

## **Lösungshinweise zum 1. Besprechungsfall**

### **Tatkomplex 1: Die Rache**

#### A: Strafbarkeit des A

##### I. §§ 223, 224 Abs. 1

##### 1. Grundtatbestand des § 223 Abs. 1

Indem A den P mit dem Lederriemen schlug und in die Hüfte trat, hat er den P vorsätzlich sowohl körperlich misshandelt als auch an der Gesundheit geschädigt.

##### 2. Qualifikation gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2

a) Entscheidend ist, ob der Lederriemen in der konkreten Art seiner Anwendung geeignet war, erhebliche Verletzungen zu verursachen. Dies wird bei einem unkontrollierten Schlagen mit einem Lederriemen zu bejahen sein. Damit stellt der Lederriemen ein gefährliches Werkzeug dar.

##### b) Schuh als gefährliches Werkzeug?

Ausgangspunkt: Körperteile des Täters scheiden als Werkzeuge aus (h.M.). Der Wortlaut von Nr. 2 knüpft an gegenständliche Mittel an. Demnach können Körperteile keine Werkzeuge sein.

Im Umkehrschluss kann die Verwendung eines Schuhs unter die Nr. 2 vom Wortlaut gefasst werden. Jedoch muss sich dann die Steigerung der Gefährlichkeit des Tretens aus dem Schuh ergeben und nicht aus dem Tritt selbst. Hätte also der Tritt mit den bloßen Füßen – ohne Schuh – die gleiche Wirkung, dann scheidet die Nr. 2 trotz Tretens mit dem Schuh aus.

Im Fall ist nicht ersichtlich, dass die Wirkung des Tritts auf den Schuh zurückzuführen ist. Also ist umgekehrt in dubio pro reo zugunsten des A davon auszugehen, dass die Wirkung auch ohne Schuh – also mit bloßem Fuß – eingetreten wäre. Insbesondere liefert ein bloßer Turnschuh nicht den Verdacht auf eine besondere Wirkung des Schuhs. Folglich ist diese Qualifikation abzulehnen.

### 3. Qualifikation gem. § 224 Abs. 1 Nr. 3

Nicht ausreichend für die Bejahung von Hinterlist ist die Ausnutzung eines Überraschungsvorteils; vielmehr ist ein planmäßiges, auf Verdeckung der wahren Absicht berechnetes Vorgehen erforderlich. Hier kam P von selbst zu A, daher hat A nicht mit Hinterlist gehandelt.

### 4. Qualifikation gem. § 224 Abs. 1 Nr. 4

Der Wortlaut von Nr. 4 setzt voraus, dass mindestens zwei Personen zusammenwirken und dem Opfer unmittelbar am Tatort gegenüberstehen.

Problem: Müssen diese Personen mittäterschaftlich handeln (Hillenkamp BT Problem Nr. 5; Joecks § 224 Rn. 31 ff.)?

1. Ansicht: Ja, es müssen mindestens zwei Mittäter am Tatort zusammenwirken.

Das Gesetz spricht von gemeinschaftlicher Tatbegehung. Bloße Teilnehmer begehen aber keine Tat, sondern leisten nur Hilfe etc.

Strafgrund von § 224 Abs. 1 Nr. ist die erhöhte Gefährlichkeit gegenüber § 223. Die besteht aber nur, wenn man zwei Tätern = Angreifern ausgesetzt ist. Auch ist der Strafraum von § 224 Abs. 1 im Zuge des 6. StrRG erhöht worden, was für eine restriktive Auslegung des Tatbestandes spricht.

2. Ansicht: Zusammenwirken des Täters mit einem Teilnehmer am Tatort genügt.

Die Fassung vor dem 6. StrRG enthielt die Wendung: „von mehreren gemeinschaftlich“. Dies bedingte Mittäterschaft. Durch die Neuformulierung ist dieses Erfordernis gerade entfallen, denn Beteiligte sind gem. § 28 Abs. 2 auch Teilnehmer.

Das Merkmal „gemeinschaftlich“ bedingt nur, dass die Beteiligten am Tatort einverständlich zusammenwirken. Genau dieses Erfordernis rechtfertigt auch die Qualifikation zu § 223.

Im Fall ist der Tatbeitrag des F nur als Gehilfenbeitrag zu qualifizieren. Durch das bloße Reichen eines Lederriemens hatte er weder den animus auctoris noch Tatherrschaft. Nach der ersten Ansicht wäre folglich die Qualifikation zu verneinen, während nach der zweiten Ansicht die Qualifikation zu bejahen wäre. Für die letztere Ansicht spricht, dass der Gesetzgeber offenbar gerade auch solche Fälle erfassen wollte, in denen andere am Tatort Anwesende zwar nicht Mittäter sind, aber angesichts

der Situation des Opfers gleichfalls ein Bedrohungsfaktor darstellen. Denn das Opfer muss damit rechnen, dass jemand, der sich bisher nur kraft Teilnahme mit dem Täter solidarisierte, in das eigentliche Tatgeschehen eingreift. Folglich ist vorliegend die Qualifikation gegeben (vgl. BGHSt 47, 383).

Vorsatz: Täter muss wissen, dass neben ihm ein anderer Beteiligter vorhanden ist.

## II. §§ 223 Abs. 1, 226 Abs. 1

1. Grundtatbestand § 223 Abs. 1 (+)

2. Erfolgsqualifikation gem. § 226 Abs. 1 Nr. 2

Definition des Gliedes:

1. Ansicht (h.L.): Nur äußerliche Körperteile, die eine in sich abgeschlossene Existenz mit besonderer Funktion im Gesamtorganismus haben und mit dem Körper durch ein Gelenk verbunden sind (Bsp. Bein, Fuß, Finger).

Systematik: Klare Abgrenzung zu Nr. 1 und 3; Wortlaut: Inneres Organ ist kein Glied.

2. Ansicht: Wie Ansicht 1 – jedoch ohne das Gelenkerfordernis (Bsp. Ohr, Nase).

3. Ansicht: Auch innere Organe werden erfasst (Bsp. Niere).

Der Verlust einer Niere kann gravierendere Folgen haben als der Verlust eines Fingers.

Im Fall geht es um den Verlust einer Niere. Nur nach letzterer Ansicht würde ein Glied vorliegen. Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass § 226 Abs. 1 Nr. 1 bereits abschließend bestimmt, inwieweit Organe geschützt sind. Mithin ist diese Qualifikation nicht gegeben.

III. § 240 (+), tritt hinter §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 4 zurück.

## B: Strafbarkeit des F

I. § 223 Abs. 1, 224, 25 Abs. 2

(-), F ist nur Teilnehmer, nicht aber Mittäter des A (vgl. oben).

## II. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 26

1. Problem des Bestimmens: Welche Anforderungen sind insoweit zu stellen? Teilweise lässt man jede Verursachung des Tatentschlusses ausreichen, so dass auch das Schaffen tatanreizender Situationen erfasst ist. In der Literatur wird häufig eine „kommunikative Beeinflussung“ des Haupttäters gefordert, oder vereinzelt darüber hinausgehend ein „Unrechtspakt“ zwischen Anstifter und Haupttäter (vgl. Hillenkamp AT Problem Nr. 23). Eine kommunikative Beeinflussung müsste hier wohl wie auch ein Unrechtspakt zwischen F und A verneint werden. Daher lässt sich das Bestimmen nur mit der erstgenannten Auffassung annehmen.

2. Problem der Aufstiftung: Voraussetzung einer vollendeten Anstiftung ist die Kausalität der Anstiftungshandlung für die Entstehung des Tatentschlusses. Der bereits zur Tat Entschlossene (omnimodo facturus) kann also nicht mehr angestiftet werden. Hier war A hinsichtlich einer einfachen Körperverletzung (§ 223) omnimodo facturus, während sein Vorsatz bezüglich der Qualifikation nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 erst durch F geweckt wurde. Diese Unrechtssteigerung lässt sich nicht selbstständig strafrechtlich erfassen. In dieser Konstellation ist umstritten, ob lediglich psychische Beihilfe vorliegt oder eine (vollendete) Anstiftung zur gesamten Tat; zum Streitstand Hillenkamp AT Problem Nr. 25.

## II. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 27

Lehnt man die Anstiftung aus einem der o.g. Gründe ab, ist Beihilfe anzunehmen: Es liegen rechtswidrige Haupttat, Gehilfenbeitrag (Reichen des Lederriemens) und doppelter Gehilfenvorsatz vor.

## III. §§ 240 I, 27 (+), tritt aber hinter II. zurück.

### **Tatkomplex 2: Der Schuss auf O**

#### Strafbarkeit des A

#### §§ 212 Abs. 1, 211

1. A hat den Todeserfolg durch den Schuss herbeigeführt. Dass sowohl er als auch F die danach noch mögliche Rettung des O unterließen, steht der objektiven Zurech-

nung nicht entgegen: Im Tod des O hat sich dennoch das rechtlich missbilligte Risiko, das A durch den Schuss geschaffen hatte, realisiert.

2. Als Mordmerkmal kommt Heimtücke in Betracht (im objektiven Tatbestand zu prüfen!). Heimtückisch handelt nach der Rspr., wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt.

a) Der relevante Zeitpunkt für die Beurteilung der Arglosigkeit ist der „Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs“, was gleichbedeutend ist mit dem Anfang der Tatausführung oder dem unmittelbaren Ansetzen i.S.d. § 22.

b) Der Inhalt des Begriffs „Arglosigkeit“ wird dahingehend beschrieben, dass sich das Opfer „keines Angriffs von Seiten des Täters versehen“ darf (BGHSt 32, 382, 384).

Wann ist dies der Fall? Arg- und Wehrlosigkeit können auch dann gegeben sein, wenn der Täter dem Opfer feindselig entgegentritt, das Opfer die drohende Gefahr aber erst im letzten Augenblick erkennt, so dass ihm keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff zu begegnen (BGH NStZ-RR 1997, 168).

Wenn zuvor tätlicher Angriff auf Leib oder Leben: Opfer rechnet mit Feindseligkeit → keine Arglosigkeit.

Wenn zuvor verbaler Streit vorausgeht: Arglos, wenn Auseinandersetzung nicht fort-dauert, sondern aus Sicht des Opfers abgeschlossen ist.

hier: Keine Anhaltspunkte, dass Streit noch fortbesteht. Auch der Ruf „Hey“ war nicht geeignet, die Arglosigkeit des Opfers zu beseitigen. Also ist Arglosigkeit zu bejahen. O war auch wehrlos, was A bewusst ausnutzte.

c) Der BGH (BGHSt 48, 207 = NJW 2003, 1955) verneint dennoch Heimtücke aufgrund einer normativen Betrachtungsweise, wenn der später Getötete eine Notwehrlage geschaffen hat. Dann müsse er grundsätzlich mit einem Gegenangriff rechnen. Aus diesem Grund sei das Opfer regelmäßig nicht arglos. Die Notwehrlage wird vom BGH (in dessen Fall es um eine Erpressung ging) dabei im technischen Sinne gebraucht:

„Die fortbestehende Notwehrlage bleibt - unbeschadet der weiteren Voraussetzungen dieses Rechtfertigungsgrunds - in Fällen der vorliegenden Art nicht ohne Auswirkungen auf die Beantwortung der Frage heimtückischen Handelns (§ 211 II StGB)

des sich zur Wehr setzenden Opfers der Erpressung. [...] Ist in einem Fall wie dem vorliegenden eine Notwehrlage auf Grund eines gegenwärtigen rechtswidrigen erpresserischen Angriffs durch den später Getöteten gegeben, [...] so gilt: Es ist regelmäßig der Angreifer, der durch sein Verhalten einen schützenden oder trutzwehrenden Gegenangriff herausfordert, mag dieser sich nun im Rahmen des durch Notwehr Gerechtfertigten halten oder deren Grenzen überschreiten. Für die Frage der Arglosigkeit ist Letzteres unerheblich. Mit seinem konkreten Angriff hat das spätere Opfer des Gegenangriffs in aller Regel seine Arglosigkeit bereits zuvor verloren.“

Bestand hier für A eine derartige Situation? Die Schläge des O stellen einen Angriff dar, der seinerseits nicht gerechtfertigt und damit rechtswidrig war. Allerdings hatte sich O bereits abgewandt und zu erkennen gegeben, dass mit weiteren Schlägen nicht zu rechnen ist. Daher war der Angriff nicht mehr gegenwärtig. Mangels einer noch bestehenden Notwehrlage ist die normative Einschränkung des Heimtücke-merkmals hier also nicht einschlägig.

d) Wegen der generell gebotenen restriktiven Auslegung des Mordtatbestands ist das Mordmerkmal der Heimtücke zusätzlich zu reduzieren. Die Rechtsprechung verlangt lediglich ein Handeln in feindseliger Willensrichtung. Dies ist hier zu bejahen. Nach einem Teil der Literatur wird zusätzlich ein Missbrauch des Vertrauens vorausgesetzt (vgl. Lackner/Kühl StGB § 211 Rn. 6). Dieser Vertrauensbruch ist nicht schon bei einem Überfall auf einen Ahnungslosen zu bejahen, andererseits auch nicht von einer institutionalisierten Vertrauensbeziehung abhängig. Stattdessen kommt es darauf an, ob der Täter „sozialethisch positive Verhaltensmuster ausnutzt“ (Falllösung bei Hefendehl, Jura 1992, 374). Dies wäre hier nicht der Fall.

Sofern der Rechtsprechung gefolgt wird (die eine Rechtsfolgenlösung bevorzugt):

3. A handelte auch vorsätzlich.
4. Rechtswidrigkeit (+) (§ 32 greift – wie gesehen – nicht ein)
5. Schuld (+)
6. Ergebnis: A ist strafbar gem. §§ 212 Abs. 1, 211.

### Strafbarkeit des F

## I. §§ 212 Abs. 1, 211, 26

1. Haupttat und Bestimmen (+)

2. F stellte sich bei seinem Zuruf einen „einen offenen Kampf unter Männern“ vor. Daher hatte er keinen Vorsatz bezüglich der heimtückischen Begehungsweise durch A. Dieser Umstand kann ihm also als Exzesstat nicht zugerechnet werden. Danach wäre nur eine Anstiftung zum Totschlag gegeben (§§ 212 Abs. 1, 26).

3. Tatbestandsverschiebung nach § 28 Abs. 2?

a) Die Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe in § 211 Abs. 2 sind besondere persönliche Merkmale im Sinne von § 28. Streitig ist aber, ob sie strafbegründend wirken (dann § 28 Abs. 1) oder strafschärfend (Folge: § 28 Abs. 2) (Hillenkamp BT Problem Nr. 1):

1. Ansicht (Rspr.): Mord ist ein gegenüber dem Totschlag eigenständiges Delikt; die Mordmerkmale sind also strafbegründend; Argumente:

Gesetzessystematik: § 211 steht im Gesetz vor § 212. Dies wäre aber untypisch für eine Qualifikation.

Wortlaut: Nach dem Gesetz wird man „als Totschläger“ oder „als Mörder“ bestraft.

Wortlaut: Das Gesetz spricht nicht von einem schweren Totschlag, sondern von Mord, und macht damit die Eigenständigkeit deutlich.

2. Ansicht (Lit.): § 211 ist eine Qualifikation zu § 212, daher wirken die Mordmerkmale strafschärfend; Argumente:

§ 211 beinhaltet alle Merkmale des § 212 und fügt noch zusätzliche Tatmodalitäten hinzu. Damit entspricht das Verhältnis dem einer Qualifikation.

§ 211 steht im Gesetz vor § 212, weil der Gesetzgeber hier das schwerere Delikt an die Spitze stellen wollte.

Die 2. Ansicht ist vorzugswürdig, denn sie führt auch zu gerechteren Ergebnissen. Bsp.: Ein Anstifter ohne eigenes Mordmerkmal weiß um das vom Täter verwirklichte Mordmerkmal. Folge nach der ersten Ansicht: §§ 211, 26, 28 Abs. 1 – aus §§ 49 Abs. 1 Nr. 1 iVm § 38 Abs. 2 ergibt sich ein Strafraum von *drei* bis fünfzehn Jahren Freiheitsstrafe. Hat der Haupttäter dagegen kein Mordmerkmal verwirklicht oder fehlt dem Anstifter der diesbezügliche Vorsatz, ergibt sich die Strafe nach der ersten Ansicht aus §§ 212, 26: Freiheitsstrafe von *fünf* bis fünfzehn Jahren.

b) Liegt in der Person des F ein Mordmerkmal vor? In Betracht kommen hier „niedrige Beweggründe“. Dies sind solche, die nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tieferer Stufe stehen und deshalb besonders verwerflich sind. F handelte hier aus Ausländerhass, was von der Rechtsprechung als niedriger Beweggrund angesehen wird. Also ist § 28 Abs. 2 einschlägig.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

5. Ergebnis: F ist strafbar gem. §§ 212 Abs. 1, 211, 26, 28 Abs. 2.

### **Tatkomplex 3: Das Liegenlassen des O**

#### Strafbarkeit des F

§§ 212 Abs. 1, 211, 13

1. Erfolg und Quasi-Kausalität (+)

2. Problem der Garantenstellung: In Betracht kommt hier eine Garantenstellung aus Ingerenz, also gefahrschaffendem, pflichtwidrigen Vorverhalten. Das Vorverhalten des F liegt hier in der Anstiftung von A. Die Teilnahme an einer Straftat bedeutet eine mittelbare Verletzung bzw. Gefährdung des Rechtsguts. Daher ist auch der Teilnehmer verpflichtet, den noch nicht eingetretenen Erfolg abzuwenden.

3. Möglichkeit der Erfolgsabwendung (+)

4. F handelte mit Eventualvorsatz.

5. Mordmerkmale

Verdeckungsabsicht? Hierbei wird teilweise gefordert, dass sich die Absicht auf den Todeserfolg und nicht nur auf die Tötungshandlung beziehen muss. Damit wäre Verdeckungsabsicht bei dolus eventualis ausgeschlossen. Die neuere Rspr. (BGHSt 39, 159) und h.L. halten es dagegen für ausreichend, wenn der Täter die Verdeckung schon durch die Tötungshandlung erreichen kann. Dies gilt jedoch dann wiederum nicht, wenn das Verdeckungsziel nach der Vorstellung des Täters nur durch eine erfolgreiche Tötungshandlung zu erreichen ist.

Im Fall besteht die Besonderheit, dass sich der Eventualvorsatz des F nur auf das Tatbestandsmerkmal „Mensch“ aus § 212 Abs. 1 bezieht. Den Todeserfolg strebte er dagegen für den Fall, dass O noch lebte, an, handelte also insoweit absichtlich. Daher kann hier in jedem Fall von Verdeckungsabsicht ausgegangen werden.



niedrige Beweggründe: dieselbe Motivationslage wie bei der Anstiftung, daher (+)

6. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

7. Ergebnis: F ist strafbar gem. §§ 212 Abs. 1, 211, 13. Die Anstiftung tritt als mitbestrafte Vortat zurück.