

Vorlesung Strafrecht II
Lösungsskizze der Hausarbeit 2. Semester

1. Tatkomplex: Der Stich mit dem Messer

Strafbarkeit des H

A. Strafbarkeit gemäß §§ 212 I, 211, 22, 23 I StGB

H könnte sich gemäß §§ 212 I, 211, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben, indem er O das Messer in den Bauch stieß, wobei er diesem tödliche Verletzungen zufügen wollte.

Vorprüfung

O ist nicht zu Tode gekommen, so dass eine Vollendung nicht eingetreten ist. Bei §§ 212, 211 StGB handelt es sich um ein Verbrechen gemäß § 12 I StGB, so dass gem. § 23 I StGB auch der Versuch strafbar ist.

I. Tatbestand

1. Tatentschluss

a) Tatentschluss bezüglich der Herbeiführung des Taterfolges

H wollte den O durch den Stich in den Bauch tödlich verletzen und wusste um die Gefährlichkeit seines Handelns. Mithin verfügte er über den erforderlichen Tatentschluss bezüglich der Herbeiführung des Taterfolges.

b) Tatentschluss bezüglich heimtückischen Handelns

Der Tatentschluss des H könnte sich auf die heimtückische Tötung des O erstrecken. Heimtücke ist gegeben, wenn der Täter bewusst die Arg- und Wehlosigkeit des Opfers ausnutzt (*Fischer*, StGB, § 211 Rn. 80). Das Opfer ist arglos, wenn es sich zu Beginn des Tötungsversuchs keines erheblichen tätlichen Angriffs auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit versieht (*Rengier*, BT I, § 4 Rn. 24). Zudem muss der Täter in einer

gegen das Opfer gerichteten feindlichen Willensrichtung gehandelt haben (*Lackner/Kühl*, StGB, § 211 Rn. 6a). H wählt bewusst den schwer betrunkenen schlafenden O zur Begehung seiner Tat. Dieser versieht sich zum Zeitpunkt des Messerstiches keines Angriffs auf das eigene Leben. Da er schläft, bemerkt er die gegen sein Leben gerichtete Handlung des H zunächst nicht. Bei Schlafenden wird dennoch die Arglosigkeit des Tatopfers angenommen, sofern es diese „mit in den Schlaf genommen hat“, denn wer einschläft, fürchtet in aller Regel nicht um sein Leben. Anders ist es grundsätzlich nur, sofern das spätere Opfer vom Schlaf übermannt wurde, bereits davor aber mit einem Angriff rechnete. In diesen Fällen nimmt das Opfer nicht die Arglosigkeit, sondern den Argwohn mit in den Schlaf (*Rengier*, Strafrecht BT II, § 4 Rn. 59; Sinn, SK-StGB § 211 Rn. 41).

Es kommt demnach darauf an, ob O zum Zeitpunkt des Einschlafens arglos war. Zwar sind Obdachlose grundsätzlich vermehrt Angriffen ausgesetzt, allerdings ergeben sich aus dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte dafür, dass O zum fraglichen Zeitpunkt einen solchen befürchtete. Der Umstand, dass O einen Schlafplatz ausgewählt hat, welcher regelmäßig von vielen Menschen besucht wird und an dem eine erhöhte Polizeipräsenz besteht, spricht eher für die Annahme, dass O nicht mit einem derartigen Angriff rechnete. O war mithin im Zeitpunkt des Einschlafens arglos und hat diese Arglosigkeit mit in den Schlaf genommen.

Dass O schwer betrunken war, schließt die Arglosigkeit nicht aus (Sinn, in: SK-StGB, § 211 Rn. 41).

O war auch in Folge seiner Arglosigkeit wehrlos. Er konnte sich im Schlaf nicht gegen den drohenden Angriff des H zur Wehr setzen, da er diesen nicht kommen sah. Trotz seines stark betrunkenen Zustandes ist davon auszugehen, dass O im wachen Zustand zumindest dem Stich hätte ausweichen oder Hilfe herbeirufen können.

H wollte die Arg- und Wehrlosigkeit des O auch zur Tatbegehung ausnutzen.

Er hatte Vorsatz bezüglich der heimtückischen Begehungsweise.

c) Habgier

H könnte aus Habgier gehandelt haben. Habgier ist ein noch über die Gewinnsucht hinaus gesteigertes abstoßendes Gewinnstreben um jeden Preis (BGHSt 29, 317 (319)). H kam es darauf an, durch seine Tatbegehung ins Gefängnis zu kommen. Grundsätzlich kann ein Gefängnisaufenthalt einen vermögenswerten Vorteil beinhalten (BGH, NStZ 2020, 733; Eschelbach, in: BeckOK StGB § 211 Rn. 23). Vorliegend war jedoch nicht die erwartete warme Unterbringung, Verpflegung und Krankenfürsorge für seine Tat maßgeblich.

Vielmehr wollte H den mitunter gewalttätigen Übergriffen auf der Straße entkommen. Dementsprechend wurde H nicht durch ein gesteigertes abstoßendes Gewinnstreben um den Preis eines Menschenlebens gelehrt. H handelte nicht habgierig.

2. Unmittelbares Ansetzen

H müsste auch unmittelbar zur Tat angesetzt haben. Unmittelbar setzt an, wer nach seiner Vorstellung von der Tat die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschreitet und objektiv Handlungen vornimmt, die – nach seinem Tatplan – bei ungestörtem Fortgang ohne wesentliche eigene Zwischenakte unmittelbar in die Tatbestandserfüllung einmünden (vgl. BGH NSTZ-RR 2008, 139).

H hat das Messer in den Bauch des O gerammt. Dies war bereits die tatbestandliche Ausführungshandlung. Dementsprechend hat er bereits mit der Tatbestandsverwirklichung begonnen. H hat unmittelbar zur Tat angesetzt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

H handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Rücktritt

Fraglich ist, ob H strafbefreiend vom Versuch des Mordes zurückgetreten ist, indem er auf einen erneuten Stich gegen O verzichtete.

1. Kein Fehlschlag

Dafür dürfte der Versuch nicht fehlgeschlagen sein. Ein Fehlschlag liegt vor, wenn der Täter davon ausgeht, dass er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den Taterfolg in engem raum-zeitlichen Zusammenhang nicht mehr herbeiführen kann (BGHSt 41, 368, 369; Hoffmann-Holland, MüKo 4. Auflage 2020, § 24 Rn. 53; Lackner/Kühl, StGB 29. Auflage 2018, § 24 Rn. 10).

H hat nicht den Eindruck, dass der Stich die tödlichen Folgen hatte, die er herbeiführen wollte. Er dreht sich von O weg, ohne noch einmal zuzustechen, obwohl er davon ausgeht, genügend Zeit für eine tödliche Verletzung des O zu haben. Er hätte demnach, nach seiner Vorstellung, mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den Taterfolg noch herbeiführen können. Der Versuch ist daher grundsätzlich nicht fehlgeschlagen.

Möglicherweise ergibt sich jedoch etwas anderes aus dem Umstand, dass H durch das Aufmerksamwerden der Polizisten bereits sein **außertatbestandliches Ziel** –

festgenommen und in ein Gefängnis gebracht zu werden – erreicht hat. Der Große Senat des BGH hat die Fortsetzungsfähigkeit des Versuchs auch bei Erreichen des außertatbestandlichen Primärziels bejaht, so dass nach dieser Ansicht kein Fehlschlag vorliegt (BGHSt 39, 221).

Hiergegen wenden sich gewichtige Stimmen der Literatur (Roxin, JZ 93, 896; Puppe, JZ 93, 361; Engländer/Jäger, JA 15, 149, 151). Diese begreifen die Konstellation des Erreichens eines außertatbestandlichen Erfolges jedoch nicht als Problematik des fehlgeschlagenen Versuchs, sondern des Aufgebens der weiteren Tatausführung. Mithin ist der Streit an dieser Stelle nicht zu entscheiden. Der Versuch des H ist nicht fehlgeschlagen.

2. Rücktrittshandlung

a) Abgrenzung beendeter/unbeendeter Versuch

Welche Rücktrittshandlung H für einen strafbefreienden Rücktritt erbringen müsste, richtet sich danach, ob der Versuch beendet oder unbeendet war, § 24 I 1 StGB. Unbeendet ist ein Versuch, wenn der Täter sich sicher ist, dass er noch nicht alles zur Erfolgsherbeiführung Notwendige getan hat. Rechnet der Täter beim Abbruch seiner Handlungen mit der nach den Umständen nicht fernliegenden Möglichkeit, dass es für den Erfolgseintritt keiner weiteren Handlungen bedürfe, ist der Versuch dagegen beendet (BGHSt 39, 221, 222; Lackner/Kühl, 29. Aufl., § 24 Rn. 3). H hat nicht den Eindruck, dass der Stich die tödlichen Folgen hatte, die er herbeiführen wollte. Er hält den Erfolgseintritt daher nicht für möglich. Der Versuch ist unbeendet.

b) Aufgeben der weiteren Tatausführung

Für einen strafbefreienden Rücktritt müsste H demnach die weitere Tatausführung gem. § 24 I 1 1. Alt. StGB freiwillig aufgegeben haben.

Umstritten ist, ob das **Erreichen des außertatbestandlichen Ziels** ein Aufgeben der konkreten Tat bereits ausschließt. Hierfür spricht die Erwägung, dass ein Täter, der sein Ziel bereits erreicht hat, seinen Tatvorsatz bereits aufgegeben hat und somit keinen Rücktrittsentschluss mehr fasst (Roxin, JZ 93, 896; Puppe, JZ 93, 361). „Wer auf nichts verzichtet, gibt auch nichts auf“ (Lackner/Kühl, StGB 29. Auflage 2018, § 24 Rn. 12). Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn die weitere Tatausführung aus der Sicht des Täters völlig sinnlos geworden ist (Lackner/Kühl, StGB 29. Auflage 2018, § 24 Rn. 12). Daraus folgt, dass ein Aufgeben der Tat noch solange möglich bleibt, wie es aus der Sicht des Täters noch gewinnbringend ist,

die Tatausführung fortzusetzen – etwa zur Sicherung oder Festigung des jeweils erreichten Ziels (Kühl AT S. 16/38-41). H wollte den O entsprechend dem Rat des R töten, um möglichst lange ins Gefängnis zu kommen. Er hatte also nur teilweise sein außertatbestandliches Ziel erreicht. Ein weiterer Angriff auf den O war aus der Perspektive des H geeignet, das bereits erreichte Ziel zu festigen.

H hat mithin die weitere Ausführung der Tat im Sinne des § 24 I 1 Alt. 1 StGB aufgegeben. Ein Streitentscheid zwischen der Ansicht der Rechtsprechung (kein fehlgeschlagener Versuch bei außertatbestandlicher Zielerreichung) und der dargestellten Literaturansicht ist daher im konkreten Fall nicht erforderlich. Nach beiden Ansichten konnte H grundsätzlich von der Tat zurücktreten.

Hinweis: Dies ist mit entsprechender Begründung auch anders vertretbar – etwa wenn man darauf hinweist, dass auch ein versuchter Totschlag sehr sicher zu einer Freiheitsstrafe führt, die nicht zur Bewährung ausgesetzt wird. Damit wäre das außertatbestandliche Ziel des H bereits vollständig erreicht gewesen. Dann muss der Streit entschieden werden. Das Ergebnis der Streitentscheidung ist offen.

Wer ein Aufgeben der weiteren Tatausführung bejaht, prüft weiter:

c) Freiwilligkeit

Hierfür müsste er auch freiwillig gehandelt haben. Nach der Rechtsprechung und Teilen der Literatur handelt ein Täter freiwillig, wenn ihm – nach seinem Vorstellungsbild – die Tat ohne unvertretbar erhöhtes Risiko noch ausführbar und ihr Zweck noch erreichbar erscheint. Es kommt demnach darauf an, ob das Rücktrittsmotiv den Täter derart maßgeblich beeinflusst hat, dass er nicht mehr frei zwischen mehreren Verhaltensmöglichkeiten wählen konnte (sog. psychologische Betrachtungsweise). Ob das Rücktrittsmotiv sittlich billigenswert ist, ist hierbei unerheblich. Die Freiwilligkeit kann demnach sowohl durch eine psychische als auch eine äußere Zwangslage ausgeschlossen sein (BGHSt 7, 296; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, 30. Auflage 2019 § 24 Rn. 43; Hoffmann-Holland, in: MüKo § 24 Rn. 103).

Grundsätzlich wird das Tatrisiko durch heraneilende Polizisten für den Täter erheblich erhöht, so dass in derartigen Fällen in der Regel keine freiwillige Rücktrittshandlung des Täters vorliegt. (Hoffmann-Holland, in: MüKo, 4. Auflage 2020, § 24 Rn. 107; Lackner/Kühl, StGB 29. Auflage 2018, § 24 Rn. 10) Anders liegt es jedoch im vorliegenden Fall. Zwar wurde H von den Streifenpolizisten wahrgenommen und diese eilen bereits zum

Tatort, allerdings entspricht dies genau dem Tatplan des H. Es kam ihm gerade darauf an, von den Polizisten bemerkt und festgenommen zu werden. Insofern kann das erheblich gesteigerte Festnahmerisiko bei einem weiteren Stich nicht herangezogen werden, um die Freiwilligkeit auszuschließen (vgl. BGH NStZ 2007, 399 (400); BGH NStZ-RR 2014, 171 (172)). H nahm bewusst und aus autonomen Motiven Abstand von der weiteren Herbeiführung des Taterfolges.

Nach anderer Auffassung ist die Feststellung der Freiwilligkeit normativer Art (Roxin, AT II, Rn. 594 ff.; Bockelmann NJW 55, 1421). Demnach kommt es für die Freiwilligkeit maßgeblich darauf an, ob eine Gesamtschau aller Umstände ergibt, dass das Verhalten des Täters eine Rückkehr in die Legalität, bzw. in die Bahnen des Rechts darstellt. Ein freiwilliger Rücktritt soll demnach insbesondere dann vorliegen, wenn der Täter in der konkreten Tatsituation die weitere Ausführung der Tat nach dem Maßstab einer Verbrechervernunft aufgibt, obwohl die weitere Tatausführung näher läge. Wichtiges Kriterium hierfür ist, ob der Täter planwidrig handelte (Roxin, AT II, § 30 Rn. 379). H handelte planwidrig. Dabei ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen er die weitere Tatausführung aufgab. Auch nach der normativen Auffassung verlangt die Freiwilligkeit jedoch kein hochwertiges Rücktrittsmotiv; es wird nicht mehr als legales Verhalten verlangt (Roxin, AT II, § 30 Rn. 379). Demnach genügt es, dass H seine Einstellung zu der konkreten Tat geändert hat. Er handelte mithin auch nach der normativen Theorie freiwillig.

Da beide Ansichten vorliegend zu dem gleichen Ergebnis kommen, ist kein Streitentscheid erforderlich.

d) Zwischenergebnis

H hat die weitere Tatausführung freiwillig aufgegeben.

3. Zwischenergebnis

H ist erfolgreich von der Tat zurückgetreten. (*anders vertretbar*)

IV. Ergebnis

H hat sich nicht gemäß §§ 212 I, 211, 22, 23 I StGB strafbar gemacht. (*anders vertretbar*)

B. Strafbarkeit gemäß § 223 I, 224 I Nrn. 2, 4 und 5 StGB

H könnte sich wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht haben, als er O das Messer in den Bauch stach.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Körperliche Misshandlung/Gesundheitsschädigung

Hierfür müsste H den O körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Körperliche Misshandlung ist jede üble und unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird. Durch den Stich mit dem Messer in den Bauch des O hat dieser nicht nur unerhebliche Verletzungen erlitten. Die körperliche Unversehrtheit des O wurde nicht nur unerheblich beeinträchtigt.

Unter einer Gesundheitsschädigung versteht man jedes Hervorrufen oder Steigern eines – nicht nur unerheblichen – krankhaften Zustandes. Krankhaft ist der vom Normalzustand der körperlichen Funktionen des Opfers nachteilig abweichende Zustand. Der Gesundheitszustand des O wurde durch die Stichwunde nicht nur unerheblich beeinträchtigt, sodass auch eine Gesundheitsschädigung vorliegt. H hat den O kausal und objektiv zurechenbar körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt.

b) Qualifikationsmerkmale § 224 I StGB

aa) Mittels einer Waffe oder einem anderen gefährlichen Werkzeug (Nr. 2)

H könnte die Tat zudem mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs begangen haben. Waffen sind ihrer Herstellung nach dazu bestimmt, Verletzungen beizubringen (Hardtung, in: MüKo 2021 § 224 Rn. 19). Ein einfaches Messer ist auch bei einer Klingenlänge von 10 cm in aller Regel nicht dazu bestimmt, Menschen erheblich zu verletzen, mithin keine Waffe im Sinne des § 224 I Nr. 2 StGB.

Das von H zur Tat verwendete Messer könnte jedoch ein anderes gefährliches Werkzeug im Sinne der Norm darstellen. Werkzeug ist jeder feste bewegliche Gegenstand, der nach seiner Beschaffenheit und nach den konkreten Umständen seiner Verwendung geeignet ist, eine erhebliche Körperverletzung herbeizuführen (Hardtung, in: MüKo 2021 § 224 Rn. 15 f./20). Das von H verwendete Messer ist ein fester beweglicher Gegenstand, der durch die Einwirkung auf den O sowohl nach seiner objektiven Beschaffenheit (10 cm Klinge)

als auch nach der konkreten Verwendung geeignet war, erhebliche Verletzungen des O hervorzurufen. So kann ein derartiger Stich in den Bauch gravierende, mitunter lebensgefährliche Verletzungen herbeiführen und die inneren Organe nicht nur unerheblich schädigen. H hat die Tat mittels eines gefährlichen Werkzeugs begangen.

bb) Mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich (Nr. 4)

H könnte die Körperverletzung zudem mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begangen haben. Darunter versteht man ein einvernehmliches Zusammenwirken mehrerer am Tatort, sodass die abstrakte Gefährlichkeit der Tat durch die Begehungsweise gesteigert wird. Eine Wahrnehmung der zweiten Person durch das Tatopfer ist hierfür nicht erforderlich (RegE, BT-Drs. 13/8587, 83; BGHSt 2 160 (163); Hardtung, in: MüKo § 224 Rn. 35/36). H und R sind gemeinsam am Tatort anwesend und R hat dem H die Tatwaffe besorgt. Allerdings tritt R dem O nicht gefahrerhöhend entgegen. Er wirkt an der Körperverletzung in keiner Weise mit und ist weder unterstützungsbereit, noch suggeriert er gegenüber O eine solche Bereitschaft. Die Anwesenheit des R am Tatort wirkte sich mithin nicht gefahrerhöhend aus, sodass H und R die Körperverletzung nicht gemeinschaftlich begangen haben.

cc) Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung (Nr. 5)

Ferner könnte H § 224 I Nr. 5 StGB verwirklicht haben. Dann müsste der Stich mit dem Messer in den Bauch des O eine das Leben gefährdende Handlung darstellen. Der Stich wurde durch die Kleidung des O abgemildert, so dass dieser keiner konkreten Lebensgefahr ausgesetzt war. Fraglich ist, ob für die Verwirklichung des § 224 I Nr. 5 StGB auch eine abstrakte Lebensgefahr ausreicht. Dies ist **umstritten**.

Nach der Rechtsprechung sowie der hM genügt es für die Verwirklichung des § 224 I Nr. 5 StGB, wenn die Begehungsweise nach den Umständen des konkreten Falles objektiv generell geeignet ist, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen. Ein Stich mit einem Messer mit einer Klingenlänge von 10 cm in den Bauchraum ist grundsätzlich geeignet, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen. Mithin liegt nach dieser Ansicht eine das Leben gefährdende Behandlung vor.

Nach anderer Ansicht muss im zu beurteilenden Fall auch eine konkrete Lebensgefahr eingetreten sein. Da O nicht lebensgefährlich verletzt wurde, hat H nach dieser Ansicht § 224 I Nr. 5 StGB nicht verwirklicht.

Da die Ansichten im vorliegenden Fall zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist ein Streitentscheid erforderlich. Gegen die letztgenannte Ansicht spricht der Wortlaut der

Norm, welcher von einer das Leben gefährdenden *Behandlung* spricht. Dies bezieht sich auf die Tathandlung, so dass nicht der eingetretene Taterfolg, also die tatsächlich zugefügte Verletzung lebensgefährlich sein muss. Vielmehr reicht es, wenn die Tathandlung grundsätzlich geeignet war, eine Lebensgefahr hervorzurufen (BGHSt 36, 1 (9); Hardtung, in: MüKo 4. Auflage 2021, § 224 Rn. 40). Zudem würde eine derart restriktive Auslegung § 224 I Nr. 5 zu weit von den anderen Varianten des § 224 I entfernen (Rengier, BT II, § 14 Rn. 50). Demnach sprechen die besseren Argumente für die erstgenannte Ansicht.

H hat die Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen.

2. Subjektiver Tatbestand

H hatte die Absicht, den O durch den Stich mit dem Messer erheblich, mitunter lebensgefährlich zu verletzen. Er handelte also vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit (+)

III. Schuld (+)

IV. Ergebnis

H hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung nach § 223 I, 224 I Nrn. 2 und 5 StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit gemäß § 303 StGB

Indem H mit dem Messer durch die Kleidung des O stach, beschädigte er diese, also fremde bewegliche Sachen, rechtswidrig und schuldhaft.

Strafbarkeit des R

D. Strafbarkeit gemäß §§ 211 I, 212 I, 22, 23 I, 26 StGB

R könnte sich gemäß §§ 211 I, 212 I, 22, 23 I, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem er dem H riet, dessen zukünftiges Opfer zu töten, um möglichst lange ins Gefängnis zu kommen.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat

Eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat des H liegt vor (s.o. unter A. I. und II.). Dass H strafbefreiend von der Tat zurückgetreten ist, hat – aufgrund der limitierten Akzessorietät – keinen Einfluss auf der Strafbarkeit eines Teilnehmers.

b) Bestimmen

R müsste den H zu dieser Tat auch bestimmt haben. Unter Bestimmen versteht man das zumindest mitursächliche Hervorrufen des Tatentschlusses beim Haupttäter. Streitig ist, ob hierfür jedes kausale Handeln des Anstifters genügt oder ob ein kommunikativer Akt im Verhältnis zum Haupttäter erforderlich ist. R rät dem H ausdrücklich zu einer Tötung. Mithin liegt ein kommunikativer Akt vor.

Nach anderer Ansicht erfordert ein Bestimmen zur Haupttat einen sogenannten Unrechtspakt (Puppe, NStZ 06, 424 ff.). Letztere Ansicht ist jedoch abzulehnen. Sie verengt den Anwendungsbereich des § 26 StGB weitgehend und rückt die Anstiftung zu nahe an eine Mittäterschaft. (Ingelfinger, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, § 26 Rn. 8) Da die erstgenannten Ansichten vorliegend zu keinem unterschiedlichen Ergebnis führen, ist ein weiterer Streitentscheid nicht erforderlich.

Fraglich ist jedoch, ob R den Tatentschluss des H zumindest mitursächlich hervorgerufen hat, denn H war im Zeitpunkt des Ratschlags des R bereits fest entschlossen, irgendjemanden niederzustechen. Insofern war H zum Zeitpunkt der Anstiftungshandlung bezüglich der Begehung einer gefährlichen Körperverletzung bereits *omnimodo facturus*.

Etwas anderes könnte sich jedoch daraus ergeben, dass H zum Tatzeitpunkt noch keinen Vorsatz zur Tötung eines anderen Menschen hatte. Es könnte sich hierbei um einen Fall der sogenannten **Umstiftung** handeln. Eine solche liegt vor, wenn ein zu einer bestimmten Tat bereits fest entschlossener Täter zur Begehung einer anderen Tat verleitet wird. Eine andere Tat soll dann vorliegen, wenn sich die neue Tat gegen ein anderes Rechtsgut oder gegen eine andere Person richtet (Joecks/Scheinfeld, in: MüKo 2020, § 26 Rn. 49; Kudlich, in BeckOK 05/2022, § 26 Rn. 18). Vorliegend richtet sich die geplante Tat des H zunächst gegen die körperliche Unversehrtheit. Der Ratschlag des R verleitet den H zu einer gegen das Leben gerichteten Tat. Mithin liegen den Taten unterschiedliche

Rechtsgüter zu Grunde. Eine solche Umstiftung ist als Anstiftung zu bewerten (BGH NSTZ-RR 1996, 1). R hat den H zu dessen Tat bestimmt.

2. Subjektiver Tatbestand

R müsste ferner sowohl hinsichtlich der Haupttat des H als auch hinsichtlich der eigenen Anstiftungshandlung vorsätzlich gehandelt haben. R wusste, dass H den O mit einem Messer heimtückisch töten wollte. Zudem wusste und wollte R bei H einen Tötungsvorsatz hervorrufen, ihn mithin zu der Tat bestimmen. R handelte vorsätzlich.

II. Durchbrechung der Akzessorietät gem. § 28 II StGB

Fraglich ist, ob R zudem besondere persönliche Merkmale (§14 I StGB) im Sinne des § 28 StGB verwirklicht hat und inwiefern sich dies auf seine Strafbarkeit auswirkt.

1. Vorliegen besonderer persönlicher Merkmale

Die in § 28 StGB genannten Rechtswirkungen gelten nur für täterbezogene Merkmale. Diese sind von tatbezogenen Merkmalen abzugrenzen. Im Einzelnen sind die Abgrenzungskriterien zur Bestimmung besonderer persönlicher Merkmale umstritten (Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder 2019, § 28 Rn. 15).

Unter tatbezogenen Merkmalen versteht man solche, die die Verwerflichkeit der Tat erhöhen oder das äußere Bild der Tat prägen, indem eine besondere Gefährlichkeit des Täterverhaltens gekennzeichnet oder die Ausführungsart des Delikts beschrieben wird (BGH 22, 380; BGH 55, 232). Täterbezogen sind hingegen solche Merkmale, welche die Höchstpersönlichkeit der Tat kennzeichnen (Rengier, AT § 46 Rn. 1). Dazu zählen nach ganz hM auch die Mordmerkmale der 1. sowie der 3. Gruppe (Gerhold, JA 2019, 721 (724); Neumann/Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, § 28 Rn. 20 und § 211 Rn. 114; Wenkel, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, § 211 Rn. 40). In Betracht kommen Habgier sowie eine Ermöglichungsabsicht durch R.

Habgier ist jedes hemmungs- und rücksichtslose Gewinnstreben um den Preis eines Menschenlebens. Dies setzt voraus, dass das Vermögen des Täters durch den Tod des Opfers unmittelbar vermehrt wird oder durch die Tat jedenfalls eine sonst nicht vorhandene Aussicht auf eine unmittelbare Vermögensvermehrung entsteht (BGH NJW 93, 1664). R möchte den Schlafsack des O erlangen. Dabei beabsichtigt er, in dem erwarteten Getümmel nach dem Schlag des H den Schlafsack aus dem ein paar Meter neben O stehenden

Gepäck herauszuziehen. Er erstrebt damit hemmungs- und rücksichtslos eine Vermögensmehrung um den Preis des Lebens des O. R handelte habgierig.

R könnte ferner mit Ermöglichungsabsicht gehandelt haben. Die Tötung dient der Ermöglichung einer anderen Straftat im Sinne des § 211 II StGB, sofern diese zur Erreichung eines weiteren kriminellen Ziels dient. Dabei genügt es, wenn der Täter sich durch die Tötung erhofft, die andere Straftat rascher oder leichter begehen zu können (BGH NSTZ 2015, 693). Für die auf Ermöglichung gerichtete Absicht ist zielgerichtetes Handeln erforderlich (BGH NSTZ 96, 81). R hat die Absicht, die Haupttat des H dazu auszunutzen, dem O seinen Schlafsack wegzunehmen, um ihn selbst zu verwenden. Dieses Verhalten wäre als Diebstahl oder Unterschlagung strafbar.

Hinweis: Obwohl hier eigentlich entschieden werden müsste, welche Straftat R beabsichtigt hatte, wäre es nicht geschickt, die nachfolgende Wegnahme des Schlafsacks inzident zu prüfen oder gar – entgegen der Chronologie – vor der Anstiftung zum Mord des H. Deshalb genügt es, wenn hier nur behauptet wird, dass die beabsichtigte Wegnahme zweifelsfrei eine Straftat darstellen würde.

R handelte mit Ermöglichungsabsicht.

2.) Anwendbarkeit von § 28 I oder § 28 II StGB

Fraglich ist, wie sich das Vorliegen dieser täterbezogenen Mordmerkmale auswirkt. Gemäß § 28 II StGB gelten besondere persönliche Merkmale, welche die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, nur für den Beteiligten, bei dem sie vorliegen. § 28 I StGB hingegen bestimmt, dass besondere persönliche Merkmale, welche die Strafbarkeit des Täters begründen, aber beim Teilnehmer fehlen, lediglich eine Strafmilderung bewirken. Zu entscheiden ist demnach, ob es sich bei den von R verwirklichten subjektiven Mordmerkmalen um strafschärfende oder strafbegründende Merkmale handelt. Die Lösung hängt davon ab, welcher **Auffassung zum systematischen Verhältnis zwischen Mord- und Totschlagstatbestand** gefolgt wird.

a) Nach der Literaturansicht ist der Mord eine Qualifikation zum Totschlag, so dass die Merkmale strafschärfend wirken (Neumann/Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen 2017, § 211 Rn. 117; Wenkel, in: Dölling/Duttge/König/Rösner, Gesamtes Strafrecht, §

211 Rn. 40). Demnach wäre § 28 II StGB anzuwenden. Die Verwirklichung der besonderen persönlichen Merkmale durch R wäre bei dessen Strafbarkeit zu berücksichtigen.

b) Anders verhält es sich nach der Rechtsprechungsansicht. Demnach sind Totschlag und Mord zwei selbstständige, voneinander unabhängige Tatbestände (BGHSt 22, 375 (377)). Nach dieser Auffassung wäre die Verwirklichung subjektiver Mordmerkmale mithin strafbegründend, so dass § 28 I StGB zur Anwendung käme. Demnach blieben die Merkmale der Habgier sowie der Ermöglichungsabsicht bei R unbeachtlich, denn § 28 I StGB regelt nur den Fall, dass besondere persönliche Merkmale, die der Täter verwirklicht, beim Teilnehmer fehlen. Der Gesetzeswortlaut sieht jedoch keine Berücksichtigung besonderer persönlicher Merkmale, die beim Teilnehmer vorliegen, beim Täter jedoch fehlen, vor. Die Verwirklichung strafbarkeitsbegründender Merkmale durch den Teilnehmer kann über § 28 I StGB daher nicht berücksichtigt werden (Neumann/Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen 2017, § 211 Rn. 120).

c) Da Rechtsprechung und Literatur vorliegend zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist ein Streitentscheid erforderlich.

Für die Auffassung der Rechtsprechung spricht zunächst eine historisch geprägte Lesart der Tatbestände. Bei der Reformierung der Tötungsdelikte 1941 prägte das NS-Ideal des Täter- und Gesinnungsstrafrechts die Diskussion. Die Verwendung der Begriffe Mörder und Totschläger sollte die Abkehr vom Tatstrafrecht verdeutlichen und der Tätertypenlehre zum Durchbruch verhelfen. Nach dieser soll es sich bei Mördern um gänzlich andere „Verbrecherpersönlichkeiten“ handeln als bei Totschlägern. Demnach könnten die Tatbestände §§ 211 und 212 nicht in einem Stufenverhältnis zueinander stehen (Gerhold, JA 2019, 721 (725)).

Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen. Eine Auslegung, die sich an der Tätertypenlehre orientiert, widerspricht bereits den Wertungen des Grundgesetzes (Gerhold, JA 2019, 721 (726)). Der Wortlaut des § 212 „ohne Mörder zu sein“ ist ferner offen und kann sowohl für die Literatur- als auch die Rechtsprechungsansicht herangezogen werden (Rengier, BT II, § 4 Rn. 1). Maßgeblich ist insbesondere, dass die Ansicht der Rechtsprechung in mehreren Fallkonstellationen, wie auch der hier vorliegenden, zu wenig befriedigenden Ergebnissen führt. Dies zeigt sich schon daran, dass die Rechtsprechung gehäuft Korrekturen vornimmt, um unbillige Ergebnisse zu vermeiden (Neumann/Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen 2017, § 211 Rn. 118 ff.; Eser/Sternberg-Lieben in:

Schönke/Schröder 2019 § 211 Rn. 54c; Rengier, BT II § 4 Rn. 1) Weiterhin könnte nach dem Verständnis der Rechtsprechung die Tat trotz Vorliegen eines Mordmerkmals verjähren (Gerhold, JA 2019, 721 (724)).

In systematischer Hinsicht wird darüber hinaus angeführt, dass § 211 StGB vor § 212 StGB steht. In aller Regel steht jedoch zuerst das Grunddelikt und danach die Qualifikation, so dass § 212 StGB nicht der Grundtatbestand zu § 211 StGB sein könne. Gegen dieses Argument wendet die Literatur ein, dass es dem Gesetzgeber allein darum ging, die besondere Bedeutung des Mordtatbestandes hervorzuheben, nicht aber das Verhältnis zwischen Mord und Totschlag festzulegen. Dafür spricht auch, dass die Deliktsnatur der Tatbestände nicht nach ihrer Position im Gesetz, sondern nach strukturellen Maßstäben zu beurteilen ist. § 211 StGB und § 212 StGB schützen mit dem Leben dasselbe Rechtsgut. Zudem enthält § 211 StGB den gesamten Unrechtstatbestand des § 212 StGB. § 212 StGB beschreibt darüber hinausgehend die vorsätzliche Tötung unter erschwerenden Umständen. Zu dem Grundtatbestand des § 212 StGB kommen mithin lediglich besondere Motive/Absichten/Begehungsweisen hinzu, so dass § 211 StGB eindeutig die Kriterien einer Qualifikation erfüllt (Schneider, in: MüKo, Vor §§ 211 ff. Rn. 188).

Mithin gelingt es der Literatur, die von der Rechtsprechung angeführte Argumentation überzeugend zu entkräften. § 211 StGB ist Qualifikationstatbestand zu § 212 StGB. § 28 II StGB ist anzuwenden.

3. Ergebnis

Die von R verwirklichten subjektiven Mordmerkmale sind mithin für dessen Strafbarkeit maßgeblich.

Hinweis: Wer bei H eine heimtückische Begehung verneint und deshalb nur einen Totschlag angenommen hatte, muss jetzt eine Tatbestandsverschiebung feststellen: R ist – im Gegensatz zum Haupttäter – wegen Anstiftung zum Mord strafbar.

III./IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

H handelte rechtswidrig und schuldhaft.

VI. Ergebnis

H hat sich gemäß §§ 211 I, 212 I, 23, 26 StGB strafbar gemacht.

E. Strafbarkeit gemäß §§ 211 I, 212 I, 23, 27 I StGB

Die Beihilfe des R zum versuchten Mord des H aufgrund der Übergabe des Tatwerkzeuges tritt aufgrund materieller Subsidiarität hinter die verwirklichte Anstiftung zurück.

F. Strafbarkeit gemäß § 223 I, 224 I Nrn. 2 und 5, 27 I StGB

R könnte sich gemäß § 223 I, 224 I, 27 I StGB strafbar gemacht haben, indem er dem H das Tatwerkzeug besorgte.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat

H hat sich gemäß § 223 I, 224 I Nrn. 2 und 5 StGB strafbar gemacht (s.o. unter B.). Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat liegt vor.

b) Hilfe leisten

R müsste dem H zu dieser Tat auch Hilfe geleistet haben. Darunter versteht man jedes, nicht notwendig kausale, Fördern der Haupttat. Indem R dem H das Messer besorgte, erleichterte er ihm zumindest die Ausführung der konkreten Tat.

2. Subjektiver Tatbestand

R handelte sowohl hinsichtlich der Tat des H als auch der Hilfeleistung vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.

III. Ergebnis

R hat sich gemäß § 223 I, 224 I Nrn. 2 und 5, 27 StGB strafbar gemacht.

G. Strafbarkeit gemäß §§ 303 I, 27 I StGB

Indem H dem R das Messer besorgte, mit welchem dieser die Kleidung des O durchstach, hat er diesem auch zur Sachbeschädigung Hilfe geleistet. Dabei handelte er auch mit dem erforderlichen Vorsatz, rechtswidrig und schuldhaft. R hat sich gemäß §§ 303 I, 27 I StGB strafbar gemacht.

2. Tatkomplex: Der Schlafsack – Strafbarkeit des R

H. Strafbarkeit § 242 I StGB

R könnte sich gemäß § 242 I StGB strafbar gemacht haben, indem er den Schlafsack aus dem Gepäck des O zog.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Bei dem Schlafsack handelt es sich um eine fremde bewegliche Sache. Diese müsste der R auch weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams. Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen wird und deren Reichweite durch die Verkehrsauffassung bestimmt wird. Das Gepäck des O ist diesem – auch wenn er schlief und sein Gepäck ein paar Meter von ihm entfernt stand – sozial-normativ zugeordnet, stand mithin in dessen Gewahrsam.

Diesen müsste R auch gebrochen haben. Ein Gewahrsamsbruch liegt vor, wenn der Täter die Sache ohne oder gegen den Willen des Tatopfers an sich bringt. R handelte gegen den Willen des O. Ferner hat er durch die Ansichnahme des Schlafsacks auch neuen Gewahrsam begründet. Eine Wegnahme liegt vor.

2. Subjektiver Tatbestand

R müsste auch vorsätzlich gehandelt haben. Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass R zum Zeitpunkt der Tat davon ausging, dass O aufgrund des Messerstichs bereits gestorben sei. Mit dem Tod des O wären dessen Erben gemäß § 1922 BGB Eigentümer des Schlafsacks geworden. § 857 BGB fingiert zudem den Besitz der Erben, sog. Erbenbesitz (*Grüneberg-Herrler*, BGB, § 857 Rn. 1). Dieser lässt sich jedoch nicht auf den strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff übertragen, denn solange die Erben nicht von dem Tod des Erblassers erfahren haben, konnten sie auch keinen Herrschaftswillen bezüglich der Sachen im Vermögen des Erblassers bilden. R ging demnach davon aus, dass der Schlafsack zum Zeitpunkt der Tat gewahrsamslos war.

Mithin lag nach der Vorstellung des R keine Wegnahme vor. Da er einen Umstand nicht kannte, der zum gesetzlichen Tatbestand des § 242 I StGB gehört, handelte R nicht vorsätzlich (§ 16 I StGB).

II. Ergebnis

R hat sich nicht gemäß § 242 I StGB strafbar gemacht.

I. Strafbarkeit § 246 I StGB

R könnte sich gemäß § 246 I strafbar gemacht haben, indem er den Schlafsack an sich nahm.

I. Tatbestand

Der Schlafsack war als fremde bewegliche Sache ein taugliches Tatobjekt. R müsste sich diesen auch zueignet haben. Eine Zueignung ist gegeben, wenn sich der Zueignungswille manifestiert hat. Dieser besteht aus zwei Komponenten: dem Aneignungsvorsatz (im Gegensatz zur für § 242 StGB erforderlichen Aneignungs*absicht*: Rengier, BT I, § 5 Rn. 18) und dem Enteignungsvorsatz. Der Aneignungsvorsatz erfordert, dass der Täter das Tatobjekt in sein Vermögen einverleiben und sich wie ein Eigentümer gerieren möchte. R möchte den Schlafsack für sich behalten und ihn für eigene Zwecke verwenden. Er handelte demnach mit Aneignungs- und Enteignungsvorsatz.

Weiterhin müsste sich der Zueignungswille des R auch objektiv manifestiert haben. Demnach müsste ein nach außen erkennbares Verhalten des R verlässlich zum Ausdruck bringen, dass dieser die Sache behalten will (Manifestationstheorie) (Rengier, BT I, § 5 Rn. 24). Indem R den Schlafsack des O an sich nahm, wird für einen objektiven Beobachter hinreichend deutlich, dass er diesen behalten will. Der Zueignungswille des R hat sich manifestiert.

Die Zueignung erfolgte auch rechtswidrig. Zudem handelte R wissentlich und willentlich bezüglich der Tatbestandsverwirklichung.

II. Rechtswidrigkeit und **Schuld** liegen vor.

III. Ergebnis

R hat sich gemäß § 246 I StGB strafbar gemacht.

Konkurrenzen und Gesamtergebnis

H hat sich gemäß §§ 223 I, 224 I, § 303 I, § 52 StGB strafbar gemacht. Vom versuchten Mord an O ist er strafbefreiend zurückgetreten.

R hat sich gemäß §§ 211 I, 212 I, 22, 23 I, 26 StGB strafbar gemacht. Die Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung bleibt hierneben aus Klarstellungsgründen in Idealkonkurrenz stehen (*anders vertretbar*). Hierzu steht in Tatmehrheit gemäß § 53 StGB die von R verwirklichte Unterschlagung gemäß § 246 I StGB.

Demnach ergibt sich für R folgende Strafbarkeit: §§ 211 I, 212 I, 22, 23 I, 26, §§ 223 I, 224 I, 27 I, §§ 303 I, 27 I, § 52; § 246 I; § 53 StGB.