

## **Kurzlösungsskizze der Klausur vom 23.10.2004**

### **A: Der Schuss**

#### **I. Strafbarkeit des B**

##### **1. §§ 212, 22 f. (im Hinblick auf den C)**

Wer mit der Prüfung eines versuchten Totschlags im Hinblick auf den C beginnt, bekennt sich konkludent zur herrschenden Meinung, die bei der *aberratio ictus* einen Versuch hinsichtlich der beabsichtigten Tat am Zielobjekt und eine Fahrlässigkeitstat hinsichtlich der ungewollt versehentlichen Verletzung des Zweitobjekts annimmt. Gerade der vorliegende Sachverhalt legt es nahe, diese Lösung beim Schuss zu vertreten. Denn anders als bei der Installation der Bombe war es hier erstens dem Zufall überlassen bzw. nicht sicher zu prognostizieren, was bei einem Fehlgehen der Tat geschehen konnte. Und zweitens hatte B das in Aussicht genommene Opfer schon im Blick. Möglich wäre aber die Lösung, mit der Minderansicht ein vollendetes vorsätzliches Delikt hinsichtlich des getroffenen Opfers anzunehmen. Dann könnte die Prüfung mit §§ 223, 224 im Hinblick auf den F begonnen werden. Die Begründung würde wie folgt lauten: B wollte einen anderen töten (und damit auch verletzen), er hat auch einen anderen an der Gesundheit geschädigt. Hinzu käme auch nach dieser Ansicht ein versuchter Totschlag. Eine solche, ursprünglich etwa von Puppe vertretene Lösung (s. die Nachweise bei Wessels/Beulke Strafrecht AT 34. Aufl. [2004] Rn. 253), setzt sich allerdings darüber hinweg, dass der Täter seinen Vorsatz individualisiert und das Opfer visualisiert hat; s. nunmehr NK-Puppe § 16 Rn. 123 selbst: Wisse der Täter nicht um das Vorhandensein eines weiteren Opfers als des anvisierten (so gerade hier), sei das Ergebnis richtig. Nicht, weil der Täter nicht den A, sondern den B töten wolle, sondern weil sich dann im Kausalverlauf nicht die Vorsatzgefahr des gezielten Schusses, wohl aber die Fahrlässigkeitsgefahr des Schießens an unerlaubten Orten wiederfindet.

Der Versuch ist fehlgeschlagen bzw. in den Augen des B beendet, ein Rücktritt scheidet aus.

##### **2. §§ 212, 211, 22 f. (im Hinblick auf den C)**

a) Heimtücke kann mit der Rechtsprechung bejaht oder mit Teilen der Literatur, die neben der Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit noch einen Missbrauch von Vertrauen verlangen, verneint werden.

b) Habgier (+) (vgl. Lackner/Kühl § 211 Rn. 4)

##### **3. § 229**

Zwar ist die Schussabgabe als solche noch nicht als sorgfaltspflichtwidrig anzusehen, wohl aber eine ein Schuss an unerlaubten Orten. Im Umkreis von Häusern liegt auch der der eingetretene tatbestandsmäßige Erfolg noch innerhalb des nach allgemeiner Lebenserfahrung Erwartbaren, war also objektiv vorhersehbar (a.A. vertretbar).

#### **II. Strafbarkeit des A**

##### **1. §§ 212, 22, 26**

Die *aberratio ictus* des Haupttäters lässt die Strafbarkeit wegen Anstiftung zum Versuch unberührt. Als Haupttat genügt auch der Tötungsversuch. Das Hervorrufen des Tatentschlusses liegt ebenso vor wie der Vorsatz hinsichtlich der Haupttat sowie hinsichtlich des Hervorrufens des Tatentschlusses.

##### **2. §§ 212, 211, 22, 26**

A wusste nicht, wie die Tat ausgeführt werden würde. Ihm fehlte also der Vorsatz hinsichtlich einer etwaigen heimtückischen Begehung. Dagegen kannte er alle Umstände, die das Mordmerkmal der Habgier bei B begründen und handelte zumindest mit Eventualvorsatz. Für die Verwirklichung eigener Mordmerkmale gibt der Sachverhalt indes nichts her (Zahlung von 50.000,- € erfüllt nicht für sich das Vorliegen eines „niedrigen Beweggrundes“). Damit wird die Streitfrage relevant, ob der Teilnehmer bei Kenntnis vom Vorliegen eines Mordmerkmals der ersten Gruppe Teilnehmer am Mord ist, dessen Strafe aber über § 28 Abs. 1 gemildert werden kann, wenn er selbst kein Mordmerkmal verwirklicht (so die Rechtsprechung), oder ob er in dieser Situation gem. § 28 Abs. 2 nur als Teilnehmer am Totschlag bestraft werden kann (so die Literatur).

### **3. § 229 (-)**

Das immer existierende Risiko, dass etwas schief geht, reicht für eine Sorgfaltspflichtverletzung nicht aus.

## **III. Strafbarkeit des W**

### **1. §§ 212, 22, 27**

Die Strafbarkeit wegen einer Beihilfe zum versuchten Totschlag bereitet vordergründig keine Probleme (Haupttat; Hilfeleisten; subjektiver Tatbestand). Es ist aber die Frage zu thematisieren, ob auch dann eine Beihilfe in Betracht kommt, wenn sich der potenzielle Gehilfe im Rahmen seines typischen Berufsfeldes bewegt. Möglich erscheint eine Einordnung des Problems im objektiven Tatbestand (Sozialadäquanz; erlaubtes Risiko; objektive Zurechnung), im subjektiven Tatbestand oder bei der Rechtswidrigkeit. Zu diesem sog. Problem der Beihilfe durch neutrales Verhalten s. die umfassenden Nachweise bei Hillenkamp 32 Probleme aus dem Strafrecht AT 11. Aufl. [2003] 28. Problem sowie den Überblick bei Ambos JA 2000, 721 ff.

Letztlich geht es um die Abgrenzung und Abwägung von Handlungssphären, nämlich des Freiheitsraums des potenziellen Gehilfen von demjenigen des geschützten Rechtsgutsträgers. In einem rechtsgüterschützenden Strafrecht ist diese Abgrenzung allein nach ihrem spezifischen Risikogehalt für das in Frage stehende Rechtsgut vorzunehmen, wobei das Gewicht der in Frage stehenden Straftat ebenso ein Parameter sein muss wie die Intensität der Beschränkung der Handlungsfreiheit des potenziellen Teilnehmers. Je höher der Unwert der drohenden Straftat ist, desto erheblicher darf die Einschränkung des Tätigkeitsspielraums sein; und umgekehrt: Je geringer der Unwert der in Frage stehenden Haupttat ist, desto größer muss der eigenständige Unwert der als strafbare Beihilfe zu wertenden Vorhandlung sein.

Ein Handeln, dem für sich allein noch keinerlei unmittelbar rechtsgutsgefährdende Tendenz innewohnt und welches also erst wegen der Absicht des Haupttäters, die an sich unverfänglichen Vorhandlungen zu deliktischem Tun zu missbrauchen, die Sphäre der grundgesetzlich geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit verlassen würde, überschreitet die Schwelle zur Sozialschädlichkeit erst bei Kollusion mit dem Täter oder wenn der Unterstützende im Hinblick auf das zu schützende Rechtsgut besondere Sorgfaltspflichten verletzt oder wenn es schließlich um den Schutz überragender Rechtsgüter geht, in deren Interesse der Täter von jedem normalen sozialen Kontakt abgeschnitten und somit jeglicher Handlungsfreiheit beraubt sein soll. Bezüglich des hier einschlägigen letzten Punktes bietet sich ein Rückgriff auf die „gesetzlichen Vor-Wertungen“ (so der Terminus von Frisch Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs [1988] S. 311, 313) der §§ 138, 323 c StGB an.

Der BGH hat in einer Grundsatzentscheidung (BGH wistra 2000, 340, 342 m. Anm. Jäger wistra 2000, 344 = BGHSt 46, 107) wie folgt argumentiert (vgl. bereits BGH NStZ 2000, 34): Ziele das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und wisse dies der Hilfeleistende, so sei sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten. Wisse der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet werde, halte er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt werde, so sei sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten sei derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung „die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein“ lasse.

BGH und hier vertretene Lösung kommen also zu einer Bejahung einer Beihilfe zum versuchten Totschlag. Denn hier ging es um ein Verbrechen, der Waffenhändler wusste positiv von diesem Plan.

### **2. §§ 212, 211, 22, 27 (+)/(-)**

**3. § 138 Abs. 1 Nr. 6 (-)**, sofern zuvor die Strafbarkeit wegen Beihilfe bejaht wurde, da die Anzeigepflicht bei eigener Tatbeteiligung entfällt (Sch/Sch/Sternberg-Lieben § 138 Rn. 20).

### **4. § 229 (-)**

## **B: Die Bombe**

### **I. Strafbarkeit des B**

#### **1. §§ 223, 224**

**Fraglich** ist, ob es sich gemäß § 16 I auf den Vorsatz auswirkt, dass von B der Tod (und damit die Körperverletzung als Durchgangsstadium) lediglich des C intendiert war. Es geht um die Frage, ob ein Fall des unbeachtlichen **error in persona** oder ein Fall der **aberratio ictus** vorliegt.

Auf den ersten Blick scheint eine aberratio ictus vorzuliegen. Für diese ist aber kennzeichnend, dass eine fehlende Geschehensbeherrschung vorliegt, die es dem Zufall überlässt und der finalen Steuerung durch den Täter entzieht, ob der Angriff ein anderes, tatbestandlich gleichwertiges Objekt trifft oder nicht. Gerade dieses Letztkriterium der finalen Geschehensbeherrschung liefert den Grund dafür, all diejenigen Fälle nicht als aberratio ictus zu qualifizieren, in denen sich das Tatkonzept vollständig realisiert und die vom Täter einkalkulierte Elastizität der Opferbestimmung dazu geführt hat, dass ein anderes als das vom Täter gewünschte Opfer im Einklang mit den gewählten Tatstrukturen getroffen wird. Wer ein Tatmittel verwendet, das **ausschließlich** auf Objekte einer „tatbestandlichen Gattung“ wirkt und wer gleichzeitig nicht **absolut sicher** die ausschließliche Zielrichtung auf ein Individuum festlegen kann, handelt mit dolus eventualis des Inhalts, dass der Tod des *jeweiligen Benutzers* billigend in Kauf genommen wird. Der Vorsatz des Täters bezieht sich im konkreten Fall nur auf diejenige Person, die als erstes das manipulierte Auto benutzen würde. Denn die vorgestellte Beherrschung des Kausalverlaufs erlaubte keine weitergehende Individualisierung des Tatopfers als diejenige Person, welche die Zündung betätigt (Streng JuS 1991, 910, 913 m.w.N.).

Es liegt nur ein unbeachtlicher error in persona vor. Zwar betrifft diese Konstellation vorwiegend Fälle, in denen der Täter sich dem Opfer gegenüber sieht, also die Individualisierung des Tatopfers visuell zum Tatzeitpunkt erfolgt, während im konkreten Fall der Täter das Opfer gerade nicht optisch wahrgenommen hat. Allerdings kann man hier eine mittelbare Individualisierung des Tatopfers durch das Anbringen der Sprengfalle an dem PKW annehmen (vgl. BGH NStZ 1998, 294, 295). In einem solchen Fall kann sich der Vorsatz des Täters nur auf diejenige Person konkretisieren, die als erstes das fragliche Auto benutzt.

#### **§ 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 und Nr. 5 (+)**

#### **2. §§ 212, 22 f. im Hinblick auf den A**

Versuchter Totschlag ist konsequenterweise im Hinblick auf die Person zu prüfen, die als erste den Zündschlüssel betätigt. Alles andere wäre ein Systembruch. Fehlerhaft ist es auch, zusätzlich noch einen versuchten Totschlag im Hinblick auf den C zu bejahen. Auch insoweit würde der Vorsatz nicht konsistent definiert werden.

#### **3. §§ 212, 211, 22 f. im Hinblick auf den A**

a) Zur Heimtücke, den sonstigen niedrigen Beweggründen und Habgier gilt das oben Gesagte entsprechend.

b) gemeingefährliches Mittel (+), dazu Lackner/Kühl § 211 Rn. 11 und Sch/Sch/Eser § 211 Rn. 29.

#### **4. § 308**

a) B befand sich sowohl hinsichtlich des Tatopfers als auch der Zuordnung des Autos zum Eigentum des C in einem den Tatvorsatz nicht berührenden error in persona.

b) Abs. 2 (-)

c) Abs. 3, 22 f. (+), Abs. 2, 22 f. (-)

Da B mit Tötungsvorsatz handelte, liegt im Ergebnis auch ein Versuch der Erfolgsqualifikation des Abs. 3 vor. Dass B auch das Eintreten einer schweren Gesundheitsschädigung wenigstens für möglich hielt, lässt sich dem Sachverhalt dagegen nicht entnehmen. Diese schwere Gesundheitsschädigung ist insoweit nicht als notwendiges Durchgangsstadium zum Todeseintritt zu interpretieren, hinsichtlich dessen immer Vorsatz gegeben wäre.

## **II. Strafbarkeit des A**

### **1. §§ 223, 224, 26**

Fraglich ist, wie sich der error in persona des Haupttäters auf den Anstifter auswirkt, der im Ergebnis den Anstifter selbst trifft (Stichwort Rose Rosahl I und II bzw. Hoferbenfall). Verschiedene Lösungen werden insoweit vertreten (vgl. etwa Wessels/Beulke Strafrecht AT Rn. 577 ff.):

a) Was für den Haupttäter unbeachtlich ist, muss es auch für den Anstifter sein. – Die Objektverletzung des Täters wird zu einer aberratio ictus des Anstifters: versuchte Anstiftung zu der von ihm geplanten Tat + ggfs. fahrlässige Täterschaft. – Anstiftung zur versuchten Tat (aber: Im Angriff auf die „falsche“ Person kann nicht zugleich ein Angriffsversuch auf die abwesende „richtige“ Person gesehen werden). – BGHSt 37, 214: Frage nach der Wesentlichkeit der Abweichung, d.h. Haftung wegen Anstiftung, wenn Abweichung nur unwesentlich. Für die hier vorliegende Sonderkonstellation des error in persona bei mittelbarer Individualisierung durch das Tatmittel hat BGH NSTZ 1998, 294, 295 die Geltung dieser Grundsätze ausdrücklich bestätigt. Für die Anstifter läge die Verwechslung ebenso wie für die Täter „in der Streubreite des ... gesehenen Risikos“. Insbesondere seien keine Vorgaben für das Erkennen des „richtigen“ Tatopfers gemacht worden.

b) Nach Wessels/Beulke (Rn. 579) verdient die Ansicht des BGH jedenfalls dann Zustimmung, wenn der Anstifter dem Täter die Individualisierung des Opfers überlassen hat und jener bei der Ausführung des Tatentschlusses bestrebt war, die ihm erteilten Instruktionen oder Weisungen zu befolgen. So war im Hoferbenfall die Person des in Aussicht genommenen Tötungsopfers nach ihrem Aussehen und nach bestimmten anderen Merkmalen beschrieben worden.

c) Hier spricht mehr dafür, den A wegen versuchter Anstiftung zur geplanten Tat am verfehlten Objekt zu bestrafen (Fahrlässigkeit scheidet aus, weil es straflos ist, sich selbst fahrlässig zu verletzen). Denn die Verwechslung des Wagens stellt eine derartige Nachlässigkeit dar, die den Erfolg nicht mehr als nach allgemeiner Lebenserfahrung voraussehbar erscheinen lässt. Es kommt also nur eine versuchte Anstiftung zur (qualifizierten) Körperverletzung in Betracht, die mangels Verbrechenscharakters der Haupttat nicht strafbar ist.

d) (Sehr) Gute Bearbeiter werden das folgende Problem thematisieren: Eine Teilnahme kann nur vorliegen, wenn der Teilnehmer ein auch ihm gegenüber geschütztes Rechtsgut verletzt. Das überlebende Opfer einer versuchten Tötung auf Verlangen ist also nicht wegen Anstiftung verletzbar, weil das angegriffene Leben wegen der Straflosigkeit der Selbsttötung gegenüber dem Verlangenden strafrechtlich nicht geschützt ist (LK-Roxin Vor § 26 Rn. 10). Das bedeutet für den hier vorliegenden Fall: Selbst wenn man von einer unwesentlichen Abweichung ausgehen sollte (s. soeben BGHSt 37, 214), käme – dann aber aus konstruktiven Gründen – keine vollendete Anstiftung zur Körperverletzung in Betracht, sondern dieselbe Lösung, die hier bevorzugt wird, nämlich eine versuchte Anstiftung (s. auch Sch/Sch/Cramer/Heine Vor §§ 25 ff. Rn. 17 a). Ganz raffinierte Bearbeitungen könnten den Streit somit dahingestellt sein lassen.

### **2. §§ 212, 30 Abs. 1 (+)**

Auch nach BGH kommt keine andere Lösung in Betracht, weil eine Anstiftung zum versuchten Totschlag an sich selbst ausscheidet.

## **C: Der Wagen**

### **Strafbarkeit der E**

#### **1. § 263 gegenüber dem Werkstätteninhaber**

Täuschung über die Zahlungsfähigkeit sowie Vermögensverfügung durch Abschluss des Werkvertrages (+)

Ein Schaden läge aber nur dann vor, wenn es an einer hinreichenden Kompensation fehlen würde. Der Anspruch aus dem Werkvertrag reicht insoweit nicht aus, weil er wirtschaftlich nichts wert ist. In Betracht kommt aber eine Kompensation durch ein Werkunternehmerpfandrecht nach § 647 BGB. Dies ist deswegen umstritten, weil es sich hierbei um eine gesetzlich eingeräumte Sicherungsmöglichkeit handelt, die man gemeinhin für eine Kompensation für irrelevant erklärt (vgl. BayObLG, JR 1974, 336). Demgegenüber wird in der Literatur überwiegend zumindest das gesetzliche Unternehmerpfandrecht als ausreichendes Surrogat anerkannt (Amelung NJW 1975, 624, 625; Hefendehl Vermögensgefährdung und Exspektanzen [1994] S. 270 m.w.N.). Gesetzliche Pfandrechte hätten ebenso wie die vertraglichen Sicherungsmittel präventiven Charakter. Sie seien mit nachträglichen Ausgleichsansprü-

chen wie dem Anspruch auf Schadensersatz nicht zu vergleichen und insbesondere ohne Einschränkungsmöglichkeiten des Schuldners zu realisieren.

**2. § 289 (+)**

**3. § 123 (+)**

**4. § 242 (-)**, da keine fremde Sache.

**5. § 263 durch die Veräußerung des Wagens (+)**

E hat den Dritten über das noch existente Werkunternehmerpfandrecht als eine Belastung konkludent getäuscht und einen entsprechenden Irrtum hervorgerufen. (Das Werkunternehmerpfandrecht erlischt nicht schon dadurch, dass sich der Eigentümer die Sache eigenmächtig zurückholt, vgl. RGZ 67, 421, 423: kein Erlöschen bei unfreiwilligem Besitzverlust). Die Vermögensverfügung bestand im Vertragsschluss sowie der Hingabe des vereinbarten Kaufpreises. Dem Dritten ist auch ein Vermögensschaden entstanden. Zwar sieht § 936 Abs. 1 BGB die Möglichkeit des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs vor. Dies gilt allerdings nicht, wenn dem Rechtsinhaber die belastete Sache gem. § 935 BGB abhanden gekommen ist. Nach ganz h.M. findet diese Vorschrift im Rahmen des § 936 BGB analoge Anwendung, so dass der Erwerber lediglich mit dem Unternehmerpfandrecht belastetes Eigentum erwirbt (vgl. Palandt-Bassenge 63. Aufl. [2003] § 936 Rn. 3).

### **Zusatzfrage**

**Frage 1:** Statthaftes Rechtsmittel gegen das Urteil der großen Strafkammer ist die Revision gemäß § 333 StPO, die Berufung wäre hingegen unzulässig, vgl. § 312 StPO. Zur Entscheidung über die Revision ist der Bundesgerichtshof zuständig, § 135 Abs. 1 i.V.m. § 121 Abs. 1 Nr. 1 GVG.

Im Gegensatz zur Berufung, die bei Zulässigkeit im Umfang der Anfechtung (§ 318 StPO) zur völligen Neuverhandlung führt, bei der Tat- und Rechtsfrage neu entschieden werden, ist die Revision ein Rechtsmittel mit nur begrenzten Prüfungsmöglichkeiten. Das Revisionsgericht hat auf entsprechende Rüge (§ 344 Abs. 2 StPO) das Urteil und das ihm zugrunde liegende Verfahren auf Rechtsfehler zu prüfen, § 337 StPO. Die Tatsachenfeststellungen des Ausgangsgerichts sind danach der Überprüfung grundsätzlich entzogen. Es findet keine Neuverhandlung der Sache statt, das Revisionsgericht ist an die tatsächlichen Feststellungen des Tatrichters gebunden und kann diese nur daraufhin überprüfen, ob sie rechtlich einwandfrei zustande gekommen sind und der Tatrichter die Beweise fehlerfrei gewürdigt hat.

**Frage 2:** A kann die Abwesenheit des Verteidigers erfolgreich rügen, wenn dieser dadurch einen relativen (§ 337 StPO) oder absoluten Revisionsgrund (§ 338 StPO) begründet. In Betracht kommt hier § 338 Nr. 5 StPO.

Dann müsste zunächst der Verteidiger R „eine Person, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt,“ sein. Das Erfordernis der Anwesenheit des Verteidigers in der Hauptverhandlung ist nicht bereits in § 226 StPO vorgeschrieben, da er dort nicht erwähnt ist. Die Anwesenheitspflicht ergibt sich jedoch in Fällen notwendiger Verteidigung aus § 145 Abs. 1 S. 1 StPO (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner StPO 47. Auflage [2004] § 145 Rn. 3; § 226 Rn. 10). Da hier die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Landgericht stattfand, war die Mitwirkung eines Verteidigers jedenfalls nach § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO erforderlich, so dass ein Fall der notwendigen Verteidigung vorlag. Diese Voraussetzung des § 338 Nr. 5 StPO ist also erfüllt.

Weiter müsste „die Hauptverhandlung in Abwesenheit“ des Verteidigers stattgefunden haben. R war hier nur während eines Teils der Hauptverhandlung nicht im Sitzungsraum. Nach Sinn und Zweck der Regelung liegt dieser Revisionsgrund allerdings bereits dann vor, wenn die Abwesenheit zwar nicht während der gesamten Hauptverhandlung, aber jedenfalls während eines wesentlichen Teils vorlag. Nach der Rechtsprechung stellt die Verlesung des Anklagesatzes gemäß § 243 Abs. 3 S. 1 StPO einen derartigen wesentlichen Teil dar (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner § 338 Rn. 37 mit Hinweis auf BGHSt 9, 243, 244).

Ob das Urteil möglicherweise auf dem Verfahrensfehler beruht, ist bei Revisionsgründen nach § 338 StPO im Gegensatz zu § 337 StPO im Übrigen nicht zu prüfen.

Ergebnis: A kann erfolgreich rügen, dass der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO vorliegt. Da es sich um eine Verfahrensrüge handelt, müssen formell in der Revisionsbegründung die Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO erfüllt sein.