

Fall 1 – Lösungshinweise

Grundfall

In der Wohnung

A. Strafbarkeit der M (Schlag mit der Vase)

I. Gem. §§ 212 I, 22, 23 I StGB

Diese Prüfung scheidet am fehlenden Tatentschluss, da der Sachverhalt hier keine herauf hindeutenden Angaben enthält. Sie kann daher auch weggelassen werden.

II. Strafbarkeit der M gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5, 226 I Nr. 3 StGB

Es ist auch möglich, statt des hier gewählten Aufbaus erst §§ 223, 224 I StGB als „gewöhnliches“ vorsätzliches qualifiziertes Delikt zu prüfen und anschließend gesondert auf §§ 223 I, 226 StGB einzugehen. Von einer gemeinsamen Behandlung der §§ 223, 224, 226 StGB rät ab Rengier BT II, 20. Aufl. 2019, § 14 Rn. 2; § 15 Rn. 3 f.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand (§§ 223, 224 StGB)

aa) § 223 I StGB

(1) Körperliche Misshandlung: Substanzverletzende Einwirkungen auf den Körper sowie jede üble, unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird; hier: Vase über den Schädel, daher (+)

(2) Gesundheitsschädigung: Hervorrufen, Steigern oder Aufrechterhalten eines vom Normalzustandes nachteilig abweichenden krankhaften Zustandes körperlicher oder seelischer Art. Vase über den Schädel/Sturz/Bruch der Halswirbel (+)

(3) Zwischenergebnis: obj. TB des § 223 StGB (+)

bb) § 224 I Nr. 2, 5 StGB

(1) § 224 I Nr. 2 StGB

(a) Waffe umfasst solche gebrauchsbereiten Werkzeuge, die nach der Art ihrer Anfertigung nicht nur geeignet, sondern auch allgemein dazu bestimmt sind, Menschen durch ihre mechanische oder chemische Wirkung körperlich zu verletzen (BGHSt 4, 125); bei Vase (-)

(b) Gefährliches Werkzeug ist jeder bewegliche Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Verwendung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen. Die Vase war schwer und nach Art ihrer Verwendung – T „schmettert sie dem O über den Schädel“ – im konkreten Fall geeignet, schwere Kopfverletzungen hervorzurufen.

(2) § 224 I Nr. 5 StGB

Streitig, ob die Gefahr für das Leben konkret oder abstrakt sein muss; h.M.: Eignungsdelikt; Streitentscheid vorliegend unerheblich, da auch engere Voraussetzung gegeben.

b) Subjektiver Tatbestand

Vorsatz: In Bezug auf die (qualifizierte) Körperverletzung (+)

2. Tatbestandsmäßigkeit gem. § 226 I Nr. 3 StGB („Lähmung“)

a) Eintritt der schweren Folge

Lähmung ist die erhebliche Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit eines Körperteils, die den ganzen Körper in Mitleidenschaft zieht. Durch den Bruch der Halswirbel ist O vom Hals abwärts gelähmt, die schwere Folge einer Lähmung ist mithin eingetreten.

b) Verursachung der schweren Folge (Kausalität) (+)

c) Fahrlässige objektiv zurechenbare Verursachung der schweren Folge

aa) Allgemeine Zurechnungsregeln: In der vorsätzlich verwirklichten Körperverletzung liegt ein Sorgfaltspflichtverstoß, der eine rechtlich missbilligte Gefahr für Leib und Leben des O begründet hat. Dass der Schlag mit einer schweren Bleivase auf den Kopf eines Menschen schwerste Verletzungen verursachen konnte, war objektiv vorhersehbar. Gem. § 18 StGB ist für die Tatbestandsverwirklichung des § 226 StGB in Bezug auf die besonders schwere Folge Fahrlässigkeit ausreichend (sog. Erfolgsqualifikation).

bb) Spezifischer Gefahrenzusammenhang: In dem Sturz und dem daraus resultierenden Bruch der Halswirbel hat sich genau die tatbestandsspezifische Gefahr der Körperverletzungshandlung verwirklicht, die M durch den Schlag mit der Vase geschaffen hat.

3. Rechtswidrigkeit

a) Notwehr

aa) Notwehrlage – „gegenwärtiger rechtswidriger Angriff“

(1) Angriff

Menschliches Verhalten, das rechtlich geschützte Interessen zu verletzen droht.

O will sich entschuldigen, ein Angriff auf die körperliche Integrität liegt nicht vor.

Durch das unerlaubte Eindringen in die Wohnung der M wird allerdings das durch § 123 StGB geschützte Recht der räumlichen Privatsphäre verletzt. Ein Angriff hierauf liegt vor.

(2) gegenwärtig

Jeder Angriff, der unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert. O befindet sich zum Zeitpunkt des Schlages noch in der Wohnung.

(3) rechtswidrig

Keine Rechtfertigungsgründe für das Verhalten des O ersichtlich. Die beabsichtigte Entschuldigung erlaubt nicht das Betreten der Wohnung ohne Absprache.

bb) Notwehrhandlung

(1) Erforderlichkeit

Die Notwehrhandlung muss erforderlich sein, d.h. sie muss zur Abwehr des Angriffs geeignet sein und zudem das mildeste zur Verfügung stehende Mittel darstellen.

(a) Geeignetheit

Geeignet ist jede Verteidigungshandlung, die in der Lage ist, den Angriff sofort abzuwenden oder zumindest zu erschweren. Der Schlag mit der Vase auf den Kopf war geeignet, den Angriff auf das Hausrecht abzuwenden. Zwar könnte man auch argumentieren, dass der Schlag den Hausfriedensbruch selbst nicht beendet, also bereits ungeeignet ist. Jedoch ist durch den Hausfriedens-

bruch auch gerade das freie Bewegen in einer fremden, privaten räumlichen Sphäre erfasst, das durch den Schlag abgewendet werden kann.

(b) Mildestes Mittel

Der Schlag mit der Vase müsste auch das relativ mildeste Mittel darstellen. Unter mehreren gleich geeigneten Mitteln ist jenes zu wählen, das die Rechtsgüter des Angreifers am wenigsten beeinträchtigt. Durch ein Ausweichen kann der Angriff nicht beendet werden. Das Herbeirufen der Polizei wäre nicht gleichermaßen effektiv. Es ist also kein gleichgeeignetes Mittel ersichtlich, der Schlag dementsprechend zur Verteidigung erforderlich.

(2) Gebotenheit¹

Möglich erscheint eine sozial-normative Einschränkung der Notwehrhandlung. Aus dem Leitgedanken des § 32 StGB, dem Rechtsbewährungsprinzip, ergibt sich immer dann eine sozial-normative Einschränkung der Notwehrhandlung, wenn ein solches Verhalten normativ nicht erwünscht ist.

Das Rechtssystem ist geprägt von der Vorstellung, Schuldunfähige zu schützen bzw. ihnen nicht mit voller Härte zu begegnen (vgl. §§ 104 ff. BGB, § 20 StGB). Daher kann der in Notwehr Handelnde, der stellvertretend für die Rechtsgemeinschaft das Recht bewahren soll, nicht gerechtfertigt sein, wenn seine Handlung den Leitgedanken des Rechtssystems widerspricht. Hier war O ersichtlich betrunken und mithin schuldunfähig. Die Einschränkung erfolgt in drei Stufen. Der Notwehrtäter muss bei Möglichkeit ausweichen, darf erst dann Schutzwehr üben und sich erst bei Misserfolg dieser sich mit Trutzwehr verteidigen. Vorliegend wäre das Hausrecht der M nach einem etwaigen Ausweichen weiterhin beeinträchtigt gewesen. Allerdings war es M gefahrlos zuzumuten, auf das weniger effektive aber gleichfalls geeignete Mittel des Hilferufs auszuweichen.

¹ Zur Vertiefung für Interessierte (nicht klausurrelevant!): Entgegen der ganz h.M. und der Gesetzesbegründung wird teilweise vertreten, der Ausdruck „geboten“ (§ 32 I StGB) könne nicht einfach dahin gedeutet werden, er stelle eine Hürde für das Notwehrrecht dar, ohne sich damit zu befassen, wie das Wort im Zusammenhang des § 32 StGB gebraucht wird. Geboten heißt so viel wie „vorgeschrieben“, d.h. es markiert einen Imperativ. Das ergibt aber in diesem Zusammenhang offenkundig keinen Sinn (niemand ist zur Ausübung einer Notwehrhandlung *verpflichtet*, außer ggf. ein Garant zur Nothilfe). Daher kann „geboten“ nur heißen, dass die Vornahme einer bestimmten Handlung insofern *geboten ist*, als sie *erforderlich* ist, das Ziel, also die effektive Verteidigung, zu bewerkstelligen. Damit lassen sich aber keine Einschränkungen rechtfertigen; durch „geboten“ wird schlicht auf die Voraussetzungen des Abs. 2 Bezug genommen. Zum Ganzen MK/Erb, Band 1, 3. Aufl. 2017, § 32 Rn. 201 ff. insb. Rn. 204-207.

Zudem könnte ein krasses Missverhältnis zwischen der Beeinträchtigung durch den Hausfriedensbruch und der Abwehrhandlung der M vorliegen. Dieser Aspekt ist restriktiv zu handhaben, um eine allgemeine Güterabwägung im Rahmen des § 32 StGB zu vermeiden. Grundsätzlich darf auch das Hausrecht mit scharfen Mitteln verteidigt werden. Vorliegend war O in die Wohnung von M und T eingedrungen, um sich zu entschuldigen. Dass M von einem körperlichen Angriff ausging, spielt insofern keine Rolle. Dennoch stellt sich der Angriff auf das Hausrecht der M nicht als ganz niederschwellig dar, da die Beeinträchtigung des Hausrechts durch den ehemaligen Vergewaltiger eine gesteigerte Qualität hat (i.E. beides vertretbar; die h.M. ist sehr restriktiv und nimmt ein solches Missverhältnis nur bei mehr oder weniger sicherem Todeseintritt beim Angreifer an;² mit entsprechender Begründung – schwere Folge durch Lähmung, mindestens abstrakt, wenn nicht gar konkret lebensgefährliche Behandlung, Eindringen zum Zwecke der Entschuldigung – ließe sich diese Einschränkung aber auch bejahen).

Folglich ist die Handlung der M nicht geboten.

b) Teilergebnis: Die Tat ist nicht gerechtfertigt.

4. Erlaubnistatumstandsirrtum (ETUI) (-)

Möglicherweise erlag M einem ETUI. Dafür müsste sie sich eine Situation vorgestellt haben, die ihr Handeln bei tatsächlichem Vorliegen rechtfertigen würde.

a) fiktive Notwehrlage (+)

M fürchtet einen unmittelbare bevorstehenden und damit gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff auf ihre körperliche Integrität.

b) fiktive Notwehrhandlung (-)

aa) Erforderlichkeit (+), wie oben.

bb) Gebotenheit

Ein krasses Missverhältnis liegt hier ebenfalls nicht vor, da sich M sogar eines Angriffs auf die körperliche Unversehrtheit versieht.³ Allerdings war O erkennbar schuldunfähig betrunken, weshalb

² Vgl. die bei Sch/Sch/Perron/Eisele, 30.Aufl. 2019, § 32 Rn. 51 f. referierte h.M. mit Beispielen.

³ Wer oben ein krasses Missverhältnis zwischen Hausrecht und Verteidigungshandlung angenommen hat, muss jedenfalls hier ein krasses Missverhältnis ablehnen.

auch bei einem gedachten Angriff auf die körperliche Unversehrtheit der M die daraus folgende sozial-normative Einschränkung der Notwehr zu beachten ist. Mithin hätte M sich auch gegen einen körperlichen Angriff nur im Rahmen des bereits bei § 32 StGB angesprochenen Dreischritts verteidigen und folglich jedenfalls keine Trutzwehr üben dürfen (primär Ausweichen oder Versuch, Hilfe von Nachbarn oder der Polizei zu holen). Damit war ihre Verteidigung aufgrund der erkennbaren Schuldunfähigkeit des O trotzdem nicht geboten. Darin, dass M meint, das Recht habe dem Unrecht nicht zu weichen, liegt kein Irrtum über die Tatumstände, sondern lediglich über die rechtliche Bewertung derselben. Auch nach Ms Vorstellung ist demnach die Notwehrhandlung nicht geboten.

c) Zwischenergebnis

Mangels fiktiver Rechtfertigung des Schlages mit der Vase durch Notwehr liegen schon die Voraussetzungen eines ETUI nicht vor, so dass auf dessen umstrittene rechtliche Bewertung nicht eingegangen werden muss.

5. Schuld

Das Herbeiführen der schweren Folge (Lähmung) für M auch subjektiv sorgfaltswidrig und von ihr subjektiv vorhersehbar.

a) Erlaubnisirrtum, § 17 S. 1 StGB

Die Schuld der M könnte aber mangels Unrechtsbewusstsein nach § 17 S. 1 StGB entfallen. M schätzt die Grenzen des Notwehrrechts falsch ein. Ihr fehlt also das aktuelle Unrechtsbewusstsein i.S.d § 17 S. 1 StGB.

Jedoch war der Irrtum nach § 17 S. 2 StGB bei gehöriger Gewissensanspannung und Einsatz aller Erkenntniskräfte vermeidbar. Folglich entfällt die Schuld der M auch nicht gem. § 17 StGB.

b) Notwehrexzess, § 33 StGB

Für § 33 StGB fehlt es laut Sachverhalt ersichtlich an einem sog. asthenischen Affekt.

c) Entschuldigender Notstand, § 35 I StGB

Vorliegend fehlt es an einer Notstandslage, da kein notstandsfähiges Gut in Gefahr war.

d) Irrtum über entschuldigende Umstände, § 35 II 1 StGB

Für eine Entschuldigung nach § 35 II 1 StGB müsste M bei Begehung der Tat irrig Umstände angenommen haben, die sie gemäß § 35 I StGB entschuldigt hätten. Jedoch stellte sich M keinen Sachverhalt vor, der das Niederschlagen des O erfordert hätte, denn M hätte ausweichen können („nicht anders abwendbar“ § 35 I StGB). Mithin ist M nicht nach § 35 II 1 StGB entschuldigt.

6. Ergebnis: M ist nach §§ 223, 226 I Nr. 3 StGB strafbar. Allerdings kann ihre Strafe nach § 17 S. 2 i.V.m. § 49 I StGB gemildert werden.

Im Pflegeheim

B. Strafbarkeit des C gem. § 216 StGB⁴

§ 216 StGB verlangt ein *ausdrückliches* Verlangen, das voraussetzt, dass der Sterbewille unmissverständlich kundgetan wurde. Hier hat O die Handlung des C ausschließlich innerlich gebilligt, so dass es an der Ausdrücklichkeit offenkundig fehlt.

C. Strafbarkeit des C gem. §§ 212 I, 211 II Var. 3, 5 StGB

C könnte sich wegen Mordes gem. §§ 212 I, 211 II Var. 3, 5 StGB strafbar gemacht haben, als er den O erwürgte.

I. Obj. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand des § 212 StGB

Mit dem Tod des O ist der tatbestandliche Erfolg eingetreten. Fraglich ist aber, ob C der Tod des O täterschaftlich zugerechnet werden kann oder ob er lediglich straflose Beihilfe zum Suizid leistete. Das richtet sich danach, wer die Tatausführung im Wesentlichen beherrscht hat.

Für eine straflose Beihilfe zum Suizid des O spricht, dass O keine Hilfe herbeigerufen hat. Weil O um Hilfe hätte rufen können, könnte man meinen, dass O selbst die Tat in den Händen hielt. Auch brauchte er, da er vom Hals ab querschnittsgelähmt war, die Hilfe eines anderen, um den Freitod auszuüben.

⁴ Nach h.M. entfaltet die Privilegierung des § 216 StGB gegenüber den §§ 212, 211 StGB eine Sperrwirkung. Zur klauertaktischen Handhabung der Vorschrift *Rengier* BT II § 6 Rn. 2 ff.; s. auch KK BT 49 f.

Doch müsste sich für die Annahme einer tatbeherrschenden Stellung des O sein Sohn diesem als Werkzeug völlig untergeordnet haben.

Indes war C unabhängig vom Willen des O dazu entschlossen, diesen zu töten. O hatte weder einen konkreten Einfluss auf das „Ob“ noch auf das „Wie“ der Tatausführung.

Die Tatsache, dass er die gegen sich gerichtete Tat durch Hilferufe hätte verhindern können, reicht nicht zur Annahme einer Tatherrschaft aus, O konnte seinen Tod selbst gerade nicht herbeiführen. Nicht O, sondern C hatte die Tatherrschaft.

2. Objektiver Tatbestand des § 211 StGB

Die hier in Betracht kommende **Heimtücke** ist das bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers. Arglos ist, wer sich im Zeitpunkt der Tathandlung keines Angriffs versieht. O wusste, was sein Sohn vorhatte. Er war also im Zeitpunkt der Angriffshandlung des C nicht arglos.⁵

II. Subjektiver Tatbestand

1. Tötungsvorsatz (+)

2. Habgier?

Habgier ist jedes gesteigerte, über bloße Gewinnsucht hinausgehende, rücksichtslose Gewinnstreben um jeden Preis. Vorliegend handelte C jedoch nicht, um nach Gewinn zu streben, sondern um sich seiner Verbindlichkeiten zu entledigen.

Man könnte argumentieren, dass Art. 103 II GG es verbiete, die „Behaltegier“ unter Habgier zu subsumieren. Indes macht es keinen wirtschaftlichen Unterschied, ob man Verbindlichkeiten beseitigen oder sein Vermögen (in sonstiger Weise) mehren möchte. Ein zu enges Verständnis scheint auch im Lichte des Art. 103 II GG nicht geboten, da es gleichermaßen verwerflich ist, zum Schutze des bestehenden Vermögens zu töten wie zur Mehrung des Vermögens. Daher erfüllt C das Merkmal der Habgier.⁶

III. Rechtswidrigkeit

⁵ Es handelt sich auch nicht um eine Konstellation von konstitutioneller Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers (vgl. KK BT 30 f.), weil O querschnittsgelähmt war. O konnte Argwohn hegen und sich mittels Hilferuf um Verteidigung bemühen; vgl. die Falllösung bei *Weißer* JuS 2009, 135, 136.

⁶ S. dazu auch KK BT 24 f.

Eine die Rechtswidrigkeit ausschließenden Einwilligung in die Tötung ist von vornherein aufgrund der Regelung des § 216 StGB ausgeschlossen.

IV. Schuld (+)

V. Ergebnis: C ist nach §§ 212 I, 211 II Var. 3 StGB strafbar. §§ 223 ff. StGB treten zurück.

D. Strafbarkeit des T gem. §§ 212 I, 211 II, 26 StGB

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

T könnte sich wegen Anstiftung zum Mord gem. §§ 212 I, 211 II, 26 StGB strafbar gemacht haben.

Dafür müsste der T den C zu einer vorsätzlichen rechtswidrigen Tat bestimmt haben. Die Tötungshandlung des C stellt sich als vorsätzliche rechtswidrige Tat dar.

Bestimmen ist das Hervorrufen des Tatentschlusses durch den Anstiftenden. Da C vorher selbst schon mit dem Gedanken gespielt hat, den O zu töten, könnte vorliegend eine Anstiftung ausscheiden, wenn C ein omnimodo facturus, also ein bereits zur Tat Entschlossener wäre. Es genügt aber noch nicht jede bloße Tatgeneigtheit, sondern erst ein fester Tatentschluss. Der konkrete Entschluss zur Tat in ihrer konkreten Form wurde von T erzeugt, so dass T auch zu der konkreten Tat objektiv angestiftet hat.

2. Subjektiver Tatbestand (+)

II. Tatbestandsverschiebung

T wusste um die Habgier des C, handelte aber selbst nicht aus einer solchen heraus. Es ist daher fraglich, ob T als Anstifter zum Totschlag oder als Anstifter zum Mord zu bestrafen ist.

Ersteres wäre dann der Fall, wenn § 28 II StGB heranzuziehen wäre. Allerdings ist die Anwendbarkeit des § 28 II StGB auf besondere persönliche Mordmerkmale wie die Habgier umstritten.

1. Die Rspr. sieht im Anschluss an die unumstritten längst aufgegebene sog. Tätertypenlehre im Totschlag und Mord noch heute zwei eigenständige Delikte und nicht lediglich Grundtatbestand und Qualifikation. Begründet wird dies mit der Systematik des Gesetzes, nach der typischerweise das allgemeinere Delikt am Anfang steht, sowie mit der gefestigten Rechtsprechung. Nach dieser

Ansicht sind die täterbezogenen Mordmerkmale des § 211 StGB *strafbarkeitsbegründend* i.S.d. § 28 I StGB, so dass dieser und nicht § 28 II StGB anzuwenden wäre.

Folglich wäre nach der Rechtsprechung T als Anstifter zum Mord gem. §§ 212 I, 211 II Var. 3, 26 StGB zu bestrafen, wobei seine Strafe gem. § 49 I StGB zu mildern wäre.

2. Nach ganz herrschender Meinung hingegen ist § 211 StGB eine Qualifikation zu § 212 StGB, so dass die Mordmerkmale nicht strafbarkeitsbegründend, sondern *strafschärfend* i.S.d. § 28 II StGB wirken. Entscheidend ist dann, ob T in eigener Person besondere persönliche Mordmerkmale verwirklicht hat. Habgierig hat T selbst nicht gehandelt.

Bei ihm kommen **niedrige Beweggründe** in Betracht. Die Definition der niedrigen Beweggründe ist umstritten. Nach dem BGH gilt: „Niedrig ist ein Tötungsbeweggrund, der nachallgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht, durch hemmungslose, triebhafte Eigensucht bestimmt und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich ist“ (BGHSt 3, 133).

Eine schwierige Konstellation der niedrigen Beweggründe stellen die sogenannten Fälle der „Blutrache“ und „Ehrenmorde“ dar, wie vorliegend der Fall des T.

Es ist vorliegend fraglich, ob das Strafrecht objektiv die kontinentaleuropäischen Wertvorstellungen bzw. die der „Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland“ (BGH NJW 2006, 1011) zugrunde legen sollte oder individuell diejenigen des Kulturkreises, aus dem der Täter stammt.

Vorliegend fühlte sich der T aufgrund den Traditionen seiner Ursprungskultur, aber auch aus Wut und Ärger motiviert, den C zur Tötung des O anzustiften.

Gefühlsregungen wie Eifersucht, Rache, Wut oder Hass kommen nach ständiger Rechtsprechung nur dann als niedrige Beweggründe in Betracht, wenn sie ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruhen, was am ehesten der Fall ist, wenn diese Gefühlsregungen jeglichen nachvollziehbaren Grund entbehren (BGH NStZ 2011, 35).

Vorliegend hat T zwar aus Blutrache gehandelt, doch war sein Wunsch, den O töten zu lassen, in Anbetracht vorangegangener Vergewaltigung der M menschlich nachvollziehbar,⁷ so dass das Mordmerkmal niedrige Beweggründe nicht gegeben ist.

Folglich wäre T als Anstifter zum Totschlag gem. §§ 212 I, 26 StGB zu bestrafen.

3. Eine dritte Ansicht sieht in den Mordmerkmalen spezielle Schuldmerkmale, die gem. § 29 StGB im Rahmen der Schuld zu berücksichtigen sind. D.h. es kann nach § 211 StGB nur bestraft werden, wer in seiner Person ein persönliches Mordmerkmal verwirklicht.

Folglich wäre T ebenfalls als Anstifter zum Totschlag gem. §§ 212 I, 26 StGB zu bestrafen.

4. Diskussion: Für die herrschende Meinung spricht zunächst, dass die bei der Neufassung der §§ 211, 212 StGB vertretene Tätertypenlehre schon aufgegeben war, so dass die damals intendierte Systematik im Lichte des heutigen Rechtsverständnisses neu interpretiert werden kann. Auch die Berufung auf die ständige Rspr. kann als solche kaum als fundiertes Argument angesehen werden. Es ist offensichtlich, dass in jedem Mord auch ein Totschlag enthalten ist,⁸ und folglich kaum von zwei verschiedenen Tatbeständen ausgegangen werden kann, die auf verschiedenem Unrecht beruhen. Dies gibt der BGH indirekt auch zu, wenn er ausführt, dass ein Mörder und ein Totschläger mittäterschaftlich zusammenwirken können. Das über den § 25 StGB zugerechnete Unrecht verwandelt sich somit auch beim BGH nur durch die hinzukommenden Mordmerkmale vom Totschlag zum Mord, so dass die strafscharfende Funktion der Mordmerkmale kaum geleugnet werden kann. § 29 StGB findet hingegen nur auf allgemeine Schuldmerkmale (z.B. § 20 StGB und § 35 StGB) Anwendung und nicht auf spezielle, die in den einzelnen Tatbeständen geregelt sind. Der

⁷ Man könnte hier aber auch argumentieren, der O sei durch den Schlag der M mit der Vase und der daraus folgenden Querschnittslähmung schon genug gestraft, so dass eine solche Racheaktion nunmehr nicht mehr nachvollzogen werden könnte (vgl. den Gedanken des § 60 StGB).

⁸ Mittlerweile räumt die Rspr. aber ein, dass der Unrechtsgehalt des § 212 StGB notwendig in § 211 StGB enthalten ist und dass der Wortlaut („ohne Mörder zu sein“) dem nicht widerspricht. Dennoch hält der BGH bislang an seiner Rspr. fest. Ein dogmatischer Grund ist nicht ersichtlich. Vermutlich liegt der Grund dafür darin, dass auf diese Weise auch Gehilfen in Konzentrationslagern des NS-Regimes (vgl. die in KK AT 47 f. genannten Verfahren) noch verurteilt werden können. Für die Einstufung als Mord ist die Person des Haupttäters entscheidend, sofern man § 28 I StGB für anwendbar hält. Auch wenn beim Gehilfen selbst nunmehr kein Mordmerkmal festgestellt werden kann, richtet sich die Verjährung also nach dem Mord des Haupttäters. Hält man dagegen § 28 II StGB für anwendbar, ist die Person des Gehilfen entscheidend (MK/*Mitsch*, Band 2, 3. Aufl. 2016, § 78 Rn. 21); als Totschlagstaten wären die Taten aber bereits verjährt. Vgl. dazu die Stellungnahme des Generalbundesanwalts in NJW 1969, 1157 ff.; *Jakobs* NJW 1969, 489 ff.; *Schröder* JZ 1969, 132.

Anstifter hat eine Rechtsgutsverletzung mitbewirkt, die er auch täterschaftlich begehen kann. Das Fehlen des speziellen Schuldmerkmals (des Mordmerkmals der Habgier) wird über § 28 ausreichend berücksichtigt, so dass es zu keiner Verletzung des Schuldprinzips kommt.⁹ Infolgedessen ist § 28 II heranzuziehen.

III. Rw/Schuld (+)

IV. §§ 212, 213, 26 StGB

Unabhängig davon, ob § 213 StGB auch auf Anstifter und deren Anstiftungshandlung anwendbar ist, wurde T jedenfalls nicht „auf der Stelle zu Tat hingerissen“. Zu beachten ist aber, dass die Rechtsprechung das Merkmal „auf der Stelle“ weit auslegt und auch mehrere Stunden zwischen Provokation und Tathandlung ausreichen lässt, sofern der Affektzustand der akuten Gemütswallung die Tatmotivation noch mitdominiert. Hier macht T sich aber sogar noch über das zu erwartende Strafmaß Gedanken und begibt sich zu C, um diesen zur Tat aufzufordern. Ein dominanter Affektzustand der eingeschränkten Selbstbeherrschung liegt daher nicht vor (a.A. bei entsprechender Sachverhaltsauslegung und Begründung vertretbar – vgl. zum Ganzen den Überblick bei MK/Scheider, Band 4, 3. Aufl. 2017, § 213 Rn. 29 ff., 32 ff.).

V. Ergebnis: T ist gem. §§ 212, 26 StGB strafbar.

⁹ Radtke JuS 2018, 641, 644 ff.; ferner für Interessierte zu den §§ 28, 29 StGB Roxin AT II, 2003, § 27 Rn. 1 ff.; Jakobs AT, 2. Aufl. 1991, 23/1 ff.

Abwandlung:

A. Strafbarkeit des C gem. §§ 212 I, 211 II, 22, 23 I, 12 I StGB

I. Vorprüfung

1. Nichtvollendung der Tat (+)
2. Strafbarkeit des Versuches nach §§ 212 I, 211 II, 22, 23 I StGB (+)

II. Tatentschluss

1. bzgl. kausaler, objektiv zurechenbarer Tötung des O (+)
2. Habgier (+)

III. Unmittelbares Ansetzen (+), durch das Würgen mit dem Kopfhörerkabel.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

V. Rücktritt, § 24 I 1 StGB (+)

Die Strafe wegen Versuchs könnte bei C jedoch entfallen, wenn er zurückgetreten ist nach § 24 I 1 StGB.

1. Kein fehlgeschlagener Versuch

Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der Täter nach der letzten Ausführungshandlung davon ausgeht, mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den tatbestandlichen Erfolg nicht mehr oder nicht mehr ohne zeitliche Zäsur erreichen zu können.

C könnte den O weiter würgen oder ihn einfach sterben lassen und damit den tatbestandlichen Erfolg herbeiführen. Ein Fehlschlag liegt nicht vor.

2. Beendeter Versuch

a) Fraglich ist, ob für die Straflosigkeit des C bzgl. §§ 212 I, 211 II, 22 StGB C nur die weitere Tat handlung aufgeben (§ 24 I 1 Var. 1 StGB) oder ob er die Vollendung verhindern muss (§ 24 I 1 Var. 2 StGB). Dies richtet sich danach, ob der Versuch unbeendet oder beendet ist.

Ein Versuch ist unbeendet, wenn der Täter nach der letzten Ausführungshandlung davon ausgeht, noch nicht alles Erforderliche für die Tatbestandsvollendung gemacht zu haben.

Von einem beendeten Versuch ist auszugehen, wenn der Täter nach der letzten Ausführungshandlung davon ausgeht, alles Erforderliche getan zu haben, und den Erfolgseintritt auch für möglich hält.

Entscheidender Zeitpunkt für die Beurteilung ist die Sicht des Täters bei der letzten Ausführungshandlung (Rücktrittshorizont) und nicht seine Vorstellung bei Beginn der Tat (Tatplantheorie). Anderenfalls würde der skrupellose Täter bevorzugt, der bei Beginn der Tatausführung sich möglichst viele Optionen offenhält.

Vorliegend erkennt C, dass O ohne ärztliche Hilfe versterben wird. Er hat also bereits die Tötungskausalität gesetzt. Folglich liegt ein beendeter Versuch vor.

b) Nach § 24 I 1 Var. 2 StGB muss C den Erfolgseintritt verhindern.

Problematisch ist die Auslegung des Merkmals „verhindern“.

Der Wortlaut ist nicht eindeutig. Aber in Abgrenzung zum Aufgeben der Tat müssen zumindest aktiv Gegenmaßnahmen ergriffen werden. Da beim beendeten Versuch schon eine realisierbare Tötungskausalität gesetzt wurde, ist für ein Verhindern im Sinne der Norm eine Verhinderungskausalität zu erwarten. Nur so kann das Erfolgsunrecht noch abgewendet werden, was die Rückkehr zur Legalität begründet. Indem C dem Hausmeister Bescheid gegeben hat, hat er eine neue erfolgsverhindernde Kausalkette gesetzt.

Fraglich ist aber, ob eine einfache Verhinderungskausalität ausreicht oder Verhindern nicht vielmehr bedeutet, das Bestmögliche zu unternehmen, mithin dem Zufall keinen Raum zu lassen, sofern er vermeidbar ist. Eine solche Auslegung könnte systematisch mit dem Argument untermauert werden, wenn der ungefährlichere untaugliche Versuch, der unter § 24 I 2 StGB fällt, ein ernsthaftes Bemühen erfordere, dann müsse dies erst recht für den tauglichen Versuch gelten. Dem lässt sich jedoch erwidern, dass gerade ein systematischer Vergleich zwischen § 24 I 1 Var. 2 StGB und § 24 I 2 StGB deutlich zeigt, dass der Gesetzgeber zwischen der einfachen Verhinderung und dem ernsthaften Bemühen differenziert. Auch unter teleologischen Gesichtspunkten erscheint die Ansicht angreifbar, die Rückkehr in die Legalität müsse ein ernsthaftes Bemühen um die Verhinderung voraussetzen. Honoriert wird die Neutralisierung des Rechtsgutsangriffs. Ein Rechtsgutsangriff liegt schon bei jedem kausalen und obj. zurechenbarem Verhalten vor. Dementsprechend muss schon honoriert werden, wenn der Täter einen kausal wirksamen, obj. zurechenbaren Rück-

trittserfolg erzielt. Das heißt, dass nicht jede Zufallskausalität reicht, sondern die Verhinderung für den Täter auch voraussehbar sein muss. Auf diese Weise lässt sich auch der Opferschutz besser entfalten, denn der Täter soll eher zu einem „halbherzigen“ Rücktritt motiviert werden als zu gar keinem. Vorliegend hat C eine Verhinderungskausalität gesetzt. Diese war ihm auch zurechenbar.

In subjektiver Hinsicht muss für die Rückkehr zur Legalität dann auch das Handlungsunrecht durch einen positiven Handlungswert ausgeglichen werden. Mithin muss der Unrechtsvorsatz einer positiven Rechtsmotivation weichen. C müsste also bewusst und gewollt die Tat verhindern. C war sich der Verhinderungskausalität bewusst und wollte dies auch.

3. Freiwilligkeit

Freiwillig handelt, wer von autonomen, inneren Beweggründen, und nicht heteronomen Zwängen geleitet wird. Heteronom sind die Gründe insbesondere, wenn der Täter nicht mehr Herr seiner Entschlüsse ist. Dabei müssen die Beweggründe, um den Opferschutz bestmöglich zu entfalten, auch nicht billigenswert sein.

C will dem O nicht die Genugtuung des Todes gönnen. Er handelt dabei nicht fremdbestimmt, sondern autonom und somit freiwillig.

4. Zwischenergebnis

C ist vom versuchten Mord nach § 24 I 1 Var. 2 StGB zurückgetreten.

VI. Ergebnis: §§ 212 I, 211 II, 22 StGB (-)

B. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, Nr. 5 StGB (+)

Keine Rechtfertigung durch (mutmaßliche) Einwilligung. Eine nach außen getretene Einwilligung liegt nicht vor. Der Rückgriff auf die mutmaßliche Einwilligung ist versperrt, da C hätte nachfragen können. Zudem greift bei lebensgefährdenden Behandlungen § 228 StGB ein, wodurch die rechtfertigende Einwilligung generell ausgeschlossen ist.

Ergebnis der Abwandlung: C ist nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Var. 2, Nr. 5 StGB strafbar.

zum Nacharbeiten: *Weißer* JuS 2009, 135 ff.

Lernhinweis: Zur Vertiefung der behandelten Problemfelder empfiehlt sich ein Blick in das **Problemfeld-wiki**.

- Einschränkung des Notwehrrechts bei Angriffen schuldlos Handelnder: <http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/rw/notwehr/einschraenkung-bei-angriffen-von-schuldlos-handelnden/>
- „Behaltegier“: <http://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/211/habgier-schulden/>
- Akzessorietätslockerung – Das Verhältnis von Mord zu Totschlag: <http://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/211/verh-211-212/>
- Anforderungen an die Verhinderung der Vollendung beim Rücktritt vom beendeten Versuch: <http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/versuch/ruecktritt/vollendung-verhindern/>