

Lösungsvorschlag

TEIL I:

TK 1: DER VERKAUF DES BAUGERÜSTS

A. STRAFBARKEIT DES A

I. § 263 I StGB ggü. u. zum Nachteil des B

1. Tatbestand

Täuschung über die Eigentumsverhältnisse am Baugerüst und damit über Erfüllungsfähigkeit und -willigkeit des A. **Irrtum, Vermögensverfügung** in Form der Zahlung von 3000,- Euro, **Vermögensschaden** (i.H.v. 3000,- Euro, da A dem B kein Eigentum verschaffen kann) (+)

Außerdem **Vorsatz** und **Bereicherungsabsicht** (+)

2. Rechtswidrigkeit, Schuld (+)

3. Ergebnis: § 263 I StGB (+)

Hinweis: Der Betrug ist unproblematisch und sollte knapp geprüft werden, wobei aber genau darzulegen ist, worüber getäuscht wird und worin Verfügung und Schaden zu sehen sind.

II. §§ 242 I, 25 I Alt. 2, 22 f. StGB

1. Vorprüfung (+)

2. Tatentschluss (-)

Vorsatz bzgl. vorsatzloser Wegnahme des Gerüsts durch den Tatmittler B (+)

Aber: **Zueignungsabsicht** (-), da es A nicht darauf ankam, sich oder B das Gerüst zuzueignen; ihm ging es lediglich darum, von B die 3000,- Euro zu erhalten. Sachherrschaft des B ist auch kein notwendiges Zwischenziel zur Erlangung des Geldes.

3. Ergebnis: §§ 242 I, 25 I Alt. 2, 22 f. StGB (-)

III. § 246 StGB zum Nachteil des Eigentümers des Baugerüsts

Objektiver Tatbestand

Fremde, bewegliche Sache (+)

(P): Zueignung durch Verkauf des Gerüsts?

Nach der sog. Manifestationstheorie ist eine Manifestation des Zueignungswillens des Täters durch eine nach außen erkennbare Handlung erforderlich.¹

→ Abschluss des Kaufvertrages als Manifestation des Zueignungswillens?

Nach h.M. zusätzlich Erlangung einer „nicht völlig untergeordneten sachenrechtsähnlichen Herrschaftsbeziehung“ zum Tatobjekt durch den Täter selbst oder einen Dritten erforderlich, um ausreichende Gefährdung des Eigentums zu begründen.²

→ Allein durch Abschluss des Kaufvertrages (-)

Ergebnis: § 246 StGB (-)

Eine vertiefte Darstellung dieses Problemfelds finden Sie unter:

<http://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/246/obj-tb/zueignung/>

IV. §§ 246 I, III, 22 f., 25 I Alt. 2 StGB

1. Vorprüfung (+)

Versuch strafbar, § 246 III StGB; keine Vollendung, da B, noch bevor er das Gerüst abbauen konnte, vom wahren Eigentümer weggeschickt wurde.

¹ BGHSt 34, 309; Fischer StGB, 68. Aufl. 2021, § 246 Rn. 6.

² BeckOK StGB/Wittig, 50. Ed. 2021, § 246 Rn. 5.

2. Tatentschluss**a) Hins. der Verwirklichung des obj. Tatbestandes durch den potenziellen Tatmittler B**aa) *Hins. fremder beweglicher Sache (+)*bb) *Hins. Zueignung?*

Da hier eine versuchte mittelbare Täterschaft im Raum steht, geht es um einen Tatentschluss des A dahingehend, dass B eine nach außen erkennbare Handlung i.S.d. Manifestationstheorie vornimmt. A dürfte zumindest billigend in Kauf genommen haben, dass B das Gerüst abbaut und mitnimmt.

Hinweis: Eine Zueignungsabsicht ist bei § 246 StGB anders als bei § 242 StGB nicht erforderlich. Ausreichend ist also Vorsatz i.S.d. § 15 StGB dahingehend, dass B sich das Gerüst zueignet.

b) Hins. der Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft (+)

A wusste, dass B im Glauben agieren wird, ihm sei das Gerüst entweder schon übereignet worden oder er habe jedenfalls einen Anspruch darauf. Er hatte daher auch Tatentschluss hinsichtlich einer Tatherrschaft kraft überlegenen Wissens, da B als vorsatzlos handelndes Werkzeug agieren würde³ (Sofern B glaubte, ihm sei das Gerüst schon übereignet, hätte er keinen Vorsatz hinsichtlich der Fremdheit der Sache; sofern er glaubte, er habe einen Anspruch, fehlte es ihm am Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Zueignung).

3. Unmittelbares Ansetzen (+)

Str., wann unmittelbares Ansetzen bei mittelbarer Täterschaft anzunehmen ist;⁴ kann hier aber dahinstehen, weil B als Tatwerkzeug schon objektiv unmittelbar angesetzt hat und daher alle Ansichten ein unmittelbares Ansetzen bejahen.

4. Rechtswidrigkeit, Schuld (+)**5. Ergebnis: §§ 246 I, 22 f., 25 I Alt. 2 StGB (+)**

Diese Strafbarkeit tritt aber gem. § 246 I StGB a.E. (Subsidiaritätsklausel) im Wege formeller Subsidiarität hinter den Betrug zurück.

Zwar richten sich die Straftaten jeweils gegen andere Opfer (Betrug gegen B; versuchte Unterschlagung in mittelbarer Täterschaft gegen den Eigentümer des Gerüsts). Allerdings ist die Tathandlung jeweils das täuschende Einwirken auf B, das zugleich eine Täuschung i.S.d. § 263 I StGB darstellt und eine Tatherrschaft kraft Wissensherrschaft für die mittelbare Täterschaft begründet.

Hinweis: Man konnte das Delikt auch anprüfen, es dann aber bei dem Hinweis belassen, dass eine Strafbarkeit ohnehin im Wege formeller Subsidiarität hinter § 263 I StGB zurücktritt.

TK 2: DAS GESCHEHEN AN DER TANKSTELLE**A. STRAFBARKEIT DES A****I. § 242 I StGB durch das Betanken**

Hinweis: Bei den Tankstellenfällen ist entscheidend, sorgfältig zwischen den einzelnen Handlungen, also hier dem Zapfen des Benzins einerseits und dem Bezahlen an der Kasse andererseits, zu differenzieren, damit alle in Frage kommenden Tatbestände (§§ 242, 263, 246 StGB) angesprochen und alle im Sachverhalt angelegten Probleme abgearbeitet werden.

³ Siehe hierzu *Rengier AT*, 13. Aufl. 2021, § 43 Rn. 12 ff.

⁴ Siehe hierzu *Wessels/Beulke/Satzger AT*, 51. Aufl. 2021, Rn. 969 ff.

Objektiver Tatbestand**1. Fremde, bewegliche Sache (+)**

Fremde Sache (+), da der Eigentumsübergang nicht durch Zapfen, sondern erst infolge des Bezahlens an der Kasse erfolgt.⁵ (Ob man dabei annimmt, die dingliche Einigung i.S.d. § 929 S. 1 BGB werde erst an der Kasse geschlossen⁶ oder von einem Kauf unter Eigentumsvorbehalt [§§ 929 S. 1, 158 I, 449 I BGB]⁷ ausgeht, spielt keine Rolle).

Eigentumserwerb kraft Gesetzes durch Vermischung kommt nicht in Betracht, weil nach §§ 948 I, 947 I BGB der bisherige Eigentümer zumindest Miteigentümer bleibt.

2. Wegnahme

(P): Wegnahme fremder beweglicher Sache?

Wegnahme = Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams.⁸

Gewahrsamsbruch durch Betanken (-), da Gewahrsamsübergang mit Einverständnis des Tankstellenpächters erfolgt.

Gewahrsamsbruch durch Wegfahren (-), da Gewahrsam bereits auf A übergegangen ist (zu § 246 StGB s.u. III.).

Daher: Wegnahme insgesamt (-)

Ergebnis: § 242 I StGB (-)

Hinweis: Da A hier während des Betankens noch nicht den Vorsatz gefasst hat, nicht zu bezahlen (er kommt erst später auf diese Idee), kommt zu diesem Zeitpunkt auch noch kein Betrug in Betracht.

Exkurs: Die Rspr. differenziert beim Tanken ohne Zahlungsbereitschaft zwischen dem von

Mitarbeitenden der Tankstelle beobachteten Tanken (vollendeter Betrug) sowie dem unbeobachteten Tanken (mangels Täuschung versuchter Betrug).⁹ Stimmen in der Lit. sehen entgegen der Rspr. im Dulden des Tankens keine kausale Vermögensverfügung und kommen zur Strafbarkeit nach § 246 StGB.¹⁰

II. § 263 I StGB ggü dem Angestellten und zu Lasten des Tankstelleninhabers durch das Verhalten an der Kasse**1. Objektiver Tatbestand****a) Täuschung**

(P): Konkludente Täuschung dadurch, dass A an der Kasse *lediglich* die Zeitschrift bezahlte? Erklärung, dass A ansonsten nichts zu bezahlen habe?

Orientierung des Erklärungswerts an der **Verkehrsanschauung**.¹¹ Danach erklärt derjenige, der in einem Selbstbedienungsgeschäft etwas zur Bezahlung vorlegt, dass er nur diesen und keine weiteren Gegenstände zu bezahlen hat. Denn darauf beruht das System des Selbstbedienungsgeschäfts, sodass bei dem Kassierer die insoweit vorstrukturierte Erwartungshaltung¹² besteht, dass der Kunde keine weiteren als die vorgezeigten Gegenstände zu bezahlen hat. Vorliegend hat A daher konkludent darüber getäuscht, dass er nicht noch eine weitere Sache – das Benzin – zu bezahlen hat.

Hinweis: Eine Verneinung von konkludenter Täuschung sowie einer Täuschung durch Unterlassen ist bei entsprechend guter Begründung vertretbar. So kann man die Verantwortungsbereiche auch reduzieren. Danach wäre es keine Verpflichtung des Kunden, auch noch über weitere Kaufvorgänge Mitteilung zu machen.

⁵ H.M., vgl. *Rebler* JA 2013, 179.

⁶ So OLG Koblenz NStZ-RR 1998, 364.

⁷ So OLG Hamm NStZ-RR 1983, 266.

⁸ BGH NStZ 1988, 270; BeckOK StGB/Wittig § 242 Rn. 10.

⁹ BGH NJW 2012, 1092.

¹⁰ So *Ernst* JURA 2013, 454 (456f.).

¹¹ MüKoStGB/Hefendehl, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 110.

¹² S. hierzu allg. MüKoStGB/Hefendehl § 263 Rn. 149.

b) Vermögensverfügung

aa) Grds. Vorliegen einer Vermögensverfügung

Vermögensverfügung = Jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar vermögensmindernd wirkt.¹³

(P*): Vermögensverfügung seitens des Kassierers?

Verfügungsgegenstand ist die Forderung auf Bezahlung des Benzins aus § 433 II BGB. Indem der Kassierer diese Forderung nicht geltend machte und zuließ, dass der A die Tankstelle verließ, minderte er zumindest den Wert der Forderung. Denn diese bleibt zwar als solche bestehen, doch ist eine Forderung gegen einen unbekanntem Schuldner weniger wert als eine Forderung gegen einen Schuldner, der dem Gläubiger bekannt ist.

Unkenntnis des Kassierers bzgl. Verfügung über die Forderung ist nach h.M. irrelevant, da ein Verfügungsbewusstsein nur beim Sach-, nicht aber beim Forderungsbetrug erforderlich sein soll.¹⁴

Wenn man verlangt, dass dem Verfügenden der vermögensrelevante Charakter der Verfügung bekannt sein muss,¹⁵ kann man eine Vermögensverfügung mit der Begründung bejahen, dem Kassierer sei doch jedenfalls bewusst, dass er dann, wenn er den Kunden gehen lässt, den Wert weiterer bestehender Forderungen vermindert.

Daher: Vermögensverfügung (+)

Auch die letztere Ansicht geht allerdings sehr weit, weil dem Kassierer gerade nicht bewusst ist, dass weitere Forderungen bestehen könnten. Daher kann man mit entsprechender Begründung auch eine Vermögensverfügung verneinen.

bb) Zurechenbarkeit einer Vermögensverfügung

Es liegt hier eine Konstellation des sog. Dreiecksbetrugs vor. Jedoch sind die Verfügungen des Kassierers sowohl nach der **Lager**-¹⁶ als auch nach der **Befugnis**- bzw. der **Ermächtigungstheorie**¹⁷ dem Tankstellenpächter zuzurechnen, sodass eine nähere Auseinandersetzung hiermit entbehrlich ist.

c) Vermögensschaden (+)

Vermögensschaden (+), da Forderung gegen unbekanntem Schuldner weitgehend wertlos ist und nicht den Verlust des Benzins kompensieren kann.

2. Subj. Tatbestand: Vorsatz und Bereicherungsabsicht (+)

3. Rechtswidrigkeit, Schuld (+)

4. Ergebnis: § 263 I StGB (+)

III. § 246 I StGB durch Davonfahren

Zu den Eigentumsverhältnissen und dem Gewahrsam s.o. bei der Diebstahlsprüfung; Wegfahren als Manifestation der rechtswidrigen Zueignung; Strafbarkeit gem. § 246 I StGB tritt jedoch hinter § 263 I StGB zurück.

¹³ BeckOK StGB/Beukelmann, 50. Ed. 2021, § 263 Rn. 31.

¹⁴ Vgl. BGHSt 41, 170 (172); Rengier StrafR BT I, 23. Aufl. 2021, § 13 Rn. 64.

¹⁵ MüKoStGB/Hefendehl § 263 Rn. 307.

¹⁶ BGH wistra 2017, 485; Wessels/Hillenkamp/Schuhf Strafr BT II, 43. Aufl. 2020, Rn. 645.

¹⁷ MüKoStGB/Hefendehl § 263 Rn. 358 ff.

TK 3: DER STICH MIT DEM MESSER GEGEN A**A. STRAFBARKEIT DES B****I. §§ 212 I, 211 I Var. 3, 4, 5, 22 f. StGB**

Hinweis: Wegen der Rücktrittsproblematik empfiehlt es sich hier, die §§ 212 und 211 StGB gemeinsam zu prüfen.

1. Vorprüfung (+)**2. Tatentschluss**

Tatentschluss = Vorsatz bzgl. aller obj. Tatbestandsmerkmale und weitere subj. Tatbestandsmerkmale.¹⁸

a) Hins. Tötung eines Menschen (+)**b) Hins. Mordmerkmalen****aa) Habgier (-)**

Keine Habgier, da B nicht handelte, um sein Geld zurückzubekommen.

bb) Heimtücke (+/-)

Heimtücke = Bewusste Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit¹⁹ → Tatentschluss diesbzgl. (+); tlw. geforderter verwerflicher Vertrauensbruch (-)

cc) Niedrige Beweggründe

(P): Niedrige Beweggründe = Solche Tatantriebe, die nach allgemeiner rechtlich sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen, durch hemmungslose Eigensuch bestimmt und deshalb besonders verachtenswert sind.²⁰

B wollte A in Selbstjustiz aus Rache richten. Rachsucht kann, muss aber kein niedriger Beweggrund

sein. Für die Annahme eines niedrigen Beweggrundes spricht hier aber, dass zwischen der Tötung eines Menschen und dem Anlass der Tat, einem Betrug über 3000,- Euro, ein krasses Missverhältnis besteht.

Hinweis: A.A. genauso vertretbar, wenn man darauf abstellt, dass letztlich der A den B durch seine Straftat provoziert hat, sodass eine dem § 213 StGB wertungsmäßig vergleichbare Situation vorliegt. Allerdings ging die Provokation seitens A hier anders als bei § 213 StGB der Tat nicht unmittelbar voraus. Dennoch kann man § 213 StGB eine gewisse Wertung entnehmen.

3. Rechtswidrigkeit, Schuld (+)**4. Rücktritt gem. § 24 I StGB?****a) Kein Fehlschlag**

Ein Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Versuch fehlgeschlagen ist.²¹ Fehlgeschlagen ist der Versuch dann, wenn der Täter davon ausgeht, dass er die Tat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln jedenfalls ohne zeitliche Zäsur **nicht mehr vollenden** kann.²²

(P):** Ist für die Tätersicht auf die einzelnen Ausführungsakte oder auf das Tatgeschehen im Ganzen abzustellen?

- **M₁ (Einzelaktstheorie)**²³: Jede selbständige, auf den Erfolg gerichtete Handlung des Täters ist als selbständiger Versuch zu werten. → Hier Fehlschlag (+), da der erste Stich des B aus dessen Sicht nicht zum erstrebten tödlichen Erfolg führte.
- **M₂ (Tatplantheorie)**²⁴: Tätervorstellung zu Beginn der Tat maßgeblich. Ging er davon aus,

¹⁸ Frister Strafr AT, 9. Aufl. 2020, 23. Kapitel Rn. 17.

¹⁹ Fischer StGB, 68. Aufl. 2021, § 211 Rn. 34.

²⁰ BGH NSTz 2019, 204 f.; Fischer StGB § 211 Rn. 14a.

²¹ Wessels/Beulke/Satzger Strafr AT, 51. Aufl. 2021, Rn. 1008; Roxin AT II § 30 Rn. 77; Rengier AT § 37 Rn. 15; Kühl Strafr AT, 8. Aufl. 2017, § 24 Rn. 9; a.A. Maurach/Gössel/Zipf AT/2, 8. Aufl. 2014, § 41 Rn. 53 ff.,

insb. Rn. 60, nach denen die Figur des fehlgeschlagenen Versuchs ohne gesetzliche Grundlage und damit unter Verletzung des Art. 103 II GG operiere.

²² BGH NSTz-RR 2012, 239 (240); 2014 171 (172).

²³ Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 21; Jakobs AT 26/15 f.

²⁴ Frühere Rspr.: BGHSt 4, 180; 22, 330.

die Tat mit nur einem Tätigkeitsakt vollenden zu können, ist der Versuch nach Vornahme dieses Aktes fehlgeschlagen. → Hier Fehlschlag (+), da B wohl davon ausging, bereits sein erster Stich werde tödlich sein.

- **M₃ (Gesamtbetrachtungslehre; h.M.)²⁵**: Täter kann auch nach einem oder mehreren erfolglosen Teilakten, die auf demselben einheitlichen Willensentschluss beruhen, noch von der Tat zurücktreten, wenn nach seiner Vorstellung im Zeitpunkt der letzten Ausführungshandlung (sog. „Rücktrittshorizont“) die Möglichkeit besteht, den Erfolg durch weitere Handlungen zumindest vergleichbaren Charakters herbeizuführen. → Hier Fehlschlag (-), da B darum wusste, den Tod des A durch weitere Stiche noch herbeiführen zu können.

Für die Einzelaktstheorie kann man anführen, der Täter habe doch mit seinem ersten auf Erfolgsherbeiführung gerichteten Akt bereits seine kriminelle Energie unter Beweis gestellt. Ihm dürfe daher nicht der Zufall, dass der Erfolg nicht eingetreten ist, dadurch zugutekommen, dass ein strafbefreiender Rücktritt weiterhin möglich bleibt. Allerdings wird hiernach dem Täter zu einem unter Opferschutzgesichtspunkten bedenklich frühen Zeitpunkt die „Rückkehr in die Legalität“ abgeschnitten. Außerdem reißt die Theorie einen einheitlichen Lebensvorgang künstlich auseinander.

Diesen Bedenken entgeht die Tatplantheorie zwar teilweise, wenn sie die so frühe Einschränkung der Rücktrittsmöglichkeit vermeidet. Allerdings führt diese Ansicht zu einer Privilegierung des besonders umsichtig planenden und damit eine erhöhte kriminelle Energie an den Tag legenden Täters, da diesem mehr Rücktrittsmöglichkeiten offenstehen als dem spontan und unüberlegt Handelnden.

Die Gesamtbetrachtungslehre hingegen lässt dem Täter auch in einem späteren Tatstadium noch eine „Goldene Brücke“ zur Rückkehr in die Legalität offen und kann ihn so zum Aufgeben der Tat motivieren, was gerade im Interesse des Opferschutzes wünschenswert ist. Außerdem umgeht sie die Privilegierung des im Vorhinein besonders umsichtig Planenden.

Im Ergebnis überzeugt deshalb die Gesamtbetrachtungslehre, sodass der Versuch hier nicht fehlgeschlagen und ein Rücktritt weiterhin möglich ist.

Hinweis: Wichtig ist die Erkenntnis, dass es für die Frage des Fehlschlagens (ebenso wie für jene, ob ein beendeter oder unbeendeter Versuch vorliegt) auf die **Tätersicht** ankommt.

Die Fragestellung der sog. **außertatbestandlichen Zielerreichung** (Denkzettelfälle) konnte aufgeworfen werden, war hier aber i.E. nicht einschlägig. Die Denkzettelfälle sind in aller Regel solche, in denen das außertatbestandliche Ziel erreicht wird und der Handelnde hierbei mit bedingtem Verletzungsvorsatz handelte.

Lediglich in engen Ausnahmefällen könnte dies auch einmal relevant werden, wenn der Täter in der Absicht der Erfolgsverwirklichung handelt.²⁶

Hier lag der Fall allerdings anders: B wollte dem A im Zeitpunkt des Stichs gerade *durch die Tötung* einen Denkzettel verpassen. Das Ziel der Denkzettelerteilung war also kein außertatbestandliches, sondern sollte gerade durch die Tatbestandsverwirklichung herbeigeführt werden.

²⁵ Neue Rspr.: BGH NStZ 2020, 82; Fischer StGB § 24 Rn. 17; Rengier AT, 13. Aufl. 2021, § 37 Rn. 46 ff.

²⁶ Siehe Joecks/Jäger StGB, 12. Aufl. 2018, § 24 Rn. 30a.

b) Erforderliche Rücktrittsleistung**(P*):** Beendeter oder unbeendeter Versuch?

Beendeter Versuch = Wenn Täter davon ausgeht, alles Nötige für den Erfolgseintritt getan zu haben.²⁷

Unmittelbar nach dem Stich lag ein unbeendeter Versuch vor, da B davon ausging, sein Stich sei nicht tödlich gewesen. Eine Stunde später beendeter Versuch, da B erkennt, dass der Stich tödliche Folgen haben könnte.

→ **Maßgeblicher Zeitpunkt?** Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt (sog. Rücktrittshorizont) ist nach h.M. i.d.R. der Zeitpunkt nach der letzten Ausführungshandlung.²⁸ Allerdings soll sich dieser Rücktrittshorizont für den Fall, dass sich die Täterbeurteilung nachträglich ändert, noch nach hinten verschieben lassen (sog. Korrektur des Rücktrittshorizonts).²⁹ Voraussetzung hierfür ist, dass zwischen ursprünglicher Ausführungshandlung und späterer Wahrnehmung ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang besteht.

→ Hier (-), da B erst nach einer Stunde erkennt, dass sein Stich tödlich war. Zu diesem Zeitpunkt war der Lebensvorgang „Messerstich“ bereits abgeschlossen, sodass es an dem erforderlichen engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang fehlt. Verschiebung des Rücktrittshorizonts kommt daher hier nicht in Betracht. Es liegt ein unbeendeter Versuch vor, sodass sich die Voraussetzungen des Rücktritts nach § 24 I 1 Alt. 1 StGB bestimmen.

Hinweis: A.A. gut vertretbar. Möglich ist auf der Grundlage der Gesamtbetrachtungslehre auch

die Auffassung, der Rücktrittshorizont umfasse den gesamten Zeitpunkt von der Gefährschaffung bis zu ihrer Realisierung.

Unvertretbare Ergebnisse entstehen schon deshalb nicht, weil der später Zeitpunkt ja eigenständiger Anknüpfungspunkt möglichen strafbaren Verhaltens ist (s. TK 4).

c) Freiwillige Aufgabe der weiteren Tatausführung (+)

A ließ nach dem ersten Messerstich aus autonomen Motiven von A ab.³⁰

Daher Rücktritt insgesamt (+)

5. Ergebnis: §§ 212 I, 211, 22 f. StGB (-)

Infolge des strafbefreienden Rücktritts ist B nicht gem. §§ 212 I, 211, 22 f. StGB strafbar.

II. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 StGB**1. Obj. Tatbestand**

Grundtatbestand § 223 I StGB (+).

Gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB = Gegenstand, der nach seiner Beschaffenheit und der konkreten Art seiner Verwendung generell dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.³¹ → Messer im Bauch (+)

Hinterlistiger Überfall i.S.d. § 224 I Nr. 3 StGB (-), da B lediglich das Überraschungsmoment ausnutzt, nicht aber seine wahren Absichten planvoll lenkend verdeckt, um A in Sicherheit zu wiegen.³²

²⁷ BGH NStZ 2011, 209; MüKoStGB/Hoffmann-Holland, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 49.

²⁸ BGH NStZ 2020, 340; Fischer StGB § 24 Rn. 14a, 14b.

²⁹ BGH StraFo 2008, 212 f.; Beachte: Diese Frage wird zumeist im umgekehrten Fall diskutiert, dass aus einem zunächst beendeten Versuch im Nachhinein ein unbeendeter Versuch wird. In der zitierten Entscheidung von

2008 überträgt der BGH aber diese Grundsätze auf die hier relevante Konstellation.

³⁰ Zur Def. der Freiwilligkeit über die autonomen Motive nach h.M. s. etwa Rengier AT § 37 Rn. 91 f.

³¹ BGH NStZ 2002, 86; 2007, 95.

³² Zu dieser Def. s. etwa Fischer StGB § 224 Rn. 22.

Das Leben gefährdende Behandlung i.S.d. § 224 I Nr. 5 StGB nach konkreter und abstrakt-genereller Betrachtung jeweils (+)³³

2. **Subj. Tatbestand: Vorsatz (+)**
3. **Rechtswidrigkeit, Schuld (+)**
4. **Ergebnis: §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 StGB (+)**

TK 4: LIEGENLASSEN DES VERLETZTEN A

A. STRAFBARKEIT DES B

I. §§ 212 I, 13, 22 f. StGB

1. **Vorprüfung (+)**
2. **Tatentschluss**
 - a) **Hins. Tod eines Menschen (+)**
 - b) **Hins. Unterlassen trotz physisch-realer Handlungsmöglichkeit (+)**
 - c) **Hins. Garantenstellung**

(P**): Tatentschluss hins. einer Garantenstellung aus Ingerenz? Erkennt man die Ingerenzgarantenstellung als solche an (was nicht zwingend ist),³⁴ ist str., ob sie auch dann anzunehmen ist, wenn das gefährliche Handeln bereits mit Vorsatz bzgl. der Verwirklichung des letztlich eingetretenen Erfolges erfolgte.

- **M₁ (u.a. BGH)³⁵**: Ingerenzgarantenstellung (-)
- **M₂³⁶**: Ingerenzgarantenstellung (+)

Dafür, eine Ingerenzgarantenstellung in Konstellationen wie dieser abzulehnen, könnte man anführen, dass die Rechtsgemeinschaft vom Vorsatz-, anders als vom Fahrlässigkeitstäter keine anschließende Hilfe für das Opfer erwarte, ein entsprechendes Unterlassen folglich nicht das Vertrauen

der Rechtsgemeinschaft erschüttere, das aber Grundlage der Garantenstellungen sei. Darüber hinaus könnte argumentiert werden, die Annahme einer Garantenstellung in diesen Konstellationen würde quasi eine gesetzliche Pflicht zum Rücktritt begründen und somit in Widerspruch zu § 24 StGB stehen, der den Rücktritt als ein strafbefreiendes Privileg einordnet.

Dabei würde indes verkannt, dass der Rücktritt und die Garantenpflicht unabhängig voneinander sind. Außerdem liefe man mit dieser Argumentation auf einen Wertungswiderspruch hinaus: Den zunächst fahrlässig Handelnden träfe eine Garantenpflicht, den zunächst vorsätzlich Handelnden indes nicht. Wenn aber schon den Fahrlässigkeitstäter eine solche Pflicht trifft, dann doch erst recht den Vorsatztäter.³⁷ Im Übrigen wird nur so eine etwaige Bestrafung erst nachträglich beteiligter Dritter ermöglicht. Überzeugender erscheint daher die zweite Ansicht, die hier eine Garantenstellung bejaht. Allerdings darf man auch dabei nicht verkennen, dass mit dem Unterlassen im Wesentlichen kein neues, gesteigertes Unrecht verwirklicht wird. Dies kann aber auf Konkurrenzebene eingefangen werden, indem man die Unterlassungstat im Wege der Gesetzeskonkurrenz (als mitbestrafte Nachtat) zurücktreten lässt.³⁸ Das kommt hier jedoch nicht in Betracht, da von dem Begehungsdelikt strafbefreiend zurückgetreten wurde (s.o.).

Hinweis: A.A. gut vertretbar. Dann etwa mit der Argumentation, dass es für B eine neue Situation war im Vergleich zu derjenigen direkt nach dem Stich. Denn mit der hier vertretenen Ansicht hebt man die Rücktrittsprivilegierung bei

³³ Zum Str. s. etwa *Wessels/Hettinger/Engländer* StrafR BT I, 45. Aufl. 2021, Rn. 238.

³⁴ Dagegen etwa *Schünemann* GA 1974, 231 (235).

³⁵ BGH JR 1999, 294 f. m. abl. Anm *Stein* JR 1999, 265 ff., nach dem man die Entscheidung des BGH „als Versehen einordnen“ solle.

³⁶ *MüKoStGB/Freund* § 13 Rn. 133; *Stein* JR 1999, 265 (267 f.); *Roxin* StrafR AT II § 32 Rn. 193.

³⁷ *MüKoStGB/Freund* § 13 Rn. 133; vgl. *Stein* JR 1999, 265 (271 f.).

³⁸ *Roxin* AT II § 32 Rn. 193; *Kühl* StrafR AT § 18 Rn. 105a.

der Begehungstat doch auf und macht B wieder zu einem Sonderpflichtigen.

Eine vertiefte Darstellung dieses Problemfelds finden Sie unter:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/unterl/tb/ingerenz>

B wusste um alle Umstände, die in objektiver Hinsicht zu dieser Garantenstellung kraft Ingerenz führten. Er hatte somit auch Tatentschluss hinsichtlich einer solchen. Seine Fehlvorstellung, ihn gehe die ganze Sache nichts mehr an, begründet allenfalls einen auf Schuldebene relevanten und nach § 17 StGB zu behandelnden Gebotsirrtum.³⁹

3. **Unmittelbares Ansetzen (+)**

B ist endgültig ferngeblieben und hat damit alle Rettungsmöglichkeiten verstreichen lassen, so dass nach allen Ansichten zum unmittelbaren Ansetzen beim unechten Unterlassungsdelikt ein solches zu bejahen ist.⁴⁰

4. **Rechtswidrigkeit, Schuld (+)**

Sieht man darin, dass B meinte, ihn gehe die Sache nichts mehr an, einen nach § 17 StGB zu behandelnden Gebotsirrtum, so war dieser jedenfalls vermeidbar und führt daher nicht zu einem Schuldausschluss.⁴¹

5. **Rücktritt (-)**

6. **Ergebnis: §§ 212 I, 13, 22 f. StGB (+), a.A. gut vertretbar**

II. § 221 I Nr. 2 StGB

1. **Objektiver Tatbestand**

Hilflose Lage (+); A konnte sich aufgrund seiner schweren Verletzungen nicht mehr selbst helfen und B hat seine Hilfe auch versagt, indem er gegangen ist.

Im-Stich-lassen = Entziehung oder Unterlassung der möglichen und gebotenen Beistandsleistung.⁴²

→ Hier (+), B ist weggelaufen.

Obwohl B den A in seiner **Obhut** hat oder ihm **sonst beizustehen verpflichtet** ist? Hier ist auf die Grundsätze über die Garantenstellung bei § 13 I StGB zurückzugreifen.⁴³ Nach hier vertretener Ansicht war B Garant kraft Ingerenz, s.o.

Obj. Tatbestand daher insgesamt (+)

Hinweis: Wer oben beim versuchten Totschlag eine Garantenpflicht verneint hat, gelangt hier auch nicht zu einer Strafbarkeit aus § 221 StGB.

2. **Subj. Tatbestand (+)**

3. **Rechtswidrigkeit, Schuld (+)**

4. **Ergebnis: § 221 I Nr. 2 StGB (+)**

III. §§ 221 III, 22 f. StGB

1. **Vorprüfung**

(P): B wollte durch die Begehung des Grunddelikts, die Aussetzung, die besondere Folge, den Tod, herbeiführen. Ist der Versuch der Erfolgsqualifikation nach §§ 221 III, 22 f. StGB strafbar? Der Versuch des Grunddeliktes ist gem. § 23 I StGB nicht strafbar, da es sich bei § 221 I StGB nicht um ein Verbrechen i.S.d. § 12 I StGB handelt. Nach heute

³⁹ Vgl. hierzu etwa: *Satzger* JURA 2011, 432 (435).

⁴⁰ S. zu diesem Streit etwa *Arzt/Weber/Mitsch/Eisele/Mitsch* StrafR AT, 13. Aufl. 2021, § 22 Rn. 72 ff.

⁴¹ Zu den engen Vor., die an die Vermeidbarkeit bei § 17 StGB gestellt werden, s. etwa *MüKoStGB/Joecks/Kulhaneck* § 17 Rn. 39 ff.

⁴² *BeckOK StGB/Eschelbach* § 221 Rn. 15.

⁴³ *Fischer* StGB § 221 Rn. 5; *MüKoStGB/Hardtung* § 221 Rn. 15; *BeckOK StGB/Eschelbach* § 221 Rn. 13 f.

fast einhelliger Ansicht ist aber von einer Strafbarkeit des Versuchs der Erfolgsqualifikation auszugehen, da es sich hierbei um ein Verbrechen handelt. § 23 I StGB fragt weder danach, ob ein im versuchten Delikt verwirklichtes Grunddelikt noch ob dessen Versuch strafbar ist.⁴⁴

Hinweis: Die vorliegende Konstellation des Versuchs der Erfolgsqualifikation darf nicht verwechselt werden mit derjenigen des erfolgsqualifizierten Versuchs. Hier wird mit dem versuchten Grunddelikt die schwere Folge herbeigeführt. In dieser Konstellation ist umstritten, ob dieser auch dann strafbar ist, wenn das Grunddelikt – wie hier – keine Versuchsstrafbarkeit kennt. Fraglich ist also, ob es für die Strafbarkeit des erfolgsqualifizierten Versuchs auf den Strafrahmen des Grunddelikts⁴⁵ oder auf denjenigen der Erfolgsqualifikation⁴⁶ ankommt. Ersterer Ansicht wird vorgeworfen, nach ihr sei die Erfolgsqualifikation in diesen Fällen entgegen § 18 StGB nicht mehr strafschärfend, sondern strafbegründend, da der Versuch des Grunddeliktes ja nicht strafbar ist.

2. *Tatentschluss (+)*

3. *Unmittelbares Ansetzen (+)*

4. *Rechtswidrigkeit, Schuld (+)*

5. *Ergebnis: §§ 221 III, 22 f. StGB (+)*

IV. § 323c I StGB

1. *Objektiver Tatbestand*

a) *Unglücksfall (+)*

Messerattacke ist plötzliches Ereignis, das mit erheblichen Gefahren für das Leben verbunden ist, und damit ein Unglücksfall.

b) *Hilfeleistung erforderlich (+)*

c) *Hilfeleistung zumutbar (+)*

Dass sich A durch die Hilfeleistung möglicherweise der Gefahr einer Strafverfolgung aufgrund der Messerattacke ausgesetzt hätte, schließt die Zumutbarkeit vorliegend nicht aus: Nach teilweise vertretener Ansicht⁴⁷ wird in diesen Fällen Zumutbarkeit generell bejaht, nach a.A.⁴⁸ jedenfalls dann, wenn die Straftat (wie hier) in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Unglücksfall steht. Beim auf die Solidarität setzenden echten Unterlassungsdelikt des § 323c StGB erscheint dies auch stimmig.

2. *Subjektiver Tatbestand (+)*

3. *Rechtswidrigkeit, Schuld (+)*

4. *Ergebnis: § 323c I StGB (+)*

Gesamtergebnis und Konkurrenzen Teil I:

A ist strafbar in zwei Fällen wegen Betrugs (§ 263 I StGB), die zueinander in Realkonkurrenz (Tatmehrheit) stehen, § 53 I StGB.

B ist strafbar wegen gefährlicher Körperverletzung (§§ 223 I, 224 I Nr. 2, 4 StGB) in Tatmehrheit (§ 53 I StGB) mit versuchtem Totschlag durch Unterlassen (§§ 212 I, 13, 22 f.). Tateinheit (§ 52 I StGB) besteht zwischen letzterem und der Aussetzung gem. § 221 I Nr. 2 sowie der versuchten Aussetzung mit Todesfolge gem. §§ 221 III, 22 f.

Die unterlassene Hilfeleistung gem. § 323c StGB tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter den versuchten Totschlag durch Unterlassen zurück.⁴⁹

⁴⁴ MüKoStGB/Hardtung § 18 Rn. 66; ders. § 221 Rn. 45; SK StGB/Wolters, 9. Aufl. 2017, § 221 Rn. 16; *offengelassen* in BGH NStZ 1985, 501.

⁴⁵ So etwa Baumann/Weber/Mitsch/Eisele/Mitsch, 13. Aufl. 2021, § 22 Rn. 14; Rath JuS 1999, 140 (142).

⁴⁶ So etwa Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster StGB, § 18 Rn. 9; Ulsenheimer GA 1966, 257, 277 f.

⁴⁷ BGHSt 39, 164 (166); SK-StGB/Stein § 323c Rn. 36.

⁴⁸ So etwa Schönke/Schröder/Hecker § 323c Rn. 20.

⁴⁹ BeckOK StGB/Heintschel-Heinegg § 323c Rn. 36.

TEIL II:

Ein Verwertungsverbot könnte sich daraus ergeben, dass S den B nicht gem. §§ 163a IV 2, 136 I 2 StPO über sein Aussageverweigerungsrecht belehrt hat. Ein Verstoß gegen § 136 I 2 StPO führt im Falle eines Widerspruchs durch den Verteidiger des verteidigten Angeklagten (sog. Widerspruchslösung)⁵⁰ zu einem umfassenden Verwertungsverbot, sodass auch Aussagen der Verhörsperson als Zeuge über die von dem Beschuldigten gemachten Äußerungen nicht verwertet werden dürfen.

Hinweis: Im prozessualen Teil ist es zunächst wichtig, die richtige Einstiegsnorm zu finden, die eine Antwort auf die Fallfrage liefert. Vorliegend ist gefragt, ob ein Verwertungsverbot vorliegt. Daher muss Einstiegsnorm eine solche sein, aus der ein Verwertungsverbot für die Aussage des S resultieren kann.

(P):** Beschuldigteneigenschaft des B zum Zeitpunkt der Fragestellung? → Keine Legaldefinition des Beschuldigtenbegriffs; § 157 StPO setzt ihn lediglich voraus. Die Definition des Beschuldigten ist umstritten:

- **M₁ (Materieller Beschuldigtenbegriff)⁵¹:** Beschuldigteneigenschaft hängt ausschließlich vom Bestehen eines Tatverdachts ab.
- **M₂ (Formeller Beschuldigtenbegriff)⁵²:** Beschuldigt ist nur derjenige, gegen den das Verfahren als Beschuldigt betrieben wird. Die Beschuldigteneigenschaft wird also durch einen Willensakt der zuständigen Strafverfolgungsbehörde begründet, der jedoch auch konkludent erfolgen kann.

Gegen den materiellen Beschuldigtenbegriff sprechen die §§ 55 I, 60 Nr. 2 StPO. Diese lassen erkennen, dass die Abgrenzung zwischen einem Zeugen und einem Beschuldigten anhand der formellen Stellung im Strafverfahren zu bestimmen ist. Denn die §§ 55 I, 60 Nr. 2 StPO setzen voraus, dass ein Zeuge auch tatverdächtig sein kann, sog. tatverdächtiger Zeuge. Diese vom Gesetz also vorausgesetzte Figur wäre aber nach dem materiellen Beschuldigtenbegriff nicht denkbar, da der tatverdächtige Zeuge wegen des Tatverdachts immer Beschuldigter wäre.

Danach war B hier noch kein Beschuldigter, da es an einem entsprechenden Willensakt des S fehlte, durch den das Verfahren gegen B gerichtet worden wäre, denn zum maßgeblichen Zeitpunkt wusste S noch gar nicht, dass überhaupt eine Straftat begangen wurde.

Da B nicht Beschuldigter war, brauchte er auch nicht belehrt zu werden. Die Aussage des S durfte daher im Prozess verwertet werden.

⁵⁰ Grundlegend BGH NJW 1992, 1463 (1466).

⁵¹ Peters Strafprozess, 4. Aufl. 1985, § 42 II. 2.; Lenckner FS-Peters 1974, S. 33 ff.

⁵² BGH NJW 1985, 76; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 505.