

## Klausur: Der reuige Sünder

A, ein arbeitsloser Sanitäter, plant, nach Ladenschluss in ein Juweliergeschäft einzudringen und Wachen mit der Faust niederzuschlagen. Um dies zu ermöglichen, geht A einige Tage vorher als Kunde in das Geschäft, schaut sich verschiedene Ringe und Ketten (sowie die defekte Sicherheitselektronik) an und lässt dabei geschickt ein herumliegendes Schlüsselbund des Ladeninhabers in seine Jackentasche gleiten. Freudig zeigt er dieses seinem Freund B und erzählt von seinem Plan. B rät ihm, zur Vorsicht lieber noch einen Totschläger mitzunehmen, um etwaige Wachen durch einen gezielten Schlag auf den Hinterkopf sogar für immer beseitigen zu können.

Mit den Schlüsseln – dessen Verlust noch nicht bemerkt worden war – gelangt A ohne Mühen in den Laden und wendet sich sogleich den Auslagen zu. Dann bemerkt er den mit dem Rücken zu ihm stehenden Mitarbeiter M, der gerade die letzten Abrechnungen fertigt. Um in Ruhe die Vitrinen ausräumen zu können, schlägt A dem M mit dem Totschläger kräftig auf den Hinterkopf, wobei er den Tod des M billigend in Kauf nimmt. Als M bewusstlos zu Boden sinkt und aus dem Hinterkopf schwer blutet, besinnt sich A der möglichen Folgen seines Tuns. Er überlegt zunächst, ob er aus dem im Laden vorhandenen Erste-Hilfe-Kasten Verbandsmaterial holen und die Wunde versorgen sollte. Er nimmt dann aber hiervon Abstand und verlässt einfach nur ohne die Mitnahme von Schmuck das Geschäft. Draußen verständigt er mit seinem Handy die Polizei und teilte mit, dass im Geschäft ein tödlich Verletzter liege.

Die eintreffende Polizei und Feuerwehr schafft M ins Krankenhaus, wo er durch eine eilige Notoperation gerade noch gerettet werden kann.

Strafbarkeit von A und B? Etwaig erforderliche Strafanträge sind gestellt.

### Lösung:

#### **Strafbarkeit von A**

##### **A. Erster Handlungsabschnitt: Erlangung der Schlüssel**

##### **§ 242 I StGB**

Indem A die Schlüssel in seine Jackentasche gleiten ließ, kann er sich nach § 242 I StGB strafbar gemacht haben.

##### **1. Objektiver Tatbestand**

Hierzu müsste A die Schlüssel, für ihn fremde, bewegliche Sachen, weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsam (vgl. nur Sch/Schr/Eser, 26. Aufl., § 242 Rn. 22).

Gewahrsam ist das von einem Herrschaftswillen getragene, tatsächliche Herrschaftsverhältnis über eine Sache (BGHSt 8, 273 (274 f.) und BGHSt. 16, 271 (273)). Dieses ist gebrochen, wenn es gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers aufgehoben wird (vgl. Sch/Schr/Eser, 26. Aufl., § 242 Rn. 35). A hat die Schlüssel in seine Jacke gesteckt. Bereits hiermit könnte er ein eigenes Herrschaftsverhältnis begründet und den Ladeninhaber von seiner Sachherrschaft ausgeschlossen, dessen Gewahrsam also gebrochen haben. Zwar befand sich A noch immer im Juwelierladen und damit in der grundsätzlichen Gewahrsamssphäre des Ladeninhabers. Fraglich ist aber, ob dieser seinen Gewahrsam noch immer ohne Behinderungen ausüben konnte. Hierfür ist die Verkehrsanschauung maßgeblich. Aus dieser ergibt sich, dass der Inhalt einer Jackentasche zur persönlichen, engen Körpersphäre des A gehört, so dass diesem der Gewahrsam zuzuschreiben ist. Indem A die Schlüssel einsteckte, hat er damit das Gewahrsamsverhältnis des Ladeninhabers zu den Schlüsseln zerstört (vgl. zu dieser Problematik BGHSt 16, 271 (273 ff.) und BGHSt. 41, 198 (205 f.)). Da dies auch gegen den Willen des Ladeninhabers erfolgte, hat A die Schlüssel auch weggenommen.

## **2. Subjektiver Tatbestand**

A handelte vorsätzlich sowie in der Absicht, sich die Schlüssel zuzueignen.

## **3. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Mangels Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen geschah die Tat rechtswidrig und schuldhaft.

## **4. Ergebnis**

A hat sich damit durch die Erlangung der Schlüssel nach § 242 I StGB strafbar gemacht.

## **B. Zweiter Handlungsabschnitt: Der Überfall**

### **I. §§ 212 I, 211, 22 StGB**

Indem A dem M mit dem Todschläger auf den Hinterkopf geschlagen hat, kann er sich eines versuchten Mordes, der nach §§ 23 I, 12 I StGB strafbar ist, schuldig gemacht haben.

#### **1. Tatentschluss**

a) Hierzu müsste A zunächst Tatentschluss und damit Vorsatz bezüglich aller Elemente des objektiven Tatbestandes gehabt haben. Hierbei kommt einzig *dolus eventualis* in Betracht. Nachdem nur ein sachgerechtes Zusammenspiel von Wissens- und Wollenskomponente der Komplexität des Problems gerecht werden kann, sind die Möglichkeits- und Gleichgültigkeitslösungen abzulehnen und darauf abzustellen, ob der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt und damit in der Weise einverstanden ist, dass er die Tatbestandsverwirklichung billigend in Kauf nimmt oder sich um des erstrebten Zieles willen wenigstens mit ihr abfindet, mag ihm auch der Erfolgseintritt an sich unerwünscht sein“ (BGHSt 36, 1 (9)) bzw. er die Möglichkeit des Erfolges erkennt und die Gefahr für das betroffene Rechtsgut ernst nimmt, aber dennoch handelt (sog. Ernstnahmetheorie, vgl. *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl., S. 299 und *Roxin*, AT I, 3. Aufl., § 12 Rn. 21 ff.). Nachdem A den Tod billigend in Kauf genommen hat, handelte er folglich mit *dolus eventualis* und damit Tatentschluss bezogen auf den Tod des M.

b) Zudem könnte A Vorsatz bezüglich eines Mordmerkmals gehabt haben.

aa) In Betracht kommt hier zunächst der Vorsatz auf eine heimtückische Begehung. Heimtücke ist die bewusste Ausnutzung der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit des Opfers. Arglos ist, wer sich zum Zeitpunkt der Tat keines Angriffs von Seiten des Täters versieht (vgl. *Lackner/Kühl*, 25. Aufl., § 211 Rn. 7) und wehrlos, wer infolge seiner Arglosigkeit in seiner natürlichen Abwehrbereitschaft und –fähigkeit eingeschränkt ist (*Lackner/Kühl*, 25. Aufl., § 211 Rn. 8). M prüfte gerade die Bücher und versah sich keines Angriffs auf seinen Körper, war also arglos; auf dieser Arglosigkeit beruhte zugleich seine Wehrlosigkeit gegenüber dem Schlag des A. Da A diese Umstände bewusst waren und er sie wollte, hatte er dem reinen Wortlaut nach Tatentschluss bezogen auf eine heimtückische Tötung.

Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass Mord mit lebenslanger Freiheitsstrafe eine absolute Strafandrohung enthält, 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) und BGHSt (GS) 30, 105 (115 f.)), die zu bejahren 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. A handelte in feindlicher Willensrichtung und hatte damit Tatentschluss auf eine heimtückische Tötung.

**bb)** Zudem könnte A mit Habgier gehandelt haben. Habgier ist ein Gewinnstreben um jeden Preis, selbst um den eines Menschenlebens (vgl. Sch/Schr/Eser, 26. Aufl., § 211 Rn. 17). A ging es darum, den M aus dem Weg zu räumen, um in Ruhe die Vitrinen ausräumen zu können, so dass er zur Erlangung von wirtschaftlichen Werten den Tod des M in Kauf nahm. Er erfüllte somit das Mordmerkmal der Habgier.

**cc)** Darüber hinaus könnte A mit Ermöglichungsabsicht gehandelt haben. Mit Ermöglichungsabsicht handelt, wer durch die Tatbegehung die Ermöglichung einer anderen Straftat ermöglichen will (vgl. Tröndle/Fischer, 52. Aufl., § 211 Rn. 27). Dies könnte man annehmen, wollte A den M doch nur umbringen, um danach in Ruhe die Vitrinen ausräumen zu können. Sieht man das gesteigerte Unrecht jedoch zu Recht darin, dass die Tötung eines Menschen als Mittel zur Begehung weiteren kriminellen Unrechts dient (Sch/Schr/Eser, 26. Aufl., § 211 Rn. 31), so kommen Zweifel auf, ob der Eventualvorsatz bezogen auf die Tötung einer Ermöglichungsabsicht entgegensteht oder nicht. Dies wäre dann der Fall, wenn der Tod des anderen Menschen das Mittel zur Ermöglichung sein müsste, so dass die bewusste Einsetzung des Mittels und damit des Todes bedeuten würde, dass zielgerichtetes Handeln auch bezüglich des Todes erfolgte, bloßer Eventualvorsatz also nicht ausreichen würde. Auf der anderen Seite kann der Gesetzeswortlaut aber auch so gedeutet werden, dass die Tötungshandlung das Mittel der Ermöglichung ist. Dann müsste nur die Handlung zielgerichtet ausgeführt werden, bezüglich des Todeserfolges der Handlung könnte Eventualvorsatz ausreichen. Nachdem sich der Vorsatz auf die Handlungsvornahme bezieht mit dem Erfolg als (Handlungs-)Nebenfolge spricht mehr dafür, im letzteren Sinne vorzugehen, also das Ermöglichungsmittel nur die Tötungshandlung anzusehen. Trotz Eventualvorsatz bezüglich der Tötung ist daher eine Ermöglichungsabsicht denkbar (so im Ergebnis auch BGHSt 23, 176 (194) und BGHSt 39, 159 (160 f.)).

Allerdings müsste sich die Ermöglichungsabsicht auf eine „andere“ Straftat beziehen, also eine Tat, zu der eine deutliche zeitliche Zäsur besteht (vgl. nur Sch/Schr/Eser, 26. Aufl., § 211 Rn. 32a). Da die Tötungshandlung aber mit der Gewalthandlung des Raubes identisch ist, geht es nicht um eine andere Tat, so dass Ermöglichungsabsicht ausscheiden muss.

## **2. Unmittelbares Ansetzen**

Mit dem Schlag hat A auch unmittelbar zur Tötung angesetzt.

## **3. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Mangels Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen handelte A rechtswidrig und schuldhaft.

## **4. Rücktritt**

A könnte jedoch vom Mordversuch nach § 24 I 1 Var. 2 StGB strafbefreiend zurückgetreten sein.

**a)** Insoweit A durch weitere Schläge noch immer die Möglichkeit hatte, den M zu töten, war der Versuch noch nicht fehlgeschlagen.

**b)** Fraglich ist ferner, ob bereits ein beendeter oder erst ein unbeendeter Versuch vorlag, von deren Qualifizierung die Rücktrittserfordernisse abhängen. Ein Versuch ist beendet, wenn der Täter nach seiner Vorstellung meint, bereits alles Erforderliche getan zu haben, damit es zur Vollendung kommen kann; dagegen ist ein Versuch noch unbeendet, wenn der Täter nach seiner Vorstellung meint, gerade noch nicht alles Erforderliche zum Eintritt der Vollendung getan zu haben (vgl. hierzu Tröndle/Fischer, 52. Aufl., § 24 Rn. 14). A hatte gesehen, wie M stark blutend und bewusstlos zu Boden ging und selbst beim Anruf der Polizei gemeint, M sei ein „tödlich Verletzter“. Er ging daher davon aus, bereits alles Erforderliche getan zu haben, damit der Tod eintreten konnte. Es lag somit ein beendeter Versuch vor.

**c)** A hätte daher die Vollendung verhindern müssen. A hat zwar die Polizei verständigt, selbst aber die Wunde nicht versorgt, obwohl ihm dies möglich gewesen wäre. Fraglich ist daher, welche Anforderungen an die Vollendungsverhinderung zu stellen sind.

Am weitesten geht jene Ansicht, die es genügen lässt, wenn der Täter nur eine Ursachenkette in Gang setzt, die zur Verhinderung des Erfolges führt (sog. Chanceneröffnungstheorie – so BGH, NStZ-RR 1997, 233 und BGH, NStZ 1999, 128). Hiernach würde die Verständigung der Polizei genügen. Hiergegen spricht aber, dass die bloße Kausalität kaum genügen kann, da ansonsten auch völlig belanglose Beiträge ausreichen würden, ohne dass hierin notwendig eine Rückkehr zurück ins Recht erblickt werden könnte.

Einige Autoren im Schrifttum verlangen daher, dass der Täter sich bei seiner Rücktrittshandlung ernsthaft bemühe und sich optimal für die Rettung des Opfers einsetze (sog. Optimalitätsprinzip – *Herzberg*, NJW 1989, 862 (865 ff.) und *Jakobs*, ZStW 104 (1992), 89 (93 f.)). Hierfür wird angeführt, dass der Täter sich nach § 24 Abs. 1 S. 2 StGB schließlich optimal bemühen müsse, wenn ein untauglicher Versuch vorliege; dann könne es aber nicht sein, dass der Täter sich nicht erst recht ernsthaft bemühen müsse, wenn sogar ein tauglich Versuch vorliege. Hiernach hätte A die Wunde versorgen müssen, um in die Wohltat des Rücktritts kommen zu können.

Hiergegen spricht aber, dass der Wortlaut des § 24 Abs. 1 S. 1 StGB eindeutig ist und eine Einschränkung wie § 24 I 2 StGB gerade nicht enthält, so dass alleine aus diesem systematischen Zusammenhang geschlossen werden kann, dass der Gesetzgeber ein optimales Bemühen nicht notwendig verlangte (so grundlegend BGH, NJW 2002, 3719 und BGH, NStZ 2004, 614 f. mit Anmerkung *Geppert*, JK 4/05, StGB § 24/33). Hierhinter steckt der Gedanke des „Ende gut, alles gut“ (so erstmals *Puppe*, NStZ 1984, 488 (489)), der Täter also letztlich die Vollendung doch verhindert hat (vgl. *Rudolphi*, NStZ 1989, 508 (512)). Zudem dient die Verneinung des Optimalitätskorrektivs dem Opferschutz, da der Täter vor geeigneten Rettungschancen zurückschrecken würde, wenn er nur bei der optimalsten Rettungsmöglichkeit tatsächlich eine goldene Brücke zurück ins Recht erhielte.

Es muss daher genügen, wenn der Täter zwar nicht nur kausal die Vollendung verhindert, die Vollendungsverhinderung ihm aber objektiv zurechenbar ist, ohne dass er hierbei auch das Optimalste getan zu haben braucht. Aufgrund des Anrufs des A wurde M gerettet, so dass die Rettung dem A zurechenbar ist und er damit die Vollendung verhindert hat.

**d)** Dies tat er auch aus autonomen Motiven und damit freiwillig sowie endgültig.

## **5. Ergebnis**

A ist also vom Versuch wirksam zurückgetreten und hat sich damit nicht nach §§ 212 I, 211, 22 StGB strafbar gemacht.

## **II. Strafbarkeit nach § 221 I Nr. 1 StGB**

Indem A den M niederschlägt, so dass dieser schwer blutend liegen bleibt, kann sich A jedoch nach § 221 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

### **1. Objektiver Tatbestand**

Hierzu müsste A den M in eine hilflose Lage versetzt haben. In einer hilflosen Lage ist das Opfer, wenn es sich selbst gegen eine Lebens- oder qualifizierte Leibesgefahr nicht (mehr) zu schützen oder zu helfen vermag (Sch/Schr/*Eser*, 26. Aufl., § 221 Rn. 2). In diese Lage versetzt wird das Opfer, wenn der Täter zurechenbar die hilflose Lage hervorruft oder steigert (Müko-StGB/*Hardtung*, § 221 Rn. 8). Dies geschieht zwar regelmäßig durch ein räumliches Aussetzen an einem anderen Ort; im Gegensatz zur früheren Gesetzeslage ist dies nun aber nicht mehr erforderlich. Es genügt daher auch, wenn der Täter das Opfer am Ort belässt, aber dessen Hilfsmöglichkeiten verringert (vgl. MüKo-StGB/*Hardtung*, § 221 Rn. 11, *Küper*, ZStW 111 (1999), 30 (42 f.), *Hörnle*, Jura 1998, 169 (177) und *Schroth*, NJW 1998, 2861 (2863)). Insoweit könnte man davon ausgehen, dass ein Versetzen in eine hilflose Lage stets dann erfüllt ist, wenn ein Mensch in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung gebracht wird, so dass man durch die von A verursachten tödlichen Verletzungen des am Boden liegenden M als Versetzen in eine hilflose Lage ansehen könnte.

Gegen ein derart weites Verständnis der Aussetzung spricht allerdings, dass § 221 StGB hierbei zu einem allgemeinen Verbot konkreter Gefährdungen eines Menschen verkommen würde (Ebel, NStZ 2002, 404). Zugleich würde die Aussetzung so zu einem konkreten Gefährdungsdelikt mit nur einem Unrechtselement, obwohl der Gesetzgeber ansonsten die konkreten Gefährdungsdelikte stets zweiaktig ausgestaltet: Durch die Vornahme einer gefährlichen Handlung (Akt 1) werde eine konkrete Gefahr für das Opfer begründet (Akt 2). Diese Ausgestaltung findet sich im Normtext des § 221 StGB: Bestraft wird der Täter für die Vornahme einer Handlung, die dazu führt, dass das Opfer einer Gefahr „ausgesetzt“ wird. Dieses „Aussetzen im Gegensatz zum bloßen Verursachen einer Gefährdung verdeutlicht, dass das spezifische, eigenständige Unrecht der Aussetzung nicht im Erzeugen einer Gefahrenquelle liegt, sondern im Aussetzen einer Person bezüglich einer Gefahrenquelle (MüKo-StGB/Hardtung, § 221 Rn. 12). Das Unrecht besteht also nicht etwa im Niederschlagen und tödlich Verwunden, sondern darin, dass das Opfer einer Gefahrenquelle ausgesetzt wird und sich gegen diese nicht verteidigen kann (etwa fesseln am Meeressteg, wenn die Flut kommt). Ein Versetzen in eine hilflose Lage und damit eine Aussetzung liegt demnach nicht vor, wenn das Hilflosmachen nur ein unselbständiger Teil der gefährlichen Einwirkung auf das Opfer ist, das Opfer also wie hier durch das Niederschlagen mit Tötungsvorsatz tödlich verletzt und damit hilflos wird (MüKo-StGB/Hardtung, § 221 Rn. 12). [Anmerkung: Wer dies etwa mit Jäger, JuS 2000, 31 (32 f.) anders sieht, der hätte § 221 StGB auch damit verneinen können, dass dem A der Gefährdungsvorsatz fehlt, weil er aufgrund der Verständigung der Polizei von einer sofortigen Rettung ausging (vgl. Tröndle/Fischer, § 221 Rn. 10). Wer § 221 StGB bereits als fern liegend angesehen und gar nicht geprüft hat, hat hiermit auch keinen groben Fehler begangen, § 221 StGB wurde hier hauptsächlich wegen der Vollständigkeit geprüft!]

### **III. Strafbarkeit nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 3, 5 StGB**

Mit dem Schlag mit dem Totschläger auf den Hinterkopf des M, der lebensgefährlich verletzt wird, kann sich A nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 3, 5 StGB strafbar gemacht haben.

#### **1. Objektiver Tatbestand**

a) Hierzu müsste A den M zunächst körperlich misshandelt oder an der Gesundheit beschädigt haben. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt (Tröndle/Fischer, 52. Aufl., § 223 Rn. 3a). Mit dem Schlag mit dem Totschläger auf den Kopf hat A den M übel und angemessen behandelt und somit misshandelt. Eine Gesundheitsbeschädigung ist jedes Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen (krankhaften) Zustandes (Tröndle/Fischer, 52. Aufl., § 223 Rn. 6). Aufgrund der Kopfverletzung als Folge des Schlages hat A bei M einen krankhaften Zustand hervorgerufen und ihn so auch an ihrer Gesundheit beschädigt. Dies geschah kausal und objektiv zurechenbar.

b) Zudem könnte A dies auf eine gefährliche Weise iSd § 224 StGB getan haben.

aa) Zunächst schlug A mit dem Totschläger zu, der nach seiner Beschaffenheit und der Art seiner Anwendung als Schlagwerkzeug geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen und damit ein gefährliches Werkzeug iSd § 224 I Nr. 2 StGB darstellt.

bb) Weiterhin könnte A einen hinterlistigen Überfall begangen haben. Überfall ist ein plötzlicher, unerwarteter Angriff auf eine ahnungslose Person (RGSt 65, 65 (66)). Eine derartige Ahnungslosigkeit lag bei M zwar vor. Hinterlistig war der Überfall aber nur dann, wenn der Angreifer unter Verdeckung seiner wahren Absichten gehandelt hat (BGH, NStZ 2005, 40 und BGH, NStZ 2005, 97). Dies hat A jedoch nicht getan, so dass ein hinterlistiger Überfall ausscheidet.

cc) Schließlich war mit dem Schlag auf den Kopf eine konkrete Todesgefahr verbunden, so dass es auf den Streit, ob auch eine abstrakte Todesgefahr ausreichen kann, nicht ankommt

(vgl. hierzu nur *Geppert*, JK 3/05, StGB § 224 I Nr. 5/1) und die Körperverletzung mittels einer lebensgefährdenden Behandlung erfolgte (§ 224 I Nr. 5 StGB).

## **2. Subjektiver Tatbestand**

A müsste ferner vorsätzlich gehandelt haben.

a) Hieran könnte man bezogen auf den Vorsatz für eine (bloße) Körperverletzung zweifeln, hatte A doch sogar den bedingten Vorsatz zur Tötung des M. Ein Körperverletzungsvorsatz würde daher ausscheiden, wenn man im Sinne der „Gegensatztheorie“ davon ausgeht, dass beides sich begrifflich wie inhaltlich ausschließt (RGSt 61, 375). Erkennt man jedoch, dass eine Tötung nicht möglich ist, ohne das Opfer zugleich an seinem Körper zu verletzen, so stellt die Körperverletzung bei jeder Tötung ein notwendiges Durchgangsstadium dar, so dass in jedem Tötungsvorsatz auch ein Körperverletzungsvorsatz enthalten ist (sog. „Einheitslösung“, BGHSt 16, 122 (123), BGHSt 21, 265 (266) und BGHSt 22, 248 f.). Im Eventualvorsatz des A ist somit ein Körperverletzungsvorsatz enthalten.

b) Zudem war sich A bewusst, mit einem gefährlichen Werkzeug und mittels lebensgefährdender Behandlung die Körperverletzung vorzunehmen.

## **3. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Mangels Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen geschah die Tat rechtswidrig und schuldhaft.

## **4. Ergebnis**

A hat sich somit auch nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB strafbar gemacht.

## **IV. §§ 227 I, 22 StGB**

Eine Strafbarkeit nach §§ 227 I, 22 StGB scheidet wegen des erfolgten Rücktritts aus (s.o.).

## **V. §§ 249 I, 250 I Nr. 1 a, II Nr. 1, 3 a und 3 b StGB**

A hat zwar gegen M Gewalt verübt, um den Schmuck, für ihn fremde bewegliche Sachen, an sich nehmen zu können, mangels erfolgter Wegnahme scheidet eine Strafbarkeit nach §§ 249 I, 250 I Nr. 1 a, II Nr. 1, 3 a und 3 b StGB jedoch aus.

## **VI. §§ 249 I, 250 I Nr. 1 a, II Nr. 1, 3 a und 3 b, 251, 22 StGB**

Indem A den M niedergeschlagen hat, um danach den Schmuck an sich bringen zu können, kann er sich aber nach §§ 249 I, 250 I Nr. 1 a, II Nr. 1, 3 a und 3 b, 22 StGB strafbar gemacht haben. Der Versuch ist nach §§ 23 I, 12 I StGB strafbar.

### **1. Tatentschluss**

Hierzu müsste A zunächst Tatentschluss und damit Vorsatz bezüglich der Elemente des objektiven Tatbestandes gehabt haben.

a) A wollte den M niederschlagen und so Gewalt gegen ihn verüben, um danach die Schmuckstücke, für ihn fremde, bewegliche Sachen, aus dem tatsächlichen Herrschaftsbereich in ihren Herrschaftsbereich gegen den Willen des M zu überführen, also wegzunehmen.

b) Zudem könnte A Vorsatz auch auf die Verwirklichung eines Qualifikationsmerkmals des § 250 StGB gehabt haben.

aa) A wusste so und wollte das Niederschlagen und damit den Raub unter Beisichführen sowie sogar unter Verwendung des Totschlägers, einem gefährlichen Werkzeug.

bb) Fraglich ist jedoch, ob er hierbei den Vorsatz hatte, M körperlich schwer zu misshandeln. Eine schwere körperliche Misshandlung ist über die Bedeutung des § 226 StGB hinaus auch bereits dann erfüllt, wenn die Raubtat das Opfer in die konkrete Lage einer ersten langwierigen Krankheit, einer ernsthaften Störung der körperlichen Funktionen oder einer erheblichen Beeinträchtigung seiner Arbeitskraft bringt (BGH, NStZ 2002, 542 (543) mit Anm. *Otto*, JK 1/03, StGB § 250 I/10). Es kommt daher darauf an, welchen konkreten Gefahren der A den M aussetzen wollte. Bei einem Schlag mit einem Totschläger auf den

Hinterkopf kann man hierbei durchaus davon ausgehen, dass der A eine körperlich schwere Misshandlung zumindest billigend in Kauf genommen hat.

cc) Darüber hinaus könnte A auch Vorsatz gehabt haben, M durch die Tat in die Gefahr des Todes zu bringen, insoweit § 250 II Nr. 3 b ein konkretes Gefährdungsdelikt (und nicht nur ein erfolgsqualifiziertes Delikt, bei dem wenigstens Fahrlässigkeit ausreichen würde) ist (vgl. *Tröndle/Fischer*, 52. Aufl., § 250 Rn. 5). Hierfür ist es notwendig, dass das Opfer in eine konkrete Todesgefahr gelangen soll. Nachdem A sogar den Todeserfolg mit in seinen Vorsatz aufgenommen hatte, hatte er darin zugleich den Vorsatz auf eine konkrete Lebensgefährdung des M.

c) Schließlich handelte A auch mit bedingtem Tötungsvorsatz („wenigstens leichtfertig“!) bezüglich eines durch den Schlag verursachten Todes.

## **2. Unmittelbares Ansetzen**

Zum zusammengesetzten Delikt des Raubes hat A mit der Ausführung des ersten Aktes, der Gewalthandlung, unmittelbar angesetzt.

## **3. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Mangels Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen geschah die Tat rechtswidrig und schuldhaft.

## **4. Rücktritt**

A könnte von der Tat jedoch nach § 24 I Var. 1 StGB strafbefreiend zurückgetreten sein. Nachdem A die Tat noch vollenden konnte durch eine Wegnahme der Schmuckstücke, war die Tat nicht fehlgeschlagen. Es war vielmehr ein unbeendeter Versuch, von dem A durch das Aufhören Abstand genommen hat. Dies tat er in Besinnung seiner Tat und damit aus autonomen Motiven, also freiwillig.

## **5. Ergebnis**

Aufgrund des Rücktritts hat sich A damit nicht nach §§ 249 I, 250 I Nr. 1 a, II Nr. 1, 3 a und 3 b, 251, 22 StGB strafbar gemacht.

## **VII. §§ 242 I, II, 243 I 2 Nr. 1, 22 StGB**

Zwar hatte A beim Eindringen Vorsatz auf die Wegnahme von fremden, beweglichen Sachen (s. o.), sie hätte aber zur Tatausführung auch unmittelbar ansetzen müssen. Ein Täter setzt unmittelbar an, wenn er nach seiner Vorstellung eine Handlung vornimmt, die bei ungehindertem Geschehensablauf unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmündet. Bezieht man dies auf die Wegnahme, so könnte man zweifeln (vgl. zu diesem Bezugspunkt des unmittelbaren Ansetzens *Otto*, JZ 1985, 24, *Gössel*, FS Hirsch, 193 (196 ff.) und *Geppert*, JK, § 243/3). Gleiches gilt aber auch, wenn man es mit der Rechtsprechung ausreichen lässt, dass der Täter zur Verwirklichung des Regelbeispiels unmittelbar ansetzt (so etwa BGHSt. 29, 368 und BGHSt. 33, 370 (374)), da A aufgrund der vorherigen Wegnahme des Schlüssels, dessen Diebstahl der Ladeninhaber noch nicht bemerkt und dessen Widmung als richtiger Schlüssel der Ladeninhaber noch nicht entzogen hatte, nicht mit einem falschen Schlüssel eingedrungen ist (vgl. zuletzt BGH, Beschl. v. 20.04.2005 – 1 StR 123/05, [www.hrr-strafrecht.de](http://www.hrr-strafrecht.de)).

Selbst wer aber ein unmittelbares Ansetzen bereits bejaht, wird wie beim Raub eine Strafbarkeit wegen des Rücktritts des A scheitern lassen müssen. Eine Strafbarkeit nach §§ 242 I, II, 243 I 2 Nr. 1, 22 StGB scheidet damit aus.

## **VIII. § 123 I StGB**

Darüber hinaus ist A gegen den Willen des Ladeninhabers in einen Geschäftsraum nach Ladenschluss (Beachte: Während der Öffnung des Ladens ist von einem generellen Einverständnis auszugehen – vgl. *Wessels/Hettinger*, BT 1, 28. Aufl., Rn. 590 f.) vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft eingedrungen und hat sich so nach § 123 I StGB strafbar gemacht, insoweit der nach § 123 II StGB gestellte Strafantrag auch gestellt wurde.

### **C. Konkurrenzen und Ergebnis**

Die gefährliche Körperverletzung verdrängt die einfache Körperverletzung gesetzeskonkurrierend (Spezialität) (sowie auch eine hierin enthaltene Nötigung). Der Hausfriedensbruch, der die Begehung der Körperverletzung ermöglichte, fällt mit dieser zwar zeitlich zusammen, es decken sich aber nicht die Ausführungshandlungen, so dass von zwei Handlungen und damit von Tatmehrheit auszugehen ist. Hierzu steht auch der zuvor begangene Diebstahl des Schlüssels in Realkonkurrenz. A hat sich damit nach §§ 224 I Nr. 2 und 5, 123 I, 242 I, 53 I StGB strafbar gemacht.

### **Strafbarkeit des B**

#### **I. §§ 212 I, 211, 22, 26**

Indem B dem A geraten hat, einen Totschläger mitzunehmen, um einen eventuelle Mitarbeiter durch einen gezielten Schlag auf den Hinterkopf sogar für immer beseitigen zu können, kann er sich nach §§ 212 I, 211, 22, 26 StGB strafbar gemacht haben.

#### **1. Objektiver Tatbestand**

Mit dem versuchten Mord an M liegt eine teilnahmefähige Haupttat vor. Zu dieser hat B auch den Tatentschluss in A hervorgerufen, den A also bestimmt.

#### **2. Subjektiver Tatbestand**

Fraglich ist, ob A bereits Vorsatz auf die Vollendung der Haupttat hatte, insoweit es nur darum gehen sollte, einen eventuellen Mitarbeiter auszuschalten. Insoweit genügt es aber, dass jemand einen möglichen Geschehensablauf selbst für möglich erfolgend ansieht, um hierauf bereits Vorsatz zu haben (*Töndle/Fischer*, 52. Aufl., § 22 Rn. 8). Da B mit der Möglichkeit rechnete, hatte er Vorsatz bezogen auf die Vollendung der Haupttat. Zudem hatte er sogar Vorsatz darauf, dass A heimtückisch handelte („Schlag auf den Hinterkopf“) sowie mit Ermöglichungsabsicht. Schließlich war auch das Bestimmen vom Vorsatz des B gedeckt.

#### **3. § 28 II StGB**

Fraglich ist jedoch, ob B die Verdeckungsabsicht des A auch über die Akzessorietät angelastet werden kann, oder ob die Akzessorietät nicht zumindest insoweit über § 28 II StGB eine Durchbrechung erhält.

a) Die Verdeckungsabsicht wie die Habgier stellen zunächst täterbezogene Merkmale dar.

b) Strittig ist jedoch, ob tatsächlich § 28 II StGB zur Anwendung gelangt und nicht etwa § 28 I StGB. Dies hängt davon ab, ob das Vorliegen eines Mordmerkmals die Strafe begründet oder schärft. Sie schärft nur dann im Sinne des § 28 II StGB die Strafe, wenn es sich bei § 211 StGB um eine Qualifikation des Totschlags handeln würde und nicht um einen eigenständigen Deliktstatbestand.

Die Rechtsprechung (BGHSt 1, 368 (370 ff.), BGHSt 22, 375 (377), BGHSt 23, 39 (40) und BGHSt 36, 231 (233)) geht hierbei von § 211 StGB als selbständigem Deliktstatbestand aus, da er systematisch vor § 212 StGB steht und so kaum § 212 StGB ein Grundtatbestand darstellen könne, der regelmäßig vor der Qualifikation steht. Zudem heißt es in § 212 StGB „ohne Mörder zu sein“, so dass hiermit ein die Delikte gegenseitig ausschließendes Merkmal vorliegen würde. Schließlich würden mit „Totschläger“ und „Mörder“ die Täter vom Gesetz unterschiedlich bezeichnet, während es etwa den „einfachen Dieb“ und den „schweren Dieb“ oder den „einfachen Räuber“ und den „schweren Räuber“ gebe.

Hiergegen wird von der Literatur (vgl. nur Sch/Schr/Eser, 26. Aufl., Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 5, MüKo-StGB/Hartmut Schneider, § 211 Rn. 211 und Lackner/Kühl, 25. Aufl., Vor § 211 Rn. 22) jedoch zu Recht vorgebracht, dass sich die Stellung des § 211 StGB vor dem § 212 StGB daraus erkläre, dass der Gesetzgeber das schwerste Delikt an den Anfang stellen wollte. Die hierin enthaltenen Täterbezeichnungen seien zudem ein Relikt der alten Tätertypenlehre, die inzwischen aufgegeben sei. Schließlich wird zutreffend darauf verwiesen, dass bereits nach den allgemeinen systematischen Kriterien der § 211 StGB alle Merkmale des § 212



StGB enthält plus ein zusätzlich vorliegendes Mordmerkmal und damit nach der allgemeinen systematischen Definition eben einen Qualifikationstatbestand darstellt.

Mit der zweiten Ansicht ist daher § 28 II StGB für anwendbar zu halten.

Da B selbst weder mit Ermöglichungsabsicht noch mit Habgier handelte, kann ihm über eine vorzunehmende Tatbestandsverschiebung diese auch nicht zur Last gelegt werden. Lediglich angesichts der heimtückischen Tötung bleibt es bei der Anstiftung zum versuchten Mord.

#### **4. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Mangels Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen geschah die Tat rechtswidrig und schuldhaft.

#### **5. Rücktritt**

Der von A ausgeführte Rücktritt kann als persönlicher Strafaufhebungsgrund B nur dann zugute kommen, wenn B mit dem Rücktritt einverstanden war. Hierfür sind jedoch keine Anzeichen ersichtlich.

#### **6. Ergebnis**

B hat sich damit nach §§ 212 I, 211, 22, 26 StGB strafbar gemacht.

### **II. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 und 5, 26 StGB**

B kann sich durch seinen Ratschlag, einen Totschläger mitzunehmen, zudem nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 und 5, 26 StGB strafbar gemacht haben.

#### **1. Objektiver Tatbestand**

Mit der gefährlichen Körperverletzung (§§ 223 I, 224 I Nr. 2 und 5 StGB) durch A liegt eine teilnahmefähige Haupttat vor. Fraglich ist aber, ob B den A hierzu bestimmt, in ihm also den Tatentschluss geweckt hat. Denn war A bereits zur Tat entschlossen (sog. omnimodo facturus), so war ein Bestimmen zur Tat nicht mehr möglich. A war jedoch nur dazu entschlossen, einen Mitarbeiter mit der Faust niederzuschlagen (§ 223 I StGB), nicht auch dies mittels eines Totschlägers zu tun. Insoweit B den A damit nur zur Erfüllung der Qualifikation „aufstiften“ konnte, ist fraglich, ob dies für eine Anstiftung genügt (vgl. hierzu den Überblick bei *Geppert*, Jura 1997, 299 (305) und *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 102 ff.).

Insoweit der Grundtatbestand in der Qualifikation enthalten ist, würde eine Bestrafung wegen Anstiftung zur Qualifikation auch eine Bestrafung wegen Anstiftung zum Grunddelikt mitbeinhalten, obwohl der Haupttäter zur Begehung des Grundtatbestandes bereits fest entschlossen war. Demzufolge verneint eine Ansicht die Anstiftung zur Qualifikation in diesen Fällen und möchte nur eine psychische Beihilfe annehmen; einzig wenn die Übersteigerung zugleich eine Anstiftung zu einem selbständigen Tatbestand bedeutet, soll hiernach bestraft werden (z.B.: A stiftet B an, statt des Diebstahls das Opfer doch niederzuschlagen. Dann soll hiernach keine Anstiftung zum Raub in Betracht kommen, da A schon zum Diebstahl fest entschlossen war, wohl aber eine Anstiftung zur Nötigung in Tateinheit mit einer psychischen Beihilfe zum Raub) (sog. analytisches Trennungsprinzip – hierfür *Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl., S. 689, *Sch/Schr/Cramer/Heine*, 26. Aufl., § 26 Rn. 8, *Kühl*, AT, 4. Aufl., § 20 Rn. 183, *SK-StGB/Hoyer*, § 26 Rn. 19, *MüKo-StGB/Joeks*, § 26 Rn. 35 f. und *Küpper*, JuS 1996, 23 (24)). Hiernach könnte B einzig wegen psychischer Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung bestraft werden.

Demgegenüber hat der Bundesgerichtshof in seiner Grundsatzentscheidung BGHSt. 19, 339 (340 f.) betont, dass es nicht entscheidend darauf ankomme, ob der Täter zur Verwirklichung eines anderen mit schwererer Strafdrohung bewehrten Tatbestand veranlasst wird, sondern ob er zu einer Tat mit einem erheblich erhöhten Unrechtsgehalt bestimmt werde. Dieser „synthetischen Konzeption“ hat sich inzwischen auch der andere Teil des Schrifttums zu Recht angeschlossen, schafft der Anstifter bei der Aufstiftung doch ein verbrecherisches Unrecht von eigener Prägung, das bei einer bloßen Reduzierung auf den überschießenden Teil völlig ignoriert werde (*Roxin*, AT II, § 26 Rn. 104 ff., *LK/ders.*, 11. Aufl., § 26 Rn. 39, *Otto*,

AT, 7. Aufl., § 22 Rn. 38, *ders.*, JuS 1982, 557 (561), *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, 7. Aufl., § 51 Rn. 11, *Weber* in *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, 11. Aufl., § 30 Rn. 34, *Tröndle/Fischer*, 52. Aufl., § 26 Rn. 3 sowie *Amelung/Boch*, JuS 2000, 261 (267)). Ein Raub beispielsweise ist mehr als nur Diebstahl plus Nötigung, wie nicht zuletzt der über die Addition hinausgehende Strafraum es belegt. Durch die Kombination mehrerer Deliktselemente entsteht vielmehr ein völlig neues Unrecht, wie es sich teilweise dadurch ausdrückt, dass der Gesetzgeber einen eigenen Tatbestand geschaffen hat. So hat der Gesetzgeber auch bestimmte gefährliche Verhaltensweisen der Körperverletzung in § 224 StGB geregelt und damit deren eigenständigen Unrechtsgehalt zum Ausdruck gebracht. B hat A damit zur gefährlichen Körperverletzung bestimmt (*aA mit entsprechender Begründung selbstverständlich vertretbar*).

## **2. Subjektiver Tatbestand**

B hatte sowohl die Vollendung der gefährlichen Körperverletzung sowie sein Bestimmen hierzu in seinen Vorsatz aufgenommen.

## **3. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Mangels Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen geschah die Tat rechtswidrig und schuldhaft.

## **4. Ergebnis**

B hat sich damit nach §§ 223 I, 224 I Nr. 2 und 5, 26 StGB strafbar gemacht.

## **III. §§ 227 I, 22, 26 StGB**

Nachdem A auch eine Körperverletzung mit versuchter Tötung begangen hat, zu der er von B vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft angestiftet worden ist, hat sich A auch nach §§ 227 I, 22, 26 StGB strafbar gemacht.

## **IV. §§ 249 I, 250 I Nr. 1 a, II Nr. 1, 3 a und 3 b, 22, 26 StGB**

Darüber hinaus kann sich B durch den Ratschlag an A, einen Totschläger zum Überfall mitzunehmen, nach §§ 249 I, 250 I Nr. 1 a, II Nr. 1, 3 a und 3 b, 22, 26 StGB strafbar gemacht haben.

### **1. Objektiver Tatbestand**

**a)** Mit dem versuchten schweren Raub des A (§§ 249 I, 250 I Nr. 1 a, II Nr. 1, 3 a und 3 b, 22 StGB, s.o.) liegt eine teilnahmefähige Haupttat vor. Dass A von dem Versuch des schweren Raubes zurückgetreten ist, ändert hieran nichts, insoweit dies nur ein persönlicher Strafaufhebungsgrund ist.

**b)** Zwar war A diesbezüglich schon zu einem einfachen Raub entschlossen (Niederschlagen mit der Faust), der im schweren Raub als Grundtatbestand enthalten ist, nach den soeben dargelegten Grundsätzen der Aufstiftung ist jedoch auch hier nicht an einem Bestimmen zum schweren Raub wegen dessen erheblich erhöhtem Unrechtsgehalt, der sich auch im eigenen Tatbestand des § 250 StGB widerspiegelt, zu zweifeln.

### **2. Subjektiver Tatbestand**

Dies müsste B vorsätzlich getan haben. Insoweit B sogar Vorsatz auf eine Tötung des M durch A hat, hat er zugleich neben dem Vorsatz auf Verwenden einer Waffe Vorsatz auf eine schwere körperliche Misshandlung und eine Todesgefahr für M. Zugleich hat B den A vorsätzlich bestimmt.

### **3. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Mangels Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen geschah die Tat rechtswidrig und schuldhaft.

### **4. Ergebnis**

B hat sich damit nach §§ 249 I, 250 I Nr. 1 a, II Nr. 1, 3 a und 3 b, 22, 26 StGB strafbar gemacht.

#### **V. §§ 123 I, 26 StGB**

Zum Hausfriedensbruch war A nach seinem bereits gefassten Tatplan schon vor dem Ratschlag des B entschlossen, so dass er hierzu nicht mehr bestimmt werden konnte und B sich nicht nach §§ 123 I, 26 StGB strafbar gemacht hat.

#### **VI. §§ 123 I, 27 I StGB**

Indem B den A aber mit Rat zu seiner geplanten Tat unterstützt hat, hat er ihn subjektiv in seinem Tatentschluss gestärkt und so eine psychische Beihilfe zur Haupttat des Hausfriedensbruchs geleistet. Dies tat er vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft, so dass er sich nach §§ 123 I, 27 I StGB strafbar gemacht hat.

#### **VI. Konkurrenzen**

Die Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung verdrängt die Anstiftung zur einfachen Körperverletzung, die aus Klarstellungsgründen zur Anstiftung zum versuchten Mord in Tateinheit stehen müsste, jedoch von der Anstiftung zu § 250 II Nr. 1, 3 a und 3 b StGB verdrängt wird (*aA auch vertretbar*). Die Anstiftung zum versuchten Mord verdrängt jene zum versuchten Totschlag (Spezialität) und zur Körperverletzung mit versuchten Todesfolge. Die Anstiftung zum versuchten Raub unter Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs wird von der Anstiftung zum versuchten Raub mit Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs verdrängt (Subsidiarität). Die einzelnen Anstiftungen sowie die psychische Beihilfe zum Hausfriedensbruch erfolgten mit der gleichen Handlung und stehen damit in Tateinheit.

B hat sich damit nach §§ 211, 22, 26; 250 II Nr. 1, 3 a und 3 b, 22, 26; 123 I, 27 I; 52 I StGB strafbar gemacht.