

Fortgeschrittenenhausarbeit: Seeteufel à l'ancienne

Von Akad. Mitarbeiterin Dr. **Yao Li**, Wiss. Hilfskraft **Sebastian Kürten**, Potsdam*

Sachverhalt

Die Foodbloggerin F geht in das beliebte Restaurant „Chez Robert“, um dort (auf eigene Rechnung) zu Abend zu essen und bei dieser Gelegenheit gleich einen Text über das Lokal zu verfassen. Dort wird sie vom Inhaber R persönlich begrüßt, der ihr die Karte aushändigt und auch die Bestellung aufnimmt. Als ihr als Hauptgang die Spezialität des Hauses „Seeteufel à l'ancienne“, für den das „Chez Robert“ in der ganzen Stadt bekannt ist, serviert wird, kann sie kaum glauben, was sie sieht: Es handelt sich nicht, wie in der Speisekarte angegeben, um „fangfrische“, sondern um tiefgekühlte Ware. Als sie sich beim Kellner beschwert, bittet dieser wortreich um Entschuldigung und sagt, er habe R schon mehrfach darauf hingewiesen, dass man so etwas nicht machen könne, doch R habe entgegen, das merke ohnehin niemand und er sehe nicht ein, 50 € pro Kilogramm für den Frischfisch auszugeben, wenn die tiefgekühlte Ware noch nicht einmal 20 € pro Kilogramm koste. F lässt daraufhin das Gericht zurückgehen und verlangt nach R.

Als dieser zu F an den Tisch kommt, zeigt F dem R auf ihrem Handy den (in sachlichem Ton verfassten und rechtlich nicht zu beanstandenden) Beitrag auf ihrem Foodblog, den sie gerade über den Vorfall verfasst und schon veröffentlicht hat, und sagt: „Was halten Sie davon, wenn Sie mich zu meinem heutigen Drei-Gänge-Menü (Preis: 70 €) einladen? Dann würde ich den Beitrag wieder löschen.“ R willigt sofort ein, serviert einen anderen Hauptgang und stellt F keine Rechnung. Nach dem Essen löscht F den Beitrag. In der kurzen Zeit, in der der Beitrag online war, wurde er nicht wahrgenommen.

Weil ihm die Sache nun doch „zu heiß“ geworden ist, verwendet R fortan nur noch Frischware und nimmt sich vor, zur Kompensation der höheren Kosten künftig bei seiner Lieferantin L „etwas zu tricksen“. Weil er weiß, dass der dort für das Einpacken zuständige Mitarbeiter häufig mit den Gedanken nicht bei seiner Arbeit ist und es deshalb in der Vergangenheit schon häufiger zu Falschlieferungen kam, will er bei künftigen Lieferungen regelmäßig behaupten, besonders hochwertige Waren hätten gefehlt. Dementsprechend ruft R nach der nächsten Lieferung bei L an und teilt ihr (wahrheitswidrig) mit, dass die dringend benötigten weißen Trüffel (Preis: 200 €) in der Lieferung gefehlt hätten, er diese inzwischen jedoch anderweitig besorgt habe. L weiß zwar genau, dass dies nicht stimmen kann, weil sie die Lieferung diesmal ausnahmsweise selbst zusammengestellt hat, will aber keinen Ärger mit ihrem guten Kunden R haben und kürzt daher den Rechnungsbetrag um die entsprechende Summe. Als sich ein entsprechender Vorfall jedoch ein weiteres Mal ereignet, sagt L zu R: „Einmal ist ja keinmal, aber zweimal ist einmal zu viel, mein Freund!“ R versteht und verwirft seinen Plan für die Zukunft.

* Dr. Yao Li ist Akad. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Potsdam (Prof. Dr. Georg Steinberg). Sebastian Kürten ist Doktorand bei Prof. Dr. Georg Steinberg.

Als R in der folgenden Nacht wach im Bett liegt, kommt ihm wieder der Vorfall mit F ins Gedächtnis, durch den er sich zu seinem Verhalten gegenüber L gezwungen sah, und ihm wird schlagartig klar, dass F ihn in der Hand hat. Eine Veröffentlichung des Verwendens von tiefgekühltem Fisch würde zu einem Ausbleiben der Gäste und damit zum finanziellen Ruin des R führen. R ist deshalb klar: F muss verschwinden! Er bittet deshalb seinen Freund A, F für ihn zu töten. A willigt ein und schießt auf F. Der Schuss geht jedoch fehl und F bleibt unverletzt.

Hinweis: Nach allgemeiner Verkehrsanschauung bedeutet „fangfrisch“ gekühlt, aber nicht tiefgefroren.

Bearbeitungsvermerk

Prüfen Sie gutachterlich die Strafbarkeit von R, F und A nach dem Strafgesetzbuch. Dabei sind die betreffende Rechtsprechung und Literatur (neben Lehrbüchern und Kommentaren insbesondere Aufsätze und Monografien) intensiv auszuwerten. Auch ein inhaltlich zutreffendes Gutachten wird bei nicht ausreichender wissenschaftlicher Auseinandersetzung mit den Fragestellungen mit der Note „mangelhaft“ bewertet.

Lösungsvorschlag

Erster Tatkomplex: Im Restaurant

I. Strafbarkeit des R

1. § 263 Abs. 1 StGB

R könnte sich nach § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er den Fisch in der Speisekarte als „fangfrisch“ bezeichnete.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Täuschung über Tatsachen, Irrtum

Hierzu müsste R über Tatsachen getäuscht haben. Bei der Eigenschaft des Fisches als Tiefkühlware handelt es sich um einen dem Beweis zugänglichen konkreten Vorgang oder Zustand der Vergangenheit oder Gegenwart, mithin eine Tatsache.¹ R müsste F hierüber getäuscht, also zum Hervorrufen einer Fehlvorstellung auf ihr intellektuelles Vorstellungsbild einwirken.² R hatte den Fisch in der Speisekarte ausdrücklich als fangfrisch beschrieben und damit über die tatsächliche Beschaffenheit des Fisches als Tiefkühlware getäuscht.

¹ B. Heinrich, in: Arzt/Weber/B. Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 20 Rn. 32; Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 10.

² Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 11.

F war durch diese Täuschung einem Irrtum, also einer subjektiven Fehlvorstellung,³ erlegen, da sie fälschlicherweise davon ausging, es handle sich bei dem bestellten Fisch um fangfrischen Fisch.

bb) Vermögensverfügung/-schaden

Aufgrund dieses Irrtums müsste F über ihr Vermögen verfügen haben, was ein sich unmittelbar vermögensminderndes Handeln, Dulden oder Unterlassen der Irrenden voraussetzt⁴. Da F das von ihr bestellte Essen nicht zahlte, kann hierauf nicht abgestellt werden. Jedoch kann eine Vermögensverfügung auch bereits im Abschluss eines Vertrages liegen, könnte also bereits die Bestellung des Essens eine Vermögensverfügung gewesen sein, wenn der Schein einer vertraglichen Bindung geschaffen wurde⁵. Dies kann offengelassen werden, wenn es jedenfalls an einem Vermögensschaden fehlt. Ein Vermögensschaden liegt dann vor, wenn der Vergleich des Gesamtvermögens mit und ohne Vermögensverfügung einen negativen Saldo ergibt.⁶ Bei einem sog. Eingehungsbetrug ist dies dann der Fall, wenn die Getäuschte bereits solche vertragliche Verpflichtung eingegangen ist, die eine wirtschaftliche Schlechterstellung bedeutet.⁷ Die vertragliche Verpflichtung müsste eine schadensgleiche Vermögensgefährdung darstellen, die insbesondere dann besteht, wenn die Getäuschte vorleistungsfähig ist bzw. keine Leistung Zug-um-Zug verlangen kann.⁸ R und F hatten sich hier darüber geeinigt, dass R der F das Gericht „Seeteufel à l'ancienne“, so wie auf der Speisekarte beschrieben, zubereiten und servieren sollte. Im Gegenzug sollte F den hierfür vorgesehenen Preis zahlen. R und F schlossen mithin einen Bewirtungsvertrag, dessen rechtliche Bewertung sich schwerpunktmäßig nach den §§ 650, 433 ff. BGB bemisst⁹. Gemäß § 320 BGB hatte F jedoch ein Zurückbehaltungsrecht, das sie bei mangelhafter Leistung ausüben konnte, und war gerade nicht vorleistungsfähig; damit ist sie mit Vertragsschluss noch keine fällige Zahlungsverpflichtung eingegangen. Die Bestellung der F gefährdete ihr Vermögen nicht konkret, sodass jedenfalls kein Vermögensschaden vorlag. Der objektive Tatbestand ist somit nicht erfüllt.

Hinweis: Es ist ebenso vertretbar, mit derselben Argumentation bereits die unmittelbare Vermögensminderung im Rahmen der Vermögensverfügung abzulehnen.

³ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 263 Rn. 18.

⁴ BGH NStZ 2017, 351 (352); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 263 Rn. 70, 76; *Küper/Zopfs*, Strafrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2018, Rn. 666; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 21. Aufl. 2019, § 13 Rn. 61–63, 67 ff.

⁵ *Perron* (Fn. 2), § 263 Rn. 56.

⁶ *Perron* (Fn. 2), § 263 Rn. 99.

⁷ *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 5. Aufl. 2019, Rn. 554; *Perron* (Fn. 2), § 263 Rn. 128.

⁸ *Perron* (Fn. 2), § 263 Rn. 132.

⁹ *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2020, Einf. v. § 701 Rn. 3.

b) Ergebnis

R ist nicht strafbar nach § 263 Abs. 1 StGB.

2. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte R sich jedoch nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB strafbar gemacht haben.

a) Vorprüfung

Eine Versuchsstrafbarkeit kommt nur in Betracht, wenn die Tat nicht vollendet ist, es also an der Verwirklichung eines objektiven Tatbestandsmerkmals fehlt.¹⁰ Hier lagen weder das Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung noch ein Schaden vor. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus § 263 Abs. 2 StGB.

b) Tatentschluss

R müsste zur Tat entschlossen gewesen sein, also Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale gehabt und die sonstigen subjektiven Merkmale des Tatbestandes erfüllt haben.¹¹

aa) Vorsatz

R müsste Vorsatz, das heißt den Willen zur Verwirklichung des Tatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatbestandsmerkmale¹², gehabt haben. Er wusste, dass es sich bei dem Fisch nicht um fangfrischen, sondern tiefgekühlten handelte und wollte darüber täuschen und bei F einen entsprechenden Irrtum hervorrufen. Hierdurch sollte F dazu bewegt werden, das Gericht zu bestellen und den dafür fälligen Preis zu zahlen, also eine Vermögensverfügung vorzunehmen.

Weiterhin müsste R auch Vorsatz hinsichtlich eines Vermögensschadens gehabt haben. Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB ist jeder negative Saldo zwischen dem Wert des Vermögens vor und nach der irrtumsbedingten Vermögensverfügung. Es bedarf einer Vermögensminderung ohne äquivalente Kompensation.¹³

Nach der Vorstellung des R sollte F fangfrische und höherwertige Ware bestellen und bezahlen, jedoch minderwertige Tiefkühlware serviert bekommen. Für den von ihr zu zahlenden Preis, der die Vermögensminderung darstellt, sollte sie also keine hinreichende Kompensation erhalten. Eine Saldierung des Vermögens der F vor und nach dem Bezahlen

¹⁰ *Cornelius*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 45. Ed., Stand: 1.2.2020, § 22 Rn. 18; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2019, Rn. 938.

¹¹ Vgl. *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 9 Rn. 20; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 4.

¹² *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2019, § 14 Rn. 5.

¹³ BGHSt 30, 338 (339); 45, 1 (4); BGH NJW 2014, 3170 (3171); BGH NStZ 2018, 538; *Fischer* (Fn. 4), § 263 Rn. 110; *Küper/Zopfs* (Fn. 4), Rn. 644.

würde zu einem negativen Saldo, also zu einem Schaden führen. Hierauf bezog sich der Vorsatz des R.

bb) Bereicherungsabsicht

Ferner müsste R in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, gehandelt haben. Vermögensvorteil ist dabei jede Besserstellung des Vermögens.¹⁴

Durch das Servieren der Tiefkühlware anstelle fangfrischen Fisches wollte R die höheren Kosten für den fangfrischen Fisch einsparen, aber dennoch den für diesen angemessenen Preis kassieren und dadurch seine Vermögenslage verbessern, sich also einen Vermögensvorteil verschaffen. Auf diesen Vorteil hatte R keinen Anspruch, sodass der Vorteil mithin rechtswidrig erlangt worden wäre. Ferner wäre die erstrebte Bereicherung stoffgleich gewesen, sollte nämlich gerade auf der Vermögensverfügung der F, der Zahlung des überhöhten Preises, beruhen und sich als deren Kehrseite darstellen¹⁵. R handelte folglich mit Bereicherungsabsicht.

cc) Zwischenergebnis

R war somit zur Tat entschlossen.

c) Unmittelbares Ansetzen

Ferner müsste R gemäß § 22 StGB nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar angesetzt haben. Das ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht es los“ überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, sodass sein Tun nach seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenakte in die Tatbestandserfüllung übergeht.¹⁶

R hatte gegenüber F bereits die Täuschungshandlung vorgenommen und damit ein Tatbestandsmerkmal des § 263 StGB erfüllt. Aus Sicht des R waren zur Tatbestandsverwirklichung keine wesentlichen Zwischenakte mehr erforderlich. R setzte also unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an.

d) Rechtswidrigkeit und Schuld

R handelte rechtswidrig und schuldhaft.

e) Kein Rücktritt

R könnte jedoch gemäß § 24 Abs. 1 StGB strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten sein.

Hierfür dürfte der Versuch nicht fehlgeschlagen sein, das heißt die Herbeiführung des Erfolgs müsste aus Sicht des R mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln ohne zeitliche Zäsur noch möglich gewesen sein.¹⁷ Da F die Täuschung des

R erkannt und diesen dahingehend zur Rede gestellt hatte, war dem R die Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolges nicht mehr möglich, der Versuch mithin fehlgeschlagen. Für einen strafbefreienden Rücktritt des R ist somit kein Raum mehr.

f) Besonders schwerer Fall, § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB

In Betracht kommt ferner ein besonders schwerer Fall in Form des gewerbsmäßigen Handelns nach § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB. Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch die wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang verschaffen will.¹⁸ R wollte auch in Zukunft Tiefkühlware anstelle fangfrischen Fisches servieren, um so die wesentlich höheren Kosten für den frischen Fisch zu sparen, und handelte somit gewerbsmäßig. Gründe, die trotz Erfüllung des Regelbeispiels gegen das Vorliegen eines besonders schweren Falls sprächen, sind nicht ersichtlich.

g) Ergebnis

R ist strafbar gemäß §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB.

II. Strafbarkeit der F

I. § 253 Abs. 1 StGB

F könnte sich nach § 253 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie R in Aussicht stellte, den Blog-Beitrag zu löschen, wenn dieser sie zum Drei-Gänge-Menü einlade.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Erpressungshandlung: Drohung mit einem empfindlichen Übel

Hierzu müsste F zunächst mit einem empfindlichen Übel gedroht haben. Drohen ist das Inaussichtstellen eines Übels, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluss zu haben vorgibt.¹⁹ Das angedrohte Übel ist empfindlich, wenn es einen Nachteil darstellt, welcher geeignet ist, einen bedacht handelnden Menschen in der konkreten Opfersituation zum vom Täter erstrebten Handeln zu bewegen.²⁰

Als Drohung mit einem empfindlichen Übel kommt hier die (wenngleich verklausuliert erfolgte) Ankündigung, den Blog-Beitrag nicht zu löschen, wenn R die F nicht zum Essen einlade, in Betracht. Würde bekannt, dass R anstelle fangfrischen Fisches Tiefkühlware serviert, würden seine Gäste ausbleiben. Die daraus resultierenden wirtschaftlichen Ein-

¹⁴ Fischer (Fn. 4), § 263 Rn. 186; Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, S. 336 f.

¹⁵ Dazu Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2018, § 263 Rn. 270; Jäger, JuS 2010, 761 (765).

¹⁶ Vgl. nur BGHSt 28, 162 (163); Rengier (Fn. 12), § 34 Rn. 22.

¹⁷ Siehe BGH StV 2013, 435 (436); BGH NStZ 2019, 198; Fischer (Fn. 4), § 24 Rn. 6, 7; Roxin (Fn. 11), § 30 Rn. 77.

¹⁸ Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxis-Kommentar, 8. Aufl. 2019, § 263 Rn. 241; Rengier (Fn. 4), § 3 Rn. 34.

¹⁹ Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 11. Aufl. 2019, § 42 Rn. 25, § 13 Rn. 24.

²⁰ BGHSt 16, 386 (387); 32, 165 (174); Sander, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 253 Rn. 10 f.

bußen wären auch geeignet, einen bedacht handelnden Menschen in der Position des R zu dem von F geforderten Verhalten – der Einladung zum Drei-Gänge-Menü – zu bewegen. Auf diese Folgen gab die F auch vor, Einfluss zu haben. Zu beachten ist aber, dass der Blog-Beitrag der F sachlich verfasst und rechtlich nicht zu beanstanden war.

Fraglich ist deshalb, ob auch das Drohen mit einem Unterlassen den Tatbestand des § 253 Abs. 1 StGB erfüllen kann, insbesondere dann, wenn seitens des Drohenden keine Rechtspflicht zur Abwendung des empfindlichen Übels besteht. Einerseits könnte man hier ein Inaussichtstellen eines empfindlichen Übels mit dem Argument verneinen, dass es beim Inaussichtstellen des Unterlassens einer Handlung, zu dem der Täter nicht verpflichtet ist, nicht zu einer Einschränkung der Willensfreiheit des Opfers kommt.²¹ Wenn dieses nämlich keinen rechtlichen Anspruch auf eine Handlung habe, würde letztlich der Entscheidungsspielraum des Opfers gar nicht beschränkt; dem Opfer werde lediglich ein möglicher „Ausweg“ aufgezeigt.²² Das Opfer treffe ein hinzunehmendes allgemeines Lebensrisiko, auf dessen Abwendung es keinen Anspruch habe.²³ Mancherseits wird vertreten, dass die Freiheit des Bedrohten sogar um die vom Täter angebotene Abwendungsmöglichkeit erweitert werde.²⁴ Hiernach wäre die Aussage der F nicht als Drohung zu qualifizieren.

Andere differenzieren danach, ob das Unterlassen ein bevorstehendes zusätzliches Übel abwenden oder lediglich eine erwünschte Verbesserung des status quo bewirken soll; bei ersterem könne eine Drohung eines empfindlichen Übels angenommen werden, wohingegen im zweiten Fall der Bedrohte sich lediglich eine zusätzliche Option „erkaufe“.²⁵ Nach

Roxins modifiziertem „Autonomieprinzip“ soll eine Drohung mit einem rechtlich nicht gebotenen Unterlassen nur dann strafbar sein, wenn „der Drohende die Verwirklichung eines von ihm oder einem Dritten in Gang gesetzten empfindlichen Übels als Mittel der Drohung benutzt“.²⁶ Nach den differenzierenden Ansichten hat hier F wohl selbst das empfindliche Übel in Gang gesetzt bzw. die Abwendung eines zusätzlichen Übels angekündigt und dadurch eine Drohung verwirklicht.

Eine dritte Ansicht nimmt grundsätzlich eine Drohung auch bei Inaussichtstellen eines Unterlassens an.²⁷ Für die Annahme einer tatbestandsmäßigen Drohung spreche, dass dem Opfer weiter das vom Verhalten des Täters abhängige empfindliche Übel im Sinne des Erpressungstatbestands drohe.²⁸ Die Zwangswirkung einer Drohung mit einem Unterlassen hänge nicht vom Bestehen einer Rechtspflicht zum Handeln ab.²⁹ Durch die Rechtswidrigkeits-/Verwerflichkeitsregelung des § 240 Abs. 2 StGB (bzw. im vorliegenden Fall des § 253 Abs. 2 StGB) werde deutlich, dass eine Einschränkung der Strafbarkeit nicht durch eine Einengung auf Tatbestandsebene, sondern im Rahmen der Verwerflichkeitsprüfung stattfinden solle.³⁰ Subsumierte man dem Tatbestand des § 253 StGB nur pflichtwidriges Unterlassen, würden zudem solche Täter privilegiert, die den verfolgten Zweck gleichermaßen durch ein aktives Tun erreichen könnten.³¹ Nach der Rechtsprechung soll es deshalb vielmehr darauf ankommen, ob der angedrohte Nachteil eine motivierende Kraft hat und von solcher Erheblichkeit ist, dass von dem konkret Bedrohten in seiner Lage erwartet werden könne, dass er der Drohung „in besonnener Selbstbehauptung standhält“³²; weiterhin müsse der Täter Herr des Geschehens sein.³³ Die Ankündigung, den Blog-Beitrag nicht zu löschen und damit indirekt den Ruin des R herbeizuführen, hatte für den R motivierende Kraft und war so erheblich, dass von R nicht erwartet werden konnte, dieser Drohung standzuhalten. F war hierbei auch

²¹ *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 253 Rn. 14; ähnlich auch *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 43. Aufl. 2019, Rn. 398; die Drohung mit Unterlassen als „Angebot von Hilfe“ interpretierend *Schroeder*, JZ 1983, 284 (286). *Arzt*, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 656 begründet die grundsätzliche Straflosigkeit mit der „Opferautonomie“ und sieht eine weitere Eingrenzung durch Wucher.

²² OLG Hamburg NJW 1980, 2592 (2593) mit zust. Anm. *Ostendorf*.

²³ *Frohn*, StV 1983, 365.

²⁴ *Horn*, NStZ 1983, 497 f.; *Jäger*, in: Amelung/Günther/Kühne (Hrsg.), Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag am 9.7.2010, 2010, S. 195; *Lesch*, in: Rogall u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 488 (490); *Horn/Wolters*, in: Wolter (Fn. 15), § 240 Rn. 16; hiergegen *Ostendorf*, NJW 1980, 2592 (2592 f.), der mit Blick auf die „Freiheitsverschiebungen“ auf eine Art Null-Saldo kommt.

²⁵ *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 253 Rn. 11, mit Verweis auf *Herdegen*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 253 Rn. 4; ähnlich *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 240 Rn. 20a; *Rengier*, Straf-

recht, Besonderer Teil, Bd. 2, 20. Aufl. 2019, § 23 Rn. 51 f.; ähnlich auch *Schubarth*, NStZ 1983, 311 (313), der auf eine Umdeutbarkeit in eine Drohung mit aktivem Tun abstellt; ebenfalls differenzierend nach weiteren Kriterien *Wedler*, NZWiSt 2014, 246 (255).

²⁶ *Roxin*, JR 1983, 331 (334 ff.); siehe auch *Fischer* (Fn. 4), § 240 Rn. 34a.

²⁷ BGHSt 31, 195 (200); 44, 251 (252); BGH NJW 1993, 1807; OLG Karlsruhe NJW 2004, 3724; OLG Oldenburg NStZ 2008, 691; OLG Stuttgart NStZ 1982, 161; *Eisele* (Fn. 25), § 240 Rn. 10; *Sinn*, in: Joecks/Miebach (Fn. 20), § 240 Rn. 85 ff.; offengelassen in BGHSt 44, 68 (76), wo jedenfalls die Rechtswidrigkeit verneint wird.

²⁸ OLG Oldenburg NStZ 2008, 691 (692).

²⁹ OLG Stuttgart NStZ 1982, 161 (162); *Eisele* (Fn. 25), § 240 Rn. 10; *Fischer* (Fn. 4), § 240 Rn. 34a; *Wedler*, NZWiSt 2014, 246 (247).

³⁰ BGHSt 31, 195 (200).

³¹ BGHSt 31, 195 (201); *Sinn* (Fn. 27), § 240 Rn. 89.

³² So auch *Arzt*, JZ 1984, 428 (429).

³³ BGHSt 31, 195 (201); kritisch *Roxin*, JR 1983, 331 (334 ff.); zum Begriff des „Herrn des Bedrohtseins“ *Puppe*, JZ 1989, 596 (597).

Herrin des Geschehens. Im vorliegenden Fall läge nach dieser Ansicht eine Drohung vor.

Gegen die erstgenannte Ansicht spricht, dass die Zwangswirkung (bzw. „motivatorische Kraft“³⁴) auf das Opfer und damit die Einschränkung der geschützten Willensfreiheit nicht davon abhängt, ob die angedrohte Handlung ein Tun oder Unterlassen ist.³⁵ Die Strafbarkeit des Täters hinge gewissermaßen vom Zufall ab, da dieser oftmals dahinstehen lassen kann, ob er im Falle eines Widerstehens des Opfers etwas tun oder unterlassen werde; lediglich „Formulierungsnuancen“ entschieden dann über die Strafbarkeit³⁶. Anerkannt ist ferner, dass es auch beim Drohen mit einem aktiven Tun nicht auf die Rechtmäßigkeit bzw. -widrigkeit des angekündigten Verhaltens ankommt, solange das Verhalten als solches nur geeignet ist, die Willensfreiheit des Opfers zu beeinträchtigen.³⁷

Die übrigen beiden Ansichten kommen zum selben Ergebnis, sodass sich insoweit eine Entscheidung erübrigt.

Hinweis: Die andere Ansicht ist ebenso vertretbar. Dann ist jedoch eine umso sorgfältigere Prüfung erforderlich.

Auch das Inaussichtstellen eines nicht pflichtwidrigen Unterlassens kann also den Tatbestand des § 253 StGB erfüllen. F hat R somit mit einem empfindlichen Übel im Sinne des § 253 Abs. 1 StGB gedroht.

bb) Erpressungserfolg: Vermögensverfügung und -nachteil

Durch die Drohung hätte F den R zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen nötigen, also den Erpressungserfolg herbeiführen müssen. Dieser Erpressungserfolg bestand hier in dem kostenlosen Servieren des Drei-Gänge-Menüs. Auf die Frage, ob der Erpressungserfolg die Qualität einer Vermögensverfügung haben muss³⁸, kommt es dagegen nicht an, da sich das kostenlose Servieren des Essens für R unmittelbar vermögensmindernd auswirkte, also jedenfalls eine Vermögensverfügung vorlag. Der von § 253 StGB geforderte Nachteil, welcher dem des § 263 StGB entspricht³⁹, bestand hier in dem nicht kassierten Entgelt für das servierte Menü.

b) Subjektiver Tatbestand

F handelte in Kenntnis aller objektiven Tatbestandsmerkmale und mit dem Willen zur Tatbestandsverwirklichung, also vorsätzlich, sowie in der Absicht sich unrechtmäßig zu bereichern, da sie keinen Anspruch auf ein kostenloses Drei-Gänge-Menü hatte. F erfüllte also den subjektiven Tatbestand.

c) Rechtswidrigkeit

F müsste rechtswidrig gehandelt haben, insbesondere müsste die Tat verwerflich im Sinne des § 253 Abs. 2 StGB gewesen sein. Die Verwerflichkeit der Tat ist im Wege einer Zweck-Mittel-Relation zu ermitteln.⁴⁰ Hierzu sind der verfolgte Zweck und das zu seiner Erreichung konkret eingesetzte Mittel in Beziehung zu setzen, wobei sich die Verwerflichkeit aus dem Zweck oder dem Mittel oder aus dem Verhältnis zwischen einem an sich legitimen Zweck und einem ebenso legitimen Mittel in einer Gesamtschau ergeben kann.⁴¹ Zu bejahen ist die Verwerflichkeit, wenn sich das Verhalten des Täters nach der Gesamtabwägung als sozial unerträglich und daher als strafwürdiges Unrecht darstellt.⁴² Nach dem Prinzip des mangelnden Konnexes ist die Tat auch dann verwerflich, wenn keinerlei Zusammenhang zwischen dem Nötigungsmittel und dem damit verfolgten Zweck besteht.⁴³

Insbesondere bei der Drohung mit Unterlassen ist der adäquate Zusammenhang („Konnexität“) zwischen Mittel und Zweck entscheidend. Hierdurch werden solche Fälle von der Strafbarkeit ausgeschlossen, in denen die Autonomie des Bedrohten nicht in strafwürdiger Weise angetastet wird.⁴⁴ F wollte sich hier ein kostenloses Essen im Restaurant des R sichern und sich so ungerechtfertigt bereichern, was einen verwerflichen Zweck darstellt. Hierzu stellte sie dem R ein empfindliches Übel in Aussicht, das als solches nicht pflichtwidrig war. Doch bestand zwischen Zweck und Mittel keinerlei innerer Zusammenhang, sodass sich aus einer Gesamtschau ergibt, dass die Tat verwerflich war. Mangels Rechtfertigungsgründen war die Tat somit rechtswidrig.

d) Schuld

F handelte auch schuldhaft.

e) Ergebnis

F hat sich wegen Erpressung gemäß § 253 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

³⁴ Sinn (Fn. 27), § 240 Rn. 86.

³⁵ Dencker, NSTZ 1982, 458 (462).

³⁶ BGHSt 31, 195 (202); Sinn (Fn. 27), § 240 Rn. 89; Vogel (Fn. 25), § 253 Rn. 11; ähnlich Altvater, in: Laufhütte/Rising-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7/2, 12. Aufl. 2014, § 240 Rn. 85; hiergegen Schroeder, JZ 1983, 284.

³⁷ So auch OLG Karlsruhe NJW 2004, 3724; Altvater (Fn. 36), § 240 Rn. 85; Jäger (Fn. 24), S. 195; Vogel (Fn. 25), § 253 Rn. 11; ebenfalls für eine Gleichbehandlung Horn, NSTZ 1983, 497 (498).

³⁸ Vgl. nur Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 253 Rn. 8 m.w.N.

³⁹ BGHSt 34, 394 (395).

⁴⁰ Fischer (Fn. 4), § 253 Rn. 43, § 240 Rn. 40.

⁴¹ BGHSt 31, 195 (201 f.); Sinn, JuS 2009, 577 (584); Vogel (Fn. 25), § 253 Rn. 34.

⁴² BGHSt 35, 270 (276 ff.); BGH NJW 2014, 401 (403); Heger, in: Lackner/Kühl (Fn. 3), § 240 Rn. 10.

⁴³ Hilgendorf, in: Arzt/Weber/B. Heinrich/Hilgendorf (Fn. 1), § 9 Rn. 80.

⁴⁴ BGHSt 31, 195 (201 f.); kritisch Roxin, JR 1983, 331 (334 ff.); Horn/Wolters (Fn. 24), § 240 Rn. 44, die die Verwerflichkeit auch bei „inkonnexen“ Zwecken ablehnen, wenn keine Pflicht zur Vornahme einer Handlung besteht; kritisch zur Prüfung der Strafwürdigkeit im Rahmen der Verwerflichkeit Horn, NSTZ 1983, 497.

2. § 240 Abs. 1 StGB

Die Strafbarkeit nach § 240 Abs. 1 StGB tritt wegen Spezialität zurück.⁴⁵

Zweiter Tatkomplex: Die Bestellung bei L**I. Strafbarkeit des R nach § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB**

R könnte sich gemäß § 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er gegenüber L zum ersten Mal behauptete, die weißen Trüffel hätten in der Lieferung gefehlt. Da dies nicht der Wahrheit entsprach, lag eine Täuschung vor.

Fraglich ist jedoch, ob L auch einem entsprechenden Irrtum unterlag. Denn sie hatte bemerkt, dass dies nicht der Wahrheit entsprach. Während Zweifel des Getäuschten einem Irrtum nicht grundsätzlich entgegenstehen, entfällt ein Irrtum jedenfalls dann, wenn dem Getäuschten die Unwahrheit der behaupteten Tatsache – wie hier – bekannt ist.⁴⁶ Ein Irrtum der L und damit eine Strafbarkeit des R nach § 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB scheiden somit aus.

II. Strafbarkeit des R nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich R jedoch nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

Der tatbestandliche Erfolg ist nicht eingetreten, die Tat mithin nicht vollendet. Der Versuch des Betruges ist gemäß § 263 Abs. 2 StGB strafbar.

2. Tatentschluss

R müsste mit Tatentschluss, also mit Vorsatz und der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, gehandelt haben.⁴⁷

R behauptete hier, die von ihm bei L bestellten weißen Trüffel im Wert von 200 € wären nicht geliefert worden und damit einen dem Beweis zugänglichen Umstand, mithin eine Tatsache. Bezüglich dieser Tatsache wollte R bei L eine Fehlvorstellung hervorrufen, diese also täuschen. Die Täuschung sollte zu einem Irrtum führen, aufgrund dessen L auf die Berechnung der Trüffel verzichten, also eine unmittelbar vermögensmindernde irrtumsbedingte Vermögensverfügung vornehmen sollte. Nach Gesamtsaldierung der Vermögenslage wäre der L dadurch ein Schaden i.H.v. 200 € entstanden, dessen Kehrseite ein rechtswidriger Vermögensvorteil des R sein sollte. R war demnach zur Tat entschlossen.

3. Unmittelbares Ansetzen

Mit Vornahme der Täuschungshandlung setzte R unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an.

4. Rechtswidrigkeit, Schuld, kein Rücktritt

R handelte rechtswidrig und schuldhaft. Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt sind nicht ersichtlich.

5. Besonders schwerer Fall, § 263 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 StGB

Ferner handelte R gewerbsmäßig, nämlich um sich durch die wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen⁴⁸. Durch die Täuschung der L wollte R nämlich die Kosten für die Trüffel sparen und so seine höheren Ausgaben für den fangfrischen Fisch ausgleichen. Dass es lediglich zu einer Tat kam, ist hierfür irrelevant. Anhaltspunkte, die trotz Erfüllung des Regelbeispiels gegen das Vorliegen eines besonders schweren Falls sprächen, sind nicht ersichtlich.

6. Ergebnis

R ist strafbar nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB.

III. Strafbarkeit des R nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB

R könnte sich nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB strafbar gemacht haben, indem er gegenüber L zum zweiten Mal behauptete, die weißen Trüffel hätten in der Lieferung gefehlt.

Der tatbestandliche Erfolg ist nicht eingetreten und der Versuch strafbar (§ 263 Abs. 2 StGB). R war zur Tat entschlossen, setzte unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an und handelte rechtswidrig und schuldhaft. Da L den Täuschungsversuch erkannte und R dies bemerkte, war ihm die Herbeiführung des Erfolges aus seiner Sicht mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht mehr möglich, der Versuch mithin fehlgeschlagen. Ein strafbefreiender Rücktritt scheidet daher aus. Da er auch in der Absicht handelte, sich durch die wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen, ist R auch bezüglich der zweiten Reklamation strafbar nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB.

Dritter Tatkomplex: Schuss auf F**I. Strafbarkeit des A nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 StGB**

A könnte sich nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 StGB strafbar gemacht haben, indem er auf F schoss. Da F überlebte, ist der tatbestandliche Erfolg nicht eingetreten und § 212 StGB somit nicht vollendet. Die Strafbarkeit des versuchten Totschlags ergibt sich aus § 23 Abs. 1 StGB in Verbindung mit § 12 Abs. 1 StGB und § 212 Abs. 1 StGB. A wollte F töten, handelte also wissentlich und willentlich, mithin vorsätzlich.

⁴⁵ Kühl (Fn. 3), § 253 Rn. 14.

⁴⁶ Kindhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2019, § 27 Rn. 34; Perron (Fn. 2), § 263 Rn. 40.

⁴⁷ Vgl. B. Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 655.

⁴⁸ Siehe Kindhäuser/Hilgendorf (Fn. 18), § 263 Rn. 241; Rengier (Fn. 4), § 3 Rn. 34.

Indem A den Schuss auf F abgab, nahm er bereits die tatbestandliche Handlung vor und setzte somit unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an. Dabei handelte er rechtswidrig und schuldhaft, ein strafbefreiender Rücktritt kommt nicht in Betracht. A ist somit strafbar nach §§ 212 Abs. 1, 22 StGB.

Hinweis: Auch wenn es sich bei A um einen Auftragskiller handelt, liegt es aufgrund fehlender entsprechender Anhaltspunkte fern, eine habgierige Begehung zu prüfen. Erfolgt dies in aller Kürze und unter Hinweis auf die fehlenden Angaben, ist dies gleichwohl nicht zu beanstanden. Auch bietet der Sachverhalt zu wenig Anhaltspunkte für die Annahme niedriger Beweggründe.

II. Strafbarkeit des R nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 3 Var. 2, 22, 23, 26 StGB

R könnte sich nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 3 Var. 2, 22, 23, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem er A bat, F für ihn zu töten.

Hinweis: Eine alternative Art der Zitierung der Mordmerkmale ist „§§ 212 Abs. 1, 211 StGB (Heimtücke, Verdeckungsabsicht)“.

1. Tatbestand

Mit dem durch A versuchten Totschlag liegt die erforderliche vorsätzliche rechtswidrige Haupttat vor. Den Tatentschluss zu dieser Tat hatte R durch seine Bitte, also einen kommunikativen Akt mit Aufforderungscharakter⁴⁹, geweckt und somit den A zu dessen Tat bestimmt. Dabei handelte er mit Vorsatz sowohl hinsichtlich der vorsätzlichen rechtswidrigen Tat als auch hinsichtlich des Bestimmens (sog. doppelter Anstiftungsvorsatz⁵⁰).

2. Tatbestandsannex

Während A selbst kein Mordmerkmal nach § 211 Abs. 2 StGB verwirklichte, könnte R aus Habgier (§ 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3 StGB) und zur Verdeckung einer anderen Straftat (§ 211 Abs. 2 Gr. 3 Var. 2 StGB) gehandelt haben.

a) Mordmerkmale bei R

aa) Habgier

Habgier ist ein noch über die Gewinnsucht hinaus gesteigertes abstoßendes Gewinnstreben um jeden Preis.⁵¹ Das gesteigerte Gewinnstreben wird insbesondere aus einem Missverhältnis zwischen Ziel und Tötung abgeleitet, wobei ein solches Missverhältnis wohl fast stets bei der Tötung eines Menschen angenommen werden muss.⁵² Dabei muss die Berei-

cherung nicht erreicht werden, sondern lediglich beabsichtigt sein.⁵³ Zudem muss das Gewinnstreben im Falle eines wie hier vorliegenden Motivbündels tatbeherrschend sein.⁵⁴ Eine unmittelbare Bereicherung ist ebenfalls nicht erforderlich; auch die Absicht einer Abwendung von Vermögenseinbußen (z.B. die Befreiung von Zahlungsverpflichtungen) kann habgierig sein.⁵⁵ R wollte hier den Tod der F, um so endgültig zu verhindern, dass die Verwendung von tiefgekühltem anstelle von fangfrischem Fisch ans Licht komme, was negative Auswirkungen auf das Geschäft und damit auf seine Einnahmen gehabt hätte. R beabsichtigte damit, Vermögenseinbußen abzuwenden. Dieses Motiv bestimmte auch maßgeblich das Handeln des R. Auch nach einer restriktiven Auslegung des Merkmals der Habgier dürfte es sich hier zudem um ein Missverhältnis zwischen Tötung und Bereicherungsmotiv handeln. R tötete somit aus einem unnatürlich gesteigerten Gewinnstreben und damit aus Habgier.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist nur mit ausführlicher Begründung vertretbar.

bb) Verdeckungsabsicht

Ferner könnte R zur Verdeckung einer anderen Straftat gehandelt haben. Als zu verdeckende Straftat kommt hier das nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 22, 23 StGB strafbare Servieren tiefgekühlten Fisches in der Vergangenheit in Betracht. Allerdings ging es R nicht darum, sich insoweit der Strafverfolgung zu entziehen. Vielmehr fürchtete er, dass bei Bekanntwerden seines Handelns die Gäste ausbleiben würden und er dadurch vor dem Ruin stehen würde. Fraglich ist deshalb, ob Verdeckungsabsicht auch dann zu bejahen ist, wenn sich der Täter nicht der strafrechtlichen Verfolgung entziehen, sondern er andere, außerstrafrechtliche Folgen seines Handelns verhindern will.

Gegen eine solche Auslegung könnten die nach § 211 Abs. 1 StGB zwingend zu verhängende lebenslange Freiheitsstrafe und das damit verbundene Erfordernis einer restriktiven Auslegung⁵⁶ sprechen, zumal durch eine engere Auslegung keine „Strafbarkeitslücken“ entstehen würden, da die Absicht der Verhinderung außerstrafrechtlicher Konsequenzen, bei entsprechender Schwere, einen sonstigen niedrigen Beweggrund im Sinne des § 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 4 StGB darstellen kann.⁵⁷ Sinn und Zweck der Strafschärfung

⁵³ Fischer (Fn. 4), § 211 Rn. 10.

⁵⁴ Fischer (Fn. 4), § 211 Rn. 10.

⁵⁵ Fischer (Fn. 4), § 211 Rn. 11.

⁵⁶ BVerfGE 45, 187 (261); Rissing-van Saan/Zimmermann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 7/1, 12. Aufl. 2018, § 211 Rn. 45.

⁵⁷ Mitsch, in: Amelung/Günther/Kühne (Fn. 24), S. 370 f.; BGHSt 11, 226 (228) nahm noch niedrige Beweggründe bei Absicht der Verdeckung einer Straftat an; BGHSt 23, 39 (40) sieht die Verdeckungsabsicht als Unterfall des niedrigen Beweggrundes an; nach BGH NSZ 1999, 243 liegt dann ein niedriger Beweggrund vor, wenn eine zwar nicht strafbare (sonst Verdeckungsabsicht), aber sonst als verwerflich und

⁴⁹ Zu diesem Erfordernis Roxin (Fn. 11), § 26 Rn. 76.

⁵⁰ Roxin (Fn. 11), § 26 Rn. 132.

⁵¹ BGHSt 10, 399; BGH NJW 1981, 932; Wolf, in: Amelung/Günther/Kühne (Hrsg.), Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, 2. Aufl. 2005, S. 523, 523 ff.

⁵² Fischer (Fn. 4), § 211 Rn. 13a.

bei Vorliegen einer Verdeckungsabsicht sei die kumulative Verletzung der Rechtsgüter „Leben“ und „Strafrechtspflege“; die Verknüpfung von Tötung und Strafvereitelung fehle, wenn lediglich außerstrafrechtliche Konsequenzen vermieden werden sollen.⁵⁸ Eine reine Unrechtskumulation, wie sie für die Rechtsprechung ausreicht, sei zu konturenlos.⁵⁹ Zudem biete eine Beschränkung auf strafvereitelungsmotivierte Verdeckungen ein hohes Maß an Bewertungssicherheit, da bei außerstrafrechtlichen Konsequenzen die tatsächliche Reaktion von Dritten sowie die Strafwürdigkeit nur schwer feststellbar, wohingegen die Tötung zur Strafvereitelung stets höchststrafwürdig sei.⁶⁰ Manche stellen darauf ab, dass andernfalls die Begrenzung auf zu verdeckende Straftaten keinen Sinn ergäbe.⁶¹

Gleichwohl gehen die ständige Rechtsprechung und ein Teil der Literatur auch dann von Verdeckungsabsicht aus, wenn der Täter außerstrafrechtliche Konsequenzen vermeiden will.⁶² Dieser Meinung ist zu folgen. Eine Einschränkung auf die Vermeidung von Strafverfolgung ergibt sich nicht zwingend aus dem Wortlaut.⁶³ Auch die Entstehungsgeschichte ist für die Frage unergiebig.⁶⁴ Zu beachten ist allerdings, dass § 211 StGB nicht dem Schutz der Rechtspflege, sondern des menschlichen Lebens dienen soll.⁶⁵ Dieses aber ist unabhängig vom Gegenstand der Verdeckungsabsicht betroffen. Der Qualifikationsgrund besteht in der Verknüpfung von Unrecht mit weiterem Unrecht.⁶⁶ Die Tötung eines Menschen zur Vermeidung anderer, nicht strafrechtlicher Konsequenzen stellt sich sogar noch verwerflicher dar, da solche Konsequenzen beim Täter regelmäßig einen geringeren Handlungsdruck auslösen werden als die Gefahr, einem Strafverfahren ausgesetzt zu sein. Die Tötung zur Vermeidung solcher, bloß

ansehensschädigende Tat verdeckt werden soll. Für eine enge Auslegung und einen Rückgriff auf niedrige Beweggründe *Hilgendorf* (Fn. 43), § 2 Rn. 64.

⁵⁸ *Brocker*, MDR 1996, 228 (228 f.); *Kühl* (Fn. 3), § 211 Rn. 12; ähnlich *Küper*, JZ 1995, 1158 (1163 f.).

⁵⁹ *Küper*, JZ 1995, 1158 (1162).

⁶⁰ *Schneider*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 20), § 211 Rn. 232; *Sowada*, JZ 2000, 1035 (1043 f.).

⁶¹ *Mitsch* (Fn. 57), S. 370 f.; *Rissing-van Saan/Zimmermann* (Fn. 56), § 211 Rn. 45.

⁶² BGHSt 41, 8; BGH NStZ 1999, 243; BGH NStZ 1999, 615; BGH NStZ-RR 2005, 201; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 211 Rn 33; *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2020, § 2 Rn. 46; offengelassen bei *Steinberg*, JR 2007, 291 (295 f.).

⁶³ BGHSt 41, 8 (9); *Saliger*, StV 1998, 19.

⁶⁴ *Küper*, JZ 1995, 1158 (1161 f.); *Sowada*, JZ 2000, 1035 (1037 f.), sieht in der Entwicklung im 19. Jahrhundert eine „auf die Strafvereitelung gerichtete Einfärbung“ der Verdeckungsabsicht.

⁶⁵ BGHSt 41, 8 (9); BGH NStZ 1999, 615 (616); so auch (wenn auch im Ergebnis abweichend) *Rissing-van Saan/Zimmermann* (Fn. 56), § 211 Rn. 43.

⁶⁶ BGHSt 41, 8 (9); BGH NStZ 1999, 615 (616). Zur „Unrechtsverknüpfung“ im Rahmen der Verdeckungsabsicht siehe *Engländer*, GA 2018, 377 (382 ff.).

gesellschaftlich als negativ empfundenen Folgen steht deshalb in einem noch krasserem Missverhältnis zur Tötung eines Menschen als diejenige zur Vermeidung strafrechtlicher Verfolgung.⁶⁷ Das hohe Strafmaß dient dem besonderen Schutzzweck des Verdeckungsmordtatbestands, den erhöhten Tötungsanreiz abzuwehren, der bei einem Drang zum Selbstschutz entsteht; ein solcher Antrieb zum Selbstschutz besteht jedoch auch bei der Vermeidung außerstrafrechtlicher Folgen vorherigen strafbaren Verhaltens.⁶⁸

Der Täter handelt also auch dann zur Verdeckung einer anderen Straftat, wenn er lediglich außerstrafrechtliche Konsequenzen seines strafbaren Handelns vermeiden will. R wollte hier sein strafbares Handeln verdecken, um wirtschaftlich nachteilige Konsequenzen seines Verhaltens zu vermeiden. Er handelte daher in der Absicht, eine andere Straftat zu verdecken.

Hinweis: Die andere Ansicht ist selbstverständlich ebenso gut vertretbar. Dann wäre die betreffende Absicht des R den „sonstigen niedrigen Beweggründen“ zu subsumieren.

cc) Zwischenergebnis

R handelte somit aus Habgier (§ 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 3 StGB) und zur Verdeckung einer anderen Straftat (§ 211 Abs. 2 Gr. 3 Var. 2 StGB). Diese sind als täterbezogene Mordmerkmale zu qualifizieren.⁶⁹

b) Strafrechtliche Konsequenzen

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass R diese Mordmerkmale verwirklichte, während A selbst keine Mordmerkmale aufwies. Bewertet man die täterbezogenen Mordmerkmale als besondere persönliche Merkmale, die „die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen“, ist § 28 Abs. 2 StGB anzuwenden mit der Folge, dass R nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 2 Var. 3, 22, 23, 26 StGB strafbar wäre.⁷⁰ Erblickt man in den täterbezogenen Mordmerkmalen hingegen „besondere persönliche Merkmale [...], welche die Strafbarkeit des Täters begründen“, ist § 28 Abs. 2 StGB nicht anzuwenden mit der Folge, dass R streng akzessorisch nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23, 26 StGB strafbar wäre. Schließlich wird in der Literatur auch vertreten, dass täterbezogene Mordmerkmale spezielle Schuldmerkmale seien und dement-

⁶⁷ BGH NStZ 1999, 615 (616); *Saliger*, ZStW 109 (1997), 302 (305 ff.); *ders.*, StV 1998, 19 (20 f.).

⁶⁸ BGH NStZ 1999, 615 (616); hiergegen *Sowada*, JZ 2000, 1035 (1038 ff.).

⁶⁹ *Fischer* (Fn. 4), § 211 Rn. 92.

⁷⁰ Nach einer dritten Ansicht (als Möglichkeit einer Streitlösung auffassend *Rissing-van Saan/Zimmermann* [Fn. 56], Vor § 211 ff. Rn. 151; siehe *Küper*, JZ 2006, 1157 [1164 Fn. 38 für weitere Nachweise]) ist § 28 Abs. 2 StGB lediglich als Strafzumessungsregel zu verstehen, sodass sich die Strafbarkeit weiterhin akzessorisch nach dem Haupttäter richtet, während der Strafrahmen von dem vom Teilnehmer verwirklichten besonderen persönlichen Merkmal abhängt.

sprechend § 29 StGB anzuwenden sei,⁷¹ sodass auch nach dieser Ansicht R nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 2 Var. 3, 22, 23, 26 StGB zu bestrafen wäre.

Ob der Teilnehmer streng akzessorisch strafbar ist oder § 28 Abs. 2 StGB (bzw. § 29 StGB) anzuwenden ist, hängt davon ab, wie man das Verhältnis zwischen § 212 StGB und § 211 StGB bewertet. Nach der ständigen Rechtsprechung handelt es sich bei § 211 StGB um einen gegenüber § 212 StGB eigenständigen Tatbestand, begründen die Mordmerkmale also die Strafbarkeit.⁷² Somit sei § 28 Abs. 2 StGB *nicht* einschlägig, sondern der Teilnehmer streng akzessorisch zu bestrafen (bzw. im umgekehrten Fall § 28 Abs. 1 StGB anzuwenden und danach die Strafe zu mildern). Zwar umfasse der Mord gemäß § 211 StGB auch die Tötung eines anderen Menschen im Sinne des § 212 StGB. Gleichwohl hätten beide Tatbestände einen unterschiedlichen Unrechtsgehalt, wobei derjenige des § 211 wesentlich schwerer wiege als der des § 212 StGB. Das ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der beiden Normen: § 212 StGB spreche vom „Totschläger“, während § 211 den „Mörder“ adressiere. Aus dieser sprachlichen Unterscheidung und dem Verweis „ohne Mörder zu sein“ in § 212 StGB ergebe sich, dass der Mörder ungleich höheres Unrecht verwirkliche.⁷³ Die Verwirklichung eines Mordmerkmals führe mithin nicht zu einer bloßen Schulderhöhung, sondern zu einem andersartigen Unrecht. Es handele sich beim Mord gerade nicht um einen besonders schweren Fall des Totschlags.⁷⁴ Dass die Tötung eines anderen Menschen (und damit die Erfüllung des § 212 StGB) in der Ver-

wirklichung des § 211 StGB notwendig enthalten sei, lasse nicht zwingend auf einen Qualifikationscharakter des § 211 StGB schließen. So umfasse auch der Raub gemäß § 249 die Wegnahme im Sinne des § 242 StGB, obwohl beide Tatbestände nicht voneinander abhingen; § 249 StGB sei kein in der Schuld erhöhter Diebstahl. Entsprechend seien die täterbezogenen Mordmerkmale keine unselbständigen, schulderhöhenden Merkmale,⁷⁵ sondern echte, d.h. strafbegründende, (subjektive) Tatbestandsmerkmale.⁷⁶

Dagegen erblickt der ganz überwiegende Teil der Literatur im Totschlag überzeugenderweise den Grundtatbestand des Mordes und aller anderen vorsätzlichen Tötungsdelikte.⁷⁷ Wollte man nämlich von zwei selbständigen Tatbeständen sprechen, müsste sich dies aus den Tatbeständen selbst ergeben. Grundlage dafür könnte jedoch nur das geschützte Rechtsgut selbst oder aber die strafbewehrte Beeinträchtigung sein, sofern dasselbe Rechtsgut geschützt wird. § 212 StGB und § 211 StGB bezwecken jedoch übereinstimmend den Schutz des Rechtsguts Leben, sodass eine Eigenständigkeit von Mord und Totschlag nicht aus divergierenden Rechtsgütern hergeleitet werden kann. Auch kriminalisieren § 212 StGB und § 211 StGB nicht unterschiedliche Rechtsgutbeeinträchtigungen, denn beide erfassen die endgültige Beendigung menschlichen Lebens. Dass § 211 StGB besondere Anforderungen an die Begehungsweise oder Motivation des Täters stellt, ändert an diesem Ergebnis nichts, da die Verwirklichung von Mordmerkmalen den Kreis betroffener Rechtsgüter nicht ausdehnt.⁷⁸ Vielmehr folgt aus der Konstruktion des § 211 StGB, dass es sich hierbei um eine quali-

⁷¹ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 472 f. Siehe Küper, JZ 1991, 761 (Fn. 8 für weitere Nachweise).

⁷² BGHSt 1, 368 (370); 2, 251 (255); 6, 329 (330); 22, 375 (377); 36, 231 (233). Siehe jedoch BGH JZ 2006, 629 (632), wo der 5. Strafsenat im Rahmen eines obiter dictum die Gegenargumente der Literatur und die durch die Rechtsprechung entstehenden Widersprüche deutlich hervorhebt. Gerhold, Die Akzessorität der Teilnahme an Mord und Totschlag – Eine dogmengeschichtliche Rekonstruktion eines bis heute ungelösten Problems, 2014, passim, argumentiert, dass der BGH historisch gezwungen gewesen sei, § 28 Abs. 1 StGB anzuwenden, da andernfalls NS-Mordbeihilfe verjährt wäre; mit Wegfall dieser historischen Notwendigkeit müsse der BGH nun seine Rechtsprechung überdenken.

⁷³ BGHSt 1, 368 (370). Siehe jedoch BGHSt 36, 231 (235), wonach das Unrecht des § 212 StGB in dem des § 211 StGB enthalten sei, wobei der Wortlaut „ohne Mörder zu sein“ diesem nicht widerspreche; vielmehr sei ihm lediglich ein Hinweis auf die „besondere Rolle der Persönlichkeit des Täters“ bei der Abgrenzung von Mord und Totschlag zu entnehmen. Puppe, JR 1984, 229 (233), sieht aufgrund des Wortlauts „ohne Mörder zu sein“ beide Tatbestände in einem Exklusivitätsverhältnis, hält dies aber für einen Gesetzgebungsfehler, da eine konsequente Anwendung (die weder der BGH noch die Literatur durchführten) zu absurden Ergebnissen führe; weiterhin kritisch zur BGH-Rechtsprechung Puppe, NSStZ 2006, 288.

⁷⁴ BGHSt 1, 368 (371).

⁷⁵ BGHSt 1, 368 (370).

⁷⁶ BGHSt 1, 368 (371); Hall, in: Bockelmann/Gallas (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S. 357. Langer, in: Bickel/Hadding/Jahnke/Lüke (Hrsg.), Recht und Rechtserkenntnis, Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag, 1985, S. 340 ff., erkennt auch nachvollziehbare rechtspolitische Gründe des BGH für seine Rechtsprechung.

⁷⁷ Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 62), Vor § 211 Rn. 5 f.; Freund, NSStZ 2004, 123 (127); Gössel, ZIS 2008, 153 ff.; Gössel/Dölling, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, § 1 Rn. 7; Jäger, JR 2005, 474 (479); Küper, JZ 1991, 761 (765); ders., JZ 1991, 861 (862, 868); ders., JZ 1991, 910 ff.; ders., JZ 2006, 608 (612 f.); ders., JZ 2006, 1157 (1166 ff.); Langer, JR 1993, 133 (137); Otto, Jura 1994, 141 (142); Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen (Fn. 19), § 2 Rn. 6; Mitsch, JZ 2008, 336 (337); Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, Vor § 211 Rn. 154; Rengier, MDR 1980, 1 (6); Schneider (Fn. 60), Vor § 211 Rn. 189 ff., § 211 Rn. 272. Offengelassen in Rissing-van Saan/Zimmermann (Fn. 56), Vor § 211 ff. Rn. 15; ähnlich Hall (Fn. 76), S. 356 ff.; Kargl, JZ 2003, 1141 (1147 ff.).

⁷⁸ Zum Gedanken der Rechtsgutsidentität Gössel, ZIS 2008, 153 (155); Gössel/Dölling (Fn. 77), § 1 Rn. 13; Mitsch, JuS 1996, 26 (27); Neumann, in: Dölling (Hrsg.), Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 651 f.

fizierte Form des § 212 StGB handelt. § 211 StGB umfasst nämlich, wie die Rechtsprechung selbst zugeben muss⁷⁹, den Unrechtsgehalt des § 212 StGB, fordert darüber hinaus jedoch das Vorliegen wenigstens eines weiteren Merkmals.⁸⁰ § 212 StGB erfasst den Schutz des menschlichen Lebens in grundsätzlicher Weise. Dies aber spricht gerade für seine Bewertung als Grundtatbestand.⁸¹ Die Tötung eines anderen Menschen unter Verwirklichung von Mordmerkmalen bedeutet daher nicht die Begehung anderen Unrechts, sondern eine lediglich graduelle Steigerung des verwirklichten Unrechts.⁸² Zudem spricht auch die Stellung des § 211 StGB vor § 212 StGB nicht gegen dieses Ergebnis, wengleich auch an keiner anderen Stelle des Strafgesetzbuches eine Qualifikation dem Grundtatbestand vorangestellt ist. Die exponierte Stellung des § 211 StGB an erster Stelle des 16. Abschnitts erklärt sich nämlich vielmehr daraus, dass der Mord das schwerste Delikt gegen das menschliche Leben darstellt und dies aus gesellschaftlichen Gründen im Gesetzestext zum Ausdruck kommen sollte.⁸³ Auch überzeugt es nicht, auf den unterschiedlichen Wortlaut der Tatbestände abzustellen. So knüpft die Bezeichnung des Täters als „Mörder“ in § 211 StGB an die überholte und nationalsozialistisch vereinnahmte Tätertypenlehre an, nach der zu entscheiden war, ob der Täter seiner Persönlichkeit nach als Mörder zu betrachten sei,⁸⁴ und die mit dem heutigen Tatstrafrecht nicht vereinbar und schon deswegen nicht mehr vertretbar ist⁸⁵. Schließlich stößt die Auffassung des BGH in Fällen von gekreuzten Mordmerkmalen und der mittäterschaftlichen Zurechnung zwischen Mord und Totschlag⁸⁶ an ihre Grenzen.⁸⁷

Daher handelt es sich beim Mord um eine qualifizierte Form des Totschlags und ist § 28 Abs. 2 StGB bzw. § 29 StGB anzuwenden. Die von R verwirklichten Mordmerkmale

⁷⁹ BGHSt 36, 231 (235); BGH NStZ 2006, 288.

⁸⁰ Geppert, Jura 2008, 34 (37); Krey/Hellmann/M. Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 16. Aufl. 2015, Rn. 27.

⁸¹ Hardwig, GA 1954, 257 (258); Kraatz, Jura 2008, 613 (618).

⁸² Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, Rn. 61; Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 62), Vor § 211 Rn. 5; Neumann (Fn. 77), Vor § 211 Rn. 154; Otto, Jura 1994, 141 (142); Schneider (Fn. 60), Vor § 211 Rn. 189; Schünemann, Jura 1980, 568 (580 f.); Timpe, JZ 1990, 97 (98); Welzel, JZ 1952, 72 (74).

⁸³ Geppert, Jura 2008, 34, (37, 38); Welzel, JZ 1952, 72 (73).

⁸⁴ Kraatz, Jura 2008, 613 (618); Puppe, JZ 2005, 900 (903).

⁸⁵ Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 10), § 211 Rn. 1 ff.; Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen (Fn. 19), § 2 Rn. 6; Schneider (Fn. 60), Vor § 211 Rn. 189; siehe auch Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 62), Vor § 211 Rn. 6, die in der Terminologie die Aufforderung an den Richter sehen, die Umstände des Einzelfalls und die Gesamtpersönlichkeit des Täters einzubeziehen.

⁸⁶ Siehe dazu etwa BGHSt 36, 231 (233 ff.).

⁸⁷ Gössel/Dölling (Fn. 77), § 1 Rn. 14; Küper, JZ 2006, 1157 (1166); Neumann/Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 77), § 211 Rn. 121.

der Habgier und der Verdeckungsabsicht bewirken daher eine Tatbestandsverschiebung.

Hinweis: Selbstverständlich ist auch die Gegenansicht vertretbar.

c) Zwischenergebnis

R erfüllte den Tatbestand der §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 2 Var. 3, 22, 23, 26 StGB.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

R handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

R ist strafbar nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 2 Var. 3, 22, 23, 26 StGB.

Konkurrenzen

Im ersten Tatkomplex ist R strafbar nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB. Im zweiten Tatkomplex hat sich R durch die beiden Reklamationen zweimal strafbar gemacht nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB. Diese beiden Taten wurden nicht in Handlungseinheit, insbesondere nicht in natürlicher Handlungseinheit begangen, da sie auf unterschiedlichen Tatvorsätzen beruhen und nicht in einem unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang zueinanderstanden.⁸⁸ Damit liegt Handlungsmehrheit vor. Da kein Delikt aufgrund von Gesetzeskonkurrenz zurücktritt, stehen beide Delikte auch in Tatmehrheit (§ 53 StGB) zueinander. Im dritten Tatkomplex verwirklichte R §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 3 Var. 2, 22, 23, 26 StGB.

Die Taten in den unterschiedlichen Tatkomplexen wurden ebenfalls in Handlungsmehrheit zueinander begangen, bleiben nebeneinander bestehen und stehen damit ebenfalls in Tatmehrheit (§ 53 StGB) zueinander.

Gesamtergebnis

I. Strafbarkeit des R

R ist strafbar nach §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB; §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB; §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Var. 1, 22, 23 StGB; §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1, Abs. 2 Gr. 1 Var. 3, Gr. 3 Var. 2, 22, 23, 26; 53 StGB.

II. Strafbarkeit der F

F ist strafbar nach § 253 Abs. 1 StGB.

III. Strafbarkeit des A

A ist strafbar nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 StGB.

⁸⁸ Vgl. dazu Roxin (Fn. 11), § 33 Rn. 29 ff.