

Fall 5 – Lösungsvorschlag

Erster Tatkomplex**A. STRAFBARKEIT DES A WEGEN TOTSCHLAGS GEM. § 212 ABS. 1 STGB**

Indem A dem S mit einem Klappmesser in die Brust stach, könnte er sich wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand**1. Objektiver Tatbestand**

A stach S mit einem Messer in die Brust. S ist gestorben. Der Messerstich war auch kausal für den Erfolg und der Tod des S ist dem A objektiv zurechenbar. A hat den objektiven Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB verwirklicht.

2. Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz bezeichnet den Willen zur Verwirklichung eines Tatbestandes in Kenntnis aller objektiven Tatumstände.¹ Hier erkannte A die Möglichkeit, S durch den Stich mit dem Messer tödlich zu verletzen und nahm dies billigend in Kauf. A handelte folglich mit Eventualvorsatz.

II. Rechtswidrigkeit**1. Notwehr (§ 32 StGB)**

A könnte durch Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein. Dafür müssen die Voraussetzungen der Notwehr vorliegen.

a) Notwehrlage

Es müsste zunächst eine Notwehrlage in Form eines gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs auf ein notwehrfähiges Gut vorliegen. Ein Angriff ist jede durch menschliches Verhalten drohende Verletzung rechtlich geschützter Güter oder Interessen.² Gegenwärtig ist er, wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch andauert.³ Rechtswidrig ist der Angriff, wenn er nicht selbst durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt ist.⁴ S war zum Zeitpunkt des tödlichen Stichs gerade dabei, den A zu schlagen und ihn auszurauben. Mit hin lag ein gegenwärtiger Angriff auf die körperliche Unversehrtheit und das Eigentum des A vor. Das Handeln des S war nicht durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt und daher auch rechtswidrig. Eine Notwehrlage liegt vor.

b) Notwehrhandlung

Der Stich mit dem Messer müsste zudem eine zur Abwehr des Angriffs erforderliche und gebotene Notwehrhandlung darstellen.

aa) Erforderlichkeit

Erforderlich ist die Handlung, die geeignet und zugleich das mildeste aller zur Verfügung stehender Mittel ist.⁵ Geeignet ist sie, wenn sie den Angriff endgültig beenden oder zumindest erschweren kann.⁶ Das mildeste Mittel ist das für den Angreifer am wenigsten gefährliche.⁷ Flucht gehört allerdings nicht dazu, das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen.⁸

¹ BeckOK-StGB/Kudlich, 58. Ed. 1.8.2023, § 15 Rn. 3.

² Kühl Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, § 7 Rn. 23.

³ Rengier Strafrecht AT, 14. Aufl. 2022, § 18 Rn. 19.

⁴ Rengier AT § 18 Rn. 28.

⁵ Wessels/Beulke/Satzger Strafrecht AT, 53. Aufl. 2023, Rn. 512. Das Merkmal der Geeignetheit

wird also in die Definition der Erforderlichkeit hineingelesen. Vertretbar wäre es aber auch, die Geeignetheit als eigenen Punkt vor der Erforderlichkeit zu prüfen.

⁶ Rengier AT § 18 Rn. 33.

⁷ Vgl. Rengier AT § 18 Rn. 40.

⁸ Rengier AT § 18 Rn. 38.

Der Einsatz des Messers konnte hier den Angriff des S beenden und war damit ein geeignetes Mittel. Fraglich ist aber, ob es auch das mildeste Mittel war. Beim Gebrauch von lebensgefährlichen Waffen (wie generell bei lebensgefährlichen Verteidigungsmitteln) sind grundsätzlich hohe Anforderungen zu stellen. In der Regel ist eine bestimmte Abfolge des Waffeneinsatzes zu beachten: Androhung – bei Schusswaffen: Warnschuss – Einsatz gegen weniger sensible Körperregionen – tödlicher Einsatz.⁹

Nach diesen Maßstäben hätte A dem unbewaffneten Angreifer den Einsatz des Messers zunächst androhen oder es drohend vorzeigen müssen oder aber Stiche gegen weniger sensible Körperregionen, wie die Arme oder Beine, führen müssen. Die Regel der Abfolge des Einsatzes lebensgefährlicher Mittel gilt aber **nicht** ausnahmslos. Der Angegriffene braucht sich nicht auf Mittel und Möglichkeiten verweisen lassen, deren Abwehrerfolg ungewiss ist. Wenn eine Person rechtswidrig angegriffen wird, ist sie grundsätzlich berechtigt, dasjenige Abwehrmittel zu wählen, welches eine endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet.¹⁰ Der Angegriffene muss auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel nur zurückgreifen, wenn **deren Abwehrwirkung un- zweifelhaft ist und ihm genügend Zeit zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht.**¹¹ So hat eine Androhung auch nur zu erfolgen, wenn sie unter den konkreten Umständen eine so hohe Erfolgsaussicht hat, dass dem Angegriffenen das Risiko eines Fehlschlags und der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden kann.¹² Danach kann unter Umständen

(aus Art, Maß und Stärke des Angriffs, Verteidigungsmöglichkeiten des Angegriffenen, „Kampflage“) auch ein vorher **nicht angedrohter** lebensgefährlicher Messereinsatz im Einzelfall zur Abwehr erforderlich sein.

A sah sich mit seinen 50 Jahren einem wesentlich jüngeren stärkeren Mann gegenüber. Auch seine Trunkenheit beeinträchtigte seine Verteidigungsfähigkeit. Er hatte bereits versucht, den Angreifer verbal zu vertreiben, das aber ohne jeden Erfolg. Das bloße Drohen mit dem Messer, dessen drohendes Vorzeigen oder auch Stiche in andere weniger sensible Körperregionen, hätten den Angriff nicht sofort und endgültig beendet. S ist schließlich für seine Gewalttätigkeiten bekannt. Naheliegender ist es daher, dass er durch mildere Mittel womöglich gereizt und in seiner Aggressionslust bestärkt worden wäre. In einem Gefühl der Überlegenheit gegenüber einem durch Trunkenheit in seiner körperlichen Abwehr- und Reaktionsfähigkeit beeinträchtigten Mann hätte S versuchen können, dem A das Messer gewaltsam abzunehmen. Die Notwehrhandlung des A war daher auch erforderlich (*a.A. gut vertretbar*).

bb) Gebotenheit

Die Notwehrhandlung müsste auch zur Abwehr des Angriffs geboten sein. Dies wäre insbesondere dann nicht der Fall, wenn die Notwehr aus sozialetischen Gründen einzuschränken wäre, etwa, bei Notwehr gegenüber schuldlos Handelnden oder einem krassem Missverhältnis zwischen angegriffenem und dem durch die Verteidigung bedrohten Rechtsgut.¹³ Derartige Einschränkungen sind

⁹ Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 515.

¹⁰ BGH NStZ-RR 2018, 69 (70).

¹¹ BGH NStZ-RR 2018, 69 (70).

¹² Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 515; BGH NStZ-RR 2013, 139 (140).

¹³ Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 522 ff.

hier nicht ersichtlich: S war nicht so betrunken, dass er schuldlos i.S.d. § 20 StGB handelte. Auch besteht kein krasses Missverhältnis bei einer Tötung zur Abwehr von Gewalt gegen eine Person zwecks Wegnahme von Geld. Die Notwehrhandlung war folglich auch geboten.

Hinweis: Die Gebotenheit ist Ausdruck des allgemeinen Verbots des Rechtsmissbrauchs. Auf keinen Fall darf an dieser Stelle eine Abwägung zwischen dem geschützten und dem beeinträchtigten Rechtsgut stattfinden.¹⁴ Eine solche Verhältnismäßigkeitsprüfung gibt es nur beim Notstand (§§ 34, 35 StGB), nicht aber im „schneidigen Notwehrrecht“. Bestenfalls merkt man sich die problematischen Fallgruppen und diskutiert (nur) in diesen die Gebotenheit.

c) Subjektives Rechtfertigungselement

Schließlich ist erforderlich, dass A auch in Kenntnis der rechtfertigenden Umstände sowie mit Verteidigungswillen (str.) handelte.¹⁵ Hier war dem A der Angriff auf seine Rechtsgüter bewusst. Er handelte zudem gerade mit dem Ziel, den Angriff abzuwehren. Das subjektive Rechtfertigungselement ist somit gegeben.

2. Zwischenergebnis

A ist durch Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigt und handelte mithin nicht rechtswidrig.

III. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Bei Verneinung der Erforderlichkeit wäre folgendermaßen weiter zu prüfen:

II. Rechtswidrigkeit

Notwehrhandlung des A nicht erforderlich. → Notwehr (-), daher Rechtswidrigkeit (+)

*Hinweis: Für § 34 StGB müsste bei Abwägung der widerstreitenden Interessen das geschützte Interesse (körperliche Unversehrtheit und Eigentum des A; **Erhaltungsgut**) das beeinträchtigte (Leben des S; **Eingriffsgut**) wesentlich überwiegen. Das ist nicht der Fall.*

III. Schuld

A könnte wegen eines Notwehrexzesses gem. § 33 StGB entschuldigt sein.¹⁶ Dazu müsste A die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken („asthenische Affekte“) überschritten haben. Hier überschritt A durch seine Verteidigung das Maß der Erforderlichkeit. Es liegt daher ein, vom Anwendungsbeereich des § 33 StGB unstrittig erfasster, intensiver Notwehrexzess vor.

A bekam bereits zu Beginn des Angriffs Angst, als S ihn aufforderte, die „Kohle“ herauszugeben, weil A sich dem Angreifer gegenüber hilflos fühlte. Allerdings erfüllt nicht schon jedes Angstgefühl das Merkmal der Furcht; viel-

¹⁴ Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 522 f.

¹⁵ Da hier Verteidigungswille gegeben ist, kommt es auf die Frage der Erforderlichkeit dieser Voraussetzung nicht entscheidend an: geht man davon aus, dass ein solches subj. Rechtfertigungselement vorliegen muss, geht A straflos aus, denn er handelte mit Verteidigungswillen; geht man dage-

gen davon aus, dass Verteidigungswille nicht erforderlich ist, ist A ebenfalls straflos. Wegen der gleichen Ergebnisse ist der Streit hier nicht zu entscheiden. Vgl. hierzu Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 410 ff.

¹⁶ Nur der Vollständigkeit halber; zur Schuld kommen wir noch.

mehr muss ein durch das Gefühl des Bedrohseins verursachter Störungsgrad vorliegen, bei dem der Täter das Geschehen nur noch in erheblich reduziertem Maße verarbeiten kann.¹⁷

A war betrunken und dadurch in seinen körperlichen Abwehrkräften beeinträchtigt und wurde allein auf nächtlicher Straße von einem unbekanntem jungen Mann angegriffen. Dessen Aggressionshandlungen steigerten sich fortwährend (Bedrohen, Schubsen, Ohrfeige).

Für die Annahme eines entschuldigenden Notwehrexzesses braucht der in § 33 StGB genannte asthenische Affekt, hier also „Furcht“, nicht die alleinige oder auch nur überwiegende Ursache für die Überschreitung der Notwehrgrenzen gewesen zu sein. Es genügt, dass er – neben anderen gefühlsmäßigen Regungen – für die Notwehrüberschreitung mitursächlich war.¹⁸ Die Furcht des A war – neben der unmittelbar vor dem Einsatz des Messers hinzutretenden Gereiztheit (Ärger, Zorn, Wut) – mitursächlich für die Notwehrüberschreitung. Da die übrigen Notwehrvoraussetzungen (Notwehrlage, Verteidigungswille) gegeben sind, handelte A im Notwehrexzess gem. § 33 StGB. (a.A. gut vertretbar) Daher ist A entschuldigt.

IV. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

¹⁷ BGH NJW 2001, 3200 (3202).

¹⁸ BGH NJW 2001, 3200 (3202).

Zweiter Tatkomplex

B. STRAFBARKEIT DES A WEGEN TOTSCHLAGS GEM. § 212 ABS. 1 STGB

A könnte sich wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er auf M schoss.

I. Tatbestand

1. **Objektiver Tatbestand**

Durch den Schuss auf M hat A dessen Tod kausal und in objektiv zurechenbarer Weise herbeigeführt. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. **Subjektiver Tatbestand**

A hatte schon länger geplant, M zu töten, handelte also mit Absicht. Vorsatz liegt mithin vor.

Hinweis: Ausreichend wäre es auch gewesen, „nur“ den Vorsatz im Allgemeinen festzustellen; erfüllt doch auch dolus eventualis den subjektiven Tatbestand.

II. Rechtswidrigkeit

1. **Notwehr**

A könnte jedoch durch Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein.

a) **Notwehrlage**

Dafür müsste zunächst eine Notwehrlage vorliegen (zu den Anforderungen s.o.). Im Zeitpunkt des Schusses holte M gerade aus, um den A zu erstechen. Hierin liegt ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff auf das Leben des A. Eine Notwehrlage ist gegeben.

b) **Notwehrhandlung**

A müsste eine zur Abwehr des Angriffs erforderliche und gebotene Notwehrhandlung vorgenommen haben.

aa) *Erforderlichkeit*

Der Schuss auf M war geeignet, den Angriff endgültig zu beenden. Auch hier geht es jedoch um den Einsatz eines lebensgefährlichen Abwehrmittels, sodass wiederum einschränkende Voraussetzungen an die Erforderlichkeit anzulegen sind. Vor dem Schusswaffengebrauch ist grundsätzlich dessen Androhung notwendig. Allerdings befand sich A in einem dunklen Zimmer, M hielt das Messer bereits direkt über A und wollte den möglicherweise tödlichen Angriff unmittelbar ausführen. Um den Angriff sicher abwehren zu können, musste A auf M schießen. Auch ein Schuss auf weniger sensible Körperteile, etwa auf die Beine des M, wäre nicht gleich geeignet und dem A nicht zumutbar gewesen. Die Notwehrhandlung des A war somit erforderlich.

*Hinweis: Hier ist **zweierlei** zu beachten. **Ers**tens: Die **Notwehrlage** ist **objektiv ex-post** zu ermitteln. Objektiv heißt, die Notwehrlage muss tatsächlich und nicht lediglich in der Tätervorstellung vorliegen.¹⁹ Ex-post ist der Beurteilungszeitpunkt, d.h. für die Notwehrlage aus nachträglicher Sicht (lat. „aus danach“). Dass A keine Kenntnis von der Notwehrlage hatte wirkt sich also hier (!) nicht aus, da es auf seine Sicht nicht ankommt. Relevanz entfaltet dieser Umstand erst beim subjektiven Rechtfertigungselement (dazu sogleich).*

***Zweitens:** Ob die **Notwehrhandlung** geeignet und erforderlich war, ist **objektiv ex-ante** zu beurteilen. Es kommt also darauf an, welche*

¹⁹ Eisele/Heinrich Strafrecht AT, 2. Aufl. 2020, Rn. 225.

Maßnahmen ein verständiger Beobachter im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung (ex ante) unter den Gegebenheiten der Notwehrlage (objektiv; tatsächliche Verhältnisse) zur sicheren Abwehr des Angriffs für notwendig erachten würde.²⁰

bb) Gebotenheit

Die Notwehrhandlung müsste auch geboten sein. Als sozialetische Einschränkung der Notwehr kommt hier allenfalls die Fallgruppe der engen familiären Beziehungen in Betracht (str.).²¹ Denn M war As Lebenspartner.

Danach soll aus dem Spannungsverhältnis zwischen dem Recht zur Selbstverteidigung und der Beschützergarantenstellung (§ 13 StGB) gegenüber dem Angreifer die Pflicht folgen, dem Angriff auszuweichen, wenn die Umstände es zulassen.²² Besteht keine Ausweichmöglichkeit, soll im Rahmen der gebotenen Verteidigung notfalls das Risiko einer leichteren Misshandlung hinzunehmen sein, bevor als ultima ratio von möglicherweise tödlich wirkenden Abwehrmitteln Gebrauch gemacht wird (Ausweichen-Schutzwehr-Trutzwehr).²³ Dabei kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an.

A war es nicht zuzumuten, eine Verletzung durch das Messer zu dulden oder abzuwarten, zumal sie möglicherweise lebensgefährlich gewesen wäre. Es konnte nicht von ihm erwartet werden, dass er auf die allein erfolgsversprechende Verteidigung mit der Waffe nur des-

halb verzichtet, weil diese zum Tod des M führen könnte. Daher stellt sich die Handlung des A auch als geboten dar.

c) Subjektives Rechtfertigungselement

A müsste auch das subjektive Rechtfertigungselement erfüllt haben. Er erkannte nicht, dass M ihn angreifen wollte. Fraglich ist, ob die rechtfertigende Wirkung des § 32 StGB dem A auch dann zugute kommt, wenn lediglich objektiv eine Notwehrlage vorlag.

aa) Nach vereinzelter Ansicht ist die Verteidigungshandlung bei Vorliegen einer objektiven Notwehrlage auch dann gerechtfertigt, wenn der Handelnde die Notwehrlage nicht kennt.²⁴ Die Rechtsordnung werde nicht durch die Gesinnung des Täters gestört, sondern durch die Gefährlichkeit des objektiven Verhaltens. Danach wäre A gerechtfertigt und straflos.

bb) Nach ganz h.M. ist dagegen ein subjektives Rechtfertigungselement erforderlich.²⁵ Die Notwendigkeit subjektiver Rechtfertigungselemente ergibt sich daraus, dass sich der Unrechtsgehalt einer Tat aus Handlungs- und Erfolgsunrecht zusammensetzt. Für die Kompensation des Erfolgsunrechts ist lediglich entscheidend, dass die Rechtfertigungssituation objektiv gegeben ist. Für die Kompensation des Handlungsunrechts ist hingegen maßgeblich, dass der Täter in Kenntnis und Übereinstimmung mit der Notwehrsituation handelt. Dafür spricht auch der Wortlaut des § 32 StGB („um ... zu“).

Strittig ist innerhalb dieser Meinung aber, welche Anforderungen an das subjektive Element

²⁰ BGH NStZ 2016, 84 (85); MüKo-StGB/Erb, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 130.

²¹ Dazu Rengier AT § 18 Rn. 68 ff. Diese Meinung befindet sich zu Recht wohl langsam auf dem Rückzug.

²² Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 533 f.

²³ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 533 m.w.N.

²⁴ LK StGB/Spendel, 11. Aufl. 2003, § 32 Rn. 138 ff. Diese Auffassung wird heute kaum mehr vertreten.

²⁵ „Nach heute fast einhelliger Ansicht [...]“, Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 410.

zu stellen sind. Nach einer Ansicht genügt die Kenntnis des Täters von der Notwehrlage.²⁶ Nach anderer Ansicht muss der Täter darüber hinaus auch mit Verteidigungswillen handeln.²⁷ A hatte bereits keine Kenntnis von der Notwehrlage, dementsprechend konnte er auch nicht mit Verteidigungswillen handeln (*a maiore ad minus*). Der Streit um die genauen Anforderungen muss hier daher nicht entschieden werden. Unabhängig davon, welche Anforderungen man an ein subjektives Rechtfertigungselement stellt, erfüllte A sie jedenfalls nicht.

cc) Da die beiden Ansichten zum Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselements zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, ist Stellung zu nehmen. Für die letztgenannte Ansicht spricht, dass nur derjenige, der mit der Intention handelt, den rechtswidrigen Angriff abzuwehren, das Recht gegenüber dem Unrecht wahrt. Eine Handlung ohne diesen Willen würde das Handlungsunrecht der Tat nicht beseitigen. Da F die Notwehrlage nicht erkannte, scheidet eine vollständige Rechtfertigung aus.

dd) Problematisch ist jedoch, ob das Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements zu einer Bestrafung wegen eines vollendeten Delikts oder nur wegen Versuchs führt.

(1) Eine Ansicht geht davon aus, dass mit Nichtvorliegen der subjektiven Notwehrvoraussetzungen eine Rechtfertigung komplett ausscheidet und der Täter wegen eines vollendeten Delikts bestraft werde.²⁸

(2) Eine andere Ansicht meint, der Erfolgsunwert der Tat werde durch die objektiv gegebene Rechtfertigungslage kompensiert. Der

Handlungsunwert bleibe hingegen erhalten. Dies entspricht dem Versuchsunrecht.²⁹

(3) Der allein verbleibende Handlungsunwert kann nicht zu einer Bestrafung wegen des vollendeten Deliktes führen. Das folgt bereits aus der Existenz der Normen über die Versuchsstrafbarkeit. Die entsprechende Anwendung der Normen über die Versuchsstrafbarkeit verstößt auch nicht gegen das Analogieverbot, Art. 103 Abs. 2 GG, da sie zugunsten des Täters angewendet wird.

2. Zwischenergebnis

Eine Strafbarkeit wegen vollendeter Tötung ist insoweit abzulehnen (*a.A. gut vertretbar*).

III. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

²⁶ Kühl AT § 7 Rn. 128.

²⁷ BGH NJW 2013, 2133 (2135); Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 413 f.

²⁸ Vgl. BGH NSTZ 2005, 332 (334).

²⁹ Kühl AT § 6 Rn. 14 ff.; Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 415.

C. STRAFBARKEIT DES A WEGEN VERSUCHTEN TOTSCHLAGS GEM. §§ 212 ABS. 1, 22, 23 ABS. 1 STGB

Indem A auf M schoss, könnte er sich wegen versuchten Totschlags gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. „Vorprüfung“³⁰

1. Zwar ist der Erfolg vorliegend eingetreten: M starb. Da das Erfolgsunrecht jedoch durch das Vorliegen der objektiven Notwehrvoraussetzungen kompensiert wurde, ist der Tatbestand im rechtlichen Sinn dennoch nicht vollendet worden.

2. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich für den Totschlag als Verbrechen aus §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB.

II. Tatentschluss und Unmittelbares Ansetzen

A handelte mit Tatentschluss und setzte durch die Abgabe des Schusses auch unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an.

III. Rechtswidrigkeit

Da A ohne Verteidigungswillen handelte, scheidet eine Rechtfertigung des Versuchs aus.

IV. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

V. Ergebnis

A hat sich wegen versuchten Totschlags gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

³⁰ Kritisch zu diesem „Prüfungspunkt“ Putzke JuS 2009, 894 (895).