

Materialien zu den vorlesungsbegleitenden Arbeitsgemeinschaften

Vorlesung Strafrecht AT (Prof. Dr. G. Freund)

I. Methodik der Fallbearbeitung¹

Das Gutachten

Im Studium der Rechtswissenschaften geht es oft um die Erstellung von Gutachten zu bestimmten Sachverhalten. In der gerichtlichen Praxis dienen diese vor allem der Vorbereitung einer Entscheidung des Gerichts. Während in der Praxis das Hauptproblem darin besteht, den Lebenssachverhalt, so wie er sich ereignet hat, zu ermitteln bzw. nachzuweisen, besteht das Problem der Studierenden im wesentlichen darin, den *vorgegebenen* Sachverhalt unter die in Betracht kommenden Gesetze zu subsumieren (= Prüfung, ob der Sachverhalt den Tatbestand der Rechtsnorm erfüllt). Wenn der Richter sein Urteil fällt, nennt er das Ergebnis vorneweg und begründet es anschließend (sog. Urteilsstil). Bei einem Gutachten ist es jedoch genau umgekehrt, weil es zur Vorbereitung des Urteils dient. Daraus ergeben sich bestimmte Regeln für die Form eines Gutachtens: Im Strafrecht geht es typischerweise um bestimmte Verhaltensweisen von Menschen. Man überlegt sich, welche Paragraphen zu dem Verhalten des „Täters“ passen, also welche Strafrechtsnorm durch das Verhalten einer Person (ggf. nebst Folgen) verwirklicht sein könnte. Dann überprüft man, ob die Strafrechtsnorm durch das Verhalten der Person tatsächlich erfüllt worden ist. Erst am Ende kommt man zu einem bestimmten Ergebnis. In dieser Art und Weise zu prüfen nennt man **GUTACHTENSTIL**:

Prüfungsreihenfolge:

Obersatz: Die Frage, ob ein bestimmter Straftatbestand bzw. ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal erfüllt ist, wird aufgeworfen.

Definition: Das Tatbestandsmerkmal wird definiert. Das heißt, das einzelne Merkmal wird mit Inhalt gefüllt. (Beispiel für § 223: Körperliche Misshandlung um fasst jede üble, unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt werden.)

Subsumtion: In der Subsumtion wird erörtert, ob das im Sachverhalt beschriebene Verhalten den definierten Voraussetzungen entspricht. Die Subsumtion bildet das Kernstück eines Gutachtens.

Schlussfolgerung: Das Ergebnis wird festgestellt. Die im Obersatz aufgeworfene Frage wird beantwortet.

Wichtig: Die Sachverhalte, die im Studium vorgegeben werden, müssen so hingenommen werden, wie sie auf dem Papier stehen. Es darf nichts hinzugedichtet oder versucht werden, im Sachverhalt Geschehnisse oder Umstände zu unterstellen, die so nicht im Sachverhalt stehen (sog. „Sachverhaltsquetsche“). In der Regel stehen die Angaben im Sachverhalt nicht ohne Grund dort. Deshalb muss immer deren (mögliche) rechtliche Relevanz durchdacht werden. Daraus ergibt sich:

¹ Für alle Klausuren und Hausarbeiten bitte beachten: „Hinweise der Marburger Strafrechtslehrer zur Fallbearbeitung“ (Abrufbar im Internet unter „prof-freund.de“).

Beispielfall: A ist wütend auf B. Deshalb geht er zu B und zerreißt dessen Buch.

1. Richtige Erfassung des Sachverhalts.
2. Suche der in Betracht kommenden Straftatbestände (nullum crimen sine lege = keine Strafe ohne Gesetz)
3. Herausarbeiten der Problemstellung. Im Strafrecht geht es um die Frage, ob jemand strafrechtlich Verantwortung zu ziehen ist: das ist der Fall, wenn er durch sein Verhalten einen Tatbestand des StGB erfüllt. Als Tatbestand bezeichnet man die Zusammenfassung (den Inbegriff) der Merkmale einer Straftat im Strafgesetz; diese gesetzlichen Merkmale stellen die Grundvoraussetzung einer Strafbarkeit dar. (Bitte beachten: Es gibt auch ungeschriebene Tatbestandsmerkmale)

Denkbare Obersätze: Bsp. § 303 StGB

Möglicherweise hat sich T **wegen** einer Sachbeschädigung gem. § 303 StGB **strafbar** gemacht.
 T **kann** sich **wegen** Sachbeschädigung gem. § 303 StGB **strafbar** gemacht haben.
 T kann sich **der/einer** Sachbeschädigung gem. § 303 StGB **schuldig** gemacht haben.

← --- **Formatiert:** Nummerierung und Aufzählungszeichen

Um Missverständnisse zu vermeiden, muss der Leser des Gutachtens **zusätzlich** die Information erhalten, welches in Rede stehende Verhalten geprüft wird, da es Fälle geben kann, in denen der Täter mehrfach handelt oder neben einem Handeln ein Unterlassen von Bedeutung sein kann.

Der Obersatz muss daher lauten: T kann sich wegen Sachbeschädigung gem. § 303 StGB strafbar gemacht haben, *indem er das Buch des O zerrissen hat.*

4. Jetzt müssen die Tatbestandsmerkmale der betreffenden Strafvorschrift geprüft werden.
 Also:
 - a) Sache
 - b) Fremd
 - c) Beschädigen (und/oder)
 - d) Zerstören

← --- **Formatiert:** Nummerierung und Aufzählungszeichen

(Anm. Die Erwähnung der Rechtswidrigkeit hat für den Tatbestand des § 303 keine besondere Bedeutung, denn sie bezeichnet nur die Rechtswidrigkeit als allgemeines Verbrechensmerkmal, wie es jeder Strafvorschrift immanent ist. Ausführlicher dazu aber erst, wenn die Rechtfertigungsgründe behandelt werden.)

Bei einfach strukturierten Sachverhalten kann man sich sofort das erste Merkmal des Tatbestandes herausgreifen und mit der Prüfung beginnen. Am Anfang steht wieder ein Einleitungssatz: *Voraussetzung dafür ist, dass es sich bei dem Buch um eine Sache handelt (OBERSATZ)*

Im zweiten Schritt ist nun abstrakt und losgelöst vom konkreten Fall herauszuarbeiten, was eine Sache i.S.v. § 303 StGB ist.

Sachen sind alle körperlichen Gegenstände.(DEFINITION)

Dann ist zu prüfen, ob Kongruenz (Übereinstimmung/Deckungsgleichheit) zwischen dem so definierten Tatbestandsmerkmal und dem zu beurteilenden konkreten Sachverhalt besteht: Das Buch weist Umrisse auf und man kann es anfassen. Es ist mithin ein körperlicher Gegenstand.(SUBSUMTION)

Der nächste Schritt enthält sodann das Ergebnis dieser ersten Teilprüfung: Folglich ist das Buch eine Sache.(ZWISCHENERGEBNIS)

Danach ist mit den weiteren Merkmalen des Tatbestandes fortzufahren. Sind alle Tatbestandsmerkmale erfüllt und ergibt die weitere Prüfung, dass der Täter auch vorsätzlich, rechtswidrig und hinreichend schuldhaft handelte, so ist er der Sachbeschädigung schuldig bzw. nach üblicher Terminologie wegen Sachbeschädigung strafbar. Allerdings ist zur Strafverfolgung nach § 303 c StGB grundsätzlich ein Strafantrag erforderlich. Sind alle (hier nicht abschließend aufgezählten) Strafbarkeitserfordernisse i.w.S. erfüllt, so ist der als Inbegriff aller Rechtsfolgeveraussetzungen verstandene „Tatbestand“ (i.w.S.) erfüllt und es tritt die Rechtsfolge Strafe ein. Wie diese genau zu bemessen ist, spielt bis zum ersten Staatsexamen regelmäßig keine Rolle.

Allgemeine Hinweise zum Gutachtenstil:

In Klausuren – wie auch in jeder Hausarbeit – wird der anfänglich stark gewöhnungsbedürftige **Gutachtenstil** erwartet. Wie oben bereits dargestellt besteht der Gutachtenstil aus 4 Schritten. Dabei spielt auch die Wortwahl im Gutachten eine entscheidende Rolle. Ausdrücke wie „**da**“, „**weil**“ oder „**denn**“, leiten eine Argumentation ein, die das Ergebnis schon festgestellt hat und nun begründet (Urteilsstil). Sie sind daher zu vermeiden. Der reine Gutachtenstil zeichnet sich durch Wendungen wie „**muss**“, „**kann**“, „**möglicherweise hat**“ oder „**in Betracht kommt**“ aus. Im Ergebnis heißt es dann typischerweise „**also**“, „**dennach**“, „**somit**“, „**damit**“, „**mithin**“ oder „**folglich**“.

Die beliebte Einleitung „**Fraglich ist, ob...**“ sollte man jedenfalls nicht zu häufig verwenden und wenn, dann nur, wenn etwas wirklich fraglich ist. Es bietet sich statt dessen an, unmittelbar in die Prüfung des jeweiligen Merkmals einzusteigen. Das wirkt prägnanter.

Um Missverständnissen vorzubeugen: Wenn ein solch unproblematischer Fall wie mit dem Buch vorliegt (siehe oben), wirkt es albern, den umständlichen Gutachtenstil anzuwenden. Wenn also ein Tatbestandsmerkmal völlig eindeutig gegeben ist (aber auch nur dann!), beschränkt man sich auf eine kurze Feststellung im – so kann man sagen – „Feststellungsstil“: „Das Buch ist eine Sache.“ Vom durchweg verfehlten Urteilsstil unterscheidet sich dieser dadurch, dass keine Begründung nachgeschoben wird. Nachgeschobene Begründungen deuten immer darauf hin, dass das Festgestellte eben doch nicht ganz unproblematisch ist. Gerade in der Propädeutischen Übung und in der Anfängerübung sollte der an sich zulässige „Feststellungsstil“ nur zurückhaltend genutzt werden. Denn hier soll anhand relativ unproblematischer Fälle zunächst gezeigt werden, dass die formale Methode des Gutachtenstils beherrscht wird. Wer nicht die Randbemerkung „Urteilsstil“ oder „Schwächen im Gutachtenstil“ riskieren möchte, der sollte nach Möglichkeit (also insbesondere, wenn das die zeitlichen oder sonstigen Rahmenbedingungen zulassen) den strengen Gutachtenstil mit den 4 Grundschritten wählen.

Als Kompromiss zwischen strengem Gutachtenstil und „Feststellungsstil“ bietet sich bisweilen eine **Kurzsubsumtion** an: Definition und Subsumtion werden dabei zusammengefasst:

Bei einem Buch handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand, mithin um eine Sache.

Wichtig ist es auch immer, den Bezug zum konkreten Fall herzustellen. Zwar müssen die Definitionen abstrakt sein und dürfen insbesondere keine Personen aus dem Fall beinhalten; dennoch ist anschließend in der Subsumtion immer auf den **KONKRETEN FALL** einzugehen:

So nicht: „L muss vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung. *Dies ist hier der Fall.*“

In diesem – so oder ähnlich leider sehr oft anzutreffenden – Negativbeispiel fehlt die Subsumtionseinheit und damit auch der spezifische Fallbezug. Wenn der Vorsatz (wie häufig) unproblematisch ist, dann reicht – wie oben dargestellt – eine kurze Feststellung im Feststellungsstil oder in Kurzsubsumtion: „*L handelte vorsätzlich*“ oder „*L handelt in Kenntnis der Umstände, die die Tatbestandsverwirklichung begründen, mithin vorsätzlich.*“ Wenn der Vorsatz problematisch ist: Saubere vollständige Darstellung im strengen Gutachtenstil.

Auch die Schwerpunktsetzung darf nicht zu kurz kommen. Gutachten, in denen alles gleich breit geprüft wird, langweilen nicht nur den Korrektor, sie zeigen auch, dass der Verfasser nicht erfasst hat, wo die Probleme des Falles liegen. Die Schwierigkeit liegt natürlich darin, die Spreu vom Weizen zu trennen, also herauszufinden, was problematisch ist und was nicht. Das ist immer eine unvermeidliche Gratwanderung. Es lohnt sich also, ein Fingerspitzengefühl für die richtige Schwerpunktsetzung zu entwickeln. Und dies bekommt man bekanntlich nur durch Fälle lösen, Fälle lösen und nochmals Fälle lösen. Dabei bitte eines nie vergessen: Tote prüft man nicht! (Denn sie können nicht mehr bestraft werden.)

Erste wichtige DEFINITIONEN²

Beschädigen: Jede nicht ganz unerhebliche Einwirkung auf eine Sache, durch die die Brauchbarkeit für ihre Zwecke gemindert wird.

Beweglich: Eine Sache ist beweglich, wenn sie tatsächlich fortgeschafft werden kann.

Fremd: Eine Sache ist fremd, wenn sie jedenfalls auch im Eigentum eines anderen (als des Täters) steht.

Gesundheitsbeschädigung: Jedes Hervorrufen oder Steigern eines vom normalen Zustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden pathologischen (krankhaften) Zustandes körperlicher oder seelischer Art.

Gewahrsam: Tatsächliches, von einem Herrschaftswillen getragenes Herrschaftsverhältnis. Das setzt voraus, dass dem Gewahrsamsinhaber zur Verwirklichung seines Herrschaftswillens keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen.

Kausal: Eine Handlung ist kausal für einen Erfolg, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen. (**conditio sine qua non-Formel = sog. Äquivalenztheorie**)

Körperliche Misshandlung: Üble unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird.

(„Objektive“) Zurechnung: Zurechenbar ist ein durch menschliches Verhalten verursachter Erfolg nur dann, wenn die Handlung eine rechtlich missbilligte Schädigungsmöglichkeit geschaffen hat und diese sich in tatbestandstypischer Weise in dem Erfolg niedergeschlagen hat.

Sache: Sachen sind alle körperlichen Gegenstände.

Vorsatz: Vorsätzlich handelt, wer die Umstände, die die Tatbestandsverwirklichung begründen, kennt und dennoch (willentlich) handelt. **Variante:** Vorsätzlich handelt, wer die tatbestandsmäßige Unwertdimension seines Verhaltens kennt und dennoch (willentlich) handelt.

Wegnahme: Bruch fremden und Begründen neuen Gewahrsams.

Zerstören: Einwirkung auf die Sache mit der Folge, dass die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit für ihre Zwecke völlig aufgehoben wird.

² Siehe: Küper, Strafrecht BT – Definitionen mit Erläuterungen, 6. Auflage 2005.

II. Tatbestandsmäßiges Verhalten und Erfolgssachverhalt

Allgemeine Kriterien tatbestandsmäßigen Verhaltens³

Grundvoraussetzung für den Einsatz von Strafe ist die *Begründbarkeit eines Verhaltensnormverstößes*. Ein Verhaltensnormverstoß setzt voraus, dass zuvor eine entsprechende Verhaltensnorm legitimiert werden konnte.

Legitimiert werden kann eine Verhaltensnorm durch zwei grundverschiedene Gesichtspunkte, die der einzuschränkenden Handlungsfreiheit des potentiellen Verhaltensnormadressaten entgegengesetzt werden können:

1. der berechnete Nutzen der Normeinhaltung (**Rechtsgüterschutzaspekt**)

und bei manchen Verhaltensnormen (sog. qualifizierte „doppelt fundierte“ Verhaltensnormen) zusätzlich

2. die *Sonderverantwortlichkeit* für die drohenden – und durch Normeinhaltung zu vermeidenden – schadensträchtige Verläufe

Tatbestandsmäßige Verhaltensfolgen⁴

Hat nun jemand durch sein Verhalten gegen eine Verhaltensnorm verstoßen, reicht das für eine Strafbarkeit nur, wenn eine Sanktionsnorm im Strafgesetzbuch existiert (nullum crimen/nulla poena sine lege), die den schlichten Verhaltensnormverstoß als Straftat normiert.

Bsp. §§ 212 I, 22, 23 StGB = Sanktionsnorm des versuchten Totschlags: Sie erfasst bereits das Abfeuern einer Schusswaffe auf einen anderen Menschen, ohne dass es darauf ankommt, ob die Kugel ihr Ziel tödlich trifft oder verfehlt.

Allerdings verlangen die meisten Sanktionsnormen für ihr Eingreifen neben dem zum Ausdruck gelangten spezifischen Verhaltensnormverstoß (dem Fehlverhalten) weitere Erfordernisse.

Beispielsweise erfordern die vollendeten (Begehungs-)Erfolgsdelikte neben dem tatbestandsmäßig –missbilligten Verhalten einen Erfolg in der Außenwelt. Dieser Erfolg muss gerade aus dem unrechtmäßigen Verhalten hervorgegangen sein.

Für eine entsprechende Bestrafung muss sich **der schadensträchtige Verlauf ereignet haben, dessen Vermeidung (ex ante aus der Perspektive des Normadressaten betrachtet) Legitimationsgrund der übertretenen Verhaltensnorm war.**

Durch den Schuldspruch und die Strafe wegen *vollendeten Erfolgsdelikts* wird dem Normbrüchigen zum einen der durch sein Verhalten vorgenommene *Verhaltensnormverstoß* als solcher zur Last gelegt und zum anderen das durch die Normeinhaltung gerade zu vermeidende Geschehen selbst (= der *schadensträchtige Verlauf*).

Berechtigt ist dieser weitergehende Vorwurf nur, wenn das konkrete erfolgsverursachende Geschehen ein solches ist, das Legitimationsgrund der übertretenen Verhaltensnorm war.

Daraus ergibt sich: eine entsprechende „Unrechtsfolge“ (die tatbestandsmäßige Verhaltensfolge) liegt nur vor, wenn sich ein **schadensträchtiger Verlauf ereignet, der durch richtiges Verhalten hätte vermieden werden können und sollen.**

Missachtung dieser Anforderungen durch die Risikoerhöhungslehren⁵

Die in verschiedenen Ausprägungsformen vertretenen Risikoerhöhungslehren haben gemeinsam, dass ein bestimmter Erfolg bereits dann „zugerechnet“ werden soll, wenn das normwidrige Ver-

³ Hier sehr verkürzt dargestellt, siehe deshalb: Freund Strafrecht AT, § 2 Rn. 8 ff.

⁴ Ausführlich dazu: Freund Strafrecht AT, § 2 Rn. 46 ff.

⁵ Zu den Risikoerhöhungslehren und ihrer Kritik: Rudolphi SK-StGB vor § 1 Rn. 65 ff.; BGHSt 11, 1 ff. (Radfahrer-Fall); BGH NStZ 1997, 505; Hoyer SK-StGB Anhang zu § 16 Rn. 26; Freund, Strafrecht AT § 2 Rn. 49 ff.; Freund Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 128 ff.; Frisch Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, S. 537 ff.; Fallbearbeitung: Freund, JuS 1990, 213 ff. („Kneipenbummel mit Folgen“).

halten im Verhältnis zum hypothetischen normgerechten Verhalten das Risiko des Erfolgseintritts erhöht hat.

Beispiel: Ein Verkehrsunfall, bei dem ein die Fahrbahn überquerender Fußgänger getötet worden ist, wäre nach Auskunft eines Sachverständigen bei Einhaltung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h nur möglicherweise, aber nicht sicher vermieden worden.

In diesem Beispiel wollen Vertreter der Risikoerhöhungstheorie den Erfolg „zurechnen“, obwohl nicht sicher geklärt werden kann, ob der schadensträchtige Verlauf (der Erfolg) bei richtigem Verhalten hätte vermieden werden können und sollen.

Kritik:

Eine Bestrafung impliziert immer einen Vorwurf: man wirft dem Normbrüchigen vor, sich fehlerhaft verhalten zu haben. Ein Fehlverhalten liegt hier in dem zu schnellen Fahren. Die zulässige Höchstgeschwindigkeit dient auch gerade dazu, Unfälle zu vermeiden und dadurch Rechtsgüter wie das Leben und die Körperintegrität anderer zu schützen. Die Frage ist jedoch, ob ein solches Fehlverhalten für die Vollendungstat ausreicht. Durch das zu schnelle Fahren hat er zwar gewisse Gefahren (rechtlich zu missbilligende Schädigungsmöglichkeiten) geschaffen.

Aber:

Nach dem oben Gesagten wirft man dem Normbrüchigen bei den vollendeten Erfolgsdelikten mehr vor als die unerlaubte Gefährdung (= durch das Handlungsunrecht, Fehlverhalten verursacht):

Zusätzlich wirft ihm das „Erfolgsunrecht“ vorgeworfen: also das durch die Normeinhalten zu vermeidende Geschehen.

Es kommt daher entscheidend darauf an, ob der Erfolg die spezifische Folge des Verhaltensunrechts ist. Die entscheidende Frage lautet also: hat sich ein schadensträchtiger Verlauf (Erfolg) ereignet, der **durch richtiges Verhalten hätte vermieden werden können und sollen**.

Kritik an der Lehre von der „objektiven“ Zurechnung⁶

Mit der Feststellung des Kausalzusammenhanges i.S.d. *conditio*-Formel kommt man für die Bestimmung dieser spezifischen Fehlverhaltensfolgen nicht weiter. Die Kausalität ist zwar notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung. Sachlich geht es nicht um die Frage, ob durch ein Verhalten ein bestimmter Kausalverlauf in die Welt gesetzt wurde, sondern um die (strafrechtliche) Verantwortlichkeit dafür.

Zwar versucht die Lehre von der „objektiven“ Zurechnung zu Recht, den uferlosen Kausalzusammenhang einzuschränken. Die innerhalb der „Erfolgszurechnungslehre“ genannten sachlichen Gesichtspunkte dienen jedoch bei genauer Analyse letztlich alle dazu, die spezifischen Fehlverhaltensfolgen zu bestimmen. Dabei differenziert die Lehre von der objektiven Zurechnung nicht genau genug zwischen zwei grundverschiedenen Dingen: dem Fehlverhalten und den Fehlverhaltensfolgen. Diese haben zwar etwas miteinander zu tun, sind jedoch nach je eigenen Regeln zu bestimmen.

Zuallererst sollte das Fehlverhalten näher bestimmt werden, bevor man überlegt, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit man von spezifischen Folgen solchen Fehlverhaltens sprechen kann.

In der Fallbearbeitung bietet sich daher folgende Vorgehensweise an:

Zunächst sollte geprüft werden, ob durch das Verhalten des X eine bestimmte rechtlich zu missbilligende Schädigungsmöglichkeit i.S.e. Straftatbestandes mit Blick auf bestimmte Rechtsgüter geschaffen worden ist (Fehlverhalten). Erst wenn das der Fall ist, muss man bei den vollendeten Erfolgsdelikten feststellen, ob sich ein schadensträchtiger Verlauf („Erfolg“) ereignet hat, der durch richtiges Verhalten hätte vermieden werden können und sollen (spezifische Fehlverhaltensfolge).

⁶ Lies: Freund Strafrecht AT § 2 Rn. 63 ff.

III. Die Rechtswidrigkeit

Allgemeines⁷

Im Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens wurden solche Verhaltensweisen als nicht tatbestandsmäßig ausgeschlossen, die mit Blick auf das speziell in Frage stehende Rechtsgut schon im Grundsätzlichen rechtlich nicht zu beanstanden sind oder bei denen bereits mit Blick auf die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG keine rechtliche Verhaltensmissbilligung angezeigt ist.

D.h.: haben wir festgestellt, dass jemand durch sein Verhalten eine grundsätzlich rechtlich zu missbilligende Schädigungsmöglichkeit eröffnet hat, dann ist sein Verhalten zwar **unter Vorbehalt rechtlich zu missbilligen**. Über das für eine Bestrafung erforderliche personale Verhaltensunrecht ist damit jedoch noch nicht abschließend entschieden. Denn das grundsätzliche Missbilligungsurteil (z.B. über ein Tötungs- oder Körperverletzungsverhalten) steht insbesondere unter dem Vorbehalt möglicher Rechtfertigung: Wenn das Verhalten gerechtfertigt ist, wäre die Rechtsfolge der Bestrafung verfehlt.

Genauso wie das Urteil zur grundsätzlichen tatbestandlichen Missbilligung bestimmter Verhaltensweisen, ist auch das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes aus der Betroffenenperspektive zu bestimmen (das ist allerdings streitig)⁸. Maßgeblich ist also nicht irgendeine aus höherer Warte bestimmte „Wirklichkeit“. Rechtlich zu würdigen ist die Sachlage, wie sie sich für den darbietet, dessen Verhalten beurteilt werden soll.⁹ Das **Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes** wirkt als (Verhaltens-)Unrechtsausschlussgrund. D.h. derjenige, der gerechtfertigt gehandelt hat, verhält sich nicht rechtswidrig – **das grundsätzliche Missbilligungsurteil über das Verhalten wird wegen des vorliegenden Ausnahmesachverhalts außer Kraft gesetzt**.

Einzelne Rechtfertigungsgründe

Für Rechtfertigungsgründe gilt der Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung. Was in einem Rechtsgebiet erlaubt ist, kann in einem anderen Rechtsgebiet nicht verboten sein. Aus diesem Grund gibt es eine Vielzahl von Rechtfertigungsgründen, die gebietsübergreifend anwendbar sind.

Beispiele für gesetzlich geregelte Rechtfertigungsgründe:

Aus dem **StGB**: § 32 (Notwehr), § 34 (rechtfertigender Notstand) und § 193 (Wahrnehmung berechtigter Interessen),

Aus dem **BGB**: § 227 (Notwehr), § 228 (Defensivnotstand), § 229 (Selbsthilferecht), § 859 (Besitzwehr, Besitzkehr), § 904 (Aggressivnotstand),

Aus der **StPO**: § 81a (Recht zur Entnahme einer Blutprobe), § 127 (Festnahmerecht – praktisch und ausbildungsrelevant insbesondere das dort geregelte Jedermanns-Festnahmerecht),

Aus dem **OWiG**: § 15 (Notwehr), § 16 (rechtfertigender Notstand)

Weitere Bsp.: § 23 BJagdG, §§ 117, 178 GVG, § 87 StVollzG, Art. 20 IV GG, etc.

⁷ Siehe dazu Freund Strafrecht AT § 3 Rn. 1 ff.

⁸ Siehe dazu: Schönke/Schröder/Lenckner vor § 32 Rn. 9; Freund GA 1991, 387, 406 ff.

⁹ Freund AT § 3; Frisch, Vorsatz und Risiko S. 422 f; 424 ff; 431 ff; Rudolphi, GS Armin Kaufmann, S. 371, 378, 381.

Notwehr gem. § 32 StGB

1. Notwehrlage

(str. Berücksichtigung aller ex ante erkennbaren Umstände aus der Sicht eines sachkundigen objektiven, „allwissenden“ Beobachters oder aber auch hier wieder der Blickwinkel desjenigen, dessen Verhalten auf seine Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit hin untersucht wird = „Betroffenperspektive“).

a. Angriff

Angriff ist jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich geschützter Güter oder Interessen.¹⁰ Darüber hinaus wird für einen Angriff i.S.d. schneidigen Notwehrrechts z.T. verlangt, dass der Angreifer in bezug auf die durch ihn zu erwartende Güter- und Interessenbeeinträchtigung gleichsam sehenden Auges und v.a. *verantwortlich* handelt.¹¹ Handelt es sich um einen nicht (voll) verantwortlichen „Angreifer“, verneint also ein Teil des Schrifttums schon einen Angriff i.S.d. schneidigen Notwehrrechts. Die sog. h.M. kommt dagegen erst im Rahmen der Gebotenheit zu einer Versagung des schneidigen Notwehrrechts (siehe unten).

b. Gegenwärtigkeit

Ein Angriff i.S.d. § 32 StGB ist gegenwärtig, wenn er gerade stattfindet oder noch fort dauert.

c. Rechtswidrigkeit des Angriffs

Rechtswidrig i.S.d. Notwehrrechts ist der Angriff, wenn er im Widerspruch zu den Normen des Rechts steht. Nach der oben genannten Konzeption kommt es dabei wieder entscheidend auf das personale Handlungsunrecht an und nicht auf einen entsprechenden Erfolgswert.¹²

d. Von sich oder einem anderen

Notwehr ist nicht nur bei einem Angriff gegen einen selbst, sondern auch für einen anderen möglich. Dies ist die sog. Nothilfe. Die Voraussetzungen entsprechen denen der Notwehr.

2. Notwehrhandlung

a. Verteidigungshandlung

Verteidigung ist jedes Verhalten, das sich gegen die Rechtsgüter des Angreifers richtet und der Beendigung des Angriffs dient.

b. Erforderlichkeit

Als Maximalverteidigung erforderlich ist grundsätzlich jede Handlung, die zu einer wirksamen Verteidigung beiträgt, eine möglichst sofortige Beendigung des Angriffs erwarten lässt und die endgültige Beseitigung der Gefahr am besten gewährleistet. Von mehreren gleich wirksamen Verteidigungsmöglichkeiten ist die relativ mildeste, die den geringsten Schaden anrichtet zu wählen. Allerdings braucht sich der Notwehrübende dabei weder auf unsichere Mittel einzulassen noch auf die Möglichkeit auszuweichen.¹³

c. Grenzen des schneidigen Notwehrrechts

Nach § 32 StGB muss die Verteidigung normativ **geboten** sein. Schranken des Notwehrrechts können sich in folgenden Fallgruppen ergeben:

Nicht (voll) verantwortlicher Angreifer: (Kinder, Betrunkene etc.). Verneint man in manchen dieser Fällen nicht bereits einen Angriff i.S.d. schneidigen Notwehrrechts, dann bedarf es zur Vermeidung unangemessener Ergebnisse jedenfalls der Korrektur durch eine sozialetische Einschränkung des zunächst zu weit geratenen Notwehrrechts.¹⁴

¹⁰ Schönte/Schröder/Lenckner § 32 Rn. 3; Tröndle/Fischer § 32 Rn. 4 f. m.w.N..

¹¹ Vgl. etwa Freund AT § 3 Rn. 98.

¹² Freund AT § 3 Rn. 102 ff.

¹³ BGHSt 3, 217, 218.

¹⁴ Roxin AT I § 15 Rn. 57.

Provokation der Notwehrlage: in diesen Fällen ist der Angegriffene mitverantwortlich für die Entstehung der Kollisionslage.¹⁵

Krasses Missverhältnis zwischen dem zu schützenden Rechtsgut und dem drohenden Schaden. (ein gehbehinderter Bauer schießt ein Kind aus dem Apfelbaum)¹⁶

Streitig: Bei Angriffen von Personen mit enger persönlicher Beziehung zum Täter.¹⁷

3. Sog. subjektives Rechtfertigungselement Der in Notwehr Handelnde muss Kenntnis von den Umständen haben, welche die Notwehrlage begründen und die Erforderlichkeit der Verteidigung ausmachen. (Nach h.M. allerdings verbal zusätzlich gefordert: „Verteidigungswille“; kritisch dazu jedoch Freund AT § 3 Rn. 16- 21).

Rechtfertigender Notstand § 34 StGB

1. Notstandslage („keine andere Gefahrenabwendungsmöglichkeit als durch Beeinträchtigung kollidierender Interessen“)

(str. „Betroffenenperspektive“).

a. Gefahr

Eine Gefahr für ein Rechtsgut i.S.d. Notstandes ist ein Zustand, dessen Weiterentwicklung den Eintritt oder die Intensivierung eines Schadens ernstlich befürchten lässt, sofern nicht alsbald Abwehrmaßnahmen ergriffen werden.¹⁸

b. Gegenwärtigkeit

Gegenwärtig ist die Gefahr, wenn sie unmittelbar in einen Schaden umzuschlagen droht oder sonst nur noch durch unverzügliches Handeln abwendbar ist.¹⁹ Auch eine sog. Dauergefahr ist gegenwärtig, wenn ohne sofortiges Handeln in einer bestimmten Situation immer wieder mit einer weiteren Schadensintensivierung zu rechnen ist (Bsp. Spannerfall: BGH NJW 1979, 2053 f.).²⁰

c. Für ein Rechtsgut

Notstandsfähig ist jedes anerkannte Interesse, auch wenn seine Beeinträchtigung keinen Straftatbestand erfüllt.

Streitig: ist auch hier wieder, aus welchem Blickwinkel (allwissender Betrachter, der von oben herab auf das Geschehen blickt, oder aber „Betroffenenperspektive“) eine solche Notstandslage zu beurteilen ist.

2. Notstandshandlung

a. Erforderlichkeit

Erforderlich ist zunächst eine Notstandshandlung nur dann, wenn sie geeignet ist, die Gefahr abzuwenden. Jede entfernte Chance der effektiven Abwendung der Gefahr genügt.

Die Notstandshandlung ist ferner nur dann erforderlich, wenn unter allen zur Verfügung stehenden Mitteln das relativ mildeste gewählt worden ist.

b. Interessenabwägung

Das geschützte Rechtsgut muss das beeinträchtigte Rechtsgut *wesentlich überwiegen*.

Allgemeines Rangverhältnis zwischen dem Eingriffsgut und dem Erhaltungsgut

Bewertung der konkreten Lebenssituation

Intensität und Umfang des drohenden Schadens

¹⁵ Freund AT § 3 Rn. 116 ff.

¹⁶ Siehe dazu aber auch Freund: AT § 3 Rn. 120 ff.

¹⁷ Ablehnend: Freund AT § 3 Rn. 123 ff.; Dafür: Roxin AT I § 15 Rn. 83; Wessels (27. Auflage) Rn. 348.

¹⁸ Tröndle/Fischer § 34 Rn. 3.

¹⁹ Tröndle/Fischer § 34 Rn. 4.

²⁰ Freund AT § 3 Rn. 52 f.; Wessels/Beulke Rn. 306 f.

Grad der drohenden Gefahr

Eingriffe gegen den Gefahrurheber (Defensivnotstand) / Dritten (Aggressivnotstand)

c. Angemessenheit § 34 S. 2 StGB (str., ob eigenständige Bedeutung oder nur Klarstellung einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung, so dass die Angemessenheit schon dort berücksichtigt wird). Sofern man ihr eigenständige Bedeutung beimisst gilt folgendes:

Die Notstandshandlung muss ein angemessenes Mittel sein, die Gefahr abzuwenden. Obwohl das geschützte Rechtsgut das beeinträchtigte wesentlich überwiegt, kann die Handlung gleichwohl unangemessen sein. Unangemessen ist die Tat insbesondere dann, wenn sie gegen oberste Rechtsprinzipien verstößt, wenn für den Täter besondere Duldungspflichten bestehen oder wenn die Tat einen Eingriff in unantastbare Freiheitsrechte darstellt.

3. Zum sog. **subjektiven Rechtfertigungselement** siehe oben das zur Notwehr Gesagte entsprechend (streitig wieder: sog. Rettungswille).

Aggressivnotstand nach § 904 BGB

1. Notstandslage

Gegenwärtige Gefahr: Gegenwärtig ist die Gefahr, wenn zur Abwendung von Schäden für das Rechtsgut eine sofortige Abhilfe erforderlich ist. Auch Dauergefahr möglich, wenn jederzeit Schaden eintreten kann.

2. Notstandshandlung:

Beeinträchtigung einer nicht die Gefahr hervorrufenden fremden Sache: Eine Beeinträchtigung i.S.d. § 904 BGB besteht in der unmittelbaren oder mittelbaren Einwirkung auf eine Sache, von der die Gefahr **nicht** hervorgeht.

Abwägung: Das zu schützende Rechtsgut muss das Beeinträchtigte Rechtsgut wesentlich überwiegen, d.h. der drohende Schaden muss gegenüber der Einwirkung unverhältnismäßig groß sein.

3. Zum sog. **subjektiven Rechtfertigungselement** gilt auch hier das oben Gesagte entsprechend: Kenntnis der Umstände (streitig: Verteidigungswille)

Defensivnotstand nach § 228 BGB

1. Notstandslage:

Drohende Gefahr durch eine fremde Sache: Drohend ist die Gefahr, wenn ein wahrscheinlicher Eintritt eines Schadens nur durch sofortiges Handeln abgewendet werden kann.²¹

2. Notstandshandlung:

Beeinträchtigung der gefährlichen Sache, d.h. Beschädigung oder Zerstörung der Sache von der die Gefahr ausgeht.

Erforderlichkeit: es muss ein geeignetes Mittel und von mehreren geeigneten Mitteln das mildeste Mittel sein.

Abwägung: Das geschützte Rechtsgut darf nicht außer Verhältnis zu der Gefahr stehen.

3. Subjektives Rechtfertigungselement: Kenntnis der Umstände (str. Verteidigungswille)

²¹ Palandt/Heinrichs § 228 Rn. 4.

Rechtfertigende Einwilligung (ungeschriebener Rechtfertigungsgrund)

1. **Verzicht des Einwilligenden auf den Schutz seines Rechtsguts**
2. **Kundgabe der Einwilligung nach außen**, str.; nach h.M. erforderlich (sachlich: Problem des Versuchs bzw. der Vollendung)
3. **Einwilligungsfähigkeit**, wird bestimmt nach der geistigen und sittlichen Reife, auf die Geschäftsfähigkeit kommt es nicht an.
4. **Rechtliche Zulässigkeit der Einwilligung**, Disponibilität des Rechtsguts, d.h. dass der Betroffene über das Rechtsgut verfügen kann, was bei Rechtsgütern der Allgemeinheit nicht der Fall ist.
5. **Keine wesentlichen Willensmängel**, Einwilligung ist unwirksam bei Täuschung, Drohung oder wenn sie erschlichen wurde.
6. **Keine Sittenwidrigkeit der Tat**, bei Eingriffen in die körperliche Integrität darf die Tat nicht trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstoßen.
7. **Spezielles subjektives Element**, Täter muss in Kenntnis der Einwilligung gehandelt haben.

Festnahmerecht nach § 127 StPO

1. **Jedermann**, ist (fast) wörtlich zu verstehen: Grundsätzlich kommen alle Menschen als Festnehmende in Betracht, ohne dass der Personenkreis durch persönliche Merkmale (wie etwa die Beamteneigenschaft) eingeengt ist.
2. **Auf frischer Tat betroffen oder verfolgt**; hier ist umstritten, ob eine wirklich begangene Straftat vorliegen muss oder deren Annahme ohne Fahrlässigkeit ausreicht.²² Auf frischer Tat betroffen ist, wer bei Begehung der Tat oder unmittelbar danach am Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe gestellt wird.²³ Auf frischer Tat verfolgt ist der Täter, der sich bereits vom Tatort entfernt hat, sichere Anhaltspunkte auf ihn als Täter hinweisen und die Verfolgung zum Zwecke der Ergreifung aufgenommen wird.
3. **Festnahmegründe**: der Flucht verdächtig oder zur Identitätsfeststellung.
4. **Oft. sog. „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“**, unprobl. nur insoweit, als das für die Festnahme unbedingt erforderliche Festnahmemittel zu wählen ist. Danach kann etwa auch ein festes Zupacken gehören. – Zu beachten allerdings: Massive Körperverletzungen oder gar lebensgefährliche Schüsse auf einen Flihenden sind nicht durch das Festnahmerecht gedeckt.
5. **Spezielle subjektive Elemente**: Der Festnehmende muss in Kenntnis einer rechtfertigenden Sachlage handeln. (Str.; z. T. sog. Festnahmewille.)

IV. Hinreichend gewichtetes Fehlverhalten (Hinreichende Schuld)

Nach dem bisher Gelernten ergibt sich folgendes: Auf der ersten Stufe wird geprüft, ob wir es mit einem tatbestandlich zu missbilligenden Verhalten zu tun haben. D.h. die Person, dessen Verhalten wir bewerten, muss hinter dem gerade von ihr als Individuum Erwartbaren zurückgeblieben sein. Nur dann kann von personalen Fehlverhalten gesprochen werden.²⁴ Ist das der Fall, haben wir es mit einem *grundsätzlich* tatbestandlich zu missbilligenden Fehlverhalten zu tun. Grundsätzlich deshalb, weil es gewissermaßen unter Vorbehalt steht. Darüber hinaus darf das grundsätzlich tatbestandsmäßig-missbilligte Verhalten nicht ausnahmsweise gerechtfertigt sein. Greift ein Rechtfertigungsgrund, dann wird das *unter Vorbehalt stehende Missbilligungsurteil* aufgehoben.

²² Überblick bei Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT 10. Auflage S. 49 ff.; siehe auch: Freund AT § 3 Rn. 10-21.

²³ Kleinknecht/Meyer-Goßner § 127 Rn. 5.

²⁴ Näher dazu Freund AT § 4 Rn. 1 sowie § 2.

Aber auch das Urteil, ein Verhalten sei „tatbestandsmäßig-rechtswidrig“, ist nur ein Vorbehaltsurteil. Denn das personale Verhaltensunrecht muss auch **hinreichend gewichtig** sein. Wenn wir von dem Betroffenen kein anderes Verhalten erwarten konnten, weil er dazu nicht in der Lage war (Unmögliches darf das Recht nicht verlangen, weil hierfür die Legitimation fehlt), liegt schon kein rechtlich relevantes Fehlverhalten vor. Das Problem des zu geringen Gewichts eines Fehlverhaltens stellt sich dann nicht. Die Extension solcher Fälle beeinflusst natürlich die Reichweite des speziellen Gewichtungsproblems auf der sog. „Schuldstufe“.²⁵

Schuldfähigkeit

Die Schuldfähigkeit ist die Grundvoraussetzung für das Vorliegen eines hinreichend gewichtigen personalen Fehlverhaltens und somit einer Strafbarkeit. Die wichtigsten zur Schuldunfähigkeit führenden „Schuldausschließungsgründe“²⁶ sind die §§ 19, 20 StGB.

Neben den dort genannten „Defekte“ ist weiterhin erforderlich, dass der Täter gerade infolge dieser Defekte unfähig war, entweder das Unrecht der Tat einzusehen (§ 20 1. Alt. StGB) oder nach dieser Einsicht zu handeln. Die Störung muss sich also in der konkret begangenen Tat ausgewirkt haben.

Unrechtsbewusstsein

Wie schon mehrfach erwähnt, ist Strafe nur dann legitimierbar, wenn sich jemand rechtlich fehlerhaft verhalten hat. Kennt er die Umstände, welche die Tatbestandsverwirklichung begründen, kann in der Fallbearbeitung in der Regel auch von dem entsprechenden Unrechtsbewusstsein ausgegangen werden. Finden sich im Sachverhalt jedoch spezielle Hinweise, die auf eine Verbots- oder Gebotsunkenntnis schließen lassen, so ist eine differenzierte Betrachtung erforderlich. Hier wird insbesondere der Verbots- bzw. Gebotsirrtum relevant.

Ein Verbotsirrtum liegt vor, wenn der Täter glaubt, es gebe gar keine Verbotsnorm diesen Inhaltes, ihm somit das Bewusstsein fehlt, Unrecht zu Tun. Nach § 17 I StGB handelt der Täter ohne Schuld, wenn er den Irrtum nicht vermeiden konnte.

Vermeidbar ist ein Verbotsirrtum, wenn dem Täter sein Vorhaben unter Berücksichtigung seiner Fähigkeiten und Kenntnisse hätte Anlass geben müssen, über dessen mögliche Rechtswidrigkeit nachzudenken oder sich zu erkundigen, und er auf diesem Wege zur Unrechtseinsicht kommen konnte und musste.

In erster Linie ist jedoch wieder zu fragen, ob wir es überhaupt mit personalem Verhaltensunrecht zu tun haben. Wer diese Frage der Verhaltensmissbilligung vorschnell bejaht, obwohl von dem Betroffenen kein anderes Verhalten erwartet werden konnte (etwa weil er sich in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befand), der muss das Versäumte spätestens im Rahmen der Schuld nachholen und diese verneinen.

War der Verbotsirrtum jedoch vermeidbar, haben wir es mit einem personalen Verhaltensunrecht zu tun, so dass sich anschließend jedenfalls die Frage nach dem hinreichenden Gewicht dieses Fehlverhaltens stellt. § 17 S. 2 i.V.m. § 49 I StGB sieht im Falle eines vermeidbaren Verbotsirrtums eine fakultative Strafmilderung vor. Unabhängig davon klärungsbedürftig ist in solchen Fällen allerdings auch die umstrittene Frage nach der Legitimation der Vorsatzstrafe („Vorsatztheorie“ contra „Schuldtheorie“).

²⁵ Ausführlich: Freund AT § 4.

²⁶ Dazu das bei den sog. Schuldausschließungsgründen auf Fälle der Entschuldigung und umgekehrt zu beachten sind: Freund AT § 4 Rn. 6.

„Entschuldigungsgründe“

1. Notwehrexzess gem. § 33 StGB (Entschuldigungsgrund deshalb, weil die Vorschrift die Strafbarkeit ausschließt, obwohl tatbestandlich zu missbilligendes und nicht gerechtfertigtes personales Fehlverhalten vorliegt)

a. Überschreitung der Grenzen der Notwehr (Täter geht mit seiner Verteidigungshandlung über die Grenzen der Notwehr hinaus)

Unterscheidung: sog. intensiver (Überschreitung der Erforderlichkeitsgrenze) und sog. extensiver Notwehrexzess (Überschreitung der Gegenwärtigkeitsgrenze: str. ob § 33 StGB anwendbar)²⁷

b. Aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken

2. Entschuldigender Notstand § 35 StGB (echter Entschuldigungsgrund nur dann, wenn man zwar ein schuldhaftes personales Verhaltensunrecht bejaht, die Schuld jedoch nicht hinreichend gewichtig ist, so dass eine Bestrafung am hinreichenden Gewicht scheitert; dagegen kann § 35 StGB auch ein Schuldausschlussgrund sein, wenn der Betreffende im Rechtssinne tatsächlich ohne Schuld gehandelt hat: Das Ergebnis ist in beiden Fällen jedoch die Strafflosigkeit)

a. Notstandslage:

aa. **Gegenwärtige Gefahr**

Eine Gefahr für ein Rechtsgut liegt in Übereinstimmung mit § 34 StGB vor, wenn aufgrund tatsächlicher Umstände im Zeitpunkt der Notstandshandlung der Eintritt eines Schadens wahrscheinlich ist. Gegenwärtig ist die Gefahr, wenn die Weiterentwicklung den Eintritt oder die Intensivierung des Schadens ernstlich befürchten lässt, sofern nicht alsbald Abwehrmaßnahmen ergriffen werden.

bb. **Notstandsgüter: Leben, Leib oder Freiheit**

Unter Leben ist die physische Existenz zu verstehen. „Leib“ meint die körperliche Unversehrtheit. Freiheit ist nur die Fortbewegungsfreiheit i.S.v. § 239 StGB, nicht die allgemeine Handlungsfreiheit.

b. **Notstandshandlung:**

Notstandshandlung ist die Abwehr der gegenwärtigen Gefahr von sich oder einem Angehörigen oder einer anderen nahestehenden Person.

Die konkrete Abwehrhandlung muss das mildeste Mittel sein.

c. **Subjektive Elemente:** Täter muss Kenntnis der entschuldigenden Umstände (streitig: zusätzlich Verteidigungswillen) haben.

Sonderproblem: Nötigungsnotstand²⁸

Ein Nötigungsnotstand liegt vor, wenn der Täter von einem Dritten durch Gewalt oder Drohung mit einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit zu einem an sich strafbaren Verhalten genötigt wird. Fraglich ist hier, ob nicht schon eine Rechtfertigung nach § 34 StGB in Betracht gezogen werden kann. Beispiel: A bedroht B, er werde ihn erschießen, wenn B nicht die Fensterscheibe des C einschlägt.

²⁷ Schönke/Schröder/Lenckner § 33; Kühl Strafrecht AT § 12 Rn. 135 ff.

²⁸ Siehe zu den verschiedenen Auffassungen: Schönke/Schröder/Lenckner § 34 Rn. 41b mwN; Kühl AT § 8 Rn. 60, 127 ff, § 20 Rn. 62; Freund AT § 4 Rn. 50 f.

V. Unterlassen

Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen

Es gibt Verhaltensweisen, die sowohl Handlungs- als auch Unterlassungsmomente aufweisen. In der Literatur ist die Abgrenzung daher sehr umstritten, wobei dieser Streit nicht wirklich weiter führt. Einerseits kann man darauf abstellen, ob der Täter durch Einsatz von Energie einen Kausalverlauf in Gang setzt (=aktives Tun) oder von der Möglichkeit des Eingreifens keinen Gebrauch macht (=Unterlassen). Die h.M. knüpft zunächst an die Aktivität oder Inaktivität des Täters an. Bei ambivalenten Verhaltensweisen erfolgt dann aber eine normative Wertung: Die Frage, ob ein Begehungs- oder Unterlassungsdelikt vorliegt, soll sich nach dem sozialen Sinngehalt des Verhaltens oder dem "Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit" entscheiden. Vielfach wird in Schemata beim Unterlassungsdelikt eine Vorprüfung empfohlen, ob Tun oder Unterlassen vorliegt. Diese Prüfung ist jedoch überflüssig: Wenn die Abgrenzung problematisch ist, wird zunächst ein Begehungsdelikt angeprüft, geht das Delikt "durch" ist die Frage nach Tun oder Unterlassen entschieden. Scheitert die Prüfung, weil beispielsweise an ein aktives Tun nicht angeknüpft werden kann oder ein solches rechtlich nicht missbilligt war, wird als nächstes geprüft, ob dem Betreffenden ein „Unterlassen“ vorgeworfen werden kann.

Abgrenzung zwischen nichtbehebungsgleichen ("echten") und behebungsgleichen ("unechten") Unterlassungsdelikten

Bei den nichtbehebungsgleichen Unterlassungsdelikten erschöpft sich der Strafgrund allein im Verstoß gegen den Gedanken des Rechtsgüterschutzes. Die Verhaltensnorm, gegen die verstoßen worden ist, ruht bildlich gesprochen auf nur einer Säule (dem Rechtsgüterschutz). Nichtbehebungsgleiche Unterlassungsdelikte sind die unterlassene Hilfeleistung (§ 323c) oder die Nichtanzeige geplanter Straftaten (§ 138).

Im Gegensatz hierzu ist bei den behebungsgleichen Unterlassungsdelikten der Strafgrund ein doppelter: Neben dem Rechtsgüterschutz tritt die Sonderverantwortlichkeit (Garantenstellung) des Täters. Die Verhaltensnorm, gegen die verstoßen worden ist, ruht also auf zwei Säulen. Zunächst erscheint es so, als würde der besondere Teil des StGB nur aktives Tun erfassen. Hier stellt § 13 klar, dass die Taten auch durch Unterlassen begangen werden können.

Am besten merken kann man sich die Unterscheidung, indem man sich fragt: wird hier *jedermann* verpflichtet oder eben eine ganz bestimmte Person, weil diese „*sonderverantwortlich*“ ist. Bei der unterlassenen Hilfeleistung als nichtbehebungsgleiches Unterlassungsdelikt ist jedermann dazu verpflichtet, zu helfen, auch wenn man im Einzelfall nichts mit der hilfsbedürftigen Person oder dem Unglücksfall selbst zu tun hat.

Die Einstandspflicht für den Nichteintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolgs = die Sonderverantwortlichkeit (Garantenverantwortlichkeit)

Nach § 13 I StGB ist der Täter nur strafbar, wenn er „rechtlich dafür einzustehen hat, dass der tatbestandliche Erfolg nicht eintritt“. Diese Formel dient lediglich der Klarstellung. Die Frage, wann jemand rechtlich dafür einzustehen hat, ist damit nicht beantwortet und bedarf der näheren Konkretisierung:

Bei den behebungsgleichen Unterlassungsdelikten muss also begründet werden, warum der Täter eine Sonderverantwortlichkeit (Garantenstellung) inne hatte. Hierbei ist eine gewisse Systembildung hilfreich (wenn auch nicht zwingend!).

aa. Sog. „Beschützergaranten“

Hier bestehen besondere Schutzpflichten für bestimmte Rechtsgüter, diese *können* sich ergeben:

- aus besonderen Rechtssätzen: §§ 666, 1353, 1626, 1631, 1705, 1793, 1800 BGB
- aus **rechtlich fundierten Verhältnissen enger persönlicher Verbundenheit**, wie unter Ehegatten, Verwandten in gerader Linie, Geschwistern, Verlobten. Die Reichweite der Schutzpflichten ist von der Ausgestaltung der persönlichen Lebensbeziehung abhängig.
- aus anderen Lebens- oder Gefahrgemeinschaften, die **aufgrund ihrer Eigenart die Gefahr für gegenseitige Hilfe und Fürsorge in sozialtypischen Gefahrenlagen begründen**.
- aus freiwilliger Übernahme von Schutz und Beistandspflichten, aufgrund tatsächlicher Übernahme.
- aus der mit einem besonderen Pflichtenkreis verbundenen Stellung als Amtsträger oder Organ einer jur. Person.

bb. Sog. „Gefahrenquellengaranten“

Hier besteht eine Garantenstellung aufgrund der Verantwortlichkeit für bestimmte Gefahrenquellen, diese könne sich beispielsweise ergeben aus:

- **Verkehrssicherungspflichten**; derjenige, dessen Herrschaft Sachen Anlagen oder Tiere unterstehen, ist verpflichtet, die davon ausgehenden Gefahren zu kontrollieren und Schäden für Dritte abzuwenden,
- aus der **Pflicht zur Beaufsichtigung Dritter**, Bsp. Strafvollzugspersonal, Lehrer,
- aus einem **vorangegangenen (pflichtwidrigen = streitig!) Tun (Ingerenz)**, Die Garantenstellung aus Ingerenz ergibt sich, wenn der Pflichtige („durch ein objektiv pflichtwidriges Verhalten“)²⁹ eine nahe Gefahr für Rechtsgüter Dritter geschaffen hat und daher zur Abwendung des drohenden Erfolges und zu Rettungsmaßnahmen verpflichtet ist.³⁰

Kausalität beim Unterlassungsdelikt „Quasikausalität“

Anders als beim Begehungsdelikt kann bei der Unterlassungstat kein naturgesetzlicher Wirkzusammenhang festgestellt werden, denn das Phänomen der Unterlassung besteht darin, dass der Täter auf eine in Gang befindliche Kausalkette gerade keinen Einfluss genommen hat, obwohl die Rechtsordnung dies von ihm erwartet hat. Die *Conditio-Formel* wird deshalb abgewandelt: "Ursächlichkeit" liegt beim Unterlassungsdelikten vor, wenn die unterlassene Handlung *nicht hinzugedacht* werden kann, ohne dass der tatbestandsmäßige Schadenserfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfielen.

Dazu ist folgendes anzumerken: Genauso wie beim Begehungsdelikt ist die Kausalität notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung für die Bejahung der Strafbarkeit.

Entscheidend kommt es auch beim Unterlassungsdelikt daher auf eine tatbestandsmäßige Fehlverhaltensfolge an:

Es muss sich eine Schädigungsmöglichkeit realisieren, deren Nichtvermeiden tatbestandlich missbilligt war. Dass ist der Fall, wenn sich ein schadensträchtiger Verlauf ereignet, der durch richtiges Verhalten hätte vermieden werden können und sollen (= der von Rechts wegen kraft Sonderverantwortlichkeit vermieden werden musste).

Entsprechensklausel

Die Entsprechensklausel des § 13 I a.E. gewinnt insbes. Bedeutung bei den sogenannten verhaltensgebundenen Delikten, d.h. bei solchen Straftatbeständen, die besondere Handlungsweisen

²⁹ BGHSt 37, 106 ff (Lederspray-Entscheidung): der BGH meinte, dass trotz fehlender Sorgfaltspflichtverletzung ein objektiv pflichtwidriges gefahrbe gründendes Vorverhalten zu bejahen sei. Damit hat er zwar verbal am Pflichtwidrigkeitserfordernis festgehalten, es der Sache nach aber richtigerweise aufgegeben. Vgl. zur str. Problematik: Freund AT § 6 Rn. 67 ff.

³⁰ BGH NJW 1992, 3309; BGH NStZ 1998, 83, 84.

voraussetzen, etwa Heimtücke (§ 211), Zwang (§ 240), Täuschung (§ 263) etc. In solchen Fällen entspricht das Unterlassen dem positiven Tun nur, wenn es in gleichwertiger Weise die besonderen Handlungsmodalitäten verwirklicht, es also eine dem positiven Tun vergleichbare Prägung besitzt und damit in seinem sozialen Sinngehalt mit der Tatbestandshandlung des Begehungsdelikts übereinstimmt.

VI. Das Fahrlässigkeitsdelikt

Nach § 15 StGB ist nur vorsätzliches Handeln strafbar, wenn das Gesetz nicht fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht. Diese Einschränkung dient dazu, dem großen Unwertunterschied Rechnung zu tragen, der zwischen vorsätzlichem und fahrlässigem Fehlverhalten liegt. Insbesondere dann, wenn das fahrlässige Fehlverhalten spezifische Folgen hatte, sieht das geltende Recht jedoch durchaus auch eine strafrechtliche Reaktion vor.

Erscheinungsformen:

Bewusste Fahrlässigkeit: Der Täter weiß um die Möglichkeit der Verwirklichung eines Tatbestandes - vertraut aber pflichtwidrig darauf, dass der Erfolg ausbleiben wird.

Unbewusste Fahrlässigkeit: Der pflichtwidrig handelnde oder unterlassende Täter weiß nicht um die Möglichkeit des Erfolgeintritts bzw. der Tatbestandsverwirklichung. Diese Unterscheidung zwischen bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit ist nicht für die Qualifizierung eines Delikts als Fahrlässigkeitstat entscheidend. Sie spielt nur im Rahmen der Strafzumessung eine Rolle (§ 46 II StGB)

Leichtfertigkeit

In einigen Tatbeständen ist Leichtfertigkeit gefordert. Hierbei handelt es sich um eine gesteigerte Form der Fahrlässigkeit. Sie entspricht in etwa der groben Fahrlässigkeit des Zivilrechts. Die Anforderungen, die hieran zu stellen sind, können sich bei den Delikten unterscheiden (z.B. §§ 218 und 251 StGB).

Zweistufiger Aufbau der traditionellen Fahrlässigkeitslehre

Die traditionelle Lehre bestimmt das personale Verhaltensunrecht zweistufig. Zunächst wird im TB auf eine „objektive“ Sorgfaltspflichtverletzung abgestellt. Erst in der „Schuld“ wird dann untersucht, ob vom konkreten Täter normgerechtes Verhalten erwartet werden konnte. Umstritten ist im Rahmen dieser Lehre, inwieweit bestimmtes Sonderwissen und -können berücksichtigt werden muss.

Danach ergibt sich folgender traditioneller Aufbau (noch h.M.)

I) Tatbestand

- 1) **Eintritt des Erfolges durch die Handlung des Täters** (vgl. vorsätzliches Begehungsdelikt)
- 2) **Kausalität** i.S.d. Äquivalenztheorie
- 3) **„Objektive“ Sorgfaltspflichtverletzung**
„Objektiv“ sorgfaltswidrig handelt, wer die Sorgfalt außer Acht lässt, die ein gewissenhafter und besonnener Teilnehmer des entsprechenden Verkehrskreises wahren würde.

a) Inhalt der Sorgfaltspflicht

Sorgfaltspflicht bedeutet, dass der Pflichtige die aus dem konkreten Verhalten erwach-

senden Gefahren für das geschützte Rechtsgut erkennen und sich darauf richtig einstellen muss. Er ist somit verpflichtet, ausreichende Sicherheitsvorkehrungen zu treffen oder die gefährliche Handlung ganz zu unterlassen.³¹

b) Art und Maß der Sorgfaltspflicht

Art und Maß der anzuwendenden Sorgfalt ergeben sich aus den Anforderungen, die bei einer Betrachtung der Gefahrenlage *ex ante* an einen besonnenen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage und der sozialen Rolle des Handelnden zu stellen sind.³²

4) „Objektive“ Vorhersehbarkeit

Der Täter muss nicht nur „objektiv“ sorgfaltswidrig gehandelt haben, sondern ein Vorwurf erwächst erst bei **einer pflichtwidrigen Vernachlässigung der erforderlichen Sorgfalt unter gleichzeitiger Vorhersehbarkeit der Tatbestandverwirklichung**.

Die „objektive“ Vorhersehbarkeit liegt vor, wenn der wesentliche Kausalverlauf und der eingetretene Erfolg nicht so sehr außerhalb aller Lebenserfahrung liegen, dass mit ihm vernünftiger Weise nicht gerechnet zu werden brauchte.³³

5) „Objektive“ Zurechnung

„Objektiv“ zurechenbar ist der Erfolg, wenn sich gerade das rechtlich missbilligte Verhalten des Täters in tatbestandsspezifischer Weise in der verursachten Folge niederschlagen hat, deren Eintritt nach dem Schutzzweck der einschlägigen Norm vermieden werden sollte.

II) Rechtswidrigkeit

Hier bestehen an sich keine Besonderheiten zum vorsätzlichen Begehungsdelikt. Allerdings kann das Verhalten in einer Rechtfertigungssituation u.U. schon nicht als „fahrlässig“ zu qualifizieren sein; dann „schlägt“ der Rechtfertigungsgrund bereits auf den Tatbestandsbereich „durch“.

III) Schuld

Hier gilt derselbe Aufbau wie beim Vorsatzdelikt. Auf das Unrechtsbewusstsein i.w.S. (=Fahrlässigkeitsvorwurf) muss jedoch näher eingegangen werden. Hier ist an die **subjektive Sorgfaltspflichtverletzung** und bei fahrlässigen Erfolgsdelikten an die **subjektive Vorhersehbarkeit des wesentlichen Kausalverlaufs und des Erfolges** zu denken.

Eine **subjektive Sorgfaltspflichtverletzung** liegt vor, wenn der Täter im Hinblick auf seine individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse in der Lage gewesen wäre, die objektive Sorgfaltspflicht einzuhalten = **subjektive Vermeidbarkeit**³⁴

Darüber hinaus ist die **subjektive Vorhersehbarkeit** der besonderen Tatfolge einschließlich der des deliktstypischen Gefahrenzusammenhangs erforderlich.³⁵ Der Täter muss somit individuell in der Lage gewesen sein, den drohenden Schaden zu erkennen.

Einstufiger Aufbau der Fahrlässigkeitsdelikte (Freund und inzwischen viele andere)

Letztlich kommt es auf das personale Verhaltensunrecht des Betroffenen an und nicht auf das irgendeiner Maßstabsfigur. Der zweistufige Aufbau schafft deshalb nur "Scheinprobleme" -

³¹ Wessels/Beulke Rn. 668.

³² Wessels/Beulke Rn. 669.

³³ Wessels/Beulke Rn. 667a.

³⁴ Wessels/Beulke Rn. 692.

³⁵ BGH NStZ 1997, 81, 83.

"Wer zunächst diese Maßstabsfigur bildet, stellt gleichsam gedanklich nicht nur eine, sondern immer zwei Personen vor Gericht: eine aus Fleisch und Blut und einen Homunkulus". Für die Beurteilung des betreffenden Täters ist es jedoch irrelevant, wie sich ein theoretischer „objektiver“ Mensch verhalten hätte. Außerdem ist es bei ungewöhnlichen Fallkonstellationen nahezu unmöglich einen solchen Dritten sinnvoll zu bilden ("unter miserablen hygienischen Bedingungen notoperierender Krankenpfleger mit zittrigen Händen im abgeschnittenen Urwaldcamp"). Bei den sonst erst in der Schuld diskutierten Problemen, ob die Tat auch für den individuellen Täter vorhersehbar und vermeidbar war und gerade von ihm auch vermieden werden musste, handelt es sich richtigerweise nicht erst um ein Schuldproblem, sondern bereits um ein Problem des Unrechtstatbestands. Wenn von einer bestimmten Person in der konkreten Situation nicht erwartet werden konnte, sich anders als geschehen zu verhalten, dann darf man dieser Person auch nicht den Vorwurf machen, dass sie sich dennoch anders hätte verhalten müssen. Durch das einstufige Konzept geht sachlich nichts verloren. Im Gegenteil: wird zunächst generalisiert und erst in einem zweiten Schritt individualisiert, führt dies zwangsläufig zu einem unnötigen Umweg (und damit auch zu mehr Schreiarbeit z.B. in der Klausur).

VII. Das Vorsatzdelikt

§ 15 StGB legt fest, dass nur vorsätzliches Handeln strafbar ist, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht. Die Legitimation der strengen Bestrafung für Vorsatzdelikte ergibt sich aus einer *qualifiziert unwertigen* Entscheidung gegen das tatbestandlich geschützte Rechtsgut. Während der Fahrlässigkeitstäter eher ein „Schussel“ ist, hat sich der Vorsatztäter bewusst gegen die Geltungskraft einer rechtlichen Verhaltensnorm gestellt

Auf eine Legaldefinition des Vorsatzes hat der Gesetzgeber verzichtet. Im Wege des Umkehrschlusses lässt sich allerdings aus § 16 I ableiten, dass der vorsätzlich handelnde Täter **bei Begehung der Tat Kenntnis von allen Umständen haben muss, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören.**

Die herrschende Meinung geht über diese Auslegung hinaus: und sieht im Vorsatz den Willen zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände (Kurzformel: Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung). **Kritik:** Die Definition meint zwar das Richtige, ist aber ungenau: Der Täter „will“ regelmäßig keinen Tatbestand erfüllen. Siehe auch unten im Text.

Komponenten des Vorsatzes

1. Die Wissenskomponente (intellektuelles/kognitives Element)

Das intellektuelle Element des Vorsatzes erfordert, dass der Täter bei Begehung der Tat alle strafbegründenden und strafschärfenden Umstände des verwirklichten Straftatbestandes gekannt hat. Seine Vorstellung muss die konkrete Tat in ihren Grundzügen, die tatbestandsrelevanten Besonderheiten der Ausführungshandlung, den von ihm ins Auge gefassten Eintritt des tatbestandlichen Erfolges, den Kausalverlauf in seinen wesentlichen Umrissen sowie alle sonstigen Merkmale des „objektiven“ Unrechtstatbestandes umfassen (so die h.M.).³⁶

Diese Sichtweise ist zumindest ungenau: Niemand kann z.B. um den Eintritt des Erfolges wissen. Ansatzpunkt muss vielmehr sein, dass der Täter sein Verhalten als tatbestandsmäßig erkannt hat. Fehlende Kenntnis lässt sich im Vorsatzbereich nicht dadurch ersetzen, dass der Täter zu der entsprechenden Vorstellung hätte gelangen können. Andererseits kann Vorsatzwissen als aktuel-

³⁶ Siehe zB Wessels/Beulke Rn. 238.

le Kenntnis der Tatumstände in Gestalt eines sachgedanklichen Mitbewusstseins und eines ständig verfügbaren Begleitwissens vorliegen. Zeitlicher Bezugspunkt ist demnach der Tatzeitpunkt, in ihm muss der Vorsatz vollständig gegeben sein (Simultanitätsprinzip). Ferner wird für den Tatbestandsvorsatz nicht verlangt, dass der Täter den ihm bekannten Sachverhalt juristisch exakt subsumiert.³⁷ Bei Begriffen, die einen wahrnehmbaren Gegenstand beschreiben (sog. deskriptive Tatbestandsmerkmale) - z. B. Mensch, Sache, Wohnung -, muss der Täter eine hinreichende Vorstellung von diesen Gegenständen haben. Bei Begriffen, deren Inhalt nur im Wege einer ergänzenden Wertung festgestellt werden kann (sog. normative Tatbestandsmerkmale) - z.B. die "Fremdheit" einer Sache - muss der Täter zusätzlich zur Kenntnis der Tatsachen deren rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt nach Laienart richtig erfasst haben (= Parallelwertung in der Laiensphäre).

2. Das voluntative Element des Vorsatzes (Die „Wollenskomponente“)

Umstritten ist, ob neben dem intellektuellen Element noch ein voluntatives Element erforderlicher Bestandteil des Vorsatzes ist, und wenn ja, welche Voraussetzungen und Anforderungen an dieses Element zu stellen sind.

Eine Meinung³⁸ lehnt es hauptsächlich mit der Begründung ab, dass es ein gleichrangiges Nebeneinander von Wissen und Wollen nicht gäbe, weil jeder, der wissentlich handele, auch handeln wolle.³⁹ Bei einem richtig verstandenen Wissenselement sei hiernach das Wollenselement überflüssig.

Nach **h.M.**⁴⁰ kann dagegen auf das voluntative Element nicht verzichtet werden, da eine sachgerechte Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit anders nicht gewährleistet werden könne.

Dazu ist folgendes anzumerken: Gestritten wird hauptsächlich darüber, wie man das Gemeinte am Besten umschreibt und in Worte fasst.⁴¹ In der Sache ist man sich weitgehend einig: Welche Einstellung der Täter zur Tat hat (also ob er sich darüber freut oder nicht), ist irrelevant für die Frage der Verwirklichung des Tatbestandes. Wer weiß, dass sein Verhalten, eine bestimmte Folge haben wird (oder haben kann!) und dennoch handelt, wird schwerlich behaupten können, er habe es nicht gewollt.⁴² Abzustellen ist also besser auf die konkrete Wissensbasis des Täters (Wer riskant, überholt, weiß, um die *abstrakte Möglichkeit* eines Unfalls, geht aber davon aus, dass gerade in diesem Moment (im „Tatzeitpunkt“) kein anderes Auto kommen wird, hat also in der Regel keinen Vorsatz für ein Körperverletzungs- oder Tötungsdelikt.).⁴³ In jedem Fall sollte der Schwerpunkt der Prüfung auf dem Wissenselement liegen!

³⁷ Bsp: Auch wenn der Täter nicht weiß, daß man an einem Tier eine Sachbeschädigung iSd § 303 StGB vornehmen kann, weil er dachte, ein Tier sei keine Sache iSd § 303 StGB, ist er trotzdem strafbar. Derartige Subsumtionsirrtümer sind unbeachtlich und schließen den Vorsatz nicht aus. Entscheiden kommt es darauf an, dass er *in Kenntnis* der Umstände handelte, die zur Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestand gehörte: Also dass der Hund in fremden Eigentum stand und man fremdes Eigentum nicht zerstören oder beschädigen darf.

³⁸ Vgl. Herzberg, in: JZ 1988, 573; Kindhäuser, in: ZStW 108 (1996), 1 ff..

³⁹ **Lies dazu** Freund AT § 7 Rn 55.

⁴⁰ Wessels/Beulke Rn. 205.

⁴¹ Freund AT § 7 Rn. 54 ff; Frisch GS Karlheinz Meyer, S. 533, 536 ff, 545 ff.

⁴² Hier nur sehr kurz dargestellt: lies deshalb zum besseren Verständnis: Freund AT § 7 Rn 55.

⁴³ Zu diesem Beispiel Freund AT § 7 Rn 60.

Die Vorsatzformen

Die hM benötigt ein voluntatives Vorsatzelement, um unterschiedliche Vorsatzformen abgrenzen zu können. Relevant wird dies regelmäßig erst bei der Abgrenzung zur „bewussten Fahrlässigkeit“.

1. Die Absicht (dolus directus 1. Grades)

„Absicht“ liegt vor, wenn beim Täter das **voluntative Element** im Mittelpunkt steht. Dem Täter kommt es also gerade darauf an, den Eintritt des Erfolges herbeizuführen. In diesem Zusammenhang ist es ohne Bedeutung, ob sich der Betreffende die Tatbestandsverwirklichung als sicher oder nur als möglich vorstellt.

2. Der direkte Vorsatz (dolus directus 2. Grades)

Im Gegensatz zur Absicht überwiegt beim direkten Vorsatz das "Wissenselement". Das heißt, der Täter weiß oder sieht als sicher voraus, dass seine Handlung den tatbestandlichen Erfolg verwirklichen wird und handelt dennoch willentlich. Ohne Bedeutung ist es wenn dem Täter die eine oder andere Auswirkung seines Tuns "an sich unerwünscht" ist.

3. Der Eventualvorsatz (dolus eventualis)

Eventualvorsatz ist anzunehmen, wenn der Täter den tatbestandlichen Erfolg ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet. Hierbei handelt es sich um die "Grundform" des Vorsatzes. Ist im Gesetz keine besondere Vorsatzform gefordert, ist immer Eventualvorsatz ausreichend. Äußerst umstritten ist die Abgrenzung des dolus eventualis von der bewussten Fahrlässigkeit

- Abgrenzung auf der intellektuellen Ebene (Wissensebene): Theorie ohne Einbeziehung eines voluntativen Vorsatzelementes:

a. Wahrscheinlichkeitstheorie

Die Wahrscheinlichkeitstheorie nimmt dolus eventualis nur dann an, wenn der Täter die Rechtsgutsverletzung für wahrscheinlich gehalten hat.

Kritik: Das Kriterium der Wahrscheinlichkeit im Täterbewusstsein ist untauglich, weil auch der subjektiv wenig wahrscheinliche Erfolg vom Vorsatz umfasst sein kann und der Grad der Wahrscheinlichkeit höchstens ein Indiz für das Inkaufnehmen der Tatfolgen sein kann.⁴⁴

b. Möglichkeitstheorie

Nach der Möglichkeitstheorie liegt schon dann dolus eventualis vor, wenn der Täter die konkrete Möglichkeit der Rechtsgutsverletzung erkannte und trotzdem gehandelt hat. (abgestellt wird hierbei also auf das Wissenselement!)

Kritik: Der Vorsatz wird zu weit in den Bereich der bewussten Fahrlässigkeit ausdehnt, weil nicht beachtet wird, welche Erwägungen den Täter zum Durchhalten des Handlungsentschlusses bestimmt haben (zB gefährliches Überholen, um schneller ans Ziel zu kommen).

c. Anmerkung:

Stellt man streng auf die psychologische Wissensbasis bezüglich des anvisierten Handlungsprojektes im Tatzeitpunkt ab, lässt sich sehr wohl eine Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit vornehmen: Der konkrete Wissenshorizont des rasanten Autofahrers ist im Zeitpunkt des gefährlichen Überholens darauf gerichtet, dass kein anderes Au-

⁴⁴ Wessels/Beulke Rn. 218.

to kommen wird! Hiervon lässt sich die Frage abschichten, ob er abstrakt die Möglichkeit eines anderen Autos hätte erkennen können.⁴⁵

- Abgrenzung auf der voluntativen Ebene mit Hilfe der **Einwilligungs- oder Billigungstheorie**: (Theorie unter Einbeziehung eines voluntativen Vorsatzelementes)

Die herrschende Einwilligung- oder Billigungstheorie, die zumeist in der Rechtsprechung vertreten wird, verlangt für die Bejahung des dolus eventualis, dass der Täter den für den möglich gehaltenen Erfolg (intellektuelles Moment) „**gebilligt**“ oder „**billigend in Kauf**“ genommen hat (voluntatives Element). Dies gilt auch dann, wenn ihm der Erfolg höchst unerwünscht war, er aber er aber an der Verfolgung seines unmittelbaren Ziels um jeden Preis festhält.⁴⁶

Am einfachsten kann man sich dies mit **der sog. Frank'schen Formel** merken:

Sagt der Täter sich „**na wenn schon**“, dann soll Eventualvorsatz gegeben sein. Sagt sich der Täter hingegen, „**es wird schon gut gehen**“, dann soll bewusste Fahrlässigkeit gegeben sein.

4. Abgrenzung zur Fahrlässigkeit

a. Die bewusste Fahrlässigkeit

Bewusst fahrlässig handelt derjenige, der es für möglich hält, den gesetzlichen Tatbestand zu verwirklichen aber dennoch pflichtwidrig darauf vertraut, dass der Erfolg nicht eintreten wird.

Für die Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit (luxuria) ist entscheidend, dass der Täter den Erfolg in beiden Fällen für möglich hält, aber hier darauf vertraut, dass es schon gut gehen wird (Bsp. Im Straßenverkehr die Regel, auch bei riskanten Überholmanövern)

b. Die unbewusste Fahrlässigkeit

Unbewusst fahrlässig handelt derjenige, der die Möglichkeit des Erfolgseintritts **nicht** kennt, diese aber nach den Umständen des Falls und nach seinen persönlichen Fähigkeiten hätte erkennen können und vermeiden müssen.

c. Die Leichtfertigkeit (zB in § 251 StGB)

Leichtfertig handelt, wer die gebotene Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt. Wer es versäumt, die individuellen Fähigkeiten im Bereich des tatbestandsmäßigen Verhaltens zu berücksichtigen, muss spätestens im Bereich der Schuld auf die konkreten Fähigkeiten des Täters abstellen (das Recht darf von uns nichts verlangen, wozu wir nicht fähig waren).

⁴⁵ Vgl. dazu Freund AT § 7 Rn. 68.

⁴⁶ Vgl. BGHSt 7, 363 ff (Lederriemen-Fall): mit dieser Argumentation wird zwar formal am voluntativen Element festgehalten, der Sache nach wird es jedoch nicht immer ernsthaft angewendet. Letztlich wird also auch hier lediglich ein Handeln oder Unterlassen bei zutreffender Einschätzung der Sachlage verlangt: Freund AT § 7 Rn. 69.

Der Tatbestandsirrtum und seine Abgrenzung⁴⁷

§ 16 schließt bei einem Irrtum über einen Umstand, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, den Vorsatz aus. Ein solcher Irrtum kann sowohl auf der Unkenntnis als auch auf einer Fehlvorstellung des Täters beruhen. (Im Gegensatz hierzu fällt der Vorsatz nicht weg, wenn der Täter sich zu seinen Ungunsten irrt und einen Tatumstand annimmt, der in Wirklichkeit nicht vorliegt. Dieser "umgekehrte Tatbestandsirrtum" führt ggf. zur Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs iSd. §§ 22, 23 III (zur Klarstellung: die Frage der Vorsatztat muss getrennt werden von der Frage der *vollendeten* Vorsatztat: wegen der Untauglichkeit des Tatobjekts kann die Tat regelmäßig nicht zur Vollendung gelangen. Dennoch handelte der Täter vorsätzlich. (Bsp. Jemand schießt auf sein eigenes Spiegelbild in der irrigen Annahme, es handele sich um seinen Erzfeind⁴⁸))

I) Irrtum über das Handlungsobjekt (= error in persona vel objecto)

Von einem Irrtum über das Handlungsobjekt spricht man bei Fehlvorstellungen, die sich auf die Identität oder sonstige Eigenschaften des Tatobjekts oder der betroffenen Person beziehen. Nach § 16 I 1 wirkt sich ein solcher Irrtum auf den Vorsatz nur dann aus, wenn es aus der Sicht des Handelnden an der tatbestandlichen Gleichwertigkeit zwischen dem vorgestellten und dem tatsächlich angegriffenen Objekt fehlt.⁴⁹ Sind die Objekte, um die es nach der Sachverhaltsvorstellung des Handelnden geht, dagegen tatbestandlich gleichwertig, so ist die Objektsverwechslung für die Strafbarkeit des Irrenden ohne Bedeutung, weil Bezugspunkte des Vorsatzes nur die äußeren Tatumstände, nicht aber die mit der Tat verbundenen Beweggründe oder Fernziele sind.⁵⁰ (Bsp: Schuss auf A, der mit B verwechselt wird. § 212 verbietet das Töten von Menschen nicht bloß von B!)

II) Fehlgehen der Tat (= aberratio ictus)

Ein Fehlgehen der Tat wird dann angenommen, wenn der Täter mit seiner Handlung nicht das anvisierte Objekt, sondern ein anderes Objekt trifft. Im Unterschied zur Objektsverwechslung sind hier Angriffs- und Verletzungsobjekt verschieden: Die gewollte Verletzung bleibt aus, während der tatsächlich eingetretene Verletzungserfolg nicht gewollt ist. In diesen Fällen kommt nach h.M. hinsichtlich der beabsichtigten Tat am Zielobjekt nur Versuch und hinsichtlich der ungewollten versehentlichen Verletzung des Zweitobjekts nur eine Fahrlässigkeitstat in Betracht.⁵¹ (Nach anderer Ansicht⁵² sei in den Fällen des aberratio ictus wegen vorsätzlichem vollendeten Delikts zu bestrafen, da nach § 16 eine Individualisierung des Tatobjekts nicht erforderlich sei und ein genereller Vorsatz der Tatbestandsverwirklichung für die Strafbarkeit ausreiche. Kritik: Hat der Täter eine Objektsindividualisierung vorgenommen und damit seinen Vorsatz konkretisiert, darf ihm nicht ein davon zu unterscheidender genereller Vorsatz unterstellt werden. Denn entscheidend sei allein, ob der Täter seine konkrete Vorstellung von der Tat im Wesentlichen verwirklicht hat.)

III) Irrtum über den Kausalverlauf

Auch hier ist wieder zu trennen zwischen der Vorsatztat und der *vollendeten* Vorsatztat.⁵³ Irrtümer über den Kausalverlauf bereiten keine Probleme des *vorsätzlichen Verhaltens* sondern allen-

⁴⁷ Vgl die Beispiele bei Freund AT § 7 Rn. 73 ff.

⁴⁸ Freund AT § 7 Rn. 82.

⁴⁹ Wessels/Beulke Rn. 247; Freund AT § 7 Rn 74 ff.

⁵⁰ Wessels/Beulke Rn. 249.

⁵¹ Wessels/Beulke Rn-250, 252 f; Freund AT § 7 Rn. 84 ff.

⁵² Vgl. zu dieser Gegenauffassung: Löwenheim JuS 1966, 310, 312 ff; Puppe GA 1981, 1 ff; dies. JZ 1989, 728, 730.

⁵³ Freund AT § 7 Rn. 88.

falls wegen Bestrafung wegen *vollendeter* Vorsatztat.⁵⁴ Für eine vollendete Vorsatztat muss das, was sich ereignet, spezifische Folge gerade des vorsätzlich-tatbestandmäßigen Verhaltens sein = es muss Ausdruck der qualifizierten personalen Fehlleistung des vorsätzlich Handelnden oder Unterlassenden sein.

Für eine vollendete Vorsatztat muss der Tatbestandsvorsatz auch den Kausalverlauf in seinen wesentlichen Grundzügen erfassen. Nach überwiegender Auffassung sind Abweichungen zwischen dem vorgestellten und dem wirklichen Kausalverlauf dann für die Bewertung des Tatbestandsvorsatzes ohne Bedeutung, wenn sie sich noch in den Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorsaussehbaren halten und keine andere Bewertung der Tat rechtfertigen.⁵⁵ Im Jauchegruben-Fall kommt die Lehre vom "unwesentlichen Abweichen des Kausalverlaufs" demnach zu einer Bejahung des Vorsatzes. Zu einem anderen Ergebnis gelangt man, wenn man als Bezugspunkt für den Vorsatz die normativ zu ermittelnde Gefahr nimmt, die - vorsätzlich - durch die Tat geschaffen wird. So umfasst die Gefahr eines Schusses in Richtung Herz auch die Möglichkeit eines Kopftreffers. Beide Erfolge sind gleichwertig, es kommt für den Vorsatz nur auf die allgemeine Möglichkeit eines tödlichen Treffers an. Nicht erfasst wird hingegen das Ertrinken beim Beseitigen der "Leiche", die zuvor "erstickt" wurde. Denn die Todesherbeiführung ist nach Lage des Falles gerade nicht als Realisierung der spezifischen Gefährlichkeit vorsätzlichen vollendeten Tötungsverhaltens zu begreifen.⁵⁶

VIII. Das Versuchsdelikt

Da der Versuch ein notwendiges Durchgangsstadium zur Vollendung des Delikts ist, kann ihm eine eigenständige strafrechtliche Bedeutung zukommen, wenn die Vollendung der Tat nicht eingetreten ist oder die Zurechnung des Erfolges entfällt.

Zunächst muss der Versuch des fraglichen Delikts überhaupt strafbar sein. Aus § 23 I StGB ergibt sich, dass der Versuch eines **Verbrechens** stets strafbar ist, der eines **Vergehens** nur dann, wenn es das Gesetz ausdrücklich vorschreibt (Bsp. § 242 II StGB). Die Unterscheidung von Verbrechen und Vergehen ergibt sich aus § 12 StGB.

Strafgrund des Versuchs:

Nach der (wohl herrschenden) Eindruckstheorie ist Strafgrund des Versuchs die Betätigung des rechtsfeindlichen Willens und ihr rechtserschütternder Eindruck in der Allgemeinheit. Während die Strafe beim Vollendungsdelikt eine Reaktion auf die Verletzung realer Rechtsgüter sein soll, wird beim Versuch eher ein ideelles Rechtsgut als beeinträchtigt angesehen.

Hiergegen wird (u.a. von Freund) eingewandt, dass der Strafgrund beim Versuch der gleiche ist, wie bei der Vollendung: Beide Male geht es um die angemessene Reaktion auf einen Normbruch zur Beseitigung der Gefahr eines Normgeltungsschadens.⁵⁷

I) Tatbestand (KEINE Vorprüfung mit der Feststellung, dass der Versuch strafbar ist!!!)

1) „Tatentschluss“

In der Regel handelt es sich bei der Strafbarkeit wegen Versuchs um „vorsätzliche Versuchstatbestände“. Innerhalb des sog. „Tatentschlusses“ wird daher meist nicht genügend differenziert zwischen der tatbestandlichen Verhaltensmissbilligung und der davon unabhängigen Vorsatzproblematik⁵⁸:

⁵⁴ Vgl Freund AT § 7 Rn. 109 ff.

⁵⁵ Wessels/Beulke Rn. 262 ff.

⁵⁶ Freund AT § 7 Rn. 115 ff, insb. 143.

⁵⁷ Freund AT § 8 Rn. 9 ff.

⁵⁸ Freund AT § 8 Rn 4 f.

Der Tatentschluss muss zunächst ein Vorhaben (iS eines Handlungs- oder Unterlassungsprojekts) ergeben, das im Falle seiner Ausführung ein entsprechend *tatbestandlich zu missbilligendes Verhalten* darstellt.

Darüber hinaus muss derjenige, der solches vor hat, insoweit auch noch in antizipierter Form die Anforderungen an ein *vorsätzlich-tatbestandsmäßiges Verhalten* erfüllen.

a) Untauglicher Versuch

Hat der Täter in seinem Tatentschluss irrige Vorstellungen über die Tauglichkeit des Tatsubjekts, des Tatobjekts oder des Tatmittels aufgenommen, liegt ein sog. untauglicher Versuch vor.

Beim untauglichen Versuch stellt sich der Täter irrig eine Sachlage vor, die, bei deren wirklichen Vorliegen, einen Straftatbestand erfüllen würde. (= umgekehrter Tatbestandsirrtum)

Die grundsätzliche Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ist heute allgemein anerkannt und ergibt sich aus § 22 StGB und dem Umkehrschluss aus § 23 III StGB. In den Fällen des untauglichen Versuchs handelt es sich um unbeachtliche Tatbestandsirrtümer, die nicht den Vorsatz gem. § 16 I StGB entfallen lassen, sondern die Strafbarkeit des Versuchs wegen seiner Eigenart begründen. daher kann man von umgekehrten Tatbestandsirrtümern sprechen.

Besonderheiten:

- Hat der Täter aus grobem Unverstand verkannt, dass sein Verhalten zum Versuch einer Straftat führen würde, so kann das Gericht von Strafe absehen oder die Strafe mildern, § 23 III. Bsp. Jemand glaubt mit einer Schreckschusspistole ein Flugzeug abschießen zu können.
- Ein zweiter Ausnahmefall ist der **abergläubische Versuch**. Dort versucht der Täter zwar einen Tatbestandserfolg herbeizuführen, aber mit unrealen Mitteln, die der menschlichen Verfügungsgewalt entzogen sind. Bsp. Verhexen, den Tod herbeiwünschen, etc.

b) Das Wahndelikt

Vom untauglichen Versuch abzugrenzen ist das straflose Wahndelikt.

Bei einem Wahndelikt geht der Täter irrtümlich davon aus, dass er einen Straftatbestand verwirklicht, der jedoch nur in seiner Einbildung existiert, bzw. den er infolge falscher Auslegung zu seinen Ungunsten überdehnt hat.

Beispiele⁵⁹:

- Der vom Täter angenommene Straftatbestand existiert gar nicht (Lehrbuchbeispiel: Ein Mann glaubt, Ehebruch sei strafbar.
- Der tatsächlich existierende Tatbestand wird vom Täter nicht verwirklicht. Er glaubt aber, er sei erfüllt. Er überdehnt ein normatives Tatbestandsmerkmal. (Bsp. Der Angeklagte, der irrig davon ausgeht, bei einer Lüge vor Gericht die Voraussetzungen der Falschaussage gem. § 153 StGB zu verwirklichen.)

2) Unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung⁶⁰

Das Gesetz fordert, dass der Täter nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Verwirklichung der Tat ansetzt. Problematisch ist hier die Abgrenzung zur reinen Vorbereitungshandlung, die sich noch im Vorfeld der eigentlichen Tatbestandshandlung bewegt:

⁵⁹ Siehe auch die Bsp. bei Freund AT § 8 Rn. 34 ff.

⁶⁰ Freund AT § 8 Rn. 39 ff.

Das unmittelbare Ansetzen ist zunächst gegeben, wenn der Täter bereits mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung begonnen hat, bzw. wenn bereits ein Tatbestandsmerkmal erfüllt ist.⁶¹

Unmittelbares Ansetzen vor einer Teilverwirklichung des tatbestandsmäßigen Verhaltens.⁶²

- Nach der älteren **formal-objektiven Theorie** liegt das unmittelbare Ansetzen mit dem Beginn der tatbestandlichen Ausführungshandlung vor.
- Die **materiell-objektive Theorie** stellt auf den Zeitpunkt ab, indem eine unmittelbare Gefährdung des geschützten Handlungsobjektes eintritt.
- Die **subjektive Theorie** hebt nicht auf das objektive Geschehen, sondern allein auf das Vorstellungsbild des Täters ab.
- Nach der herrschenden **gemischt objektiv-subjektiven Theorie** liegt ein unmittelbares Ansetzen immer dann vor, wenn das Verhalten des Täters nach dessen Gesamtplan (subjektives Element) so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft ist, dass es bei ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Verwirklichung des gesamten Tatbestandes führen soll (objektives Element). Eine bloße Vorbereitungshandlung soll demgegenüber vorliegen, wenn der Täter etwas tut, dass die Ausführung der Tat nur ermöglichen oder erleichtern soll, z.B. Besorgen von Tatwerkzeugen.

Die Frage ist bei diesen Theorien jedoch, ob sie der Sache nach wirklich weiterhelfen. Siehe dazu: Freund AT § 8 Rn. 57 ff.

Problematisch ist auch die Abgrenzung zur reinen Vorbereitungshandlung, die sich noch im Vorfeld der eigentlichen Tatbestandshandlung bewegt. Dabei werden bezüglich der Unmittelbarkeit des Ansetzens auf der Grundlage der herrschenden gemischt objektiv-subjektiven Theorie wiederum verschiedene Ansätze vertreten:

- Die **Gefährdungstheorie** stellt auf den Zeitpunkt ab, bei dem das betroffene Rechtsgut aus der Sicht des Täters bereits unmittelbar gefährdet ist.
- Nach der **Sphärentheorie** führt die zeitliche Nähe und die räumliche Beziehung des Täters zur Tatbestandsverwirklichung zur Unmittelbarkeit des Ansetzens.
- Nach der herrschenden **Zweiakttheorie** ist das Ansetzen dann unmittelbar, wenn zwischen der schon entwickelten Tätigkeit und der eigentlichen Tatbestandshandlung keine wesentlichen Zwischenakte mehr vorliegen.
- Die Rsp. schließt sich im Grunde der Zweiakttheorie an, wobei Kriterien der anderen Ansätze einfließen. Hiernach ist das Ansetzen unmittelbar, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „jetzt geht's los“ überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Ausführungshandlung ansetzt, in dem sein Tun ohne weitere Zwischenschritte in die Erfüllung des Tatbestandes übergeht.

II) Rechtswidrigkeit und hinreichende Schuld

III) Rücktritt vom Versuch

§ 24 StGB eröffnet dem Täter strafbefreiend vom Versuch zurückzutreten, solange der Erfolg noch nicht eingetreten ist.

⁶¹ Zu problematischen Fällen des „Anfangs des beendeten Versuchs“ siehe Freund AT § 8 Rn. 39 ff.

⁶² Zu den verschiedenen Theorien Freund AT § 8 Rn. 53 ff.

Ratio des Rücktrittsprivilegs:

Teils meint man, durch die Strafbefreiung bei einem Rücktritt vom Versuch, solle dem Versuchstäter eine „goldene Brücke zum Rückzug“ gebaut werden und damit der Vollendung von Straftaten entgegengewirkt werden.⁶³

Kritik: In den meisten Fällen denkt der Täter beim Versuch gar nicht an die strafrechtlichen Folgen und oftmals weiß er noch nicht einmal, dass er sich Straffreiheit verschaffen kann, wenn er seine weitere Tatausführung aufgibt.⁶⁴

Eine sachliche Begründung versucht u.a. Freund zu geben⁶⁵:

Ausgangspunkt ist der Strafgrund der Versuchsstrafbarkeit: die in der Versuchtat zu erblickende Infragestellung der Geltungskraft der übertretenen Verhaltensnorm. Die Bestrafung hat die Funktion, die sonst drohende Gefahr eines Normgeltungsschadens durch deutlichen Widerspruch gegenüber dem Normbruch des (Versuchs-)täters zu beseitigen.

Dessen bedarf es nicht mehr, wenn der Versuchstäter bereits selbst den rechtzerschütternden Eindruck hinreichend kompensiert, indem er durch sein Rücktrittsverhalten letztlich doch die zunächst übertretene Verhaltensnorm uneingeschränkt anerkennt und dies auch hinreichend manifestiert.

Der Rücktritt setzt zunächst voraus, dass die Tat noch nicht vollendet ist, und die Tat aus der Sicht des Täters überhaupt noch vollendbar ist. Daran fehlt es bei einem fehlgeschlagenen Versuch.

Fehlgeschlagen ist der Versuch dann, wenn die zur Tatausführung vorgenommene Handlung ihr Ziel nicht erreicht oder der Täter erkannt hat, dass er den Erfolg mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht oder nicht ohne erhebliche zeitliche Zäsur herbeiführen kann. In diesem Zusammenhang streiten Einzelakts- und Gesamtbetrachtungslehre über die näheren Einzelheiten der noch nicht fehlgeschlagenen (rücktrittsfähigen) Versuchstat.⁶⁶ (wichtiges Klausurproblem!)

Nach § 24 I 1 muss zwischen beendetem und unbeendetem Versuch unterschieden werden.

1) Rücktritt vom unbeendetem Versuch

Unbeendet ist der Versuch (§ 24 I 1, 1. Alt.), wenn der Täter noch nicht alles getan zu haben glaubt, was nach seiner Vorstellung von der Tat zu ihrer Vollendung notwendig ist.

Gibt der Täter die weitere Tatausführung freiwillig auf, kommt ihm das für den strafbefreienden Rücktritt zugute. Aufgeben bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Täter aufgrund eines Gegenentschlusses von der Realisierung des Tatbestandes Abstand nimmt.

Dies muss auch **freiwillig** geschehen. Dies ist dann anzunehmen, wenn der Täter aus autonom bestimmten Motiven zum Rücktritt bewegt wird. Freiwillig handelt aber auch derjenige, der den Anstoß zu seinem Rücktritt von außen bekommt, aber dennoch „Herr“ seiner Entschlüsse bleibt.

Unfreiwillig handelt dagegen der, der durch heteronom bestimmte Motive (durch vom Willen des Täters unabhängige Hinderungsgründe) zur Aufgabe weiterer Ausführungshandlungen veranlasst wird.

⁶³ RGSt 73, 52, 60; Puppe NStZ 1984, 488, 490.

⁶⁴ BGHSt 9, 48, 52.

⁶⁵ Freund AT § 9 Rn. 16 mwN.

⁶⁶ Näher dazu Freund AT, § 9 Rn 22 ff. m.w.N.

2) Rücktritt vom beendeten Versuch

Beendet ist der Versuch (§ 24 I 1, 2. Alt.) dann, wenn der Täter alles getan zu haben glaubt, was nach seiner Vorstellung von der Tat zur Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolges notwendig oder möglicherweise ausreichend ist.

Verhinderung der Vollendung (§ 24 I 1, 2. Alt.):

Im Gegensatz zum unbeendeten Versuch genügt für den Rücktritt vom beendeten Versuch nicht das schlichte Unterlassen der weiteren Tatausführung, sondern es ist vielmehr erforderlich, dass der Täter die Vollendung der Tat **aktiv verhindert**. Mit aktiver Verhinderung der Vollendung ist gemeint, dass der Täter mindestens eine neue Kausalkette in Gang gesetzt haben muss, die für das Ausbleiben des Erfolges mitursächlich geworden ist.

Ernsthaftes Bemühen nach § 24 I 2:

Ein ernsthaftes Bemühen als Ausdruck einer bewussten und gewollten Umkehrung des in Bewegung gesetzten Kausalgeschehens liegt vor, wenn der Täter alles tut, was aus seiner Sicht zur Abwendung des Drohenden Erfolges notwendig und geeignet ist. Mit erkennbar unzureichenden Maßnahmen darf er sich nicht begnügen.

Die **Freiwilligkeit** beurteilt sich nach denselben Kriterien wie beim unbeendeten Versuch.

IX. Täterschaft und Teilnahme

Sind an einer Straftat mehrere beteiligt, stellt sich die Frage nach der jeweiligen Strafbarkeit. Für die Beantwortung der Frage ergeben sich prinzipiell zwei Möglichkeiten.

Die erste sieht jeden Beteiligten, der einen kausalen Beitrag geleistet hat, unabhängig von der Bedeutung seines Beitrages als Täter an. Dieses Prinzip der Einheitstäterschaft⁶⁷ nimmt also keine Differenzierung auf der Tatbestandsebene vor, sondern berücksichtigt die jeweilige Schwere des Tatbeitrages in der Rechtsfolge, d.h. dem Strafraum. Diesen Weg ist der Gesetzgeber bei den **Fahrlässigkeitsdelikten** gegangen.

Die zweite Möglichkeit besteht darin, bereits im Tatbestand bezüglich der Strafbarkeit der einzelnen Beteiligten zu unterscheiden. Danach wird der jeweilige Tatbestand des besonderen Teils durch eine Beteiligungsnorm modifiziert. Diesen Weg ist der Gesetzgeber bei den **Vorsatzdelikten** gegangen. Aus diesen Überlegungen heraus ergibt sich die Notwendigkeit, die Täterschaft von der Teilnahme abzugrenzen und dann innerhalb der Täterschaft und Teilnahme deren unterschiedliche Erscheinungsformen zu bestimmen.

⁶⁷ Kühl AT, § 20 Rn 8 ff.; Wessels/Beulke AT, Rn 506; Freund AT, § 10 Rn 25 ff.

A. Die Struktur von Täterschaft und Teilnahme: Beteiligungsformen

Beteiligter (Vgl. § 28 II StGB)	Täter	Alleintäter	Unmittelbarer Alleintäter (§ 25 I 1. Alt. StGB)
			Mittelbarer Alleintäter (§ 25 I 2. Alt. StGB)
			Nebentäter
	Teilnehmer		Mittäter (§ 25 II StGB)
			Anstifter (§ 26 StGB)
		Gehilfen (§ 27 StGB)	

B. Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme

Ein Abgrenzungsproblem zwischen Täterschaft und Teilnahme stellt sich nur bei Delikten, bei denen jedermann Täter sein kann.

Keine Probleme gibt es demnach bei den eigenhändigen Delikten (z.B. den Aussagedelikten). Hier ist allein die Eigenhändigkeit der Tatausführung maßgeblich. Wer die Tathandlung nicht selbst vornimmt, kann nicht Täter, sondern lediglich Teilnehmer oder Gehilfe sein.

Bei den sogenannten Pflichtdelikten, deren Tatbestand eine besondere Pflichtenstellung (z.B. Amtsdelikte, Untreue, usw.) voraussetzt, hängt die Möglichkeit der Täterschaft von der Verletzung dieser tatbestandsspezifischen Sonderpflicht durch den Handelnden oder Untätigbleibenden ab.

In Einzelheiten ist die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme sehr umstritten. Es haben sich im wesentlichen folgende Theorien herausgebildet.

- Früher wurde vor allem die *formal objektive Theorie* vertreten.⁶⁸ Zu Unrecht wird sie heute als überholt angesehen. Hiernach ist nur Täter, wer die Tat ganz oder teilweise selbst ausführt. Teilnehmer ist dagegen, wer zur Verwirklichung des Tatbestandes nur durch Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlungen beiträgt.
 - o **Kritik:** die formal obj. Theorie könne die mittelbare Täterschaft und gewisse Fälle des im Hintergrund bleibenden Bandenchefs nicht erklären.⁶⁹
 - o Zur **Gegenkritik** wiederum: Freund AT § 10 Rn. 36 f.
- Von der Rechtsprechung wird heute die *sog. subjektive Theorie* vertreten. Hiernach ist Täter, wer mit **Täterwillen (Animus auctoris)** handelt und die Tat als „**eigene**“ will. Teilnehmer ist hingegen, wer mit **Teilnehmerwillen (Animus socii)** handelt und die Tat als „**fremde**“ veranlassen oder fördern will.
 - o **Kritik:** Bestimmte Gedanken sind kein taugliches Kriterium für die tatbestandliche Missbilligung eines Verhaltens. Darüber hinaus führt die subj. Theorie oft zu beliebigen Ergebnissen.⁷⁰
- In der Literatur hat sich im Rahmen einer materiell-objektiven Betrachtungsweise die **Lehre von der Tatherrschaft** durchgesetzt. Tatherrschaft in diesem Sinne bedeutet „das

⁶⁸ Freund AT § 10 Rn. 35.

⁶⁹ Wessels/Beulke AT (31. Aufl) Rn. 511; Kühl AT 2. Aufl. § 20 Rn. 24.

⁷⁰ Zur Kritik zB Kühl AT 4. Aufl. § 20 Rn. 23; Lackner/Kühl § 25 Rn. 1; Freund AT § 10 Rn. 40 f

vom Vorsatz umfasste In-Den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufs“. Der als Täter in Betracht Kommende ist die Zentralgestalt des tatbestandlichen Geschehensablauf. Er besitzt planvoll lenkende oder mitgestaltende Tatherrschaft. Teilnehmer ist dagegen, wer die Tat sozusagen als „Randfigur“ veranlasst oder fördert. Bei seiner Anwendung erfordert der Begriff der Tatherrschaft einen Wertungsakt. Eine Konkretisierung wird durch Typenbildung erreicht:

Tatherrschaft hat daher, wer:

- alle Tatbestandsmerkmale erfüllt, § 25 I 1. Alt. StGB **Handlungsherrschaft**
- die Tat durch einen anderen begeht, § 25 I 2. Alt. StGB **Willens-/Wissensherrschaft**
- die Tat gemeinschaftlich begeht, § 25 II StGB **funktionale Tatherrschaft**
- o **Kritik:** Mit dem Begriff der Tatherrschaft kann nahezu jedes erwünschte Ergebnis erzielt werden, so dass auch hier der Einwand greift, dass die Theorie der Tatherrschaft zu weitgehende beliebigen Ergebnissen führt.⁷¹

C. TÄTERSCHAFT

I) Mittelbare Täterschaft

1) Mittelbare Täterschaft durch Strafbarkeitsmangel des Werkzeuges

Wer die Straftat durch einen anderen begeht ist mittelbarer Täter 25 I 2. Alt. StGB. Der Täter benutzt hier ein menschliches Werkzeug als Tatmittler zur Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn der Tatmittler:

- objektiv tatbestandslos oder nicht voll tatbestandsmäßig handelt,
- ohne Vorsatz handelt,
- seinerseits rechtmäßig handelt
- schuldlos handelt bzw. Schuldunfähig ist.

2) Sonderproblem „Täter hinter dem Täter“

Die h.L. hält aber auch bei einem voll deliktisch handelnden Vordermann eine mittelbare Täterschaft für möglich, wenn der steuernde Einfluss nur stark genug ist, der Hintermann infolge seiner Überlegenheit den Erfolg in seiner konkreten Erscheinungsform steuert.

Hierzu sind verschiedene Fallgruppen entwickelt worden:

- **Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft (Schreibtischtäterfälle);** hier lenken organisatorische Machtapparate den Geschehensablauf uneingeschränkt nach ihrem Willen (NS-Regime, mafiaähnliche Strukturen).
- **Mittelbare Täterschaft durch veranlassen oder Ausnutzen eines vermeidbaren Verbotssirrtums.**
- **Mittelbare Täterschaft durch Identitätstäuschung des Werkzeuges;** hier geht es um die Frage, ob der Hintermann, der bei dem Vordermann einen Error in persona auslöst,

⁷¹ Zur Kritik näher Freund AT § 10 Rn. 42 ff; Bloy Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus, S. 192 ff; vgl. auch Jakobs AT, 21/33 ff; iS eines Überblicks siehe Schönke/Schröder/Cramer/Heine Vor § 25 Rn 64 ff.

als mittelbarer Täter strafbar ist. Dies ist streitig: Eine Ansicht bestraft als mittelbarer Täter; eine andere als Nebentäter und wieder eine andere wegen Anstiftung oder Beihilfe.

II) Mittäterschaft

Die in § 25 II StGB definierte Mittäterschaft basiert auf dem Prinzip der Arbeitsteilung. Die wechselseitige Zurechnung objektiver Tatbeiträge hat folgende Voraussetzungen:

1) Gemeinsamer Tatentschluss/-plan

Es bietet sich hier an nicht mit dem objektiven sondern mit dem subjektiven Elementen zu beginnen.

Als subjektives Element ist ein gemeinsamer Tatentschluss/-plan gefordert, der neben dem allgemeinen Deliktvorsatz gegeben sein muss. Es muss ein gewolltes und bewusstes Zusammenwirken vorliegen.

Schwierig ist die rechtliche Behandlung der Fälle, wenn der gemeinsame Tatentschluss nicht bereits vor Beginn der Tatbestandsausführung vorliegt, sondern erst durch das spätere Hinzutreten eines Beteiligten gefasst wird. Nach Ansicht der Rsp. und der h.L. ist auch eine sog. **sukzessive Mittäterschaft** möglich, wenn eine Person mit der Tat beginnt und eine andere sich **vor Beendigung** der Tat in Kenntnis und unter Billigung des Geschehens dieser fördernd anschließt.

2) Gemeinsame Tatausführung

Bei der Ausführung der Tat kommt es typischerweise zu einer Arbeitsteilung, da sonst ein Rückgriff auf § 25 II StGB überflüssig wäre. Die jeweils verwirklichten objektiven Tatbeiträge werden gegenseitig zugerechnet, so dass am Ende jeder Beteiligte so behandelt wird, als hätte er den objektiven Tatbestand in eigener Person verwirklicht. Streitig ist allerdings, welche konkreten Anforderungen an den Tatbeitrag zu stellen sind.

- Nach der Rsp. (subjektive Theorie) ist eine Person Mittäter, wenn sie die Tat unter Mitwirkung des anderen Beteiligten als „**eigene**“ gewollt hat.
- Nach der Tatherrschaftslehre wird Tatherrschaft verlangt. Der Tatbeitrag muss ein bestimmtes Maß an funktioneller Bedeutung aufweisen, so dass die Mitwirkung **ein wesentliches Teilstück zur Erreichung des Ziels darstellt (funktionale Tatherrschaft)**.

WICHTIG: Da sich die Rsp. zunehmend der Tatherrschaftslehre angenähert hat und die Lehre der Tatherrschaft auch an subjektive Elemente anknüpft, ist nach beiden Theorien Mittäterschaft möglich, wenn der Täter auch nur im Vorbereitungsstadium Unterstützungshandlungen vorgenommen hat. Nach der Rsp. ist dies möglich, weil sie primär auf den Täterwillen abstellt. Nach der Tatherrschaftslehre ist dies möglich, wenn der Beitrag den unteren schwellenwert der funktionalen Tatherrschaft erreicht. Völlig untergeordnete Tatbeiträge können aber keine Mittäterschaft begründen. **Ein Minus in der Aktion muss durch ein Plus in der Planung ausgeglichen werden.**

D. TEILNAHME

I) Anstiftung § 26 StGB

1) Bestimmen

Bestimmen ist das Hervorrufen des Tatentschlusses. Ausreichend ist dabei jede ursächliche aber auch nur mitursächliche Handlung des Anstifters.

Auf die besonderen Probleme im Zusammenhang mit dem Hervorrufen des Tatentschlusses verweise ich auf die Lehrbücher, insbesondere auf Wessels/Beulke Rn. 568 ff.

2) „Doppelter Vorsatz“

Der Vorsatz des Anstifters muss sich zum einen auf die Anstifterhandlung als solche beziehen, und zum anderen auf die Ausführung einer in ihren wesentlichen Grundzügen konkretisierten Tat durch einen individuell bestimmbaren Personenkreis oder einen bestimmten Täter.

Sonderproblem Lockspitzel: Der Lockspitzel ist eine Person, welche die Haupttat eines anderen veranlasst oder fördert, um diesen bei der Begehung überführen zu können. Dabei will er es aber nur zum Versuch der Haupttat kommen lassen und nicht zu deren Vollendung. Ihm fehlt also der Vorsatz hinsichtlich der Vollendung. Daraus ergibt sich seine Straflosigkeit. Kommt es dennoch zur Vollendung, so bleibt er straflos, wenn er den Eintritt der Rechtsgutsverletzung verhindert.

II) Beihilfe

1) Hilfeleisten

Ein **Hilfeleisten** liegt in jedem Tatbeitrag, der die Haupttat **ermöglicht** oder **erleichtert** oder die vom Haupttäter begangene Rechtsgutsverletzung **verstärkt hat**.

Im Gegensatz zur Anstiftung erfordert die Beihilfe keine offene psychische Beziehung zwischen dem Hilfeleistenden und dem Täter. Es genügt vielmehr eine beliebige Förderung der Haupttat durch eine psychische (ermutigen, Rat geben, etc.) oder physische (Dietrich oder Lagepläne besorgen, „Schmiere“ stehen, etc.) Unterstützung.

2) Kausalität

Streitig ist, ob der Gehilfenbeitrag auch kausal sein muss. Die Rsp. stellt entscheidend darauf ab, die Hilfeleistung das Handeln des Haupttäters gefördert hat, unerheblich ist, ob die Hilfeleistung den Erfolg gefördert hat. Demgegenüber geht die Literatur überwiegend von der Anwendbarkeit der allgemeinen Kausalitätsregeln aus.

3) „Doppelter“ Gehilfenvorsatz

In Übereinstimmung mit der Anstiftung ist auch bei der Beihilfe doppelter Vorsatz erforderlich. Dieser muss sowohl die Hilfeleistung als auch die Vollendung der Haupttat erfassen. Im Hinblick auf die Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes herrscht ebenfalls Streit. Hierzu muss ich aber auf Literatur und Rechtsprechung verweisen (vgl. dazu BGH NJW 1996, 2517, 2518; Scheffler, in: JuS 1997, 598, 599 mwN; Roxin, in: JZ 1997, 210, 211)