der Konsumtion ist irrelevant, dass der Täter z.B. wegen eines fehlenden Strafantrags oder wegen Verjährung für die konsumierende Tat nicht bestraft werden kann. Andererseits ist auch die konsumierte Tat tatbestandsmäßig und rechtswidrig begangen worden, so dass eine Teilnahme an einer konsumierten Haupttat durchaus möglich ist.

§ 48 Die Idealkonkurrenz

Vorbemerkung

Damit Sie die unterschiedliche Strafzumessung bei Idealkonkurrenz (§ 52) und Realkonkurrenz (§§ 53, 54) besser verstehen, möchte ich Ihnen zunächst einmal die möglichen Prinzipien der Strafzumessung vorstellen, wenn der Täter mehrere Straftaten begangen hat.

1) **Das Kumulationsprinzip**

Der Richter setzt für jeden verwirklichten Tatbestand eine Strafe fest und addiert sie. Die Addition der Einzelstrafen lässt aber das Strafmaß progressiv über das Maß der Schuld des Täters hinaus ansteigen: So würde z.B. ein Serientäter, der 100 Ladendiebstähle begangen hat, durch die Addition der Einzelstrafen nahezu lebenslänglich ins Gefängnis gehen.

2) **Das Asperationsprinzip**

Dieses Prinzip liegt der **Realkonkurrenz** gemäß den §§ 53, 54 zugrunde. Der Richter setzt zunächst für jede einzelne Tat ein eigenes Strafmaß fest; anschließend wird die höchste Einzelstrafe (= **Einsatzstrafe**) noch einmal wegen der Begehung der anderen Taten erhöht = **Gesamtstrafe**. Diese Gesamtstrafe darf jedoch nach § 54 II nicht die Summe der Einzelstrafen erreichen (das wäre ja Kumulation!); bei zeitigen Freiheitsstrafen darf sie 15 Jahre, bei Geldstrafe 720 Tagessätze nicht überschreiten. Ist eine der Strafen lebenslange Freiheitsstrafe, so wird gemäß § 54 I auf lebenslange Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe erkannt.

3) **Das Absorptionsprinzip**

Liegt **Idealkonkurrenz** vor, so wird nach § 52 I nur auf eine Strafe erkannt:

a) Hat der Täter einen Tatbestand mehrfach verletzt (= **gleichartige Idealkonkurrenz**), so wird das Strafmaß gemäß § 52 I unmittelbar dem verletzten Tatbestand entnommen; die mehrfache Tatbestandserfüllung wirkt sich in der Regel strafschärfend aus.

b) Sind mehrere Strafgesetze verletzt (= **ungleichartige Idealkonkurrenz**), so wird die Strafe gemäß § 52 II - IV dem Tatbestand entnommen, der die höchste Strafandrohung enthält; die Bestrafung aus diesem Tatbestand absorbiert die Verwirklichung des anderen Tatbestandes.

c) Wie auch im Rahmen der Gesetzeskonkurrenz (= **Sperrwirkung des milderen Gesetzes**) ist aber der absorbierte Tatbestand nicht ohne jede Wirkung:

aa) Gemäß § 52 II 2 darf die festgesetzte Strafe nicht unter der Mindeststrafandrohung des absorbierten Tatbestandes liegen.

bb) Ferner können Nebenstrafen oder Maßnahmen der Besserung und Sicherung verhängt werden, die das absorbierte Gesetz vorsieht.

d) Alle idealkonkurrierenden Tatbestände erscheinen im Tenor des Strafurteils, um den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt klarzustellen (= **Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz**).

AL-Klausurstrategie

Bei Realkonkurrenz wird die Strafe gemäß den §§ 53, 54 durch das Asperationsprinzip, bei Idealkonkurrenz durch das Absorptionsprinzip festgelegt. Da bei der Realkonkurrenz im Gegensatz zur Idealkonkurrenz die Strafe erhöht wird, ist die Idealkonkurrenz für den Täter die günstigere Regelung. Der Grund dieser Privilegierung besteht darin, dass der Täter in Fällen der Idealkonkurrenz mehrere Tatbestände durch nur eine Handlung begangen hat.
Beispiel: So macht es einen Unterschied, ob der Täter das Opfer schlägt und bei diesem Schlag gleichzeitig (= dieselbe Handlung) dessen Brille zerstört oder ob er das Opfer zunächst schlägt und anschließend durch eine erneute Handlung dessen Brille zerbricht.

Sie sehen also, dass die Annahme von Idealkonkurrenz gemäß § 52 wegen des Absorptionsprinzips eine für den Täter günstigere Lösung darstellt, die allerdings nur gerechtfertigt ist, wenn der Täter mehrere Tatbestände oder denselben Tatbestand mehrfach durch „dieselbe" Handlung verwirklicht hat. **Die bei der Abgrenzung von Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz alles entscheidende Frage lautet daher, wann es sich um „dieselbe" Handlung i.S.d. § 52 handelt**. Diese Frage ist aber nicht immer einfach zu beantworten. Gehen Sie in der Klausur einfach davon aus, dass es sich bei der Anwendung des § 52 I um eine Besserstellung im Verhältnis zur Realkonkurrenz handelt und fragen Sie sich im Zweifel, ob der Täter dieses Privileg verdient. Ist in der Klausur zweifelhaft, ob die tatsächlichen Voraussetzungen der Idealkonkurrenz vorgelegen haben, so gehen Sie „in dubio pro reo" von Idealkonkurrenz aus (vgl. BGH NStZ RR 2006, 55).

I. Die natürliche Handlung

Der denkbar einfachste Fall besteht darin, dass der Täter mehrere Tatbestände durch eine natürliche Handlung verwirklicht hat. **Eine Handlung im natürlichen Sinn ist eine einzelne Körperbewegung, die von einem Willensentschluss getragen ist** (BGH St 18, 26). Dabei liegt auch dann noch eine Handlung vor, wenn durch diese eine Bewegung mehrere Tatbestände verwirklicht und /oder mehrere Erfolge verursacht wurden.
Beispiel: Der Attentäter wirft eine Bombe in eine Menschenmenge: 3 Opfer werden getötet, 5 weitere werden verletzt; zudem entsteht ein hoher Sachschaden. Obwohl verschiedene Rechtsgüter bei verschiedenen Personen verletzt wurden, bleibt es *eine* Handlung: §§ 211, 224 I Nr. 2, 303; 52 I.

II. Die natürliche Handlungseinheit

Eine natürliche Handlungseinheit liegt zum einen vor, wenn mehrere natürliche Handlungen von einem einheitlichen Willensentschluss getragen werden und sich gegen das gleiche Rechtsgut richten, wie z.B. 3 Ohrfeigen in rascher Folge. Diese Serie von einzelnen Handlungen bildet bei natürlicher Betrachtung eine Einheit; es handelt sich daher insgesamt um eine, „dieselbe" Handlung i.S.d. § 52 I.

Die Rspr. (z.B. BGH VRS 28, 365) will darüber hinaus eine natürliche Handlungseinheit auch dann annehmen, wenn die Handlungen zeitlich auseinanderfallen und auch verschiedene Tatbestände verwirklichen. So soll bei der Flucht eines betrunkenen Autofahrers vor der Polizei das gesamte Geschehen (Trunkenheitsfahrt, Körperverletzung, Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, Unfallflucht) bei natürlicher Betrachtung aufgrund des einheitlichen Fluchtwillens eine Einheit bilden.

Bei der Annahme einer natürlichen Handlungseinheit stellt der BGH (BGH NStZ 1996, 129) einmal auf die **Einheitlichkeit des Willensentschlusses** ab (s.o. = einheitlicher Fluchtwille). In anderen Fällen entscheidet das **äußere Erscheinungsbild**, wenn mehrere Handlungen aufgrund ihres räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs derart verbunden sind, dass sie bei natürlicher Betrachtung als Einheit erscheinen.

Dies soll auch bei einem Angriff auf verschiedene höchstpersönliche Rechtsgüter möglich sein (StV 1998, 72; BGH JZ 1985, 250, einschränkend BGH StV 1994, 537; NStZ 1996, 129). Die Tötung oder Verletzung mehrerer Personen wird auf diesem Weg zu *einer* Tat; es liegt keine Idealkonkurrenz, sondern nur *ein* Totschlag bzw. *eine* Körperverletzung vor (BGH JR 1985, 512; BGH NStZ 1985, 217). Idealkonkurrenz liegt danach nur bei unterschiedlichen Deliktstypen vor.

Natürliche Handlungseinheit liegt auch vor, wenn der Täter seinen bereits teilweise verwirklichten Plan zunächst aufgibt, ihn aber im Anschluss zu Ende führt (BGH NJW 1990, 2896) oder den gleichen Erfolg mit mehreren Mitteln herbeiführt, die er nacheinander benutzt (BGH St 10, 129).

Die Gegenansicht (Schönke/Schröder/Stree/Bosch Rz. 22 ff. vor § 52 m.w.N.) lehnt den Begriff der natürlichen Handlungseinheit als zu unpräzise ab, da eine natürliche Betrachtungsweise nicht existiert. Auch sei die Verletzung verschiedener höchstpersönlicher Rechtsgüter die quantitative Steigerung des Unrechts, so dass der Täter das Privileg der Tateinheit nicht verdient, wenn es nicht „dieselbe“ natürliche Handlung war.

III. Die tatbestandliche Handlungseinheit

Hier hat zwar der Täter mehrere natürliche Handlungen vorgenommen, doch kann in Form einer rechtlichen Wertung daraus eine Einheit gebildet werden. Es handelt sich daher um eine **rechtliche Bewertungseinheit** (ausführlich Schönke/Schröder/Stree/Bosch Rz. 17 vor § 52).

1) **Mehraktige Delikte**

Hier kann ein Delikt jeweils durch einen Akt oder durch einen anderen Akt begangen werden, wobei jede einzelne Handlung für sich bereits den Tatbestand erfüllt. So wird wegen Urkundenfälschung nach § 267 sowohl derjenige bestraft, der eine unechte Urkunde herstellt (1.Alt.), eine echte Urkunde verfälscht (2.Alt.) oder von einer unecht hergestellten bzw. verfälschten Urkunde Gebrauch macht (3.Alt.). Jeder einzelne Akt ist für sich betrachtet tatbestandsmäßig, doch bilden die Akte auch in ihrer Gesamtheit bei rechtlicher Bewertung eine Einheit: Wer am Morgen eine unechte Urkunde herstellt, um sie am Abend zu gebrauchen, hat daher am Ende nur eine Urkundenfälschung begangen.

2) **Zusammengesetzte Delikte**

Hier ergibt sich die Vollendung der Tat erst aus der Summe der einzelnen Akte: Erst wenn beide Akte jeweils für sich vollendet sind, ist das zusammengesetzte Delikt vollendet. Die schwere Brandstiftung nach § 306 b II Nr. 3 ist erst vollendet, wenn der Täter Löschgeräte entfernt *und* das Gebäude angezündet hat; auch der Raub setzt sich aus einer qualifizierten Nötigung und dem Diebstahl zusammen: Erst wenn der Täter ein qualifiziertes Nötigungsmittel eingesetzt *und* weggenommen hat, ist der Raub vollendet.

Beispiel: T will dem Opfer O, das auf einer Parkbank sitzt, gewaltsam dessen Brieftasche wegnehmen. Als er sich dem O nähert, fällt dem O die Brieftasche aus dem Mantel; es gelingt dem T, die Brieftasche an sich zu nehmen, ohne Gewalt einzusetzen. Hier liegt nur ein vollendeter Diebstahl vor; der geplante Raub ist nicht einmal ins Versuchsstadium geraten, da der Raubversuch erst mit dem Einsatz des Nötigungsmittels beginnt.

Variante: T hatte den O bereits geschlagen, doch hat O keine Brieftasche bei sich, so dass T dem O nichts wegnehmen kann. Auch hier liegt mangels Wegnahme nur ein versuchter Raub vor.

3) Tatbestandliche Handlungseinheit durch Teilidentität der Ausführungshandlungen

Ein mehraktiges oder zusammengesetztes Delikt kann bis zu seiner Beendigung mit einer weiteren Straftat eine rechtliche Einheit bilden, wenn ein Teil des mehraktigen bzw. zusammengesetzten Deliktes mit dieser anderen Straftat identisch ist.

Beispiel 1: Mehraktiges Delikt/andere Straftat: S schuldet dem G Geld. Als G am 1. 2. stirbt, fälscht S eine Quittung, um sie dem Erben als dem Rechtsnachfolger des G zu präsentieren. Am 15. 2. legt er diese gefälschte Quittung dem Alleinerben A vor, der daraufhin von der Geltendmachung der Forderung absieht. Da die Urkundenfälschung erst mit dem Gebrauchmachen beendet ist, verbindet das Gebrauchmachen die Urkundenfälschung mit dem Betrug zur Tateinheit: §§ 263, 267; 52.

Beispiel 2: **Zusammengesetztes Delikt/andere Straftat**: Der Räuber R schlägt das Opfer und nimmt ihm dessen Brieftasche weg. Die Körperverletzung i.S.d. § 223 ist mit der Gewaltanwendung als einem Teil des Raubes identisch, so dass die Teilidentität der Ausführungshandlung auch hier den Raub mit der Körperverletzung zur Tateinheit verbindet: §§ 249, 223; 52.

4) Tatbestandliche Handlungseinheit durch Klammerwirkung der dritten Straftat

Zwei verschiedene Tatbestände, die jeweils für sich mit einer 3. Straftat in Idealkonkurrenz stehen, können dadurch auch untereinander zur Idealkonkurrenz verbunden werden. **Die 3. Straftat bildet also zwischen den beiden anderen Taten eine rechtliche Einheit und verklammert sie zur Idealkonkurrenz** (BGH NStZ 2008, 209; 2000, 25; kritisch zur Klammerwirkung Schönke/Schröder/Stree/Bosch § 52 Rz. 14; Geppert, Jura 2000, 651 ff.; SK-Günther § 52 Rz. 19).

Beispiel: T schlägt das Opfer O, um ihm dessen Brieftasche wegzunehmen. Raub und Körperverletzung stehen aufgrund der Teilidentität der Ausführungshandlungen (Gewaltanwendung und Körperverletzung waren eine Handlung) in Idealkonkurrenz. Schlägt T zusätzlich den Passanten P, der dem O helfen wollte, so begeht T eine weitere Körperverletzung durch eine erneute Handlung, so dass die körperliche Misshandlung des P zu den §§ 249, 223; 52 an sich in Realkonkurrenz stehen würde. Andererseits diente auch die Gewaltanwendung gegen P der Wegnahme der Brieftasche, so dass auch hier eine Teilidentität der Ausführungshandlung besteht; auch zu dieser Körperverletzung steht der Raub in Idealkonkurrenz. Da der Raub also sowohl zur Verletzung des O als auch zur Verletzung des P in Idealkonkurrenz steht, bildet der Raub zwischen den beiden an sich voneinander unabhängigen Verletzungshandlungen eine rechtliche Klammer: §§ 249, 223; 52.

Die verklammernde Wirkung einer Straftat entsteht aber nur, wenn diese verklammernde Tat im Verhältnis zu den Taten, die durch sie verklammert werden sollen, annähernd wertgleich ist. Ist die 3. Straftat erheblich leichter als die beiden anderen Taten, so würde der Täter durch die Begehung einer 3. Straftat unbillig privilegiert.

Beispiel: Hatte T im o.g. Beispiel sowohl den O als auch den P getötet, so bleibt es dabei, dass zwischen der Tötung des O und der Tötung des P Realkonkurrenz gemäß § 53 besteht; ansonsten würde T durch Anwendung von Idealkonkurrenz für den zusätzlichen Raub noch belohnt (bei Idealkonkurrenz gilt das Absorptionsprinzip!).

Ist nur eines der beiden anderen Delikte erheblich schwerwiegender, so kann die 3. Tat die beiden anderen verklammern.

Beispiel: Hatte T das Opfer O bei seinem Überfall getötet, den Passanten P „nur“ niedergeschlagen, so kann der Raub die Tötung des O und die Körperverletzung des P zur Idealkonkurrenz verklammern.

5) Das Verhältnis eines Dauerdelikts zu weiteren Straftaten

Ein Dauerdelikt zeichnet sich dadurch aus, dass durch eine oder mehrere Handlungen ein rechtswidriger Dauerzustand geschaffen oder aufrechterhalten wird. Sämtliche Taten, die zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dienen, bilden in ihrer Gesamtheit *eine* Tat. Insofern besteht innerhalb des Dauerdeliktes selbst kein Problem der Konkurrenz, da es sich nur um eine Tat handelt.
Problematisch wird es, wenn zeitgleich mit einem Dauerdelikt weitere Straftaten begangen werden. Man muss dabei 3 Situationen unterscheiden:

a) **Idealkonkurrenz** liegt vor, wenn sich das andere Delikt mit der Ausführungshandlung des Dauerdeliktes ganz oder teilweise deckt.

Beispiel: Zwischen einer Trunkenheitsfahrt und einer fahrlässigen Tötung, die sich während der Trunkenheitsfahrt ereignete, besteht Idealkonkurrenz: §§ 315 c, 222, 52.

b) **Realkonkurrenz** besteht zwischen einem Dauerdelikt und einer weiteren Straftat, die nur gelegentlich eines Dauerdelikts begangen wird und mit dem Dauerdelikt in keinem inneren Zusammenhang steht.

Beispiel: Das Opfer O ist entführt worden, um dessen Angehörige zu erpressen. Einer der Entführer nimmt dem entführten Opfer dessen goldene Uhr weg: §§ 239 a, 242; 53.

c) Problematisch sind jedoch die Fälle, in denen sich zwar die Ausführungshandlungen nicht decken, aber eine **finale Verknüpfung** zwischen beiden Taten besteht.

Beispiel: T will das Opfer O in dessen Wohnung verprügeln und begeht zu diesem Zweck einen Hausfriedensbruch.

aa) Hier will eine Auffassung (Schönke/Schröder/Stree Rz. 91 vor § 52) Idealkonkurrenz annehmen, wenn schon vor Begehung des Dauerdeliktes der Tätervorsatz auf eine weitere konkrete Straftat gerichtet war.

bb) Dieses Ergebnis ist meiner Ansicht nach problematisch, weil es den Täter privilegiert, der bereits vor dem Hausfriedensbruch den konkreten Vorsatz bezüglich einer weiteren Tat gefasst hatte. Warum soll aber dieser Täter besser behandelt werden als der, der zunächst „nur“ den Hausfrieden brechen wollte, dabei vom Hausherrn überrascht wird und jetzt den Hausherrn schlägt, um fliehen zu können? Eine den Täter privilegierende Idealkonkurrenz sollte daher nur angenommen werden, wo sich die Ausführungshandlungen zumindest teilweise decken.

§ 49 Die Realkonkurrenz: §§ 53 - 55

Hat der Täter mehrere selbständige Straftaten begangen, die in einem Verfahren abgeurteilt werden, so bestimmt sich die Strafzumessung gemäß den §§ 53 - 55.
Dabei beschreibt § 53 die Voraussetzungen der Realkonkurrenz, § 54 regelt die Bildung der zu verhängenden Gesamtstrafe und § 55 regelt die Voraussetzungen, unter denen eine bereits rechtskräftige Verurteilung nachträglich in die Bildung einer Gesamtstrafe miteinbezogen werden kann.

Wie wir oben bereits gesehen haben, setzt die Realkonkurrenz voraus, dass der Täter mehrere Straftatbestände oder dasselbe Gesetz mehrfach durch mehrere Handlungen verletzt hat.

Beispiel: Der Hooligan Bullmann verletzt an 3 Spieltagen 3 verschiedene Zuschauer während der Fußballspiele.

Bei der Bildung der Gesamtstrafe geht das Gericht in folgender Reihenfolge vor:

1) Zunächst wird für jede einzelne Straftat eine **Einzelstrafe** verhängt, wobei nur die Umstände berücksichtigt werden, die bei der Begehung dieser Tat vorlagen. Sowohl das Maß der Einzelstrafe als auch die Gründe für die jeweilige Strafzumessung müssen später aus den Urteilsgründen hervorgehen.

2) Anschließend entscheidet das Gericht anhand der Arten der Einzelstrafen, ob eine Gesamtstrafe gebildet werden *kann* (§ 53 II) oder sogar gebildet werden *muss* (§ 53 I):

   a) **§ 53 I**: Eine Gesamtstrafe *muss* gebildet werden, wenn als Einzelstrafen entweder mehrere Freiheitsstrafen oder mehrere Geldstrafen verhängt wurden.

   b) **§ 53 II**: Trifft eine Freiheitsstrafe mit einer Geldstrafe zusammen, so *kann* auf eine Gesamtstrafe erkannt werden.

3) Die Gesamtstrafe wird dadurch gebildet, dass das Gericht die höchste jeweils verhängte Einzelstrafe (= Einsatzstrafe) erhöht (= Asperationsprinzip); die derart erhöhte Einsatzstrafe ist die Gesamtstrafe. Nach § 54 II darf aber die Gesamtstrafe die Summe der Einzelstrafen nicht erreichen.

   Exkurs:
   Treffen Freiheitsstrafe und Geldstrafe aufeinander, so entsteht ein Problem: Bei der Gesamtstrafenbildung wird ja nach dem Asperationsprinzip die höchste Einzelstrafe verschärft. Da aber die Freiheitsstrafe im Verhältnis zur Geldstrafe die höhere Strafe ist, wird nun die Freiheitsstrafe erhöht, um die Geldstrafe entfallen zu lassen, so dass der Täter den Wegfall der Geldstrafe durch eine erhöhte Freiheitsstrafe erkauft! Die Bildung einer derartigen Gesamtstrafe ist daher nur zulässig, wenn eine erhöhte Freiheitsstrafe aus präventiven Gründen erforderlich ist; auch die Rspr. (BGH StV 1986, 58) lässt die nicht erhöhte Freiheitsstrafe neben der Geldstrafe bestehen (also keine Gesamtstrafenbildung!), wenn eine Gesamtstrafe für den Täter das größere Übel darstellen würde. Dies wäre z.B. der Fall, wenn die nicht erhöhte Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden könnte, während die Gesamtfreiheitsstrafe vollstreckt werden müsste.

AL-Prüfungsschema: Die Konkurrenzen

Sie gehen bitte in der Klausur in der Reihenfolge vor, die ich der Darstellung der Konkurrenzen zugrunde gelegt habe:

1) Besteht zwischen den verwirklichten Tatbeständen **Gesetzeskonkurrenz**?

   a) **Spezialität**: Qualifikation bzw. Privilegierung / Grundtatbestand; zusammengesetztes Delikt

   b) **Subsidiarität**: Ist einer der Tatbestände im Verhältnis zum anderen gesetzlich oder logisch subsidiär?

   c) **Konsumtion**: Gilt die Bestrafung aus einem Tatbestand die Verwirklichung des anderen Tatbestandes mit ab (Mitbestrafte Vortat, Begleittat, Nachtat)?

2) **Idealkonkurrenz / § 52**: Sind die konkurrierenden Tatbestände durch **dieselbe Handlung** verwirklicht worden?

   a) **Natürliche Handlung**

   b) **Natürliche Handlungseinheit**

   c) **Tatbestandliche Handlungseinheit**
      aa) Mehraktige Delikte
      bb) Zusammengesetzte Delikte
      cc) Teilidentität der Ausführungshandlungen
      dd) Klammerwirkung der 3. Straftat
      ee) Dauerdelikt / Teilidentität der Ausführungshandlungen

3) **Realkonkurrenz: §§ 53 - 55**

§ 50 Die Beweislastverteilung im Strafprozess: „in dubio pro reo“

I. Exkurs: Die Beweislastverteilung im Zivilprozess

Im Zivilprozess gilt die **Verhandlungsmaxime**: Die Parteien sind verpflichtet, dem Gericht die streitentscheidenden Tatsachen zu unterbreiten (dazu Langels, ZPO § 8 III). Bei der Urteilsfindung darf der Richter nur die von den Parteien vorgetragenen Tatsachen berücksichtigen; privates Wissen darf er nicht verwerten. Nur über zwischen den Parteien streitige Tatsachen wird Beweis erhoben: Der Richter ist nach § 288 ZPO an ein Geständnis einer Partei gebunden; auch nicht bestrittene Tatsachenbehauptungen der Gegenseite gelten als zugestanden. Die ZPO geht davon aus, dass die Parteien bereits aus egoistischen Motiven sämtliche streitentscheidenden Tatsachen in den Prozess einbringen werden. Verbleibende Zweifel können durch richterlichen Hinweis geklärt werden.

Kann weder das Vorliegen noch das Nichtvorliegen einer streitentscheidenden Tatsache geklärt werden, so gelten die Regeln über die **Beweislastverteilung**: Diese Regeln bestimmen, zu wessen Lasten es geht, wenn weder das Vorliegen noch das Nichtvorliegen einer Tatsache gerichtlich festgestellt werden kann. Dabei existieren **gesetzliche Beweislastregeln** (z.B. § 280 I 2 BGB), **gesetzliche Vermutungen** (§§ 831 I 1; 832, 891, 1006, 1155, 1362 BGB) **und richterrechtlich entwickelte Beweislastregeln** (z.B. bei Konstruktions- und Fabrikationsfehlern im Rahmen der Produzentenhaftung nach § 823 I BGB). Ist die Beweislastverteilung weder durch materielles Recht noch durch Richterrecht vorgezeichnet, so muss jede Partei die tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtsnorm beweisen, auf die sie sich beruft; ansonsten verliert sie den Prozess.

II. Die Beweislastverteilung im Strafprozess

1) Der Amtsermittlungsgrundsatz

Im Strafprozess besteht jedoch aufgrund der einschneidenden Wirkung einer Bestrafung oder der Verhängung einer Maßregel der Besserung und Sicherung ein öffentliches Interesse am Ausgang des Verfahrens. Der deutsche Strafprozess wird daher vom **Amtsermittlungsgrundsatz** beherrscht:

§ 155 I, II StPO: Der Umfang der strafrechtlichen Ermittlungen erstreckt sich nur auf die in der Klage bezeichnete Tat und die durch die Klage beschuldigten Personen. Innerhalb dieser Grenzen sind die Gerichte zu einer selbständigen Tätigkeit berechtigt und verpflichtet; insbesondere sind sie bei der Anwendung des Gesetzes nicht an die gestellten Anträge gebunden.

§ 244 II StPO: Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.

Das Gericht hat also den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären. Im Gegensatz zu § 288 ZPO ist das Gericht auch an ein Geständnis des Angeklagten nicht gebunden, da durchaus Fälle denkbar sind, in denen ein Unschuldiger die Tat gesteht, weil er sich schuldig fühlt oder durch das Gestehen einer leichten Tat die Verurteilung wegen einer schwerwiegenden Tat vermeiden will. Der Richter muss also alle Zeugen vernehmen und auch alle übrigen Beweismittel benutzen, um sich ein Bild von der Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu machen. Erst wenn der Richter aufgrund einer freien Würdigung der erhobenen Beweise gemäß § 261 StPO zu der subjektiven Gewissheit gelangt ist, dass der Angeklagte die ihm zur Last gelegte Tat auch tatsächlich begangen hat, darf der Richter ihn verurteilen. Bestehen diesbezüglich Zweifel, muss der Richter wegen der einschneidenden Wirkung einer Verurteilung im Zweifel für den Angeklagten davon ausgehen, dass dieser die Tat nicht begangen hat: in dubio pro reo; ein Grundsatz, der in **Art. 6 II MRK** festgelegt ist.

2) **Der Geltungsbereich von „in dubio pro reo“**

a) Der Grundsatz, dass man im Zweifel zugunsten des Angeklagten entscheiden muss, gilt für alle **materiellen Voraussetzungen der Strafbarkeit**, also für den Tatbestand, die Rechtswidrigkeit und die Schuld des Angeklagten, aber auch für das Vorliegen von Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgründen (Roxin, AT 1 § 15 Rz. 26, 28).

b) Da auch die Maßregeln der Besserung und Sicherung der §§ 61 ff. StGB den Angeklagten ebenso hart wie eine Strafe treffen können, muss auch bei ihrer Anwendung zugunsten des Angeklagten entschieden werden.

c) Die h.M. wendet „in dubio pro reo“ auch im Rahmen der **Prozessvoraussetzungen** an (BGH St 18, 274 (Verjährung); OLG Hamburg JZ 1975, 539 (Rechtzeitigkeit der Rechtsmitteleinlegung) Schlüchter, Das Strafverfahren, 334 mwN). Darüber hinaus gilt „in dubio pro reo“ bei den für die Strafzumessung bedeutsamen Tatsachen und für die tatsächlichen Voraussetzungen von Tateinheit oder Tatmehrheit.

§ 51 Echte und unechte Wahlfeststellung

Vorbemerkung

Es mag Fälle geben, in denen das Gericht trotz Ausschöpfung aller verfügbaren Beweismittel den Sachverhalt nicht vollständig aufklären kann, ein Freispruch jedoch gegen das Gerechtigkeitsgefühl verstoßen würde, weil man genau weiß, dass sich der Angeklagte strafbar gemacht hat. Dies ist insbesondere in drei Situationen der Fall:

1) **Der Täter hat eine von zwei in Betracht kommenden Straftaten auf jeden Fall begangen, wobei beide alternativ verwirklichten Straftaten in einem *Stufenverhältnis* zueinander stehen**. Der Täter wird unter Anwendung von **„in dubio pro reo“** wegen der Tat bestraft, die auf der unteren Stufe steht (dazu unten I.).

   Beispiel: Bullmann sagt als Zeuge vor Gericht unter Eid falsch aus. Man kann ihm nicht nachweisen, dass er die Unwahrheit seiner Aussage kannte (§ 154), kann ihm aber auf jeden Fall einen entsprechenden Sorgfaltsverstoß nachweisen (§ 161). Er wird wegen eines fahrlässig begangenen Meineides gemäß § 161 bestraft.

2) **Es steht fest, dass der Täter einen bestimmten Tatbestand entweder durch die eine oder durch die andere Handlung verwirklicht hat**.

   Beispiel: Bullmann sagt in der ersten Instanz als Zeuge unter Eid aus, dass die Ampel rot war. In der 2. Instanz behauptet er, dass die Ampel grün war.

   Da es nach Abschluss der ersten Instanz für eine strafbefreiende Korrektur der falschen Aussage gemäß § 158 zu spät ist, weiß man also ganz genau, dass sich der Täter entweder durch die erste oder durch die zweite Aussage strafbar gemacht hat. In dieser Situation greift man zu einer **gleichartigen Wahlfeststellung**, d.h. man verurteilt den Täter eindeutig wegen einer Falschaussage, aber auf einer mehrdeutigen Tatsachengrundlage.
   Auf deutsch bedeutet das: Der Täter wird wegen der Falschaussage verurteilt, doch bleibt im Urteil offen, durch welche Handlung (1. oder 2. Aussage) er den Tatbestand verwirklicht hat (dazu unten II.).

3) **Es steht sicher fest, dass der Täter den einen Tatbestand oder den anderen Tatbestand verwirklicht hat**.

   Beispiel: Der Verdächtige, bei dem man Diebesgut gefunden hat, hat die Gegenstände entweder selbst gestohlen (§ 242) oder vom Dieb bösgläubig erworben (§ 259).

   Hier kommt es zu einer **wahlweisen Verurteilung**: Der Täter wird wahlweise wegen des einen oder wegen des anderen Deliktes bestraft, wenn beide alternativ verwirklichten Tatbestände von ihrem Unrechts- und Schuldgehalt her vergleichbar sind (dazu unten III.).

   Da aber eine derartige wahlweise Verurteilung nur auf eng begrenzte Ausnahmefälle beschränkt bleiben muss, müssen sich die Gerichte um eine eindeutige Verurteilung bemühen (BGH St 12, 388). Eine wahlweise Verurteilung ist nur dort zulässig, wo eine eindeutige Verurteilung wegen eines Tatbestandes nicht möglich ist. Dies bedeutet für Sie, dass Sie in derartigen Fällen in folgender Reihenfolge vorgehen müssen:

I. „In dubio pro reo“ bei einem Stufenverhältnis der Strafnormen

Der Grundsatz „in dubio pro reo“ geht einer Wahlfeststellung vor. Steht sicher fest, dass der Täter eine von 2 Straftaten begangen hat, die in einem Stufenverhältnis zueinander stehen, so muss er unter Anwendung von „in dubio pro reo“ nach der milderen Straftat bestraft werden (BGH St 11, 100 ff.; 31, 137; Otto, FS für Peters, 375 ff.). Da der Täter eine von beiden Taten auf jeden Fall begangen hat, kann er sich darüber auch nicht beschweren. Ein derartiges Stufenverhältnis liegt in folgenden Fällen vor:

1) Grundtatbestand - Qualifikation

Steht sicher fest, dass der Täter den Grundtatbestand verwirklicht hat und ist nur noch zweifelhaft, ob er dabei eine Qualifikation verwirklicht hat, so wird er nach dem Grundtatbestand bestraft.

Beispiel: Steht sicher fest, dass der Täter einen Raub gemäß § 249 begangen hat und lässt sich nur nicht nachweisen, dass er bei dem Raub die Waffe bei sich führte, die man bei seiner Festnahme bei ihm fand, so gilt „in dubio pro reo“: Er wird wegen eines einfachen Raubes gemäß § 249 bestraft.

2) Grundtatbestand - Regelbeispiel

„In dubio pro reo“ gilt auch, wenn das im Verhältnis zum Grundtatbestand erhöhte Unrecht nicht in abschließenden Qualifikationstatbestandsmerkmalen festgelegt, sondern durch Regelbeispiele umschrieben ist (Wolter, Alternative und eindeutige Verurteilungen auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 140).

Beispiel: Lässt sich nachträglich nicht mehr mit der erforderlichen Sicherheit feststellen, ob die weggenommene Sache zur Tatzeit gegen Wegnahme besonders gesichert war (§ 243 I 2 Nr. 2), so kann der Dieb nur nach § 242 bestraft werden.

3) Grundtatbestand - Privilegierung

Bleibt am Schluss der Ermittlungen die Möglichkeit offen, dass der Täter die ihm nachgewiesene Tat unter privilegierten Umständen begangen hat, so kann er nur nach der Privilegierung bestraft werden (Günther, Verurteilungen im Strafprozess trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel, 94).

Beispiel: Der Täter hat das schwerkranke Opfer getötet, wobei die ernsthafte Möglichkeit besteht, dass das Opfer ihn um die eigene Tötung gebeten hat. Der Täter kann nicht nach § 212, sondern unter Anwendung von „in dubio pro reo“ nur nach § 216 bestraft werden.

4) Versuch - Vollendung

Wie wir bereits bei den Konkurrenzen festgestellt haben (oben § 47 II 2), steht der Versuch zur Vollendung der Tat in einem **logischen Stufenverhältnis** (= logische Subsidiarität), da eine vollendete Tat logischerweise ins Versuchsstadium geraten sein muss und der Versuch gemäß § 23 II milder bestraft werden kann als die vollendete Tat. Ist also nicht sicher, ob der Täter den Erfolg in einer ihm zurechenbaren Weise verursacht hat, wird er nur wegen eines (gg. untauglichen) Versuchs bestraft, wenn er das Versuchsstadium sicher erreicht hatte (BGH NJW 1989, 596; NJW 1990, 130 mit Anm. Wolter JR 1990, 470, 471; NJW 1991, 990).

Beispiel: Der Täter hatte ein medizinisches Gerät zu einem Zeitpunkt abgestellt, zu dem das Opfer möglicherweise bereits tot war. Der Täter wird wegen des untauglichen Versuchs des Totschlags bestraft.

5) Teilnahme - Täterschaft

Täterschaft und Teilnahme stehen zwar nicht in einem logischen, aber in **einem normativen Stufenverhältnis**.

a) Dies ergibt sich für das Verhältnis zwischen Täterschaft und Beihilfe bereits daraus, dass die Strafe des Gehilfen gemäß § 27 II 2 zwingend gemildert werden muss.

b) Der Anstifter wird zwar gemäß § 26 wie der Haupttäter bestraft, doch ergibt sich das Stufenverhältnis daraus, dass der Anstifter sich an einer für ihn fremden Tat beteiligt und der Täter alle Tatbestandsmerkmale in eigener Person verwirklicht. Die Anstiftung stellt daher im Verhältnis zur Täterschaft die weniger intensive Form der Tatbeteiligung dar.

Folge: Ist nicht zu klären, ob der Beteiligte Gehilfe bzw. Anstifter oder Mittäter war, so kann er nach dem Grundsatz „in dubio pro reo" nur wegen Beihilfe bzw. Anstiftung bestraft werden (BGH St 32, 48, 57; 23, 203, 207).

6) **Beihilfe - Anstiftung**

Das gleiche gilt wegen der zwingenden Strafmilderung der Beihilfe gemäß § 27 II 2 im Verhältnis zwischen Beihilfe und Anstiftung (BGH St 31, 137).
Beispiel: Lässt sich nicht klären, ob der Haupttäter bereits so konkret zur Begehung der Haupttat entschlossen war, dass man ihn dazu nicht mehr bestimmen konnte (= omnimodo facturus) so wird der Beteiligte wegen (psychischer) Beihilfe bestraft (str. vgl. oben § 35 II 2 b).

7) **Fahrlässigkeit / Vorsatz**

Vorsatz und Fahrlässigkeit unterscheiden sich durch die unterschiedliche Einstellung des Täters zum Erfolgseintritt: Der fahrlässig Handelnde denkt entweder über den Erfolgseintritt gar nicht erst nach (= unbewusste Fahrlässigkeit) oder vertraut pflichtwidrig auf dessen Ausbleiben (= bewusste Fahrlässigkeit), während der vorsätzlich Handelnde den Erfolgseintritt zumindest billigend in Kauf nimmt. Vorsatz und Fahrlässigkeit schließen sich daher aus (Roxin, AT 1, § 24 Rz. 72).

Bei einer rechtlichen Wertung stehen Vorsatz und Fahrlässigkeit aber in einem **normativen Stufenverhältnis,** so dass auch hier der Grundsatz „in dubio pro reo" gilt. **Liegen sämtliche Voraussetzungen einer Fahrlässigkeitstat vor, so wird der Täter wegen Fahrlässigkeitstat bestraft, wenn man ihm den Vorsatz nicht sicher nachweisen kann** (BGH St 32, 48, 57).

☞ **Beachte**: Es wäre aber ein schwerer Fehler, aus dem fehlenden Vorsatz automatisch auf Fahrlässigkeit zu schließen; deren Voraussetzungen müssen in der Klausur sorgfältig geprüft werden!

8) **Unterlassen - positives Tun**

Da die Strafe des Unterlassungstäters beim unechten Unterlassungsdelikt gemäß § 13 II über § 49 I gemildert werden kann, steht auch das Unterlassen in einem Stufenverhältnis zur Tatbestandsverwirklichung durch positives Tun. **Kann nicht sicher festgestellt werden, dass der Täter den Erfolg durch positives Tun herbeigeführt hat, kann er nach „in dubio pro reo" nur wegen einer Unterlassungstat bestraft werden** (LR-Gollwitzer § 261 StPO Rz. 136; Schlüchter, § 261 StPO Rz. 90). Dies gilt aber auch hier nur, wenn sämtliche Voraussetzungen des Unterlassungsdelikts vorliegen, insbesondere die Abwendung des Erfolgs möglich war.

Beispiel: Kann nicht sicher festgestellt werden, ob der garantenpflichtige Täter den Nichtschwimmer ins Wasser gestoßen hat oder das Opfer ins Wasser gefallen ist, so wird der Täter nur wegen eines Unterlassungsdeliktes gemäß den §§ 212, 13 bestraft.
Das setzt allerdings voraus, dass dem Täter ein Eingreifen möglich war: Konnte auch der Täter nicht sonderlich gut schwimmen, so muss man „in dubio pro reo" davon ausgehen, dass das Opfer ins Wasser gefallen ist. War es dem Täter nicht zumuten, ins Wasser zu springen, so muss er freigesprochen werden.

II. Die gleichartige Wahlfeststellung bei Tatsachenalternativität

Bei der gleichartigen Wahlfeststellung müssen wir zwischen 2 verschiedenen Situationen unterscheiden:

1) Die Tatmodalitäten sind identisch

Beispiel nach BGHSt 36, 264, 269: Der HIV-Infizierte T verkehrt in Kenntnis seiner Infektion und des damit verbundenen Risikos ohne Verwendung von Kondomen an 2 verschiedenen Tagen mit seinem nicht infizierten Intimpartner. Bei einem dieser Intimkontakte kommt es zu einer Infektion, ohne dass sich nachträglich ermitteln lässt, an welchem der beiden Tage das Virus übertragen wurde.

Hier stehen zwar mehrere identische Verhaltensweisen (ungeschützter Geschlechtsverkehr) nachweisbar fest, doch lässt sich nicht feststellen, welche Verhaltensweise den Tatbestand des Gesetzes erfüllt hat: Man weiß also, dass der Täter tatbestandsmäßig gehandelt hat, man weiß aber nicht, durch welche Handlung. In derartigen Fällen spricht man von einer **unechten** oder **gleichartigen Wahlfeststellung**; unecht, weil der Täter nicht wahlweise, sondern eindeutig verurteilt wird (in unserem Fall wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß § 224 I Nr. 5).

Voraussetzung einer gleichartigen Wahlfeststellung ist aber, dass sicher feststeht, dass der Täter den Tatbestand durch die eine oder die andere Handlung verwirklicht hat. Käme im vorliegenden Fall auch die Infektion durch einen anderen Intimpartner in Frage, könnte man den Täter nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ nur wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung gemäß den §§ 224 I Nr. 5, 22 bestrafen.

2) Die Tatmodalitäten sind unterschiedlich

Fall: Der Täter hat das vergewaltigte Opfer getötet. Man kann ihm aber nicht nachweisen, ob er sich durch die Tötung geschlechtliche Befriedigung verschaffen oder die vorangegangene Vergewaltigung durch die Tötung der Zeugin verdecken wollte, also zur Befriedigung des Geschlechtstriebs oder in Verdeckungsabsicht getötet hat.

a) Eine eindeutige Verurteilung ist auch möglich, wenn der Tatbestand auf verschiedene Arten und Weisen verwirklicht werden kann und nicht feststeht, auf welche Weise der Täter den Tatbestand verwirklicht hat. **Voraussetzung einer gleichartigen Wahlfeststellung in derartigen Fällen ist jedoch, dass die verschiedenen Tatmodalitäten in ihrem Unrechts- und Schuldgehalt miteinander vergleichbar sind** (Günther, Verurteilungen im Strafprozess trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel, 273).

Allein der Umstand, dass die jeweiligen Tatmodalitäten in derselben Vorschrift enthalten sind und mit dem gleichen Strafmaß bedroht sind, rechtfertigt eine derartige gleichartige Wahlfeststellung nicht.
Beispiele: Gleichartige Wahlfeststellung ist zulässig zwischen den unterschiedlichen Formen der gefährlichen Körperverletzung gemäß § 224 oder den Mordmerkmalen der 1. und 3. Gruppe des § 211 II (BGH St 22, 12). Weitere Beispiele bei Günther, a.a.O., 273 ff..

b) Lassen sich die unterschiedlichen Arten der Tatbegehung nicht miteinander vergleichen, so scheidet eine gleichartige Wahlfeststellung aus und der Täter kann nur nach dem Grundtatbestand bestraft werden.
Beispiel: Der Dieb kann nur nach § 242 bestraft werden, wenn nicht feststeht, ob er die Sache gegen Wegnahme besonders gesichert war (§ 243 I 2 Nr. 2) oder aus einer Kirche gestohlen wurde (§ 243 I 2 Nr. 4).

III. Die ungleichartige (echte) Wahlfeststellung

Fall: Bei einer Hausdurchsuchung werden in Wilhelms Wohnung mehrere gestohlene Gegenstände gefunden. Trotz intensiver Ermittlungen lässt sich nicht feststellen, ob er die Gegenstände selbst gestohlen hat. Sollte er die Objekte gekauft haben, steht jedoch sicher fest, dass er wusste, dass es sich um gestohlene Ware handelte.

1) Die Voraussetzungen der echten Wahlfeststellung

Hier erfolgt keine eindeutige, sondern eine **wahlweise Verurteilung**: Der Täter wird wahlweise wegen des Delikts „A“ (§ 242) oder „B“ (§ 259) verurteilt. Eine derartige wahlweise Verurteilung ist jedoch nicht uneingeschränkt zulässig, sondern nur unter den folgenden Voraussetzungen:

a) **Es steht sicher fest, dass der Täter den Tatbestand „A“ oder den Tatbestand „B“ verwirklicht hat**. Kommt noch eine dritte Variante ins Spiel, die zur Straflosigkeit führen würde, müsste man den Angeklagten freisprechen (OLG Celle, NJW 1988, 1225).

b) **Der Täter könnte wegen beider Tatbestände verurteilt werden**. Ist z.B. die eine Tat bereits verjährt oder ein Antragsdelikt und ist der erforderliche Strafantrag nicht gestellt, so muss man unter Anwendung von „in dubio pro reo“ davon ausgehen, dass der Angeklagte die Tat begangen hat, die nicht verfolgt werden kann.

c) Beide Tatbestandsalternativen sind rechtsethisch und psychologisch vergleichbar (BGH GSSt 9, 390, 394; 21, 152, 153; 25, 182, 183; NStZ 1985, 123; zustimmend Schönke/Schröder/Eser § 1 Rz. 105; kritisch LK-Tröndle § 1 Rz. 83).

aa) **Rechtsethisch vergleichbar** sind die Tatbestände, die vergleichbare Rechtsgüter schützen, **von ihrem Unwertgehalt her vergleichbar** sind und im allgemeinen Rechtsempfinden ähnlich bewertet werden. Bekanntes Sprichwort: „Der Hehler ist genauso schlimm wie der Stehler.“

bb) **Psychologisch vergleichbar** sind die Verhaltensweisen, wenn die **Einstellung des Täters zu den verletzten Rechtsgütern und die Motivationslage ähnlich** sind. In unserem Fall sind Diebstahl und Hehlerei auch psychologisch vergleichbar, da der Täter sich in beiden Fällen einen ungerechtfertigten Vermögensvorteil verschaffen will.

Kasuistik: Eine derartige rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit wurde in folgenden Fällen **bejaht**: § 263 / § 266 (BGH 5 StR 125/62); § 263 / § 259 (BGH NJW 1974, 805), § 263 / § 246 (OLG Hamm, NJW 1974, 1958), **verneint** bei § 266 / § 259 (BGH St 15, 267), § 263 / § 242 (BGH NStZ 1985, 123). (Kritisch zu diesen Kriterien: Günther, a.a.O., 115 ff.; Wolter, a.a.O., 83 ff.; SK-Rudolphi § 55 Rz. 36)

2) Die Rechtsfolgen der echten Wahlfeststellung

Bei einer ungleichartigen Wahlfeststellung wird der Täter wahlweise wegen der alternierenden Tatbestände verurteilt („wegen Diebstahl oder Hehlerei“), doch wird im Schuldspruch des Urteils ausdrücklich offengelassen, welche Tat der Angeklagte tatsächlich begangen hat.

Bei der **Strafzumessung** gilt erneut „in dubio pro reo“: Das Strafmaß wird dem milderen der alternativen Tatbestände entnommen. Auch Nebenstrafen und Nebenfolgen dürfen nur verhängt werden, wenn sie in beiden alternativen Strafnormen als Rechtsfolgen vorgesehen sind.

Index

A

Absorptionsprinzip 110, 113
Abstiften 22
Agent provocateur 23, 28, 36
Akzessorietät 16, 19, 29, 68, 84
Alleintäter 1
Alleintäterschaft 3
Amtsermittlungsgrundsatz 117
Amtsträger 100
Animus-Theorie 12
Anstifter 1
Anstiftung 21
Äquivalenztheorie 1
Asperationsprinzip 115
Aufstellen einer Falle 42
Autonome - heteronome Motive 61
Autonome Motive 61

B

Badewannen-Fall 2
Bandenchef 14
Beendigung 15, 27, 31, 37, 113
Beihilfe 3, 21
Beihilfe bei neutralen Handlungen 25
Beweislastverteilung 117
Bewusste Fahrlässigkeit 72

D

Delegation gefährlicher Tätigkeiten 80

E

Echte Konkurrenz 106
Echte Sonderdelikte 33, 95
Echte Unterlassungsdelikte 90
Eigenhändige Delikte 33
Eindruckstheorie 38, 52
Einheitstäterbegriff 1
Einsatzstrafe 110, 115
Einwilligung in eigene Gefährdung 84
Einzelaktstheorie 59
Einzellösung 46
Einzelstrafe 115
Entschuldigungsgrund 52
Erfolgsqualifikationen 74
Erfolgsqualifizierte Delikte 20, 72
Erfolgsqualifizierter Versuch 67
Erlaubnistatbestandsirrtums 7
Erlaubtes Risiko 79
Error in persona 8, 17
Eventualvorsatz 56

F

Fehlgeschlagener Versuch 58
Finale Verknüpfung 114
Finaler Verwirklichungswille 16
Förderung des Tatentschlusses 26
Fortgesetzte Handlung 59
Freiverantwortliche Selbstgefährdung 83
Funktionelle Tatherrschaft 2, 14

G

Garantenstellung 92
Gefahrengemeinschaft 98
Gehilfe 1
Gerechtfertigtes Risiko 87
Gesamtbetrachtung 59
Gesamtlösung 46
Gesamtstrafe 110, 115
Gesetzeskonkurrenz 106
Gleichartige Idealkonkurrenz 110
Gleichartige Wahlfeststellung 119

H

Handlungsherrschaft 2
Herbeiführen der Schuldunfähigkeit 48
Heteronome Motive 61
Hintermann 6
Hütergarant 95
Hypothetische Kausalität 94

I

Idealkonkurrenz 106, 110, 113, 114
Illegales Straßenrennen 83
In dubio pro reo..... 18, 27, 56, 62, 74, 81, 94, 111, 117
Ingerenz 95
Irrealer Versuch 50

K

Katzenkönig-Fall 3, 9, 11
Kausaler Beitrag zur Rechtsverletzung 25
Klammerwirkung der dritten Straftat 113
Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz 110
Konkrete Gefährdung 42
Konkurrenzen 106
Konsumtion 109, 116

L

Lederspray-Entscheidung 10
Lehre von der goldenen Brücke 52
Leichtfertigkeit 74
Leinenfänger-Fall 88
Limitierte Akzessorietät 18, 29

M

Maßregeln der Besserung und Sicherung 79
Mauerschützen-Fall 11
Mehraktige Delikte 112, 116
Mittäter 1
Mittäterexzess 17
Mittäterschaft 14
Mittäterschaftliche Begehung 34
Mittelbare Täterschaft 20, 34
Mittelbarer Täter 1
Modifizierte Einzelaktstheorie 60
Motivirrtum 6

N

Natürliche Handlungseinheit 60, 111, 116
Nebentäter 3
Notstandslage 87
Notwehr 86, 104
Notwendige Teilnahme 21

O

Obhutsverhältnis 96
Objektive Bedingungen der Strafbarkeit 20
Objektive Theorie 38
Objektiver Durchschnittsdritte 78
Objektsverwechslung 13
Omissio libera in causa 49, 91
Omnimodo facturus 22
Optimalitätsprinzip 63

P

Persönlicher Strafaufhebungsgrund 52
Persönliches Merkmal 30
Pflichtwidrigkeitszusammenhang 92, 104
Physische Beihilfe 26, 27
Prämientheorie 52
Prinzip des überwiegenden Interesses 87
Prozessvoraussetzungen 118
Psychische Beihilfe 27
Psychologisch vergleichbar 123
Psychologisierende Betrachtungsweise 61

Q

Qualifikationsmerkmale 38
Qualifizierter Versuch 54, 57, 60, 73

R

Realkonkurrenz 106, 110, 114
Rechtmäßiges Alternativverhalten 81
Rechtsethisch vergleichbar 123
Rechtsfolgen des Rücktritts 71
Rechtswidrigkeitszusammenhang 76, 81
Risikoerhöhungslehre 76, 81, 94
Rücktritt 38
Rücktritt des Anstifters 69
Rücktrittshorizont 54, 55, 59, 60
Rücktrittsvorbehalt 41

S

Schreibtischtäter 8
Schuldmerkmale 30
Schutzzweck der Norm 77, 82
Sirius-Fall 3, 6
Sperrwirkung des milderen Gesetzes 110
Spezialität 107, 116
Startbahn-West-Fall 10
Staschynskij-Fall 2
Strafbarkeitslücken 33
Strafwürdigkeit 50
Strafzumessungsregel 19
Strafzwecktheorie 52
Subjektive Theorie 38
Subsidiarität 37
Sukzessive Mittäterschaft 15

T

Tatbestandsirrtum 8
Tateinheit 106
Täter 1
Täter hinter dem Täter 8
Täterbezogene Merkmale 31
Täterplan 41
Täterwille 34
Tatgeneigtheit 41
Tatherrschaft 2
Tatherrschaftslehre 12, 14
Tatmehrheit 106
Technische Rathilfe 26
Teilnehmer 1
Teilnehmerwille 34
Teilrücktritt 67, 73
Teilverwirklichung 41
Theorie der natürlichen Versuchshandlungseinheit 60
Türkischer-Onkel-Fall 2

U

Übernahmeverschulden 79, 87
Überwachergarant 95
Umgekehrter Erlaubnisirrtum..... 50
Unbeendeter Versuch 54, 58
Unbewusste Fahrlässigkeit 72
Unechte Konkurrenz 106
Unechte Sonderdelikte 33
Unechte Unterlassungsdelikte 90
Ungleichartige Idealkonkurrenz 110
Untauglicher Versuch..... 40, 51
Untauglichkeit des Mittels..... 49
Untauglichkeit des Objekts 49
Untauglichkeit des Subjekts 49
Unterlassungsdelikte 34, 47, 66, 73, 89
Unternehmensdelikte..... 37
Unvermeidbarer Verbotsirrtum 20

V

Verbotsirrtum.....9
Vermeintliche Mittäterschaft 46
Versuchsbeginn.....42
Vertrauensgrundsatz 80
Vertrauensverhältniss.....97
Verursachungstheorie 18, 25
Vollendung 16, 37, 40
Vorbereitungsstadium.....14, 27, 37, 68
Vorsatz-Fahrlässigkeitskombination.....72
Vorstellung des Täters 42, 61

W

Wahlfeststellung 119
Wahndelikt.....49
Werkzeug.....6
Wohngemeinschaft 98

Z

Ziegenhaarfall 89
Zufallsgemeinschaft.....98
Zusammengesetzte Delikte 107, 112, 116

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.