

Fall 13: Nichts als Streitereien

(AG Grevenbroich, NJW 2002, 1060, BSGE 84, 54)

Ehemann A kehrte einen Tag früher als geplant von der Geschäftsreise zurück. Am Flughafen nahm er sich gegen 23.00 Uhr ein Taxi, das ihn nach Hause fahren sollte. Während der Fahrt vereinbarte er mit dem Taxifahrer T möglicherweise einen Pauschalpreis von 40 EUR, abweichend von der Bezahlung des Taxometer-Standes. Am Zielort angekommen, zeigte das Taxometer 80 EUR, A zahlte 40 EUR und stieg unter Protest des T, der das Doppelte verlangte, aus. T folgte dem A und versuchte ihn, an der Schulter festzuhalten, während er laut nach der Polizei schrie. A wehrte sich und trat nach T mit seinem Turnschuh. T landete auf dem Boden, was A zur Flucht nutzte, bis sich ihm der vom Geschrei aufgewachte C, ein Polizeibeamter, in den Weg stellte, wenngleich in seltsamer Uniform: einem Nachtmantel. C schrie laut „Halt, Polizei“ und packte A am Arm, wurde von A aber mit einem Faustschlag niedergestreckt. A betrat seine Wohnung und legte sich schlafen. Seine Ehefrau E hatte unterdessen den L kennen gelernt und ihn mit nach Hause genommen, nachdem sich beide in einer Bar einen vergnüglichen Abend gemacht hatten (1,7 ‰). A wachte durch den erhöhten Lärm auf und forderte L lauthals zum Gehen auf. L verließ die Wohnung. Danach kam es zwischen A und E zu einer lauten Auseinandersetzung, während der A die E packte, um sie ins Wohnzimmer zu schleppen. E wehrte sich, ließ sich auf den Boden fallen und rief grundlos um Hilfe. A ging derweil in die Küche, um sich mit einem 20 cm langen Messer ein Stück rohen Schinken abzuschneiden. L, der die Schreie der E gehört hatte, klopfte so laut gegen die Tür, dass A ohne das Messer wegzulegen ihm umgehend öffnete, da er dachte, es sei die Polizei. L drang sofort ein, sah die E am Boden liegen und ging auf den älteren und körperlich unterlegeneren A los. Dieser wich zurück und hielt seine Hand schützend vor den Kopf. Mit der rechten Hand machte er ungezielte Abwehrbewegungen, mit denen er L mehrere oberflächliche Schnittverletzungen zufügte. Dennoch versuchte L weiterhin, mit den Fäusten auf ihn einzuschlagen. Darauf stieß A mit dem Messer zweimal zu. L sank zu Boden und verstarb kurze Zeit später.

Frage 1: Strafbarkeit von A und B? Erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Abwandlung: (BGHSt. 48, 255 und BGH, NStZ 2003, 535 f.)

A hatte die E seit der Geburt ihrer gemeinsamen Tochter J häufig ins Gesicht und in die Magengegend geschlagen und sie dann am Boden liegend getreten, sobald ihm etwas nicht passte. Wegen der häufigen und schweren Misshandlungen zog E gar für kurze Zeit in ein Frauenhaus mit J, kam dann aber zu A, nachdem dieser Besserung gelobt hatte, zurück. Die Schläge gingen jedoch weiter und A ging dazu über, auch immer häufiger J zu schlagen.

Als eines Abends A die E erneut bespuckte und schlug wegen einer Nichtigkeit, tat die E so, als läge sie sich schlafen, blieb jedoch wach, ein scharfes Küchenmesser neben sich. Sie hielt ihre Situation für so ausweglos, dass sie glaubte, den Beschimpfungen und Gewalttätigkeiten ihres Mannes nicht mehr gewachsen zu sein und befürchtete zudem, dass die Tätigkeiten auch gegen J schlimmere Ausmaße annehmen könnten. Eine Trennung schien ihr selbst bei staatlicher Hilfe ausweglos. Als er schlief, nahm sie das Messer und stieß insgesamt 33 Mal mit direktem Tötungsvorsatz auf A ein. Ein Stich, der A traf, nicht aber der erste, führte innerhalb kürzester Zeit zum Tode.

Ein Sachverständiger stellte später fest, dass E nach Tatbeginn beim Einstechen auf das Opfer in eine Art „Entfesselungsaffekt“ geraten sei, der zu einer erheblich verminderten Schuldfähigkeit geführt habe.

Frage 2: Der Richter, der Mitleid mit E hat, möchte gegen sie eine Bewährungsstrafe verhängen. Kann er dies?

Lösung:

Frage 1

1. Handlungsabschnitt: Die Taxifahrt

Strafbarkeit des A

I. Strafbarkeit nach § 263 I, II, 22 StGB

Indem A den T glauben ließ, den am Ankunftsart anfallenden Fahrpreis nicht in voller Höhe bezahlen zu wollen, kann sich A eines versuchten Betrugs, der wegen der Verhaftung und der hiermit sich ergebenden Möglichkeit der klageweisen Durchsetzung der Forderung nicht vollendet

und nach § 263 II StGB strafbar ist, schuldig gemacht haben. Hierzu müsste A aber Tatentschluss gehabt haben, nicht den vollen, dem T zustehenden Beförderungspreis zu zahlen. Nachdem unsicher ist, ob die Abrede eines reduzierten Entgelts getroffen wurde, ist in dubio pro reo davon auszugehen, dass eine entsprechende Vereinbarung getroffen wurde und ein Betrugsversatz nicht vorlag. Eine Strafbarkeit wegen versuchten Betrugs scheidet damit aus.

II. Strafbarkeit nach §§ 253 I, 255, 22 StGB

Aus gleichen Gründen scheitern auch eine Strafbarkeit wegen versuchter räuberischer Erpressung (§§ 253 I, 255, 22 StGB).

III. Strafbarkeit nach §§ 240 I, III, 22 StGB

Gleiches gilt für eine Strafbarkeit wegen versuchter Nötigung.

IV. Strafbarkeit nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB zu Lasten des T

Indem A mit seinen Füßen nach T trat und T auf dem Boden landete, kann sich A nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB zu Lasten des T strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a. § 223 I StGB

A müsste T körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt; eine Gesundheitsschädigung ist jedes Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustandes. Die Tritte stellen zumindest eine üble, unangemessene Behandlung dar. Ob darüber hinaus T körperliche Blessuren davongetragen hat, ist unklar. Die körperliche Misshandlung erfolgte auch kausal und objektiv zurechenbar durch eine Handlung des A.

b. § 224 I Nr. 2 StGB

A könnte die Körperverletzung zudem mittels gefährlichen Werkzeugs begangen haben. Hierunter ist ein beweglicher Gegenstand zu verstehen, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Benutzung konkret geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen (*Tröndle/Fischer*, 52. Aufl., § 224 Rn.9). Als derartiges kommt ein beschuhter Fuß in Betracht. Dabei müsste sich aber die Steigerung der Gefährlichkeit gerade aus der Beschaffenheit des Schuhs ergeben, nicht aus dem Tritt. Derartiges ist zwar auch bei einem Turnschuh möglich (BGH, NStZ 2003, 662), mangels entsprechender Angaben aber in dubio pro reo abzulehnen.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist aber, ob A nicht durch Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt ist.

a. Dies würde zunächst eine Notwehrlage voraussetzen, also einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff.

aa. Mit dem Festhalten des A durch T lag zumindest eine Nötigung oder ein Nötigungsversuch vor, der auch gegenwärtig war.

bb. Fraglich ist aber, ob dieser Angriff rechtswidrig war, oder ob T seinerseits gerechtfertigt war.

(1) Zugunsten des T könnte § 127 I StPO eingreifen. Hiernach ist jedermann zur vorläufigen Festnahme eines anderen berechtigt, wenn dieser auf frischer Tat betroffen oder verfolgt wird. Fraglich ist aber, ob eine entsprechende Tat vorlag, insoweit in dubio pro reo davon auszugehen ist, dass A keinen Betrugsversuch begangen hat. Nach einer Ansicht genügt indes der dringende Tatverdacht und damit, dass die erkennbaren äußeren Umstände einen dringenden Tatverdacht nahe legen. Wenn der Staat die Festnahmebefugnis an eine tatsächlich begangene Tat knüpfen würde, würde hierdurch die Gefahr eines jeden Festnehmenden bestehen, sich selbst strafbar zu machen, so dass das gewollte Festnahmerecht leer laufen würde. Zudem befindet es sich in der Strafprozessordnung und damit in einem Prozessgesetz, dass seine Befugnisse stets nur an einen Verdacht knüpfen kann, besteht eine Gewissheit doch erst mit rechtskräftiger Verurteilung (Vertreter sind OLG Hamm, NStZ 1998, 370, BayObLG, MDR 1986, 956, AG Grevenbroich, NJW 2002, 1060 (1061), *Roxin*, AT I, 3. Aufl., § 17 Rn.23 ff. und *Kargl*, NStZ 2000, 8 (10)). Hiergegen spricht jedoch, dass das Festnahmerecht nicht nur einen Eingriff in Grundrechte des Festgenommenen erlaubt, sondern auch ihm sein Notwehrrecht nimmt. Hierfür bedarf es eines Grundes, der nur in

einer tatsächlich begangenen Straftat liegen kann. Zudem besteht das von der Gegenansicht befürchtete Leerlaufen des Festnahmerechts nicht, da sich der irrig eine dringende Tat vorstellende Festnehmende wegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums nicht strafbar machen würde. Es ist daher davon auszugehen, dass die Tat tatsächlich begangen worden sein muss (So *Lackner/Kühl*, 24. Aufl., Vor § 32 Rn. 23, *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl., S. 398 und *Beulke*, Strafprozessrecht, 7. Aufl., Rn. 235). Da A einen Betrugsversuch in dubio pro reo nicht begangen hat, stand T kein Festnahmerecht nach § 127 I StPO zu.

(2) Dem T könnte aber ein Selbsthilferecht nach §§ 229, 230 III BGB zugestanden haben. Danach handelt derjenige nicht widerrechtlich, der zum Zweck der Selbsthilfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung eines Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde.

(a) Als durchzusetzender privatrechtlicher Anspruch kommt zunächst ein Vergütungsanspruch nach §§ 631 I, 632 I BGB in Betracht. Zwar haben A und T einen Werkvertrag über die Beförderung des A zum Bestimmungsort geschlossen, statt der üblichen Vergütung (§ 632 BGB) kann jedoch ein geringerer Preis vereinbart worden sein, so dass der Anspruch über 40 EUR nach § 631 I BGB wegen § 362 I BGB mit der Zahlung erloschen wäre. Verlangt nämlich der Unternehmer die übliche Vergütung und damit mehr als eine angebliche Vereinbarung, so trägt er für den ihn günstigen Umstand des Nichtvorliegens einer besonderen Vereinbarung die Beweislast (BGH, NJW-RR 1996, 952). Da er dies nicht beweisen kann, scheidet ein Anspruch aus §§ 631 I, 632 I BGB aus.

(b) Ein Anspruch könnte sich in Gestalt eines Auskunftsanspruchs aus § 242 BGB ergeben. So besteht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ein Anspruch auf Auskunft, wenn der Berechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und er sich die zur Vorbereitung und Durchsetzung seines Anspruchs notwendigen Auskünfte nicht auf zumutbare Weise selbst beschaffen kann, während der verpflichtete sie unschwer, d.h. ohne unbillig belastet zu sein, zu geben vermag (BGHZ 81, 21 (24), BGHZ 126, 109 (113) und BGH, NJW 2003, 582). A und T befanden sich im Streit um eine Forderung. Dieser konnte nur gerichtlich geklärt und T damit die Möglichkeit gegeben werden, seine mögliche Forderung durchzusetzen, wenn ihm die Personalien des A bekannt waren. Diese herauszugeben waren für A auch einfach durchführbar, so dass T ein Auskunftsanspruch nach § 242 BGB zuzubilligen ist. Würde man dies nicht tun, „hätte der Fahrgast unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten im Streitfall jederzeit die Möglichkeit, ohne Nennung irgendwelcher Personalien das Fahrzeug zu verlassen und hierdurch dem Taxifahrer jegliche Durchsetzung seiner [vermeintlichen] Ansprüche unmöglich zu machen“ (AG Grevenbroich, NJW 2002, 1060 (1062)).

(c) Da A zu flüchten drohte, war es für T auch unmöglich, staatliche Hilfe rechtzeitig zu erlangen.

(d) Fraglich ist aber, ob eine Anspruchsgefährdung daraus abgeleitet werden kann, dass T die Personalien des A nicht kannte. Betrachtet man § 230 III BGB, so stellt dieser vom Wortlaut her eine Verknüpfung zu den Voraussetzungen des Sicherheitsarrests (§§ 917 f. ZPO) her, so dass man annehmen könnte, das Selbsthilferecht dürfe nur ausgeübt werden, wenn die Gefahr bestünde, durch eine drohende Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners den Anspruch nicht durchsetzen zu können. Eine derartige Einschränkung würde das Selbsthilferecht aber weitgehend leer laufen lassen, so dass bereits die Gefahr, ein Erkenntnisverfahren nicht durchführen zu können, da die Personalien unbekannt sind, ausreichen muss (BayObLG, NStZ 1991, 133 (134) und OLG Düsseldorf, NStZ 1991, 599 (600)). So lag es hier.

(e) Aus § 230 I StGB folgt, dass eine Selbsthilfehandlung (wie eine Notwehrhandlung) erforderlich gewesen, also geeignet sowie das mildeste, in die Rechte des Festgenommenen am wenigsten eingreifende Mittel gewesen sein muss. Für T bestanden angesichts der Flucht des A keinerlei andere Mittel, als A festzuhalten, um an die Personalien zu gelangen.

(f) Wie § 127 StPO setzt auch ein Festnahmerecht nach §§ 229, 230 III BGB voraus, dass die Selbsthilfehandlung nicht unverhältnismäßig war, insoweit die bürgerlich-rechtlichen Festnahmebefugnisse nicht weiter reichen können als die strafprozessualen. An der Verhältnismäßigkeit des Festhaltens ist aber nicht zu zweifeln.

(g) T handelte zudem mit dem notwendigen Selbsthilfewillen.

(h) T ist somit nach §§ 229, 230 III BGB gerechtfertigt gewesen.

b. Der Angriff des T auf A war damit nicht rechtswidrig, so dass zugunsten des A keine

Notwehrlage vorlag und A rechtswidrig handelte.

4. Schuld

Mangels Entschuldigungsgründen geschah die Tat zudem schuldhaft.

5. Ergebnis

A hat sich damit nach § 223 I StGB zu Lasten des T strafbar gemacht.

V. Strafbarkeit nach § 223 I StGB zu Lasten des C

Indem A den C durch einen Boxhieb niederstreckte, kann er sich nach § 223 I StGB zu Lasten des C strafbar gemacht haben. Mit dem Boxhieb hat A den C übel und unangemessen behandelt und damit körperlich misshandelt. Dies geschah vorsätzlich. Eingreifen könnte jedoch auch hier § 32 StGB, insoweit im Verhalten des C eine Nötigung erblickt werden könnte und damit ein gegenwärtiger Angriff. Dieser müsste aber auch rechtswidrig gewesen sein. C als Polizist steht das Festnahmerecht nach § 127 I StPO gleichermaßen zu, so dass es auf eine frische Tat des A ankommt, die diesmal jedoch mit der Körperverletzung zu Lasten des T gegeben ist. Mangels Notwehrlage handelte A somit rechtswidrig. Da die Tat auch schuldhaft erfolgte, hat A sich nach § 223 I StGB zu Lasten des C strafbar gemacht.

VI. Strafbarkeit nach § 113 I StGB

Mit dem Schlag gegen den Polizeibeamten C könnte sich A sogar nach § 113 I StGB strafbar gemacht haben. Zwar war C als Polizist ein Vollstreckungsbeamter, der mit der Festnahme einer verdächtigen Person gerade eine Vollstreckungshandlung vornahm, gegen die A mit dem Boxhieb Widerstand leistete, der zur Erschwerung der Vollstreckungshandlung geeignet war. Dies müsste aber auch vorsätzlich erfolgt sein. Vorsatz ist das Wissen um die Elemente des objektiven Tatbestandes und der Wille, diesen zu verwirklichen. Angesichts des Nachtmantels des C konnte A jedoch davon ausgehen, dass die Warnung, C sei Polizist, nicht ernst gemeint sei, so dass ein Tatbestandsirrtum hinsichtlich der Eigenschaft des C als Vollstreckungsbeamter nach § 16 I StGB nicht auszuschließen ist. Eine Strafbarkeit nach § 113 I StGB scheidet somit aus.

VII. Konkurrenzen

Insoweit die Körperverletzungen durch verschiedene Handlungen erfolgt sind und eine natürliche Handlungseinheit wegen der Höchstpersönlichkeit der betroffenen Rechtsgüter ausscheidet, stehen beide Taten in Tatmehrheit (§ 53 StGB).

3. Handlungsabschnitt: Der besorgte Liebhaber

Strafbarkeit des A nach § 212 I StGB

Indem A zweimal auf L mit dem Messer einsticht und dieser kurze Zeit später verstarb, kann A sich nach § 212 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Mit dem Zusteichen hat A kausal und objektiv zurechenbar den Tod des L herbeigeführt.

2. Subjektiver Tatbestand

Dies geschah vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist aber, ob A nicht wegen Notwehr gerechtfertigt war.

a. Dies setzt zunächst eine Notwehrlage und damit einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von Seiten des L voraus. Ein derartiger könnte darin liegen, dass L auf den körperlich unterlegenen A eingeschlagen und somit eine vorsätzliche Körperverletzung gegenüber A *verübt hat*. *Diese war auch gegenwärtig. Fraglich ist aber, ob sie auch rechtswidrig war.*

So könnte L wegen Nothilfe gerechtfertigt gewesen sein. Hierzu müsste aber ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff des A gegenüber der E bestanden haben, der tatsächlich nicht vorlag. Aufgrund der Schreie der E und dem Messer des A nahm L aber an, ein gegenwärtiger Angriff gegen die E bestünde oder bestünde zumindest unmittelbar bevor. Er stellte sich damit Tatsachen vor, die, wenn sie vorgelegen hätten, ihn möglicherweise gerechtfertigt hätten. So ging er von einer Nothilfelage aus. Diese hätte ihn dazu berechtigt, erforderliche Verteidigungsmaßnahmen gegen den A zu ergreifen. Erforderlich ist eine Verteidigungshandlung, wenn sie von den gleich geeigneten Mitteln dasjenige ist, das in die Rechte des Angreifers am geringsten eingreift. So könnte man

annehmen, dass vor einem körperlichen Angriff gegenüber dem körperlich unterlegenen L der L mit Worten hätte versuchen müssen, den A von der E abzubringen. Ob dies angesichts des Messers in Händen des A aber gleich geeignet gewesen und A hierauf eingegangen wäre ist genauso unklar wie ob sich hierdurch ein Zorn des A gegenüber der E nicht verstärkt und ihre Situation damit verschlimmert hätte. Im Zweifel ist daher davon auszugehen, dass der körperliche Angriff des L ein erforderliches Verteidigungsmittel gewesen wäre, L bei tatsächlichem Vorliegen der von ihm vorgestellten Tatumstände also wegen Nothilfe gerechtfertigt gewesen wäre.

Damit stellt sich die Frage, wie der Irrtum des L, ein Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes (sog. Erlaubnistatbestandsirrtum) rechtlich zu bewerten ist.

Nach der so genannten Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen besteht die Deliktsprüfung mit Unrecht und Schuld in einem Zweischritt, bei dem die fehlende Rechtswidrigkeit als Tatbestandsmerkmal angesehen wird, so dass bei einem Irrtum hierüber § 16 I StGB direkt anzuwenden sei (*Otto*, AT, 7. Aufl., § 5 Rn. 27 f., *Engisch*, ZStW 70 (1958), 566 (583 ff.) und *Lange*, JZ 1953, 9 (13)). Hiergegen spricht aber, dass das Gesetz selbst die Rechtswidrigkeit als eigenständige Deliktskategorie erwähnt (so z.B. § 32 StGB). Diese Sichtweise wird heute daher nicht mehr vertretbar sein.

Andere vertreten eine so genannte strenge Schuldtheorie, bei der sie jeden Irrtum über das Unrecht als Verbotsirrtum nach § 17 StGB ansieht (so *LK/Schroeder*, 11. Aufl., § 16 Rn. 52). „Streng“ heißt sie deshalb, weil sie keine Ausnahme davon zulässt, dass fehlendes Unrechtsbewusstsein eine Frage der Schuld darstellt. Nimmt man den Wortlaut des § 17 StGB ernst, so ist tatsächlich nicht daran zu zweifeln, dass L die Einsicht in das Unrecht seiner Tat fehlte. Auf der anderen Seite ist § 17 StGB aber geprägt durch einen Irrtum über rechtliche Wertungen, während § 16 StGB einen Irrtum über Tatsachen kodifiziert, über die L vorliegend auch irrte. Hinzu kommt, dass L eher Nachlässigkeit in der Weise vorgeworfen werden kann, nicht erkannt zu haben, dass tatsächlich keine Rechtfertigungslage vorgelegen hat, nicht aber einen bewussten Verstoß gegen die Rechtsordnung, will er doch nicht gegen die Rechtsordnung verstoßen.

Es liegt somit näher, den Irrtum analog § 16 I StGB im Sinne der eingeschränkten Schuldtheorie zu werten (so *Roxin*, AT I, 3. Aufl., § 14 Rn. 62, *Sch/Schr/Lenckner*, 26. Aufl., Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 19 und *Scheffler*, MüKo-StGB/*Joecks*, § 16 Rn. 92 und *Scheffler*, Jura 1993, 617 (618 f.)). Dies hätte zur Folge, dass L unvorsätzlich gehandelt hätte und allenfalls eine fahrlässige Körperverletzung hätte begehen können. Dies Rechtsfolge einer analogen Anwendung des § 16 I StGB ist aber Bedenken ausgesetzt. So hätte dies nicht nur zur Folge, dass der von einem sich im Erlaubnistatbestandsirrtum befindlichen Angegriffene einerseits das Notwehrrecht genommen wäre und andererseits eine Teilnahme an der Tat nicht möglich wäre, da eine solche eine tatbestandsmäßig-vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat verlangen würde. Aus Sachgerechtigkeitserwägungen spricht damit mehr dafür, die Rechtsfolge der analogen Anwendung des § 16 I StGB in einer Verneinung des Schuldvorsatzes zu sehen (sog. rechtsfolgenverweisende, eingeschränkte Schuldtheorie (*Wessels/Beulke*, AT, 34. Aufl., Rn. 479, *Tröndle/Fischer*, 52. Aufl., § 16 Rn. 26 f. und *Maurach/Zipf*, AT 1, 8. Aufl., § 37 Rn. 23)). Wendet man diese an, so handelte L zwar schuldlos, hat aber eine vorsätzliche und rechtswidrige Körperverletzung begangen, so dass für A eine Notwehrlage vorlag.

b. A müsste zudem eine erforderliche Verteidigungshandlung vorgenommen haben. Dies wäre nur dann der Fall, wenn ein milderer, gleich geeignetes Mittel vorgelegen hätte. Nachdem leichte Kratzer den L nicht von seinem Angriff abhalten konnten, versprachen Stiche in Arme oder Beine nicht eine endgültige Abwehr, so dass von einer erforderlichen Verteidigungshandlung auszugehen ist.

c. Fraglich ist aber, ob die Notwehrhandlung auch geboten war. Unter der Gebotenheit werden die rechtsethischen Einschränkungen des Notwehrrechts verstanden, bei denen eine Ausübung des Notwehrrechts einen Rechtsmissbrauch darstellen würde. Anerkannt ist hierbei die Fallgruppe des Angriffs durch einen erkennbar schuldlos Handelnden. Dieser Kategorie nahe kommt die vorliegende, bei der der Angreifer sich in einem erkennbaren Erlaubnistatbestandsirrtum, der ihn schuldlos handeln ließ, befand. Eine Einschränkung des Notwehrrechts ist daher gleichermaßen auf den Dreischritt ausweichen-Schutzwehr-Trutzwehr gegeben (vgl. BSGE 84, 54 (58 f.)). Nachdem ein Ausweichen nicht möglich war, war A somit verpflichtet, sich erst nur zu verteidigen, was er auch versuchte, aber keinen Erfolg versprach. Erst dann ist er zum Angriff übergegangen. Es spricht

daher einiges dafür, ein Handeln in Notwehr zu bejahen. Demgegenüber von A zu verlangen, vor einem Angriff mit Worten den Irrtum aufzuklären (so das BSGE 84, 54 (59 f.)), erscheint angesichts der aufgeheizten Situation und den ständigen Schlägen durch L dem A nicht zumutbar.

d. A ist folglich nach § 32 StGB gerechtfertigt.

4. Ergebnis

A hat sich damit nicht nach § 212 I StGB strafbar gemacht.

Frage 2:

Nach § 56 II StGB ist die Verhängung einer Bewährungsstrafe nur möglich, wenn bei einer Gesamtwürdigung der persönlichen Umstände, die hier zugunsten der E als positiv zu unterstellen ist, die zu verhängende Freiheitsstrafe zwei Jahre nicht übersteigt. Da Grundlage für die Strafzumessung nach § 46 I 1 StGB die Schuld des Täters ist, kommt es darauf an, wessen E sich schuldig gemacht hat.

A. Strafbarkeit der E

I. Strafbarkeit nach § 212 I StGB

Indem E auf A einstieß und dieser verstarb, kann sie sich nach § 212 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Bereits mit dem ersten Stich hat E einen Kausalverlauf in Gang gesetzt, der dazu führte, dass sie A im Zustand verminderter Schuldfähigkeit erstach.

2. Subjektiver Tatbestand

Fraglich ist aber, ob sie dies vorsätzlich tat. Vorsatz ist das Wissen um die Elemente des objektiven Tatbestandes und der Wille, diesen zu verwirklichen. Der Vorsatz muss sich hierbei auch auf den Kausalverlauf beziehen. Fehlen würde er bei einer wesentlichen Abweichung vom Kausalverlauf, wenn es also außerhalb jeglicher Lebenswahrscheinlichkeit ist, beim Zustechen in einen „Rausch“ zu geraten, auf den gehassten Menschen weiter einzustechen oder wenn dieser abweichend Sachverhalt eine andere rechtliche Bewertung rechtfertigen würde. Angesichts der menschlichen Natur und der Stärke von Rachegefühlen ist es nicht als ungewöhnlich und außerhalb jeglicher Lebenswahrscheinlichkeit anzusehen, in einen Affekt zu geraten und immer weiter auf das Opfer einzustechen. Einzig eine andere rechtliche Bewertung könnte einen fehlenden Vorsatz rechtfertigen. Nach § 16 I StGB muss der Täter bei Begehung der Tat den notwendigen Vorsatz haben, gemäß § 9 I StGB also zu der Zeit, zu der er gehandelt hat. Insoweit bloße Vorbereitungshandlungen eine Strafbarkeit nicht zu begründen vermögen, kommt es darauf an, ob E zum Zeitpunkt des ersten Stoßes bereits unmittelbar zur Tötung angesetzt hat (vgl. BGH, NJW 2002, 1057 und BGH, NStZ 2002, 475). Dies ist dann der Fall, wenn sie eine Handlung vorgenommen hat, die bei ungehindertem Geschehensablauf unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmündet. Dies ist vorliegend nach allen hierzu vertretenen Abgrenzungskriterien (Zwischenaktstheorie, Krisentheorie, Gefährdungstheorie, Sphärentheorie) zu bejahen, wollte E den A doch bereits mit dem ersten Stoß töten. E handelte folglich vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist, ob die Tat rechtswidrig geschah.

a. Zugunsten der E könnte zunächst der Rechtfertigungsgrund der Notwehr eingreifen. Dies setzt eine Notwehrlage und damit einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff voraus. Mit den ständigen Schlägen verübte A Angriffe gegen die E. Fraglich ist aber, ob auch ein konkret gegenwärtiger Angriff vorlag. Gegenwärtig ist ein Angriff, wenn er unmittelbar bevorsteht, bereits begonnen hat oder noch fort dauert. A lag schlafend in seinem Bett, so dass zum Zeitpunkt der Tat kein Angriff von ihm gegen E ausging. Dies wäre einzig dann anders, wenn man die ständigen Schlägereien, von denen weitere drohten, im Sinne einer Dauer Gefahr unter den Begriff des Angriffs subsumieren könnte. Das Notwehrrecht als Garant der Rechtsbewahrung, das erhebliche Eingriffsbefugnisse gewährt, muss jedoch schneidig bleiben, so dass eine eher restriktive als extensive Auslegung des Angriffs-Begriffs geboten ist. In der Literatur wird zwar teilweise noch diskutiert, in Fällen des Dauerangriffs eine „notwehrähnliche Lage“ in Analogie zu § 32 StGB anzunehmen (so *Suppert*, Studien zur Notwehr und zur „notwehrähnlichen Lage“, S. 356 ff.). Eine Analogie erfordert jedoch eine planwidrige Regelungslücke. An einer derartigen fehlt es vor dem Hintergrund des § 34 StGB, deren Gefahrbegriff umfassender als jener des gegenwärtigen Angriffs ist (ablehnend daher zu

Recht: *Roxin*, AT I, 3. Aufl., § 15 Rn. 27, *Kühl*, AT, 4. Aufl., § 7 Rn. 42, *Otto*, Jura 1999, 552, *Wölfl*, Jura 2000, 231 (233) und *Sch/Schr/Lenckner/Perron*, 26. Aufl., § 32 Rn. 17). Eine Notwehr scheidet somit aus.

b. E kann daher einzig nach § 34 StGB gerechtfertigt sein. Hierfür ist eine Gefahr notwendig, die auch in einer Dauergefahr liegen kann (*Sch/Schr/Lenckner/Perron*, 26. Aufl., § 34 Rn. 17). Diese war zwar auch gegenwärtig, da weiterhin Übergriffe in der nächsten Zeit drohten. Sie müsste aber auch nicht anders abwendbar gewesen sein als durch die Tötung des A. Hieran bestehen jedoch erhebliche Zweifel, insoweit der Staat nicht erst mit der Möglichkeiten der Verweisung eines gewalttätigen Ehemannes aus der Wohnung (vgl. § 29a ASOG) und sonstigen staatlichen Einrichtungen Hilfschancen geschaffen hat, die E mit einer Verständigung der Stellen – auch nach einer Flucht beim schlafenden A – hätte in Anspruch nehmen können. Die sofortige Tötung war somit anders abwendbar. Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB scheidet aus.

c. Die Tat geschah somit rechtswidrig.

4. Schuld

Fraglich ist einzig, ob E auch schuldhaft handelte.

a. Zweifel bestehen zunächst dahin, ob E überhaupt voll schuldfähig war oder nicht eingeschränkt schuldfähig. Zwar war E zum Zeitpunkt des entscheidenden Stiches nach den Sachverständigenangaben im Zustand des § 21 StGB. Der strafrechtliche Vorwurf knüpft jedoch an den ersten Stich an, der kausal und objektiv zurechenbar zum tödlichen Stich und damit zum Tode führte. Durch diese zulässige Vorverlagerung des Vorwurfs (vgl. BGH, NStZ 2003, 535 f.) befand sich E im Zustand voller Schuldfähigkeit.

b. E könnte jedoch nach § 35 I StGB entschuldigt gehandelt haben. Dieser setzt aber ebenso wie § 34 StGB eine „nicht anders abwendbare“ Gefahr voraus, so dass einzig eine Entschuldigung nach § 35 II StGB in Betracht kommt. Dies wäre dann der Fall, wenn sie irrig Umstände annahm, die sie entschuldigen würden, wobei der Irrtum unvermeidbar war. In diesem Sinne nahm die E zwar an, dass ihr keine andere Möglichkeit offen stand, um sich von A zu befreien. An die Vermeidbarkeit des Irrtums werden aber strenge Anforderungen gestellt. So wird insbesondere verlangt, dass in Zweifelsfällen fachkundiger Rat eingeholt wird (*Sch/Schr/Cramer/Sternberg-Lieben*, 26. Aufl., § 17 Rn. 18). Zwar könnte man annehmen, dass E aufgrund ihrer seelischen Verfassung ihre Möglichkeiten nicht mehr realistisch einzuschätzen vermochte. Dass dies aber zu einem völligen Verlust der Einsichtsfähigkeit führte, ist mangels gegenteiliger Anzeichen abwegig. Durch entsprechende Erkundigungen hätten sie die ihr zur Verfügung stehenden rechtlichen Möglichkeiten erfahren und den Irrtum so vermeiden können. Eine Entschuldigung nach § 35 II 1 StGB scheidet folglich aus. Sie handelte damit schuldhaft; ihre Strafe ist aber obligatorisch zu mildern.

5. Ergebnis

E hat sich damit nach § 212 I StGB strafbar gemacht; ihre Strafe ist nach §§ 35 II 2, 49 StGB zu mildern.

II. Strafbarkeit nach §§ 212 I, 211 StGB

Indem E auf den A einstieß, kann sie sich sogar nach §§ 212 I, 211 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Dies setzt neben dem Vorliegen des Tatbestandes des Totschlags die Einschlägigkeit eines Mordmerkmals voraus. Eine grausame Tötung angesichts der vielen Stiche erscheint hierbei als abwegig, insoweit es E nicht darum ging, A über die Tötung hinausgehende, besondere Leiden zuzufügen. In Betracht kommt damit einzig Heimtücke.

Heimtücke ist die bewusste Ausnutzung der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit des Opfers. Arglos ist, wer sich im Zeitpunkt der Tat keines Angriffs auf seinen Körper von Seiten des Täters versieht (BGHSt 32, 383 (384) und BGHSt 41, 72 (79)). Im Gegensatz zu bewusstlosen Personen können schlafende Personen ihre Arglosigkeit mit in den Schlaf nehmen (*Sch/Schr/Eser*, 26. Aufl., § 211 Rn. 24; krit. zur Differenzierung neuerdings *Kargl*, Jura 2004, 189 (190 f.)). Eine Arglosigkeit des A ist folglich zu bejahen. Aufgrund dessen versah sich A auch nicht eines Angriffs durch die E, war also wehrlos, was von E bewusst ausgenutzt wurde. Fraglich ist aber, ob dies ausreicht. Mord zieht mit lebenslanger Freiheitsstrafe eine absolute Strafe nach sich, so dass aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten eine restriktive Auslegung der Mordmerkmale geboten ist (BVerfGE 45, 187 ff.). Dem wird bei der Heimtücke in der Weise nachgekommen, dass die

Rechtsprechung ein Vorgehen in feindlicher Willensrichtung fordert (BGHSt (GS) 9, 390 (394), BGHSt (GS) 30, 105 (115 f.)), die zu bejahen wäre, während im Schrifttum ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch als zusätzliches Kriterium gefordert wird (*Otto*, BT, 6. Aufl., § 4 Rn. 25 und *Jakobs*, JZ 1984, 996 (997)). Gegen letzteres spricht aber, dass hierdurch der typische Fall des Meuchelmörders gerade nicht mehr unter die Heimtücke fallen würde, eine Bevorteilung gegenüber Taten innerhalb der Familie, für die keine Rechtfertigung ersichtlich ist. Gerade diese Taten sind eher strafwürdiger als jene, die mit besonderer Emotionalität geprägt sind, wie auch der vorliegende Fall verdeutlicht. Schließlich ist auch eine zusätzliche besondere Verwerflichkeit als zu unbestimmtes Kriterium abzulehnen, so dass E heimtückisch tötete.

2. Subjektiver Tatbestand

Neben dem Tötungsvorsatz muss E den Vorsatz gehabt haben, heimtückisch zu töten. Dies setzt voraus, dass sie die Arg- und Wehrlosigkeit des A kannte und diese bewusst ausnutzen wollte, wofür es genügt, dass ihr als Täterin bewusst war, dass sich das Opfer in einer hilflosen Lage befand und sie so einen schutzlosen Menschen mit einem Angriff überraschen würde (BGH, NStZ-RR 2000, 166 f.). Hierbei steht jede affektive Erregung der Annahme eines Ausnutzungsbewusstseins entgegen. Es kommt jedoch nicht auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 21 StGB an, sondern darauf, ob und gegebenenfalls welche tatsächlichen Auswirkungen die affektive Erregung auf die Erkenntnisfähigkeit des Täters in der Tatsituation und auf das Bewusstsein hatte (BGH, NStZ-RR 2000, 166 f.). Insoweit die E erst nach dem ersten Stich in den Zustand der affektiven Erregung geriet, der Strafbarkeitsvorwurf aber an den ersten Stich anknüpft, steht die spätere Erregung dem Ausnutzungsbewusstsein nicht entgegen. E handelte somit auch mit dem nötigen Vorsatz bezüglich der heimtückischen Tötung.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

E handelte – woran sich nichts ändert – rechtswidrig und schuldhaft, ihre Strafe ist aber über §§ 35 II 2, 49 StGB zu mildern.

4. Ergebnis

A hat sich damit sogar eines Mordes schuldig gemacht.

III. Konkurrenzen und Ergebnis

Der Mord verdrängt den Totschlag im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Spezialität). E hat sich damit nach § 211 StGB strafbar gemacht.

B. Strafe

Die Strafe des § 211 StGB ist grundsätzlich lebenslange Freiheitsstrafe. Die Strafe ist jedoch nach §§ 35 II 2, 49 I Nr.1 StGB zu mildern mit der Folge, dass an die Stelle lebenslanger Freiheitsstrafe eine Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahre tritt. Die Verhängung einer Bewährungsstrafe wäre hiernach ausgeschlossen.

Man könnte jedoch aufgrund der Absolutheit der Strafe in Ausnahmesituationen für den Täter eine (weitere) Milderung analog § 49 StGB vornehmen mit der Folge eines Strafrahmens von 6 Monaten Freiheitsstrafe bis zu 11 Jahren und 3 Monaten (sog. Rechtsfolgenlösung: BGHSt (GS) 30, 105 (120), BGH, NStZ 1995, 231 und jüngst BGH, NStZ-RR 2004, 294). Hiermit setzte sich die Rechtsprechung jedoch über die gesetzlichen Anforderungen des § 49 StGB hinweg und schuf neues Recht durch eine „richterliche Rechtsschöpfung“, die ihr nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung nicht zusteht. Für den Fall einer anderweitigen Strafmilderung hat die Rechtsprechung nun zumindest anerkannt, dass diese der Rechtsfolgenlösung vorgeht, die dann nicht auch noch zur Anwendung kommen könne (BGHSt. 48, 255). Die Verhängung einer Bewährungsstrafe bleibt damit ausgeschlossen.