

# Tatbestandstypenlehre und ihre Bedeutung für die Fallbearbeitung – Teil 1

## Ein Examinatorium für das Referendar- und Assessorexamen

Von Dr. Alexander Baur, M.A./B.Sc., Hamburg\*

*Dogmatisch werden Straftatbestände gemeinhin in unterschiedliche Kategorien (Tatbestandstypen) eingeteilt. Diese Einteilung erfüllt dabei nicht nur eine wichtige Ordnungs- und Systematisierungsfunktion, sondern ist auch bedeutsam, weil sich aus der Deliktsnatur Konsequenzen für Verständnis, Auslegung und Anwendung einzelner Tatbestände ableiten lassen. Grundkenntnisse zur Tatbestandstypenlehre sind daher mit Blick auf die juristische Fallbearbeitung kein Selbstzweck, sondern können mit überschaubarem Lernaufwand für die Bewältigung einer Vielzahl dogmatischer Probleme Hilfestellung leisten und so nicht zuletzt den Prüfer leicht von einem tiefergehenden dogmatischen Verständnis des Kandidaten überzeugen. Es werden knapp die wichtigsten prüfungsrelevanten Tatbestandstypen des StGB vorgestellt und deren Konsequenzen für die juristische Fallbearbeitung – illustriert anhand examensrelevanter Konstellationen – aufgezeigt. Der Beitrag ist dabei zugleich ein wiederholender Streifzug durch die unterschiedlichsten Bereiche des StGB, des GVG und der StPO.*

### I. Vom StGB ausdrücklich vorgegebene Tatbestandstypen

#### 1. Strafdrohung als Unterscheidungskriterium

##### a) Vergehen und Verbrechen

Eine der wichtigsten Einteilungen aller strafrechtlichen Tatbestände ist die in Verbrechen und Vergehen. Die Einteilung gilt auch für das Nebenstrafrecht sowie im JGG (§ 4 JGG). Die Einteilung in Verbrechen und Vergehen setzt nach § 12 Abs. 1 und Abs. 2 StGB an der abstrakt angedrohten Mindeststrafe eines Tatbestands an.<sup>1</sup> Tatbestände mit einer Mindeststrafdrohung von einem Jahr oder darüber (§ 12 Abs. 1 StGB) sind Verbrechen; Tatbestände, die im Mindestmaß mit einer geringeren Freiheitsstrafe oder mit Geldstrafe bedroht sind, sind Vergehen (§ 12 Abs. 2 StGB). Außer Betracht bleibt das von einem Tatbestand angedrohte Höchstmaß einer Freiheitsstrafe. So ist der Diebstahl (§ 242 StGB) trotz einer möglichen Höchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe ein Vergehen. Ebenfalls unerheblich sind gem. § 12 Abs. 3 StGB Strafzumessungsregeln für minder oder besonders schwere Fälle.<sup>2</sup> Deswegen bleibt beispielsweise die Erpressung (§ 253 Abs. 1 StGB) auch im besonders schweren Fall des § 253 Abs. 4 StGB ein Vergehen. Umgekehrt ändert die herabgesetzte Strafdrohung im minder schweren Fall des Raubes (§ 249 Abs. 2 StGB) nichts an dessen Einordnung als Verbrechen.

\* Der Autor ist Juniorprofessor für Strafrecht an der Universität Hamburg.

<sup>1</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 12 Rn. 4.

<sup>1</sup> Fischer (Fn. 1), § 12 Rn. 4.

<sup>2</sup> Vgl. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1997, § 10 Rn. 133.

Ein eigenständiger Tatbestand liegt hingegen vor, wenn die Strafmilderung oder die Strafschärfung nicht durch die Wendung „in minder schweren Fällen“ oder „in besonders schweren Fällen“ angeordnet wird.<sup>3</sup> Hier gilt § 12 Abs. 3 StGB nicht.<sup>4</sup> Qualifikationstatbestände und Privilegierungstatbestände sind daher unabhängig von der Deliktsnatur des Grunddelikts zu beurteilen. So ist beispielsweise § 221 Abs. 1 StGB mit seinem Strafrahmen von drei Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe ein Vergehen. Verursacht der Täter durch die Tat den Tod des Opfers, liegt mit der Erfolgsqualifikation des § 221 Abs. 3 StGB ein Verbrechen vor.<sup>5</sup>

#### b) Bedeutung der Unterscheidung

##### aa) Bedeutung für das materielle Recht

Aus der Einteilung in Vergehen und Verbrechen ergibt sich eine Vielzahl ausbildungsrelevanter Konsequenzen. Bedeutung entfaltet die Unterscheidung vor allem für die Versuchsstrafbarkeit. Der Versuch des Verbrechens ist stets strafbar (§ 23 Abs. 1 Hs. 1 StGB); der Versuch eines Vergehens nur, wenn dessen Strafbarkeit ausdrücklich angeordnet ist (§ 23 Abs. 1 Hs. 2 StGB). Eine entsprechende Regelung trifft § 30 StGB für den Versuch der Beteiligung; Voraussetzung ist auch hier, dass es sich bei der Haupttat um ein Verbrechen handelt. Im Gutachten ist die Versuchsstrafbarkeit knapp im Rahmen der „Vorprüfung“ festzustellen.

*Fall 1:* T bittet den X vergeblich darum, ihm durch eine falsche Aussage in der Hauptverhandlung eines Strafverfahrens ein Alibi zu geben. Dabei geht er davon aus, dass X – wie üblich<sup>6</sup> – nicht vereidigt wird.

*Lösung:* Indem T bei X vergeblich den Tatentschluss zu einer Falschaussage wecken wollte, könnte er sich der versuchten (weil erfolglosen) Anstiftung (§ 30 Abs. 1 StGB) zu einer uneidlichen Falschaussage nach § 153 StGB strafbar gemacht haben. Zwar ist § 153 StGB ein Vergehen, weshalb die erfolglose Anstiftung hierzu grundsätzlich straffrei ist. Nach § 159 StGB soll jedoch im Falle der uneidlichen Falschaussage der Anwendungs-

<sup>3</sup> Vgl. Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 1 Rn. 7; siehe dazu auch I. 1. im zweiten Teil.

<sup>4</sup> Vgl. dazu ausführlich Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 12 Rn. 4; Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 12 Rn. 7 ff.

<sup>5</sup> Vgl. Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 221 Rn. 15. Zu Erfolgsqualifikationen siehe I. 1. im zweiten Teil.

<sup>6</sup> Mittlerweile ist dies auch gesetzlich so geregelt (§ 59 Abs. 1 StPO); vgl. dazu Senge, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 59 Rn. 1.

bereich des § 30 Abs. 1 StGB ausnahmsweise geweitet werden.<sup>7</sup> T hat sich wegen versuchter Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage strafbar gemacht.

*bb) Bedeutung für die Bestimmung der Gerichtszuständigkeit*

Für das Assessorexamen sind die sich aus der Einteilung in Vergehen und Verbrechen ergebenden gerichtsverfassungs- und strafprozessrechtlichen Konsequenzen bedeutsam. So hängt schon die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts maßgeblich von der Unterscheidung zwischen Vergehen und Verbrechen ab. Zuständig ist der Strafrichter am Amtsgericht bei Vergehen, wenn diese im Wege der Privatklage verfolgt werden oder eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren nicht zu erwarten ist (§ 25 Nr. 2 GVG). Bei Vergehen mit einer Straferwartung von mehr als zwei, aber nicht mehr als vier Jahren und Verbrechen mit einer Straferwartung von nicht mehr als vier Jahren Freiheitsstrafe ist zwar auch das Amtsgericht (§ 24 Abs. 1 Nr. 2 GVG), als Spruchkörper dort aber das Schöffengericht zuständig (§ 28 GVG). Andernfalls ist – von einzelnen kaum prüfungsrelevanten Ausnahmen abgesehen – die Zuständigkeit des Landgerichts begründet (§ 74 Abs. 1 Satz 1 GVG).

*Fall 1 (Fortsetzung):* Nachdem Staatsanwalt S zu dem Ergebnis gekommen ist, dass hinreichender Tatverdacht gegen T bezüglich einer versuchten Anstiftung des X zur uneidlichen Falschaussage besteht, überlegt er sich, wohin er Anklage erheben muss.

*Lösung:* Zuständig für Verhandlung und Entscheidung ist das Amtsgericht und dort der Einzelrichter. Eine Straferwartung von mehr als vier Jahren ist schon wegen der obligatorischen Milderung des § 30 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 2 StGB auszuschließen, weshalb die Zuständigkeit des Amtsgerichts gegeben ist (§ 24 Abs. 1 Nr. 2 GVG). Die Einteilung des § 12 StGB gilt unabhängig davon, ob das in Frage stehende Delikt versucht oder vollendet ist und unabhängig davon, ob eine täterschaftliche oder eine andere Beteiligungsform vorliegt. Weil ein Vergehen vorliegt und eine Straferwartung von mehr als zwei Jahren Freiheitsstrafe kaum realistisch ist (§ 25 Nr. 2 GVG), ist als Spruchkörper am Amtsgericht der Einzelrichter zuständig. Sollte sich in der Hauptverhandlung – in der Praxis eher schwer vorstellbar – ergeben, dass T bei seiner erfolglosen Anstiftung auch die Vereidigung des O wenigstens billigend in Kauf genommen hat (Tatverdacht einer versuchten Anstiftung zum Meineid, §§ 154, 30 Abs. 1 StGB), müsste die Sache an das Schöffengericht verwiesen werden, § 270 Abs. 1 StPO.

*cc) Bedeutung für das übrige Strafprozessrecht*

Die Unterscheidung zwischen Vergehen und Verbrechen hat daneben prüfungsträchtige strafprozessuale Konsequenzen. Aus Flüchtigkeit wird gerne in Prüfungsarbeiten übersehen, dass dem Beschuldigten nach § 140 Abs. 1 Nr. 2 StGB ein Verteidiger zu bestellen ist, wenn und sobald ihm in einem Strafverfahren (auch) ein Verbrechen zur Last gelegt wird.<sup>8</sup> Bestimmte strafprozessrechtliche Ermittlungsbefugnisse kommen zudem nur bei Verbrechen in Betracht (u.a. § 81h Abs. 1 StPO, § 110a Abs. 1 S. 2 und 3 StPO). Auch das Zeugnisverweigerungsrecht von Journalisten wird bei Verbrechen eingeschränkt (§ 53 Abs. 2 S. 2 StPO). Auswirkungen hat die Unterscheidung daneben für das Strafbefehlsverfahren (§ 407 Abs. 1 S. 1 StPO: nur bei Vergehen zulässig). Schließlich ist die Einteilung in Vergehen und Verbrechen auch für strafprozessrechtliche Opportunitätsentscheidungen wichtig, weil sie häufig nur bei Vergehen in Betracht kommen; examensrelevant sind hier vor allem § 153 StPO und § 153a StPO.

*Fall 2:* T ist verdächtig, O erpresst zu haben (§ 253 StGB). T soll O damit gedroht haben, sich selbst zu töten. Staatsanwalt S möchte das Strafverfahren gegen Zahlung einer Geldauflage einstellen. Gericht und T stimmen dem zu. Kurz nachdem T die Geldauflage erfüllt hat, gibt O dem S gegenüber in einem Nebensatz an, dass er bei der Tat, als er der Forderung des T nicht sofort habe nachkommen wollen, von diesem auch noch mit einem Messer bedroht worden sei.

*Lösung:* Das Strafverfahren wurde nach § 153a Abs. 1 S. 1 StPO zunächst vorläufig und nach der Erfüllung der Geldauflage endgültig eingestellt. Anders als im Falle einer folgenlosen Einstellung nach § 153 StPO tritt damit teilweise Strafklageverbrauch ein;<sup>9</sup> die Tat kann nicht mehr als Vergehen verfolgt werden, § 153a Abs. 1 S. 5 StPO. Vorliegend haben sich jedoch Anhaltspunkte dafür ergeben, dass sich T nicht nur nach § 253 StGB, sondern durch seine Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für die körperliche Unversehrtheit des O auch nach § 255 StGB strafbar gemacht haben könnte. Aufgrund der Mindeststrafdrohung von einem Jahr Freiheitsstrafe handelt es sich bei der räuberischen Erpressung (§§ 255, 249 Abs. 1 StGB) um ein Verbrechen. S kann daher das Strafverfahren gegen T wieder aufnehmen. Es liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor (§ 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO); ein Verfahrensabschluss durch Strafbefehl ist ausgeschlossen (§ 407 Abs. 1 S. 1 StPO). Sollte S hinreichenden Tatverdacht bejahen, wäre die Anklage zum Amtsgericht – Schöffengericht zu erheben (Verbrechen mit einer Straf-

<sup>7</sup> Vgl. *Lenckner/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 159 Rn. 1 f.; *Müller*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 159 Rn. 3.

<sup>8</sup> Zur notwendigen Verteidigung bei sich verändernder rechtlicher Bewertung vgl. *Laufhütte*, in: Hannich (Fn. 6), § 140 Rn. 9; *Pfeiffer*, Strafprozessordnung, Kommentar 5. Aufl. 2005, § 140 Rn. 4.

<sup>9</sup> Vgl. *Beukelmann*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.1.2017, § 153a Rn. 55.

erwartung von nicht mehr als vier Jahren Freiheitsstrafe, §§ 24 Abs. 1, 28, 25 GVG).

## 2. Subjektiver Tatbestand als Unterscheidungskriterium

### a) Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikte

Das Strafrecht unterscheidet ausdrücklich zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitstatbeständen. Nach § 15 StGB ist grundsätzlich nur vorsätzliches Handeln strafbar, wenn nicht auch fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht ist (z.B. § 222 StGB).

Innerhalb des Vorsatzes wird zwischen zielgerichtetem Willen (Absicht, *dolus directus* 1. Grades), sicherem Wissen (*dolus directus* 2. Grades) und bedingtem Vorsatz (*dolus eventualis*) unterschieden.<sup>10</sup> Bedingter Vorsatz genügt dabei dem Vorsatzfordernis immer dann, wenn gesetzlich nicht höhere Anforderungen an die subjektive Tatseite gestellt werden (z.B. § 258 StGB).<sup>11</sup> Im Bereich der Fahrlässigkeit wird gemeinhin zwischen einfacher und bewusster Fahrlässigkeit unterschieden. Das Strafrecht kennt daneben vor allem im Bereich der Erfolgsqualifikationen (z.B. § 251 StGB) die Leichtfertigkeit als „wesentlich gesteigerte Form“ der Fahrlässigkeit.<sup>12</sup>

### b) Bedeutung der Unterscheidung

#### aa) Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit

Eine in beiden Examina klassische Aufgabenstellung ist die Abgrenzung von (bedingtem) Vorsatz und (bewusster) Fahrlässigkeit.<sup>13</sup> Im Referendarexamen wird hier üblicherweise zumindest die knappe Darstellung der gängigen Abgrenzungstheorien erwartet (kognitive und voluntative Theorien).<sup>14</sup> Das wäre im Assessorexamen sicherlich fehl am Platze; es genügt regelmäßig ein Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des BGH („billigend in Kauf nehmen“),<sup>15</sup> gegebenenfalls ergänzt um die im Ergebnis ähnliche Formel der herrschenden Lehre

(„erkennen, ernst nehmen, abfinden“).<sup>16</sup> Im Assessorexamen dürfte der Schwerpunkt regelmäßig auf der Feststellung des Sachverhalts und der Ableitung des Vorsatzes aus diesem Sachverhalt liegen.

*Fall 3:*<sup>17</sup> Autofahrer T möchte sich – koste es, was es wolle – einer drohenden Polizeikontrolle entziehen. Zu diesem Zweck beschleunigt sein Fahrzeug aus dem Stand und fährt mit Vollgas auf den gut anderthalb Meter vor ihm stehenden Polizeibeamten O zu. Dieser rettet sich knapp durch einen Sprung zur Seite, wird aber am Knie vom Fahrzeug noch leicht touchiert, was zu Abschürfwunden und Schmerzen führt.

*Lösung:* Ob T sich, indem er auf O zufuhr, nur der (gefährlichen) Körperverletzung<sup>18</sup> und des vorsätzlichen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr nach § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB (Pervertierung des Fahrzeugs<sup>19</sup>) sowie des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB) oder auch des Versuchs eines vorsätzlichen Tötungsdelikts strafbar gemacht hat, hängt davon ab, ob auch der Tod des O zum Handlungszeitpunkt vom Vorsatz des T umfasst war. Klausurtaktisch dürfte es sich in der Regel empfehlen, der herrschenden Meinung zu folgen, wonach kognitive und voluntative Elemente gleichermaßen vorzuliegen haben. Unter Zugrundelegung der herrschenden Lehre hätte T den möglichen Tod des O als Gefahr erkennen, diese Gefahr ernstnehmen und sich mit ihr abfinden müssen. Nach der Rechtsprechung des BGH müsste T den Tod des O wenigstens billigend in Kauf genommen haben. Ob diese Voraussetzungen in tatsächlicher Hinsicht vorliegen, ist aus einer Gesamtbetrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände abzuleiten.<sup>20</sup> Insbesondere reicht (vor allem im Assessorexamen) zur Verneinung des Tötungsvorsatzes nicht der formelhafte Hinweis auf eine erhöhte Hemmschwelle bei Tötungshandlungen durch positives Tun.<sup>21</sup> Für einen Tötungsvorsatz könnte vorliegend der unbedingte Fluchtwille des T sprechen. Aus diesem unbedingten Fluchtwillen kann zwar ein Rückschluss auf das voluntative Vorsatzelement gezogen werden; offen bleibt dabei jedoch, ob T es wenigstens für möglich hielt, dass sein Handeln zum Tod des O führen könnte (kognitives Vorsatzelement). Ein wesentlicher Hinweis für die Ermittlung dieses kognitiven Vorsatzelements ist die objektive Gefährlichkeit der Tat handlung, die auf der Grundlage der dem Täter bekannten

<sup>10</sup> Vgl. Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2017, § 14 Rn. 6 ff.

<sup>11</sup> Die Unterscheidung einzelner Vorsatzformen ist daneben für Delikte mit überschießender Innentendenz bedeutsam. Welche Vorsatzform das jeweilige besondere subjektive Tatbestandsmerkmal einfordert, ist nicht immer leicht zu erkennen. Bei den Urkundsdelikten soll es – obwohl der Wortlaut anderes nahelegt („wer zur Täuschung im Rechtsverkehr“) – ausreichen, wenn der Täter die Täuschung des Rechtsverkehrs als sichere Folge seines Tuns vorherieht (*dolus directus* zweiten Grades); vgl. dazu Rengier (Fn. 10), § 16 Rn. 3 ff.

<sup>12</sup> Vgl. Duttge, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 15 Rn. 190 ff.; Roxin (Fn. 2), § 10 Rn. 109.

<sup>13</sup> Vgl. dazu im Überblick Kühl (Fn. 3), § 5 Rn. 45 ff.

<sup>14</sup> Vgl. dazu im Überblick Kühl (Fn. 3), § 5 Rn. 45 ff.; Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2017, § 15 Rn. 20 ff.

<sup>15</sup> Grundlegend BGH NJW 1955, 1688 (1690); vgl. dazu auch Trück, JZ 2013, 179.

<sup>16</sup> Vgl. Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 29 III. 3. a); Rengier (Fn. 10), § 14 Rn. 26; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 46. Aufl. 2016, Rn. 329.

<sup>17</sup> In Anlehnung an BGH NStZ-RR 2014, 371.

<sup>18</sup> BGH NStZ-RR 2015, 244; vgl. dazu Stam, NStZ 2016, 713 ff.

<sup>19</sup> Vgl. Kudlich (Fn. 14), § 315b Rn. 17.

<sup>20</sup> Zuletzt u.a. BGH NStZ-RR 2013, 242 (243).

<sup>21</sup> BGH NStZ 2012, 384; vgl. dazu Trück, JZ 2013, 179.

Umstände zu bestimmen ist.<sup>22</sup> Gegen einen Tötungsvorsatz spricht deswegen, dass T sein Fahrzeug aufgrund des geringen Abstands zu O kaum beschleunigen und das Fahrzeug daher keine Geschwindigkeit erreichen konnte, die typischerweise zu tödlichen Aufprallverletzungen führt. Auch durfte T davon ausgehen, dass O als ausgebildeter Polizeibeamter dem Fahrzeug ausweichen würde, um eine Eigengefährdung zu vermeiden.<sup>23</sup> Der Tötungsvorsatz ist daher zu verneinen.

#### bb) Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen

Das StGB kennt Delikte, die Vorsatz- und Fahrlässigkeitskomponenten verbinden. Besonders examensrelevant darunter sind erfolgsqualifizierte Delikte,<sup>24</sup> bei denen bezüglich eines Teils des Tatbestands vorsätzliches Handeln erforderlich ist, bezüglich der Herbeiführung einer schweren Folge der Tat aber Fahrlässigkeit genügt (§ 18 StGB). Weil erfolgsqualifizierte Delikte wie auch Vorsatz-Fahrlässigkeitskombinationen gem. § 11 Abs. 2 StGB zusammengenommen als Vorsatzdelikt gelten,<sup>25</sup> ist nach ganz herrschender Meinung nicht nur deren Versuch grundsätzlich strafbar,<sup>26</sup> sondern auch eine Beteiligung an diesen Delikten möglich.<sup>27</sup> Dabei ist allerdings zu beachten, dass die wenigstens fahrlässige Herbeiführung der schweren Tatfolge individuell zu prüfen ist.

*Fall 4.*<sup>28</sup> T<sub>1</sub>, T<sub>2</sub> und T<sub>3</sub> schlagen gemeinsam abwechselnd auf O ein und quälen diesen immer massiver. T<sub>1</sub> entschließt sich spontan und für T<sub>2</sub> und T<sub>3</sub> überraschend, mit direktem Tötungsvorsatz auf den Kopf des am Boden liegenden O zu springen. O stirbt. – Strafbarkeit des T<sub>2</sub>?

*Lösung:* Eine Strafbarkeit des T<sub>2</sub> nach §§ 212, 25 Abs. 2 StGB kommt nicht in Betracht (keine Zurechnung wegen Mittäterexzesses des T<sub>1</sub>). Eine Strafbarkeit des T<sub>2</sub> gemäß §§ 212, 13 StGB ist ebenfalls nicht gegeben (keine physisch reale Möglichkeit für T<sub>2</sub> zur Erfolgsverhinderung).

<sup>22</sup> BGH NStZ-RR 2014, 371 (372).

<sup>23</sup> BGH NStZ-RR 2014, 371 (373).

<sup>24</sup> Siehe dazu I. 1. im zweiten Teil; *Duttge* (Fn. 12), § 15 Rn. 21 spricht von „uneigentlichen Vorsatz-Fahrlässigkeitskombinationen“; die „eigentlichen Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen“ wie z.B. § 283 Abs. 4 Nr. 2 StGB (vgl. *Duttge* [Fn. 12], § 15 Rn. 20) spielen im Pflichtfachbereich kaum eine Rolle.

<sup>25</sup> Vgl. zur Bedeutung von § 11 Abs. 2 StGB für Erfolgsqualifikationen *Eser/Hecker* (Fn. 4), § 11 Rn. 63.

<sup>26</sup> Vgl. *Eser/Hecker* (Fn. 4), § 11 Rn. 66.

<sup>27</sup> Vgl. *Eser/Hecker* (Fn. 4), § 11 Rn. 65. Die Beteiligung am Fahrlässigkeitsdelikt ist nach herrschender Auffassung nicht möglich. Das gilt – was von der Lehre neuerdings teilweise in Zweifel gezogen wird – mangels bewussten und gewollten Zusammenwirkens insbesondere auch für die Mittäterschaft; es kommt nur Nebentäterschaft in Betracht; vgl. dazu im Überblick *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 12), § 25 Rn. 286 ff.

<sup>28</sup> In Anlehnung an BGH NStZ 2005, 93.

T<sub>2</sub> könnte sich jedoch nach §§ 227, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben: Die Körperverletzungshandlungen des T<sub>1</sub> werden dem T<sub>2</sub> nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet, soweit sie vom gemeinsamen Tatplan umfasst sind. Dass sich im Tod des O schon aufgrund des Eskalationsrisikos die typischen Gefahren einer gemeinschaftlichen Körperverletzung verwirklicht haben, liegt auf der Hand. Dem T<sub>2</sub> ist auch ein individueller Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen, weil angesichts der emotional stark aufgeheizten Tatsituation und der vorangegangenen sich steigernden, entwürdigenden und verletzenden Behandlung des O der Exzess des T<sub>1</sub> für T<sub>2</sub> auch in seiner tödlichen Wirkung vorhersehbar war.<sup>29</sup> T<sub>2</sub> ist daher strafbar wegen Körperverletzung mit Todesfolge. Für T<sub>3</sub> gilt entsprechendes.

### 3. Begehungsform als Unterscheidungskriterium

#### a) Begehungs- und Unterlassungsdelikte

Eine weitere Unterscheidung, die im StGB ausdrücklich in § 13 StGB angelegt ist, ist die zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten. § 13 StGB stellt klar, dass sämtliche Tatbestände des StGB, die in ihrem Wortlaut eine Tatbestandsverwirklichung durch aktives Tun vorsehen, unter bestimmten Bedingungen auch durch Untätigbleiben erfüllt werden können (unechte Unterlassungsdelikte).<sup>30</sup>

Auch jenseits von § 13 StGB kennt das Strafrecht Tatbestände, die schlichtes Untätigbleiben in einer bestimmten Situation unter Strafe stellen (echte Unterlassungsdelikte).<sup>31</sup> Beispiele für echte Unterlassungsdelikte sind § 138 StGB (Nichtanzeige geplanter Straftaten) oder auch § 323c Abs. 1 StGB (unterlassene Hilfeleistung). Zu den weniger gut erkennbaren, aber examensrelevanten Fällen eines (echten) Unterlassungsdelikts kann aber auch die Untreue (§ 266 StGB) zählen: § 13 Abs. 1 StGB soll weder beim Missbrauchs- noch beim Treubruchstatbestand anwendbar sein, weil sich das pflichtwidrige Untätigbleiben umstandslos unter das Tatbestandsmerkmal der Verletzung von Vermögensbetreuungspflichten fassen lässt.<sup>32</sup>

#### b) Bedeutung der Unterscheidung

##### aa) Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen

Bei unechten Unterlassungsdelikten kann die Abgrenzung, ob im konkreten Einzelfall eine Tatbestandsverwirklichung durch aktives Tun oder durch Unterlassen vorliegt, Schwierigkeiten bereiten. Abgegrenzt wird der herrschenden Meinung zufolge danach, wo nach dem sozialen Handlungssinn und den Umständen des Einzelfalls der Schwerpunkt der

<sup>29</sup> BGH NStZ 2005, 93 (94).

<sup>30</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 4), § 13 Rn. 4; *Rengier* (Fn. 10), § 148 Rn. 1 ff.

<sup>31</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 4), § 13 Rn. 4; *Rengier* (Fn. 10), § 148 Rn. 1 ff.

<sup>32</sup> Vgl. *Dierlamm*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 139, 184.

Vorwerfbarkeit liegt.<sup>33</sup> So soll beispielsweise der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf dem aktiven Tun liegen, wenn Rettungsmöglichkeiten, die das Opfer bereits erreicht haben, abgebrochen werden.<sup>34</sup>

#### bb) Garantenpflicht

Voraussetzung jeder Unterlassungsstrafbarkeit ist, dass der Unterlassungstäter einer Handlungspflicht nicht nachkommt. Während bei echten Unterlassungsdelikten diese Handlungspflicht ausdrücklich im Tatbestand formuliert wird, bedarf es bei unechten Unterlassungsdelikten einer Prüfung, ob der Unterlassungstäter für die Abwendung des tatbestandsmäßigen Erfolgs im konkreten Fall einzustehen hat (Garantenpflicht). Garantenpflichten können auf vielfältige Art begründet werden, gemeinhin wird zwischen Beschützergaranten (familiäre Verbundenheit, freiwillige Übernahme etc.) und Überwachergaranten (Verantwortlichkeit für eine Gefahrenquelle) unterschieden.<sup>35</sup> Bei letzteren sind in beiden Examina regelmäßig Garantenpflichten aus pflichtwidrigem und gefährdendem vorangegangenen Tun besonders wichtig (Ingerenz).<sup>36</sup>

*Fall 5:* T fährt betrunken mit seinem Cabrio auf einer Landstraße. Er übersieht den Radfahrer O und erfasst diesen mit dem Fahrzeug. O bleibt lebensgefährlich verletzt am Boden liegen. T, der das erkennt, entschließt sich dennoch zur Weiterfahrt, weil er nicht für den Unfall belangt werden möchte. O stirbt; bei rechtzeitiger Hilfe hätte er gerettet werden können. – Strafbarkeit des T gem. §§ 212, 211 StGB?

*Lösung:* T hat wegen vorangegangenen pflichtwidrigen gefährlichen Tuns in Form des fahrlässigen Anfahrens des O rechtlich dafür einzustehen, dass der Tod des O nicht eintritt; er ist Garant aus Ingerenz. Auch die übrigen Voraussetzungen einer Unterlassungsstrafbarkeit liegen vor. Fraglich ist, ob T auch ein Mordmerkmal erfüllt hat. In Betracht kommt hier Verdeckungsabsicht. Ob das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht auch bei einer Tatbegehung durch Unterlassen erfüllt werden kann, war lange Zeit umstritten. Der BGH und die überwiegende Auffassung in der Lehre bejahen diese Möglichkeit mittlerweile.<sup>37</sup> T hat sich daher (unter anderem) nach §§ 211, 13 StGB strafbar gemacht.<sup>38</sup>

Im Bereich der Irrtumslehre gilt, dass der Täter, der zwar sämtliche tatsächlichen Voraussetzungen kennt, die seine Garantenpflicht begründen, der aber irrig davon ausgeht, ihn treffe keine rechtliche Einstandspflicht, einem Verbotsirrtum nach § 17 StGB unterliegt.<sup>39</sup> Irrt der Täter demgegenüber über tatsächliche Umstände, aus denen er seine Garantenpflicht folgern könnte, entfällt nach § 16 Abs. 1 StGB der diesbezügliche Vorsatz.<sup>40</sup> Sieht beispielsweise der Täter ein ertrinkendes Kind, erkennt aber nicht, dass es sich dabei um seinen Sohn handelt, liegt ein Irrtum nach § 16 Abs. 1 StGB vor; eine Strafbarkeit nach §§ 212, 13 StGB scheidet mangels Vorsatzes aus. Erkennt der Täter hingegen zutreffend, dass es sich beim ertrinkenden Kind um seinen Sohn handelt, glaubt er aber irrig, dass er rechtlich nicht verpflichtet sei, seinen Sohn zu retten, handelt er nach § 17 S. 1 StGB nur dann ohne Schuld, wenn er den Rechtsirrtum – kaum vorstellbar – nicht vermeiden konnte.

Täter eines unechten Unterlassungsdelikts kann schließlich nur derjenige sein, der selbst Garant ist. Fehlt es an der Garantenstellung kommt nur eine Teilnahmestrafbarkeit in Betracht.<sup>41</sup> Da es sich bei der Garantenpflicht nach überwiegender Ansicht um ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 14 Abs. 1 StGB handelt,<sup>42</sup> ist bei der Teilnahmestrafbarkeit an die Lockerung der Akzessorietät nach § 28 Abs. 1 StGB zu denken.

#### cc) Versuchsstrafbarkeit

Schließlich bergen Unterlassungsdelikte im Bereich der Versuchsstrafbarkeit examensrelevante Probleme. Insbesondere die Bestimmung des unmittelbaren Ansetzens und die Prüfung des Rücktritts bereiten Probleme, weil die dogmatischen Leitlinien hier erkennbar auf eine Tatbestandsverwirklichung durch aktives Tun zugeschnitten sind.

Beim unmittelbaren Ansetzen soll es nach herrschender Meinung nicht darauf ankommen, ob der Täter die erste Rettungsmöglichkeit oder die letzte Rettungsmöglichkeit ungenutzt hat verstreichen lassen; in Entsprechung zum unmittelbaren Ansetzen bei aktivem Tun soll vielmehr entscheidend sein, dass der Unterlassungstäter nach seiner Vorstellung durch die weitere Verzögerung der Rettungshandlung eine unmittelbare Gefahr für das Rechtsgut schafft oder wenigstens den Kausalverlauf aus der Hand gibt.<sup>43</sup>

<sup>33</sup> Vgl. BGH NStZ 2003, 657; BGH NStZ 2005, 446 (447); Rengier (Fn. 10), § 148 Rn. 10; Stree/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), Vorbem. zu §§ 13 ff. Rn. 158a.

<sup>34</sup> Wohl h.M.; vgl. Rengier (Fn. 10), § 148 Rn. 22; Stree/Bosch (Fn. 33), Vorbem. zu §§ 13 ff. Rn. 160.

<sup>35</sup> Vgl. Heuchemer, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 14), § 13 Rn. 35.

<sup>36</sup> Zur Ingerenz vgl. Freund, in: Joecks/Miebach (Fn. 12), § 13 Rn. 118 ff.; Kühl (Fn. 3), § 18 Rn. 91 ff.

<sup>37</sup> Vgl. dazu Kaspar/Broichmann, ZJS 2013, 346 (351 f.).

<sup>38</sup> Vgl. dazu auch BGH NStZ 1992, 125 f. sowie zu den weiteren Delikten, die in dieser klassischen Konstellation erfüllt

sind, Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 18. Aufl. 2017, § 4 Rn. 64.

<sup>39</sup> Grundlegend BGH NJW 1961, 1682 (1683).

<sup>40</sup> Vgl. Kühl (Fn. 4), § 16 Rn. 5

<sup>41</sup> Siehe dazu Kudlich (Fn. 14), § 25 Rn. 9; für einen strafrechtlichen Fall im Ergebnis auch BGH NZWiSt 2016, 23 (24).

<sup>42</sup> Fischer (Fn. 1), § 28 Rn. 5a; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 28 Rn. 19; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 68; a.A. Freund (Fn. 36), § 13 Rn. 261 ff.

<sup>43</sup> Siehe dazu ausführlich Rönnau, JuS 2014, 109 (112 f.); vgl. zum Meinungsstand Kühl (Fn. 4), § 22 Rn. 17.

*Fall 6:*<sup>44</sup> T öffnet mit Selbsttötungsabsicht und ohne Tötungsvorsatz zwei Gashähne in seiner im Erdgeschoss eines 12-Familien-Hauses gelegenen Wohnung. Erst einige Zeit nach dem Öffnen der Gashähne denkt T daran, dass wegen seines Handelns auch andere Hausbewohner durch eine Gasexplosion getötet werden könnten. Obwohl O allmählich erste Bewusstseinsstrübungen durch das ausgetretene Gas bemerkt, dreht der den Gashahn nicht wieder zu.

*Lösung:* T hat als Garant aus Ingerenz unmittelbar zu einem Tötungsdelikt durch Unterlassen angesetzt. Er hat eine gebotene Rettungshandlung (Abdrehen des Gashahns) zu einem Zeitpunkt nicht vorgenommen, zu dem er aufgrund der Gaskonzentration in der Luft bereits der Bewusstlosigkeit nahe war. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hat er aus seiner Sicht das weitere Geschehen aus der Hand gegeben.

Ob in der Rücktrittsprüfung beim Unterlassungsdelikt zwischen unbeendetem und beendetem Versuch unterschieden werden muss, ist umstritten.<sup>45</sup> Die Unterscheidung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch ist beim aktiven Tun bedeutsam, weil davon abhängt, ob für einen erfolgreichen Rücktritt das bloße Aufgeben der Tat ausreicht<sup>46</sup> oder vom Täter verlangt wird, dass er einen gegenläufigen (rettenden) Kausalverlauf in Gang setzt.<sup>47</sup> Weil vom Unterlassungstäter stets zu verlangen ist, dass er aktiv wird und rettend eingreift, wird vom BGH und Teilen der Lehre vertreten, beim Rücktritt vom Unterlassungsdelikt sei die Unterscheidung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch ohne Belang.<sup>48</sup> Nach der Gegenansicht soll hingegen ein unbeendeter Versuch vorliegen, wenn der Täter davon ausgeht, dass bereits das bloße Nachholen der ursprünglich gebotenen Rettungshandlung genügt, um den tatbestandsmäßigen Erfolg noch zu verhindern. Ein beendeter Versuch des Unterlassungsdelikts soll vorliegen, wenn der Täter glaubt, dass allein das Nachholen des ursprünglich gebotenen Handelns nicht mehr ausreicht, um den tatbestandsmäßigen Erfolg noch abzuwenden, sondern mittlerweile zusätzliche Rettungsmaßnahmen notwendig geworden sind.<sup>49</sup>

*Fall 6 (Fortsetzung):* Mittlerweile hat sich die Explosionsgefahr im gesamten Wohnhaus so zugespitzt, dass – auch aus Sicht des T – allein das Abdrehen des Gashahns nicht mehr genügt, um eine Gefährdung der Mitbewohner ab-

zuwenden. T ruft daher die Feuerwehr und die Polizei. Er kommt jedoch deren Aufforderung, den Gashahn sofort abzudrehen, nicht nach, weil er an seinen Selbsttötungsplänen festhält. Die Feuerwehr verhindert am Ende, dass Menschen zu Schaden kommen.

*Lösung:* Hält man eine Unterscheidung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch für sinnvoll, so liegt hier ein beendeter Versuch vor, weil aus Sicht des T das bloße Nachholen der ursprünglich gebotenen Handlung (Abdrehen des Gashahns) nicht mehr ausreicht, um den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs noch zu verhindern. Indem T die Feuerwehr gerufen hat, hat T jedoch zusätzliche Rettungsmaßnahmen ergriffen. Folgt man – insbesondere im Assessorexamen – dem BGH spielt die Unterscheidung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch beim Unterlassungsdelikt keine Rolle. Unschädlich soll es zudem sein, dass T – trotz der entsprechenden Aufforderung – nicht auch den Gashahn abgedreht hat, was die Gefahr für das Leben seiner Hausmitbewohner rasch und wirksam hätte senken können. Der Täter muss für einen Rücktritt nicht zwingend das bestmögliche Rettungsmittel ergreifen. Erforderlich ist jedenfalls nach Ansicht des BGH allein, dass der Täter seinen Vollendungsvorsatz vollständig aufgibt – im Falle bedingten Vorsatzes also den als weiterhin möglich erkannten Taterfolg nicht mehr billigt – und dass er mit Erfolg eine solche Rettungsmöglichkeit wählt, die er für geeignet hält, die Vollendung zu verhindern.<sup>50</sup>

#### 4. Versuchs- und Vollendungsstrafbarkeit als Unterscheidungskriterium

##### a) Unternehmensdelikte

Das Unternehmen einer Straftat wird in § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB als Überbegriff für den Versuch und die Vollendung einer Tat definiert. Unternehmensdelikte sind daher solche Delikte, bei denen mit dem Überschreiten der Versuchsschwelle der Tatbestand bereits vollendet ist.<sup>51</sup> Echte Unternehmensdelikte wie etwa der Hochverrat (§ 81 StGB), bestimmte Begehungsweisen der Verbreitung pornographischer Schriften (§ 184 Abs. 1 Nrn. 4, 8 und 9 StGB) oder das Herbeiführen einer Explosion durch Kernenergie (§ 307 Abs. 1 StGB) sind zumindest im Pflichtfachbereich kaum prüfungsrelevant.

Unechte Unternehmensdelikte<sup>52</sup> sollen nach vereinzelt Stimmen im Schrifttum solche Delikte sein, bei denen Versuchsphase und Tatbestandsvollendung praktisch so nahe beieinander liegen, dass mit dem Überschreiten der Versuchsschwelle der Täter das Delikt bereits – zumindest so gut wie – vollendet hat. Welche Tatbestände zu den unechten Unternehmensdelikten zählen, ist umstritten. Im Pflichtfachbereich wird dies insbesondere für den Widerstand gegen Vollstre-

<sup>44</sup> In Anlehnung an BGH NStZ 2003, 28.

<sup>45</sup> Vgl. *Beckemper/Cornelius* in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 14), § 24 Rn. 77 f.

<sup>46</sup> Vgl. *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 4), § 24 Rn. 12; *Rengier* (Fn. 10), § 37 Rn. 81 ff.

<sup>47</sup> Vgl. *Eser/Bosch* (Fn. 46), § 24 Rn. 58; *Rengier* (Fn. 10), § 37 Rn. 110 ff.

<sup>48</sup> BGH NStZ 2004, 326; BGH NStZ 2003, 252 (253); *Roxin* (Fn. 42), § 30 Rn. 139.

<sup>49</sup> Vgl. u.a. *Jescheck/Weigend* (Fn. 16), § 60 III. 3; *Kühl* (Fn. 3), Rn. 153 f.

<sup>50</sup> BGH NStZ 2003, 28 f.; vgl. dazu auch *Fischer* (Fn. 1), § 24 Rn. 32 ff.

<sup>51</sup> Vgl. *Roxin* (Fn. 2), § 10 Rn. 124.

<sup>52</sup> Siehe dazu ausführlich *Mitsch*, JuS 2015, 97.

ckungsbeamte (§ 113 StGB), das Vortäuschen einer Straftat (§ 145d StGB), die falsche Verdächtigung (§ 164 StGB) oder auch den räuberischen Angriff auf Kraftfahrer (§ 316a StGB) diskutiert.<sup>53</sup>

*b) Bedeutung der Unterscheidung*

In der Fallbearbeitung ist zu beachten, dass bei Unternehmensdelikten die fakultative Strafmilderung des § 23 Abs. 2 StGB und ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch (§ 24 StGB) nicht in Betracht kommen.<sup>54</sup> Bei einzelnen Unternehmensdelikten sieht der Gesetzgeber als Ersatz die Möglichkeit zur tätigen Reue vor (z.B. § 83a StGB oder § 314a StGB). Vereinzelt wird im Schrifttum für die übrigen (echten und unechten) Unternehmensdelikte eine analoge Anwendung dieser Vorschriften gefordert.<sup>55</sup> Im Gutachten wird man das ansprechen können, sollte eine Analogie – zugunsten des Täters – aber mangels planwidriger Regelungslücke mit der herrschenden Meinung ablehnen.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> Vgl. *Eser/Hecker* (Fn. 4), § 11 Rn. 47.

<sup>54</sup> Vgl. *Eser/Hecker* (Fn. 4), § 11 Rn. 46.

<sup>55</sup> *Jescheck/Weigend* (Fn. 16), § 49 VIII. 2.

<sup>56</sup> Grundlegend BGH NJW 1960, 1261 (1262); vgl. auch *Beckemper/Cornelius* (Fn. 45), § 11 Rn. 43.