

Übungsklausur: „I am the danger“*

Von Wiss. Mitarbeiter **Jacob Böhringer**, Wiss. Mitarbeiter **Markus Wagner**, Gießen**

Die Klausur war Gegenstand der Übung für Fortgeschrittene an der Justus-Liebig-Universität Gießen im Sommersemester 2014. Die Schwerpunkte liegen im Bereich der Irrtumslehre, der Mittäterschaft sowie der Mordmerkmale.

Die Bearbeiter erzielten im Durchschnitt 3,35 Punkte. Die Durchfallquote lag bei 58,99 %.

Sachverhalt

Der an Lungenkrebs erkrankte Chemielehrer C sorgt sich um die finanzielle Situation seiner Familie nach seinem zu befürchtenden baldigen Ableben. Um vorzusorgen, nutzt er seine Fachkenntnisse und baut mit seinem ehemaligen Schüler S ein Drogenlabor auf. C und S stellen dort Methamphetamin her, das S gewinnbringend vertreibt. Den Erlös teilen S und C sich hälftig.

Der regionale Methamphetamin-Markt ist jedoch hart umkämpft. Der größte Konkurrent von C und S ist K. Als ihre Umsätze einzubrechen beginnen, beschließen C und S, K zu töten, um ihre frühere Monopolstellung zurück zu erlangen. Zu diesem Zweck bitten sie K um ein Treffen, woraufhin dieser sie in sein entlegenes Haus einlädt, wo sich außer K nur dessen schwer kranker und an den Rollstuhl gefesselter Onkel O aufhält. K bereitet für O und seine Gäste Burritos zu. Als die vier Portionen auf dem Tisch stehen, nutzt S – wie vereinbart – einen unbeobachteten Augenblick und streut ein giftiges Pulver, das C zuvor hergestellt hatte, in die Portion des K.

Als alle am Tisch sitzen und gerade mit dem Essen beginnen wollen, bemerkt O, dass er gerne auf dem Platz des K sitzen möchte, weil er von dort einen besseren Blick auf den Fernseher habe. K will seinem Onkel diesen Wunsch nicht abschlagen und tauscht seinen Platz mit O, der daraufhin nichtsahnend den vergifteten Burrito verspeist. Dies ist C und S zwar höchst unerwünscht; sie unternehmen jedoch nichts, um ihren eigentlichen Plan nicht zu offenbaren.

Nach dem Essen wenden sich C, S und K dem Geschäftlichen zu. O sieht währenddessen weiter fern. Da das Gift langsam zu wirken beginnt, verliert er das Bewusstsein; K geht davon aus, dass sein Onkel lediglich – was nicht ungewöhnlich ist – eingeschlafen sei.

Da das Gespräch mit K ergebnislos bleibt und die unbewaffneten C und S über keine weitere Möglichkeit verfügen, K noch zu töten, verlassen sie dessen Haus und kehren in ihr Labor zurück. Dort beschließen sie, der Polizei einen anony-

men Hinweis auf den Betäubungsmittelhandel des K sowie dessen Aufenthaltsort zu geben, um ihn auf diese Art und Weise doch noch vom Markt zu verdrängen. Dabei gehen sie zutreffend davon aus, dass O zu diesem Zeitpunkt bereits nicht mehr gerettet werden kann.

Einige Zeit nachdem K seine Gäste verabschiedet hat, versucht er, seinen Onkel zu wecken. Da ihm dies nicht gelingt, erkennt er den kritischen Zustand des O. K verlässt daraufhin sein Haus, um Hilfe zu holen. Dabei begegnet er dem Polizisten P, der den anonymen Hinweis von C und S erhalten hatte.

Als P den K erblickt, will er diesen festnehmen. Daraufhin eröffnet K das Feuer auf P, das dieser erwidert. Im Zuge der Schießerei wird K durch einen Kopfschuss getötet. O verstirbt wenige Minuten später an der Vergiftung.

Aufgabe

Hat C sich nach dem StGB strafbar gemacht?

Bearbeitervermerk

Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt. Körperverletzungs- und Freiheitsberaubungsdelikte sowie die §§ 145d, 164, 185 ff. StGB sind nicht zu prüfen.

Lösung

Hinweis: Ob zuerst die Strafbarkeit wegen vollendeter Tötung zu Lasten des K oder diejenige zu Lasten des O geprüft wird, hat auf den Fortgang der Prüfung keinerlei Auswirkungen.

I. § 212 Abs. 1 StGB zu Lasten des K (Beigabe des Giftpulvers)

Hinweis: Es kommen verschiedene Mordmerkmale in Betracht. Daher stellt sich hier die Frage, ob § 212 StGB und § 211 StGB gemeinsam oder getrennt zu prüfen sind. Dies hängt davon ab, zu welchem Ergebnis die Prüfung kommen wird: Scheidet bereits § 212 StGB aus (etwa weil es am Vorsatz fehlt oder die Tat gerechtfertigt ist), ist eine gemeinsame Prüfung verfehlt, weil dann bereits kein qualifizierbares Grunddelikt vorliegt und jegliche Ausführungen zu den Mordmerkmalen im Ergebnis überflüssig sind (*Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 992). Da sich hier ein Zurechnungsproblem stellt, bietet sich daher eine getrennte Prüfung an.

C könnte sich wegen Totschlags zu Lasten des K gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er ein giftiges Pulver herstellte und S das Giftpulver in den Burrito streute.

Hinweis: Wird die Prüfung am Ende zu dem Ergebnis kommen, dass eine Strafbarkeit wegen des betreffenden Delikts ausscheidet bzw. steht fest, dass eine Kollision mit anderen Delikten ausscheidet, kann der Obersatz mit

* Der Sachverhalt der Klausur ist an eine Episode der amerikanischen Fernsehserie „Breaking Bad“ (Staffel 2, Folge 2) angelehnt. Das titelgebende Zitat stammt ebenfalls aus dieser Serie (Staffel 4, Folge 6).

** Die Autoren sind beide Wiss. Mitarbeiter an der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht (Prof. Dr. Thomas Rotsch) am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen. Sie danken dem Lehrstuhlinhaber herzlich für wertvolle Kritik und Anregungen.

„wegen ... strafbar“ formuliert werden. Wird das Delikt hingegen bejaht und liegen daneben die Voraussetzungen weiterer Straftatbestände vor, muss die Formulierung „eines/einer ... schuldig“ verwendet werden, weil die eigentliche Frage nach der *Strafbarkeit* dann erst nach Auflösung der Konkurrenzen beantwortet werden kann (vgl. *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 139).

K ist tot. Er starb aber nicht infolge einer Vergiftung, sondern aufgrund eines Kopfschusses.

Fraglich ist daher, ob die Beigabe des Giftpulvers für den Tod des K kausal war. Kausalität liegt nach der *condicio sine qua non*-Formel dann vor, wenn die Handlung des Täters nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.¹

Die Vergiftung des O veranlasste K, das Haus zu verlassen um Hilfe zu holen; währenddessen traf er auf P, von dem er letztlich erschossen wurde. Damit war die Beigabe des Giftes auch kausal für den Tod des K.

Hinweis: Vertretbar ist es auch, hier einen überholenden Kausalverlauf² anzunehmen und somit (bereits) die Kausalität der Giftbeimischung für den Tod des K abzulehnen.

Der Tod des K müsste C darüber hinaus aber auch objektiv zurechenbar sein. Dies ist dann der Fall, wenn C durch sein Verhalten eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im konkreten Erfolgseintritt realisiert hat.³

Mit der Vergiftung des Burritos wurde zwar eine rechtlich missbilligte Gefahr gesetzt. Im Tod des K realisiert sich jedoch gerade nicht diejenige Gefahr, die von dem Gift ausgeht. Der Schuss des P stellt ein eigenverantwortliches Dazwischentreten eines Dritten dar, das den Zurechnungszusammenhang unterbricht.⁴ Es fehlt daher an der objektiven Zurechnung des Taterfolges.

Hinweis: Der BGH verwendet die Lehre von der objektiven Zurechnung (noch) nicht. Er würde diese Problematik im subjektiven Tatbestand als Irrtum über den Kausalverlauf verorten (zu den Auswirkungen auf die Fallbearbeitung *Wagner/Drachler*, ZJS 2011, 530 [531 ff.]).

Eine Strafbarkeit des C wegen vollendeten Totschlags zu Lasten des K gem. § 212 Abs. 1 StGB scheidet daher aus.

Hinweis: Die Annahme einer Tötung des K durch P in mittelbarer Täterschaft ist hier äußerst fernliegend und sollte nicht erörtert werden. C wirkt mit der anonymen

Anzeige nicht auf eine Tötung des K hin. Die Notwehrsituation des P wurde nicht durch C, sondern allein durch K selbst geschaffen.

II. § 212 Abs. 1 StGB zu Lasten des O (Beigabe des Giftpulvers)

C könnte sich wegen eines Totschlags zu Lasten des O gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er ein giftiges Pulver herstellte und S das Giftpulver in den Burrito streute.

Hinweis: Ein Problem bei der Formulierung des Obersatzes (und der Überschrift) ist die Frage, ob die (voraussichtliche) Beteiligungsform des C klargestellt werden soll. Wie sich jedoch zeigen wird, kann man dies hier offen lassen.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) C müsste einen anderen Menschen getötet haben. O, ein anderer Mensch, ist tot. Sein Tod (in der konkreten Form der Vergiftung) wäre ausgeblieben, wenn S das Giftpulver nicht in den Burrito gestreut hätte. Da C dieses Giftpulver hergestellt hat, ist sein Verhalten für den Tod des O kausal i.S.d. *condicio sine qua non*-Formel.

bb) Der Tod des O müsste C darüber hinaus objektiv zurechenbar sein. Indem C ein giftiges Pulver hergestellt hat und S dieses vereinbarungsgemäß in den Burrito streute, wurde eine Gefahr für Leib und Leben derjenigen Person geschaffen, die diesen Burrito verspeist. Da O auch gerade aufgrund der Vergiftung verstarb, hat sich eben diese Gefahr realisiert. Der Tod des O ist C damit auch objektiv zurechenbar.

Hinweis: Unangebracht ist es hier, eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhanges deshalb zu erörtern, weil nicht C, sondern S das Giftpulver in den Burrito streut. Denn anders als in den „klassischen“ Konstellationen dieser Fallgruppe der objektiven Zurechnung⁵ arbeiten C und S zusammen.

Die Arbeitsteilung zwischen C und S ist vielmehr eine Frage der Beteiligungsform (hier: ob C Mittäter oder Gehilfe des S ist). Ob C Täter ist oder nicht, sollte auf einer eigenständigen Prüfungsstufe nach dem subjektiven Tatbestand geprüft werden, um eine Vermischung von objektiven und subjektiven Prüfungspunkten zu vermeiden (vgl. *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 312). Da – wie sich sogleich zeigen wird – die Strafbarkeit bereits am Vorliegen des subjektiven Tatbestands scheitert, hat dieses Vorgehen auch den Vorteil, dass im Rahmen der Prüfung der vollendeten Tat überhaupt keine Ausführungen zur Mittäterschaft erfolgen, die hier vollkommen überflüssig wären.

b) Subjektiver Tatbestand

Fraglich ist jedoch, ob C vorsätzlich (§ 15 StGB) handelte. Vorsatz ist der Wille zur Tatbestandsverwirklichung bei

¹ Vgl. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 4 Rn. 9.

² Vgl. *Kühl* (Fn. 1), § 4 Rn. 33.

³ Vgl. *Kühl* (Fn. 1), § 4 Rn. 43.

⁴ Vgl. *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 15 Rn. 169 ff.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 138 ff.

⁵ Dazu *Kühl* (Fn. 1), § 4 Rn. 84 ff.

Kenntnis aller objektiven Umstände.⁶ C kannte die letale Wirkung seines Giftes und wollte auch gerade einen Menschen – nämlich K – damit töten. Problematisch ist daher, wie es sich auf den subjektiven Tatbestand auswirkt, dass nicht K, sondern O den vergifteten Burrito verspeiste und an der Vergiftung verstarb.

Hinweis: Falsch ist es, an dieser Stelle darauf abzustellen, dass C nach dem Platztausch zwischen K und O auch den Tod des O in Kauf nahm. Der Vorsatz muss „bei Begehung der Tat“ (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB), also im Zeitpunkt der tatbestandlichen Ausführungshandlung vorliegen (sog. Koinzidenzprinzip bzw. Simultaneitätsprinzip).⁷ Eine nachträgliche Änderung des Vorsatzes (sog. *dolus subsequens*) ist unbeachtlich.⁸ Da der Anknüpfungspunkt im Obersatz allein die Beimischung des Giftpulvers ist, darf an dieser Stelle auch nur allein der in diesem Zeitpunkt bestehende Vorsatz berücksichtigt werden (allgemein *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 500). Dieser Grundsatz darf auch nicht dadurch unterlaufen werden, dass beide Verhaltensweisen (hier: die Beimischung des Giftpulvers und die nachfolgende Untätigkeit während des Essens) zu einem „Gesamtgeschehen“ zusammengefasst werden und somit künstlich eine einheitliche Tathandlung konstruiert wird.⁹

Der subjektive Tatbestand könnte gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB entfallen. Dies setzt voraus, dass C „bei Begehung der Tat einen Umstand nicht [kannte], der zum gesetzlichen Tatbestand gehört“.

Hinweis: Es handelt sich hier – vermeintlich – um das Problem, ob bei einer Personenverwechslung im Rahmen eines sog. „Fernwirkungsfalles“ ein *error in persona* oder eine *aberratio ictus* vorliegt.¹⁰ Dennoch sollten die Bearbeiter nicht sofort bei Beginn der Erörterung des subjektiven Tatbestandes mit diesen Begriffen arbeiten, sondern erst das Problem im Wege der Subsumtion unter den Normtext herleiten.

aa) *Error in persona* oder *aberratio ictus*?

Kein Umstand, „der zum gesetzlichen Tatbestand gehört“, ist im Rahmen des § 212 Abs. 1 StGB die Identität der getöteten Person. § 212 Abs. 1 StGB spricht nur von „eine[m] anderen Menschen“; welcher Mensch konkret getötet wird, ist irrelevant. Dementsprechend muss die Identität der getöteten Person nicht vom Vorsatz umfasst sein; ein entsprechender Irrtum ist unbeachtlich (sog. *error in persona*).¹¹

⁶ Exemplarisch *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 43. Aufl. 2013, Rn. 203.

⁷ Vgl. *Kühl* (Fn. 1), § 5 Rn. 20 m.w.N.

⁸ Vgl. *Kühl* (Fn. 1), § 5 Rn. 21, 23 ff. m.w.N.

⁹ Vgl. *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 501; *Kühl* (Fn. 1), § 5 Rn. 26.

¹⁰ Dazu etwa *Kühl* (Fn. 1), § 13 Rn. 27 f. m.w.N.

¹¹ Vgl. *Kühl* (Fn. 1), § 13 Rn. 20 ff.

Dies gilt aber nur, wenn der Täter sich über die Identität des *anvisierten* Opfers irrt; eine andere Frage ist die Behandlung derjenigen Fallkonstellation, in der der Täter das *anvisierte* Opfer schon nicht trifft, sondern sein Angriff fehlgeht (sog. *aberratio ictus* [= lat.: „der verirrte Pfeil“]).¹² Denn dann liegt kein Irrtum über das Tatobjekt („andere Person“), sondern hinsichtlich des vom Täter angestoßenen Geschehens vor.¹³

Die Abgrenzung dieser beiden Irrtumsformen ist vor allem dann kompliziert, wenn die Konkretisierung des Opfers nur mittelbar – also über ein bestimmtes Objekt – erfolgt. So hat etwa der BGH einen *error in persona* in einem Fall angenommen, in dem der Täter eine Sprengfalle an einem Wagen angebracht hatte, der tatsächlich einer anderen Person gehörte als derjenigen, die der Täter töten wollte. Zur Begründung hat der BGH ausgeführt, die Tat sei auf diejenige Person konkretisiert worden, die in den Wagen einsteigt.¹⁴

Bereits für diesen Fall wird von beachtlichen Stimmen in der Literatur angenommen, es handle sich nicht um einen *error in persona*, sondern vielmehr um eine *aberratio ictus*, weil anderenfalls die Vorsatzkonkretisierung zu weit vorverlagert würde.¹⁵ Ungeachtet dessen ist der hier zu untersuchende Sachverhalt gegenüber den „klassischen“ Fernwirkungs-Fällen anders gelagert: Zwar geben C und S mit der Beimischung des Giftpulvers das Geschehen weitestgehend aus der Hand und warten darauf, dass die Tat durch ein Verhalten des nichtsahndenden Opfers vollendet wird. Allerdings konkretisiert sich die Tat nicht auf den Burrito selbst (und damit mittelbar die Person, die diesen zu sich nehmen wird), sondern auf den *Sitzplatz*, an dem die vergiftete Portion steht. Dieser Unterschied ergibt sich daraus, dass – anders als in den herkömmlichen Fernwirkungs-Fällen – die Möglichkeit zur optischen Wahrnehmung besteht.

Hinweis: Hier zeigt sich wieder besonders deutlich, welche Risiken es birgt, die Ergebnisse bekannter Fallkonstellationen höchstrichterlicher Rechtsprechung unbesehen auf einen unbekanntenen, vermeintlich parallel gelagerten Sachverhalt zu übertragen.

Damit ist der vorliegende Sachverhalt eher mit derjenigen Konstellation vergleichbar, in der C in die Richtung des Sitzplatzes des K schießt, diesen aber verfehlen und O aufgrund eines Querschlägers getroffen wird. In einer solchen Fallkonstellation liegt aber unbestritten eine *aberratio ictus* vor.

Hinweis: Die Annahme eines *error in persona* ist ebenfalls vertretbar. Wird ein solcher angenommen, darf jedoch nicht der Fehler gemacht werden, zusätzlich noch eine versuchte Tötung zu Lasten des K zu prüfen. Denn wenn man eine Strafbarkeit wegen vollendeter Tötung des O aufgrund eines unbeachtlichen *error in persona* annimmt,

¹² Etwa *Kühl* (Fn. 1), § 13 Rn. 29.

¹³ Etwa *Roxin* (Fn. 4), § 12 Rn. 160.

¹⁴ Vgl. BGH NStZ 1998, 294 (295).

¹⁵ Vgl. *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 2010, Rn. 1112 m.w.N.

ist der Vorsatz zur Tötung eines Menschen bereits verbraucht. Zu prüfen ist dann ein Mord zu Lasten des O.

bb) Rechtliche Behandlung der aberratio ictus

Fraglich ist aber nun immer noch, wie eine solche aberratio ictus rechtlich zu behandeln ist.¹⁶

(1) Gleichbehandlung von aberratio ictus und error in persona

Eine teilweise vertretene Auffassung will den error in persona und die aberratio ictus gleich behandeln: Sind das angepeilte und das getroffene Objekt gleichwertig, sei der Irrtum unbeachtlich.¹⁷

Da O und K beide Menschen i.S.d. § 212 Abs. 1 StGB sind, liegt nach dieser Auffassung kein vorsatzausschließender Irrtum vor.

(2) Behandlung als Unterfall des Irrtums über den Kausalverlauf

Eine andere Auffassung sieht die aberratio ictus als Unterfall des Irrtums über den Kausalverlauf an. Danach ist sie immer dann unbeachtlich, wenn das Fehlgehen der Tat vorhersehbar war.¹⁸

Eine solche Vorhersehbarkeit ist hier nicht gegeben: Da – insbesondere weil O an den Rollstuhl gefesselt ist und somit nicht einfach seinen Platz wechseln kann – die Sitzordnung am Tisch feststand und keinerlei Anhaltspunkte bestanden, dass diese geändert werden würde, war ein Wechsel der Sitzplätze (und der damit verbundene Tausch der auf dem Tisch stehenden Teller) von O und K nicht vorherzusehen. Nach dieser Auffassung liegt eine wesentliche Abweichung des Kausalverlaufs vor, weshalb der diesbezügliche Irrtum den subjektiven Tatbestand ausschließt.

(3) Ausschluss der Vollendungsstrafbarkeit bei Verfehlen des konkretisierten Tatobjekts

Die überwiegende Ansicht geht davon aus, dass der Täter bei einer aberratio ictus sich hinsichtlich des anvisierten Tatobjekts nur eines Versuchs schuldig machen kann; hinsichtlich des getroffenen Tatobjekts könne – soweit eine solche vom Gesetz vorgesehen ist – eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Betracht kommen.¹⁹

(4) Differenzierung nach höchstpersönlichen und nicht-höchstpersönlichen Rechtsgütern

Eine differenzierende Auffassung unterscheidet nach der Art des betroffenen Rechtsguts: Während bei höchstpersönlichen Rechtsgütern (z.B. Leben) nur ein Versuch in Betracht kommen soll (Anwendung der Auffassung unter [3]), sei der Irrtum bei individualitätsunabhängigen Rechtsgütern (z.B. Vermögen) unbeachtlich (Anwendung der Auffassung unter [1]).²⁰

Auch nach dieser Auffassung kommt hier keine Strafbarkeit wegen vollendeter Tat in Betracht, weil es um das Leben als höchstpersönliches Rechtsgut geht.

(5) Stellungnahme

Da die Auffassung, die eine Gleichbehandlung von error in persona und aberratio ictus vornimmt, zu einem anderen Ergebnis kommt als die übrigen Ansichten, ist eine Stellungnahme erforderlich.

Hinweis: Zu beachten ist, dass in einem Gutachten jegliche überflüssigen Ausführungen zu vermeiden sind. Eine Argumentation, die die unter (2) bis (4) dargestellten Auffassungen gegeneinander abwägt, ist verfehlt, weil diese sich im Ergebnis nicht unterscheiden.

Dieser Auffassung ist zuzugeben, dass C einen Menschen töten wollte und auch einen Menschen getötet hat; auf die Identität kommt es nach dem Gesetzeswortlaut – wie bereits ausgeführt – gerade nicht an.²¹ Das Erfordernis einer Konkretisierung des Tatopfers lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen; nicht der Täter, sondern das Gesetz entscheidet darüber, worauf sich sein Vorsatz beziehen muss.²²

Dagegen spricht jedoch, dass dem Täter bei einer solchen Betrachtungsweise ein dolus generalis unterstellt würde.²³ Zudem wird durch die Annahme einer Vollendungsstrafbarkeit letztlich nicht berücksichtigt, dass tatsächlich zwei verschiedene Rechtsgüter – nämlich das getroffene und das anvisierte – beeinträchtigt wurden. Aberratio ictus und error in persona unterscheiden sich maßgeblich dadurch, dass es bei der aberratio ictus vom Zufall abhängt, welches Rechtsgut getroffen wird.²⁴ Diesem Aspekt werden nur diejenigen Auffassungen gerecht, die eine Vollendungsstrafbarkeit ablehnen und nur einen Versuch hinsichtlich des anvisierten Objekts annehmen.

Hinweis: A.A. vertretbar. Nimmt man eine vollendete Tat an, verbieten sich im weiteren Fortgang der Bearbeitung Ausführungen zu einem Versuch zu Lasten des K sowie zu einer Strafbarkeit wegen nachfolgenden Unterlassens.

¹⁶ Eingehend *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2012, 9. Problem.

¹⁷ Vgl. etwa *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2013, 11/57 ff.; *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 491 ff.

¹⁸ So etwa *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 16 Rn. 104 ff.; wohl auch BGH NStZ 1998, 294 (295).

¹⁹ Exemplarisch *Kühl* (Fn. 1), § 13 Rn. 32 ff.; *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 4), § 15 Rn. 57; jeweils m.w.N.

²⁰ Maßgeblich *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierung bei abweichendem Tatverlauf, 1971, S. 85 ff.

²¹ Vgl. etwa *Puppe* (Fn. 18), § 16 Rn. 96; *Kuhlen* (Fn. 17), S. 480 ff.

²² So etwa *Puppe* (Fn. 18), § 16 Rn. 96.

²³ Vgl. *Kühl* (Fn. 1), § 13 Rn. 33.

²⁴ Vgl. *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 4), § 15 Rn. 57.

Zu prüfen ist dann, ob hinsichtlich der Tötung des O Mordmerkmale einschlägig sind.

c) Zwischenergebnis

Der subjektive Tatbestand des Totschlages ist aufgrund einer aberratio ictus nicht erfüllt.

2. Ergebnis

C ist nicht wegen Totschlages zu Lasten des O gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar.

III. §§ 211, 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB zu Lasten des K (Beigabe des Giftpulvers)

C könnte sich durch dieselbe Handlung eines versuchten Mordes in Mittäterschaft gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB schuldig gemacht haben.

1. Keine Vollendungsstrafbarkeit, Strafbarkeit des Versuchs

Der tatbestandliche Erfolg – K ist tot – ist zwar eingetreten, dieser Erfolg ist aber keine Folge der Beigabe des Giftes, da aufgrund des eigenverantwortlichen Verhaltens des P eine objektive Zurechnung des Erfolgs ausscheidet (s.o. I.). Somit kommt allenfalls ein versuchter Mord in Betracht. Dieser ist strafbar gem. §§ 211 Abs. 1, 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1 StGB.

2. Tatentschluss²⁵

C müsste zum Mord entschlossen gewesen sein. Ein solcher Tatentschluss umfasst den gesamten subjektiven Tatbestand des Mordes. Notwendig ist daher zunächst der Vorsatz hinsichtlich der (gemeinschaftlichen) Tötung eines anderen Menschen. Hinzu kommen entweder subjektive Mordmerkmale und/oder der Vorsatz bzgl. der Verwirklichung objektiver Mordmerkmale.

a) Tötungsvorsatz

Es war das erklärte Ziel des C, seinen Konkurrenten K mittels des Giftpulvers zu töten. C handelte somit vorsätzlich hinsichtlich des Todes eines anderen Menschen.

b) Mordmerkmale

C könnte subjektive Mordmerkmale und/oder Vorsatz hinsichtlich objektiver Mordmerkmale aufweisen.

aa) Heimtücke

Denkbar scheint ein Vorsatz des C zur heimtückischen Tötung des K. Heimtückisch handelt, wer „die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt.“²⁶ Arglos ist, wer sich im Zeitpunkt des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs keiner Gefahr für Leib und Leben ver-

sieht.²⁷ Wehrlos ist, wer infolge seiner Arglosigkeit zur Verteidigung außer Stande oder zumindest stark eingeschränkt ist.²⁸

Fraglich ist, ob K in der Vorstellung des C arglos war. Daran könnten Zweifel bestehen, weil es sich bei K und C um verfeindete Konkurrenten auf dem regionalen Drogenmarkt handelt. Allerdings kommt es für die Heimtücke nicht darauf an, ob K mit einem Angriff hätte rechnen müssen, sondern nur, ob er – nach der Vorstellung des C – tatsächlich argwöhnisch war.²⁹ Mit der Situation eines fingierten dauerhaften Argwohns, wie er beispielsweise für den Fall der Tötung eines Erpressers diskutiert wird,³⁰ ist der vorliegende Sachverhalt nicht vergleichbar, weil K keine Situation provoziert hat, in der er bei einer Begegnung mit C und S jederzeit mit einem tödlichen Angriff rechnen muss. Vielmehr entsprach es gerade dem Plan des C, dass K nicht mit einem gewalttätigen Übergriff rechnete. Damit war K nach der Vorstellung des C arglos.

K sollte auch nach der Vorstellung des C aufgrund der Tatsache, dass K nicht mit einem Angriff rechnete, diesem hilflos ausgesetzt sein; C wollte damit auch die Wehrlosigkeit des K bewusst ausnutzen.

Grundsätzlich ist das Mordmerkmal der Heimtücke – und sind damit auch die Anforderungen an einen entsprechenden Tatentschluss – nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts restriktiv auszulegen.³¹ Zu diesem Zweck wurden verschiedene Ansätze entwickelt:

Nach einer Auffassung soll Heimtücke nur dann vorliegen, wenn der Täter in „feindlicher Willensrichtung“ handelt.³² Ausgeschlossen werden sollen damit Tötungen, die etwa aus Mitleid erfolgen.³³ Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor; vielmehr wollen C und S lediglich einen Konkurrenten auf dem Drogenmarkt beseitigen.

Einer anderen Ansicht zufolge muss ein „verwerflicher Vertrauensbruch“ erfolgen.³⁴ Hier lädt K seine beiden Konkurrenten in sein Haus und zum Essen ein, ohne weitere Maßnahmen oder Personen zu seinem Schutz heranzuziehen. Dies ist C auch bewusst. Damit ist von einem entsprechenden Vertrauen auszugehen, das durch den Tötungsversuch enttäuscht wird; auch nach dieser Auffassung liegt Vorsatz hinsichtlich einer heimtückischen Tötung vor.

Auch eine „negative Typenkorrektur“³⁵ führt zu keinem anderen Ergebnis, da C hier das „typische Bild“ eines Heimtückemörders erfüllt.

²⁷ Etwa Küper, Strafrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl. 2012, S. 192 m.w.N. aus Rspr. und Literatur.

²⁸ Vgl. Küper (Fn. 27), S. 192 m.w.N. aus Rspr. und Literatur.

²⁹ Dazu Küper (Fn. 27), S. 192.

³⁰ Vgl. etwa BGHSt 48, 207 (210 ff.).

³¹ BVerfGE 45, 187.

³² BGH NStZ 2009, 30 (31).

³³ Etwa BGHSt 37, 376 (377 f.).

³⁴ Etwa Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2005, § 4 Rn. 25 ff.

³⁵ Etwa Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 211 Rn. 10 m.w.N.

²⁵ Zu den subjektiven Voraussetzungen des Versuchs vgl. allgemein etwa Herzberg/Hoffmann-Holland, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 22 Rn. 34 ff.

²⁶ BGH NStZ 2009, 30 (31).

Damit liegt auch Tatentschluss hinsichtlich des Mordmerkmals der Heimtücke vor.

bb) Gemeingefährliche Mittel

Ein gemeingefährliches Mittel ist ein solches, das eine Mehrzahl von Menschen zumindest gefährdet, wobei der Täter keinen Einfluss auf die Anzahl der betroffenen Personen hat.³⁶ Da S das Gift hier nicht z.B. in eine Trinkwasserleitung, sondern in eine einzelne Essensportion gestreut hat, ist dies nicht der Fall; dass letztlich verschiedene, nicht aber mehrere Personen gleichzeitig hätten betroffen werden können, spielt insoweit keine Rolle.

cc) Habgier

C könnte habgierig gehandelt haben wollen. Unter Habgier ist ein rücksichtsloses ungehemmtes Streben nach wirtschaftlichen Vorteilen zu verstehen, die in einer Vermögensmehrung oder in einer Ersparung von Aufwendungen bestehen können.³⁷ Erforderlich ist dabei allerdings, dass der angestrebte Vermögensvorteil unmittelbar durch die Tötung herbeigeführt wird oder zumindest „eine sonst nicht vorhandene Aussicht auf eine unmittelbare Vermögensvermehrung entsteht“.³⁸ An einer solchen Unmittelbarkeit fehlt es aber: C und S wollen lediglich ihren Konkurrenten in der Hoffnung beseitigen, in Zukunft vielleicht von dessen Kunden profitieren zu können. Eine solche allgemeine Veränderung des „Milieus“ ist für die Annahme von Habgier jedoch nicht ausreichend.³⁹

dd) Ermöglichungsabsicht

Zudem könnte C in der Absicht gehandelt haben, eine andere Straftat zu ermöglichen, weil die Übernahme der Kunden des K die weitere Herstellung und Verkäufe von Methamphetamin erfordert. Dies ist gem. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG mit (Kriminal-)Strafe bedroht. Dass die Taten auch tatsächlich begangen werden können, ist nicht zwangsläufig erforderlich; ausreichend ist, dass sie durch die Tötung möglicherweise erleichtert werden.⁴⁰ Da dies der Vorstellung des C entspricht, handelte er mit Ermöglichungsabsicht.

c) Vorsatz bzgl. gemeinschaftlicher Tatbegehung i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB

C beabsichtigte dabei jedoch nicht, das Gift selbst auf den Burrito zu streuen. Die mit S vereinbarte Beigabe des Giftes durch S könnte C jedoch zugerechnet werden, falls dieser und S nach seiner Vorstellung Mittäter i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB

sind. C müsste also Vorsatz hinsichtlich einer gemeinschaftlichen Tatbegehung gehabt haben.

Hinweis: Anders als bei der Prüfung einer vollendeten Tat greifen beim Versuch die Argumente, die für eine Erörterung der Täterschaft auf einer eigenständigen Prüfungsstufe nach dem subjektiven Tatbestand sprechen, beim Versuch nicht durch; die Täterschaftsform ist dann (subjektiv) im Rahmen des Tatentschlusses zu prüfen (vgl. *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 199 a.E., 312).

Eine solche setzt nach allgemeiner Auffassung ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken voraus, also die Erbringung eines wesentlichen Tatbeitrages aufgrund eines gemeinsamen Tatplans.⁴¹ Wann diese Voraussetzungen vorliegen, ist freilich umstritten:

aa) Die subjektive Theorie der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung beurteilt insbesondere das Vorliegen von Mittäterschaft noch immer anhand subjektiver Kriterien: Ausschlaggebend ist vor allem der Wille zur Täterschaft.⁴² Als Tatbeitrag soll jede Förderung der Haupttat ausreichen; diese muss nicht notwendigerweise im Ausführungsstadium geleistet werden.⁴³

C wollte sich zum einen die Handlung des S zu eigen machen und zum anderen durch die Herstellung des Pulvers selbst einen entscheidenden Beitrag zur Tötung des K leisten. Dieses Vorgehen entsprach auch dem Plan zur Tötung des K, den C und S gefasst hatten. Demnach hatte C den Willen zur mittäterschaftlichen Begehung der Tat.

bb) Die Tatherrschaftslehre

Die h.L. beurteilt Täterschaft hingegen anhand des Tatherrschaftskriteriums. Danach ist Täter, wer den tatbestandlichen Geschehensablauf in den Händen hält und somit „Zentralgestalt“ des Geschehens ist.⁴⁴ Da Mittäterschaft sachlogisch zumindest zwei Täter voraussetzt, kann hier von einer einzelnen Zentralgestalt nicht die Rede sein. Insofern wird auf die sog. „funktionelle“ – also gemeinsame – Tatherrschaft abgestellt.⁴⁵

C beabsichtigte ein arbeitsteiliges Vorgehen mit S, um den erwünschten Erfolg – die Vergiftung des K – herbeizuführen. Nach seiner Vorstellung bestand sein Tatbeitrag in erster Linie darin, das giftige Pulver herzustellen, das sodann

³⁶ Vgl. *Küper* (Fn. 27), S. 150.

³⁷ Vgl. BGHSt 10, 399; BGH NSZ 1993, 385 (386).

³⁸ BGH NSZ 1993, 385 (386); vgl. auch *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 63.

³⁹ Vgl. BGH NSZ 1993, 385 (386); *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 211 Rn. 24; *Schneider* (Fn. 38), § 211 Rn. 63.

⁴⁰ Vgl. BGHSt 39, 20.

⁴¹ Exemplarisch *Kühl* (Fn. 1), § 20 Rn. 98.

⁴² Exemplarisch BGHSt 37, 289 (291) m.w.N.

⁴³ Exemplarisch BGH NSZ-RR 2009, 199 (200).

⁴⁴ Grundlegend *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 25 ff.; *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 10; zustimmend ein großer Teil der Literatur, vgl. hierzu *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), Vor § 25 Rn. 57 m.w.N.

⁴⁵ Zum Begriff der funktionellen Tatherrschaft, *Roxin* (Fn. 44 – Täterschaft), S. 275 ff.; *ders.* (Fn. 44 – AT II), § 25 Rn. 188 f. m.w.N.

von S in den Burrito gestreut werden sollte. Dies entspricht dem vorher gefassten gemeinsamen Tatplan.

Problematisch ist, dass der beabsichtigte Tatbeitrag des C – die Herstellung des Giftpulvers – nicht im Ausführungs-, sondern im Vorbereitungsstadium stattfinden soll. Anders als nach der Rechtsprechung des BGH⁴⁶ soll nach der Mehrzahl der Vertreter der Tatherrschaftslehre ein Beitrag im Vorbereitungsstadium nur dann ausreichen, wenn dieser so gewichtig ist, dass er den Mangel eines eigenen Beitrags im Ausführungsstadium kompensiert.⁴⁷ Dies ist hier der Fall: Das Gelingen des Tatplanes hängt entscheidend davon ab, dass C ein zur heimlichen Tötung geeignetes Gift herstellt.

C hat daher nach seiner Vorstellung bereits aufgrund seiner Aufgabe, das Gift herzustellen, Tatherrschaft. Daher kommt es nicht mehr auf die Frage an, ob seine Anwesenheit am Tatort (und die damit verbundene Möglichkeit zum Einschreiten und Lenken) ebenfalls einen hinreichend gewichtigen Tatbeitrag begründet.

cc) Zwischenergebnis

Damit ist C nach seiner Vorstellung Mittäter.

Hinweis: A.A. bei einem restriktiven Mittäterschaftsverständnis sehr gut vertretbar. Lehnt man eine Tatbegehung in Mittäterschaft ab, ist eine Strafbarkeit des C wegen Beihilfe zur (versuchten) Tat des S zu prüfen.

d) Zwischenergebnis

C war zur mittäterschaftlichen heimtückischen Tötung des K zum Zwecke der Ermöglichung weiterer Straftaten entschlossen.

3. Unmittelbares Ansetzen

Fraglich ist, ob C i.S.d. § 22 StGB unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hat. Unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung setzt derjenige an, der nach seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenschritte und ohne zeitliche und räumliche Zäsur das Rechtsgut gefährdet, also die Schwelle zum „Jetzt geht’s los“ überschreitet.⁴⁸ Dies ist hier problematisch: Denn nicht er, sondern S hat das Gift in das Essen gestreut und somit die eigentliche tatbestandliche Handlung vorgenommen.

Unter welchen Voraussetzungen ein Mittäter unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt, ist umstritten:

a) Nach der sog. Einzellösung ist das unmittelbare Ansetzen für jeden Mittäter gesondert zu prüfen.⁴⁹ Danach setzt C

hier nicht (selbst) unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an, weil er selbst keinerlei Schritte zur unmittelbaren Gefährdung des Rechtsguts unternimmt.

b) Dies widerspricht freilich der Konzeption der Mittäterschaft: Nach der vorzugswürdigen sog. Gesamtlösung wird eine dem gemeinsamen Tatplan entsprechende Handlung eines Mittäters, durch die dieser die Schwelle zum Versuchsstadium überschreitet, dem anderen Mittäter dem Gedanken des § 25 Abs. 2 StGB entsprechend als eigene zugerechnet, was zur Folge hat, dass für alle Mittäter gleichermaßen zu diesem Zeitpunkt der Versuch beginnt.⁵⁰

S hat das Giftpulver in den Burrito gestreut. Damit hat er nicht nur zur tatbestandlichen (Tötungs-)Handlung angesetzt, sondern diese bereits ausgeführt. Da dieses Vorgehen exakt dem gemeinsamen Tatplan von C und S entsprach, wird diese Handlung C zugerechnet.

Hinweis: Die sog. Einzellösung ist ebenfalls vertretbar. Danach scheidet eine Strafbarkeit wegen eines Versuchs in Mittäterschaft aus. Zu prüfen ist dann eine Beihilfe zur (versuchten) Tat des S.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

C handelte rechtswidrig und schuldhaft.

Hinweis: Erwägungen hinsichtlich eines rechtfertigenden Notstandes gem. § 34 StGB sind hier abwegig, weil C und S die Gefahr, die von dem Drogenboss K ausgeht, ja gerade nicht gänzlich beseitigen wollen, sondern ihr eigenes Drogengeschäft (von dem dieselbe Gefahr ausgeht) ausbauen wollen.

5. Rücktritt

Denkbar scheint ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch gem. § 24 Abs. 2 StGB, da C und S keine weiteren Schritte zur Tötung des K unternehmen.

Hinweis: § 24 Abs. 2 StGB regelt den Rücktritt für den Fall, dass Mehrere an der Tat beteiligt sind, *nicht* für den Fall, dass mehrere Tatbeteiligte zurücktreten. Es findet also nicht deshalb § 24 Abs. 2 StGB (anstelle des § 24 Abs. 1 StGB) Anwendung, weil sowohl C als auch S von ihrem Vorhaben ablassen, sondern weil sie zuvor beide in den Versuch involviert waren (vgl. dazu *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 224).

Als ungeschriebene Voraussetzung des § 24 StGB ist dafür zunächst erforderlich, dass der Versuch nicht fehlgeschlagen ist.⁵¹

Hinweis: Vgl. die zutreffende Kritik an der Notwendigkeit und Leistungsfähigkeit dieses ungeschriebenen Merkmals bei *Putzke*, ZJS 2013, 620.

⁴⁶ Exemplarisch BGHSt 37, 289 (292) m.w.N. aus der Rspr.

⁴⁷ In diesem Sinne *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 6), Rn. 529; *Heine/Weißer* (Fn. 44), § 25 Rn. 67; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 21/48; a.A. *Roxin* (Fn. 44 – AT II), § 25 Rn. 198 ff. (siehe ebenda § 25 Rn. 201 ff. für eine ausführliche Darstellung und Auseinandersetzung mit den vertretenen Ansichten); kritisch *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 363.

⁴⁸ Exemplarisch *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 6), Rn. 601.

⁴⁹ Etwa *Roxin* (Fn. 44 – AT II), § 29 Rn. 297 ff.

⁵⁰ Etwa *Rotsch* (Fn. 9), Rn. 53 m.w.N.

⁵¹ Exemplarisch *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 24 Rn. 7 m.w.N. (auch zur Gegenauffassung).

Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der Täter (objektiv zutreffend) erkennt oder auch nur fälschlicherweise davon ausgeht, dass er die Tat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht ohne zeitliche Zäsur vollenden kann.⁵²

Hinweis: Dies gilt nicht nur im Rahmen des § 24 Abs. 1 StGB, sondern auch bei § 24 Abs. 2 StGB (vgl. nur *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 229).

C erkennt zutreffend, dass S und er – da sie kein weiteres Gift mehr bei sich haben und auch im Übrigen unbewaffnet sind – gegenwärtig keine Möglichkeit mehr haben, K zu töten. Damit liegt ein fehlgeschlagener Versuch vor.

Ein Rücktritt gem. § 24 Abs. 2 StGB scheidet daher aus.

6. Ergebnis

C hat sich eines versuchten Mordes in Mittäterschaft zu Lasten des K gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB schuldig gemacht, als S das von C hergestellte Giftpulver in den Burrito des K streute.

Hinweis: Folgt man der hier vertretenen Auffassung hinsichtlich der rechtlichen Behandlung einer aberratio ictus, ist an dieser Stelle grds. eine Fahrlässigkeitstat zu Lasten des getroffenen Tatobjekts – hier: § 222 StGB zu Lasten des O – zu prüfen. Da aber C nach wie vor anwesend ist und sich bewusst dazu entschließt, nicht in das Geschehen einzugreifen, ist hier denkbar, dass nicht nur eine fahrlässige Tötung, sondern sogar eine vorsätzliche Tötung durch Unterlassen gegeben ist. Ist dies der Fall, geht sie der fahrlässigen Tötung vor und sollte daher vorrangig geprüft werden. Bilden die Bearbeiter allerdings – gut vertretbar – zwei Tatkomplexe (1. Beimischung des Giftes; 2. Während des Essens), ist eine Prüfung des § 222 StGB an dieser Stelle vertretbar; im Rahmen der Prüfung der Tötung durch Unterlassen kann dann in Bezug auf die Ingerenzgarantenstellung auf diese Ausführungen verwiesen werden. Die fahrlässige Tötung wird dann im Rahmen der Konkurrenzen von der vorsätzlichen Tötung verdrängt.

Hinweis: Prüft man an dieser Stelle eine fahrlässige Tötung, darf keinesfalls leichtfertig die Vorschrift des § 25 Abs. 2 StGB (erst recht in Überschrift und Obersatz) ins Spiel gebracht werden. Zwar scheint die wohl überwiegende Auffassung mittlerweile das Konstrukt einer fahrlässigen Mittäterschaft anzuerkennen;⁵³ ohne nähere Auseinandersetzung mit den damit verbundenen Problemen ist aber das Abstellen auf eine solche Rechtsfigur in der Klausur hochproblematisch und sollte dringend vermieden werden!

IV. §§ 211, 212 Abs. 1, 13 StGB zu Lasten des O (Kein Eingreifen während des Essens)

C könnte sich eines Mordes durch Unterlassen gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 13 StGB schuldig gemacht haben, indem er nicht eingriff, als O den vergifteten Burrito verspeiste.

Hinweis: Diese Prüfung ist nur dann erforderlich und sinnvoll, wenn nicht bereits eine vollendete vorsätzliche Tötung des O durch aktives Tun angenommen wurde (etwa durch Annahme eines unbeachtlichen error in persona).

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Tötung eines anderen Menschen (durch Unterlassen)

O ist tot. Dieser Erfolg müsste kausal und objektiv zurechenbar auf ein Verhalten des C zurückzuführen sein. Während des Essens kommt insoweit nur ein Unterlassen in Frage.

Hinweis: Freilich ist der Tod des O auch kausal auf ein aktives Verhalten des C – nämlich die Herstellung des Giftes – zurückzuführen. Weder zu diesem Zeitpunkt noch im Zeitpunkt der Beimischung des Giftes durch S hatte C allerdings Vorsatz hinsichtlich einer Tötung des O (s.o. II.).

Anders als ein aktives Tun kann ein Unterlassen im Rahmen eines unechten Unterlassungsdelikts nur dann ein strafrechtsrelevantes Verhalten darstellen, wenn der Unterlassende zum Handeln verpflichtet war. Gem. § 13 Abs. 1 StGB ist insoweit eine sog. Garantenstellung erforderlich. Da zwischen C und O keinerlei Obhutverhältnis o.Ä. besteht, kommt hier nur eine Garantenstellung aus pflichtwidrigem Vorverhalten in Betracht (sog. Ingerenz).

Ingerenz liegt nach überwiegender Auffassung dann vor, wenn der Unterlassende durch sorgfaltswidriges (Vor-)Verhalten eine nahe Gefahr für ein Rechtsgut geschaffen hat.⁵⁴ Aus diesem Vorverhalten ergibt sich dann für den Unterlassenden die strafbewehrte Pflicht, die von ihm geschaffene Gefahr des Eintritts eines tatbestandsmäßigen Erfolges zu beseitigen.

Ein solches pflichtwidriges Verhalten könnte in dem Versuch zu sehen sein, K zu vergiften. Dies müsste jedoch auch O gegenüber pflichtwidrig sein. C und S bedienen sich mit dem Gift eines Tötungsmittels, das ein Mitwirkungsverhalten des Opfers voraussetzt. Zwar wurde K über seinen Sitzplatz individualisiert und anvisiert, jedoch kann das Opferverhalten und das „Zuschnappen der Falle“ ab dem Zeitpunkt nicht mehr beeinflusst werden, in dem nur noch das Opferverhalten über den Erfolg der Tat entscheidet. Verhält sich das Opfer nicht wie vorhergesehen, ist eine Schädigung Dritter nicht auszuschließen. Die Verwendung eines solchen Mittels ist demnach im Falle des Fehlgehens der Tat jedem potentiellen Opfer gegenüber pflichtwidrig.

⁵² Vgl. *Kühl* (Fn. 1), § 16 Rn. 11 m.w.N.

⁵³ Vgl. die Nachweise sowie Kritik an diesen Auffassungen bei *Rotsch*, in: Paeffgen u.a. (Hrsg.), Strafrechtsanalyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 887.

⁵⁴ Exemplarisch *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 13 Rn. 32 m.w.N.

In der versuchten Vergiftung des K ist also ein Ingerenz begründendes pflichtwidriges Vorverhalten zu sehen; dies ist C auch zurechenbar.

Hinweis: Damit kommt es auf den Streit, ob auch pflichtgemäßes Vorverhalten eine Garantenstellung aus Ingerenz begründen kann, nicht an (vgl. dazu *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2012, 29. Problem).

Damit liegt eine Garantenstellung aus Ingerenz vor. Seiner Handlungspflicht ist C nicht nachgekommen. Ein strafrechtlich relevantes Unterlassen ist damit gegeben. Dies hat den Tod des O auch (quasi-)kausal⁵⁵ sowie objektiv zurechenbar⁵⁶ verursacht.

Hinweis: Lehnt man eine Ingerenzgarantenstellung ab, ist § 222 StGB (durch aktives Tun) zu Lasten des O aufgrund der Giftbeimischung zu prüfen (dazu s.o. unter III. a.E.). Ein solches Vorgehen ist zwar vertretbar, klausurtaktisch allerdings ungeschickt, weil man sich so die – sogleich zu erörternden – Probleme im Rahmen der Prüfung der Verdeckungsabsicht „abschneidet“.

bb) Heimtücke

Da C die Arg- und Wehrlosigkeit des O nur in Kauf nimmt, jedoch gerade nicht bewusst ausnutzt, scheidet eine heimtückische Tötung aus.⁵⁷

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Tötungsvorsatz

C hatte Vorsatz in Form des sicheren Wissens (*dolus directus* 2. Grades).

bb) Verdeckungsabsicht

In Betracht kommt das Mordmerkmal „zur Verdeckung einer Straftat“, weil C nicht eingreift, um die versuchte Tötung des K (s.o. III.) nicht zu offenbaren.

Dass C keine Tötungsabsicht hat, ist insoweit unschädlich.⁵⁸ Es kommt nur darauf an, dass hinsichtlich der Verdeckung *dolus directus* 1. Grades vorliegt. Dies ist dem Grunde nach der Fall; es kommt C darauf an, dass die versuchte Tötung des K nicht ans Licht kommt.

Fraglich ist dabei aber, ob es für die Annahme der Verdeckungsabsicht relevant ist, dass das Motiv des Täters darauf gerichtet sein muss, gerade strafrechtliche Konsequenzen zu vermeiden. Dies wird von weiten Teilen der Literatur gefor-

dert.⁵⁹ C und S lassen zu, dass O die vergiftete Portion verpeist, weil sie ihr ursprüngliches Vorhaben – die beabsichtigte Tötung des K – nicht offenbaren wollen. Es geht ihnen also nicht darum, der Strafverfolgung wegen der versuchten Tötung des K zu entgehen, sondern K von ihrem Vorhaben in Unkenntnis zu lassen, was ihnen die Möglichkeit eröffnet, einen erneuten Tötungsversuch unternehmen zu können, mit dem K nicht rechnet. Mit der Rechtsprechung des BGH kann dies jedoch richtigerweise keine Rolle spielen: Das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht dient nicht dem Schutz der Rechtspflege, sondern verschärft die Strafe aufgrund der Verknüpfung der Tötung mit anderem Unrecht.⁶⁰ Daher ist es unschädlich, dass nicht davon auszugehen ist, dass K im Falle einer Offenbarung des Tötungsversuchs die Strafverfolgungsbehörden informiert hätte.

Hinweis: A.A. gut vertretbar. Insbesondere lässt hier der Sachverhalt auch eine andere Deutung der Motive des C für das Nichteinschreiten während des Essens zu. Entscheidend ist eine schlüssige Argumentation anhand der sich aus dem Sachverhalt ergebenden Informationen über die Gesamtsituation.

Weiterhin stellt sich die Frage, ob Verdeckungsabsicht auch bei Tötungen durch Unterlassen möglich ist. Während der BGH früher davon ausging, dass Unterlassen und Verdeckungsabsicht sich gegenseitig ausschließen,⁶¹ wurde diese Auffassung inzwischen aufgegeben.⁶² Anders als in denjenigen Fällen, in denen der Täter das fahrlässig verletzte Unfallopfer im Stich lässt, um seiner Ergreifung zu entgehen, lässt sich hier gegen eine Verdeckungsabsicht nicht einwenden, dass der Tod sich nur reflexhaft aus der der Verdeckung dienenden Flucht ergebe.⁶³ Folglich handelte C in Verdeckungsabsicht.

Hinweis: Auch hier ist die Gegenauffassung gut vertretbar.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

C handelte rechtswidrig und schuldhaft.

Hinweis: Ausführungen zu §§ 34, 35 StGB sind fernliegend. Eine Rechtfertigung oder Entschuldigung muss hier jedenfalls daran scheitern, dass C die Konfliktsituation selbst verursacht hat. Erwägungen hinsichtlich des *nemo tenetur*-Grundsatzes scheitern zum einen daran, dass keine Strafverfolgungsorgane anwesend sind; zum anderen geht

⁵⁵ Vgl. zur Begrifflichkeit *Kühl* (Fn. 1), § 18 Rn. 35 f.

⁵⁶ Zur objektiven Zurechnung bei unechten Unterlassungsdelikten *Kölbel*, JuS 2006, 309.

⁵⁷ Generell krit. zur Heimtücke bei Tötungen durch Unterlassen vgl. *Neumann* (Fn. 39), § 211 Rn. 72a m.w.N.

⁵⁸ Siehe etwa *Küper* (Fn. 27), 348 f.; *Neumann* (Fn. 39), § 211 Rn. 101 m.w.N.

⁵⁹ Vgl. *Buttel/Rotsch*, JuS 1996, 327 (329); *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil, 2009, Rn. 212; *Schneider* (Fn. 38), § 211 Rn. 225; *Theile*, ZJS 2011, 405 (407 f.).

⁶⁰ Vgl. BGHSt 41, 8 (9 f.); BGH NStZ 1999, 243; BGH NStZ 1999, 615.

⁶¹ Etwa BGHSt 7, 287.

⁶² Vgl. BGH NStZ 1992, 125; BGHSt 38, 356 (361); 41, 358.

⁶³ Etwa (gegen die Rspr. des BGH in diesen Fällen) *Neumann* (Fn. 39), § 211 Rn. 104 m.w.N.

die Tötung weit über eine Selbstbelastung hinaus, was auch durch die Annahme der Verdeckungsabsicht deutlich wird.

3. Ergebnis

C ist eines Mordes durch Unterlassen gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 13 StGB schuldig.

Hinweis: Nicht zielführend sind Ausführungen zu § 323c StGB: Bejaht man eine vorsätzliche Tötung des O durch Unterlassen, tritt eine eventuell einschlägige unterlassene Hilfeleistung jedenfalls hinter dieser zurück.⁶⁴ Lehnt man eine solche ab, ist jedenfalls eine fahrlässige Tötung des O durch die Beigabe des Giftpulvers zu bejahen, die ihrerseits § 323c StGB verdrängt.⁶⁵ Auf die Frage, ob auch eine solche Hilfeleistung noch zumutbar ist, die zwangsläufig zu einer Offenlegung der eigenen Beteiligung an der Tat führt, die für das Opfer den Unglücksfall begründet,⁶⁶ kommt es daher im Ergebnis nicht an.

V. § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB

C könnte sich wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er in Tötungsabsicht das Haus des K betrat.

Das Haus des K ist als befriedetes Besitztum ein taugliches Tatobjekt. Fraglich ist freilich, ob C in dieses auch widerrechtlich eingedrungen ist. Eindringen ist das Betreten des befriedeten Besitztums entgegen den erklärten (oder mutmaßlichen) Willen des Berechtigten.⁶⁷ K hat C zu sich eingeladen. Dies stellt insoweit ein tatbestandsausschließendes Einverständnis dar.⁶⁸ An der Wirksamkeit eines solchen Einverständnisses könnte jedoch dann zu zweifeln sein, wenn – wie hier – die eingeladene Person dem Berechtigten Absichten verschweigt, bei deren Kenntnis der Berechtigte eine Einladung nie ausgesprochen hätte.⁶⁹ Eine derartige Reduktion des tatbestandsausschließenden Einverständnisses kann jedoch nicht überzeugen, da § 123 StGB nur den tatsächlichen, nicht aber den hypothetischen Willen des Berechtigten schützt.⁷⁰

Somit schließt das Einverständnis des K eine Strafbarkeit des C wegen Hausfriedensbruchs aus.

VI. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

C hat sich durch die Vergiftung des Burritos eines versuchten Mordes zu Lasten des K gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB sowie durch das anschließende Nichteingreifen eines Mordes durch Unterlassen zu Lasten des O gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 13 StGB schuldig gemacht. Fraglich ist, wie sich diese beiden Taten zueinander verhalten.

Denkbar ist eine Handlungseinheit kraft einer „Handlung im natürlichen Sinne“; diese setzt eine einheitliche Willensbetätigung voraus.⁷¹ Dies ist jedoch nicht der Fall: C fasst, als O den vergifteten Burrito zu sich nimmt, den *neuen* Tatentschluss, nicht einzugreifen.

In Betracht kommt jedoch eine normative Handlungseinheit. Eine solche erfordert nach der Rechtsprechung des BGH eine gleichartige Begehungsweise und einen unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang, der für einen Dritten ein erkennbar einheitliches Geschehen nahe legt.⁷² Diese Voraussetzungen sind hier gegeben: Das Unterlassen während des Essen folgt der Giftbeimischung unmittelbar nach und stellt sich auch in der Sache als dessen logisch Konsequenz dar. Daher ist hier Handlungseinheit anzunehmen.

Hinweis: A.A. vertretbar. Lehnt man eine normative Handlungseinheit ab, liegt Handlungsmehrheit vor. Da keine Gesetzeskonkurrenz besteht, stehen die Taten dann in Tateinheit gem. § 53 StGB.

Da keine Gesetzeskonkurrenz vorliegt, stehen die beiden Taten damit in Tateinheit, § 52 StGB.

C ist daher insgesamt strafbar gem. §§ 211, 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1; 211, 212 Abs. 1, 13; 52 StGB.

⁶⁴ Vgl. exemplarisch *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 323c Rn. 30 m.w.N.

⁶⁵ Etwa *Sternberg-Lieben/Hecker* (Fn. 64), § 323c Rn. 30.

⁶⁶ Vgl. dazu *Freund*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 323c Rn. 98 ff. m.w.N.

⁶⁷ Vgl. *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 123 Rn. 12 m.w.N. aus Rspr. und Lit.

⁶⁸ Etwa *Küper* (Fn. 27), S. 121.

⁶⁹ Vgl. insoweit die Ausführungen zu verdeckten Ermittlern bspw. bei *Sternberg-Lieben* (Fn. 67), § 123 Rn. 22.

⁷⁰ Vgl. *Küper* (Fn. 27), S. 122.

⁷¹ Dazu allgemein *Kühl* (Fn. 1), § 21 Rn. 7.

⁷² Vgl. BGHSt 10, 231; dazu *Kühl* (Fn. 1), § 21 Rn. 10 ff.