

Fall 1 – Überholende Kausalität: A verabreicht seinem Erzfeind O eine tödlich wirkende Menge Gift in dessen morgendlichen Kaffee. Aber auch B hat es auf O abgesehen. Nichtsahnend, dass O schon eine tödlich wirkende Giftmenge in sich trägt, erschießt er ihn beim Verlassen der Wohnung, bevor das Gift wirkt. Strafbarkeit von A und B wegen Totschlags?

A: Strafbarkeit des B gem. § 212 StGB?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

- a) Tathandlung: (+), Schuss auf O.
- b) Taterfolg: (+), Tod des O.
- c) Kausalität: (+), Schuss des B kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele (conditio-sine-qua-non-Formel).
- d) Objektive Zurechnung: (+)

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

II. Rechtswidrigkeit: (+)

III. Schuld: (+)

Ergebnis: B hat sich wegen vollendeten Totschlags gem. § 212 StGB strafbar gemacht.

B: Strafbarkeit des A gem. § 212 StGB?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

- a) Tathandlung: (+), Giftbeimischung.
- b) Taterfolg: (+), Tod des O.
- c) **Kausalität: (-)**, Giftbeimischung kann hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele. Die von A gesetzte Bedingung wirkt nicht bis zum Erfolg fort. Vielmehr ist seine Ursachenreihe überholt worden, da der Schuss des B als späteres Ereignis völlig unabhängig von der früher gesetzten Bedingung eine neue Ursachenreihe eröffnet, die ganz allein den Erfolg herbeiführt (*Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, § 6 Rn. 247). Der objektive Tatbestand ist damit nicht verwirklicht worden.

Ergebnis: A hat sich **nicht** wegen eines vollendeten Totschlags gem. § 212 StGB strafbar gemacht.

C: Strafbarkeit des A gem. §§ 212, 22, 23 StGB?

Vorprüfung: a) Nichtvollendung der Tat: **(P)** O ist tot, aber keine Kausalität gegeben.

b) Strafbarkeit des Versuchs: (+)

I. Tatentschluss:

A handelte mit dem nötigen Tatentschluss, da er den O töten wollte.

II. Unmittelbares Ansetzen

Durch das Beimischen des Gifts hat A unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

III. Rechtswidrigkeit: (+)

IV. Schuld: (+)

Ergebnis: A hat sich wegen eines versuchten Totschlags gem. §§ 212, 22, 23 StGB strafbar gemacht.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 67 ff.)

Fall 2 – Kumulative Kausalität: A und B geben unabhängig voneinander je eine für sich genommen nicht tödlich wirkende Menge Gift in den Kaffee des O. Durch das Zusammenwirken beider Gifte stirbt O. A wusste, dass seine Giftmenge nicht ausreicht. Er hatte jedoch keine Kenntnis davon, dass von einer anderen Seite eine weitere Giftzufuhr erfolgt. B dagegen ging irrtümlich davon aus, dass seine verabreichte Giftmenge tödlich ist. Strafbarkeit von A und B gemäß §§ 212 StGB?

A: Strafbarkeit des A gem. § 212 StGB?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

- a) Tathandlung: (+), Giftbeimischung.
- b) Taterfolg: (+), Tod des O.
- c) Kausalität: (+), die Giftbeimischung des A kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele (conditio-sine-qua-non-Formel). Hier können die einzelnen Verursachungsbeiträge nur in ihrem Zusammenwirken den Erfolg herbeiführen. Damit ist jede dieser Bedingungen ursächlich.

d) Objektive Zurechnung:

Fraglich ist, ob A der Erfolg objektiv zurechenbar ist. Davon ist dann auszugehen, wenn sich die mit der Handlung des Täters verbundene missbilligte Gefahr in dem tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklicht hat. Zu klären ist daher, ob dem Täter der Erfolg „als sein Werk“ zurechenbar ist. In diesem Fall reichte die Giftmenge des A allein nicht aus, um den Tod des O herbeizuführen. Insofern wird von den Befürwortern der objektiven Zurechnung dieselbige in diesem Fall verneint (*Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, § 6 Rn. 300).

Stimmen, die die objektive Zurechnung generell ablehnen oder hier zu dem Ergebnis kommen, dass dem A der Tod des O auch als sein Werk zuzurechnen sei, müssen eine weitere Prüfung im Rahmen des subjektiven Tatbestands durchführen.

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

Laut Sachverhalt wusste A, dass seine Giftmenge nicht ausreicht. Auch hatte er keine Kenntnis davon, dass von einer anderen Seite eine weitere Giftzufuhr erfolgte. Somit ist hier der Tötungsvorsatz abzulehnen. Es handelt sich nicht bloß um eine unwesentliche Abweichung vom Kausalverlauf.

Ergebnis: A hat sich nicht wegen eines vollendeten Totschlags gem. § 212 StGB strafbar gemacht. In Betracht kommt jedoch eine **fahrlässige Tötung** gem. § 222 StGB.

B: Strafbarkeit des B gem. § 212 StGB?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

a) Tathandlung: (+), Giftbeimischung.

b) Taterfolg: (+), Tod des O.

c) Kausalität: (+), die Giftbeimischung des B kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfällt (conditio-sine-qua-non-Formel).

d) Objektive Zurechnung:

Nach den Befürwortern der objektiven Zurechnung ist in diesem Fall wiederum die objektive Zurechnung zu verneinen. Nach der (vorzugswürdigen) Gegenansicht ist eine weitere Prüfung auf der subjektiven Ebene vorzunehmen.

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

Laut Sachverhalt ging B irrtümlich davon aus, dass seine verabreichte Menge Gift tödlich wirken würde. Zu klären ist daher, ob die Abweichung seiner Vorstellung von den objektiven Gegebenheiten sich als wesentlich oder unwesentlich darstellt. Objektiv reichte seine Giftmenge allein nicht aus und erst durch Hinzutreten eines Dritten wurde der Erfolg herbeigeführt. Gerade letzterer Punkt lässt auf eine wesentliche Abweichung schließen.

Ergebnis: Eine Strafbarkeit wegen eines vollendeten Totschlags gem. § 212 StGB kommt daher nicht in Betracht. Jedoch ist hier von einem **versuchten Totschlag (untauglicher Versuch)** auszugehen.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 73 ff.)

Fall 3 – Der Erbonkel Fall / allgemeine Lebensrisiken:

Der Neffe N animiert seinen Erbonkel O dazu, an diesem Tag eine Wandertour in den nahegelegenen Alpen zu unternehmen. N geht es dabei nicht um die gesundheitlichen Aspekte für den sonst so unsportlichen O. Vielmehr hofft er darauf, dass das gute Wetter umschwenken und der O in den Bergen tödlich von einem Blitz getroffen werde. Diese Wunschvorstellung tritt dann auch tatsächlich ein. Der O verstirbt in den Alpen aufgrund eines Blitzschlages. Strafbarkeit des N gem. § 212 StGB?

A: Strafbarkeit des N gem. § 212 StGB?**I. Tatbestand****1. Objektiver Tatbestand:**

Als Tathandlung könnte das Überreden zu der Wanderung in den Alpen anzusehen sein. Der Taterfolg ist eingetreten, da O tot ist. Auch ist die Kausalität nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel zu bejahen, schließlich wäre der Onkel ohne die Überredungskünste seines Neffen nicht in die Berge gegangen und folglich auch nicht vom Blitz getroffen worden. Allerdings erscheint diese Reichweite der Äquivalenztheorie zu weit. Schließlich sind nach dieser Theorie auch die Eltern eines Täters für den Erfolg kausal.

Um die Reichweite einzugrenzen, nimmt die **objektive Zurechnung** eine Einschränkung auf objektiver Ebene vor und verneint somit bei bestimmten Fallgruppen den objektiven Tatbestand.

Hinweis: Zu beachten ist dabei, dass es sich bei der objektiven Zurechnung nicht um eine Kausalitätstheorie handelt. Vielmehr bestimmt sich die Kausalität nach der Äquivalenztheorie. Erst im Anschluss wird erörtert, ob der objektive Tatbestand nicht aus Zurechnungsgesichtspunkten entfallen könnte.

Der Aussagegehalt der objektiven Zurechnung lässt sich wie folgt zusammenfassen: **Objektiv zurechenbar ist dem Täter ein Erfolg nur dann, wenn sich die mit der Handlung des Täters verbundene missbilligte Gefahr in dem tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklicht hat. Es geht darum, ob dem Täter der Erfolg „als sein Werk“ zurechenbar ist.** In diesem Fall wäre die

objektive Zurechnung zu verneinen: N hat mit seiner Überredung zur Klettertour keine missbilligte Gefahr geschaffen. Somit sei N der Taterfolg nicht als sein Werk zurechenbar.

Zwar wird die objektive Zurechnung von der herrschenden Meinung im Schrifttum herangezogen (*Roxin/Greco*, Strafrecht AT, § 11 Rn. 44 ff.), dennoch bleiben Gegenstimmen nicht aus. Kritik ist im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG zu erheben: Die Lehre von der objektiven Zurechnung stellt darauf ab, ob der Erfolg dem Täter „als sein Werk“ zurechenbar ist und ist somit stark von Wertungsgesichtspunkten abhängig. Damit kann im Nachhinein das legitimiert werden, was zuvor intuitiv als richtig empfunden wurde. Problematisch ist daher, dass für den Einzelnen nicht von vornherein mit hinreichender Klarheit feststeht, was verboten ist und was nicht. Gegen die Lehre der objektiven Zurechnung spricht auch, dass die von ihr entwickelten Fallgruppen auch ohne ihre Hilfe allein durch exakte juristische Subsumtion lösbar sind. Insoweit erscheint diese Rechtsfigur überflüssig, zumal sie die Bestrafung eines Täters von persönlichen Wertungen abhängig macht.

Vorzugswürdig erscheint es daher, den Fall ohne die Hilfe der objektiven Zurechnung zu lösen. Zwar hat N den O zu seiner Handlung überredet. Jedoch hat O aufgrund einer eigenwilligen und selbstverantwortlichen Entscheidung die Klettertour vorgenommen. Im Verhältnis zu N liegt daher ein Fall der freiverantwortlichen Selbstgefährdung des O vor. Somit hat N selbst keine Straftat im Sinne des § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB begangen. Ihm fehlt die für die Täterschaft notwendige Tatherrschaft. Vielmehr handelt es sich mangels einer Haupttat um eine straflose Teilnahme an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des O.

Ergebnis: N hat sich nicht wegen Totschlags gem. § 212 StGB zu Lasten des O strafbar gemacht.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 89 f.)

Fall 4 – Abgrenzung dolus eventualis / bewusste Fahrlässigkeit: T möchte seinen neuen Sportwagen testen. Beim Durchfahren einer Ortschaft bremst er nicht ab, sondern beschleunigt auf 130 km/h. Die Chance bei einem Zebrastreifen rechtzeitig zu bremsen, besteht bei dieser Geschwindigkeit nicht mehr. T ist sich der Möglichkeit, dass dadurch Passanten getötet werden könnten, bewusst. Er macht sich darüber aber keine weiteren Gedanken. T erfasst die Passantin P, die verstirbt. Wie ist dolus eventualis von bewusster Fahrlässigkeit abzugrenzen?

Subjektiver Tatbestand des § 212 StGB:

Die Abgrenzung von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit ist ein äußerst umstrittenes Problem, da in beiden Fällen der Täter mit der Möglichkeit rechnet, dass die im Gesetz genannten Umstände gegeben sind und dass sein Verhalten den tatbestandlichen Erfolgseintritt zur Folge hat.

Hinweis: Dolus eventualis ist für die Bejahung eines Tötungsvorsatzes ausreichend. Dies gilt auch für die meisten Strafbestimmungen. Als Ausnahme sind beispielsweise §§ 258, 145 d, 164, 187 StGB zu nennen, bei denen zumindest dolus directus 2. Grades erforderlich ist.

Die bewusste Fahrlässigkeit stellt dagegen keine Vorsatzform dar. Vielmehr ist sie dem Bereich der Fahrlässigkeit zuzuordnen. Liegt ein Fall vor, in dem dolus eventualis verneint wurde, dafür aber bewusste Fahrlässigkeit vorliegt, scheidet eine Bestrafung wegen Totschlags bzw. Mordes aus. Möglich bleibt lediglich eine Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB. Auffallend ist die unterschiedliche Schwere der jeweils vorgesehenen Strafandrohungen. Dies hebt die besondere praktische Relevanz einer klaren Grenzziehung zwischen dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit deutlich hervor.

Fraglich ist nun, wie diese Abgrenzung vorzunehmen ist. Der **BGH** geht in ständiger Rechtsprechung von der **sog. Einwilligungs- bzw. Billigungstheorie** aus. Danach ist dolus eventualis gegeben, wenn der Täter neben der Möglichkeitsvorstellung den tatbestandsmäßigen Erfolg billigend in Kauf nimmt (BGHSt 36, 1, 9) und sich somit mit der als möglich erkannten

Tatbestandsverwirklichung abfindet. Von einer Billigung ist im Zweifel auszugehen, wenn der Täter sein Vorhaben trotz äußerster Gefährlichkeit durchführt, ohne auf einen glücklichen Ausgang vertrauen zu können, und wenn er es dem Zufall überlässt, ob sich die von ihm erkannte Gefahr verwirklicht oder nicht. Dagegen geht der BGH von Fahrlässigkeit aus, wenn der Täter darauf vertraut, dass der als möglich vorausgesehene Erfolg nicht eintreten und „alles gut gehen“ werde.

In diesem Fall rechnete T mit der Möglichkeit der Tötung von Passanten. Da er auch nicht auf das Ausbleiben des Erfolges vertraute, sondern sich vielmehr mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung abfand, ist von *dolus eventualis* auszugehen.

Nach neuester Rechtsprechung (BGHSt. 57, 183) ist auch bei *dolus eventualis* der Vorsatz zu bejahen. Zur Verneinung des Vorsatzes bedürfe es tragfähige Anhaltspunkte dafür, dass der Täter ernsthaft darauf vertrat haben könnte, der Geschädigte werde nicht zu Tode kommen.

Zuvor hat der BGH vertreten, dass für den Tötungsvorsatz eine viel höhere Hemmschwelle bestehe als für einen Körperverletzungsvorsatz (Hemmschwellentheorie). Insofern seien an den Vorsatz besondere Anforderungen zu stellen. In der Literatur fanden sich jedoch eine beachtliche Anzahl abweichender Auffassungen:

Nach der **Möglichkeitstheorie** ist es beispielsweise für *dolus eventualis* schon ausreichend, dass sich der Täter den Erfolg als konkret möglich vorstellt und dennoch handelt (*Schmidhäuser*, GA 1957, 305).

Dagegen lässt es die **Wahrscheinlichkeitstheorie** genügen, dass der Täter den Eintritt des Erfolges für wahrscheinlich hält, was mehr als möglich und weniger als überwiegend wahrscheinlich sein soll (*H. Mayer*, Strafrecht AT, S. 120 f.).

Als Abgrenzungskriterium wird zudem vereinzelt herangezogen, ob der Täter eine **unerlaubte und unabgeschirmte Gefahr** gesetzt hat (*Herzberg*, JuS 1986, 249).

Letztlich nimmt die **Gleichgültigkeitstheorie** Eventualvorsatz an, wenn der Täter die bloß mögliche Folge positiv gutheißt oder gleichgültig hinnimmt und er folglich aus Gleichgültigkeit gegenüber dem geschützten Rechtsgut die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen hat (*Engisch*, NJW 1955, 1688).

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 123 ff.)

Fall 5 – error in persona bei Gleichwertigkeit der Rechtsgüter: T möchte A erschießen. Dazu lauert er ihm vor dessen Haus in einem Gebüsch auf. Da T an diesem Tag aus Eitelkeit seine Brille daheim gelassen hat, verwechselt er A mit dem vorbeilaufenden O und erschießt diesen. A schläft zu diesem Zeitpunkt noch gemütlich in seinem Bett. Strafbarkeit des T nach § 212 StGB?

A: Strafbarkeit des T gem. § 212 StGB zu Lasten des O?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

- a) Tathandlung: (+), Schuss auf O.
- b) Taterfolg: (+), Tod des O.
- c) Kausalität: (+), (conditio-sine-qua-non-Formel).
- d) objektive Zurechnung: (+)

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

Problematisch erscheint hier, ob T vorsätzlich gehandelt hat. In diesem Fall geht T irrtümlich davon aus, den A zu töten. Das eigentliche Opfer ist aber O. T unterliegt folglich einem Identitätsirrtum. In dem Augenblick, in dem er auf O schießt, weiß er aber, dass er auf einen Menschen zielt und will in diesem Moment auch genau diesen Menschen töten. Daraus folgt, dass ein error in persona bei Gleichwertigkeit der Rechtsgutobjekte unbeachtlich ist. Die Existenz des Tatbestandvorsatzes wird damit nicht in Frage gestellt. T wollte einen anderen Menschen töten. Welche Identität diese Person hat, ist dabei unbeachtlich. Insoweit spricht man in solchen Fällen auch von einem unbeachtlichen Motivirrtum. A handelte damit vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit: (+)

III. Schuld: (+)

Ergebnis: T hat sich somit wegen eines vollendeten Totschlags gem. § 212 StGB zu Lasten des O strafbar gemacht.

B: Strafbarkeit des T gem. §§ 212, 22, 23 StGB zu Lasten des A?**Vorprüfung:**

1. Nichtvollendung der Tat: (+), A lebt.
2. Strafbarkeit des Versuchs: (+), §§ 212 Abs. 1, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB.

I. Tatentschluss

Fraglich ist, ob T mit dem nötigen Tatentschluss gehandelt hat. Dafür könnte sprechen, dass T eigentlich A töten wollte. Dagegen spricht aber, dass dies zur Konsequenz hätte, dass hinsichtlich des T im Ergebnis zwei Tötungsvorsätze anzunehmen wären, nämlich hinsichtlich A und O. Dabei wollte T mit seinem Schuss nur einen Menschen töten. Somit muss hier der Tatentschluss verneint werden.

Hinweis: Würde man sich anders entscheiden, müsste man zumindest das unmittelbare Ansetzen verneinen. A befand sich nämlich zu diesem Zeitpunkt noch in seinem Bett und damit nicht im Gefahrenbereich der Tathandlung. Es wären vielmehr noch wesentliche Schritte bis zur Tatbestandsverwirklichung von Nöten gewesen.

Ergebnis: T hat sich nicht wegen eines versuchten Totschlags gem. §§ 212, 22, 23 StGB strafbar gemacht.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 142 ff.)

Fall 6 – error in persona bei unterschiedlichen Rechtsgütern: T möchte A erschießen. Dazu schleicht er sich in dessen Schlafzimmer. Die Bettdecke ist ausgewölbt. T geht davon aus, dass A gerade friedlich unter ihr schlummert und schießt darauf. Unter der Bettdecke lag jedoch der Hund des A, der von der Kugel tödlich getroffen wird. A befand sich zu diesem Zeitpunkt schon unter der Dusche. Strafbarkeit des T?

A: Strafbarkeit des T gem. § 303 StGB?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

Hinsichtlich des Hundes kommt eine Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung in Betracht. Zu klären ist aber zunächst, ob Tiere überhaupt Sachen im Sinne des § 303 StGB sind. Nach dem Sachbegriff des BGB sind Tiere zwar keine Sachen (§ 90 a S. 1 BGB), dennoch sind auf sie die Vorschriften über Sachen entsprechend anzuwenden (vgl. § 90 a S. 3 BGB). Im Ergebnis ist man sich aber einig, dass Tiere hier unter den Sachbegriff des Strafrechts fallen. Während manche einen eigenständigen strafrechtlichen Sachbegriff bilden, erachten andere § 90 a S. 3 BGB nicht als Analogie, da die Norm ausdrücklich die Geltung der Sachvorschriften anordnet.

Durch die Tötung des Tieres hat T diese fremde Sache auch zerstört. Der objektive Tatbestand liegt damit vor.

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

Problematisch erscheint hier, ob T vorsätzlich gehandelt hat. T wollte einen Menschen töten, nicht aber eine fremde Sache zerstören. Hierbei handelt es sich um zwei unterschiedliche Rechtsgüter. Der error in persona bei unterschiedlichen Rechtsgütern hat Auswirkungen auf den Vorsatz. Da T hinsichtlich des objektiven Tatbestandmerkmals im Unwissen ist, handelt er gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ohne Vorsatz.

Ergebnis: T hat sich somit nicht wegen vollendeter Sachbeschädigung gem. § 303 StGB strafbar gemacht. Mangels Strafbarkeit der fahrlässigen Sachbeschädigung scheidet eine solche aus.

B: Strafbarkeit des T gem. §§ 212, 22, 23 StGB zu Lasten des A?

Vorprüfung:

1. Nichtvollendung der Tat: (+), A lebt.
2. Strafbarkeit des Versuchs: (+), §§ 212 Abs. 1, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB

II. Tatentschluss:

Fraglich ist, ob T mit dem nötigen Tatentschluss gehandelt hat. Da er aber den A ursprünglich auch töten wollte, ist davon auszugehen.

III. Unmittelbares Ansetzen:

Hier könnte der Schuss auf das Tier ein unmittelbares Ansetzen bezüglich des A darstellen. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass ein Schuss auf ein anderes Opfer nicht zwingend gleichzeitig ein unmittelbares Ansetzen bezüglich des eigentlichen Opfers darstellen muss. Vielmehr sind zur Tötung des A noch wesentliche Zwischenschritte erforderlich. Das unmittelbare Ansetzen bezüglich des A liegt damit nicht vor.

Ergebnis: T hat sich daher auch nicht wegen eines versuchten Totschlags gem. §§ 212, 22, 23 StGB zu Lasten des A strafbar gemacht. Er bleibt daher straflos.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 147 ff.)

Fall 7 – aberratio ictus: T lauert dem A auf. Als dieser aus dem Haus tritt, zielt T auf ihn. Der Schuss verfehlt jedoch sein Ziel und trifft den vorbeilaufenden P tödlich. Strafbarkeit des T gem. § 212 StGB?

A: Strafbarkeit des T gem. § 212 StGB zu Lasten des P?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

Der objektive Tatbestand ist erfüllt. Durch den Schuss des T, der Tathandlung, ist P gestorben.

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

Fraglich ist jedoch, ob T in diesem Fall auch vorsätzlich gehandelt hat. Gezielt hat T auf A, getroffen wurde jedoch P. Ein unbeachtlicher error in persona liegt damit gerade nicht vor, denn es wurde nicht derjenige getroffen, auf den auch gezielt wurde. Vielmehr ist hier von einem Fehlgehen der Tat auszugehen, folglich von einer aberratio ictus. Der Verletzungserfolg tritt bei einem anderen Objekt als demjenigen ein, das im maßgebenden Vorsatzzeitpunkt das Ziel der Ausführungshandlung bildet. Inwieweit sich dies auf den Vorsatz auswirkt, wird unterschiedlich beurteilt.

Nach der **Gleichwertigkeitstheorie**, die nur wenige Anhänger zu verzeichnen hat (z.B. *Loewenheim*, JuS 1996, 310, 313), wirkt sich die aberratio ictus, sofern gleichwertige Rechtsgüter betroffen sind, nicht auf den Vorsatz aus. Danach wäre der Vorsatz des T zu bejahen und eine Strafbarkeit wegen vollendeten Totschlags gegeben. In Tateinheit steht dazu eine versuchte Tötung des A.

Die herrschende **Konkretisierungstheorie** (BGHSt 34, 53, 55; *Kühl*, AT, § 13 Rn. 32 ff.) bejaht dagegen Auswirkungen der aberratio ictus auf den Vorsatz. Danach habe der Täter bereits seinen Vorsatz auf das Opfer, auf das er zielt – hier A –, konkretisiert. Diesbezüglich trat der Erfolg aber gar nicht ein. Er trat vielmehr dort ein, wo er gar nicht gewollt war, nämlich bei P. Der Vorsatz des T in Bezug auf den Getöteten sei damit zu verneinen. T könne somit hinsichtlich des getöteten Opfers daher nur wegen Fahrlässigkeit gem. § 222 StGB bestraft

werden. Bezüglich des A, auf den er gezielt hat, sei eine Strafbarkeit wegen versuchter Tötung gem. §§ 212, 22, 23 StGB gegeben.

Der Umstand, dass die Kugel nicht denjenigen getötet hat, der eigentlich anvisiert wurde, sondern eine andere Person, kann nicht als unbeachtlich bewertet werden und bedarf einer Auswirkung auf den subjektiven Tatbestand. Schließlich muss sich der Vorsatz des Täters auf sämtlich Merkmale des objektiven Tatbestands beziehen und somit auch auf den Kausalverlauf. Diesen muss der Täter zumindest in den wesentlichen Zügen in den Vorsatz aufgenommen haben. Nicht umfasst davon sind jedoch wesentliche Abweichungen des Kausalverlaufs. Somit erscheint die Konkretisierungstheorie vorzugswürdig.

Ergebnis: Nach der Konkretisierungstheorie hat sich T nicht wegen vorsätzlicher Tötung gem. § 212 StGB zu Lasten des P strafbar gemacht. Zu bejahen ist dagegen eine fahrlässige Tötung gem. § 222 StGB des P. In Bezug auf A hat sich T wegen einer versuchten Tötung strafbar gemacht. Diese beiden Taten stehen in Idealkonkurrenz (§ 52 StGB) nebeneinander.

Anmerkung: Die beiden Theorien kommen jedoch zu dem gleichen Ergebnis, wenn unterschiedliche Rechtsgüter betroffen sind.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 150 ff.)

Fall 8 – Abweichung vom Kausalverlauf und dolus generalis: T schlägt dem O mit Tötungsvorsatz mit einem Baseballschläger auf den Kopf. O fällt zu Boden und T hält ihn irrtümlich für tot. In Wirklichkeit lebt O aber noch und ist lediglich bewusstlos. Um die „Leiche“ zu verbergen, wirft sie T in einen See. Dadurch ertrinkt der bewusstlose O. Strafbarkeit des T gem. § 212 StGB?

A: Strafbarkeit des T gem. § 212 StGB zu Lasten des O?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

Mit dem Tod des O ist der tatbestandliche Erfolg eingetreten. Als Tathandlung kann hier an den Schlag auf den Kopf und das Werfen in den See angeknüpft werden. Nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel waren diese Handlungen auch kausal für den Tod des O. Problematisch erscheint in diesem Fall allein die objektive Zurechnung. In Bezug auf den Schlag mit dem Baseballschläger könnte man annehmen, die damit verbundene Gefahr habe sich nicht verwirklicht. Der Tod trat schließlich durch Ertrinken ein. Allein bezogen auf den Wurf in den See und den damit verbundenen Tod wäre aber die objektive Zurechnung zu bejahen. Allerdings wird hier teilweise entgegengehalten, dass sich im Erfolg durchaus die Gefahr verwirklicht habe, welche der Täter bereits durch den Erstakt geschaffen habe (*Beulke*, Klausurenkurs I, Rn. 111).

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

Problematisch erscheint in diesem Fall jedoch der Vorsatz. Im Zeitpunkt des Schlages auf den Kopf handelte T mit Tötungsvorsatz, jedoch hat diese Handlung gerade nicht allein den Tod des O herbeigeführt. Als der bewusstlose O von T in den See geworfen wurde, ging dieser gerade irrtümlich davon aus, dass O schon tot wäre und handelte somit zu diesem Zeitpunkt gerade nicht mit Tötungsvorsatz.

Die früher vertretene Lehre vom **dolus generalis** löste dieses Problem dahingehend, dass sie den Vorsatz auf das Gesamtgeschehen erstreckte. Beide Teilakte gehören zu einem Gesamtgeschehen, dass insgesamt vom Tötungsvorsatz getragen sei (*Welzel*, Das deutsche Strafrecht, § 13 I 3 d). Dies hat die Bejahung des Tötungsvorsatzes zur Folge.

Die Rechtsprechung (BGHSt 14, 193) und die h.M. im Schrifttum ziehen dagegen einen anderen Lösungsansatz heran. Als **entscheidender Anknüpfungspunkt** wird die mit Tötungsvorsatz **begangene Ersthandlung** angesehen. Die dadurch ausgelöste Zweithandlung bewirke lediglich eine **unwesentliche Abweichung des vorgestellten vom tatsächlichen Geschehensablauf**. Insofern ist dann von einem Tötungsvorsatz auszugehen. Diese Lösung kommt auch ohne Heranziehung des *dolus generalis* zu einer Bestrafung wegen vollendeten Totschlags.

Daneben findet sich aber noch die Auffassung, die in diesem Fall von einer Bestrafung wegen versuchten Totschlags in Tatmehrheit mit fahrlässiger Tötung ausgeht. Nach ihrer Vorstellung handelt es sich um zwei selbstständige Handlungen. In Bezug auf die erste Handlung, den Schlag auf den Kopf, sei von Tötungsvorsatz auszugehen, allerdings fehle es an einem Erfolgseintritt. Die zweite Handlung, die den gewünschten Erfolg herbeiführt, weist jedoch nicht den nötigen Vorsatz auf. Zu diesem Zeitpunkt ist der ursprüngliche Tötungsvorsatz schon erloschen. Im Ergebnis ist dann von einer versuchten (Schlag auf den Kopf) und einer fahrlässigen (Wurf in den See) Tötung auszugehen.

Der *dolus generalis*, der von einem einheitlichen, insgesamt vom Tötungsvorsatz getragenen Geschehen ausgeht, führt zu einer bloßen Unterstellung zu Lasten des Täters. Tatsächlich mangelt es dem Zweitakt am Vorsatz, obwohl der Vorsatz gem. § 16 StGB bei Begehung der Tat vorliegen muss. Somit führt diese Auffassung letztlich dazu, dass *contra legem* der *dolus antecedens* als ausreichend erachtet wird. An der zweitgenannten Ansicht ist zu kritisieren, dass hinsichtlich der klassischen Konstellation des Abweichens vom Kausalverlauf ein entscheidender Unterschied besteht. Hier handelt es sich nämlich nicht nur um eine, sondern um zwei selbstständige Handlungen. Es stellt eine Verwischung dieses Umstandes dar, wenn diese Selbstständigkeit der Handlungen nun bezogen auf die subjektive Seite nivelliert wird. Im Zeitpunkt der Zweithandlung kann vielmehr nichts darüber hinwegtäuschen, dass T in diesem Augenblick keinen Tötungsvorsatz aufwies. Vorzugswürdig erscheint daher die letztgenannte Auffassung.

Ergebnis: T hat sich hinsichtlich des Schlages auf den Kopf wegen versuchten Totschlages in Tatmehrheit mit fahrlässiger Tötung strafbar gemacht.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 160 ff.)

Fall 9 – dolus alternativus: T ist äußerst frustriert. Um seiner Wut Platz zu machen, zielt er mit seiner Waffe einfach auf ein benachbartes Gartengrundstück, in dem L mit seinem Hund heruntollt. T ist es egal, ob er nun den Hund oder den L trifft. Er erkennt jedoch beide Möglichkeiten und nimmt sie billigend in Kauf. Der abgegebene Schuss trifft den L tödlich.

A: Strafbarkeit des T gem. § 212 StGB zu Lasten des L?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

Durch den Schuss des T, der Tathandlung, ist L gestorben. Damit ist der objektive Tatbestand erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

In diesem Fall ist sich T nicht sicher, ob er durch seine Handlung bei zwei sich gegenseitig ausschließenden Erfolgen den einen oder anderen verwirklicht. Er nimmt jedoch beide Möglichkeiten in Kauf. Wie dieser Alternativvorsatz zu behandeln ist, ist äußerst umstritten.

Einige Stimmen erachten allein den objektiv verwirklichten Tatbestand für maßgebend. Für den Fall, dass alle Erfolge ausbleiben, wird dagegen auf den Vorsatz der schweren bzw. leichteren Alternative abgestellt (*Maurach/Zipf/Jäger*, Strafrecht AT 1, § 22 Rn. 27). Andere dagegen konzentrieren sich allein auf den Vorsatz des schwereren Delikts (*Lackner/Kühl/Heger*, StGB, § 15 Rn. 29). Teilweise wird auch eine Kombination zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Begehung in Erwägung gezogen.

Die h.M. geht in diesem Fall jedoch von einer Strafbarkeit des T wegen **vollendetem Totschlags in Idealkonkurrenz mit versuchter Sachbeschädigung** bezüglich des Hundes aus.

Keine dieser Ansichten kann kritiklos übernommen werden. Die Auffassung, die sich allein auf den Vorsatz des schwereren Delikts stützt, kann vor allem dann nicht überzeugen, wenn gerade das leichtere Delikt voll verwirklicht wurde. Kritik an der h.M. ist zwar dahingehend zu tätigen, dass die Annahme von Tateinheit

unter Zugrundelegung aller einschlägigen Delikte zu einer Bestrafung führt, die den Unterschied zwischen alternativem und kumulativem Vorsatz einebnet (*Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, § 7 Rn. 352). Allerdings trägt sie dem Umstand hinreichend Rechnung, dass der Vorsatz des Täters mehrere Rechtsgutverletzungen umfasste. Insofern ist diese Ansicht zu favorisieren.

Ergebnis: T hat sich wegen vollendeten Totschlags in Idealkonkurrenz mit versuchter Sachbeschädigung strafbar gemacht.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 172 ff.)

Fall 10 – Die Notwehr: A kommt als Sieger eines Schützenfestes nach Hause. Dort angekommen bemerkt er eine fremde Person, den D, in seiner Wohnung. Die Waffe noch immer bei sich tragend betritt er das Zimmer, in dem der Einbrecher gerade in die Schmuckschatulle greift. Ungeachtet einer Warnung des A geht D dazu über, nun auch die Briefftasche des A einzustecken. Daraufhin schießt A mit seiner letzten Kugel gezielt auf das Bein des D, der verletzt zu Boden sinkt. Strafbarkeit des A?

A. Strafbarkeit des A gem. §§ 212, 22, 23 StGB?

Vorprüfung:

1. Nichtvollendung der Tat: (+), D lebt.
2. Strafbarkeit des Versuchs: (+), Versuch des Verbrechens stets strafbar (§§ 12 Abs. 1, 23 Abs. 1 StGB)

I. Tatentschluss

Fraglich ist, ob A mit Tatentschluss gehandelt hat. Er müsste dazu mit Vorsatz in Bezug auf die objektiven Merkmale des § 212 StGB gehandelt haben. Dolus directus 1. oder 2. Grades scheiden aus, da A hier gezielt auf die Beine des D geschossen hat. Möglicherweise könnte jedoch dolus eventualis vorliegen. Er müsste dafür nach der Billigungstheorie, die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkannt, den Erfolg billigend in Kauf genommen und sich folglich damit abgefunden haben. Hiergegen spricht jedoch, dass A gerade nicht in die Oberkörperregion des D, sondern gezielt in die Beine geschossen hat. Dies wird auch nicht ein bloßer Zufall gewesen sein, da er als Schützenkönig mit Erfahrung und Können ausgestattet sein wird.

Ergebnis: A hat sich damit nicht wegen versuchter Tötung gem. §§ 212, 22, 23 StGB strafbar gemacht.

Anmerkung: Zwar war die Ablehnung des Tötungsvorsatzes angesichts dieses Sachverhaltes relativ klar. Jedoch sollte immer dann, wenn der Täter auf sein Opfer schießt, die Prüfung der Strafbarkeit wegen einer versuchten Tötung nicht völlig unterbleiben. Schließlich ist diese wegen der Gefährlichkeit einer Schussabgabe nicht von vornherein auszuschließen.

B. Strafbarkeit des A gem. § 224 StGB?**I. Tatbestand****1. Objektiver Tatbestand: (+)**

Der objektive Tatbestand ist in diesem Fall unproblematisch gegeben. Zum einen wurde durch den gezielten Schuss auf das Bein die körperliche Unversehrtheit des D beeinträchtigt und dieser dadurch körperlich misshandelt. Durch die Schusswunde wurde aber auch ein krankhafter Zustand hervorgerufen, so dass vorliegend zudem von einer Gesundheitsschädigung auszugehen ist. Diese Körperverletzung fügte A dem D mittels einer Waffe zu, so dass von einer gefährlichen Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StGB auszugehen ist. Ein hinterlistiger Überfall gem. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist indes nicht anzunehmen, da A den D gewarnt hat und damit nicht planmäßig wahre Absichten verborgen hat.

Letztlich könnte auch von der Variante des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB ausgegangen werden. Allerdings ist hierbei umstritten, ob dabei die abstrakte Gefährlichkeit ausreicht oder ob eine konkrete Gefahr entstanden bzw. das Verhalten konkret gefährlich gewesen sein muss. Nach der ersten Ansicht ist § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB zu bejahen, da ein Schuss mit der Waffe typischerweise gefährlich ist. Von einer konkreten Lebensgefahr ist hier jedoch nicht auszugehen. Schließlich lag keine Situation vor, bei der es nur noch vom Zufall abhängt, ob der Tod eintritt oder nicht. Auch kann der gezielte Schuss auf die Beine durch einen geübten Sportschützen nicht als konkret lebensgefährliches Verhalten aufgefasst werden. Eine Streitentscheidung ist vorliegend nur zwischen der erstgenannten auf der einen Seite und der 2. und 3. Ansicht auf der anderen Seite relevant. Da der Wortlaut des § 224 StGB keine Abstraktion von den Einzelfallumständen gebietet, ist den beiden letztgenannten Auffassungen zu folgen und § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB abzulehnen.

2. Subjektiver Tatbestand:(+)

Da A in Kenntnis der Umstände willentlich die Körperverletzung mittels einer Waffe begangen hat, handelte er vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit:

Möglicherweise könnte A jedoch gerechtfertigt gehandelt haben. Die Körperverletzung könnte durch **Notwehr gem. § 32 StGB** gerechtfertigt sein.

Dies setzt zunächst eine **Notwehrlage** und damit einen **gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff** voraus. Diese ist nach h.M. nicht aus Sicht eines Dritten in der Situation des Täters ex ante, sondern ex post zu beurteilen.

Ein **Angriff** ist die Bedrohung rechtlich geschützter Güter oder Interessen durch ein menschliches Verhalten. Ein solcher umfasst daher nur menschliches Verhalten, nicht aber Naturgewalten oder das Verhalten eines Tieres, sofern nicht menschliches Verhalten dahinter steht. Aber auch Verhaltensweisen von Menschen, die nicht den Anforderungen an eine Handlung als ein willensgesteuertes Verhalten genügen (z.B. vis absoluta), können keinen Angriff darstellen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass es nach h.M. zwar eines rechtswidrigen, nicht aber eines schuldhaften Angriffs bedarf. Somit kann auch von einem Schuldunfähigen ein Angriff ausgehen. Allerdings können dann im Rahmen der Gebotenheit Einschränkungen erfolgen. In diesem Fall beeinträchtigt D neben Besitz und Eigentum auch das Hausrecht des A.

Weitere Voraussetzung ist das Vorliegen eines **gegenwärtigen** Angriffs. Davon ist auszugehen, wenn der Angriff unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch andauert. Zur Klärung der Frage des unmittelbaren Bevorstehens kann auch auf Kriterien abgestellt werden, die für die Frage, wann vom Versuchsbeginn auszugehen ist, relevant werden. Allerdings kommt es in Hinblick auf die erforderliche Objektivierung nicht auf die Vorstellung des Täters, sondern auf die äußeren Umstände an. Der Angriff dauert an, solange er noch nicht beendet ist. Beendet ist der Angriff dann, wenn er abgeschlossen ist, sei es, dass er fehlgeschlagen, aufgegeben oder vollständig durchgeführt worden ist. Hier liegt ein gegenwärtiger Angriff vor.

Es müsste sich zudem um einen **rechtswidrigen** Angriff gehandelt haben. Davon ist auszugehen, wenn er im Widerspruch zur Rechtsordnung steht. Hat dagegen

der Angreifer selbst gerechtfertigt gehandelt, ist die Rechtswidrigkeit zu verneinen. In diesem Fall liegt jedoch ein rechtswidriger Angriff vor.

Die Körperverletzung müsste auch **erforderlich** gewesen sein. Erforderlich ist diejenige Verteidigung, die eine sofortige und endgültige Beseitigung des Angriffs erwarten lässt. Dabei muss die Notwehrhandlung zum einen zur Abwehr geeignet sein und zum anderen das mildeste zur Verfügung stehende Gegenmittel darstellen. Im Gegensatz zur Notwehrlage, ist dies aus der ex-ante Sicht eines besonnenen Dritten in der Situation des Täters zu bestimmen. Bei der Beurteilung eines Verhaltens können die Verhaltensanforderungen gerade nicht erst nachträglich festgelegt werden, sondern sind ex-ante zu bewerten.

Zu beachten ist, dass im Rahmen der Notwehr der Grundsatz gilt: „Recht braucht Unrecht nicht zu weichen“. Schließlich ist derjenige von der Verteidigungshandlung betroffen, von dem der rechtswidrige Angriff ausgeht. Ein Eingriff in unbeteiligte Personen oder Güter ist dagegen nicht über die Notwehr gedeckt. Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne einer Angemessenheit wird dementsprechend bei der Notwehr nicht durchgeführt. Auch findet keine Güterabwägung statt. Vielmehr darf der Täter das Mittel anwenden, welches mit Sicherheit die Abwehr des Angriffs erwarten lässt, also eine sofortige und endgültige Beseitigung des Angriffs gewährleistet.

Bei der Beurteilung ist dabei auf die Verteidigungshandlung abzustellen, selbst wenn diese zu schweren Folgen führt. Jedoch müssen bestimmte Einschränkungen beachtet werden. Der Täter muss von mehreren gleich wirksamen Abwehrmitteln, die ihm zur Verfügung stehen, das mildeste auswählen (BGHSt 42, 97, 100). Auf der anderen Seite muss sich der Täter im Zweifel über die Wirksamkeit von mehreren Abwehrmitteln nicht mit einem solchen begnügen, dessen Anwendung mit Unsicherheiten in Bezug auf eine erfolgreiche Abwehr verbunden ist.

Besonderheiten ergeben sich jedoch beim **Gebrauch von Schusswaffen**. Der BGH ist hier recht zurückhaltend (BGH NStZ 2001, 530) und fordert zunächst die Androhung des Waffengebrauchs. Gegebenenfalls ist als weitere Maßnahme ein

Warnschuss abzugeben. Erst wenn dann eine Prüfung ergibt, dass ein Schuss in die Beine als Verteidigungshandlung nicht ausreicht, darf als ultima ratio ein gezielter Todesschuss erfolgen. Im Fall hat A den D zunächst gewarnt. Da dieser sich dadurch nicht berührt gezeigt hat, zielte er auf dessen Bein. Ein Warnschuss war aufgrund der Tatsache, dass die Waffe des A nur noch eine Kugel enthielt, nicht angebracht. Das Verhalten des A entsprach damit den strengen Voraussetzungen, die der Gebrauch einer Schusswaffe erfordert. Die Verteidigungshandlung des A war danach erforderlich.

Des Weiteren muss geprüft werden, ob die Verteidigungshandlung auch **geboten** war. Hierbei handelt es sich um das Verbot des Rechtsmissbrauchs. Dieser allgemeine Begriff bedarf jedoch einer Konkretisierung, weshalb diesbezüglich Fallgruppen entwickelt wurden. Dazu zählen Fälle des krassen Missverhältnisses zwischen beeinträchtigtem und geschütztem Gut, des Angriffs schuldlos Handelnder, enger persönlicher Beziehungen, der provozierten Notwehrlage, Folter zur Erzwingung einer Aussage sowie Notwehr gegen Erpressung. Der vorliegende Fall enthält jedoch keine Anhaltspunkte dahingehend, dass die Handlung des A nicht geboten sein könnte.

Sowohl die Rechtsprechung (BGHSt 2, 111, 114) als auch der überwiegende Teil der Literatur verlangen bei der Notwehr auch das Vorliegen eines subjektiven Rechtfertigungselements, nämlich des sog. **Verteidigungswillens**. Dieser setzt die Kenntnis der Notwehrlage voraus. Fehlt diese, hat dies bei den Stimmen, die ein subjektives Rechtfertigungselement fordern, unterschiedliche Konsequenzen. Die Rechtsprechung und ein Teil des Schrifttums bestrafen mangels Rechtfertigung wegen vollendeter Tat. Die Gegenauffassung nimmt dagegen lediglich einen Versuch an und begründet es damit, dass dies keine Analogie zulasten, sondern zu Gunsten des Täters sei. Dagegen spricht jedoch, dass objektiv tatsächlich der tatbestandliche Erfolg eingetreten ist und im Falle einer Bestrafung wegen Versuchs die objektiven Gegebenheiten zu wenig berücksichtigt würden.

In diesem Fall handelte A jedoch in Kenntnis der Notwehrlage und sogar in der Absicht, sich zu verteidigen. Das Handeln des A war damit von der Notwehr gedeckt.

Eine Rechtfertigung könnte sich auch aus § 34 StGB ergeben, der durch § 32 StGB nicht ausgeschlossen wird. Auch § 859 Abs. 1 und Abs. 2 BGB ermöglichen eine Rechtfertigung des A. § 127 Abs. 1 StPO und § 229 BGB scheiden jedoch aufgrund des Schusswaffengebrauchs aus.

Ergebnis: A ist gem. § 32 StGB gerechtfertigt. Er hat sich damit nicht gem. § 224 StGB strafbar gemacht. Damit scheidet auch eine Strafbarkeit gem. § 240 StGB aus.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 196 ff.)

Fall 11 – Die Notwehrprovokation: T, der schon lange geplant hat, O zu töten, weiß um dessen schnell aggressivwerdenden Charakter. Als T den O in einer Gaststätte trifft, schüttet T – vermeintlich unabsichtlich – sein Bier über die Hose des O. Wie erwartet explodiert O und möchte dem T seinen Bierkrug auf den Kopf schlagen. T zieht, wie schon zuvor beabsichtigt, zur Abwehr aber sein Messer aus der Tasche und versetzt dem O einen tödlichen Stich. Hat sich T in diesem Fall strafbar gemacht?

Abwandlung: L, ein äußerst wohlwollendes Gemüt, sitzt am Abend in einer Kneipe. Als er Gästen, die gerade das Lokal verlassen, zum Abschied winkt, kippt er aus Versehen das Bierglas seines Tischnachbarn O um. Dieser erleidet dadurch eine Schnittwunde am Arm. O explodiert unerwartet und verfolgt den fliehenden L mit einem Bierglas in der Hand. Als er den O in eine Ecke gedrängt hat, setzt er mit seinem Bierglas zu einem Schlag gegen den Kopf des L an. Die einzige Abwehrmöglichkeit des L ist, dem O mit seinem Messer einen tödlichen Messerstich zu versetzen. Diese Chance nutzt L. Hat er sich strafbar gemacht?

Strafbarkeit des T gem. § 212 StGB zu Lasten des O?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

Der objektive Tatbestand ist erfüllt. Durch den Messerstich des T, der Tathandlung, ist O gestorben.

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

Auch müsste T vorsätzlich gehandelt und damit den Willen zur Verwirklichung des objektiven Tatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatbestandsmerkmale gehabt haben. Er wusste, dass er den T mit dem Messerstich töten würde und wollte dies auch. Somit handelte T vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit:

Möglicherweise handelte T jedoch gerechtfertigt. Davon wäre auszugehen, wenn T in Notwehr gem. § 32 StGB gehandelt hätte.

Eine Notwehrlage liegt vor. O möchte T den Bierkrug auf den Kopf schlagen. Dies stellt einen **gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff** dar (s.o).

Der Messerstich war auch **erforderlich**, da diese Verteidigung eine sofortige und endgültige Abwehr des Angriffs erwarten ließ. Eine Güterabwägung erfolgt bei der Notwehr gerade nicht, so dass der Täter das Mittel anwenden darf, welches mit Sicherheit die Abwehr des Angriffs erwarten lässt. Einschränkend ist aber dahingehend zu beachten, dass der Täter von mehreren gleich wirksamen Abwehrmitteln, die ihm zur Verfügung stehen, das mildeste Mittel auswählen muss (BGHSt 42, 97, 100). Allerdings muss er sich nicht mit einem solchen Mittel begnügen, dessen Anwendung mit Unsicherheiten in Bezug auf eine erfolgreiche Abwehr verbunden ist. Da O den T mit einem Bierkrug auf den Kopf schlagen wollte, was eine erhebliche Verletzung hervorrufen kann, ist die Verteidigung mit dem Messer auch erforderlich. Eine weniger schwere Abwehr scheint nicht geeignet, den Angriff zweifelsfrei und endgültig auszuräumen.

Fraglich ist, ob der Stich mit dem Messer auch **geboten** erscheint. Bei der Gebotenheit handelt es sich um das Verbot des Rechtsmissbrauchs, das dem Notwehrrecht Grenzen setzt. Hier könnte es sich um einen Fall der Notwehrprovokation handeln. T wusste um das Temperament des O und provozierte mit seinem Verschütten des Bierkruges einen Angriff des O. Damit ist von einer Absichtsprovokation auszugehen, schließlich hat T die Notwehrlage absichtlich vorwerfbar provoziert.

Inwieweit in einem solchen Fall dem Provokateur ein Notwehrrecht zugebilligt werden kann, wird unterschiedlich beurteilt (vgl.: *Hillenkamp/Cornelius*, Strafrecht AT, Problem Nr. 2).

Teilweise wird im Schrifttum auch bei einer **Absichtsprovokation dem Angegriffenen ein Notwehrrecht zugestanden** (*Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht AT, § 15 Rn. 56). Einzelne Stimmen (sog. Selbstschutztheorie) fordern dabei jedoch von dem Provokateur, dass er zunächst versuchen müsse, dem Angriff soweit wie möglich auszuweichen. Mangels Angaben im Sachverhalt, die

auf eine Ausweichmöglichkeit hinweisen, hätte nach dieser Ansicht T gerechtfertigt gehandelt.

Aber auch andere Stimmen in der Literatur billigen dem Angegriffenen bei einer Absichtsprovokation ein Notwehrrecht zu. Jedoch sei dieser dann für die absichtliche Verursachung der Tat nach den Grundsätzen der **actio illicita in causa** (einer im Ursprung verbotenen Tat) zu bestrafen (*Haft*, Strafrecht AT, S. 91). Danach wäre T hier wegen Totschlags zu Lasten des O gem. § 212 StGB zu bestrafen.

Die Rechtsprechung (BGH NSTz 2003, 425, 427) und die h.M. in der Literatur (*Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, § 10 Rn. 533; *Rudolphi*, Strafrecht AT, S. 20) gestehen dem Angegriffenen gerade **kein Notwehrrecht** zu. Dies wird teils damit begründet, dass der Angegriffene schließlich in Wirklichkeit selbst Angreifer sei oder dass er mit seiner absichtlichen Provokation auf seinen Rechtsgüterschutz verzichte. Seine Gegenwehr sei deshalb keine Verteidigung. Andere versagen ein Notwehrrecht aufgrund des Gesichtspunktes des Rechtsmissbrauchs oder des fehlenden Verteidigungswillens. Übertragen auf den Fall wäre T damit nicht aufgrund eines Notwehrrechts gerechtfertigt.

Bei der Absichtsprovokation sprechen die besseren Argumente dafür, ein Notwehrrecht des Provokateurs zu verneinen. Derjenige, der absichtlich eine Notwehrlage herbeiführt, handelt widersprüchlich, wenn er nun davon ausgeht, diese Notwehrlage straffrei beseitigen zu dürfen. Dieser Widerspruch stellt einen klassischen Fall des Rechtsmissbrauchs dar. Gerade beide Grundgedanken des Notwehrrechtes – Bewahrung der Rechtsordnung und Recht auf Selbstschutz – versagen gegenüber dem Provokateur. Für die letztgenannte Ansicht spricht auch, dass der Angegriffene in einem solchen Fall nicht den erforderlichen Verteidigungswillen besitzt.

III. Schuld: (+)

Ergebnis: Damit hat sich T wegen eines vorsätzlichen Totschlags zu Lasten des O strafbar gemacht.

Abwandlung:**Strafbarkeit des L gem. § 212 StGB zu Lasten des O?****I. Tatbestand**

1. **Objektiver Tatbestand: (+), (s.o.)**

2. **Subjektiver Tatbestand (+), (s.o)**

II. Rechtswidrigkeit:

Es liegt ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff seitens des O und damit eine Notwehrlage vor. Die Abwehrhandlung des L war auch erforderlich.

Problematisch in der Abwandlung ist wiederum die Frage, ob der Stich mit dem Messer geboten ist. Im Gegensatz zum Ausgangsfall handelt es sich nicht um eine Absichtsprovokation, sondern vielmehr um eine unabsichtlich provozierte Notwehrlage. Schließlich kippte L das Bierglas in diesem Fall aus Versehen um.

In einer solchen Konstellation bedarf es zunächst der Klärung, ob es sich um ein rechtswidriges Vorverhalten handeln müsse oder ob ein sozialetisch zu missbilligendes Verhalten ausreichend sei. Nach richtiger Ansicht muss das vorwerfbare Vorverhalten gerade nicht rechtswidrig sein (BGHSt 42, 97, 101; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, § 10 Rn. 534; a.A. *Freund/Rostalski*, Strafrecht AT, § 3 Rn. 122). Auch ist darauf hinzuweisen, dass keine zeitliche Zäsur zwischen Provokation und Angriff liegen darf und der Angriff auch durch das Vorverhalten hervorgerufen sein muss.

Inwieweit dem L nun in diesem Fall ein Notwehrrecht zusteht, ist äußerst umstritten.

Nach der Ansicht, die auch bei der Absichtsprovokation dem Angegriffenen ein Notwehrrecht zugesteht, kann sich L hier unproblematisch auf sein Notwehrrecht berufen.

Teilweise wird wiederum mit der Rechtsfigur der **actio illicita in causa** ein Lösungsansatz gesucht. Solange keine Ausweichmöglichkeit besteht, sei dem Angegriffenen das Notwehrrecht zuzugestehen. Über die Grundsätze der *actio illicita in causa* sei bei einer unabsichtlichen Provokation der Angegriffene allerdings wegen einer Fahrlässigkeitstat zu bestrafen. Danach hätte sich L wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB strafbar gemacht.

Überwiegend wird die Ansicht vertreten, dass derjenige, der zwar nicht absichtlich, aber sonst vorwerfbar eine Notwehrsituation herbeiführt, dem Angriff zunächst **ausweichen** müsse. Für den Fall, dass keine Ausweichmöglichkeit bestehe, habe er sich auf **Schutzwehr** (defensive Verteidigungshandlungen) zu beschränken. Erst wenn dies nicht mehr zur Abwehr des Angriffs ausreiche, komme **Trutzwehr** in Betracht. Schließlich ist ihm die Hinnahme erheblicher Verletzungen nicht zuzumuten. Er darf somit eine Verteidigungshandlung ergreifen, muss diese aber zurückhaltend ausführen.

Im Gegensatz zum Ausgangsfall wurde vorliegend die Notwehrsituation gerade unabsichtlich herbeigeführt. Insoweit kann der Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs gerade nicht herangezogen werden. Bei einer Provokation kann über den Rechtsmissbrauchsgedanken im Sinne eines widersprüchlichen Verhaltens eine Einschränkung nur erfolgen, wenn ein Verhalten vorliegt, dass von *dolus directus* 1. oder zumindest 2. Grades getragen wird. Hat dagegen der Betreffende die Situation nur mit *dolus eventualis* oder fahrlässig hervorgerufen, scheidet eine Einschränkung des Notwehrrechts aus. In der Abwandlung steht L damit ein volles Notwehrrecht zu.

Ergebnis: Damit hat sich L nicht wegen eines vorsätzlichen Totschlags zu Lasten des O strafbar gemacht, da er in Notwehr und damit gerechtfertigt gehandelt hat. (Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 220 ff.)

Fall 12 – Der zivilrechtliche Notstand gem. §§ 228, 904 BGB:

A wird von dem Hund des H attackiert. Um den Hund abzuwehren, reißt er eine Latte aus dem Zaun des O und tötet damit den Hund. Strafbarkeit des A?

A: Strafbarkeit des A gem. § 303 StGB zu Lasten des H?**I. Tatbestand****1. Objektiver Tatbestand: (+)**

Der objektive Tatbestand ist in diesem Fall erfüllt. Durch den Gegenangriff mit der Zaunlatte starb der Hund. Damit wurde eine dem H gehörende Sache, der Hund, zerstört. Der Hund als Tier ist zwar im Sinne des BGB gem. § 90 a S.1 BGB gerade keine Sache. Gem. § 90 a S. 3 BGB sind die Vorschriften über Sachen lediglich entsprechend anzuwenden. Im Strafrecht fallen Tiere jedoch unter den Sachbegriff. Teilweise bildet man den strafrechtlichen Sachbegriff insofern eigenständig, so dass § 90 a BGB keine Bedeutung für das Strafrecht hat (*Beulke*, Klausurenkurs I, Rn. 104). Andere fassen § 90 a S. 3 BGB nicht als eine Analogie auf, da die Norm ausdrücklich die Geltung der Sachvorschriften anordnet.

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

A handelte auch vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit

A könnte jedoch gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein. Dies setzt einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff voraus. Als Angriff ist jedoch nur die Bedrohung rechtlich geschützter Interessen durch ein menschliches Verhalten zu werten. Bei dem Angriff des Hundes handelt es sich um tierisches Verhalten. Insofern findet § 32 StGB hier keine Anwendung.

Eine Rechtfertigung könnte sich jedoch über **§ 228 BGB** ergeben. Hierbei handelt es sich um den **Defensivnotstand**. Er kommt immer dann in Betracht, wenn eine **fremde Sache beschädigt oder zerstört** wird, um eine **durch sie drohende Gefahr** abzuwenden. Folglich wird genau der Gegenstand beeinträchtigt, von dem die Gefahr ausgeht. In diesem Fall hat A eine fremde Sache zerstört (den

Hund), um eine durch sie drohende Gefahr für seine körperliche Unversehrtheit abzuwenden. Diese Zerstörung war auch zur Abwendung der Gefahr erforderlich.

Für § 228 StGB ist weiterhin erforderlich, dass der Schaden nicht außer Verhältnis zur Gefahr steht. Auf der einen Seite bestand die Gefahr für die körperliche Unversehrtheit des A. Auf der anderen Seite der Schaden in Form der Beeinträchtigung des Eigentums des H. Damit steht dieser Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr. Eine Rechtfertigung des A über § 228 BGB ist damit zu bejahen.

Ergebnis: A hat sich nicht gem. § 303 StGB zu Lasten des H strafbar gemacht, da er über § 228 BGB gerechtfertigt ist.

B: Strafbarkeit des A gem. § 303 StGB zu Lasten des O?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

Indem A die Latte herausgerissen hat, hat er die Substanz des Zaunes des O beeinträchtigt. Damit ist von einer Beschädigung einer fremden Sache i.S.d. § 303 StGB auszugehen.

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

A handelte auch vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit

A könnte jedoch gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein. Dies setzt einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff voraus. Ein Angriff von Seiten des O liegt aber nicht vor. § 32 StGB erfasst nicht den Eingriff in Rechtsgüter Unbeteiligter. Somit scheidet eine Rechtfertigung über § 32 StGB aus.

A könnte jedoch über **§ 904 BGB**, dem sog. **Aggressivnotstand**, gerechtfertigt sein. Dieser ist im Gegensatz zu § 228 BGB dann heranzuziehen, wenn der Täter ein **unbeteiligtes Gut beeinträchtigt**. A beschädigt den Zaun des O. Diese Beeinträchtigung war auch notwendig, um die von dem Hund ausgehende

gegenwärtige Gefahr für die körperliche Unversehrtheit des T abzuwenden. Auch handelte A in der Absicht, die Gefahr von sich abzuwenden.

Weitere Voraussetzung für den Aggressivnotstand gem. § 904 BGB ist, dass der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. Hier steht die bevorstehende Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit des A als drohender Schaden der Beschädigung des Zauns als der aus der Einwirkung entstehende Schaden gegenüber. Hier ist die drohende Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit als unverhältnismäßig groß zu einer Beschädigung des Zauns zu bewerten. A handelte somit aufgrund des Aggressivnotstands gem. § 904 BGB gerechtfertigt.

Ergebnis: A hat sich nicht gem. § 303 StGB zu Lasten des O strafbar gemacht, da er über § 904 BGB gerechtfertigt ist.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 237 ff.)

Fall 13 – Der rechtfertigende Notstand gem. § 34 StGB: X liegt im Sterben. Seine einzige Rettung wäre eine Blutspende. Da er aber eine äußerst seltene Blutgruppe hat, kommt als Spender allein O in Betracht. Dieser will jedoch kein Blut spenden. Arzt A kann dies nicht einfach so hinnehmen und nimmt dem O gegen seinen Willen Blut ab. Strafbarkeit des A gem. § 223 StGB?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

A hat den O durch die Entnahme des Blutes in seiner körperlichen Unversehrtheit beeinträchtigt. Aufgrund dieser körperlichen Misshandlung ist der objektive Tatbestand zu bejahen. Anhaltspunkte für eine Gesundheitsschädigung durch das Hervorrufen eines krankhaften Zustands sind dagegen nicht ersichtlich.

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

A handelte auch vorsätzlich, nämlich mit Wissen und Wollen der Tatbestandsmerkmale.

II. Rechtswidrigkeit

Möglicherweise könnte A jedoch gerechtfertigt sein. Mangels eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs scheidet Notwehr aus. § 228 BGB und § 904 BGB kommen ebenfalls nicht in Betracht, da A keine Sache, sondern den Menschen O beeinträchtigt. Eine rechtfertigende Einwilligung ist aufgrund der Weigerung des A ebenfalls nicht anzunehmen.

In Betracht könnte jedoch eine Rechtfertigung über den rechtfertigenden Notstand gem. § 34 StGB kommen.

- a) Dies setzt zunächst das Vorliegen einer **Notstandslage** voraus und somit eine gegenwärtige Gefahr für ein **notstandsfähiges Gut**. Zu den notstandsfähigen Gütern zählen sowohl die Rechtsgüter des Einzelnen, als auch die der Allgemeinheit. Somit ist die Aufzählung in § 34 StGB – Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum – nur beispielhafter Natur. In diesem Fall ist das Leben des O als notstandsfähiges Gut zu qualifizieren.

Des Weiteren liegt eine **konkrete Gefahr** für das Rechtsgut Leben vor; es handelt sich um eine Situation, bei der es im ungestörten Fortgang des Geschehensverlaufs – also ohne das Ergreifen von Abwehrmaßnahmen – zum Eintritt des Schadens kommen wird. Diese Gefahr müsste zudem **gegenwärtig** sein. Davon ist dann auszugehen, wenn sich die Wahrscheinlichkeit eines Schadens so verdichtet hat, dass die zum Schutz des bedrohten Rechtsguts notwendigen Maßnahmen sofort einzuleiten sind. Es kann sich dabei im Gegensatz zu § 32 StGB auch um eine so genannte **Dauergefahr** handeln. Dies ist ein gefahrdrohender Zustand von längerer Dauer, der jederzeit in eine Rechtsgutbeeinträchtigung umschlagen kann, ohne aber die Möglichkeit auszuschließen, dass der Eintritt des Schadens noch eine Weile auf sich warten lässt (*Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, § 9 Rn. 464). Auch in einem solchen Fall muss sofort gehandelt werden, um ihm wirksam begegnen zu können.

Es besteht hier eine gegenwärtige Gefahr für das Leben des X, da er bereits im Sterben liegt und es - ohne Abwehrmaßnahmen des A in Form der Blutentnahme - im weiteren ungestörten Fortgang des Geschehens zum Tod des X gekommen wäre. Zum Schutz des Lebens des X musste A die Blutentnahme zwangsweise durchführen. Bei der Gefahr nach § 34 StGB ist es unerheblich, ob die Ursache der Gefahr menschliches Verhalten oder das Verhalten eines Tieres oder ein Naturereignis ist.

b) Gem. § 34 StGB müsste diese gegenwärtige Gefahr **nicht anders abwendbar** gewesen sein als durch die begangene Tat. Dieses Merkmal ist der Erforderlichkeit bei der Notwehr gleichzusetzen. Daher darf kein milderes Mittel zur Verfügung stehen, mit dem die Gefahr ebenso aussichtsreich abwendbar ist. Laut Sachverhalt war die Blutspende die einzige Hoffnung des X. Ein milderes Mittel in Form des Wartens auf einen Spender erscheint nicht geeignet, die Gefahr ebenso aussichtsreich abzuwenden, da diese Blutgruppe nur äußerst selten auftritt.

c) A müsste mit der nötigen **Gefahrabwendungsabsicht** gehandelt haben. Dies bedeutet, dass der Täter die Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem

anderen (Notstandshilfe) abzuwenden. Hierbei handelt es sich um ein subjektives Rechtfertigungselement. Die Anforderungen an das subjektive Rechtfertigungselement sind jedoch äußerst umstritten. Während manche lediglich fordern, dass der Täter das Vorliegen der rechtfertigenden Umstände nur „für möglich hält“ (SK-Günther, § 34 Rn. 55), fordern andere zumindest die Kenntnis der notstands begründenden Tatsachen (Frister, Strafrecht AT, 14. Kap. Rn. 25, 17. Kap. Rn. 20 a.E.). Strenger dagegen ist die Ansicht, die vom Täter fordert, dass er die Abwendung der Gefahr bezwecken muss (Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 32 II 2 a). Für diese Ansicht spricht der Gesetzeswortlaut. Nicht davon gedeckt ist jedoch das zusätzliche Erfordernis des BGH, welches eine gewissenhafte Prüfung der Notstandslage umfasst. A handelte in Kenntnis der Notstandslage und bezweckte die Rettung des O. Somit ist nach allen Literaturansichten von einer Gefahrabwendungsabsicht auszugehen.

d) Im Rahmen der Prüfung des § 34 StGB ist zudem eine umfassende **Interessenabwägung** durchzuführen. Dies bedeutet, dass eine Tat dann gerechtfertigt ist, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte überwiegt. Hierbei handelt es sich nicht um eine reine Güterabwägung, da den in Rede stehenden abstrakten Rechtsgütern zwar eine große Bedeutung zukommt, sie jedoch nicht allein entscheidend sind. In diesem Fall steht das Leben des X als geschütztes Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit des O als beeinträchtigtes Rechtsgut gegenüber. Bei einer reinen Güterabwägung wäre dem Leben des X den Vorzug einzuräumen. Da jedoch eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen ist, in die sämtliche konkrete Umstände mit einzubeziehen sind, darf der Anspruch auf Selbstbestimmung und Respektierung der Person (Autonomieprinzip) nicht außer Acht gelassen werden. Folglich ist nach überwiegender Ansicht der A, der die Blutentnahme zwangsweise durchgeführt hat, nicht gerechtfertigt (a.A. Kühl, Strafrecht AT, § 8 Rn. 169 ff.). Schließlich muss gewährleistet sein, dass der essenzielle Kern der Grundrechte des Menschen unangetastet bleibt. Es muss dem Einzelnen überlassen bleiben, ob er eine Blutspende durchführen möchte oder nicht und er darf nicht Gegenstand einer „allgemeinen Hilfespflicht“ sein. Ausnahmen könnten jedoch z.B. bei Ehegatten, Eltern, etc. in Betracht kommen

(Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, § 9 Rn. 485) oder falls O in einer anderen Garantenstellung zu X stehen würde.

e) Als weiterer Prüfungspunkt ist die **Angemessenheitsklausel** des § 34 S. 2 StGB heranzuziehen. Hinsichtlich ihrer Bedeutung werden jedoch unterschiedliche Ansichten vertreten. Teilweise erachtet man sie als zweite Wertungsstufe. Danach würden Fälle, in denen das Autonomieprinzip einer Rechtfertigung entgegensteht, erst bei diesem Prüfungspunkt ausscheiden. Die Gegenauffassung sieht dagegen bereits die Interessenabwägung als Instrumentarium, sämtliche Umstände eingehend zu würdigen, sodass der Angemessenheitsklausel nicht die Bedeutung einer zweiten Wertungsstufe zukommt. Letzte Ansicht überzeugt, da in die Interessenabwägung schon sämtliche Umstände des Einzelfalls in die Bewertung einzubeziehen sind. Schließlich handelt es sich nicht um eine reine Güterabwägung, sondern um eine umfassende Betrachtung der konkreten Situation. Somit werden schon nach § 34 S. 1 StGB alle Aspekte berücksichtigt, sodass die Angemessenheitsklausel nicht als eigene Wertungsstufe zu qualifizieren ist. Ihr kommt damit allein die Funktion zu, das festgestellte Ergebnis noch einmal vor dem Hintergrund zu sehen, dass mit der Annahme einer Rechtfertigung dem von der Notstandstat Betroffenen eine Duldungspflicht auferlegt wird, da er mangels rechtswidrigen Angriffs keine Notwehr üben kann.

II. Schuld: (+)

Ergebnis: Mangels Rechtfertigung hat sich A gem. § 223 StGB strafbar gemacht.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 243 ff.)

Fall 14 – Die Bergtour: T und O machen eine Bergtour. Zur Sicherheit haben sie sich gegenseitig mit einem Seil verbunden. Kurz vor dem Gipfel stürzt O und wird allein durch das Seil festgehalten. T steht nun vor der ausweglosen Situation, dass sie beide abstürzen und sterben würden, falls er das Seil nicht durchtrennt. Dagegen könnte er sein Leben retten, wenn er das Seil kappt. Das Leben des O ist damit in jedem Fall verloren. In T siegt der Überlebenswille. Er durchtrennt das Seil und überlebt, während O hinabstürzt und stirbt. Handelte T gerechtfertigt oder hat er sich wegen Totschlags gem. § 212 StGB zu Lasten des O strafbar gemacht?

Strafbarkeit des T gem. § 212 StGB zu Lasten des O?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

Durch das Durchtrennen des Seils, der Tathandlung, ist O hinabgestürzt und gestorben. Damit ist der objektive Tatbestand erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

T handelte mit Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung. Schließlich wusste er um die Konsequenz, die das Durchtrennen des Seils mit sich bringen würde.

II. Rechtswidrigkeit

Möglicherweise könnte T jedoch gerechtfertigt sein. Mangels eines gegenwärtigen Angriffs scheidet Notwehr gem. § 32 StGB aus. Auch §§ 228, 904 BGB kommen nicht in Betracht. Jedoch könnte hier ein Fall des rechtfertigenden Notstands gem. § 34 StGB vorliegen.

Eine gegenwärtige Gefahr für das Leben des T liegt vor. Diese ist auch nicht anders abwendbar als durch das Kappen des Seils. Zudem ist der Gefahrabwendungswille zu bejahen.

Problematisch ist in diesem Fall jedoch die Interessenabwägung, da sich hier zwei Leben gegenüber stehen.

Teilweise wird im Schrifttum die Interessenabwägung zu Gunsten des T vorgenommen und die Rechtfertigung über § 34 StGB bejaht. Schließlich sei das Leben des O schon unentrinnbar verloren und es werde noch dazu das Rechtsgut beeinträchtigt, von dem die Gefahr ausgehe. Es besteht damit die Möglichkeit, wenigstens ein Leben zu erhalten.

Eine andere Ansicht spricht sich hier gegen eine Rechtfertigung aus und führt als Begründung die überzeugenderen Argumente an. In diesem Fall stehen sich das Leben des T und das des O gegenüber. Nun könnte man argumentieren, dass durch die Handlung des T wenigstens ein Leben gerettet werden konnte. Jedoch lässt der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes keine Ausnahmen in dieser Hinsicht und keinen Rückgriff auf § 34 StGB zu. Schließlich schützt die Rechtsordnung jedes Menschenleben in gleicher Weise schon aufgrund seiner realen Existenz und ohne Rücksicht auf seine künftige Dauer (*Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, § 9 Rn. 477). Ginge man im vorliegenden Fall von einer Rechtfertigung aus, würde der Wert des menschlichen Lebens unzulässigerweise relativiert. Jeder Mensch hat unabhängig davon, wie lange er noch zu leben hat und wie sicher sein Tod ist, den gleichen Lebenswert. Der Wert des Menschen darf nicht unterschiedlich gewichtet werden, zumal stets die mit der Rechtfertigung verbundene Duldungspflicht zu beachten ist. Damit war T nicht über § 34 StGB gerechtfertigt.

Ergebnis: T handelte nicht gerechtfertigt. In Betracht kommt jedoch eine Entschuldigung über § 35 StGB (vgl. Fall 23).

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 260 ff.)

Fall 15 – Der Nötigungsnotstand: A entführt das Kind des B. Als Bedingung zur Freilassung und Nichttötung fordert A den B auf, Geld in Höhe von 10.000,- € aus dem Tresor des unbeteiligten C zu entwenden. In seiner Verzweiflung geht B auf die Forderung ein und entwendet das Geld. Hat sich B wegen Diebstahls gem. § 242 StGB strafbar gemacht?

A: Strafbarkeit des B gem. § 242 StGB zu Lasten des C?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

Indem B das Geld aus dem Tresor entwendet und dem A übergeben hat, hat er eine fremde bewegliche Sache weggenommen. Der objektive Tatbestand des § 242 StGB ist damit erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

Auch der subjektive Tatbestand ist zu bejahen: Zum einen handelte B vorsätzlich und zum anderen ist die Dritzueignungsabsicht zu bejahen. Auch hat B keinen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf das Geld. Die Zueignung war insofern rechtswidrig, was B auch wusste.

II. Rechtswidrigkeit

Möglicherweise hat B jedoch gerechtfertigt gehandelt. Notwehr kommt jedoch nicht in Betracht, da von Seiten des C kein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff ausgeht.

Denkbar wäre jedoch eine Rechtfertigung über den rechtfertigenden Notstand gem. § 34 StGB. Für das Kind des B besteht eine gegenwärtige Gefahr.

Zweifelhaft ist zunächst jedoch die **Nicht-anders-Abwendbarkeit**. Schließlich hätte B auch die Polizei einschalten können. Oftmals wird eine Prüfung, ob nicht die Einschaltung der Polizei als wirksameres oder gleich wirksames milderes Mittel in Betracht kommt, zu einem positiven Ergebnis kommen. Im vorliegenden Sachverhalt sind jedoch nicht genügend Anhaltspunkte geschildert, die eine solche Annahme rechtfertigen würden. Daher ist zugunsten des B von der Nicht-

anders-Abwendbarkeit auszugehen. B handelte zudem mit dem nötigen Gefahrabwendungswillen.

Nicht minder problematisch ist in der vorliegenden Fallkonstellation die **Interessenabwägung**. Manche Stimmen sprechen sich beim Nötigungsnotstand gegen eine Rechtfertigung aus, da der Genötigte auf Seiten des Unrechts handele. Dies hätte sonst zur Folge, dass das Opfer sein Notwehrrecht verliere (*Günther*, in SK, StGB, § 34 Rn. 48 f.; *Kühl*, Strafrecht AT, § 8 Rn. 127 ff.). Dagegen finden sich Auffassungen, die das Notwehrrecht nicht per se auszuschließen vermögen. Vor allem dann, wenn es sich um geringere Beeinträchtigungen zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter handelt (*Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht AT, § 15 Rn. 104 f.).

Auch beim Nötigungsnotstand sind im Rahmen der Interessenabwägung sämtliche Umstände des Einzelfalls in die Abwägung mit einzubeziehen. Dazu gehört auch, dass der Genötigte gezwungenermaßen eine Tat begehen muss und dass dem von der Tat des Genötigten Betroffenen bei Annahme einer Rechtfertigung eine Duldungspflicht auferlegt wird, da ihm dann mangels rechtswidrigen Angriffs keine Notwehrbefugnis zusteht. In die Abwägung gehört aber auch die Frage, welchem Rechtsgut welche Gefahr von Seiten des Nötigenden droht und welches Rechtsgut beeinträchtigt wird. Als Ergebnis dieser umfassenden Abwägung, ist die Abwehr einer Eigentumsverletzung zur Rettung eines Angehörigen aus einer Lebensgefahr als gerechtfertigt zu erachten. Das geschützte Interesse überwiegt wesentlich das beeinträchtigte. Damit ist von einer Rechtfertigung gem. § 34 StGB auszugehen.

Ergebnis: B handelte gerechtfertigt und hat sich daher nicht wegen Diebstahls gem. § 242 StGB zu Lasten des C strafbar gemacht.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 269 ff.)

Fall 16 – Tatbestandausschließendes Einverständnis: Der arbeitslose A besucht einen alten Freund F. Während dieser in der Küche Kaffee kocht, entnimmt A aus der Briefbörse des F einen 50 € Schein. A weiß jedoch nicht, dass F, der Mitleid mit seinem armen Freund hat, damit einverstanden ist. Strafbarkeit des A gem. § 242 StGB?

A: Strafbarkeit des A gem. § 242 StGB?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

Damit der objektive Tatbestand des Diebstahls erfüllt ist, müsste A eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben. Bei dem Geldschein handelt es sich um eine fremde bewegliche Sache.

Zu prüfen bleibt daher, ob A diesen Geldschein auch weggenommen hat. Dies bedarf des Bruchs fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams. Fremder Gewahrsam wird gebrochen, wenn der Täter ohne oder gegen den Willen des ursprünglichen Gewahrsamsinhabers dessen tatsächliche Sachherrschaft über den Gegenstand aufhebt.

In diesem Fall war F mit der Ansichnahme des Geldscheins einverstanden. Damit ist der objektive Tatbestand mangels Bruchs fremden Gewahrsams nicht gegeben. Es liegt vielmehr ein tatbestandausschließendes Einverständnis vor. Zu merken ist daher, dass immer dann, wenn der objektive Tatbestand ein Handeln gegen oder ohne den Willen des Rechtsgutsinhabers voraussetzt, bereits dann die Tatbestandsmäßigkeit entfällt, wenn der Rechtsgutsinhaber mit der Handlung einverstanden ist.

Ergebnis: A hat sich daher nicht wegen eines vollendeten Diebstahls gem. § 242 StGB strafbar gemacht.

B: Strafbarkeit des A gem. §§ 242, 22, 23 StGB?

Vorprüfung: a) Nichtvollendung der Tat: (+), da die Tat aufgrund des Einverständnisses nicht vollendet werden konnte.

b) Strafbarkeit des Versuchs: (+), §§ 23 Abs.1, 12 Abs. 2, 242 Abs. 2 StGB

I. Tatentschluss:

A müsste den nötigen Tatentschluss aufweisen. Laut Sachverhalt war dem A das Vorliegen des tatbestandsausschließenden Einverständnisses nicht bewusst. Nach seiner Vorstellung brach er den Gewahrsam gegen oder ohne den Willen des F. Auch die erforderliche Zueignungsabsicht ist zu bejahen. Der Tatentschluss des A liegt damit vor.

II. Unmittelbares Ansetzen:

Durch die Ansichnahme des Geldscheins hat A auch unmittelbar zur Tat angesetzt.

III. Rechtswidrigkeit: (+)**IV. Schuld: (+)**

Ergebnis: A hat sich wegen eines versuchten Diebstahls gem. §§ 242, 22, 23 StGB strafbar gemacht.

Anmerkung: Im umgekehrten Fall – A glaubt irrtümlich, es liege ein Einverständnis vor – ist zwar der objektive Tatbestand des § 242 StGB erfüllt. Allerdings mangelt es dem A dann am Vorsatz in Bezug auf das Merkmal „Wegnahme“.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 277 ff.)

Fall 17 – Die Einwilligung: Der Modelscout und Figaro A verspricht dem Model B eine einmalige Zahlung von 15.000,- €, wenn er ihre Haare abschneiden darf. Nach einigem Zögern lässt sie sich darauf ein. A schneidet der B daraufhin mit einer scharfen Schere die Haare ab. Wie von Anfang an beabsichtigt, kommt A seinem Zahlungsverprechen aber nicht nach. Hat sich A wegen einer Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht?

Strafbarkeit des A gem. § 223 Abs. 1 StGB zu Lasten der B?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

Eine körperliche Misshandlung ist eine üble und unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird. Eine Schmerzzufügung ist dabei nicht unbedingt erforderlich. Eine unmittelbare Einwirkung liegt somit nach h.M. auch bei einem Abschneiden der Haare vor (*Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 223 Rn. 4*).

Hinweis: Eine gefährliche Körperverletzung ist dagegen abzulehnen. Eine Schere, die zum Haarabschneiden verwendet wird, ist in der Regel kein gefährliches Werkzeug (*Strafrechtsreport 2008, 243*).

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

Hinsichtlich des Abschneidens der Haare hat A vorsätzlich gehandelt. Der subjektive Tatbestand ist gegeben.

II. Rechtswidrigkeit

Möglicherweise könnte A jedoch aufgrund der Einwilligung der B gerechtfertigt gehandelt haben. Dafür müssten jedoch die Voraussetzungen einer rechtfertigenden Einwilligung vorliegen.

Dies erfordert zunächst die **Dispositionsbefugnis** bezüglich des betroffenen Rechtsgutes. Davon ist nicht auszugehen, wenn es um Rechtsgüter der Allgemeinheit geht. Aber auch nicht alle Individualrechtsgüter werden von der Dispositionsbefugnis erfasst. Diese ist in Bezug auf das Rechtsgut Leben zu verneinen, was insbesondere durch § 216 StGB verdeutlicht wird. In diesem Fall

steht das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit im Blickwinkel. Diesbezüglich bestehen keine Bedenken hinsichtlich der Dispositionsbefugnis.

Als weitere Voraussetzung ist die **Einwilligungsfähigkeit** zu prüfen. Mangels anderer Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass B nach ihrer geistigen und sittlichen Reife imstande ist, Bedeutung, Tragweite und Auswirkungen ihrer Zustimmung zu erfassen (BGHSt 12, 379, 382). Entgegen einer Mindermeinung kommt es nicht auf die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit an.

Diese Einwilligung hat B **ausdrücklich** nach außen kundgetan. Genügt hätte aber auch eine konkludente Kundgabe sowie nach überzeugender Auffassung auch eine innere Zustimmung.

A gab die **Einwilligung vor Begehung** der Tat ab. Diese war zum Tatzeitpunkt noch wirksam. Eine nachträgliche Genehmigung wäre dagegen unbeachtlich gewesen; schließlich muss der Betreffende aufgrund einer Einwilligung handeln.

Diese Einwilligung müsste auch frei von jeglichen Willensmängeln sein. Problematisch ist in diesem Fall, dass die **Einwilligung auf einer Täuschung** beruht. Schließlich hätte sich B nie die Haare abschneiden lassen, wenn ihr nicht vorgetäuscht worden wäre, dass sie dafür viel Geld erhalten würde. Nur durch diese Fehlvorstellung gab sie ihre Einwilligung dazu ab.

Nach einer sehr strengen Ansicht ist eine durch Täuschung beeinflusste Einwilligung **stets unwirksam** (Ebert, Strafrecht AT, S. 87). Schließlich müsse die Einwilligung dem wahren Willen des Einwilligenden entsprechen und darf daher nicht auf Willensmängeln beruhen. Das Handeln des A wäre danach nicht gerechtfertigt.

Teilweise wird danach unterschieden, ob die Täuschung zu einer **rechtsgutbezogenen Fehlvorstellung** führt. Nur dann sei von einer unwirksamen Einwilligung auszugehen (Hauf, Strafrecht AT, S. 43 f.). Wirksam sei sie dagegen, wenn die Fehlvorstellungen des Irrenden sich nicht auf die Bedeutung und die Tragweite des Eingriffs, sondern auf Randfragen oder

Begleitumstände beziehen, die nicht rechtsgutbezogen und daher nicht einwilligungserheblich sind. B wusste, dass A ihre Haare abschneiden will. In Bezug auf das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit bestehen folglich keine Willensmängel. Die Täuschung bezieht sich lediglich auf Begleitumstände, nämlich darauf, dass A davon ausging, dass sie dafür 15.000,- € erhalten werde. Dieser unbeachtliche Motivirrtum führt jedoch nicht dazu, dass A nach dieser Auffassung nicht über die Einwilligung gerechtfertigt ist.

Des Weiteren wird vertreten, dass eine Einwilligung, die auf einer Täuschung beruht, nur dann unwirksam sei, wenn dadurch eine **autonome Entscheidung** des Rechtsgutträgers ausgeschlossen werde (*Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, § 13 Rn. 99). Dies würde übertragen auf den Fall ebenfalls zu einer Rechtfertigung des A führen. B konnte trotz der Täuschung über die Zahlungsabsicht eine selbstbestimmte Entscheidung treffen.

Überzeugend erscheint es daher, sich der Auffassung anzuschließen, die darauf abstellt, ob die Täuschung zu einer rechtsgutbezogenen Fehlvorstellung führe. Die Frage der Rechtfertigung ist stets bezogen auf den einzelnen Tatbestand zu erörtern und nicht generell vor die Klammer zu ziehen. Daraus ergibt sich, dass hinsichtlich der Rechtfertigung eines Verhaltens immer auch das von der Strafbestimmung geschützte Rechtsgut in die Betrachtung einzubeziehen ist. Somit kann eine Täuschung nur dann relevant sein, wenn sie zu einer rechtsgutbezogenen Fehlvorstellung führt.

Zu prüfen bleibt bei der Körperverletzung, ob ein **Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt** (vgl. § 228 StGB). Zur Beurteilung dieser Frage ist auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden abzustellen. Allein ausschlaggebend ist die Sittenwidrigkeit der Tat, nicht die der Einwilligung. Ein Abschneiden der Haare kann jedoch nicht als sittenwidrig qualifiziert werden.

Da zudem das **subjektive Rechtfertigungselement** vorliegt, ist in diesem Fall das Handeln des A über die Einwilligung gerechtfertigt.

Ergebnis: A hat sich durch die rechtfertigende Einwilligung nicht wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar gemacht.

Anmerkung: Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die h.M. in Bezug auf das tatbestandsausschließende Einverständnis grundsätzlich von der Unbeachtlichkeit der Täuschung ausgeht. Es wird vielmehr gar nicht darüber diskutiert, ob der Streit über die Auswirkungen der Täuschung bei der rechtfertigenden Einwilligung auf das tatbestandsausschließende Einverständnis zu übertragen ist.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 283 ff.)

Fall 18 – Die mutmaßliche Einwilligung: Der O erleidet einen schweren Verkehrsunfall und wird bewusstlos ins Krankenhaus transportiert. Der Oberarzt A erkennt schnell nach der ersten Untersuchung, dass O nur überleben wird, wenn sofort das linke Bein amputiert wird. Er führt sofort diese Operation durch, um ihn vor dem sicheren Tod zu retten. Als O schließlich wieder erwacht, ist er entsetzt über seine körperliche Verfassung. Er erklärt, er wäre lieber gestorben, als jetzt als „Krüppel“ leben zu müssen. Nach Rücksprache mit seinem Anwalt erstattet er Strafanzeige gegen A.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

Bei einem ärztlichen Heileingriff ist äußerst umstritten, ob schon der Tatbestand einer Körperverletzung erfüllt ist. Die Literatur erachtet überwiegend einen medizinisch indizierten, lege artis vorgenommenen ärztlichen Heileingriff weder als körperliche Misshandlung noch als Gesundheitsschädigung. Schließlich seien sie zur Förderung der Gesundheit vorgenommen worden. Teilweise wird einschränkend verlangt, dass der Eingriff auch erfolgreich war. Danach wäre die Tatbestandsmäßigkeit zu verneinen.

Der BGH erachtet dagegen in ständiger Rechtsprechung einen ärztlichen Heileingriff als eine tatbestandsmäßige Körperverletzung, die jedoch durch die Einwilligung des Patienten gerechtfertigt sei (BGHSt 11, 111, 112). Durch die Abnahme des Beines wurde O in seiner körperlichen Unversehrtheit erheblich beeinträchtigt. Zudem ist eine Amputation auch als ein krankhafter Zustand zu bewerten. Da tatbestandlich eine Körperverletzung vorliegt, überzeugt die Ansicht der Rechtsprechung. A hat den Tatbestand des § 223 StGB erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

A handelte auch vorsätzlich, denn er wusste, dass er mit der Amputation des Beines den O in seiner körperlichen Unversehrtheit beeinträchtigt und einen krankhaften Zustand hervorruft.

II. Rechtswidrigkeit

Möglicherweise könnte A in diesem Fall jedoch gerechtfertigt sein. Da O vor der Operation bewusstlos war und dem Eingriff damit nicht zustimmen konnte, scheidet das Vorliegen einer rechtfertigenden Einwilligung aus. In Betracht könnte aber eine Rechtfertigung aufgrund einer **mutmaßlichen Einwilligung** kommen. Hierbei handelt es sich um einen eigenständigen, gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrund. Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG ist gerade nicht anzunehmen, da Konsequenz der mutmaßlichen Einwilligung die Rechtfertigung und Straffreiheit des Täters ist und das Gewohnheitsrecht damit zu Gunsten des Täters wirkt.

Die Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung decken sich grundsätzlich mit denen der rechtfertigenden Einwilligung. Folglich muss es sich zunächst um ein **disponibles Rechtsgut** handeln, damit der Verzicht auf das geschützte Interesse überhaupt rechtlich zulässig ist. Die Einwilligung in die Körperverletzung unterliegt zwar Beschränkungen, ist in diesem Fall aber zulässig.

Auch die **Einwilligungsfähigkeit** ist bei der mutmaßlichen Einwilligung zu beachten. Davon ist bei O auszugehen.

Eine vor der Tat abgegebene und zur Tatzeit noch wirksame Zustimmung des O fehlt. Gegenüber einer solchen wäre eine mutmaßliche Einwilligung subsidiär. So muss zunächst versucht werden, die Einwilligung des Betroffenen oder seines Vertreters einzuholen. Dies ist vorliegend jedoch nicht möglich. Hätte man auf die Einwilligung des O gewartet und damit auf seine Rückkehr aus der Bewusstlosigkeit, hätte dies seinen sicheren Tod zur Folge gehabt.

Des Weiteren ist zu klären, ob die Tat aus Sicht ex ante dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen entspricht. Es handelt sich hierbei um ein **Wahrscheinlichkeitsurteil über den wahren Willen des Rechtsgutinhabers** im Tatzeitpunkt (*Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, § 11 Rn. 583). Hierbei sind die individuellen Interessen, Bedürfnisse, Wünsche und Wertvorstellungen des Betroffenen ausschlaggebend. Zum Zeitpunkt des Eingriffs waren jedoch keine Anhaltspunkte für einen entgegenstehenden Willen des O gegeben. Somit war

von dem hypothetischen Willen eines vernünftigen und verständigen Menschen auszugehen. Dieser hätte einer Beinamputation zugestimmt. Bei der Beurteilung ist auf den ex-ante Zeitpunkt der Tat abzustellen, damit ist es unerheblich, dass O im Nachhinein mit der Operation nicht einverstanden war.

Auch verstößt die Tat des A nicht gegen die guten Sitten und überschreitet damit nicht die in § 228 StGB objektiv vom Gesetzgeber im Bereich der Einwilligung gezogene Grenze. Weiterhin handelte A subjektiv im Sinne des Einwilligungsberechtigten. Entgegen einer weit verbreiteten Ansicht ist hierbei keine gewissenhafte Prüfung erforderlich (str.). Somit ist A aufgrund der mutmaßlichen Einwilligung gerechtfertigt.

Eine Rechtfertigung könnte sich zudem aus § 34 StGB ergeben. Schließlich lag eine gegenwärtige Gefahr für das Leben des O vor, die in der konkreten Situation auch nicht anders abwendbar war. Damit handelte A, um die Gefahr für das Leben des O abzuwenden (Notstandshilfe). Letztlich ist die Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei wird teilweise in der Literatur die Auffassung vertreten, dass bei Identität des Trägers von Erhaltungsgut und Eingriffsgut § 34 StGB nicht zur Anwendung komme, sondern allein die (mutmaßliche) Einwilligung Anwendung finden könne (*Rudolphi*, Strafrecht AT, S. 170). Dagegen ist jedoch der Wortlaut des § 34 StGB anzuführen. Danach wird allein auf die „Interessen“ abgestellt. Eine „Personenverschiedenheit“ ist dagegen nicht erforderlich (*Kühl*, Strafrecht AT, § 8 Rn. 34). Somit kann der rechtfertigende Notstand gem. § 34 StGB auch in solchen Konstellationen Anwendung finden. Das geschützte Interesse überwiegt auch wesentlich das beeinträchtigte. Beeinträchtigt wird die körperliche Unversehrtheit des O zum Schutz seines Lebens. Zwar ist der Autonomiegedanke nicht zu vernachlässigen, allerdings konnte kein entgegenstehender Wille des O im Zeitpunkt der Tat festgestellt werden. Somit ist A auch über § 34 StGB gerechtfertigt.

Ergebnis: A hat sich mangels rechtswidrigen Handelns nicht gem. § 223 StGB strafbar gemacht.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 300 ff.)

Fall 19 – actio libera in causa: T hat ein paar Semester Jura studiert, bevor er auf die schiefe Bahn geraten ist. Da er einige Probleme mit O hat – dieser lauert ihm ständig auf und verlangt seine 100.000,- € zurück – möchte er ihn beseitigen. Aus der Strafrechtsvorlesung weiß er, dass man nicht bestraft werden kann, wenn man schuldlos handelt. Er betrinkt sich daher stark und erschießt daraufhin den O. Als die Polizei ihn schließlich fünf Stunden nach der Tat aufgreift, ergibt ein Blutalkoholtest einen Wert von 2,2 ‰. Hat T mit seiner Einschätzung, dass er nicht belangt werden kann, recht oder hätte er in der Vorlesung besser aufpassen müssen? Zu prüfen ist die Strafbarkeit gem. § 212 StGB.

Strafbarkeit des T gem. § 212 StGB zu Lasten des O?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

Durch den Schuss des T, die Tathandlung, ist O gestorben. Damit liegt der objektive Tatbestand des § 212 StGB vor.

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

Problematischer erscheint schon die Frage, ob T auch vorsätzlich gehandelt hat. Jedoch ist auch ein stark betrunkenener Täter in der Lage, einen Willen zu bilden. T hat im Zustand seiner Alkoholisierung die Waffe gegen O gerichtet und ihn erschossen. Er war sich darüber im Klaren, einen Menschen zu töten. Der Vorsatz seitens des T ist damit zu bejahen.

II. Rechtswidrigkeit: (+)

Da keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind, handelte T rechtswidrig.

III. Schuld

Möglicherweise war T zum Zeitpunkt der Tatbegehung schuldunfähig. Der Blutalkoholtest fünf Stunden nach der Tat weist einen Wert von 2,2 ‰ auf. Nun muss im Wege der Rückrechnung der Blutalkoholwert zum Tatzeitpunkt ermittelt werden. In diesem Fall hätte die Schuldunfähigkeit für den Täter eine positive Wirkung (im Gegensatz zur Frage der Fahruntüchtigkeit). Somit muss für die Schuldunfähigkeit nach dem in-dubio-pro-reo-Grundsatz der maximale Abbauwert errechnet werden. Die Rechtsprechung geht dabei von einem stündlichen

Abbauwert von 0,2 ‰ sowie von einem einmaligen Sicherheitszuschlag von 0,2 ‰ aus. Damit hätte T zum Tatzeitpunkt einen Blutalkoholwert von 3,4 ‰. In der Regel geht man bei Blutalkoholwerten ab 3 ‰ aufwärts von Schuldunfähigkeit gem. § 20 StGB aus. Bei Tötungsdelikten liegt die Grenze bei einem Blutalkoholwert von 3,3 ‰, da die Hemmschwelle größer ist. Somit war T im Zeitpunkt der Tatbegehung schuldunfähig.

Eine Bestrafung des T wegen vorsätzlicher Tötung könnte jedoch über die Grundsätze der *actio libera in causa* in Betracht kommen. Dabei handelt es sich jedoch um eine der umstrittensten Rechtsfiguren im Strafrecht. Ziel dieser Rechtsfigur ist es, den Mangel an Schuld zu überwinden, indem man das im Zustand der Schuldfähigkeit erfolgende Versetzen in den schuldunfähigen Zustand in die Betrachtung mit einbezieht. Sehr kontrovers diskutiert wird dabei die Frage, ob diese gesetzlich nicht normierte Rechtsfigur überhaupt anzuerkennen ist. Dazu werden folgende Standpunkte vertreten (vgl. *Hillenkamp/Cornelius*, Strafrecht AT, Problem Nr. 13).

a) Die **Tatbestandslösung** knüpft zur Begründung der *actio libera in causa* an die im Zustand der Schuldfähigkeit erfolgende Herbeiführung des Defekts an. Dies wird teilweise mit der Vorverlagerungstheorie begründet, nach der der Schuldvorwurf auf die Herbeiführung des Defekts zu beziehen ist. Damit ist als strafrechtlich relevante Handlung gerade nicht die unmittelbare Tatausführung anzusehen. Teilweise wird innerhalb dieser Ansicht damit argumentiert, dass der Täter sich zu seinem eigenen Werkzeug mache, womit eine Konstellation der mittelbaren Täterschaft vorliege. Die Tatbestandslösung legt folglich den Begriff „bei Begehung der Tat“ weit aus und erfasst damit auch schuldrelevantes Vorverhalten (*Streng*, in: MK, § 20 Rn. 128 ff.).

b) Daneben ist auch auf das **Ausnahmemodell** hinzuweisen. Danach stellt die *actio libera in causa* eine Ausnahme von der Regelung des § 20 StGB dar, wonach der Täter „bei Begehung der Tat“ schuldhaft handeln muss. Angeknüpft wird an die im Rausch begangene Tat, die somit weiterhin als tatbestandliche Handlung anzusehen ist. Der Konflikt mit dem Wortlaut des § 20 StGB wird dadurch überwunden, dass der Gesetzgeber mit der Fassung des § 20 StGB

nichts an der ihm bekannten Rechtsfigur der *actio libera in causa* hatte ändern wollen. § 20 StGB sei daher so zu lesen, dass der Täter unter den dortigen Voraussetzungen ohne Schuld handele, es sei denn, die Tat ist ihm nach den Grundsätzen der *actio libera in causa* vorwerfbar (*Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, § 13 Rn. 654). Damit handle es sich um eine gewohnheitsrechtlich legitimierte Ausnahme vom Koinzidenzprinzip, wonach der Täter zum Zeitpunkt der Tatbegehung schuldfähig sein muss.

c) Teilweise gibt es auch Stimmen, die diese Rechtsfigur wegen ihrer Schwächen insgesamt ablehnen. Sie sehen allein die Möglichkeit, den Täter nach § 323 a StGB zu bestrafen.

d) Die **Rechtsprechung** hat lange an der Rechtsfigur der *actio libera in causa* festgehalten und in diesem Zusammenhang vor allem mit der Tatbestandslösung sympathisiert (BGHSt 21, 381). In einer aufsehenerregenden Entscheidung des 4. Strafsenats des BGH vom 22.08.1996 (BGHSt 42, 235) hat dieser sich gegen diese Rechtsfigur ausgesprochen. Nach dieser Entscheidung ist die *actio libera in causa* im Fahrlässigkeitsbereich überflüssig, da dort der Fahrlässigkeitsvorwurf an das zeitlich frühere schuldhaftes Verhalten angeknüpft werden könne, ohne dass es der Heranziehung der Rechtsfigur bedürfe. Auch konnten ihn die Begründungen im Bereich von Strafbestimmungen, bei denen eine bestimmte Handlung vorausgesetzt sei – z.B. bei § 315 c StGB das Führen des Fahrzeugs und bei § 21 StVG – nicht weiter überzeugen. Außerhalb des vom 4. Senat gesteckten Anwendungsbereichs hat der BGH aber an der Rechtsfigur der *actio libera in causa* in späteren Entscheidungen festgehalten.

Als Argument für die Rechtsfigur der *actio libera in causa* wird angeführt, dass ein unabweisbares Bedürfnis bestehe, das Verhalten des Täters in die Betrachtung einzubeziehen, welches vor der Tatbegehung stattgefunden hat, wenn es zur Schuldunfähigkeit im Zeitpunkt der Tat führt (*Fischer*, StGB, § 20 Rn. 55). Dem ist zu entgegnen, dass allein ein bloßes Bedürfnis nicht ausreicht, um Strafe zu verhängen. Somit kann die Rechtsfigur nicht den Voraussetzungen des Art 103 Abs. 2 GG genügen. Das Ausnahmemodell verstößt gegen den Wortlaut des § 20 StGB, denn danach muss die Schuld bei Begehung der Tat vorliegen. Dies ist

aber gerade hier nicht der Fall. Über diesen Wortlaut kann sich etwaiges Gewohnheitsrecht (zu Lasten des Täters) nicht hinwegsetzen. Die Schwächen der Tatbestandslösung liegen darin, dass die Herbeiführung des Defekts noch nicht einmal einen Versuch darstellt. Die Konstruktion über die mittelbare Täterschaft wird dem Wortlaut des § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB nicht gerecht, da aufgrund der Personenidentität gerade kein anderer tätig geworden ist. Somit ist im Ergebnis die Rechtsfigur der *actio libera in causa*, die mit dem geltenden Recht nicht vereinbar ist, insgesamt abzulehnen. Damit besteht nur die Möglichkeit, einer Bestrafung nach § 323 a StGB, *was de lege lata* so hinzunehmen ist.

Ergebnis: Da die Ablehnung der Rechtsfigur der *actio libera in causa* vorzugswürdig erscheint, hat sich T nicht wegen eines Totschlags gem. § 212 StGB zu Lasten des O strafbar gemacht. Es verbleibt aber eine Strafbarkeit gem. § 323 a StGB.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 333 ff.)

Fall 20 – Der Verbotsirrtum: A schenkt B einen Strauß mit 50 Rosen, die dieser kurz zuvor gestohlen hat. B glaubt nicht, dass sie sich damit strafbar gemacht hat. Schließlich unterfalle ja nur das Ankaufen von gestohlenen Sachen der Hehlerei gem. § 259 StGB.

Abwandlung 1: L verliebt sich unsterblich in D. Diese ist aber verheiratet. L geht davon aus, dass Ehebruch strafbar ist. Trotzdem lässt er sich auf eine Beziehung ein.

Abwandlung 2: Die Kinder T1, T2 und T3 spielen Indianer. Als Cowboy haben sie den nichtsahnenden X auserkoren. Sie rennen auf ihn zu und wollen ihn fesseln. X, der noch nie Kinder richtig leiden konnte, zieht seine Pistole und erschießt die Kinder. Er glaubt dabei, dass sein Handeln durch Notwehr gedeckt sei, da er ja schließlich angegriffen worden sei. Strafbarkeit des X gem. § 212 StGB?

Strafbarkeit der B gem. § 259 StGB?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

Entgegen der Ansicht der B erfüllt ihr Handeln den objektiven Tatbestand des § 259 Abs. 1 StGB. Sie hat sich auch dann eine Sache verschafft, wenn sie diese unentgeltlich bekommt.

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

B handelte auch vorsätzlich. Schließlich wusste sie, dass es sich um gestohlene Rosen handelt. Zwar geht sie davon aus, dass ihr Verhalten nicht strafbar sei. Dabei handelt es sich aber gerade nicht um einen Tatbestandsirrtum gem. § 16 StGB, da sie die Situation richtig wahrnimmt und somit alle Umstände kennt, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Sie irrt sich vielmehr in rechtlicher Hinsicht (dazu gleich).

II. Rechtswidrigkeit: (+)

Ein Rechtfertigungsgrund ist nicht ersichtlich. Insofern ist das Handeln der B als rechtswidrig einzustufen.

III. Schuld:

Fraglich ist, wie es sich auf die Schuld auswirkt, dass B glaubte, sich nicht strafbar gemacht zu haben. Hierbei könnte es sich um einen **direkten Verbotsirrtum** gem. § 17 StGB handeln. Ein solcher findet im Rahmen der Schuld seine Bedeutung, da nach § 17 S. 1 StGB der unvermeidbare Verbotsirrtum nicht zum Entfallen des Vorsatzes, sondern zum Ausschluss der Schuld führt. Der Gesetzgeber hat sich somit der Schuldtheorie angeschlossen, wonach mangelndes Unrechtsbewusstsein vom Tatsachenirrtum zu unterscheiden ist.

Von einem Verbotsirrtum ist dann auszugehen, wenn bei dem Täter die Einsicht fehlt, dass sein Verhalten verboten ist. Hier legt A die Rechtsnorm unzutreffend aus und hält somit ihr Verhalten irrtümlich für rechtlich zulässig. Ein Verbotsirrtum liegt damit vor.

Im nächsten Schritt muss geklärt werden, ob es sich hier um einen vermeidbaren (gem. § 17 S. 1 StGB) oder um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum (gem. § 17 S. 2 StGB) handelt. An die Unvermeidbarkeit sind nach der Rechtsprechung strenge Anforderungen zu stellen (BGHSt 4, 236, 242 f.). Von einem vermeidbaren Irrtum ist dann auszugehen, wenn der Täter das Unrecht der Tat bei der ihm zuzumutenden Anspannung des Gewissens hätte erkennen können. Dabei habe der Täter alle seine Erkenntniskräfte und sittlichen Wertvorstellungen einzusetzen. Bei Zweifeln muss sich der Täter erkundigen. Auch die Verhältnisse und die Persönlichkeit des Täters (z.B. Bildung, berufliche Stellung), dürfen nicht unberücksichtigt bleiben.

In diesem Fall hätte die B den Irrtum vermeiden können. Sie wusste, dass es sich um gestohlene Blumen handelt. Sie hätte zumindest jemanden um Auskunft fragen können. Somit handelt sie zwar schuldhaft, jedoch kann gem. § 17 S. 2 StGB die Strafe gem. § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden. Es handelt sich hierbei jedoch nur um eine fakultative und nicht um eine obligatorische Strafmilderung, da dem Gericht keine Pflicht zur Milderung auferlegt, sondern dies vielmehr ins Ermessen gelegt wird.

Ergebnis: B hat sich gem. § 259 StGB strafbar gemacht.

Abwandlung 1: Im Rahmen der Abwandlung 1 handelt es sich um einen sogenannten umgekehrten Verbotsirrtum. L geht vermeintlich davon aus, einen Straftatbestand zu erfüllen, den es aber gar nicht gibt. Somit hat er sich nicht strafbar gemacht.

Abwandlung 2: Strafbarkeit des X gem. § 212 StGB zu Lasten von T1, T2, T3?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

X hat mit seiner Pistole auf die Kinder geschossen. Diese sind dabei zu Tode gekommen. Der objektive Tatbestand wurde somit erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

X handelte auch vorsätzlich, nämlich mit Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung.

II. Rechtswidrigkeit: (+)

Ein Rechtfertigungsgrund ist nicht ersichtlich. Insofern ist das Handeln der B als rechtswidrig einzustufen. Im vorliegenden Fall ist das Handeln nicht geboten i.S.d. § 32 StGB. Zum einen handelt es sich um einen Angriff von Kindern. Zum anderen liegt ein Fall des krassen Missverhältnisses zwischen beeinträchtigtem und geschütztem Gut vor.

III. Schuld:

In diesem Fall ging X irrtümlich davon aus, dass sein Handeln durch Notwehr gedeckt sei. Es könnte sich hier um einen Erlaubnisirrtum (indirekter Verbotsirrtum) handeln, der auch § 17 StGB unterfällt. Dieser liegt vor, wenn der Täter irrtümlich die Grenzen der Notwehr überdehnt oder von einem von der Rechtsordnung nicht anerkannten Rechtfertigungsgrund ausgeht. X hat irrtümlich die Grenzen der Notwehr überdehnt. Allerdings war dieser Irrtum vermeidbar. X handelte zwar damit schuldhaft, jedoch kann gem. § 17 S. 2 StGB die Strafe gem.

§ 49 Abs. 1 StGB gemildert werden. Davon ist im vorliegenden Fall jedoch nicht auszugehen.

Ergebnis: X hat sich wegen eines Totschlags gem. § 212 StGB zu Lasten von T1, T2, T3 strafbar gemacht.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 343 ff.)

Fall 21 – Der Erlaubnistatbestandsirrtum: Die Ehefrau E geht davon aus, dass sich ihr Mann M noch eine Woche auf Geschäftsreise befindet. Als er unerwartet früher nach Hause kommt und den Schlüssel in das Schloss steckt, geht die erschrockene E davon aus, dass es sich hierbei um einen Einbrecher handeln müsse. Mit einem Nudelholz bewaffnet, baut sie sich neben der Tür auf. Als ihr Mann eintritt, schlägt sie sofort das Nudelholz auf den Kopf des M, wodurch dieser eine Platzwunde erleidet. Erst dann erkennt sie, dass es sich hier um ihren geliebten Mann handelt. Strafbarkeit der E gem. § 223 StGB?

Strafbarkeit der E gem. § 223 StGB zu Lasten des M?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

Indem E das Nudelholz auf den Kopf des M geschlagen hat, wurde er in seiner körperlichen Unversehrtheit beeinträchtigt und damit körperlich misshandelt. Gleichzeitig ist davon auszugehen, dass durch die Kopfwunde bei M ein krankhafter Zustand hervorgerufen und er dadurch an der Gesundheit geschädigt wurde.

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

Zu prüfen ist des Weiteren, ob E auch vorsätzlich gehandelt hat. Vorsatz ist das Wissen und Wollen der objektiven Tatumstände. E wusste, dass sie mit ihrem Schlag durch das Nudelholz einen anderen Menschen körperlich misshandelt und einen krankhaften Zustand bei ihm hervorruft und wollte dies auch. Somit hat E vorsätzlich gehandelt.

Der error in persona, dem E unterliegt, ist als bloßer Motivirrtum unbeachtlich.

Zu beachten ist jedoch, dass E irrtümlich davon ausgegangen ist, dass sie sich in einer Notwehrsituation befindet. Nach ihrer Vorstellung lag ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff vor. Die Verteidigung durch das Nudelholz wäre beim Vorliegen eines wirklichen Angriffs auch erforderlich und geboten gewesen. Zudem wies die E den nötigen Verteidigungswillen auf.

Nach der Vorstellung der E lagen somit die Voraussetzungen eines von der Rechtsordnung anerkannten Rechtfertigungsgrundes vor. Damit handelt es sich

hier um einen so genannten **Erlaubnistatbestandsirrtum**. Im Zusammenhang mit der Notwehr spricht man auch, ohne dass damit eine sachliche Änderung verbunden ist, von der so genannten **Putativnotwehr**.

In der Literatur gibt es damit unter anderem die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Nach ihr ist auf die irrige Annahme tatsächlicher Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes § 16 StGB unmittelbar anwendbar. Somit würde der vorliegende Irrtum den Vorsatz ausschließen (*Arthur Kaufmann*, JZ 1954, 653).

Anmerkung: *Insofern erscheint es sinnvoll, im Rahmen des Vorsatzes schon auf den Erlaubnistatbestandsirrtum und auf die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen hinzuweisen.*

Die Befürworter dieser Ansicht gehen von einem zweistufigen Verbrechenaufbau aus, da sie das Nichtvorliegen von Rechtfertigungsgründen als (negative) Tatbestandsvoraussetzung, worauf sich der Vorsatz beziehen müsse, auffassen. Danach sind im Tatbestand die objektiven Tatumstände, das Nichtvorliegen von Rechtfertigungsgründen sowie der Vorsatz in Bezug auf diese beiden Gesichtspunkte zu prüfen. Im Anschluss daran bleibt lediglich die Schuld zu untersuchen. Die Rechtfertigungsgründe werden danach als Bestandteile eines Gesamtunrechtstatbestands angesehen. Dies führt dazu, dass bei einem Erlaubnistatbestandsirrtum § 16 Abs. 1 StGB unmittelbar zur Anwendung kommt und der Vorsatz konsequenterweise verneint werden muss.

Diese vorsatzausschließende Wirkung erscheint jedoch schon bedenklich hinsichtlich der Akzessorietät von Anstiftung und Beihilfe. Sie setzen eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat voraus. Ein bösgläubiger Teilnehmer, der selbst keinem Erlaubnistatbestandsirrtum unterliegt, könnte folglich nicht wegen vollendeter Teilnahme an der Tat gemäß §§ 26, 27 StGB bestraft werden. Es erscheint vielmehr vorzugswürdig, bei einem Erlaubnistatbestandsirrtum von einem vorsätzlich handelnden Täter auszugehen, da dieser schließlich den gesetzlichen Tatbestand wissentlich und willentlich verwirklicht hat. Gegen die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen spricht auch, dass das Unrechtsbewusstsein –

wie sich aus § 17 StGB ergibt – gerade kein Element des Tatbestandsvorsatzes ist. Da E davon ausging, sie sei durch Notwehr gerechtfertigt, fehlt ihr zwar das Unrechtsbewusstsein. Dies wirkt sich aber gerade nicht auf den Tatbestand aus. Auch ist darauf hinzuweisen, dass die Annahme eines Gesamtunrechtstatbestands mit der Gesetzeslage kaum zu vereinbaren ist. Wie sich auf der einen Seite aus § 16 StGB und auf der anderen aus §§ 32, 34 StGB ergibt, differenziert der Gesetzgeber sehr wohl zwischen den verschiedenen Ebenen von Tatbestand und Rechtswidrigkeit. Somit kann die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen nicht überzeugen.

***Anmerkung:** In diesem Fall ist von der Regel abgewichen worden, dass ein Meinungsstreit erst dann entschieden werden darf, nachdem die zu einem Problem vertretenen verschiedenen Ansichten insgesamt dargestellt worden sind und festgestellt wird, dass die jeweiligen Auffassungen im konkreten Fall zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. Dies erscheint beim vorliegenden Fall konsequent, da der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen bereits auf der subjektiven Ebene Relevanz zukommt. Die Gegenansichten sind jedoch erst im weiteren Aufbau von Bedeutung. Die getrennte Behandlung führt jedoch nicht zu einer endgültigen Entscheidung des Meinungsstreits. Lediglich eine Auffassung wird abgelehnt, die den Vorsatz unter direkter Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB verneint.*

II. Rechtswidrigkeit: (+)

Fraglich ist, ob E in diesem Fall rechtswidrig gehandelt hat. Für die Frage, ob ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff vorliegt, kommt es auf die objektive Sachlage an und nicht auf die Sicht ex ante des Täters oder eines Dritten in der Situation des Täters. Daher scheidet mangels gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs Notwehr als Rechtfertigungsgrund aus.

Zwar wird vereinzelt die **Unrechtstheorie** vertreten, wonach beim Erlaubnistatbestandsirrtum der Unrechtsvorsatz fehle. Dabei wird jedoch verkannt, dass diese Ansicht den Blickwinkel zu stark zu Gunsten des Irrenden verschiebt.

III. Schuld:

Nach überwiegender Auffassung ist man sich einig, dass der Erlaubnistatbestandsirrtum ein Problem im Rahmen der Schuld darstellt. Welche konkreten Konsequenzen er jedoch mit sich bringt, ist dagegen heftig umstritten.

a) So ist zunächst auf die **strenge Schuldtheorie** hinzuweisen. Sie geht davon aus, dass derjenige, der irrig die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes annimmt, einem Verbotsirrtum gem. § 17 StGB unterliegt (*Welzel*, Das deutsche Strafrecht, § 22 III). War der Irrtum unvermeidbar, handelt der Täter ohne Schuld. Bei Vermeidbarkeit des Irrtums handelt er schuldhaft, jedoch kann die Strafe gem. § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden (vgl. § 17 S. 2 StGB). Übertragen auf den Fall wäre hier ein vermeidbarer Irrtum anzunehmen. Hätte die E eine Sekunde gewartet, hätte sie ihren Mann erkennen können. Auch hätte ihr die Tatsache, dass ihr Mann einen Schlüssel benutzt hat, welchen Einbrecher äußerst selten zur Hand haben, Anlass zur Skepsis geben müssen. Nach der strengen Schuldtheorie hätte sich E wegen einer Körperverletzung gem. § 223 StGB zu Lasten des M schuldig gemacht.

b) Überwiegend wird die **eingeschränkte Schuldtheorie** vertreten. Danach ist der Fall des Irrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes aus dem Anwendungsbereich des § 17 StGB herauszunehmen, die Schuldtheorie, wonach fehlendes Unrechtsbewusstsein unter § 17 StGB fällt, für den Fall des Irrtums über das tatsächliche Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes also „eingeschränkt“. Eine Bestrafung kommt nur wegen Fahrlässigkeit in Betracht, sofern ein Fahrlässigkeitstatbestand existiert und dem Täter ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann.

aa) Eine Ausprägung dieser Theorie ist die eingeschränkte Schuldtheorie im engeren Sinne. Sie vertritt die Auffassung, dass bei einem Erlaubnistatbestandsirrtum **§ 16 Abs. 1 StGB analog** Anwendung findet (*Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, § 14 Rn. 64 ff.). Dies hat zur Konsequenz, dass das Vorsatzunrecht entfällt. Auch der BGH folgt in der Tendenz dieser Ansicht, wie sich aus seinen Entscheidungen ergibt. Nach ihm ist ein

Erlaubnistatbestandsirrtum wie ein den Vorsatz ausschließender Irrtum zu bewerten (BGHSt 31, 264, 287). Nachteil davon ist jedoch, dass somit mangels Vorsatz eine teilnahmefähige Haupttat fehlt.

bb) Daneben findet die rechtsfolgenverweisende (eingeschränkte) Schuldtheorie viele Anhänger, die einen vermittelnden Ansatz sucht. Sie geht von einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat aus und schließt lediglich die Vorsatzschuld aus. Damit wird der Erlaubnistatbestandsirrtum lediglich in den Rechtsfolgen dem in § 16 Abs. 1 S. 1 StGB geregeltem Tatbestandsirrtum gleichgestellt. Bei einem Sorgfaltsmangel des Täters kommt damit gem. § 16 Abs. 1 S. 2 StGB eine Bestrafung wegen fahrlässiger Tatbegehung in Betracht. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass ein entsprechender Fahrlässigkeitstatbestand im Gesetz existiert (*Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, § 14 Rn. 755 f.).

Die Tatsache, dass die fehlende Unrechtseinsicht keine Auswirkungen auf den Vorsatz hat, sondern ein Schuldproblem darstellt, wurde bereits in der berühmten Entscheidung des großen Senats für Strafsachen beim BGH vom 18.03.1952 (BGHSt 2, 194) deutlich gemacht. Der Gesetzgeber hat schließlich § 17 StGB geschaffen, welcher die fehlende Einsicht, Unrecht zu tun, als Schuldproblem behandelt. Nimmt nun der Täter irrtümlich an, ein von der Rechtsordnung anerkannter Rechtfertigungsgrund liege tatsächlich vor, dann fehlt dem Täter die Unrechtseinsicht. Daraus folgt aber dann nichts anderes als die Anwendung des § 17 StGB. Daher ist die eingeschränkte Schuldtheorie in ihren verschiedenen Ausprägungen insoweit nicht konsequent. Allein § 17 StGB ist maßgeblich, wenn es um fehlendes Unrechtsbewusstsein geht. Die dort vorgesehenen Rechtsfolgen – insbesondere lediglich (fakultative) Strafmilderung bei Vermeidbarkeit des Irrtums – sind de lege lata hinzunehmen. Vorzugswürdig erscheint somit die strenge Schuldtheorie.

Ergebnis: E hat sich wegen einer Körperverletzung gem. § 223 StGB zu Lasten des M strafbar gemacht. Die Strafe kann jedoch gem. § 17 S. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 349 ff.)

Fall 22 – Der Notwehrexzess: T wird überraschend von X angegriffen. Er kann sich jedoch mit einem gekonnten Kinnhaken wehren, wodurch X bewusstlos zu Boden sinkt. Aus Schrecken über den plötzlichen Angriff des X tritt ihm T noch einmal kräftig in den Bauch. Hat sich T hinsichtlich des Trittes in den Bauch wegen einer Körperverletzung gem. § 223 StGB strafbar gemacht?

Strafbarkeit des T gem. § 223 StGB zu Lasten des X?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

Indem T den X in den Bauch getreten hat, hat er ihn in dessen körperlicher Unversehrtheit beeinträchtigt und damit den X körperlich misshandelt. Mangels Angaben im Sachverhalt ist nicht davon auszugehen, dass T bei X auch einen krankhaften Zustand hervorgerufen hat.

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

Zudem handelte T hinsichtlich des Trittes auch vorsätzlich, nämlich mit Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung.

II. Rechtswidrigkeit

Eine Rechtfertigung des Trittes über die Notwehr ist mangels gegenwärtigen Angriffs nicht möglich. Davon ist allein der Kinnhacken umfasst.

III. Schuld

Allerdings könnten hinsichtlich des Trittes die Voraussetzungen für das Eingreifen des § 33 StGB vorliegen. In diesem Fall überschreitet T nicht während des gegenwärtigen Angriffs sein Notwehrrecht. Vielmehr werden nach dem beendeten Angriff weitere Rechtsgüter des Angreifers verletzt. Hierbei handelt es sich um den sog. nachzeitig-extensiven Notwehrexzess. Sehr umstritten ist, ob dieser Fall auch von § 33 StGB gedeckt ist (vgl. *Hillenkamp/Cornelius*, Strafrecht AT, Problem Nr. 12)

Zum einen ist die **restriktive Theorie** aufzuzeigen, die von der Rechtsprechung (BGH NSTZ 2002, 141) und einem Teil der Literatur vertreten wird. Sie verweisen darauf, dass § 33 StGB voraussetze, dass eine Notwehrlage tatsächlich bestehe

und der Täter nur das Maß der erforderlichen Verteidigung überschreite (intensiver Notwehrexzess). Sobald der Täter jedoch aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken auf den Angreifer erneut einschlägt, obwohl die Notwehrlage nicht mehr vorliegt, kann § 33 StGB keine Anwendung finden. Sobald das Notwehrrecht nicht mehr besteht, könne es auch nicht überschritten werden. Übertragen auf den Fall würde § 33 StGB nicht eingreifen.

Im Gegensatz dazu steht die **extensive Theorie**, die § 33 StGB nicht nur auf den intensiven, sondern auch auf den nachzeitig extensiven Notwehrexzess für anwendbar erklärt. Gerade der Wortlaut des § 33 StGB deutet darauf hin, dass das Notwehrrecht auch in zeitlicher Hinsicht überschritten werden kann („Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr...“). Allerdings setzt dies einen engen zeitlichen Zusammenhang zwischen dem vorangegangenen Angriff und den Maßnahmen nach dem beendeten Angriff voraus. Dies hätte in diesem Fall eine Entschuldigung des T zur Folge.

Die besseren Argumente sprechen hier für eine extensive Sichtweise. Zwar baut § 33 StGB auf § 32 StGB auf. Jedoch kann aus dem Gesetzeswortlaut keine Beschränkung auf den intensiven Notwehrexzess gefolgert werden, weil man von der Überschreitung der Grenzen eines Rechts auch bei einer Überschreitung in zeitlicher Hinsicht sprechen kann. Zudem ist auch beim intensiven Notwehrexzess nach der Überschreitung kein Notwehrrecht gegeben.

Ergebnis: T hat sich nicht gem. § 223 StGB zu Lasten des X hinsichtlich des Trittes strafbar gemacht, da er entschuldigt gehandelt hat.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 362 ff.)

Fall 23 – Der entschuldigende Notstand: Der schiffsbrüchige T schwimmt im Meer und sucht verzweifelt nach einer Rettungsmöglichkeit. Plötzlich sieht er eine Holzplanke, an der sich schon der ebenfalls schiffsbrüchige O festhält. T schwimmt auf die Planke zu und stößt O hinunter, um sich zu retten, da die Holzplanke nur einen Menschen tragen kann. O erfriert im eisigen Meerwasser. Hat sich T gem. § 212 StGB zu Lasten des O strafbar gemacht?

Strafbarkeit des T gem. § 212 StGB zu Lasten des O?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

Indem T den O von der Holzplanke gestoßen hat, ist dieser mangels anderer Rettungsmöglichkeiten im eisigen Meerwasser erfroren. T hat mit dieser Handlung den Tod eines anderen Menschen verursacht.

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

T handelte auch vorsätzlich, da er wusste, dass O ohne Hilfe der Holzplanke sterben würde und wollte dies auch.

II. Rechtswidrigkeit

Das Handeln des T könnte jedoch gerechtfertigt sein. Mangels eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs ist eine Rechtfertigung wegen Notwehr nicht möglich. Vielmehr droht dem T eine Gefahr seitens der Naturgewalt Wasser.

Möglicherweise könnte T jedoch über § 34 StGB gerechtfertigt sein. Eine gegenwärtige Gefahr für das Leben des T liegt vor. Mangels anderer Angaben im Sachverhalt ist auch davon auszugehen, dass diese Gefahr nicht anders abwendbar war. Auch liegt eine Gefahrabwendungsabsicht vor, da T den O von der Holzplanke gestoßen hat, um sein Leben zu retten. Jedoch muss des Weiteren eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen werden. Somit könnte man nur dann von einem rechtfertigenden Notstand ausgehen, wenn das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Hier stehen auf beiden Seiten das Rechtsgut Leben, denn sowohl dem T als auch dem O drohte der Tod durch Erfrieren im Wasser. Sonstige Umstände, welche die

Interessenabwägung zugunsten des T verschieben könnten, sind nicht ersichtlich. Damit ist T nicht gem. § 34 StGB gerechtfertigt und handelt damit rechtswidrig.

III. Schuld:

Möglicherweise greift hier jedoch ein Entschuldigungsgrund. T könnte nämlich gem. § 35 StGB entschuldigt sein. Hierbei handelt es sich um den entschuldigenden Notstand.

Zunächst setzt dieser Entschuldigungsgrund eine **gegenwärtige Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit des Täters, eines Angehörigen oder einer anderen dem Täter nahestehenden Person** voraus.

Bei dem Rechtsgut Leben handelt es sich um das Leben einer Person im Sinne der §§ 211 ff. StGB. Nach h.M. zählt dazu nicht das Rechtsgut des § 218 StGB. Der Leib umfasst das Rechtsgut der §§ 223 StGB und damit die körperliche Unversehrtheit. Bei der Freiheit handelt es sich nicht um die allgemeine Handlungsfreiheit, sondern um die persönliche Fortbewegungsfreiheit im Sinne des § 239 StGB. Bezogen auf den Fall ist das Leben des T als notstandsfähiges Rechtsgut heranzuziehen.

Von einer **Gefahr** ist auszugehen, wenn eine Situation vorliegt, bei der es im ungestörten Fortgang des Geschehens – auch ohne das Eingreifen von Abwehrmaßnahmen – zum Eintritt eines Schadens kommen wird. Insoweit kann auf § 34 StGB verwiesen werden. Die Gefahr kann von Menschen, Tieren aber auch von Naturereignissen ausgehen. Die Gefahr ist dann **gegenwärtig**, wenn sich die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts so verdichtet hat, dass die zum Schutz des bedrohten Rechtsguts notwendigen Maßnahmen sofort einzuleiten sind. Das kalte Meerwasser birgt die Gefahr eines Erfrierungstodes. Die gegenwärtige Gefahr für das Leben des T geht damit von einer Naturgewalt aus.

Diese Gefahr muss für den Täter selbst, einen Angehörigen oder eine andere ihm nahestehende Person bestehen. Wer als Angehöriger zu qualifizieren ist, bestimmt § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Bei der Frage, ob es sich um eine

nahestehende Person handelt, müssen die persönlichen Umstände berücksichtigt werden. In diesem Fall besteht die Gefahr jedoch für den Täter selbst.

Diese Gefahr darf **nicht anders abwendbar** sein. Dies entspricht der Erforderlichkeit bei der Notwehr, so dass die Tat ein geeignetes und gleichzeitig das relativ mildeste Mittel zur Gefahrabwendung darstellen muss. In diesem Fall war die Lebensgefahr des T nicht anders abwendbar, als den O in das Meer zu stürzen.

T hatte auch die erforderliche **Gefahrabwendungsabsicht**, da es in seinem Erstreben lag, die Gefahr abzuwenden. Ein Handeln in bloßer Kenntnis von Notstandsmerkmalen wäre nach h.M. nicht ausreichend gewesen.

Das Vorliegen eines Entschuldigungsgrundes scheidet auch nicht an der **Zumutbarkeitsklausel** des § 35 Abs. 1 S. 2 StGB. T hat weder die Gefahr selbst verursacht, noch stand er in einem besonderen Rechtsverhältnis, so dass es ihm nicht zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen.

Ergebnis: T handelt entschuldigt und hat sich daher nicht gem. § 212 StGB zu Lasten des O strafbar gemacht.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 371 ff.)

Fall 24 – Der übergesetzliche Notstand: Der Weichensteller T realisiert, dass der heranrollende Güterzug mit einem vollbesetzten Personenzug zu kollidieren droht. Um schlimmeres Unglück zu vermeiden, stellt er die Weiche um. T wusste und nahm es auch billigend in Kauf, dass dadurch die drei dort arbeitenden Schienenarbeiter vom Güterzug tödlich erfasst wurden. Hat sich T gem. § 212 StGB strafbar gemacht?

A: Strafbarkeit des T gem. § 212 StGB zu Lasten der Schienenarbeiter?

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand: (+)

Durch die Veränderung der Weichenstellung wurden die drei Gleisarbeiter vom Güterzug tödlich erfasst. Die Handlung des T, nämlich das Umstellen der Weichen, kann auch nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiere. Dieser Erfolg ist ihm auch objektiv zurechenbar, da sich die mit der Handlung des T verbundene spezifische Gefahr im Erfolg verwirklicht hat. Der objektive Tatbestand ist damit erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand: (+)

T handelte zudem auch vorsätzlich, nämlich mit *dolus eventualis*. Er wusste, dass sich drei Gleisarbeiter auf den Schienen befinden und nahm ihren Tod billigend in Kauf.

II. Rechtswidrigkeit

Möglicherweise könnte T jedoch gerechtfertigt gehandelt haben. Ein Notwehrrecht scheidet jedoch schon am mangelnden gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff. Auch wären die Gleisarbeiter nicht diejenigen, von denen der Angriff ausgehen würde. Notwehr gegen ein unbeteiligtes Gut ist gerade nicht möglich.

Eine Rechtfertigung könnte sich jedoch über den rechtfertigenden Notstand gem. § 34 StGB ergeben. Schließlich ist hier von einer gegenwärtigen Gefahr für das Leben und die körperliche Unversehrtheit der Insassen des Personenzuges auszugehen. Mangels anderweitiger Angaben im Sachverhalt ist auch davon auszugehen, dass die Gefahr nicht anders abwendbar war. Problematisch ist in diesem Fall jedoch die Interessenabwägung, bei der das geschützte Rechtsgut

das beeinträchtigte Interesse wesentlich überwiegen muss. Zwar wurden mehrere hundert Menschenleben gerettet, die sich im Personenzug befanden, dennoch wurden dafür drei Personen getötet. Eine Abwägung Leben gegen Leben ist im Rahmen des § 34 StGB aber nicht zulässig. Der quantitative Aspekt ist in diesem Fall unerheblich. Eine Rechtfertigung des T über § 34 StGB scheidet daher aus.

III. Schuld

T könnte jedoch entschuldigt sein. Der entschuldigende Notstand scheitert jedoch daran, dass die Zuginsassen, für deren Leben zwar eine gegenwärtige Gefahr bestand, weder Angehörige des T noch ihm sonst nahestehende Personen sind.

T könnte jedoch durch den **übergesetzlichen entschuldigenden Notstand** entschuldigt sein. Dieser setzt zunächst objektiv eine Gefahr für das Leben voraus. In Hinblick auf das Leben der Zuginsassen ist diese zu bejahen. Auch darf die Gefahr wie bei § 35 StGB nicht anders abwendbar sein, was hier der Fall ist.

Erforderlich ist des Weiteren, dass es den in Gefahr Geratenen entsprechend § 35 Abs. 1 S. 2 StGB nicht zuzumuten ist, die Gefahr hinzunehmen. Davon ist im vorliegenden Fall auszugehen.

Teilweise wird verlangt, dass sich der Täter objektiv für das „kleinere Übel“ entschieden haben muss (*Welzel*, Das deutsche Strafrecht, § 23 III 1). Andere hingegen lassen eine Gleichwertigkeit des geschützten Interesses genügen (*Kühl*, Strafrecht AT, § 12 Rn. 100). In diesem Fall wäre beiden Ansichten genüge getan.

Sehr umstritten ist jedoch die Frage, inwieweit die Gefahr auf Unbeteiligte, in diesem Fall die Gleisarbeiter, abgewälzt werden darf. Da die Gleisarbeiter mit den Zuginsassen gerade keine **Schicksalsgemeinschaft** bilden, wird in diesem Fall von Stimmen im Schrifttum das Vorliegen eines übergesetzlichen Notstands abgelehnt. Nur in Konstellation, in denen eine Schicksalsgemeinschaft bestehe, könne ein solcher Entschuldigungsgrund eingreifen. Die Stimmen, die ein solch einschränkendes Kriterium gerade nicht verlangen, überwiegen jedoch.

Dagegen spricht jedoch, dass T gerade das Schicksal in seine Hand nimmt, was keine Straflosigkeit erfahren sollte. In Hinblick auf die Gleichwertigkeit allen Lebens, ist das „Schicksalsspielen“ des T nicht entschuldigt.

Ergebnis: T hat sich wegen vorsätzlicher Tötung gem. § 212 StGB zu Lasten der Gleisarbeiter strafbar gemacht.

Anmerkung: Als weitere Voraussetzung wäre für den übergesetzlichen entschuldigenden Notstand in subjektiver Hinsicht noch ein Gefahrabwendungswille erforderlich.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 384 ff.)

Fall 25 – Das erfolgsqualifizierte Delikt: T befindet sich mit O in einer Wohnung im zehnten Stock. Plötzlich möchte T seine Aggressionen ausleben und schlägt mit seinem Baseballschläger auf O ein. O, der sich nicht wehren kann, springt aus Furcht vor weiteren Schlägen aus dem Fenster und stirbt. Hat sich T gem. § 227 StGB strafbar gemacht?

A: Strafbarkeit des T gem. § 227 StGB zu Lasten des O?

I. Tatbestandsmäßigkeit:

a) Vorsätzliches Grunddelikt: (+)

Indem T den O mit einem Baseballschläger geschlagen hat, hat er dessen körperliches Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Damit ist von einer körperlichen Misshandlung auszugehen. Zudem haben die Schläge bei O einen krankhaften Zustand hervorgerufen und damit dessen Gesundheit beschädigt. Diesbezüglich handelte T auch vorsätzlich, so dass sowohl der objektive als auch der subjektive Tatbestand des Grunddelikts erfüllt sind.

b) Qualifizierende Folge: (+)

O ist durch den Aufprall auf den Boden gestorben. Damit ist die von § 227 StGB geforderte schwere Folge eingetreten.

c) Kausalität zwischen Grunddelikt und schwerer Folge: (+)

Es besteht auch Kausalität zwischen Grunddelikt und schwerer Folge. Ohne die massiven körperlichen Misshandlungen wäre O nicht panisch aus dem Fenster gesprungen. Nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel ist die Körperverletzung damit ursächlich für den Tod des O.

d) Spezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang

Im Ausgangspunkt sind sich Rechtsprechung und Literatur darüber einig, dass bei einem erfolgsqualifizierten Delikt die bloße Kausalität nicht ausreicht. Vielmehr bedarf es zur Legitimierung der hohen Strafandrohung eines spezifischen Gefahrverwirklichungszusammenhangs (Unmittelbarkeitszusammenhang) zwischen Grunddelikt und schwerer Folge. Dazu muss sich die dem Grunddelikt

anhaftende spezifische Gefahr in der schweren Folge realisiert haben. Über die Bedeutung darüber gehen die Meinungen auseinander.

Im Rahmen des § 227 StGB vertritt ein Teil des Schrifttums die Letalitätstheorie. Diese besagt, dass der gefahrspezifische Zusammenhang zwischen Körperverletzungserfolg und Tod bestehen muss (*Lackner/Kühl/Heger*, StGB, § 227 Rn. 2). Übertragen auf diesen Fall hätte dies zur Folge, dass sich T nicht gem.

§ 227 StGB strafbar gemacht hat, da der Tod des O nicht durch die zugefügten Wunden, sondern durch den Sturz aus dem Fenster eingetreten ist.

Der BGH lässt dagegen einen gefahrspezifischen Zusammenhang zwischen Körperverletzungshandlung und Todesfolge genügen (BGHSt 31, 96). Auch Stimmen in der Literatur schließen sich dieser Meinung an (*Rengier*, Strafrecht BT II, § 16 Rn. 11).

Problematisch ist in diesem Fall, dass zwischen Körperverletzungshandlung und Tod ein eigenes Verhalten des Opfers tritt. Grundsätzlich sieht der BGH dann den gefahrspezifischen Zusammenhang als unterbrochen an. Eine andere Beurteilung ist jedoch dann geboten, wenn es sich nicht mehr um ein **eigenverantwortliches Verhalten des Opfers** handelt. Hier ist gerade nicht von einem solchen freiverantwortlichen Handeln des O auszugehen. Sein Verhalten, von Panik geprägt, war Ausdruck des elementaren Selbsterhaltungstribs des Menschen.

Zwar ist die restriktive Auslegung der ersten Ansicht angesichts der hohen Strafandrohung verständlich. Überzeugend erscheint dennoch bei § 227 StGB an die Körperverletzungshandlung anzuknüpfen. Oft spielt der Zufall eine entscheidende Rolle, ob die schwere Folge durch die Verletzungshandlung oder den Körperverletzungserfolg eintritt. Auch zu beachten ist, dass oftmals die eigentliche Körperverletzungshandlung weitaus gefährlicher sein kann als der eigentliche aus der Handlung resultierende Erfolg.

e) Fahrlässigkeit:

Des Weiteren wird hinsichtlich der schweren Folge gem. § 18 StGB wenigstens Fahrlässigkeit verlangt. Dies setzt sich grundsätzlich auf der Tatbestandsebene

aus der objektiven Sorgfaltswidrigkeit und der objektiven Vorhersehbarkeit des Erfolges zusammen.

Manche Stimmen fordern im Rahmen eines erfolgsqualifizierten Delikts lediglich die Vorhersehbarkeit des Erfolges, da die Sorgfaltswidrigkeit bereits aus der Begehung des Grunddelikts resultiere (BGHSt 24, 213). Andere prüfen dagegen auch bei einem erfolgsqualifizierten Delikt die Sorgfaltswidrigkeit und Vorhersehbarkeit.

Zunächst spricht schon der Gesetzestext, der auf den klassischen Begriff der Fahrlässigkeit abstellt, gegen eine Beschränkung der Prüfung auf die Vorhersehbarkeit des Erfolges. Auch das Argument, die Sorgfaltswidrigkeit resultiere bereits aus der Begehung des Grunddelikts, kann nicht überzeugen. Schließlich geht es dabei um die Sorgfaltswidrigkeit bezüglich des Rechtsguts des Grundtatbestandes – bei § 227 StGB also in Hinblick auf die körperliche Unversehrtheit –, nicht jedoch um Sorgfaltswidrigkeit in Bezug auf das durch die schwere Folge geschützte Rechtsgut, das heißt bei § 227 StGB hinsichtlich des Lebens. Auch wenn regelmäßig mit der Verwirklichung des Grunddelikts die Sorgfaltswidrigkeit auch bezüglich der schweren Folge gegeben sein wird, so können doch auch Ausnahmen gegeben sein. Somit bedarf es der gesonderten Prüfung der Sorgfaltswidrigkeit.

Übertragen auf den Fall war das Verhalten des T bezüglich des Lebens objektiv sorgfaltswidrig. Es lag auch nicht objektiv außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit, dass O bei den massiven Schlägen panisch reagiert. Damit war die Reaktion auch objektiv vorhersehbar. T handelte folglich fahrlässig hinsichtlich der schweren Folge.

II. Rechtswidrigkeit:

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

III. Schuld:

Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe liegen in diesem Fall nicht vor. Des Weiteren bedarf es auch der Prüfung, ob T individuell sorgfaltswidrig

gehandelt hat und der Erfolg für ihn vorhersehbar war. Auch hier findet sich der Streit wieder, ob allein auf die individuelle Vorhersehbarkeit oder auch – was vorzuzugwürdig erscheint – auf die individuelle Sorgfaltswidrigkeit abzustellen ist. Das Verhalten des T war aus seiner Sicht sorgfaltswidrig. Der Sprung des O aus dem Fenster war für T als panische Reaktion als Folge der massiven Schläge auch individuell vorhersehbar.

Ergebnis: T hat sich gem. § 227 StGB strafbar gemacht.

(Siehe zu diesem Problemkreis: *Zieschang*, AT, 7. Auflage, Rn. 395 ff.)