

Übungsfall: Der verwirrte Vater*

Von Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau

Diese Klausur wurde im Sommersemester 2010 an der Universität Passau im Probeexamen gestellt. Die durchschnittliche Punktzahl lag bei 5,18, die Durchfallquote bei knapp 30 %. Die Schwerpunkte der Klausur sind angesiedelt bei der objektiven Zurechnung, beim Rücktritt vom Versuch, bei der Prüfung von erfolgsqualifizierten Delikten sowie bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt.

Sachverhalt

Die Eheleute M und F haben V, den 75-jährigen Vater der F, in ihr Haus aufgenommen, wo er ein Zimmer im Obergeschoss bewohnt. Als M mit F in die Stadt fahren und Einkäufe machen will, möchte er den geistig schon stark verwirrten V nicht dabei haben. Er schließt ihn heimlich in dessen Zimmer ein, weil er fürchtet, dass der unbeaufsichtigte V im Haushalt Unordnung stiftet. M hat zwar gute Gründe für die Annahme, dass V schon nach wenigen Minuten seine Freiheit suchen, in Verkennung des Risikos zum Fenster hinausklettern und sich dabei zu Tode stürzen könnte. Diese Möglichkeit schreckt ihn aber nicht ab. Denn er wünscht sich geradezu, dass V sterbe, weil er ihn als große Belastung empfindet.

Als F nach dem Verlassen des Badezimmers an Vs Tür vorbeikommt und sich verabschieden will, bemerkt sie die Einschließung. Sie begreift, dass M dahintersteckt, und billigt seine Maßnahme. Auch sie kennt die Gründe, aus denen sich die Gefahr des Hinauskletterns und Abstürzens ergibt. Sie denkt jedoch nicht an diese Gefahr, geht unbesorgt hinunter und verlässt mit M das Haus. Dabei tut sie, als wisse sie nichts von der verschlossenen Tür.

Als V später seine Gefangenschaft erkennt, klettert er tatsächlich, für die Gefahr blind, zum Fenster hinaus. Er stürzt auf die Terrasse und erleidet eine lebensgefährliche Kopfverletzung. Bewusstlos bleibt er liegen.

Während des Einkaufes wächst in M das schlechte Gewissen. Weil er nun seine Tat bereut und um Vs Leben bangt, fährt er unter dem Vorwand, zu Hause noch etwas erledigen zu müssen, vorzeitig alleine zurück. Er findet V und ruft sofort einen Rettungswagen. Dabei erkennt er, dass V ohne ärztliche Versorgung an seiner Verletzung sterben würde. Beim Transport ins Krankenhaus mit Blaulicht und Martinshorn, bei dem der Krankenwagen nicht riskanter als bei einer normalen Autofahrt unterwegs ist, kommt es zu einem schweren Verkehrsunfall, bei dem V stirbt. V wäre auch dann bei dem Unfall gestorben, wenn er ohne seine schwere Kopfverletzung im Rettungswagen gelegen hätte.

In einem Gutachten, das auf alle relevanten Rechtsfragen eingeht, ist folgende Frage zu beantworten: Wie haben M und F sich nach dem StGB strafbar gemacht? Nicht zu berücksichtigen sind die §§ 211, 221, 223-229 und 240 StGB.

* Dank gilt meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg.

Lösungsvorschlag

A. Strafbarkeit des M wegen des Einschließens

I. § 212 Abs. 1 StGB

Indem M den V eingeschlossen hat, könnte er sich wegen Totschlags strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

§ 212 Abs. 1 StGB setzt die Tötung eines Menschen voraus. V ist gestorben. M müsste den Tod verursacht haben. Das Einschließen hat einen Kausalprozess ausgelöst, der zum Tod des V geführt hat. Es kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Tod entfiel, war also dafür eine *conditio sine qua non*.

Problematisch ist aber, ob dem M der Tod auch objektiv zugerechnet werden kann. Dies ist nur dann der Fall, wenn M unerlaubt ein Todesrisiko gesetzt und sich dieses Risiko im Tod des V verwirklicht hätte. Gestorben ist V allein an einer Verletzung, die er beim Verkehrsunfall erlitten hat; die Sturzverletzung hatte laut Sachverhalt keinen Anteil daran. Jemanden den Risiken einer Autofahrt auszusetzen ist normalerweise erlaubt. Zwar liegt hier eine Abweichung vom Normalfall vor, weil der Fahrer des Rettungswagens Blaulicht und Martinshorn eingesetzt hat. Doch war damit im Vergleich zu einer normalen Autofahrt keine Risikoerhöhung verbunden, weil der Rettungswagen nicht riskanter unterwegs war.

Anmerkung: Anders läge es, wenn es zu dem Unfall nur deshalb gekommen wäre, weil der Fahrer des Krankenwagens unter Nutzung straßenverkehrsrechtlicher Sonderrechte besonders schnell und riskant gefahren wäre, m.a.W. der Unfall im Zusammenhang mit der Verletzung des V gestanden hätte.¹

Es hat sich also kein unerlaubtes, sondern ein erlaubtes Risiko realisiert (zu verneinen ist der sog. Schutzzweckzusammenhang).² Weil sich die unerlaubt geschaffene Gefahr (hier: die Absturzgefahr) nicht im Erfolg verwirklicht hat und M die sich verwirklicht habende Gefahr (hier: das allgemeine Risiko, im Straßenverkehr verletzt oder getötet zu werden) nicht unerlaubt geschaffen hat, ist der Tod des V dem M nicht zuzurechnen.

Korrekturhinweis: Dass das mit Tötungsvorsatz verletzte Opfer auf dem Weg ins Krankenhaus einen tödlichen

¹ Vgl. dazu Heuchemer, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.2.2011, § 13 Rn. 26; siehe auch BGH NSTz 1983, 21.

² Dieses Ergebnis entspricht der h.M., vgl. nur Krey/Esser, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2011, Rn. 339 f.; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2011, Vor § 13 Rn. 95/96; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 2011, § 23 Rn. 118.

Verkehrsunfall erleidet, ist ein bekanntes Schulbeispiel zur Erklärung des Erfordernisses der objektiven Zurechnung.³ Die hier gegebene Begründung darf deshalb erwartet werden. Immerhin gibt es auch heute noch Stimmen, die das Erfordernis der objektiven Zurechnung skeptisch betrachten und die Begründung in die Verneinung des Vorsatzes verschieben. Man wird es deshalb auch akzeptieren müssen, wenn der Bearbeiter erst den Vorsatz hinsichtlich des konkreten Todes verneint. Allerdings muss dem eine Auseinandersetzung mit der inzwischen herrschenden Lehre von der objektiven Zurechnung vorausgehen.

2. Ergebnis

M ist nicht strafbar nach § 212 Abs. 1 StGB.

Korrekturhinweis: Wer den Prüfungspunkt der objektiven Zurechnung verwirft: es liegt kein Vorsatz des M hinsichtlich des konkreten Todes „Verkehrsunfalltod“ vor.

II. § 222 StGB

Indem M den V eingeschlossen hat, könnte er sich wegen fahrlässiger Tötung strafbar gemacht haben.

Das setzt voraus, dass M den Tod „durch“ Fahrlässigkeit verursacht hat. Das wäre nur der Fall, wenn sich im Tod des V das unerlaubt gesetzte Risiko realisiert hätte. Realisiert hat sich aber ein erlaubtes Risiko (s.o. I. 1.). Folglich hat M den Tod nicht fahrlässig verursacht, sich mithin nicht nach § 222 StGB strafbar gemacht.

Korrekturhinweis: Der Bearbeiter, der mit der oben (I. 1.) gegebenen Begründung (keine objektive Zurechnung) das Vorsatzdelikt verneint hat, kann sich auf das dort Gesagte berufen. Wiederholungen oder gar abweichende Darlegungen sind ein Zeichen für den Mangel an systematischem Durchblick.

III. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

Korrekturhinweis: Es ist üblich, in der Überschrift auch die §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB zu nennen. Notwendig ist dies nicht, weil die Paragraphen ohnehin in der (genau genommen überflüssigen)⁴ Vorprüfung genannt werden. Falls auf die Vorprüfung verzichtet wird (wovon aus klausurtaktischen Gründen aber eher abzuraten ist), können die §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB in der Überschrift (oder im Obersatz) erwähnt werden. Das gilt aber nur für Verbrechen. Bei Vergehen ergibt sich die Strafbarkeit des Versuchs immer aus der jeweiligen Norm des Besonderen Teils (z.B. § 242 Abs. 2 StGB).

Indem M den V eingeschlossen hat, könnte er sich wegen versuchten Totschlags in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht haben.

Mangels objektiver Zurechnung ist der Totschlag nicht vollendet. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus der Strafandrohung von § 212 Abs. 1 i.V.m. §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB.

1. Tatbestand

a) Vorstellung der Tatbestandsverwirklichung (sog. Tatentschluss)

M müsste sich vorgestellt haben, den V zu töten. M sah die Möglichkeit, dass V beim Versuch, das Zimmer über das Fenster zu verlassen, abstürzen könnte. M stellte sich also vor, dass sein Einschließen kausal für den Tod des V sein könnte. Die Verursachung des Absturztodes, die M sich vorgestellt hat, wäre aber nur dann eine Verwirklichung des Totschlagstatbestandes, wenn M sich zugleich Umstände vorgestellt hat, die ergäben, dass ihm dieser Todeserfolg zurechenbar ist.⁵

Einerseits war der Absturz nicht ganz unwahrscheinlich („gute Gründe für die Annahme“). Andererseits kann auch von einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des V keine Rede sein. Immerhin war V „geistig schon stark verwirrt“ und verkannte das Risiko seines Handelns. Beides war M bekannt. Damit umfasste Ms Vorstellung zugleich den Umstand einer unvorsätzlichen Selbstgefährdung des V, weshalb M sich vorstellte, kraft überlegenen Wissens mittelbarer Täter zu sein.

b) Unmittelbares Ansetzen

M müsste nach seiner Vorstellung unmittelbar angesetzt haben (§ 22 StGB).⁶ Bei der mittelbaren Täterschaft ist umstritten, welcher Zeitpunkt für das unmittelbare Ansetzen maßgeblich sein soll. Allerdings kann es mit Blick auf die vorliegende Konstellation dahinstehen, ob auf das Einschließen (Ende der Aktivität), das Abfahren im Auto (Entlassen aus dem Herrschaftsbereich), den Ablauf der „wenigen Minuten“ (vorgestellte Gefahrsuspitzung) oder schließlich auf Vs Hinausklettern (Tätigwerden des Tatmittlers und zugleich tatsächliche Gefahrsuspitzung) abzustellen ist. Alle Zeitpunkte sind nämlich überschritten. M hat also spätestens mit Vs Hinausklettern unmittelbar angesetzt.

Korrekturhinweis: Eine optimale Lösung nennt die vertretbaren Zeitpunkte und entscheidet den Theorienstreit⁷ nicht, sondern verweist darauf, dass alle Zeitpunkte überschritten sind.

³ Siehe nur Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2011, § 13 Rn. 64.

⁴ Zur Begründung siehe Putzke, JuS 2009, 894 (895 f.).

⁵ Ausführlich zum Inhalt der Vorstellung der Tatbestandsverwirklichung Putzke, JuS 2009, 894 (896 ff.).

⁶ Ausführlich zu den unterschiedlichen Ansätzen in Rspr. und Literatur Putzke, JuS 2009, 985; siehe auch Krey/Esser (Fn. 2), Rn. 1235 ff.; Murmann (Fn. 2), § 28 Rn. 66 ff.

⁷ Dazu Putzke, JuS 2009, 985 (989 ff.).

2. Rechtswidrigkeit

M handelte rechtswidrig.

Korrekturhinweis: Insbesondere scheidet eine Rechtfertigung nach § 32 oder § 34 StGB aus. Wegen der Geringfügigkeit der von V vielleicht drohenden Störung (Unordnung im Haushalt) kann man schon den Angriff bzw. die Gefahr verneinen, aber auch andere Voraussetzungen in den beiden Vorschriften bieten Ansatzpunkte, z.B. die Erforderlichkeit der Abwehrmaßnahme. Deshalb kann der Streit unerwähnt bleiben, ob für die Rechtfertigung eines Versuchs die Vorstellung rechtfertigender Umstände genügt oder ob darüber hinaus eine objektive Rechtfertigung nötig ist.⁸ Dem Bearbeiter ist nichts vorzuwerfen, wenn er die Rechtswidrigkeit – wie hier in der Lösungsskizze praktiziert – für offensichtlich und keiner Begründung bedürftig hält.

3. Schuld

Mangels Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründen handelte M auch schuldhaft.

4. Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB

Anmerkung: Ein Hauptproblem der Aufgabe liegt in der Rücktrittsprüfung. Es ist zu erwarten und hinzunehmen, dass die Kandidaten (weil dies von der Rechtsprechung⁹ so praktiziert und in der Ausbildungsliteratur¹⁰ [leider] fast immer empfohlen wird) der Subsumtion unter die gesetzlichen Merkmale die Frage vorschalten, ob der Versuch fehlgeschlagen sowie unbeendet oder beendet ist, um zu klären, ob § 24 StGB überhaupt anwendbar ist und bejahendenfalls, welche Alternative („aufgibt“ oder „Vollendung verhindert“) zu prüfen ist. Bezogen auf den Fall: Ein Fehlschlag ist zu verneinen. Er läge vor, wenn der Täter nach der letzten Ausführungshandlung davon ausgegangen wäre, dass er die Tat mit den bereits eingesetzten oder den zur Hand liegenden Mitteln ohne zeitliche Zäsur nicht mehr hätte vollenden können.¹¹ Geht es um die anschließende Frage, ob ein beendeter oder unbeendeter Versuch vorliegt, ist nach der herkömmlichen Definition ein beendeter anzunehmen, denn M hat nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges für möglich

gehalten,¹² er hat also m.a.W. geglaubt, alles zur Verwirklichung des Tatbestandes Erforderliche getan zu haben.¹³

Weil die Verwendung der gesetzessfernen Begriffe gängig ist, ist ein allein daran orientiertes Vorgehen nicht zu tadeln. Genau genommen sollte an die Stelle gesetzessferner Begriffe aber, wie hier in der Lösungsskizze vorgeschlagen, die Prüfung der gesetzlichen Merkmale treten, wobei die üblichen Begriffe erwähnt werden sollten.¹⁴ Erfahrungsgemäß liegt die Ursache für misslungene Rücktrittsprüfungen in der Regel nämlich darin, dass Studierende sich vom Gesetz und seinen Merkmalen lösen. Der Vorwurf richtet sich allerdings nicht gegen die Lernenden, sondern gegen die Aufsatz- und Lehrbuchautoren, die allein ein gesetzessfernes, also methodisch und didaktisch nicht optimales Vorgehen empfehlen.¹⁵

Vom versuchten Totschlag könnte M strafbefreiend zurückgetreten sein. Das setzt nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB voraus, dass M die Tat aufgegeben hat. Das hat er nicht, wenn er die Herbeiführung des Erfolges gar nicht mehr für möglich hielt (sog. fehlgeschlagener Versuch). Denn alle denkbaren weiteren Handlungen wären dann nicht mehr von dem Vorsatz getragen, einen Totschlag zu vollenden, wären also nicht die weitere Tatausführung. Weil M beim Einschließen einen Absturz für möglich hielt, ist sein Versuch nicht fehlgeschlagen.

Bloßes Aufhören („aufgibt“) stellt nur dann eine anerkenntenswerte Verzichtleistung dar, wenn der Täter davon ausgeht, noch nicht alles zur Verwirklichung des Tatbestandes Erforderliche getan zu haben (sog. unbeendeter Versuch). Nach dem Einschließen des V hielt M dessen Absturz für möglich (sog. beendeter Versuch). Folglich genügt bloßes Aufhören nicht, um strafbefreiend vom Versuch zurückzutreten. Ein Rücktritt nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB scheidet mithin aus.

Nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB kommt ein Rücktritt jedoch in Betracht, wenn M freiwillig die Vollendung der Tat verhindert hat.

Korrekturhinweis: Es ist nicht zwingend, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 vor § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB zu prüfen. Schon im Obersatz innerhalb der Rücktrittsprüfung kann dies klargestellt werden, z.B. wie folgt: „Indem M einen Krankenwagen gerufen hat, könnte er nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB zurückgetreten sein.“ Im Anschluss daran könnte wie folgt fortgefahren werden: „Dazu müsste er, weil M den Erfolgseintritt noch für möglich hielt (weshalb weder ein sogenannter fehlgeschlagener noch

⁸ Dazu *Herzberg*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 22 Rn. 174 ff.

⁹ Siehe beispielhaft BGH NStZ 2010, 690.

¹⁰ „Klassisch“ etwa *Jahn*, JuS 2011, 78; *Murmann* (Fn. 2), § 28 Rn. 109 a.E.; *Rengier* (Fn. 3), § 37 Rn. 14 (S. 317).

¹¹ Siehe nur BGH NStZ 2008, 393; *Rengier* (Fn. 3), § 37 Rn. 15.

¹² Vgl. BGHSt 39, 221 (227); BGH NStZ 2010, 146.

¹³ Vgl. *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 24 Rn. 14.

¹⁴ Mustergültig *Scheinfeld*, JuS 2002, 250; überzeugend kritisch zur Figur des „fehlgeschlagenen Versuchs“ *Schroeder*, NStZ 2009, 9: „unnötige schwere Last für die Rechtsanwendung, die Lehre und das Studium.“

¹⁵ Lobenswert dagegen *Krey/Esser* (Fn. 2), Rn. 1282 ff.

ein sogenannter unbeendeter, sondern ein beendeter Versuch vorliegt) die Vollendung der Tat verhindert haben.“

Das ist nur dann der Fall, wenn die Vollendung der Tat ausgeblieben ist. Dies ist mangels eines objektiv nicht zurechenbaren Erfolgseintritts der Fall.

Korrekturhinweis: Schwache Kandidaten könnten den Fehler machen, das Ausbleiben der Tatvollendung zu verneinen, weil der Tod des V ja eingetreten sei. Das ist deshalb falsch, weil der Totschlag (als Straftat im Sinne von § 212 StGB) mangels objektiver Zurechnung nicht vollendet ist. Wer oben die Zurechnung verneint und hier die Vollendung der Tat bejaht, widerspricht sich also selbst.

Notwendig ist aber auch, dass M die Vollendung „verhindert“. M hat das Ausbleiben der Vollendung zwar durch Herbeirufen des Rettungswagens verursacht; denn infolgedessen kam es zu dem tödlichen Verkehrsunfall und nicht mehr zur Realisierung des Verletzungstodes (den Sturz betreffend). Aber man kann diese Verursachung wohl kaum genügen lassen. Auch bei strafaufhebenden Tatbeständen wird man – gleichsam mit umgekehrtem Vorzeichen – das Merkmal der objektiven Zurechnung beachten müssen. Die „entlastende“ Zurechnung ist in concreto zu verneinen, weil M das Ausbleiben der Totschlagsvollendung nur zufällig verursacht hat. Auch hier kann man den Sachgedanken verschieben, nämlich in die Verneinung des Verhinderungsvorsatzes: M hat sich die konkret bewirkte Verhinderung der Vollendung nicht vorgestellt. Folglich sind die Voraussetzungen von § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB nicht erfüllt.

Korrekturhinweis: Die Erfordernisse der „entlastenden“ objektiven Zurechnung und des Verhinderungsvorsatzes sind aber problematisch und jedenfalls dem Wortlaut des Gesetzes nicht ohne weiteres zu entnehmen.¹⁶ Man sollte darum auch die Bejahung der Verhinderungsalternative bei dem Kandidaten tolerieren, der wenigstens darlegt, dass seine Lösung mit dem Wortlaut dieser Alternative vereinbar ist.

Anstatt nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB könnte M aber nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB zurückgetreten sein. Die Tat wurde ohne Zutun von M nicht vollendet.

Anmerkung: Es ist nicht maßgeblich, ob der Todeserfolg (irgendwie) eingetreten ist, sondern ob M der Todeserfolg zurechenbar ist. Weil dies nicht der Fall ist, fehlt es mit Blick auf die Strafbarkeit des M an der Vollendung der Tat.

Nichtsdestoweniger müsste er sich bemüht haben, die Vollendung zu verhindern. „Ein ernsthaftes Bemühen liegt vor, wenn der Täter eine Handlung vornimmt, die gemessen an der von ihm (vermeintlich) verwirklichten Gefahr zumindest aus seiner Sicht geeignet ist, die Vollendung mit hinreichen-

der Sicherheit zu verhindern“¹⁷. M hat, als er V verletzt vorfand, sofort den Rettungswagen gerufen, weil er erkannt hatte, dass V ohne ärztliche Hilfe sterben würde. Es ist nicht ersichtlich, dass M aus seiner Sicht geeignete Maßnahmen hätte ergreifen können. Mithin hat er sich ernsthaft bemüht.

Schließlich müsste er freiwillig gehandelt haben. Das wäre der Fall, wenn M bei dem Verständigen des Arztes noch „Herr seiner Entschlüsse“ war, also eine autonome Entscheidung getroffen hat. Gewissensbisse sind keine Indizien für Unfreiheit; sie sprechen im Gegenteil i.d.R. sogar für eine autonome Entscheidung.¹⁸ M handelte also freiwillig. Mithin ist er nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB strafbefreiend vom Totschlagsversuch zurückgetreten.

5. Ergebnis

M hat sich nicht nach §§ 212 Abs. 1, 22 StGB strafbar gemacht.

IV. § 239 Abs. 1 StGB

M könnte sich wegen Freiheitsberaubung strafbar gemacht haben, indem er V in dessen Zimmer eingeschlossen hat.

1. Tatbestand

Dazu müsste M den V eingesperrt haben. Einsperren ist das Festhalten in einem umschlossenen Raum durch äußere Vorrichtungen, sodass der Betroffene objektiv gehindert ist, sich von dem Ort wegzubewegen.¹⁹ M hat die Tür abgeschlossen, weshalb V daran gehindert war, das Zimmer zu verlassen. Ob das Tatbestandsmerkmal bereits beim Abschließen²⁰ oder erst in dem Augenblick erfüllt ist, wenn der Eingesperrete sich wegbewegen will,²¹ kann dahinstehen, weil V nach Erkennen seiner Gefangenschaft das Zimmer verlassen wollte. Mithin hat M den V eingesperrt.

Korrekturhinweis: Ebenso wie es zu tolerieren ist, wenn Verfasser das Tatbestandsmerkmal ausführlich prüfen, ist es wegen der Evidenz akzeptabel, sein Vorliegen schlicht festzustellen.

An der Bejahung des Einsperrens ändert sich auch nichts angesichts der Möglichkeit, das Zimmer durch das Fenster zu

¹⁶ Ausführlich dazu Herzberg (Fn. 8), § 24 Rn. 170.

¹⁷ Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 24 Rn. 85; siehe auch Herzberg (Fn. 8), § 24 Rn. 174 m.w.N.

¹⁸ Vgl. etwa OLG Düsseldorf NJW 1999, 2911; Dietmeier, JuS 2007, 824 (827).

¹⁹ Siehe nur Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 239 Rn. 2.

²⁰ H.M., siehe nur BGHSt 14, 314 (316); Küpper, in: Leipold/Tsamikakis/Zöller (Hrsg.), Anwaltkommentar StGB, § 239 Rn. 1.

²¹ So die Gegenmeinung, z.B. Valerius, in: von Heintschel-Heinegg (Fn. 1), Stand: August 2011, § 239 Rn. 6 ff. m.w.N. zum Streitstand.

verlassen, weil dies lebensgefährlich war, m.a.W. eine unzumutbare Alternativmöglichkeit darstellte.²²

M handelte auch vorsätzlich (§ 15 StGB).

2. *Rechtswidrigkeit und Schuld*

Die Freiheitsberaubung ist ebenso wenig nach § 32 oder § 34 StGB gerechtfertigt wie der versuchte Totschlag.²³ Folglich handelte M rechtswidrig. Mangels Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründen handelte M auch schuldhaft.

3. *Ergebnis*

M hat sich nach § 239 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

V. § 239 Abs. 4 StGB

Korrekturhinweis: Ob man die Prüfung des § 239 Abs. 4 StGB von derjenigen des § 239 Abs. 1 StGB trennt, sich also zunächst dem Grunddelikt und danach der Erfolgsqualifikation widmet, ist Geschmackssache. Wer das Grunddelikt inzident untersucht, darf nach Verneinung der Voraussetzungen des § 18 StGB und damit zugleich des § 239 Abs. 4 StGB im Anschluss nicht vergessen, eine Strafbarkeit nach § 239 Abs. 1 StGB zu bejahen.

Durch das Einsperren könnte M sich zudem wegen Freiheitsberaubung mit Todesfolge strafbar gemacht haben.

Anmerkung: Bei der Verwendung des Gutachtenstils ist es nicht korrekt, ein zu prüfendes Tatbestandsmerkmal bereits im Obersatz zu nennen (falsch etwa: „Durch die Wegnahme des Geldes könnte A sich nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben“). Im vorliegenden Fall ist dies anders, weil das Einsperren zuvor bereits bejaht wurde.

1. *Tatbestand*

M hat den Tod des V verursacht (s.o.). Eine Strafbarkeit nach § 239 Abs. 4 StGB kommt aber nur dann in Betracht, wenn M hinsichtlich des Todeserfolgs „wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt“ (§ 18 StGB). Der Tod des V ist dem M aber nicht zurechenbar, M hat insoweit also keine unerlaubte Gefahr geschaffen (s.o. I. 1.), den Tod also nicht fahrlässig verursacht.

Korrekturhinweis: Es ist allerdings zu befürchten, dass die Kandidaten – vor allem wenn sie §§ 212, 222 StGB erst später prüfen und/oder § 18 StGB übersehen – das Zurechnungsproblem nicht im Rahmen der Fahrlässigkeitslehre lösen, sondern mit einem gesetzesfernen und unklaren

²² Dazu gehören etwa Sprung aus einem hochgelegenen Fenster, Einsatz massiver Gewalt zur Überwindung der Sperre, Herausspringen aus schnell fahrendem Fahrzeug, Erfüllung abgenötigter Bedingungen etc. (vgl. zur Frage, ob eine Einspernung unüberwindlich sein muss, etwa BGH NStZ 2001, 420).

²³ Siehe oben die Anmerkung unter III. 2.

ren Erfordernis des „Unmittelbarkeitszusammenhangs“. Dies würde sich hier noch nicht auswirken, weil der Verkehrsunfall auf Zufall beruht und also das Unmittelbarkeitserfordernis, was immer man darunter verstehen mag, keinesfalls zu bejahen wäre.

2. *Ergebnis*

M hat sich nicht nach § 239 Abs. 4 StGB strafbar gemacht.

VI. §§ 239 Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 StGB

Durch das Einsperren könnte M sich aber wegen versuchter Freiheitsberaubung mit Todesfolge strafbar gemacht haben.

Korrekturhinweis: Die Kandidaten könnten der Versuchung erliegen, unnötig lange und fallferne Ausführungen zur Versuchsstrafbarkeit bei erfolgsqualifizierten Delikten zu machen. Diese würden die Falllösung nicht fördern, weil es sich hier um die (nahezu) unstreitige und unproblematische Konstellation des Versuchs einer Erfolgsqualifikation handelt.²⁴

Mangels fahrlässiger Verursachung des Todeserfolgs blieb die Tat unvollendet. Die Strafbarkeit ergibt sich aus der Strafdrohung von § 239 Abs. 4 („nicht unter drei Jahren“) i.V.m. §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB.

1. *Vorstellung der Tatbestandsverwirklichung (sog. Tatentschluss)*

M hat sich vorgestellt, dass V zu Tode kommen kann, und dies auch gewollt.

Anmerkung: Dass M die besondere Folge sogar vorsätzlich herbeiführen will, steht der Bejahung von § 239 Abs. 4 StGB nicht entgegen. Denn in § 18 StGB heißt es „wenigstens Fahrlässigkeit“.

Zudem müsste M sich Umstände vorgestellt haben, die einen unmittelbaren inneren Zusammenhang („spezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang“) zwischen den Umständen der Freiheitsberaubung und dem Todeserfolg begründen. M hatte vorhergesehen, dass V zum Fenster hinausklettern und zu Tode stürzen könnte. Es liegt nahe, dass jemand, der eingesperrt wird, versucht, die Freiheit wiederzuerlangen. Mit hin ist der gefahrsspezifische Zusammenhang zu bejahen.

Anmerkung: Wenn das Opfer die Freiheit sucht und dabei den Tod findet, wird § 239 Abs. 4 StGB vereinzelt mangels Unmittelbarkeit verneint;²⁵ die h.M. lehrt freilich das Gegenteil²⁶ (es besteht keine Notwendigkeit, in einer Klausur auf diesen Streit einzugehen). Versteht man unter dem Erfordernis der Unmittelbarkeit in der Sache das

²⁴ Ausführlich dazu Putzke, JuS 2009, 1083 (1085 ff.).

²⁵ Etwa von Widmann, MDR 1967, 973.

²⁶ So etwa BGHSt 19, 382 (386 f.); Fischer (Fn. 13), § 239 Rn. 16; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 11. Aufl. 2010, § 22 Rn. 21 f.

Gleiche wie unter dem der Fahrlässigkeit, so gelangt man auf den Standpunkt dieser h.M. und wird im Ergebnis von der hier bevorzugten Lösung nicht abweichen. Versteht man darunter aber eine zusätzliche Voraussetzung, so ist die Gefahr der Verneinung der Unmittelbarkeit und damit des Versuchs groß. Eine solche Lösung des Falles dürfte schwerlich einleuchtend zu begründen sein. Richtigerweise ist also die Vorstellung (der Tatentschluss), durch eine Freiheitsberaubung den Tod zu verursachen, zu bejahen.

2. Unmittelbares Ansetzen

M müsste unmittelbar angesetzt haben. Bei Qualifikationstatbeständen ist dies i.d.R. zu bejahen, wenn der Täter nach seiner Vorstellung zur Verwirklichung des Grunddelikts unmittelbar ansetzt.²⁷ Mit dem Abschließen der Tür hat M das Grunddelikt sogar schon verwirklicht, mithin auch zur Erfolgsqualifikation nach § 239 Abs. 4 StGB unmittelbar angesetzt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB

Hier ist ein Rücktritt ebenso zu bejahen wie beim versuchten Totschlag (s.o. III. 4.).

5. Ergebnis

M hat sich folglich nicht nach §§ 239 Abs. 4, 22 StGB strafbar gemacht.

VII. § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB

Indem M den V eingeschlossen hat, könnte er sich wegen Freiheitsberaubung mit schwerer Gesundheitsschädigungsfolge strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

M müsste durch die vorsätzliche Freiheitsberaubung (s.o. IV.) eine schwere Gesundheitsschädigung verursacht haben. Wie der Wortlaut nahelegt, beschränkt sich eine schwere Gesundheitsschädigung nicht auf den Katalog des § 226 StGB. Gleichwohl dürfte der Schweregrad daran zu orientieren sein.²⁸ V erleidet eine „Kopfverletzung“. Weil sie lebensgefährlich ist, kann bereits von einer schweren Gesundheitsschädigung gesprochen werden.²⁹

Weil es sich bei der schweren Gesundheitsschädigung um eine besondere Folge i.S.v. § 18 StGB handelt, müsste M sie wenigstens fahrlässig herbeigeführt haben. Dass V schon nach wenigen Minuten und in Verkennung des Risikos zum Fenster hinausklettern und sich dabei zu Tode stürzen könnte,

war vorhersehbar und auch vermeidbar. M handelte mithin objektiv sorgfaltswidrig, also fahrlässig.

Zudem muss nach h.M. zwischen Grunddelikt und dem qualifizierenden Erfolg ein spezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang bestehen. In der Gesundheitsschädigungsfolge muss sich m.a.W. die dem Grunddelikt anhaftende eigentümliche Gefahr niederschlagen. Bei § 239 Abs. 1 StGB ist es grunddeliktsspezifisch, dass eine eingesperrte Person versucht, sich zu befreien, und dafür auch einen riskanten Ausweg wählt. Der spezifische Gefahrverwirklichungszusammenhang zwischen Vs Verletzung und seiner Einsperrung ist also zu bejahen.

2. Rechtswidrigkeit

M handelte rechtswidrig (s.o. IV. 2.).

3. Schuld

Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe liegen nicht vor. Zudem war der Eintritt der schweren Gesundheitsschädigung für M vorhersehbar und vermeidbar, weshalb er subjektiv fahrlässig, und also insgesamt schuldhaft gehandelt hat.

4. Ergebnis

M hat sich nach § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit der F wegen des Nichtverhinderns der Einschließung oder des Nichtaufschließens

I. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB

Indem F das Einschließen nicht verhindert oder das Zimmer nicht aufgeschlossen hat, könnte sie sich wegen Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht haben. Das Vorliegen des objektiven Tatbestandes kann dahingestellt bleiben, wenn F nicht vorsätzlich gehandelt hat.

Anmerkung: Ökonomisches Arbeiten gebietet es, in einem Gutachten an geeigneten Stellen zu springen.³⁰ Insoweit gilt generell Folgendes: „Sprünge in den subjektiven Tatbestand und in die Gesetzeskonkurrenz werden meist geduldet, oft sogar erwünscht; Sprünge in Rechtswidrigkeit und Schuld werden meist mißbilligt“³¹.

Vorsatz umfasst jedenfalls die Kenntnis der Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören (Umkehrschluss aus § 16 Abs. 1 S. 1 StGB). F kannte nicht die Gefahr des Hinauskletterns und Abstürzens. Folglich handelte sie nicht vorsätzlich, hat sich also nicht nach §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Korrekturhinweis: Der Vorsatzmangel ist im Sachverhalt so eindeutig klargestellt, dass dieses Delikt entweder nicht erwähnt werden muss oder es sich anbietet, sogleich in den Vorsatz zu springen. Die Verfasser können natürlich

²⁷ Siehe nur *Putzke*, JuS 2009, 985 (989); *ders.*, JuS 2009, 1083 (1086); ebenso *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 15 Rn. 50 f.; *Roxin*, JuS 1979, 1 (7).

²⁸ So *Fischer* (Fn. 13), § 239 Rn. 15a.

²⁹ Vgl. etwa *Lackner/Kühl* (Fn. 19), § 250 Rn. 3.

³⁰ Ausführlich dazu *Klaas/Scheinfeld*, Jura 2010, 542 (549).

³¹ *Hardtung*, JuS 1996, 807 (811).

genauso gut im objektiven Tatbestand die Zurechnung verneinen.

II. §§ 222, 13 Abs. 1 StGB

F könnte sich durch ihr Verhalten aber wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

F hat es unterlassen, durch das – ihr mögliche – Aufschließen der Tür Vs Tod abzuwenden. Zudem müsste F Garantin für das Leben des V gewesen sein. Eine generelle Garantienpflicht der Kinder für ihre Eltern besteht nicht.³² Hier begründet jedoch die Übernahme der Pflege durch F ihre Garantienstellung gegenüber V.³³ Weiter war ihr Unterlassen auch fahrlässig im Hinblick auf die Möglichkeit eines tödlichen Sturzes aus dem Fenster. Denn sie kannte laut Sachverhalt die Gründe, aus denen sich diese Gefahr ergab. F hat den Tod aber nicht „durch“ Fahrlässigkeit verursacht. Denn in Vs Verkehrsunfalltod hat sich das unerlaubt zugelassene Risiko eines Absturztodes nicht realisiert (s.o. A.I.1.).

2. Ergebnis

F hat sich mithin nicht nach §§ 222, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. §§ 239 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB

Indem F das Einschließen nicht verhindert oder das Zimmer nicht aufgeschlossen hat, könnte sie sich wegen Freiheitsberaubung durch Unterlassen strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Der Erfolg des Eingesperrtseins (§ 239 Abs. 1 Alt. 1 StGB) ist bei V eingetreten. Fraglich ist, ob F es unterlassen hat, diesen Erfolg abzuwenden. Denn § 13 StGB fordert, dass der Eintritt des Erfolges nicht abgewendet wird. Den M am Abschließen zu hindern, hat F schon nicht sorgfaltspflichtwidrig, jedenfalls aber nicht vorsätzlich unterlassen.

Nach § 239 Abs. 1 Alt. 2 StGB könnte F den Eintritt des Erfolges einer Freiheitsberaubung aber „auf andere Weise“ abzuwenden unterlassen haben. Es lässt sich gut sagen, dass ein eingesperrter Mensch durch Aufrechterhaltung einer Sperre von Minute zu Minute erneut seiner Fortbewegungsfreiheit beraubt wird.

Korrekturhinweis: Dieses extensive Verständnis entspricht bei sogenannten Dauerdelikten im Ergebnis der allgemeinen Ansicht, die freilich schon die erste Alterna-

³² *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 13 Rn. 18; a.A. noch BGHSt 19, 167; ebenso *Heuchemer* (Fn. 1), § 13 Rn. 40; differenzierend *Otto*, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 255 (S. 268 f.): „Garantenpflicht aus der auf Vertrauen und Verantwortung aufbauenden und aus ihr erwachsenden engen Familiengemeinschaft“.

³³ Vgl. *Stree/Bosch* (Fn. 32), § 13 Rn. 18.

tive in diesem weiten Sinne deutet. Das ist selbstverständlich auch den Kandidaten zuzubilligen.

Fraglich ist, ob F Täterin (oder nur Gehilfin) ist. Zur Frage, wann ein unterlassender Garant neben einem Aktivtäter ebenfalls Täter ist, gibt es zahlreiche Ansichten: Die Lehre von den Pflichtdelikten besagt, ein Garant sei immer Täter.³⁴ Nach der extremen Gegenansicht ist der Garant niemals Täter.³⁵ Dazwischen steht die Ansicht, die nur den Beschützer-, nicht aber den Bewachergaranten zum Täter erklärt,³⁶ sowie die Meinungen, die auf allgemeine Täterschaftskriterien zurückgreifen und deshalb nach dem Täterwillen (*animus auctoris*)³⁷ oder der Tatherrschaft³⁸ fragen.

Anmerkung: Diesem Streit wird in letzter Zeit auch in der juristischen Ausbildung vermehrt Aufmerksamkeit geschenkt.³⁹ Da es sich dabei um Fragen handelt, die „zu den fundamentalen dogmatischen Problemen des Allgemeinen Teils des Strafrechts“⁴⁰ gehören und „hoch umstritten“⁴¹ sind, darf von den Bearbeitern zu diesem Problem weder viel erwartet werden noch eine argumentativ schwache oder gar fehlende Problematisierung bei der Bewertung stark ins Gewicht fallen.

Gegen die Animus-Theorie spricht vor allem, dass sie keine handhabbaren Kriterien bietet und so zu beliebigen Ergebnis-

³⁴ Siehe etwa *Bachmann/Eichinger*, JA 2011, 105 (106 ff.); *Kindhäuser*, in: Bohnert u.a. (Hrsg.), Verfassung – Philosophie – Kirche, Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, 2001, S. 627 (S. 649); *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, § 31 Rn. 140 ff.; grundlegend *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 750; *Sanchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, S. 147, 177; kritisch zur Kategorie der sog. Pflichtdelikte *Putzke*, in: Schönemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Strafrecht als Scientia Universalis, 2011, S. 425.

³⁵ In diesem Sinne *Kühl* (Fn. 27), § 20 Rn. 230; *Kudlich*, in: von Heintschel-Heinegg (Fn. 1), Stand: 15.8.2011, § 25 Rn. 17.2; *Ranft*, ZStW 94 (1982), 815.

³⁶ So *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 82 ff.; *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), Vorbem. §§ 25 ff. Rn. 103 ff.; *Seier*, JA 1990, 382 (383 f.); mit dieser Meinung sympathisieren *Krey/Esser* (Fn. 2), Rn. 1183 a.E.; im umgekehrten Sinne *Krüger*, ZIS 2011, 1 (6 ff.).

³⁷ Vgl. etwa BGHSt 13, 162 (166); 43, 381 (396); BGH NStZ 2009, 321 (322).

³⁸ So z.B. *Joecks*, in: Joecks/Miebach (Fn. 8), § 25 Rn. 236; *Ransiek*, JuS 2010, 678; *Rengier* (Fn. 3), § 51 Rn. 18 ff.; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011, Rn. 522, 734.

³⁹ Siehe etwa *Bachmann/Eichinger*, JA 2011, 105; *Life & Law* 2010, 741 (745 f.) zu BGH NStZ 2010, 690; Falllösungen zu der Problematik: *Ellbogen/Stage*, JA 2005, 355; *Bosch*, JA 2007, 420.

⁴⁰ *Haas*, ZIS 2011, 392.

⁴¹ *Murmann* (Fn. 2), § 29 Rn. 93.

sen führt. Dass der unterlassende Garant neben dem Aktivtäter immer nur Gehilfe sei, wird damit begründet, dass er bei aktiver Mitwirkung ja auch nur Gehilfe sei und ohne sie nicht stärker bestraft werden dürfe als mit ihr. Dieser Erst-recht-Schluss überzeugt nicht, denn er berücksichtigt nicht die Möglichkeit, dass bei aktiver Mitwirkung Aktivbeihilfe und Unterlassungstäterschaft gegeben sind. Die restlichen Ansichten gelangen bei F zu einer Bejahung der Täterschaft.

2. Ergebnis

F handelte auch rechtswidrig und schuldhaft und ist somit nach §§ 239 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar.

IV. §§ 239 Abs. 4, 13 Abs. 1 StGB

Indem F das Einschließen nicht verhindert oder das Zimmer nicht aufgeschlossen hat, könnte sie sich wegen einer Freiheitsberaubung mit Todesfolge durch Unterlassen strafbar gemacht haben. Zwar hat F den Tod des M verursacht. Eine Strafbarkeit nach § 239 Abs. 4 StGB kommt aber nur dann in Betracht, wenn F hinsichtlich des Todeserfolgs „wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt“ (§ 18 StGB). Der Tod des V ist der F aber ebenso wenig zurechenbar wie dem M, weil F keine unerlaubte Gefahr geschaffen hat (s.o. A. V.), den Tod mithin nicht fahrlässig verursacht hat. Folglich hat sich F nicht nach §§ 239 Abs. 4, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

V. §§ 239 Abs. 4, 13 Abs. 1, 22 StGB

Eine versuchte Freiheitsberaubung mit Todesfolge durch Unterlassen scheidet mangels Vorsatzes aus, weil F keine Kenntnis von der Absturzgefahr hatte.

VI. §§ 239 Abs. 3 Nr. 2, 13 Abs. 1 StGB

Indem F das Einschließen nicht verhindert oder das Zimmer nicht aufgeschlossen hat, könnte sie sich wegen Freiheitsberaubung mit schwerer Gesundheitsschädigungsfolge durch Unterlassen strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

F müsste durch die vorsätzliche Freiheitsberaubung (s.o. B. III.) eine schwere Gesundheitsschädigung bei V verursacht haben. Die Kopfverletzung bei V ist eine schwere Gesundheitsschädigung (s.o. A. VII.1.). F hatte zudem rechtlich dafür einzustehen, den Erfolgseintritt zu verhindern (s.o. B. II. 1.).

Zudem müsste F die schwere Gesundheitsschädigung wenigstens fahrlässig herbeigeführt haben (vgl. § 18 StGB). Vs Fluchtversuch und Sturz war vorhersehbar und auch vermeidbar. F handelte mithin objektiv sorgfaltswidrig, also fahrlässig.

Außerdem liegt der spezifische Gefahrverwirklichungszusammenhang zwischen Vs Verletzung und seiner Einsperung vor (s.o. A. VII.1.).

2. Rechtswidrigkeit

F handelte rechtswidrig.

3. Schuld

Die Verletzungen waren für F auch vorhersehbar und vermeidbar, sie handelte also auch schuldhaft.

4. Ergebnis

F hat sich nach §§ 239 Abs. 3 Nr. 2, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

C. Gesamtergebnis

M hat sich strafbar gemacht nach § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB, wobei § 239 Abs. 1 StGB im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Spezialität) verdrängt wird. Die Strafbarkeit der F ergibt sich aus §§ 239 Abs. 3 Nr. 2, 13 Abs. 1 StGB. Die §§ 239 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB werden wiederum verdrängt.