

# Übungsfall: Ehren- und andere Schulden

Von Richter Dr. **Holger Niehaus**, Münster

*Die Aufgabe wurde im Sommersemester 2009 mit geringfügigen Abweichungen als Abschlussklausur zur Vorlesung Strafrecht II an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster gestellt.<sup>1</sup> Sie ist an die Entscheidungen des BGH in StV 2007, 17 und StV 2007, 240 angelehnt; die Bearbeitungszeit betrug 90 Minuten. Die Schwerpunkte liegen u.a. in der Prüfung des Rücktritts vom Versuch (trotz „außertatbestandlicher Zielerreichung“) und in der Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnehmerstrafbarkeit beim Mord bzw. Totschlag.<sup>2</sup>*

## Sachverhalt

A hatte seinem Landsmann W, einem Gastwirt, mehrfach nicht unerhebliche Geldbeträge geliehen; zuletzt beliefen sich diese in der Summe auf über 10.000,- €. Auf Vorhaltungen des A, er solle seine Schulden zurückzahlen, reagierte W stets ausweichend, so dass sich das Verhältnis verschlechterte. Als A von seinem Freund F erfuhr, dass dieser den W am Vormittag mit einem neu erworbenen, fabrikneuen Motorrad im Wert von mehreren Tausend Euro gesehen hatte, war für A das Maß voll. Er stellte W telefonisch zur Rede, der auf die Aufforderung, endlich seine Schulden zu bezahlen, jedoch nur antwortete, mit Wucherern wie A wolle er nichts zu tun haben und sein Geld sehe er nicht wieder. A berichtete F unverzüglich über diesen Vorgang; dieser erwiderte, dass A den W spüren lassen müsse, welche Folgen solch ein Verhalten habe; W habe den Tod verdient. In Wirklichkeit waren F die Forderungen des A gleichgültig; er flirtete jedoch seit längerem mit X, der Freundin des W, und sah eine willkommene Gelegenheit, sich des störenden W zu entledigen.

A überzeugte die Argumentation des F. Wutentbrannt griff er zum Telefon, rief W an und teilte ihm mit: „Pass auf, mein Freund, ich komme jetzt zu dir und mach` dich platt.“ Darauf ergriff er seine mit acht Schuss geladene Luftdruckpistole und machte sich auf den Weg zu W. Dieser hoffte, A beruhigen zu können. Als A das Restaurant betrat, ging er zielstrebig auf den am Tresen stehenden W zu, zog im Gehen seine Waffe aus dem Mantel hervor, die er bei Betreten des Restaurants unter diesem verborgen hatte, und schoss zweimal auf den Brustbereich des W. Dieser sank getroffen zu Boden und wand sich vor Schmerzen, da ihn eine Kugel an der linken Schulter und eine im Brustbereich neben der Lunge getroffen hatte. A bemerkte am Verhalten des W, dass er diesen nicht lebensbedrohlich getroffen hatte. Nachdem er sich jedoch eine Weile die Schmerzensschreie des W angehört hatte, gelangte er zu der Meinung, dass dieser seine Lektion gelernt habe und begab sich nach Hause.

Das Gefühl der Befriedigung hielt allerdings nicht lange an, als A zu Ohren kam, dass W bereits am nächsten Tag

wieder eine Spritztour auf seinem neuen Motorrad unternahm und A vor seinen Gästen als „Versager“ verhöhnte. Daher verabredete er mit seinem Bruder B, W eine ordentliche Tracht Prügel zu verabreichen. B war einverstanden und begab sich mit A zu W, wusste dabei jedoch nicht, dass A auch ein Messer dabei hatte. Die beiden versteckten sich am Hintereingang der Gaststätte hinter den Mülltonnen, bis W aus dem Gasträum heraustreten würde, um sich zu seinem Lagergebäude zu begeben. Als dies geschah, stürzte sich A von hinten auf den W, während B die Tür zum Gasträum schloss, damit die Gäste des W nichts hören und sehen konnten. A versetzte W einige heftige Schläge ins Gesicht, während B das Geschehen aus nächster Nähe betrachtete. Nachdem W zu Boden gegangen war, entschloss sich A, den W aufgrund seines oben geschilderten Verhaltens zu töten. Er zog sein Messer und setzte insgesamt 10 Stiche und Schnitte gegen den Oberkörper und Hals des W. Diese Stiche und Schnitte hatten den Tod des W durch Verbluten zur Folge. Die Reihenfolge der Stiche konnte nicht geklärt werden. Möglicherweise führte daher bereits der erste der Stiche zum Tod des W, möglicherweise aber auch erst der letzte. Weder A noch B hatten aber geglaubt, dass bereits ein einziger Messerstich zum Tod des W führen würde oder könnte.

Strafbarkeit der Beteiligten?

## Lösungsvorschlag

### 1. Handlungsabschnitt: Das Geschehen in der Gaststätte<sup>3</sup>

#### A. Strafbarkeit des A

##### I. §§ 211, 212, 22, 23 Abs. 1 StGB<sup>4</sup>

A könnte sich wegen versuchten Mordes gemäß §§ 211, 212, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er auf W schoss.

<sup>3</sup> Die Strafbarkeit von Toten (W) ist nicht zu untersuchen, auch wenn – wie hier – nach der „Strafbarkeit der Beteiligten“ gefragt ist (*Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht I, Ein Fall- und Repetitionsbuch für Anfänger, 4. Aufl. 2008, Rn. 10). Ob W sich wegen Beleidigung (§ 185 StGB) strafbar gemacht hat, indem er A als „Wucherer“ bezeichnete, ist daher nicht zu prüfen.

<sup>4</sup> Es könnte erwogen werden, zunächst mit dem versuchten Totschlag zu beginnen, da im Ergebnis ein Rücktritt bejaht werden kann und dann grundsätzlich eine Untersuchung der Mordmerkmale überflüssig ist. Hier liegt der Fall jedoch anders, da das Vorliegen der Mordmerkmale im Rahmen der Strafbarkeit des Teilnehmers (F) Bedeutung erlangt. Deshalb erscheint auch bei Annahme eines Rücktritts des A die Untersuchung der Mordmerkmale an der systematisch „richtigen“ Stelle – nämlich im Rahmen der Strafbarkeit des A – gegenüber einer sonst notwendig werdenden Inzidentprüfung bei F als vorzugswürdig.

<sup>1</sup> An der Klausur haben 319 Bearbeiter teilgenommen. Die Durchschnittsnote lag bei 4,6 Punkten (gut: 0,5%; vollbefriedigend: 3%; befriedigend: 17,5%; ausreichend: 37%; nicht bestanden: 42%).

<sup>2</sup> Für seine Unterstützung bei der Erstellung des Manuskriptes danke ich Herrn stud. iur. *Bernd Piper*.

### 1. Versuchsstrafbarkeit

Der Versuch des Mordes als Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB) ist gem. § 23 Abs. 1 StGB strafbar.<sup>5</sup>

### 2. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zum Mord gehabt haben.

a) Er wusste, dass er auf einen Menschen schoss und dass die Schüsse W töten konnten. Dies wollte er auch und hatte somit Vorsatz zur Tötung eines Menschen.

b) A könnte darüber hinaus Vorsatz zu einer heimtückischen Tötung gehabt haben (§ 211 Abs. 2 Var. 5 StGB). Dann müsste er die Vorstellung gehabt haben, dass W arg- und wehrlos war, und er müsste den Willen gehabt haben, die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für die Tat auszunutzen. Arglos ist, wer sich keines Angriffs von Seiten des Täters versieht. A müsste also geglaubt haben, bei Abgabe der Schüsse einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber dem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen.<sup>6</sup>

Zwar verbarg A die Waffe beim Betreten der Gaststätte, er ist W aber letztlich vor der Tat mit gezogener Waffe und damit offen feindselig gegenüber getreten. Überdies hat A den Angriff unmittelbar vorher telefonisch angekündigt, so dass er nicht die Vorstellung hatte, dass W sich keines Angriffs von seiner Seite versah.<sup>7</sup> Unabhängig von darüber hinaus erwogenen Einschränkungen des Heimtücke begriffs<sup>8</sup> lag daher ein Vorsatz zur heimtückischen Tötung nicht vor.

c) A könnte habgierig gehandelt haben. Habgier ist rücksichtsloses Gewinnstreben um jeden Preis.<sup>9</sup> Im vorliegenden Fall bildete zwar der Umstand, dass A gegen W ein Zahlungsanspruch zustand, den Ausgangspunkt beim Heranreifen des Tatentschlusses. Auch mag eine Tötung zur Durchsetzung eines bestehenden Anspruchs sich durchaus als sittlich

verachtenswertes Gewinnstreben darstellen können.<sup>10</sup> A ging es aber bei der angestrebten Tötung des W nicht um die Durchsetzung seines Anspruchs, sondern um die – unter diesem Gesichtspunkt „kontraproduktive“ – Tötung seines Schuldners, den er für sein Verhalten bestrafen wollte. Daher handelte A nicht aus Habgier.

d) A könnte aus niedrigen Beweggründen gehandelt haben. Niedrig sind solche Motive, die sittlich auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verachtenswert sind.<sup>11</sup>

W weigerte sich, seine Schulden zu bezahlen und hatte A zuvor beleidigt. Somit erfolgte der Angriff des A auf W nicht aus Motiven, die menschlich in keiner Weise mehr nachvollziehbar gewesen wären (vgl. auch die Wertung des § 213 Var. 1 StGB). Zwar rechtfertigt eine Beleidigung nicht die Tötung eines Menschen. Um jedoch die gegenüber § 212 StGB erheblich höhere Strafdrohung des § 211 StGB allein aufgrund des Tötungsmotives legitimieren zu können, muss dieses schlechthin verachtenswert sein.<sup>12</sup> Daran fehlt es aufgrund der oben genannten Umstände bei der Tat des A.

### 3. Ergebnis

A hat sich daher nicht gemäß §§ 211, 212, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

## II. §§ 212, 22, 23 Abs. 1 StGB

A könnte sich aber durch dieselbe Handlung wegen versuchten Totschlages gemäß §§ 212, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Tatentschluss

A hatte – wie oben gezeigt – Vorsatz zur Tötung des W und somit Tatentschluss zum Totschlag.

### 2. Unmittelbares Ansetzen

Er müsste auch im Sinne des § 22 StGB unmittelbar angesetzt haben. Das ist der Fall, wenn nach der Vorstellung des Täters das geschützte Rechtsgut bereits unmittelbar gefährdet war, ohne dass noch wesentliche Zwischenakte zur Tatbestandsverwirklichung erforderlich gewesen wären.<sup>13</sup> Nach der Vorstellung des A bedurfte es nach dem Abgeben der Schüsse keiner weiteren Zwischenakte, um die Tatvollendung herbeizuführen.

### 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

<sup>5</sup> Da nach dem Gesetz die Versuchsstrafbarkeit nicht selbstverständlich ist (§ 23 Abs. 1 StGB), sollte sie auch in eindeutigen Fällen kurz festgestellt werden. Eine zum Teil darüber hinaus vorgeschlagene „Vorprüfung“ der „Nichtvollendung der Tat“ ist hingegen nicht erforderlich, da die Nichtvollendung gerade keine Voraussetzung des Versuchs ist; vielmehr handelt es sich um eine Frage der Konkurrenzen (*Schlüter/Niehaus/Schröder*, Examensklausurenkurs im Zivil-, Straf- und Öffentliches Recht, 2009, S. 251 f.). A.A. freilich die h.M., vgl. *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 38. Aufl. 2008, Rn. 596, 874.

<sup>6</sup> Vgl. BGH StV 2007, 240 (241).

<sup>7</sup> Vgl. BGH StV 2007, 240 (241): „Dem Senat scheint es gänzlich fernliegend zu sein, dass der Angekl. davon ausgegangen sein soll, er könne nach einer solchen Ankündigung [...] noch einen durch seine Ahnungslosigkeit [...] schutzlosen Menschen überraschen.“

<sup>8</sup> Vgl. dazu *Mrosk*, Ad Legendum 2008, 189 (z.B. „positive/negative Typenkorrektur“; Kriterium eines „verwerflichen Vertrauensbruchs“); zur Tötung des Familientyrannen *Rotsch*, JuS 2005, 12.

<sup>9</sup> BGHSt 10, 399; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 211, Rn. 8.

<sup>10</sup> *Hegmanns*, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil, 2009, Rn. 206.

<sup>11</sup> BGHSt 2, 63; 42, 226 (228).

<sup>12</sup> Erfahrungsgemäß wird das Merkmal der „niedrigen Beweggründe“ von den Bearbeitern oft zu vorschnell bejaht. Angesichts der lebenslangen Strafdrohung des § 211 StGB ist aber eine restriktive Auslegung geboten.

<sup>13</sup> Vgl. *Fischer* (Fn. 9), § 22 Rn. 10.

4. Rücktritt

Er könnte jedoch gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB<sup>14</sup> strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten sein, indem er davon Abstand nahm, weitere Schüsse auf W abzugeben.<sup>15</sup>

a) *Kein Fehlschlag*

Dazu dürfte der Versuch nicht fehlgeschlagen sein. Dies ist der Fall, wenn der Täter nach seiner Vorstellung mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den tatbestandlichen Erfolg noch ohne zeitliche Zäsur herbeiführen konnte.<sup>16</sup>

aa) A hatte noch weitere 6 Schuss in der Waffe. Somit war ihm bei einer „Gesamtbetrachtung“ des Geschehens<sup>17</sup> die Tötung des W noch möglich und der Versuch nicht fehlgeschlagen.

bb) Nach der sog. Einzelaktstheorie<sup>18</sup> wäre dagegen jeder aus der Sicht des Täters erfolgsgeeignete Ausführungsakt – und damit hier jeder abgegebene Schuss – gesondert zu betrachten. Danach lägen hier durch die erfolglos abgegebenen zwei Schüsse sogar zwei fehlgeschlagene Versuche des Totschlages vor.

cc) Gegen die letztgenannte Auffassung spricht, dass sie in Fällen wie dem vorliegenden (Abgabe mehrerer Schüsse mit derselben Waffe) ein einheitliches Geschehen, in dem nur die Weiterführung des einmal gefassten Tatentschlusses liegt, unnatürlich aufspaltet.<sup>19</sup> Der Totschlagsversuch des A war daher nicht fehlgeschlagen.

b) *Aufgeben der Tatausführung/Unbeendeter Versuch*

A müsste gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB die weitere Ausführung der Tat aufgegeben haben. Dazu müsste der Versuch noch unbeendet gewesen sein. Das ist der Fall, wenn der Täter nach seiner Vorstellung noch nicht alles getan hat, um den tatbestandlichen Erfolg herbeizuführen. A hatte bemerkt, dass er W nicht lebensbedrohlich getroffen hatte, so dass der Versuch unbeendet war. Er hat auch die weitere Tatausführung aufgegeben, indem er sich nach Hause begab, ohne nochmals auf W zu feuern.

c) *Freiwilligkeit*

Das Aufgeben der Tat müsste freiwillig erfolgt sein. Freiwillig handelt derjenige, der die Tat aus autonomen Motiven

<sup>14</sup> Nach a.A. soll sich der Rücktritt des Alleintäters bei Vorhandensein eines Teilnehmers nach § 24 Abs. 2 StGB richten (vgl. *Wessels/Beulke* [Fn. 5], Rn. 649 m.w.N.). Auf das Ergebnis ist dies allerdings ohne Einfluss (*Wessels/Beulke*, [Fn. 5], Rn. 649) und bedarf daher in der Klausur auch keiner Erwähnung.

<sup>15</sup> Die Rücktrittsprüfung ist mit einem vollständigen Obersatz einzuleiten, der insbesondere das Verhalten benennt, welches die Rechtsfolge des § 24 StGB auslösen soll.

<sup>16</sup> *Fischer* (Fn. 9), § 24 Rn. 6.

<sup>17</sup> Vgl. BGHSt 36, 90, (92 f.); *Fischer* (Fn. 9), § 24 Rn. 11; *Wessels/Beulke* (Fn. 5), Rn. 629.

<sup>18</sup> Vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 24, Rn. 20 f. m.w.N.

<sup>19</sup> *Wessels/Beulke* (Fn. 5), Rn. 629 m.w.N.

aufgibt.<sup>20</sup> Fraglich ist, ob es einem freiwilligen Rücktritt des A entgegensteht, dass er sein eigentliches Handlungsziel, nämlich W einen „Denkzettel“ für sein Verhalten zu verpassen, erreicht hat (sog. Erreichung eines außertatbestandlichen Handlungsziels).<sup>21</sup>

aa) Teilweise wird ein Rücktritt in diesen Fällen für ausgeschlossen gehalten. Der Täter könne nichts mehr freiwillig aufgeben, wenn er das Ziel seines Handelns erreicht habe. Hier sei die weitere Tatausführung für den Täter sinnlos geworden; von einem honorierbaren Verzicht auf die Tatbestandsverwirklichung könne infolgedessen nicht die Rede sein.<sup>22</sup> Nach dieser Ansicht ist A daher nicht strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten.

bb) Nach der Gegenauffassung ändert die Erreichung eines außertatbestandlichen Handlungsziels nichts am Vorliegen der Rücktrittsvoraussetzungen.<sup>23</sup> Da A nicht aufgrund äußerer Umstände (heteronome Motive) von der weiteren Tatausführung absah, läge danach ein freiwilliger Rücktritt vor.

cc) Der letztgenannten Auffassung ist zu folgen. Der Wortlaut von § 24 Abs. 1 StGB verlangt nur, dass der Täter von der Verwirklichung „der Tat“, also des gesetzlichen Tatbestandes (hier: § 212 StGB), Abstand nimmt, nicht aber von weitergehenden Zielen.<sup>24</sup> Die Interpretation der Rücktrittsmöglichkeit über den Wortlaut des § 24 StGB hinaus dar, der jedoch Art. 103 Abs. 2 GG entgegensteht. Denn ebenso wie das Bestimmtheitsgebot eine täterbelastende Analogie verbietet, untersagt es auch eine teleologische Restriktion täterbegünstigender Normen wie etwa des § 24 Abs. 1 StGB. Zudem privilegiert die erstgenannte Auffassung ohne sachlichen Grund denjenigen Täter, dessen Handlungsziel nur im Tod des Opfers besteht. Der Eintritt eines außertatbestandlichen Ziels steht daher dem freiwilligen Rücktritt nicht entgegen, so dass A freiwillig handelte.

5. Ergebnis

A ist daher vom Versuch des Totschlages mit strafbefreiender Wirkung zurückgetreten.

III. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, 3, 4, 5 StGB

Durch die Schüsse auf W könnte sich A wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, 3, 4 und 5 StGB strafbar gemacht haben.

<sup>20</sup> *Wessels/Beulke* (Fn. 5), Rn. 651.

<sup>21</sup> Zur Frage, im Rahmen welchen Merkmals des § 24 StGB diese Frage zu erörtern ist, werden unterschiedliche Lösungsansätze vertreten. So erörtern etwa *Wessels/Beulke* (Fn. 5), Rn. 635 die Frage im Rahmen der Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch.

<sup>22</sup> *Eser* (Fn. 18), § 24 Rn. 17b; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2008, Rn. 24-35; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 47 ff.

<sup>23</sup> BGHSt 39, 221.

<sup>24</sup> BGHSt 39, 221 (230); *Fischer* (Fn. 9), § 24 Rn. 9.

*1. Tatbestand des § 223 StGB*

A hat den W durch die Schüsse körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt.

*2. Mittels einer Waffe*

Dies geschah unter Verwendung einer Luftdruckpistole und somit auch mittels einer Waffe, § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 StGB.

*3. Hinterlistiger Überfall*

Ein hinterlistiger Überfall (Nr. 3) liegt dagegen mangels eines tückischen und verschlagenen Vorgehens nicht vor.<sup>25</sup>

*4. Gemeinschaftlich*

A könnte aber die Tat mit F gemeinschaftlich begangen haben (§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB). Durch die Strafschärfung sollen jedoch nur solche Fälle erfasst werden, in denen das Opfer einer Übermacht von Personen am Tatort ausgesetzt ist und deshalb ein erhöhtes Unrecht verwirklicht wird.<sup>26</sup> F hat nur im Vorbereitungsstadium mitgewirkt, sodass keine gemeinschaftliche Begehung i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB vorlag.

*5. Lebensgefährdende Behandlung*

Die Körperverletzung könnte mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen worden sein (§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB). Sowohl bei abstrakter als auch bei konkreter Betrachtungsweise stellen die Schüsse aus der Waffe auf den Brustbereich des W (wobei eine Kugel neben der Lunge eindrang) eine das Leben gefährdende Behandlung dar.

*6. Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis*

A handelte rechtswidrig und schuldhaft und hat sich somit wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, 5 StGB strafbar gemacht.

**III. § 123 StGB**

A könnte sich durch das Betreten der Gaststätte in Tötungsabsicht unter Beisichführen einer Waffe wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 StGB strafbar gemacht haben.

Dann müsste er in die Gaststätte widerrechtlich eingedrungen sein. Diese stand jedoch während der Öffnungszeiten allen Personen, die äußerlich dem normalen Gästebild entsprechen, offen. Als A die Gaststätte betrat, verbarg er die Pistole unter dem Mantel und wich somit nicht vom Erscheinungsbild anderer Besucher ab.<sup>27</sup> Das Betreten war daher

<sup>25</sup> Wenn Heimtücke – wie hier – geprüft und verneint wurde, bedarf das engere Merkmal des hinterlistigen Überfalls grundsätzlich keiner Erwähnung mehr (vgl. *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2009, § 14 Rn. 18).

<sup>26</sup> Vgl. *Heghmanns* (Fn. 10), Rn. 415.

<sup>27</sup> Dies wird zum Teil bei Personen, die Straftaten begehen wollen, anders beurteilt (etwa BGH NStZ-RR 1997, 97; *Schäfer*, in: Jescheck/Ruß/Willms [Hrsg.], Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 4, 10. Aufl. 1988, § 123 Rn. 31

vom (tatbestandsausschließenden) generellen Einverständnis des W gedeckt. A hat sich daher nicht wegen Hausfriedensbruchs strafbar gemacht.

**IV. § 241 Abs. 1 StGB<sup>28</sup>**

A könnte sich durch die Ankündigung, er werde W „platt machen“ wegen Bedrohung gem. § 241 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Fraglich ist allerdings bereits, ob in dieser Äußerung eine hinreichend bestimmte Drohung mit einem Verbrechen liegt. Zudem ist die Bedrohung gegenüber der Verwirklichung des angedrohten Verhaltens – auch soweit dieses nur versucht wurde – subsidiär.<sup>29</sup> Ob jedoch die Bedrohung wieder „auflebt“, wenn der Täter vom Versuch des angedrohten Delikts zurücktritt, erscheint fragwürdig. Denn auch durch den Versuch des § 212 StGB wird das von § 241 StGB geschützte Gefühl der Rechtssicherheit des Einzelnen (mehr noch als durch die bloße Ankündigung) beeinträchtigt. Gleichwohl kann der Täter unter den Voraussetzungen des § 24 StGB mit strafbefreiender Wirkung zurücktreten. Diese Wertung sollte nicht durch den Rückgriff auf § 241 StGB teilweise wieder rückgängig gemacht werden. A hat sich daher nicht wegen Bedrohung gem. § 241 StGB strafbar gemacht.

**B. Strafbarkeit des F****I. §§ 211, 212, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB**

F könnte sich wegen Anstiftung zum versuchten Mord gemäß §§ 211, 212, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB<sup>30</sup> strafbar gemacht haben, indem er gegenüber A äußerte, A müsse W die Folgen seines Verhaltens spüren lassen und W habe den Tod verdient.

*1. Vorsätzliche, rechtswidrige Tat eines anderen*

Dann müsste als Haupttat des A ein versuchter Mord vorgelegen haben. Dass A strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten ist (persönlicher Strafaufhebungsgrund), steht dem zunächst nicht entgegen, da § 26 StGB nur eine vorsätzliche

ff.; anders aber nunmehr *Lilie*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann [Hrsg.], Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 12. Aufl. 2008, § 123 Rn. 53).

<sup>28</sup> Zum Aufbau: Da die Bedrohung gegenüber der Verwirklichung des angedrohten (auch nur versuchten) Verbrechens subsidiär ist, ist es naheliegend – abweichend von der üblichen chronologischen Reihenfolge –, § 241 StGB nach der Prüfung des angedrohten (versuchten) Delikts anzusprechen. Selbstverständlich ist auch eine chronologische Prüfung zulässig; allerdings ist dann darauf zu achten, dass die Schwerpunktsetzung nicht misslingt, denn hier standen ersichtlich die zu prüfenden Tötungsdelikte gegenüber § 241 StGB ganz im Vordergrund.

<sup>29</sup> BGH NJW 2005, 1203 (1205); *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 32. Aufl. 2008, Rn. 434c.

<sup>30</sup> Obersatz und Ergebnissatz jeder Deliktprüfung sollten kongruent sein. Daher erfasst bereits der Obersatz der Prüfung des F die Anstiftung zum versuchten Mord, obwohl A „nur“ die §§ 212, 22, 23 Abs. 1 StGB verwirklicht hat.

und rechtswidrige Tat voraussetzt (limitierte Akzessorietät). Allerdings handelte es sich bei der Tat des A – wie oben gezeigt – um einen versuchten Totschlag, so dass F als Teilnehmer nach dem Grundsatz der Akzessorietät der Teilnahme grundsätzlich nur wegen Anstiftung zum versuchten Totschlag bestraft werden kann.

Etwas anderes könnte sich aber aus § 28 Abs. 2 StGB ergeben.<sup>31</sup> Dazu müsste es sich bei dem Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe, das F in seiner Person verwirklicht haben könnte, um ein strafscharfendes besonderes persönliche Merkmal handeln.

*a) Persönliches Merkmal*

Die subjektiven Mordmerkmale des § 211 Abs. 2 StGB 1. und 3. Gruppe knüpfen nicht an die Art und Weise der Tatbegehung, sondern an Umstände an, die in der Psyche des Täters liegen. Es handelt sich daher nicht um tat-, sondern um täterbezogene und damit um besondere persönliche Merkmale i.S.d. § 28 StGB.

*b) Strafscharfendes Merkmal*

Diese Merkmale müssten auch strafscharfend sein. Das ist nur dann der Fall, wenn der Mord eine Qualifikation des Totschlags darstellt.

aa) Teilweise werden § 211 und § 212 StGB als selbständige Delikte mit arteigenem Unrechtsgehalt verstanden.<sup>32</sup> Demnach handelte es sich bei den Mordmerkmalen nicht um strafscharfende Merkmale i.S.d. § 28 Abs. 2 StGB, sondern um strafbegründende i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB. Nach dieser Auffassung käme somit § 28 Abs. 2 StGB nicht zur Anwendung, so dass F allenfalls wegen Anstiftung zum versuchten Totschlag bestraft werden könnte.

bb) Die Gegenauffassung sieht im Mord eine Qualifikation des Totschlages.<sup>33</sup> Danach würde § 28 Abs. 2 StGB Anwendung finden.

cc) Der letztgenannten Auffassung ist zuzustimmen. Es ist zwar richtig, dass es nach der Systematik des StGB ungewöhnlich ist, dass eine Qualifikation vor dem Grundtatbestand geregelt ist. In der Sache enthalten § 211 und § 212 StGB jedoch dasselbe tatprägende Unrechtsmerkmal, nämlich die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen. Die Steigerung dieses Unrechtskernes durch Hinzufügung weiterer Merkmale beim Mord ist jedoch die typische Konstellation von Grundtatbestand und Qualifikation.<sup>34</sup> Daher handelt

es sich bei den Mordmerkmalen der 1. und 3. Gruppe des § 211 Abs. 2 StGB um strafscharfende besondere persönliche Merkmale i.S.d. § 28 Abs. 2 StGB.

*c) Verwirklichung durch den Teilnehmer*

F müsste ein solches Merkmal in Gestalt eines niedrigen Beweggrundes selbst verwirklicht haben. Er regte die Tötung des W an, weil er mit dessen Freundin X flirtete und sich des störenden W entledigen wollte. Wer bereit ist, ein Menschenleben auszulöschen, um den eigenen Beziehungswunsch mit dem Partner des Getöteten besser verwirklichen zu können, handelt aus krassem, nicht mehr nachvollziehbarem Besitzdenken und somit aus einem Motiv, das sittlich auf tiefster Stufe steht und deshalb verachtenswert ist. F handelte daher aus niedrigen Beweggründen.

*d) Zwischenergebnis*

Die Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 StGB liegen daher vor. Somit kann sich F, sofern die weiteren Voraussetzungen der Anstiftung erfüllt sind, wegen Anstiftung zum (versuchten) Mord strafbar gemacht haben.

*2. Bestimmen zur Tat*

F müsste A zur Tat bestimmt haben, also in ihm den Tatentschluss zur Tötung des W hervorgerufen haben. Erst aufgrund der Einwirkung des F fasste A den Entschluss zur Tötung des W. Er hat daher A zur Tat bestimmt.

*3. Vorsatz*

F müsste vorsätzlich gehandelt haben. Er wusste, dass A einen anderen Menschen – W – vorsätzlich und rechtswidrig töten würde und hielt es auch für möglich, dass er durch seine Äußerung den Entschluss des A zur Tötung des W wecken würde. Ebendies wollte er auch, so dass F vorsätzlich handelte.

*4. Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis*

F handelte rechtswidrig und schuldhaft und hat sich somit wegen Anstiftung zum versuchten Mord gemäß §§ 211, 212, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht.

**II. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5, 26 StGB**

Durch dieselbe Handlung hat F bei A auch den Tatentschluss zur gefährlichen Körperverletzung zum Nachteil des W hervorgerufen und sich somit gemäß §§ 223, 224 Abs. 1, Nr. 2<sup>35</sup>, 5, 26 StGB strafbar gemacht.

<sup>31</sup> Zum Teil wird die Prüfung im Anschluss an den Vorsatz empfohlen. Der hier gewählte Aufbau dürfte jedoch der gesetzlichen Systematik näher stehen. Denn die Rechtsfolge des § 28 Abs. 2 StGB ist die Durchbrechung der Haupttat-Akzessorietät der Teilnehmerverantwortlichkeit; daher sollte § 28 Abs. 2 StGB auch dort geprüft werden, wo sich die Norm auswirkt, nämlich bei der akzessorietätsbegründenden Haupttat.

<sup>32</sup> BGHSt 1, 368; 22, 375; vgl. aber BGH NJW 2006, 1008 (1012 f.).

<sup>33</sup> Wessels/Hettinger (Fn. 29), Rn. 70 m.w.N.

<sup>34</sup> Heghmanns (Fn. 10), Rn. 232.

<sup>35</sup> Eine andere Ansicht erscheint im Hinblick auf § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB vertretbar, da der Sachverhalt keine Anhaltspunkte enthält, ob F wirklich mit der durchaus naheliegenden Möglichkeit rechnete, A würde zur Tötung eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug benutzen.

**2. Handlungsabschnitt: Das Geschehen am Hintereingang der Gaststätte<sup>36</sup>****A. Strafbarkeit von A und B****I. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 3, 4, 5, 25 Abs. 2 StGB**

Indem A dem W einige heftige Schläge ins Gesicht versetzte, während B die Tür zum Gastraum schloss, könnten sich A und B wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 3, 4, 5, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

*1. Tatbestandsverwirklichung durch A*

A hat W durch die Schläge körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt.

*2. Zurechnung gem. § 25 Abs. 2 StGB bei B*

Diese Handlungen wären dem B gem. § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen, wenn A und B die Tat gemeinschaftlich begangen haben. B könnte allerdings auch (lediglich) Gehilfe der Tat des A gewesen sein. Täter i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB ist, wer allein oder mit anderen die Tatherrschaft über das Geschehen hat. A und B handelten aufgrund eines gemeinsamen Tatplans und in arbeitsteiligem Zusammenwirken (B schloss die Tür, damit niemand aufmerksam würde). B war am Tatort anwesend und seine Tatbeiträge waren nicht lediglich von untergeordneter Bedeutung.<sup>37</sup> Er übte somit – gemeinsam mit A – die Tatherrschaft aus, so dass die Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 StGB vorliegen. B muss sich daher die unmittelbaren Ausführungshandlungen des A zurechnen lassen.<sup>38</sup>

*3. Gemeinschaftliche Körperverletzung*

Aus demselben Grund handelten A und B gemeinschaftlich i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB.

*4. Hinterlistiger Überfall*

Ein hinterlistiger Überfall (§ 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB) ist gegeben, wenn der Täter planmäßig in einer auf Verdeckung seiner wahren Absicht gerichteten Weise vorgeht; die Ausnutzung eines Überraschungsmoments ist nicht ausreichend. A und B versteckten sich ganz bewusst, um ihrem Opfer aufzulauern und unter Ausnutzung nicht nur des Überras-

chungsmoments, sondern auch der örtlichen Verhältnisse anzugreifen. Auch ein hinterlistiger Überfall liegt somit vor.<sup>39</sup>

*5. Lebensgefährdende Behandlung*

Mehrere heftige Schläge ins Gesicht sind auch abstrakt lebensgefährdend i.S.v. § 224 Abs. 1, Nr. 5 StGB.<sup>40</sup>

*6. Vorsatz, Rechtswidrigkeit und Schuld*

A und B handelten jeweils vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

**II. Ergebnis**

A und B haben sich wegen gefährlicher Körperverletzung in Mittäterschaft gemäß §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 3, 4, 5, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

**B. Strafbarkeit des A****I. § 212 StGB**

Indem A mit Tötungsvorsatz zehnmal auf W einstach, hat er sich eines Totschlags (§ 212 StGB) schuldig gemacht.

**II. § 211 StGB**

Die Tat könnte sich darüber hinaus als Mord gem. § 211 Abs. 2 Var. 5 und 6 StGB darstellen.

*1. Grausamkeit*

A könnte grausam gehandelt haben. Die von W erlittenen Qualen gingen jedoch auch bei 10 Stichen nicht über das für die Tötung mit einer Stichwaffe erforderliche Maß hinaus, sodass A nicht grausam handelte.

*2. Heimtücke*

Er könnte aber, indem er W auflauerte, heimtückisch gehandelt haben. Allerdings entwickelte er den Tötungsvorsatz erst, nachdem W infolge der Schläge zu Boden gegangen war. Zu diesem Zeitpunkt war W aber nicht mehr arglos, so dass A den W nicht heimtückisch getötet hat. A hat sich somit nicht wegen Mordes strafbar gemacht.

**C. Strafbarkeit des B****I. §§ 212, 25 Abs. 2 StGB**

B könnte sich wegen Totschlags in Mittäterschaft gemäß §§ 212, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

Dann müsste B Vorsatz hinsichtlich der Tötung des W gehabt haben (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB). Allerdings war der gemeinsame Tatplan nur darauf gerichtet, W eine „ordentliche Tracht Prügel“ zu verpassen, nicht aber auf die Tötung des W. Bei der Tötungshandlung ist A insoweit vom gemeinsamen Tatplan abgewichen („Exzess“ des Mittäters). Diese war vom Vorsatz des B nicht umfasst. B hat sich somit nicht gemäß §§ 212, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

<sup>36</sup> Einige Bearbeiter haben eine Strafbarkeit wegen Beteiligung an einer Schlägerei (§ 231 StGB) geprüft. Insoweit fehlt es jedoch bereits an der Wechselseitigkeit der Körperverletzungen (Var. 1, vgl. *Fischer* [Fn. 9], § 231 Rn. 3). Eine Strafbarkeit gem. Var. 2 ließe sich zwar tatbestandlich bejahen, indes tritt § 231 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt hinter allen Delikten zurück, in denen sich die pönalisierte Gefahr bereits realisiert hat (*Heghmanns* [Fn. 10], Rn. 459), also insbes. hinter den §§ 223 ff. und § 212 StGB.

<sup>37</sup> Vgl. *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 18), § 25, Rn. 64.

<sup>38</sup> Eine andere Ansicht dürfte vertretbar sein, da B bei der eigentlichen Ausführungshandlung nur zuschaute.

<sup>39</sup> Eine andere Auffassung ist vertretbar, wenn man eine täuschungsähnliche Vorgehensweise verlangt.

<sup>40</sup> Vgl. OLG Köln NJW 1983, 2274.

**II. §§ 212, 13 StGB**

B könnte sich wegen Totschlags durch Unterlassen gemäß §§ 212, 13 StGB strafbar gemacht haben, indem er es nach dem ersten Stich unterließ, A davon abzuhalten, weiter auf W einzustechen.

*1. Kausalität des Unterlassens*

Die unterlassene Handlung müsste kausal für den Erfolg geworden sein. Ein Unterlassen ist dann kausal, wenn die gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiel. Nach diesen Grundsätzen war das Unterlassen des B nur dann kausal, wenn nicht bereits der erste Stich, den B nicht verhindern konnte, tödlich war.<sup>41</sup> Dies konnte allerdings nicht geklärt werden, sodass (in dubio pro reo) zugunsten des B davon auszugehen ist, dass bereits der erste Stich tödlich war. Damit war das Unterlassen des B nicht kausal für den Todeserfolg.

*2. Ergebnis*

B hat sich somit nicht gemäß §§ 212, 13 StGB strafbar gemacht.

**III. §§ 212, 22, 23 Abs. 1, 13 StGB**

B könnte sich durch das Unterlassen eines Eingreifens aber wegen – gem. §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbaren – versuchten Totschlags durch Unterlassen gemäß §§ 212, 22, 23 Abs. 1, 13 StGB strafbar gemacht haben.<sup>42</sup>

*1. Tatentschluss*

Dann müsste B Tatentschluss zur Tötung des W durch Unterlassen gehabt haben.

a) B ging davon aus, dass W nach dem ersten Stich noch lebte. Er stellte sich also vor, dass W infolge der Einwirkungen des A sterben würde, wenn er A nicht davon abhielte. Sein Unterlassen war damit nach seiner Vorstellung kausal (sog. untauglicher Versuch).

b) Er müsste sich auch Umstände vorgestellt haben, die eine Garantenstellung begründen. In Betracht kommt eine Garantenstellung aus Ingerenz, also aus schadensnahe und pflichtwidrigem Vorverhalten. Mit dem gemeinschaftlichen Angriff auf die körperliche Unversehrtheit des Opfers ist spezifisch die Gefahr einer Eskalation und damit einer Tötung des Opfers verbunden. Die Beteiligten eines solchen Angriffs trifft daher eine Garantenstellung aus dem Gesichtspunkt der Ingerenz für das Leben des Körperverletzungsopfers.<sup>43</sup> B hatte mit A verabredet, W eine „ordentliche“ Tracht

Prügel zu verpassen. Er stellte sich somit Umstände vor, die eine Garantenpflicht aus Ingerenz begründen.

*2. Unmittelbares Ansetzen*

B müsste auch unmittelbar zur Tötung eines Menschen angesetzt haben, § 22 StGB. Ab welchem Zeitpunkt der Versuch eines Unterlassensdelikts beginnt, ist umstritten. Die jeweils weitestgehenden Ansichten stellen auf das Verstreichenlassen der ersten bzw. der letzten Rettungsmöglichkeit ab. B hielt A indes zu keinem dieser Zeitpunkte von der Tötung ab, sodass er nach allen Ansichten unmittelbar angesetzt hat.

*3. Rechtswidrigkeit, Schuld, Ergebnis*

B handelte auch rechtswidrig und schuldhaft und hat sich somit wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen gemäß §§ 212, 22, 23 Abs. 1, 13 StGB strafbar gemacht.

**Konkurrenzen und Gesamtergebnis**

A hat im ersten Handlungsabschnitt eine gefährliche Körperverletzung gemäß §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, 5 StGB und im 2. Handlungsabschnitt durch eine neue, selbständige Tat einen Totschlag (§ 212 StGB) begangen. Diese Taten stehen zueinander im Verhältnis der Realkonkurrenz (§ 53 StGB). Die im 2. Handlungsabschnitt gemeinschaftlich mit B verwirklichte gefährliche Körperverletzung tritt hingegen hinter dem Totschlag zurück, wenn – wie hier – die Körperverletzungshandlungen bei Erweiterung des Vorsatzes übergangslos in eine Tötung einmünden.<sup>44</sup>

F hat sich wegen Anstiftung zum versuchten Mord gemäß §§ 211, 212, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB in Tateinheit (§ 52 StGB) mit Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung gemäß §§ 223, 224 Abs. 1, Nr. 2, 5, 26 StGB strafbar gemacht.

Die von B verwirklichte gefährliche Körperverletzung und der versuchte Totschlag durch Unterlassen beruhen zwar auf unterschiedlichen Tatentschlüssen, so dass es sich um zwei selbständige Taten handelt. Auf Grund des engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs liegt aber eine natürliche Handlungseinheit vor, so dass die beiden Delikte zueinander in Idealkonkurrenz (§ 52 StGB) stehen. B hat sich somit gemäß §§ 212, 22, 23 Abs. 1, 13; 223, 224 Abs. 1 Nr. 3, 4, 5, 25 Abs. 2; 52 StGB strafbar gemacht.

<sup>41</sup> Vgl. BGH StV 2007, 17.

<sup>42</sup> Eine große Zahl der Bearbeiter hat dieses Delikt – ebenso wie die Vorinstanz in der zu Grunde liegenden Revisionsentscheidung (BGH StV 2007, 17 [18]) – übersehen. Dabei dürfte auch Zeitnot gegen Ende der Bearbeitung eine Rolle gespielt haben.

<sup>43</sup> Vgl. BGH StV 2007, 17 (18); Zur Garantenstellung bei versuchtem Mord eines Mittäters vgl. auch BGH NStZ 2009, 381 (382).

<sup>44</sup> Vgl. BGH NStZ 2005, 93 (94).