Juristischer Studienkurs

Herausgegeben von
Prof. Dr. Volker Beuthien, Marburg, Prof. Dr. Hans-Uwe Erichsen, Bochum
und Prof. Dr. Albin Eser, Tübingen

Eser, Strafrecht II

STRAFRECHT II

Schwerpunkte:
Fahrlässigkeit · Unterlassung · Versuch
Tatbeteiligung · Konkurrenzen

von

Dr. Albin Eser, M. C. J.
o. Professor an der Universität Tübingen
Richter am Oberlandesgericht Stuttgart

3., überarbeitete und erweiterte Auflage

unter Mitarbeit von

Dr. Björn Burkhardt
Professor an der Universität Göttingen



Verlag C. H. Beck München 1980

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Eser, Albin:
Strafrecht / von Albin Eser. – München : Beck.
Teilw. im Athenäum-Verl., Frankfurt, Main.
2. Schwerpunkte Fahrlässigkeit, Unterlassung, Versuch, Totbeteiligung, Konkurrenz / unter Mitarb. von Björn Burkhardt. – 3., überarb. u. erg. Aufl. – 1980.
(Juristischer Studienkurs)
ISBN 3-406-07927-X

ISBN 340607927X
Satz und Druck der C. H. Beck'schen Buchdruckerei Nördlingen

Meiner Mutter
sowie
zum Gedächtnis
meines Vaters

Vorwort zur 3. Auflage

Nachdem vor kurzem STUDIENKURS STRAFRECHT I in 3. Auflage erschienen ist, war mir daran gelegen, auch STRAFRECHT II rasch nachfolgen zu lassen; denn diese beiden Bände bilden insofern eine innere Einheit, als in ihnen vorwiegend Probleme des Allgemeinen Teils behandelt werden. Dabei liegt im STRAFRECHT II das Schwergewicht auf den besonderen Erscheinungsformen des Verbrechens.

Aufbau und Inhalt von STRAFRECHT II konnten in ihrer Grundanlage durchweg aufrechterhalten bleiben. Hinzugekommen ist jedoch ein völlig neuer Fall zu den bislang noch nicht zusammenfassend behandelten *Konkurrenzen* (Kurpfuscher-Fall Nr. 49). Im übrigen konnte sich die Überarbeitung im wesentlichen darauf konzentrieren, weitere Ergänzungen und Verbesserungen sowohl inhaltlicher wie didaktischer Art anzubringen sowie die zwischenzeitlich erschienene Rechtsprechung und Literatur einzuarbeiten.

Das Manuskript wurde Mitte Juni 1980 abgeschlossen. Soweit erreichbar und technisch möglich, wurden spätere Veröffentlichungen noch bis Mitte August berücksichtigt.

Für wertvolle Mitarbeit habe ich wiederum Herrn Dr. *Björn Burkhardt* zu danken. Obgleich er im Hinblick auf seine inzwischen angetretene Professur in Göttingen selbst bereits anderweitig stark in Anspruch genommen war, stand er mir doch immer wieder mit Rat und Hilfe bereitwilligst zur Verfügung. Die oft recht mühevolle Übertragung überarbeiteter Partien in Reinschrift lag wiederum in den bewährten Händen von Frau *Renate Haller*; in Stoßzeiten wurde sie bereitwillig von Frau cand. iur. *Birgit Gutjahr* unterstützt. Nicht zuletzt habe ich den Herren cand. iur. *Claus Belling* und *Otto Lagodny* für tatkräftige Unterstützung bei den redaktionellen Vor- und Abschlußarbeiten einschließlich des Mitlesens der Korrekturen zu danken.

Das Buch ist meiner Mutter sowie dem Gedächtnis meines Vaters gewidmet – in tiefer Dankbarkeit für die mannigfachen Mühen und Entbehrungen, die sie aufopferungsvoll für ihren Sohn auf sich genommen haben.

Zur Zielsetzung und Anlage des STUDIENKURSES STRAFRECHT darf ich im übrigen auf das Vorwort zur 1. Auflage verweisen.

Tübingen, im August 1980 *Albin Eser*

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

Der STUDIENKURS STRAFRECHT ist aus dem Bemühen um exemplarisch problemorientiertes Lehren und Lernen erwachsen. Angesichts eines kaum noch überschaubaren Rechtsstoffes kann das Ziel des rechtswissenschaftlichen Studiums und Examens nicht mehr im Aufnehmen und Wiedergeben von Einzelwissen liegen. Was der Jurist mehr denn je braucht, ist die Fähigkeit, mit Hilfe des wesentlichen Grundlagenstoffes auch unbekannte Sachverhalte in ihrem Problemgehalt zu durchschauen und eigenständig methoden- und sachgerecht zu beurteilen.

Für Lehre und Studium ergibt sich daraus eine dreifache Zielsetzung:

- Vermittlung und Aktualisierung von transferierbarem Grundlagenwissen
- Einübung in die Methodik juristischer Argumentation
- Anleitung zu kritischer Reflexion des tradierten Rechtsstoffes.

Dazu einen Beitrag zu leisten, versucht der STUDIENKURS STRAFRECHT durch Fallanalyse und Problemvertiefung nach induktiver Methode.

- Ausgangspunkt und Leitlinie bildet daher jeweils ein höchstrichterlich entschiedener Fall. Um die Möglichkeit zu eigenständiger Beurteilung und Kontrolle zu verschaffen, werden dessen wesentliche Entscheidungsgründe durchwegs voll abgedruckt.
- Daran knüpft die Problemvertiefung an: Das Urteil wird auf seine Stichhaltigkeit oder Ergänzungsbedürftigkeit hin überprüft und dabei wird der Blick ausgeweitet auf den sachlichen Gesamtzusammenhang, aus dem heraus der Einzelfall zu begreifen ist und in den vergleichbare Fälle hineinzustellen sind.

Der STUDIENKURS STRAFRECHT will daher weder Lehrbuch noch Kommentar ersetzen und auch bereits vorhandenen Fallsammlungen nicht einfach eine weitere hinzufügen. Vielmehr erhofft er auf seine Weise dreierlei zu erreichen:

- Bereits dem Anfänger soll ein Grundstock wichtiger Entscheidungen vermittelt werden.
- Dem Fortschreitenden soll durch kritische Analyse der methodengerechte Umgang mit Entscheidungsmaterial demonstriert und der Blick für Relevanz und Konsequenz rechtlichen Argumentierens geschärft werden.
- Dem Examenskandidaten soll durch entsprechende Auswahl der Fälle und Erörterungen nochmals ein Überblick über grundlegende Problembereiche verschafft werden.

Der STUDIENKURS STRAFRECHT ist auf 4 Hefte angelegt. Ohne dabei streng der herkömmlichen Einteilung im Allgemeinen und Besonderen Teil folgen zu wollen, blieb die Problemaufgliederung doch durch gewisse Systemzusammenhänge vorgezeichnet:

- In StrafR I liegt der Schwerpunkt auf allgemeinen Fragen: Auslegung – Analogieverbot – Strafzwecke – Handlungslehre – Kausalität – Rechtfertigungsgründe – Vorsatz – Irrtum.
- In StrafR II werden die allgemeinen Probleme fortgesetzt: Fahrlässigkeit – Unterlassungsdelikte – Versuch – Teilnahme.
- In StrafR III steht der Schutz der Person im Vordergrund: Tötung – Abtreibung – Körperverletzung – Freiheitsdelikte – Ehrdelikte. (Hinzukommen werden dann noch Delikte gegen Gemeinschaftswerte: Rechtspflegedelikte – Amtsdelikte – Brandstifung).
- In StrafR IV werden vorwiegend die Tatbestände zum Schutz von Eigentum und Vermögen behandelt. (Einbezogen wurden die Urkundsdelikte).

Mein herzlicher Dank gilt allen, die in irgendeiner Weise zum Erscheinen dieses Studienkurses beigetragen haben. Besondere Hervorhebung verdient die Assistenz von Herrn *Björn Burkhardt*, der einen Teil der Entwürfe erarbeitet und die Erörterungen mit mannigfachen Anregungen bereichert hat.

Der STUDIENKURS STRAFRECHT ist ein Experiment – sowohl was die Auswahl der Fälle und Problembereiche als auch die Art der Durchführung anbelangt. Kritik und Anregungen finden ein offenes Ohr.

Bielefeld, im Oktober 1971 *Albin Eser*

Benutzungshinweise

Aufbau: Wie im Vorwort zur 1. Auflage bereits angedeutet, steht im Mittelpunkt der einzelnen Abschnitte jeweils ein höchstrichterlich entschiedener Fall. Demgemäß ist der Aufbau des STUDIENKURSES STRAFRECHT nicht streng systematisch-, sondern problemorientiert.

Die einzelnen Fälle haben durchweg den gleichen Aufbau:

- *Überschrift:* Angabe der im Mittelpunkt des Falles stehenden Themen
- *Fundstelle* und *Sachverhaltsdarstellung*
- Einführung in die *Problemstellung* (= P), deren eigenes Durchdenken das Verständnis und die Kontrolle der nachfolgenden Entscheidungsgründe erleichtern soll.
- *„Aus den Gründen":* Abdruck der wesentlichen Entscheidungsgründe durch besondere drucktechnische Hervorhebung (= E). Etwaige Auslassungen sind durch ... gekennzeichnet. Die fettgedruckten Zahlen in eckigen Klammern, z. B. [93], beziehen sich auf die eingangs angegebene Fundstelle der Entscheidung (z. B. BGHSt 15, 91) und zeigen jeweils den Beginn der betreffenden Seite an, so daß eine genaue Zitierung nach der amtlichen Sammlung möglich ist (z. B. BGHSt 15, 91/93).
- *„Zur Erläuterung und Vertiefung"* (= A): Hier beginnt die eigentliche Fallanalyse und Problemerörterung.
- *Schrifttum:* Hier finden sich die Fundstellen der im Fall erörterten Probleme in den heute gängigen Lehrbüchern und Kommentaren sowie weiterführende Literaturhinweise.

Gesetzeslage und Gesetzesbezeichnungen: Soweit eine Entscheidung noch auf der bis zum 31. 12. 1974 geltenden Fassung des StGB beruht, ist dies durch den Klammerzusatz a. F., gegebenenfalls in Verbindung mit der neuen Vorschrift, gekennzeichnet. Beispiel: § 50 II [a. F.; § 28 I] bedeutet: § 50 II in der bis zum 31. 12. 1974 geltenden Fassung, entspricht § 28 I der seit dem 1. 1. 1975 geltenden Fassung.

Bei §§ ohne nähere Bezeichnung handelt es sich um die Bestimmung des StGB der seit dem 1. 1. 1975 geltenden Fassung aufgrund des 2. StrRG bzw. des EGStGB von 1974. Die bis dahin geltende Fassung ist mit a. F. gekennzeichnet.

- Zu *sonstigen* Gesetzesbezeichnungen vgl. das Abkürzungsverzeichnis S. 14ff.

Literaturauswahl: Nicht zuletzt aufgrund der Erfahrung, daß bei zehn Literaturhinweisen die Chance, daß auch nur einem davon nachgegangen wird, meist geringer ist, als wenn man sich von vornherein mit ganz wenigen Hinweisen begnügt, wurde die Literaturauswahl auf ein – hoffentlich noch vertretbares – Minimum beschränkt. Daß dabei Art und Umfang der Auswahl keine letzte Objektivität für sich in Anspruch nehmen können, dürfte sich von selbst verstehen. Sofern es sich nicht um ganz grundlegende Untersuchungen handelte, wurden jeweils Darstellungen bevorzugt, die ein besonderes Maß von weiterführendem Informationswert bieten und nicht zuletzt auch auf den Studenten zugeschnitten sind.

- Wenn im Text der Kürze halber gelegentlich nur *Namen ohne nähere Fundstelle* genannt sind, so ist diese entweder dem an gleicher Stelle voll zitierten Werk oder den Schrifttumshinweisen am Ende des betreffenden Falles zu entnehmen. Beispiel: *Baumann, Jescheck, M-Zipf* I/1 15 II C: bedeutet, daß die Fundstelle für *Baumann* usw. sich bei *M-Zipf* bzw. in den Schriftumshinweisen am Ende des Falles findet.

Rechtsprechung: Für die Auswahl der Rechtsprechung gilt das zur Literaturauswahl Gesagte entsprechend.

- Soweit eine Entscheidung hier *voll abgedruckt* ist, findet sich dabei gleichzeitig eine weitere Fundstelle.
- Soweit eine Entscheidung *sonstwie berücksichtigt* wurde, ist im Text jeweils nur eine Fundstelle, gegebenenfalls die der amtlichen Sammlung, vermerkt. Vgl. im übrigen auch die obigen Hinweise zu *„Aus den Gründen"*.

Verweisungen: Soweit auf andere Stellen des STUDIENKURSES STRAFRECHT zu verweisen ist, geschieht das nicht nach Seitenzahlen, sondern nach *Randnummern.* Dabei wird jeweils nur Name und Nr. des angesprochenen Falles sowie die einschlägige Randnummer angegeben. Dabei bezieht sich E auf die Entscheidungsgründe, A auf die Problemvertiefung, P auf die Problemstellung. Soweit nur auf eine Randnummer ohne

weitere Fallbezeichnung verwiesen ist, handelt es sich um den jeweils gerade behandelten Fall.

– Verweisungen auf jeweils andere Bände des STUDIENKURSES STRAFRECHT erfolgen mit: StrafR I, III, IV.

– Dementsprechend empfiehlt sich als *Zitierweise* für den STUDIENKURS STRAFRECHT: z. B. *Eser*, StrafR II Nr. 26 A 13.

Inhaltsübersicht: Aus der Inhaltsübersicht (Seite 11f.) ergibt sich nur ein ganz grober Überblick über die behandelten Probleme. Detaillierte Hinweise finden sich im Sachregister (Anhang), das sowohl für StrafR I wie für StrafR II gilt.

Der **Schreibrand** möchte als Aufforderung zu „tätigem" Durcharbeiten dieses Studienkurses verstanden sein.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht für Strafrecht I 13
Abkürzungsverzeichnis 14

Fall-Nr.	Hauptstichworte der Thematik	Seite
21	Fahrlässigkeit: Standort – Elemente – Aufbau RGSt 67, 12: Homöopathen-Fall	17
22	Übernahmeverschulden – Kontrollpflichten – Erkundigungspflichten – Schutzzweck BGH NJW 1955, 1487: Rouxhaken-Fall	27
23	Fahrlässigkeit: Kausalität – Vorhersehbarkeit – Vertrauensgrundsatz RGSt 54, 349: Bluter-Fall	31
24	Fahrlässigkeit: Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens RGSt 30, 25: Leinenfänger-Fall	37
25	Unechtes Unterlassungsdelikt – Elemente – Aufbau – Garantenhaftung kraft Übernahme OLG Celle NJW 1961, 1939: Streupflicht-Fall	41
26	Garantenpflicht aus „engen Gemeinschaftsbeziehungen" – Handlungsfähigkeit – Unmöglichkeit – Zumutbarkeit BGHSt 19, 167: Familienkomplott-Fall	53
27	Gefahrbegründendes Vorverhalten (Ingerenz) – Haftung für fremdes Handeln – Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassen BGHSt 19, 152: Ausschank-Fall	61
28	Konkurrenz mehrerer Garantenpflichten: Ingerenz – Sachherrschaft – Aufsichtspflicht OLG Bremen NJW 1957, 72: Terrier-Fall	69
29	Garantenstellung und Garantenpflicht im Verbrechensaufbau – Gebotsirrtum BGHSt 16, 155: Annegret-Fall	75
30	Echtes Unterlassungsdelikt (§ 330c) – Verhältnis zum unechten Unterlassungsdelikt – Zumutbarkeit BGHSt 11, 353: Taschenmesser-Fall	81
31	Verwirklichungsstufen des Verbrechens – Strafgrund und Elemente des Versuchs – Abgrenzung gegenüber Vorbereitungshandlungen BGHSt 22, 80: Lenkradschloß-Fall	87
32	Rücktritt – Ratio der Strafbefreiung – Unbeendeter Versuch – Freiwilligkeit BGHSt 9, 48: Lilo-Fall	99
33	Abgrenzung beendeter/unbeendeter Versuch – Bedingter Vorsatz – Rücktritt vom Unterlassungsversuch BGHSt 22, 330: Stilett-Fall	109
34	Rücktritt vom beendeten Versuch – Ernsthaftes Bemühen um Erfolgsverhinderung – Unfreiwilligkeit bei Entdeckung – Untauglicher Versuch BGH NJW 1973, 632: Vierkantholz-Fall	119
35	Freiwilligkeit des Rücktritts – Rücktritt bei Tatbeteiligung mehrerer RGSt 39, 37: Gummiball-Fall	129

36 Versuch am untauglichen Objekt – Irrtum über ein normatives Tatbestandsmerkmal – Abgrenzung untauglicher Versuch/Wahndelikt
OLG Stuttgart NJW 1962, 65: Finanzierungsbüro-Fall 135

37 Grundformen der Tatbeteiligung – Abgrenzung Täterschaft/Teilnahme
BGHSt 18, 87: Staschynskij-Fall 143

38 Mittelbare Täterschaft – Rechtmäßig handelndes Werkzeug
BGHSt 3, 4: Denunziantin-Fall 153

39 Mittäterschaft: Voraussetzungen – Grenzen
BGHSt 11, 268: Komplizen-Fall 159

40 Sukzessive Mittäterschaft
BGHSt 2, 344: Verkaufsbuden-Fall 165

41 Akzessorietät der Teilnahme – Qualität der Haupttat
BGHSt 9, 370: Pantopon-Fall 169

42 Akzessorietät – „Besondere persönliche Merkmale" – Verjährung
BGHSt 22, 375: Rassenhaß-Fall 177

43 Anstiftung – Omnimodo facturus – Exzeß – Erfolgsqualifiziertes Delikt
BGHSt 19, 339: Stuhlbein-Fall 185

44 Mittelbare Anstiftung (Kettenanstiftung) – Bestimmtheit des Anstiftervorsatzes
BGHSt 6, 359: Paßbeschaffungs-Fall 191

45 Beihilfe – Förderung der Haupttat
RGSt 58, 113: Pessar-Fall 195

46 Gehilfenvorsatz – Exzeß
RGSt 67, 343: Patronen-Fall 201

47 Vorstufen der Teilnahme – Versuchte Anstiftung
BGHSt 6, 308: Wachtmeister-Fall 205

48 Verbrechensverabredung – Unbedingter Handlungswille – Rücktritt
BGHSt 12, 306: Meuterei-Fall 211

49 Konkurrenzen: Handlungseinheit/Handlungsmehrheit – Gesetzeseinheit/Idealkonkurrenz/Realkonkurrenz
BGHSt 28, 11: Kurpfuscher-Fall 219

Anhang: Sachregister 237

Inhaltsübersicht für Strafrecht I

Fall-Nr. Hauptstichworte der Thematik

1 Auslegung – Strafzwecke – „Verteidigung der Rechtsordnung" – Strafaussetzung zur Bewährung
BGHSt 24, 40: Strafaussetzungs-Fall

2 Garantiefunktion des Strafgesetzes – Bestimmtheitsgrundsatz – Rückwirkungsverbot – Analogieverbot – Gewohnheitsrecht
BVerfGE 26, 41: Unfug-Fall

3 Verbrechensbegriff – psychische Tatseite – Handlungsbegriff – Vorsatz/Fahrlässigkeit
BGHSt 7, 363: Lederriemen-Fall

4 Objektive Erfolgszurechnung – Kausalität
BGHSt 1, 332: Gesichtsschlag-Fall

5 Hinzutreten weiterer Ursachen – Unterbrechung des Kausalzusammenhanges – „überholende" und „alternative" Kausalität
BGHSt 4, 360: Rücklichter-Fall

6 „Pflichtwidrigkeitszusammenhang" – Gewißheitsgrad des hypothetischen Kausalverlaufs
BGHSt 11, 1: Radler-Fall

7 Bezugspunkt der Pflichtwidrigkeit – Zeitpunkt-Frage
BGHSt 21, 59: Zahnarzt-Fall

8 Einwilligung – Einverständnis – mutmaßliche Einwilligung
BGHSt 4, 88: Fausthieb-Fall

9 Notwehr: Gegenwärtigkeit des Angriffs – Erforderlichkeit – Einschränkung des Notwehrrechts – Notwehr und Menschenrechtskonvention
RGSt 55, 82: Obstdieb-Fall

10 „Angriff" im Straßenverkehr – notwehrfähiges Rechtsgut – Erforderlichkeit – Putativnotwehr – Nötigung
OLG Dosseldorf NJW 1961, 1783: Fernlicht-Fall

11 Rechtswidrigkeit des Angriffs – subjektive Rechtfertigungselemente – Notwehrprovokation – Notwehrexzeß – actio illicata in causa
OLG Hamm NJW 1965, 1928: Amateurboxer-Fall

12 Rechtfertigender Notstand – Schwangerschaftsabbruch – medizinische Indikation – Pflichtenkollision
RGSt 61, 242: Indikations-Fall

13 Schuldprinzip – Tatvorsatz – Unrechtsbewußtsein – Schuldtheorie – Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums
BGHSt 2, 194: Verbotsirrtum-Fall

14 Irrtum über Rechtfertigungsgründe – eingeschränkte Schuldtheorie – Züchtigungsrecht – rauschbedingter Irrtum
BGHSt 3, 105: Züchtigungs-Fall

15 Abgrenzung Tatumstands-/Subsumtionsirrtum – normative Tatbestandselemente – Parallelwertung in der Laiensphäre
BGHSt 7, 261: Parteiverrats-Fall

16 Vorsatz hinsichtlich Kausalverlauf – Unwesentliche Abweichung des Kausalverlaufs – Zurechnungsunfähigkeit – Dolus generalis
BGHSt 7, 325: Blutrausch-Fall

17 Actio libera in causa – Vollrausch – Error in persona
BGHSt 21, 381: Rausch-Fall

18 Aberratio ictus – Abgrenzung zum Error in objecto – Verletzung Dritter bei Notwehr
RGSt 58, 27: Wanderstock-Fall

19 Entschuldigender Notstand und Pflichtenkollision – Irrtum über Entschuldigungsgründe (Putativnotstand)
RGSt 66, 222: Terror-Fall

20 Persönliche Strafausschließungsgründe – Sonstige (positive oder negative) Strafbarkeitsvoraussetzungen – Strafmilderungsgründe – Irrtum
RGSt 61, 270: Verlobten-Fall

Abkürzungsverzeichnis

Die in diesem Studienkurs verwendeten Abkürzungen entsprechen durchweg dem heute allgemein üblichen Gebrauch, so wie sie bei H. Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl., 1968, wiedergegeben sind. Nachfolgend sind daher nur zusätzliche sowie solche Abkürzungen aufgeführt, die nicht ohne weiteres als bereits bekannt vorausgesetzt werden können.

A	bezieht sich auf Fallanalyse und Problemvertiefung
AE	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, herausgegeben von J. Baumann u. a. 1958 ff.
a. B.	alte Bezeichnung (vgl. zu n. B.)
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung; falls ohne sonstige Angabe, bezogen auf die bis zum Inkrafttreten des 2. StrRG bzw. EGStGB (1. 1. 1975) geltende Fassung)
Angekl (A)	Angeklagter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Baumann	Baumann, Jürgen, Strafrecht, Allg. Teil, 8. Aufl. 1977
BeschwF	Beschwerdeführer
Blei I	Blei, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 17. Aufl. 1977
Blei II	Blei, Strafrecht, Besonderer Teil, 11. Aufl. 1978
Bockelmann	Bockelmann, Strafrecht, Allg. Teil, 3. Aufl. 1979
Bockelmann-FS	Festschrift f. P. Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache (zitiert nach Nr. und Seite)
Bruns	Bruns, Hans-Jürgen, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl. 1974
Bruns-FS	Festschrift f. H.-J. Bruns zum 70. Geburtstag, 1978
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache (zitiert nach Wahlperiode u. Seitenzahl)
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
DAR	Deutsches Autorecht (zitiert nach Jahr u. Seite)
Dreher-FS	Festschrift f. E. Dreher zum 70. Geburtstag, 1977
D-Tröndle	Dreher-Tröndle, Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 39. Aufl. 1980
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (zitiert nach Jahr u. Seite)
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift (zitiert nach Jahr u. Seite)
DStR n. F.	Deutsches Strafrecht neue Folge, 1934 ff. (zitiert nach Jahr u. Seite)
E	bezieht sich auf den Abdruck der Entscheidungsgründe
Engisch-FS	Festschrift f. K. Engisch zum 70. Geburtstag, 1969
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, vom 2. 3. 1974
E 62	Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, 1962
G	Gesetz oder Gericht
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (ab 1953 ff., zitiert nach Jahr u. Seite)
Gallas-FS	Festschrift f. Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973
GenBA	Generalbundesanwalt
Göhler	Göhler, OWiG, Kommentar, 6. Aufl., 1980
Göppinger	Göppinger, Kriminologie, 3. Aufl., 1975
Göppinger-Witter	Göppinger-Witter, Handbuch der forensischen Psychiatrie, 1972
GS	der Gerichtssaal (zitiert nach Jahr u. Seite)
GSSt	Großer Senat für Strafsachen
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Heinitz-FS	Festschrift f. E. Heinitz zum 70. Geburtstag, 1972
Henkel-FS	Grundlagen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift f. H. Henkel zum 70. Geburtstag, 1974
Honig-FS	Göttinger Festschrift f. R. M. Honig, 1970
HV	Hauptverhandlung
Jescheck	Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 3. Aufl. 1978
JGG	Jugendgerichtsgesetz

JugK	Jugendkammer
JMBlNRW	Justizministerialblatt des Landes Nordrhein-Westfalen (zitiert nach Jahr u. Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr u. Seite)
Kaiser	Kaiser, Kriminologie, 4. Aufl. 1979
KMR	Müller-Sax, Kommentar zur StPO, 6. Auflage, 1966
Kohlrausch-FS	Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift f. Eduard Kohlrausch, 1944
Kohlrausch-Lange	Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, Kommentar, 43. Auflage, 1961
Kriminalistik	Kriminalistik, Zeitschrift f. die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis (zitiert nach Jahrg. [Jahr], Seite)
L	Leitsatz
Lackner	Lackner, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 13. Aufl. 1980
Lenckner	Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, in: Göppinger-Witter, Handb. der forensischen Psychiatrie, Bd. I Teil A, 1972
LK (LK^{9})	Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 9. Aufl. 1970–74 ohne Zusatz: 10. Aufl. 1978 ff.
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagwerk des BGH
Löwe-Rosenberg	Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 23. Aufl. 1976/78
Maurach AT^{4}	Maurach, Strafrecht, Allg. Teil, 4. Aufl. 1971
M-Zipf I/1	Maurach, Strafrecht, Allg. Teil, Teilbd. 1, 5. Aufl. 1977, in der Neubearbeitung von Zipf
M-Gössel-Zipf I/2	Maurach, Strafrecht, Allg. Teil, Teilbd. 2, 5. Aufl. 1978, in der Neubearbeitung von Gössel/Zipf
Maurach BT^{5}	Maurach, Strafrecht, Bes. Teil. 5. Aufl. 1969, mit Nachtrag I (1970) u. II (1971)
M-Schroeder II/1	Strafrecht, Bes. Teil, Teilbd. 1, 6. Aufl. 1977, in der Neubearbeitung von F.-C. Schroeder
Maurach-FS	Festschrift f. R. Maurach zum 70. Geburtstag, 1972
H. Mayer AT	Mayer, Hellmuth, Strafrecht Allg. Teil, 1953
H. Mayer-FS	Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschr. f. Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag, 1965
Mezger	Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949
Mezger-FS	Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954
MRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten von 1950
m. (w.) N.	mit (weiteren) Nachweisen
Müller-Dietz	Müller-Dietz, Heinz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971
Naucke, Einführung	Naucke, Strafrecht, Eine Einführung, 3. Aufl. 1980
n. B.	neue Bezeichnung (soweit nicht anders angegeben, n. B. aufgrund des 18. StAG v. 28. 3. 1980)
n. F.	neue Fassung
OGHSt	Oberster Gerichtshof für die britische Zone (Entscheidungen in Strafsachen), zitiert nach Bd. u. Seite
Otto I	Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht, Allg. Strafrechtslehre, 1976
P	Zur Problemvertiefung
Peters-FS	Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift f. K. Peters zum 70. Geburtstag, 1974
Preisendanz	Preisendanz, Strafgesetzbuch, Lehrkommentar, 30. Aufl. 1978
R	Rechtsprechung des RG in Strafsachen (nicht identisch mit RGSt!)
Radbruch-GS	Gedächtnisschrift f. G. Radbruch, 1968
Rev(G)	Revision(sgericht)
Roxin, Einführung	Roxin-Stree-Zipf-Jung, Einführung in das neue Strafrecht, 1974
Roxin, Täterschaft	Roxin, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, 3. Aufl. 1975

Rpfleger	Der deutsche Rechtspfleger (zitiert nach Jahr u. Seite)
Rspr(st.)	Rechtsprechung (ständige)
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen (zitiert nach Jahr u. Seite)
Schmidhäuser	Schmidhäuser, Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl. 1975
Eb. Schmidt-FS	Festschrift f. Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (zitiert nach Jahr u. Spalte)
S/S-Bearbeiter	Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 20. Aufl. 1980; neubearbeitet von Cramer, Eser, Lenckner, Stree
Schönke-Schröder[17]	Schönke-Schröder bis zu der von Schröder betreuten 17. Auflage, 1974
Schröder-GS	Gedächtnisschrift f. H. Schröder, 1978
Schröder, Urteilsanmerkungen	Schröder, Horst, Urteilsanmerkungen, 1970
SchwG	Schwurgericht
SK	Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber, Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. I, Allg. Teil, 2. Aufl. 1977
StA	Staatsanwalt(schaft)
StrafR I, II, III, IV	Eser, Studienkurs Strafrecht I (3. Aufl. 1980), II (3. Aufl. 1980), III (1. Aufl. 1978), IV (3. Aufl. 1979)
Stratenwerth	Stratenwerth, Strafrecht, Allg. Teil I, 2. Aufl. 1976
StrK	Strafkammer
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
StS	Strafsenat
VRS	Verkehrsrechtssammlung (zitiert nach Band u. Seite)
v. Weber-FS	Festschrift f. Hellmuth v. Weber zum 70. Geburtstag, 1963
Welzel	Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969
Welzel-FS	Festschrift f. H. Welzel zum 70. Geburtstag, 1974
Wessels I	Wessels, Strafrecht, Allg. Teil, 9. Aufl., 1979
Würtenberger-FS	Kultur, Kriminalität, Strafrecht: Festschrift f. Th. Würtenberger, 1977.
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr u. Seite)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zitiert nach Band [Jahr], Seite)

Fahrlässigkeit: Standort – Elemente – Aufbau

RGSt 67, 12: Homöopathen-Fall

I StS 707/31 v. 1. 12. 1931

SV **Sachverhalt:** Der A, der als Homöopath schon etwa 5000 Personen, darunter auch solche mit Blinddarmentzündung, erfolgreich behandelt haben will, wurde zu einer mit Leibschmerzen darniederliegenden Frau B gerufen. Er stellte Blinddarmentzündung mit 38,7° Fieber fest und verordnete homöopathische Mittel. Auf eine Frage des Ehemannes, ob eine Operation erforderlich sei, antwortete er, das sei nicht nötig, er bringe es auch so weg. Als nach weiteren 3 Tagen die Kranke plötzlich furchtbare Schmerzen verspürte, äußerte der A nach seiner Untersuchung, die Blinddarmentzündung sei vorbei, es handele sich nur noch um eine schwere Darmkolik. Als die von ihm verordneten Massagen auch in der folgenden Woche keine Besserung brachten, rief der Ehemann einen praktischen Arzt herbei. Dieser stellte eine aus der Blinddarmentzündung entwickelte Bauchfellentzündung fest. Trotz einer nunmehr sofort durchgeführten Operation war die B nicht mehr zu retten.

P **Zur Problemstellung:** Die StrafK hat den Homöopathen wegen fahrlässiger Tötung (§ 222) verurteilt; sie hat seine Fahrlässigkeit im wesentlichen damit begründet, daß er aufgrund der allgemeinen Krankheitserscheinungen (Feststellung einer Blinddarmentzündung, hohes Fieber, Alter der Frau) schon bei seinem ersten Besuch hätte erkennen müssen, daß es sich um keinen leichten Fall handelte. Daraus hat die StrafK gefolgert: „Unter diesen Umständen mußte er sich bei einiger Sorgfalt sagen, daß seine Kenntnisse und Fähigkeiten zur Behandlung eines so schwierigen Falles nicht ausreichten. Seine Pflicht wäre es gewesen, die Behandlung der Frau abzulehnen und die Beiziehung eines Arztes zu empfehlen" (bei RGSt 67, 12/4).

– Reichen diese und ähnliche Feststellungen der StrK zur Begründung fahrlässigen Verschuldens aus? Das RG hat dies verneint.

– Worauf käme es darüberhinaus noch an?

E 1 **Aus den Gründen: [18]** „a) Der vom A mindestens mitverursachte Tod der Frau kann dem A als durch Fahrlässigkeit verursacht nur zugerechnet werden, wenn

1. feststeht, daß er die Sorgfalt, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten verpflichtet und imstande war, außer acht gelassen hat, und daß er infolgedessen entweder den Erfolg, den er bei Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt hätte voraussehen können, nicht vorausgesehen hat – unbewußte Fahrlässigkeit – oder den Eintritt des Erfolges zwar für möglich gehalten, aber darauf vertraut hat, er werde nicht eintreten – bewußte Fahrlässigkeit –,

2 2. weiter feststeht, daß keine besonderen Umstände vorliegen, die ein anderes Verhalten trotz Voraussehbarkeit oder Voraussicht der Möglichkeit des tatbestandsmäßigen Erfolgs als nicht zumutbar erscheinen ließen (vg. RGSt 30, 25 [Leinenfänger-Fall Nr. 24]; 36, 78).

3 Ein Entschuldigungsgrund der letzten Art – der etwa gegeben sein könnte, wenn in einem schwierigen Krankheitsfalle ein mit der Unzulänglichkeit seiner Kenntnisse rechnender Heilkundiger die Behandlung nur deshalb übernimmt, weil der Kranke nach der Sachlage sonst ohne jede Hilfe bliebe – kommt nach den Feststellungen hier nicht in Frage. Aber auch für das Vorhandensein einer sog. **[19]** „bewußten Fahrlässigkeit" liegen **4** keine Anhaltspunkte vor, da aus den bisherigen Feststellungen nicht ersichtlich ist, daß der A den Tod der Frau B als mögliche Folge seines Verhaltens wirklich vorausgesehen **5** hat; die bloße Voraussicht, daß eine Blinddarmentzündung zum Tod führen könne, würde hierfür nicht genügen. Zu prüfen bleibt also, ob das Vorhandensein einer sog. „unbewußten Fahrlässigkeit" in dem oben bestimmten Sinne ausreichend dargetan ist. Erforderlich ist hierfür der Nachweis, daß der A eine aus der Rechtsordnung sich ergebende Sorgfaltspflicht verletzt hat, obwohl ihm ihre Erfüllung zugemutet werden konnte, daß er **6** ferner den eingetretenen Erfolg als mögliche Folge seines pflichtwidrigen Verhaltens hätte voraussehen können. Die beiden Erfordernisse müssen innerlich und auch zeitlich **7** so zusammenfallen, daß die Vorhersehbarkeit spätestens im Zeitpunkt der Pflichtwidrigkeit vorhanden ist. Es handelt sich hierbei um Begriffsmerkmale, die sich gegenseitig bedingen und ergänzen; die Pflichtversäumnis gelangt – unbeschadet besonderer Bestimmungen, durch die die Pflichtverletzung an sich mit Strafe bedroht ist – erst dadurch zur schuldbegründenden Wirkung, daß sie trotz der Voraussehbarkeit des tatbestandsmäßigen Erfolgs begangen wird, und die Voraussehbarkeit muß sich auf den Erfolg der Handlung oder Unterlassung erstrecken, in der die Pflichtwidrigkeit in die Erscheinung tritt, d. h. der Täter muß die ursächliche Bedeutung seines pflichtwidrigen Verhaltens für

E den Erfolg haben voraussehen können (vgl. RGSt 3, 208; 50, 417/9). Die Beobachtung der
8 vernachlässigten Vorsicht kann geboten sein durch Rechtssätze oder durch die vom Recht anerkannte Verkehrssitte (vgl. § 276 BGB „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt"). Wer sich amtlich, beruflich oder gewerblich betätigt, ist besonders verpflichtet, die für seinen Amts-, Berufs- oder Gewerbekreis geltenden Rechtssätze und Verkehrsgepflogenheiten zu beachten; maßgebend sind dabei die Verkehrsgepflogenheiten der gewissenhaften und verständigen Angehörigen des Verkehrskreises; Mißbräuche sind auch bei
9 weiter Verbreitung unbeachtlich (vgl. u. a. RGSt 39, 2/4/5). Während aber nach der h. L. zur Annahme einer die zivilrechtliche Haftbarkeit begründenden Fahrlässigkeit dieser objektive, dem ordentlichen Berufsgenossen entnommene Durchschnittsmaßstab im allgemeinen genügt, ist im Gebiet **[20]** des Strafrechts – wie aus der folgerichtigen Durchführung des Schuldgrundsatzes im Strafrecht hervorgeht – innerhalb der Grenzen jenes objektiven Maßstabes auch noch die Berücksichtigung der persönlichen Fähigkeiten und Kenntnisse des Täters geboten, und zwar sowohl hinsichtlich der Möglichkeit der Erfüllung der Sorgfaltspflicht als auch der Voraussehbarkeit des Erfolgs (vgl. u. a. RGSt 56,
10 343/49; 58, 27/30; 60, 349/51). Dabei ist freilich zu beachten, daß schon die Übernahme einer Tätigkeit den Vorwurf einer für den tatbestandsmäßigen Erfolg ursächlichen Fahrlässigkeit begründen kann, wenn der Täter nach seinen persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen hätte erkennen können, daß er den mit der übernommenen Tätigkeit verbundenen besonderen Anforderungen an Wissen und Können nicht gewachsen sei und daß diese seine Tätigkeit eben wegen dieses Mangels möglicherweise den in Frage stehenden Erfolg herbeiführen werde (vgl. RGSt 50, 37/45; 59, 355/6; 64, 263/71).

11 Aus der Notwendigkeit der Berücksichtigung der persönlichen Fähigkeiten und Kenntnisse können sich für den Richter, der darüber zu entscheiden hat, ob der eingetretene Erfolg durch Fahrlässigkeit verursacht worden ist, erhebliche Schwierigkeiten ergeben. Zu Hilfe kommen ihm hierbei gesetzliche Bestimmungen, Polizeiverordnungen, Dienstvorschriften und dgl., die gerade dazu dienen, den bestimmten Tätigkeiten verbundenen Gefahren und den aus ihnen erfahrungsgemäß sich entwickelnden Schädigungen entgegenzuwirken. Zwar genügt zur Bestrafung wegen fahrlässiger Verursachung eines schädlichen Erfolgs nicht, daß das ihn verursachende Verhalten des Täters nach irgendeiner Richtung schuldhaft war, insbesondere eine vorsätzliche oder fahrlässige Übertretung einer Vorschrift der gedachten Art enthält, da nach den vorstehenden Darlegungen auch in solchem Falle noch gefordert werden muß, daß der Täter bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt den eingetretenen Erfolg als mögliche Folge seines Verhaltens hätte
12 voraussehen können. Wenn aber die übertretenen Vorschriften gerade zur Verhütung solcher Erfolge bestimmt sind und dies dem Täter bekannt war oder bekannt sein mußte, wenn also der Täter durch sie gewarnt wurde, so kann aus ihrem Bestehen und aus der Kenntnis oder Erkennbarkeit ihrer Bedeutung meist **[21]** ein zuverlässiger Schluß auf die Voraussehbarkeit jenes Erfolges gezogen werden (vgl. RGSt 56, 343/49). Ist nach geltendem Recht die Übernahme einer Tätigkeit von einer Prüfung oder Approbation oder von einer polizeilichen Genehmigung abhängig, wie etwa nach der GewO oder nach dem KfzG, so wird gegenüber einer Person, die eine solche Tätigkeit ohne Erfüllung der Voraussetzungen übernimmt und gerade hierdurch den Erfolg herbeiführt, der Nachweis der Fahrlässigkeit meist nicht allzu schwierig sein ..." [Nach der Feststellung, daß es für die Ausübung der Heilbehandlung in Deutschland nur wenige Übernahme- und Durchführungsregeln gibt **[21f]**, immerhin aber die bei Heilbehandlung erforderliche Sorgfalt von nichtärztlichen Heilbehandlern ebenso wie von approbierten Ärzten beobachtet werden muß **[22f]**, fährt das RG fort]:

13 **[23]** „Es besteht für jeden, an den die Frage der Übernahme einer Heilbehandlung herantritt, die Pflicht zur Prüfung, ob seine Fähigkeiten und Kenntnisse gerade im gegebenen Fall zur Feststellung der Krankheit und zu ihrer erfolgreichen Behandlung genügen. Vorbehaltlich eines durch eine besondere Sachlage bedingten Entschuldigungsgrundes der schon früher angedeuteten Art kann ein nichtärztlicher Heilbehandler oder ein Arzt gerade deshalb der fahrlässigen Verursachung einer Körperverletzung oder Tötung schuldig zu erkennen sein, weil er eine Heilbehandlung übernommen und die Zuziehung eines Arztes oder Facharztes anzuraten unterlassen hat, obwohl er bei der ihm möglichen Prüfung seiner Leistungsfähigkeit hätte erkennen können, daß seine Fähigkeiten und Kenntnisse für die zuverlässige Feststellung der Krankheit oder für die erfolgreiche Behandlung der festgestellten Krankheit nicht ausreichen und durch mangelhafte Feststellung oder Behandlung der Krankheit eine Körperverletzung oder der Tod der
14 behandelten Person verursacht werden könne. Das gilt namentlich dann, wenn es sich um eine lebensgefährliche Krankheit handelt und wenn hierfür neben dem von ihm in früheren Fällen angewandten Heilverfahren noch ein anderes weitverbreitetes Verfahren in Betracht kommt, das er selbst nicht anwenden kann, das aber auch von Heilkundigen der von ihm vertretenen Richtung angewendet wird. Es gilt in erhöhtem Maße, wenn er durch eine die Zuziehung eines Arztes oder Facharztes betreffende Frage auf die Notwendigkeit der Prüfung seiner Leistungsfähigkeit sowie auf die Abwägung der in Betracht kommenden Heilmittel noch besonders hingewiesen worden ist. Doch kann in der

E Übernahme der Behandlung eines Kranken, auch eines Schwerkranken, nicht schon allein deshalb eine Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gefunden werden, weil der Übernehmende kein approbierter Arzt ist und nicht über alle Kenntnisse eines solchen verfügt, oder weil er Vertreter **[24]** einer Richtung ist, die von den Vertretern der ärztlichen Wissenschaft weitaus überwiegend abgelehnt wird. Für den nichtärztlichen Heilbehandler kann hier die Übung der gewissenhaften nichtärztlichen Berufsgenossen von Bedeutung sein, insbesondere die Frage, ob diese bei Krankheiten der fraglichen Art
15 die Behandlung abzulehnen und den Kranken an einen Arzt zu verweisen pflegen ... Mit der Übernahme der Heilbehandlung übernimmt sodann der nichtärztliche Heilbehandler ebenso wie der Arzt auch ohne besondere Erfolgszusicherung die Pflicht, in möglichst zuverlässiger Weise auf einen Heilerfolg hinzuarbeiten; er muß zum mindesten die für Lagen der fraglichen Art allgemein – von Ärzten und nichtärztlichen Heilbehandlern – anerkannten Grundsätze der Heilkunde beachten, so etwa bei fieberhaften Erkrankungen regelmäßig **[25]** und in zuverlässiger Weise Fiebermessungen vornehmen oder von zuverlässigen Personen vornehmen und sich hierüber berichten lassen; er hat ferner diejenigen Grundsätze zu beachten, die von den gewissenhaften Vertretern des von ihm selbst angewendeten Verfahrens allgemein anerkannt werden; er ist endlich verpflichtet, bei dem Hervortreten bedrohlicher Anzeichen für einen Mißerfolg seiner Behandlungsweise diese aufzugeben und je nach den Umständen die Behandlung zu ändern oder einen Arzt oder einen Facharzt beizuziehen ...

16 In den erörterten Richtlinien, die selbstverständlich nicht erschöpfend sein können, sind einige wesentliche Pflichten hervorgehoben worden, deren Erfüllung im Gebiete des Heilgewerbes zu der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gehört. Mit der Feststellung der Verletzung dieser Sorgfaltspflicht und der Ursächlichkeit ihrer Verletzung für die Körperverletzung oder Tötung eines Menschen ist aber im Strafverfahren die Aufgabe des Richters, der die Zurechenbarkeit des Erfolgs zur Fahrlässigkeit nachzuweisen hat, noch
17 nicht erschöpft. Es bedarf vielmehr ... auch hier der Prüfung, ob und inwieweit der Heilkundige nach seinen persönlichen Verhältnissen zur Erkenntnis und Erfüllung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und zur Erkenntnis der ursächlichen Bedeutung seines Verhaltens imstande war. Auch hier darf der Richter die Stellungnahme des deutschen Gesetzgebers, der – von den wenigen sondergesetzlichen Bestimmungen abgesehen – jeden zur Ausübung des Heilgewerbes zuläßt, der sich hierzu berufen fühlt (vgl. RGSt 25, 375/9), und die Wirkung dieser Stellungnahme auf die Seele des Heilbehandlers nicht außer acht lassen. Es fehlt hier jene Warnung der Rechtsordnung, die auf anderen Gebieten in dem Erfordernis des Nachweises bestimmter Fähigkeiten und Kenntnisse liegt . .

18 **[26]** Wenn sodann der Heilbehandler während einer länger dauernden Praxis keine nennenswerten, für ihn erkennbaren Mißerfolge erlebt, wenn er vielleicht sogar in schweren Krankheitsfällen bei der Anwendung eines bestimmten Heilverfahrens wirkliche oder vermeintliche Erfolge erzielt hat, dann ist es sehr wohl möglich, daß er bei der Übernahme der Behandlung einer Krankheit schwerer Art den tatsächlich vorhandenen Mangel an Fähigkeiten und Kenntnissen oder gar die Möglichkeit der Verursachung einer Körperverletzung oder Tötung durch seine Behandlung trotz einer etwa angestellten Selbstprüfung nicht zu erkennen vermag, zumal wenn er nur über eine geringe allgemeine Urteilsfähigkeit verfügt. Alle diese sowie etwaige sonstige, aus der besonderen Lage des Falles sich ergebende Gesichtspunkte, die zur persönlichen Entlastung des Heilbehandlers dienen, können dazu führen, daß in einem Falle, in dem ein Heilbehandler infolge eines schweren Mangels an Fähigkeiten und Kenntnissen einen an sich leicht vermeidbaren, höchst bedauerlichen rechtswidrigen Erfolg verursacht hat, aus inneren Gründen strafrechtlich hierfür nicht verantwortlich gemacht werden kann ...

19 b) Die hier erörterten Grundsätze sind in dem angefochtenen Urteil noch nicht ausreichend berücksichtigt ... **[29]** Jedenfalls wäre eine nähere Prüfung und Erörterung nach der Richtung geboten gewesen, welchen Bildungsgang der A durchgemacht und welche praktischen Erfahrungen, insbesondere hinsichtlich der Behandlung von Blinddarmentzündungen, er gesammelt hat, worin der Mangel an Fähigkeiten und Kenntnissen gefunden wird, ob und inwiefern er insbesondere den anerkannten Regeln der von ihm selbst vertretenen – auch von approbierten Ärzten angewandten – Heilweise zuwidergehandelt hat, und ob und inwiefern er nach seinen persönlichen Verhältnissen imstande gewesen wäre, den eingetretenen Erfolg vorauszusehen und zu vermeiden. Nach diesen Gesichtspunkten ist die Sache neuerdings zu prüfen."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Im Mittelpunkt dieser Entscheidung steht die **Fahrlässigkeits**problematik. Das StGB sagt dazu nur wenig; auch dem § 15, der einzigen Vorschrift, die sich allgemein mit Fahrlässigkeit befaßt, läßt sich lediglich die Aussage entnehmen, daß fahrlässiges Handeln nur insoweit strafbar ist, als es im betreffenden Tatbestand ausdrücklich unter Strafe gestellt ist. Daher bleibt die Herausbildung der für Fahrlässigkeit wesentlichen Kriterien nach wie vor der Rspr und Lehre überlassen. Darauf beruht denn auch die Bedeutung der vorliegenden Entscheidung: Obgleich schon vor einem halben Jahrhundert ergangen, sind in ihr bereits alle wesentlichen

A Fahrlässigkeitskriterien angesprochen. Um sie sachgerecht einordnen zu können, stellen sich vor allem drei Fragen: zu den *Arten* (I), dem systematischen *Standort* (II) und den *Aufbauelementen* der Fahrlässigkeit (III).

I. Arten der Fahrlässigkeit:

2 1. Im *Unterschied zur Vorsätzlichkeit* ist der Fahrlässigkeit in all ihren Formen gemeinsam, daß der Täter den Erfolgseintritt nicht – und zwar nicht einmal bedingt in Kauf nehmen – will. Insoweit **fehlt** bei Fahrlässigkeit das für Vorsätzlichkeit typische **voluntative** Element der **Erfolgshinnahme** (näher Lederriemen-Fall StrafR I Nr. 3 A 39ff.).

3 2. Im übrigen wird innerhalb der Fahrlässigkeit zwischen **bewußter** und **unbewußter** unterscheiden. Wie schon bei E 1 angedeutet, verläuft die Grenzlinie zwischen diesen beiden Fahrlässigkeitsformen bei der Voraus*sicht* bzw. bloßen Voraus*sehbarkeit* des tatbestandsmäßigen Erfolgs:

3a – Hat der Täter an die Möglichkeit eines tatbestandsmäßigen Erfolgs gedacht (wenngleich pflichtwidrig auf dessen Nichteintritt vertraut), so hat er immerhin mit *Voraussicht* und daher *bewußt* fahrlässig gehandelt.

3b – Ist dem Täter dagegen das Risiko seines Handelns und damit die Möglichkeit eines tatbestandsmäßigen Erfolgs überhaupt nicht in den Sinn gekommen (wenngleich er sich bei gebotener Sorgfalt dieser Möglichkeit hätte bewußt werden können), so liegt zwar Nichtvoraussicht, wohl aber *Voraussehbarkeit* des tatbestandsmäßigen Erfolgs und damit *unbewußte* Fahrlässigkeit vor (vgl. StrafR I Nr. 3 A 45ff.). Instruktiv zu dieser Differenzierung auch *Hunde-Fall* OLG Stuttgart NJW 1976, 1852/3.

3c Bei dieser Grobabgrenzung bleibt allerdings noch die (auch vorwiegend bedeutsame) Frage offen, worauf sich die Voraussicht beziehen muß: Genügt für *bewußte* Fahrlässigkeit schon die Voraussicht der *abstrakten* Möglichkeit eines etwaigen Erfolgseintritts? Das hat das RG zu Recht verneint (E 4); denn entscheidend ist die tatsächliche Voraussicht des *konkret* eingetretenen tödlichen *Erfolgs* einschließlich des *Kausalverlaufs in seinen wesentlichen Umrissen.* Insoweit entspricht das Voraussicht-Kriterium bei bewußter Fahrlässigkeit dem Kenntnis-Kriterium bei Vorsätzlichkeit (vgl. StrafR I Nr. 3 A 45).

3d – Was bedeutet das für den vorliegenden Fall? Da der A bis zuletzt an den positiven Erfolg seiner Bemühungen geglaubt hat, und ihm daher jede Erfolgsvoraussicht fehlte, kam allenfalls *unbewußte* Fahrlässigkeit in Betracht (E 5). Dafür genügt anstelle der (tatsächlichen) Voraussicht bereits die (potentielle) *Voraussehbarkeit* des tatbestandsmäßigen (hier tödlichen) Erfolges. Ob dies hier angenommen werden konnte, bleibt noch zu erörtern (unten A 25).

3e 3. Abgesehen von der Voraussicht bzw. Voraussehbarkeit sind sich bewußte und unbewußte Fahrlässigkeit sowohl in ihrer *Struktur* wie in ihren *Elementen* durchweg *gleich;* deshalb gelten die nachfolgenden Feststellungen grundsätzlich für beide Fahrlässigkeitsformen.

4 **II. Standort der Fahrlässigkeit.**

Obgleich die vom RG angesprochenen Fahrlässigkeitselemente (*Sorgfaltswidrigkeit, Voraussehbarkeit, Zumutbarkeit:* E 1, 2) ihrem Sachgehalt nach heute allgemein anerkannt sind, herrscht über ihren systematischen Einbau in den Verbrechensbegriff noch weitgehend Streit. Aus der Vielzahl unterschiedlicher Nuancierungen treten im wesentlichen drei **Grundauffassungen** hervor:

5 1. Fahrlässigkeit als bloße **Schuldform.** Nach dieser auf dem Boden der klassischen Verbrechenslehre gewachsenen Auffassung, auf der offenbar auch die vorliegende Entscheidung beruht (vgl. E 18) und die von der Rspr selbst heute noch weithin vertreten wird, erfolgt die Fahrlässigkeitsprüfung erst auf der Schuldebene. Demgemäß genügt für die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit bereits die auf willentliches Verhalten rückführbare Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolges.

6 Allerdings bleibt zu beachten – und das ist für Fallbearbeitungen auf dieser Basis wichtig –, daß selbst bei der zum Schuldbereich gerechneten Sorgfaltswidrigkeit zwischen der Nichteinhaltung der *objektiv* erforderlichen und der dem Täter *individuell* möglichen Sorgfalt zu unterscheiden ist und beide Kriterien gesondert zu prüfen sind. In diesem Sinne schon hier das RG bei E 8ff., 16ff., ferner *Frank, Mezger.*

A 7 2. Nach dem gegenteiligen Extrem, wie es auf dem Boden des *finalen* Verbrechensaufbaus naheliegt, ist die Fahrlässigkeit keine Schuld- sondern bereits eine besondere **Unrechtsform** und gehört – entsprechend der Vorsätzlichkeit – bereits gänzlich auf die (**subjektive**) **Tatbestandsebene** (so namentlich *Stratenwerth* Rdnr. 1083ff.; vgl. ferner *Jakobs* S. 34ff., *Samson* SK Anh. 6 zu § 16).

8 – Danach bleibt für die *Schuld*frage bei Fahrlässigkeitsdelikten dann nur noch die Prüfung der *Schuldfähigkeit,* der virtuellen *Verbotskenntnis* und der *Zumutbarkeit* übrig (*Stratenwerth* Rdnr. 1123ff.), und namentlich ist auch die Sorgfaltswidrigkeit bereits auf Tatbestandsebene nach individuellen Täterkriterien zu beurteilen (*Stratenwerth* Rdnr. 1167ff., *Samson* aaO 13f.; ebenso *Otto* JuS 1974, 705ff.).

9 3. Nach der im Vordringen begriffenen **Zweistufigkeitslehre** ist die Fahrlässigkeit weder ein reines Schuld- noch ein reines Unrechtsproblem, sondern sowohl eine besondere **Unrechts-** als auch **Schuldform** (in diesem Sinne u. a. *Bockelmann, Burgstaller, Gallas, Jescheck, Lackner, Wessels;* vgl. *S/S-Cramer* § 15 Rdnr. 108ff. zum Meinungsstand m. N.). *Ratio?* Das tatbestandsmäßige Unrecht der Fahrlässigkeitstat kann durch bloße Erfolgsverursachung noch nicht voll erfaßt werden; rechtlich relevant ist diese vielmehr erst dann, wenn sie auf einer Pflichtwidrigkeit beruht. Allerdings ist dabei zu differenzieren:

9a – Soweit es um die *Unrechts*begründung geht, kann es allein auf eine *objektive* Sorgfaltsverletzung ankommen. Insofern hat die objektive Sorgfaltswidrigkeit die Funktion eines unrechts(mit)begründenden ungeschriebenen *Tatbestandsmerkmals.*

9b – Dagegen ist es erst eine Frage des *Verschuldens,* ob die objektive Sorgfaltsverletzung dem konkreten Täter auch mit Rücksicht auf seine individuellen Eigenschaften und Fähigkeiten *subjektiv* zurechenbar ist.

9c *Frage:* Ergibt sich aus dieser (jedenfalls im Grundansatz richtigen) „Verteilung" der Fahrlässigkeitselemente auf die Unrechts- und Schuldebene ein – wie oft angenommen wird – fundamentaler Unterschied gegenüber den Vorsatzdelikten? Genau besehen nicht; denn einerseits ist auch die Vorsätzlichkeit für Schuld und Unrecht bedeutsam (vgl. StrafR I Nr. 3 A 26ff.); zum anderen ist auch den Vorsatzdelikten durchaus eine objektive Pflichtwidrigkeit immanent, die freilich deshalb meist nicht evident wird, weil die Betrachtung von vorneherein auf jene Erfolge beschränkt bleibt, die vom Wissen und Wollen des Täters umfaßt sind. Soweit jedoch der Täter in dieser Vorstellung gehandelt hat, liegt naturgemäß auch immer eine Pflichtwidrigkeit vor (vgl. *Schmidhäuser* 10/31, 82; *Maihofer* ZStW 70, 184ff.).

III. Aufbau des Fahrlässigkeitsdelikts (auf der Basis der *Zweistufigkeitslehre*): zugleich *Prüfungsschema* für Fallbearbeitungen.

10 1. Die **unrechtsbegründenden** Elemente:

a) Das **Verhaltens**-Element: das Vorliegen willentlich zweckhaften Handelns oder Unterlassens, wobei jedoch die Finalität des Verhaltens gerade nicht auf den tatbestandsmäßigen Erfolgs gerichtet zu sein braucht (denn sonst käme ja Vorsätzlichkeit in Betracht): hier die Übernahme und Durchführung der Behandlung. Allg. zum Verhaltenselement StrafR I Nr. 3 A 23ff.

11 b) (Bei Erfolgsdelikten) das **Erfolgs**-Element: Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs: wie hier bei § 222 der Tod der B.

12 c) Das **Pflichtwidrigkeits**-Element: die Verletzung einer dem Schutz des betroffenen Rechtsguts dienenden Sorgfaltspflicht. Eine solche **objektive** Pflichtwidrigkeit ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn der Täter im Hinblick auf das betroffene Rechtsgut nicht in dieser Weise, nicht unter den gegebenen Voraussetzungen oder nicht zu diesem Zeitpunkt handeln durfte.

13 aa) Dies ist freilich nur eine sehr allgemeine Leitlinie, die im Interesse der Rechtssicherheit der Konkretisierung durch *typische Fälle von Pflichtverstößen* bedarf. Näher dazu *Rouxhaken-Fall* Nr. 22.

13a Welche Art von Sorgfaltsverstoß kam hier in Betracht? Das sog. **Übernahmeverschulden** (E 10, 13), das dadurch gekennzeichnet ist, daß der Täter eine Tätigkeit übernimmt, die sein eigenes Leistungsvermögen übersteigt. Welche *Faktoren* werden dafür ins Feld geführt?

– Zunächst Mängel bei der Diagnose wie auch bei der Therapie der Blinddarmentzündung (E 13); kurz: mangelnde Fähigkeiten sowohl hinsichtlich der Gefahrerkennung als auch hinsichtlich der Schadensabwendung;

– die Größe der Gefahr: hier die Lebensgefährlichkeit der Erkrankung, die zu besonderer Vorsicht Anlaß gab (E 14);

A – die Versäumung anderer Behandlungsmöglichkeiten: hier die Außerachtlassung der in Wissenschaft und Praxis allgemein anerkannten ärztlichen Kunstregeln, sog. „Schulmedizin" (E 14, 15);

– ferner die besondere Warnung vor der Gefahr durch Hinweis des Ehemannes auf Beiziehung eines Arztes (E 14).

13b Zu einem ähnlichen Fall von Übernahmeverschulden vgl. auch den *Christian-Science-Fall* RGSt 59, 355, wo die Pflichtwidrigkeit der A darin gesehen wurde, daß sie den blutvergifteten Jungen nach den Lehren der „Christlichen Wissenschaft" gesundzubeten versuchte, anstatt die Eltern auf die ärztliche Behandlung zu verweisen. Vgl. auch *Assistenzarzt-Fall* BGH NJW 1979, 1258/9.

14 Welche sonstige Art von Sorgfaltsverstoß kam hier noch in Betracht? Die Verletzung von *Kontroll-* und *Überwachungspflichten*, hier speziell die mangelnde Kontrolle der Fiebermessungen wie auch die Nichthinzuziehung eines Arztes (E 15).

15 bb) Welcher **Maßstab** ist bei Beurteilung der Pflichtwidrigkeit anzulegen? Da es auf dieser Ebene zunächst nur um die **objektive** Sorgfaltswidrigkeit geht, ist mit dem RG auf die „Verkehrsgepflogenheiten der gewissenhaften und verständigen Angehörigen des Verkehrskreises" abzustellen (E 8): hier speziell auf die verkehrsmäßige Sorgfalt im Heilgewerbe (E 16).

15a – Ähnlich den Pflichten im Heilgewerbe ist etwa für die Sorgfaltsanforderungen im *Straßenverkehr* das Bild des „gewissenhaften Kraftfahrers" maßgebend (BGHSt 7, 118/20 in der *Vertrauensgrundsatz*-Entscheidung, bei Nr. 23 A 16 f.); dieser darf z. B. auch auf der Autobahn nur „auf Sicht" fahren (*Abblend-Fall* BGHSt 16, 145).

15b – Soweit es *gesetzliche* oder *polizeiliche* Schutzvorschriften gibt, wird der Sorgfaltsmaßstab regelmäßig danach zu bestimmen sein (E 11). Entsprechendes gilt für technische Normen (DIN, VDI, VDE), soweit sie nicht nur Vereinheitlichungszweck haben (vgl. *Lenckner* aaO). Freilich ist zu beachten, daß der Verletzung abstrakter Schutzvorschriften immer nur eine *Indizwirkung* zukommen kann, daher jeweils im Einzelfall zu prüfen bleibt, ob die Nichteinhaltung der Norm im Hinblick auf das betroffene Schutzgut als pflichtwidrig anzusehen ist. Vgl. *Überhol-Fall* BGHSt 4, 182 bei Nr. 23 A 14 f.

15c – Soweit freilich der Täter als Spezialist überdurchschnittliches *„Sonderwissen"* bzw. herausragende *„Sonderfähigkeiten"* hat, darf er sich nicht einfach auf den (möglicherweise weniger strengen) Durchschnittsmaßstab zurückziehen. Denn nicht nur, daß dieser lediglich als unbedingtes Sorgfaltsminimum (und nicht als Obergrenze) zu verstehen ist; auch wäre es im Hinblick auf den Schutzzweck geradezu paradox, wenn der Täter sein überlegeneres Sonderwissen sollte unterdrücken oder gar „sehenden Auges" ein für ihn offensichtliches Erfolgsrisiko sollte eingehen dürfen (i. e. ebenso *Blei* I § 82 II 1, *S/S-Cramer* § 15 Rdnr. 139 f., *Stratenwerth* Rdnr. 1096, *Wessels* I § 15 II 3).

16 cc) Für die Pflichtwidrigkeit ist ferner die **objektive Voraussehbarkeit** des tatbestandsmäßigen Erfolgs wesentlich; denn pflichtwidrig kann ein Verhalten immer nur insoweit sein, als mit rechtsgutgefährdenden Folgen gerechnet werden kann. Würde daher beispielsweise bei einer völlig harmlosen Heilbehandlung infolge einer nach dem Stand der Medizin (bzw. nach etwaigem „Sonderwissen" des Arztes: A 15 c) nicht erkennbaren Konstitutionsschwäche des Patienten der Tod eintreten, so wäre bereits die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens zu verneinen.

17 d) **Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang.**

aa) Ebenso wie bei Vorsatzdelikten ist dafür zunächst einmal nach **allgemeinen** *Kausalitätsregeln* festzustellen, daß der tatbestandsmäßige Erfolg auf das Verhalten des Täters zurückzuführen ist. Dabei ist nach der h. M. die Äquivalenz-Theorie, nach der hier vertretenen Auffassung die „Beherrschbarkeits-Theorie" zugrundezulegen (näher dazu StrafR I Nr. 4 A 6 ff., bzw. 16 f.).

17a bb) Darüberhinaus ist jedoch zu beachten – und dieses Erfordernis wird bei Fahrlässigkeitsdelikten weitaus häufiger akut als bei Vorsatztaten –, daß nicht schon die Rückführbarkeit des Erfolgs auf das Verhalten als solches genügt, sondern maßgeblicher Bezugspunkt der Kausalitätsfeststellung gerade die *Pflichtwidrigkeit* des Verhaltens sein muß. Letztentscheidend ist daher der sog. **Pflichtwidrigkeitszusammenhang** *zwischen dem tatbestandsmäßigen Erfolg* (hier Tod der B) und dem *Sorgfaltsverstoß* (hier die objektiv sorgfaltswidrige Übernahme und Durchführung der Behandlung durch A). *Ratio* dieses Pflichtwidrigkeitsbezugs? Es geht bei der Unrechtsbegründung als einem Werturteil über menschliches Verhalten weniger um die mechanischen Kausalzusammenhänge als vielmehr um *normative Erfolgszurechnung*. So gesehen kann nicht schon die Erfolgsherbeiführung als solche, sondern nur der auf *mißbilligenswertes* Verhalten rückführbare Erfolg unrechtsbegründend wirken (vgl. StrafR I Nr. 6 A 4 ff.).

A 17b Für den Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist die **Vermeidbarkeit des tatbestandsmäßigen Erfolgs** wesentlich (vgl. insbes. *Jakobs*). Das bedeutet, daß der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zu verneinen ist, wenn der tatbestandsmäßige Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre (näher dazu StrafR I Nr. 6 A 8, Nr. 7 A 11ff.; weiteres Beispielsmaterial bei *Burgstaller* S. 96ff., 129ff.). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, daß der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zu bejahen ist, sofern sich aufgrund der neuen Verhandlung ergibt, daß die B bei Behandlung nach den Regeln der „Schulmedizin" (d. h. bei rechtzeitiger Operation) gerettet worden wäre. Zu der dafür erforderlichen Wahrscheinlichkeitsprognose vgl. StrafR I Nr. 7.

17c *Zwischenergebnis?* Sofern alle vorgenannten unrechtsbegründenden Elemente gegeben sind (und insoweit läßt das RG wohl zu Recht keinen Zweifel), könnte die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des A allenfalls durch einen Rechtfertigungsgrund ausgeschlossen sein:

1. Unrechtsausschluß.

18 a) Dafür kommen im Prinzip die gleichen Rechtfertigungsgründe in Betracht wie bei Vorsatzdelikten. Bei Heileingriffen ist dabei vor allem an **Einwilligung** zu denken (zu den Voraussetzungen dafür näher *Myom-Fall* StrafR III Nr. 7 A 18ff.); eine solche scheitert hier jedoch schon daran, daß die B schwerlich in ihre fehlerhafte Behandlung, geschweige in ihren Tod eingewilligt hat (vgl. auch StrafR I Nr. 8 A 11, 20f.). – Zu der weitergehenden Frage, inwieweit durch Einwilligung in eine *Gefährdung* auch eine daraus resultierende *Verletzung* gerechtfertigt ist, vgl. einerseits verneinend *Geppert* S. 970ff. und *Zipf* S. 20ff., andererseits bejahend *Schaffstein* aaO, je m. w. N. Instruktiv dazu auch der *Fährmann-Fall* RGSt 57, 172.

19 – In engem Zusammenhang mit der Einwilligung steht auch das sog. **erlaubte Risiko.** Diesem kommt gerade bei Fahrlässigkeitsdelikten im Rahmen gefahrgeneigter Unternehmungen, zu denen neben Fabrikationsbetrieben, Verkehrseröffnungen oder naturwissenschaftlichen Experimenten insbes. auch riskante Heileingriffe zu zählen sind, besondere praktische Bedeutung zu (vgl. *Samson* SK Anh. 16ff., zu § 16). Allerdings ist streitig, ob bei erlaubtem Risiko bereits die Sorgfaltspflicht (*tatbestandausschließend*) entsprechend eingeschränkt ist (so *Welzel, Zipf*), oder ob erlaubtes Risiko lediglich einen *Rechtfertigungsgrund (Engisch, Jescheck)* oder auch nur ein *Schuld*problem *(Kienapfel)* darstellt, oder ob nicht genau besehen zwischen tatbestandsausschließender und rechtfertigender Wirkung erlaubten Risikos zu *differenzieren* wäre (so im Grundsatz zu Recht *S/S-Lenckner* 94, 100ff. vor § 32 m. w. N.). Im vorliegenden Fall scheitert erlaubtes Risiko jedoch schon daran, daß unter den gegebenen Umständen weder ein hinreichender Grund für die Eingehung eines Risikos bestand noch der A alles Notwendige zur Minderung des Behandlungsrisikos getan hatte (eingehend und krit. zum erlaubten Risiko auch *M-Gössel* I/2 § 44 IB). Daher war das Verhalten des A auch rechtswidrig.

20 b) Im übrigen stellen sich zur Rechtfertigung von Fahrlässigkeitsdelikten Sonderprobleme nur insofern, als es um etwaige **subjektive Rechtfertigungselemente** geht. Warum? Während der Vorsatztäter z. B. bei Notwehr mit Verteidigungswillen handeln muß (vgl. StrafR I Nr. 11 A 8ff.), kann vom Fahrlässigkeitstäter Gleiches nicht ohne weiteres erwartet werden; denn da er ja gerade nicht verletzen will, kann er insoweit

21 auch *keinen* – oder jedenfalls keinen *konkreten* – *Verteidigungswillen* haben. Soll damit mangels subjektiven Rechtfertigungswillens jegliche Rechtfertigung ausgeschlossen sein? Diese Frage stellte sich beispielsweise im *Warnschuß-Fall* OLG Hamm NJW 1962, 1169, wo sich der A einem Angriff des kräftigen N ausgesetzt sah, seinen Revolver zog, aber lediglich einen Warnschuß abgeben wollte, der jedoch versehentlich den N traf. Während in dem ähnlichen *Grenzgang-Fall* das OLG Frankfurt NJW 1950, 119 mangels subjektiven Rechtfertigungswillens eine Rechtfertigung verneint hatte, hat der Freispruch durch das OLG Hamm im *Warnschuß-Fall* im Ergebnis allgemeine Zustimmung gefunden (vgl. *Stratenwerth* Rdnr. 1118). Strittig ist jedoch die Begründung:

21a – Ein Teil der Lehre will bei Fahrlässigkeit schon das Vorliegen der **objektiven** Rechtfertigungselemente ausreichen lassen, da bereits aufgrund der objektiven Rechtfertigungslage der Erfolgsunwert der Fahrlässigkeitstat entfalle (*Himmelreich, Schaffstein, R. Schmitt, Stratenwerth, Samson* SK Anh. 32 zu § 16, mit gewissen Einschränkungen auch *Jescheck* § 56 I 3, *S/S-Lenckner* 97ff. vor § 32). – Danach war im *Warnschuß-Fall* der Schütze schon aufgrund seiner Notwehrlage gegenüber N gerechtfertigt.

21b – Erblickt man dagegen den Strafgrund der Fahrlässigkeit nicht zuletzt in der

A Pflichtwidrigkeit der Handlung, so verlieren auch hier die subjektiven Rechtfertigungselemente nicht jede Bedeutung (vgl. *Hirsch* LK[9] 40 vor § 51, *Zielinski,* Handlungsunwert S. 255f.). Daher ist für eine volle Rechtfertigung des Fahrlässigkeitstäters zumindest ein von **genereller Verteidigungstendenz** getragenes Handeln (vgl. *M-Gössel* I/2 § 44 IC 2a) bzw. bei Einwilligung eine darauf gerichtete Vorstellung des Täters (vgl. *Geppert* S. 978ff.) zu verlangen. – Das konnte im *Warnschuß-Fall* ebenso bejaht werden wie im *Halsschlagader-Fall* BGHSt 25, 229 (StrafR I Nr. 9 A 13); zweifelhaft war dies dagegen im *Antreiber-Fall* OLG Dresden JW 1929, 2760, wo ein Knecht, dessen Gespann rechtswidrig angehalten wurde, mit dem Zügel auf die Pferde einschlug und dabei versehentlich den Angreifer traf.

3. Das **Verschulden** setzt bei Fahrlässigkeitsdelikten Folgendes voraus:

22 a) Die **Schuldfähigkeit,** die nach den gleichen Kriterien wie bei Vorsatztaten (namentlich also nach § 20) zu bestimmen und nur bei Zweifeln an ihrem Vorhandensein zu problematisieren ist (vgl. StrafR I Nr. 13 A 23).

23 b) **Subjektive Voraussehbarkeit des Erfolgs und des Kausalverlaufs** (E 1, 5, 7).

aa) Der *Inhalt* dieser *potentiellen* Voraussicht ist der gleiche wie der der aktuellen Voraussicht bei Vorsatz: Der Täter muß den tatsächlich eingetretenen Erfolg (hier den Tod der B) sowie die dazu führende Ursachenkette (hier die lebensgefährlichen Nebenfolgen durch Falschbehandlung) in ihrem wesentlichen Verlauf als möglicherweise eintretend erkannt haben (bewußte Fahrlässigkeit) oder zumindest erkannt haben können (unbewußte Fahrlässigkeit).

24 bb) Der entscheidende *Maßstab?* Im Gegensatz zum Zivilrecht kommt es hier auf der strafrechtlichen Schuldebene gerade auf die persönlichen Fähigkeiten und Kenntnisse des Täters an (E 9, 17), also auf eine **subjektive** Betrachtung.

25 – Immerhin kann aber aus dem Wissen des Täters um bestimmte Vorsorgeregeln und deren Schutzrichtung eine gewisse *Indizwirkung* für die subjektive Voraussehbarkeit gefolgert werden (E 11, 12). – Warum hat das RG hier die subjektive Voraussehbarkeit des A angezweifelt? Vor allem wegen seiner bisherigen homöopathischen Erfolge, die sein selbstkritisches Vermögen gemindert haben könnten (E 18); ferner im Hinblick auf seinen Bildungsgang (E 19).

26 cc) Der maßgebliche *Zeitpunkt* der Voraussehbarkeit? Ebensowenig wie einen dolus subsequens darf es keine culpa subsequens geben; deshalb stellt das RG zu Recht auf den Zeitpunkt der *Pflichtwidrigkeit* ab (E 6).

Weitere Beispiele zu der Voraussehbarkeit, die – anders als im vorliegenden Fall – meist zu Lasten des Täters überstrapaziert wird, siehe beim *Bluter-Fall* Nr. 23.

27 c) **Subjektive Erkennbarkeit der Sorgfaltspflicht.** Auch dieses Kriterium der „virtuellen Verbotskenntnis" *(Strafunwerth* Rdnr. 1127ff.) ist vom RG bereits angesprochen (E 17), was auf den ersten Blick überraschen mag, weil im Zeitpunkt der Entscheidung das Unrechtsbewußtsein noch nicht als allgemeine Schuldvoraussetzung anerkannt war. Seit dies nun im *Verbotsirrtum-Fall* (StrafR I Nr. 13) geschehen ist, kann auf dieses Schulderfordernis noch weniger verzichtet werden. Denn ebenso wie bei Vorsatztaten nicht schon die Erfolgskenntnis allein schuldbegründend wirkt, sondern auch das Unrechtsbewußtsein hinzukommen muß, kann auch der Vorwurf fahrlässigen Pflichtverstoßes nur dann erhoben werden, wenn der Täter um das Sorgfaltsverbot gewußt hat oder zumindest hätte wissen können (vgl. *Jescheck* § 57 I 2, *Hirsch* LK[9] 166 vor § 51,

28 oder auch *Arzt* ZStW 91, 857ff.). – Warum war diese Pflichtkenntnis des Homöopathen zweifelhaft? Weil es auch hier auf den subjektiven Maßstab der persönlichen Einsichtsfähigkeit ankommt und angesichts der Kurierfreiheit im Heilwesen die „Warnung" durch die Rechtsordnung gefehlt hat (E 17).

29 d) **Subjektive Erfüllbarkeit der Sorgfaltspflicht** (E 9, 10, 17). Auch dieses empirische Kriterium bedurfte hier noch der weiteren Aufklärung. Warum? Weil der Homöopath, verblendet durch seine früheren Erfolge, die Notwendigkeit ärztlichen Beistands möglicherweise gar nicht mehr erkennen konnte (E 18, 19).

30 e) **Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens** (E 2). Bei diesem – vom RG noch fälschlich als Entschuldigungsgrund (E 3, 13) bezeichneten – Kriterium, das von manchen auch als „Vermeidbarkeits"-Problem verstanden wird (*Maihofer;* vgl. auch *Samson* SK Anh 35 zu § 16), geht es ebenfalls um die Grenzen der Sorgfaltspflicht. Doch anders als bei der *empirisch*-faktisch zu ermittelnden Erfüllbarkeit (oben A 29) steht hier die *normativ*-wertende Frage im Vordergrund, welches Maß an Sorgfalt dem Täter im Hinblick auf seine persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse abverlangt werden kann.

A 31 – Daß vorliegend dem Homöopathen, falls man die Voraussehbarkeit des tödlichen Erfolgs (A 25) und die Erkennbarkeit (A 27) und Erfüllbarkeit der Sorgfaltspflicht (A 29) bejaht, pflichtgemäßes Handeln zugemutet werden kann, hat das RG zu Recht bejaht (E 3). – Über sonstige Fälle von Unzumutbarkeit vgl. den grundlegenden *Leinenfänger-Fall* Nr. 24.

32 IV. *Abschlußfrage:* Wie wäre der *Homöopathen-Fall* wohl nach dem **heutigen** Stand der Behandlung von Blinddarmentzündungen zu entscheiden? Könnte sich der Heilbehandler dabei auch heute noch mit seiner konservativen Behandlungsmethode entschuldigen? Wohl kaum. Daran zeigt sich erneut die Abhängigkeit des Rechts vom jeweiligen Entwicklungs- und Bewußtseinsstand, woraus sich jede schematische und unkritische Tradierung von Rspr verbietet.

33 **Schrifttum:** Zur **Fahrlässigkeit** im allgemeinen vgl. *Baumann* § 28; *Blei* I § 82; *Bockelmann* I § 20; *D-Tröndle* § 15 Rdnr. 15ff.; *Jescheck* §§ 54–57; *Lackner* § 15 Anm. III; *M-Gössel* I/2 §§ 42–44; *Mayer* § 29; *Otto* I § 10; *Schmidhäuser* 10/77–115; *Samson* SK Anh zu § 16; *S/S-Cramer* § 15 Rdnr 102–223; *Schroeder* LK § 15 Rdnr 5–12, § 16 Rdnr 116–216; *Stratenwerth* § 16; *Welzel* § 18; *Wessels* I § 15.

Vgl. ferner *Arzt,* Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW 91 (1979) 857; *Burgstaller.* Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *Engisch,* Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *Jacobs,* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *Ders.,* Das Fahrlässigkeitsdelikt, in: Dt. Strafr. Landesreferate z. IX. Intern. Kongreß für Rechtsvergleichung 1974, Beiheft zur ZStW 1974, S. 6; *Jescheck,* Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, 1965; Arthur *Kaufmann,* Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit, JuS 1967, 145; *Lenckner,* Technische Normen und Fahrlässigkeit, Engisch-FS S. 490; *Maihofer,* Zur Systematik der Fahrlässigkeit, ZStW 70 (1958), 159; *Niese,* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; *Otto,* Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht, JuS 1974, 702; *Roxin,* Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74 (1962) 411; *Ders.,* Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, JuS 1964, 53; *Ders.,* Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Gallas-Festschrift S. 241; *Schaffstein,* Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Welzel-Festschrift S. 557; *Schlüchter,* Grundfälle zur Lehre von der Kausalität: Besonderheiten im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte, JuS 1977, 104; *Schmidhäuser,* Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit, GA 1957, 305; *Ders.,* Fährlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung, Schaffstein-FS S. 129; R. *Schmitt,* Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten?, JuS 1963, 64; *Stratenwerth,* Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit, ZStW 71 (1959), 51; *Triffterer,* Die „objektive Voraussehbarkeit", Bockelmann-FS S. 201; *Ulsenheimer,* Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965; *Welzel,* Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen, JZ 1956, 316; *Wolter,* Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, GA 1977, 257; *Zielinski,* Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973. Vgl. ferner die Schrifttumsangaben zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit in StrafR I Nr. 3.

Speziell zur **Rechtfertigungs**problematik bei **Fahrlässigkeits**delikten, insbes. zur **Einwilligung** und zum **„erlaubten Risiko"**, vgl. *Frisch,* Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973; *Geppert,* Rechtfertigende „Einwilligung" des Verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr?, ZStW 83 (1971) 947; *Himmelreich,* Notwehr und unbewußte Fahrlässigkeit, 1971; *Hirsch,* LK[9] 23, 40 vor § 51; *Horn,* Erlaubtes Risiko und Risikoerlaubnis, Welzel-FS S. 719, *Zipf,* Einwilligung und Risikoübernahme, 1970.

Vgl. ferner die Angaben zur **„Sozialadäquanz"** bei Nr. 24.

Übernahmeverschulden – Kontrollpflichten – Erkundigungspflichten – Schutzzweck

BGH NJW 1955, 1487: Rouxhaken-Fall

I StR 632/54 v. 10. 6. 1955

SV **Sachverhalt:** Der angeklagte Arzt führte unter Assistenz der Krankenschwestern R und G in einem Belegkrankenhaus eine Kaiserschnitt-Operation durch, wobei infolge eines Versehens ein Roux-Haken im Leib der Patientin E zurückblieb und eingenäht wurde. Als dieser einen Monat später durch eine weitere Operation entfernt wurde, starb die Frau an einer Thrombose.

P **Zur Problemstellung:** Die StrK hat den A wegen fahrlässiger Tötung (§ 222) verurteilt, da er als Operateur eine ihm erkennbare Aufsichts- und Überwachungspflicht verletzt habe: so hätte er insbesondere die bei der Operation mitwirkende Schwester R über die Gefahr des Abgleitens kleiner Haken in die Bauchhöhle aufklären und die Vollzähligkeit der bei der Operation verwendeten Instrumente unmittelbar nach dem Eingriff überprüfen müssen.

– Hat damit das LG die Anforderungen an die Aufsichts- und Überwachungspflicht überspannt? Der BGH meint dazu:

E 1 **Aus den Gründen: [1487]** „Bei der Beurteilung dieser Frage ist in erster Linie die im Urteil getroffene Feststellung von Bedeutung, daß Operationen in jenem (Beleg-)Krankenhaus dadurch erschwert waren, daß die dabei mitwirkenden Personen weit weniger aufeinander „eingespielt" waren, als dies an Krankenhäusern unter fester ärztlicher **[1488]** Leitung der Fall zu sein pflegt. Dieser Mangel war durch den häufigen Wechsel des
Operationspersonals, vorab des den Eingriff durchführenden Arztes, bedingt; er trat nicht nur in der Operationstechnik, sondern auch in der organisatorischen Gestaltung der Operation, wie in der Zuweisung der Aufgaben an die Hilfspersonen, in deren Behandlung, Anleitung und Überwachung und in der unterschiedlichen Verwendung der Instrumente in Erscheinung. Das Hilfspersonal war auch infolge des Fehlens eines leiten-
2 den Krankenhausarztes weniger straff und gründlich geschult. Diese Verhältnisse waren dem A bekannt. Sie fielen umso schwerer ins Gewicht, als der A keine Erfahrung in der
3 selbständigen Durchführung von Schnittentbindungen hatte ... Zu diesen allgemein ungünstigen Vorbedingungen für den Eingriff bei Frau E kamen noch besondere, in der Person der mitwirkenden Schwestern liegende Umstände, die dem A ebenfalls bekannt waren und die es ihm verboten, sich vorbehaltlos darauf zu verlassen, die Schwestern würden den ihnen gestellten Aufgaben von sich aus voll gerecht werden. Die an der Operation teilnehmende Schwester R hatte weder eine vollwertige Ausbildung noch eine ausreichende Erfahrung als Assistent; ihre Einsicht in die medizinischen und technischen Zusammenhänge einer Operation und in die mit ihr verbundenen Gefahren waren gering. Zudem war sie „etwas unselbständig" und hatte ... bei Operationen nur noch aushilfsweise assistiert. Schon dieser letzte Umstand allein mußte dem A die Besorgnis aufdrängen, daß der Schwester R die bei einer Operation zu beobachtenden Vorsichtsmaßregeln nicht mehr in demselben Maße geläufig seien wie einer ständig als Assistent
4 mitwirkenden Schwester ... Unter den dargestellten sachlichen und persönlichen Verhältnissen kann es aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden, daß der A die Schwester R vor dem Beginn der Operation auf die Gefahr des Abgleitens eines der Roux-Haken in die Operationswunde hätte hinweisen und ihr einschärfen müssen, das etwaige Fehlen
5 eines solchen Hakens sofort zu melden ... Die Ansicht des LG, daß sich der A unter diesen besonderen Umständen nicht darauf verlassen durfte, die Schwester G werde die Vollzähligkeit der bei der Operation verwendeten Instrumente von sich aus auf ihre Vollzähligkeit geprüft haben, und daß er deshalb verpflichtet gewesen wäre, sich durch eine entsprechende Frage Gewißheit zu verschaffen und, soweit erforderlich, die Nachholung der Prüfung sicherzustellen, läßt keine Überspannung der dem A zuzumutenden Sorg-
6 faltspflicht erkennen. Ob der StrK auch darin beizutreten ist, daß der A die Vollzähligkeit der Instrumente notfalls selbst hätte prüfen müssen, kann dahingestellt bleiben. Von einem Operateur wird eine solche Prüfung in eigener Person im allgemeinen schon deshalb nicht verlangt werden können, weil diese nur dann sinnvoll wäre, wenn der Arzt, falls er die Teile des verwendeten Operationsbestecks nicht ohnehin genauestens kennt, die Zahl der Instrumente auch vor der Operation festgestellt hätte, eine Aufgabe, die ihm gerade vor schwierigen Eingriffen, die seine Sammlung auf die eigentliche Aufgabe erfordern, nur in Ausnahmefällen wird zugemutet werden dürfen. Diese Frage bedarf hier deshalb keiner endgültigen Entscheidung, weil im Urteil festgestellt ist, daß das Abhandenkommen des Roux-Hakens auch dann sicher bemerkt worden wäre, wenn die Operationsschwester vom A zum Nachzählen der Instrumente angehalten worden wäre.

E 7 Da das LG auch rechtsirrtumsfrei dargetan hat, daß der A die Pflichtwidrigkeit der ihm vorgeworfenen Unterlassungen hätte erkennen und deren Folgen hätte voraussehen können, kann die Rev. zum Schuldspruch keinen Erfolg haben."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Im Mittelpunkt dieser Fahrlässigkeitsentscheidung stand das **Pflichtwidrigkeits**-Kriterium. Wie dazu bereits im vorangehenden *Homöopathen-Fall* ausgeführt ist, bedarf die allgemeine Sorgfaltspflicht gegenüber fremden Rechtsgütern der **Konkretisierung** in bestimmten Pflichttypen (Nr. 21 A 13 ff.).

I. Nachfolgend seien jene **Arten von Sorgfaltspflichten** genannt, denen in der Praxis besondere Bedeutung zukommt.

2 1. **Übernahmeverschulden.** Die vor oder bei Übernahme riskanter Tätigkeiten obliegenden Sorgfaltspflichten standen im *Homöopathen-Fall* Nr. 21 im Vordergrund. Diese Pflichtart klingt auch hier im Hinblick auf die geringen Erfahrungen des A an, wenn auch nur als sorgfaltssteigerndes Kriterium (E 2).

3 2. Von maßgeblicher Bedeutung war hier jedoch die **Kontroll-** und **Überwachungspflicht.**

– Welche *Faktoren* wurden dafür als relevant angesehen? Das mangelnde Eingespieltsein des Personals aufeinander (E 1); die Unselbständigkeit und unzureichende Ausbildung und Erfahrung der assistierenden Schwestern (E 3).

4 – *Wie* hätte der Arzt seiner Überwachungspflicht genügen müssen? Durch ausdrückliche Hinweise und Warnungen (E 4); durch Rückversicherung (E 5).

5 – Ähnliche Kontrollpflichten oblagen dem Arzt auch im *Homöopathen-Fall* Nr. 21 E 15: Fiebermessungen! Über sonstige Arztpflichten bei Krankenbehandlung vgl. die zahlreichen Beispiele bei *S/S-Cramer* § 15 Rdnr. 196.

– Auch im *Straßenverkehr* sind Kontrollpflichten von besonderer Bedeutung: so hinsichtlich der Verkehrstüchtigkeit des Fahrzeugs (vgl. *Rücklichter-Fall* StrafR I Nr. 5) oder bei gefährlichen Grundstücksausfahrten (vgl. *Einwinker-Fall* BGHSt 2, 226).

6 3. **Erkundigungspflichten.** Danach muß sich etwa der Zahnarzt vor gefährlichen Extraktionen über die Krankengeschichte aufklären lassen und notfalls einen Facharzt beiziehen: vgl. *Zahnarzt-Fall* StrafR I Nr. 7; ferner *Blinddarm-Fall* BGHSt 12, 379, wonach bei nicht erforderlichen, sondern nur „gegebenen" Eingriffen eine besonders sorgfältige Aufklärung geboten ist. Vgl. ferner *Homöopathen-Fall* Nr. 21 E 15.

– In diese Kategorie der Erkundigungspflichten gehört etwa auch der *Falschaussage-Fall* RGSt 62, 126, wonach sich der wegen Unterhaltszahlungen in Anspruch genommene Vater „auf die beabsichtigte Leistung des Eides durch Benutzung geeigneter Erkenntnisquellen vorbereiten" muß.

7 4. Besondere **Vorsorge-** oder **Unfallverhütungsvorschriften,** Ordnungs- und Berufsausübungsregeln. Soweit die allgemeine Sorgfaltspflicht in bestimmten geschriebenen oder auch gewohnheitsrechtlich anerkannten Verhaltensregeln (z. B. in Verkehrsvorschriften, in der ärztlichen *lex artis* oder in technischen Normen) ihren Niederschlag gefunden hat, wird in deren Verletzung regelmäßig eine Pflichtwidrigkeit zu erblicken sein (vgl. Nr. 21 A 16b). Allerdings ist dabei zweierlei zu beachten:

8 – Die verletzte Regel muß, wenn auch nicht unbedingt ausschließlich, so doch zumindest mittelbar dem Schutz des betroffenen Rechtsguts dienen (grundlegend zur *„Schutzzwecklehre" Roxin,* zuletzt in Gallas-FS S. 245 ff., *Rudolphi* JuS 1969, 549 ff., vgl. ferner *Samson* SK Anh. 28 zu § 16 m. w. N.). – Dieses Kriterium stand etwa im *Zahnarzt-Fall* StrafR I Nr. 7 (insbes. A 3) in Frage; vgl. auch Nr. 21 E 12, Nr. 23 A 23 und Nr. 27 A 9.

9 – Der Regelverstoß bildet zwar ein starkes *Indiz,* führt jedoch keineswegs zwingend zur Annahme subjektiver Sorgfaltswidrigkeit bzw. Vorhersehbarkeit. Näher dazu *Bluter-Fall* Nr. 23 A 14 ff.

II. Delegierung von Sorgfaltspflichten.

10 1. Dies ist *grundsätzlich möglich,* ja wird bei Teamarbeit sogar die Regel sein. Wie jedoch der vorliegende Fall zeigt, entbindet die Übertragung von Aufgaben auf andere keinesfalls von etwaigen *Kontroll*pflichten (E 6; vgl. oben A 3). Auch kann den unmittelbar Verpflichteten bei Heranziehung ungeeigneter Hilfskräfte ein *Auswahl*verschulden treffen. Über dabei relevante Faktoren aufschlußreich der *Kanalisations-Fall* OLG Hamm NJW 1969, 2211.

A 11 2. Notfalls kann sogar eine *Pflicht zur Delegierung* bestimmter Aufgaben auf andere bestehen: So etwa dann, wenn dem Betroffenen in Einzelfragen die eigene Sachkunde fehlt (vgl. *Zahnarzt-* und *Homöopathen-Fall* oben A 6; vgl. auch *Assistenzarzt-Fall* NJW 1979, 1258/9). Gleiches gilt dort, wo der Täter die ihm obliegende Vorsorge aus faktischem Unvermögen nicht persönlich treffen kann: vgl. BGHSt 2, 226, wonach bei gefährlichen Grundstücksausfahrten notfalls ein „Einwinker" beizuziehen ist.

12 III. Da im vorliegenden Fall die dem Arzt obliegende Überwachungspflicht ihm auch **subjektiv** *erkennbar, erfüllbar* und *zumutbar* war (E 5, 7), besteht der Vorwurf fahrlässigen Handelns zu Recht.

13 **Schrifttum:** Außer der bei Nr. 21 angeführten Literatur *Stratenwerth,* Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, Eb. Schmidt-FS S. 383.

Fahrlässigkeit: Kausalität – Vorhersehbarkeit – Vertrauensgrundsatz

RGSt 54, 349: Bluter-Fall

I StS 211/20 v. 31. 5. 1920

SV **Sachverhalt:** Der jugendliche A warf im Streit mit seinem Bruder diesem vorsätzlich einen Stein nach, der den in der Nähe vorbeigehenden Schüler G am Kopf traf. Trotz der Unerheblichkeit der zugefügten blutenden Verletzung starb G, der ein „Bluter" war, am folgenden Tage. Daß sein Steinwurf eine derartige Folge haben könnte, hat der A nicht vorausgesehen.

P **Zur Problemstellung:** Die StrK hat den A wegen fahrlässiger Tötung (§ 222) verurteilt. Ist dieses Urteil haltbar, wenn man bedenkt, daß dieser unglückliche Steinwurf nur aufgrund ganz außergewöhnlicher Umstände (aberratio ictus und Bluter-Eigenschaft des Getroffenen) den Tod des G zur Folge hatte?

– Wäre hier etwa bereits auf Unrechtsebene die Kausalität zu verneinen?

– Oder fehlt es auf Schuldebene an der subjektiven Vorhersehbarkeit eines derartigen Kausalverlaufs?

– Wie wird nach den allgemeinen Maßstäben der Rspr die Antwort des RG ausfallen?

E 1 **Aus den Gründen: [349]** „Die Ursache des Todes des G war die Verletzung durch den Stein, den der A vorsätzlich nach seinem Bruder geworfen hatte. Ohne die Handlung des A wäre keine Verletzung und ohne diese auch nicht der Tod des Verletzten eingetreten; die Handlung des A war sonach eine Bedingung des Erfolges, der bei ihrem Fehlen nicht
2 eingetreten wäre. Freilich mag es zweifelhaft sein, ob ein Erfolg, wie der eingetretene, nach menschlicher Erfahrung mit einer Handlung gleicher Art regelmäßig und allgemein verbunden ist oder sein kann. Darauf kommt es aber nicht an; denn für die Frage der Verursachung ist nach der Rspr des RG ausschließlich der im Einzelfall nachweisbare
3 äußere Zusammenhang entscheidend; die allgemeine Vorhersehbarkeit eines Erfolges als des erfahrungsmäßigen Endglieds des Verlaufs einer gleichartigen Handlung ist dagegen kein Merkmal der Verursachung, sondern kommt lediglich als ein außerhalb der Verursachung liegendes Merkmal der *Verschuldung* in Frage.

4 **[350]** Gegen die Beurteilung der Verschuldung richtet sich denn auch ausschließlich der Revisionsangriff, und zwar dahin, der A habe *nicht* vorauszusehen vermocht, daß der Steinwurf den Tod des Verletzten herbeiführen könne; lediglich infolge der krankhaften Veranlagung als „Bluter" sei der Getroffene das Opfer einer leichten Verletzung geworden; von dieser Veranlagung habe aber der A weder Kenntnis gehabt, noch habe er sie
5 vorhersehen können. Der Angriff vermag nicht durchzudringen. Die StrK geht im Einklang mit der RG-Rspr zutreffend davon aus, daß der A den Tod des Verletzten nicht etwa als Folge seines Handelns wegen des Vorsatzes zu vertreten habe, der ihn bei dem Unternehmen, in der Person seines Bruders einen Menschen zu mißhandeln, leitete; daß er also nicht etwa, weil er durch seine vorsätzliche Handlung einen Menschen in der Person des Verletzten an der Gesundheit beschädigte und dadurch dessen Tod verursachte, der vorsätzlichen Körperverletzung mit Todesfolge schuldig sei. Vielmehr ist der straflose, gegen den Bruder gerichtete, *Versuch* der Körperverletzung lediglich aus dem Gesichtspunkt einer Übertretung des § 366 Nr. 7 [a. F.] StGB zum Gegenstand der Aburteilung gemacht, gleichzeitig aber ist diese Tat dem A auch aus dem Gesichtspunkte der fahrlässigen Tötung des von dem Steinwurfe getroffenen Knaben zugerechnet worden.
6 Die Fahrlässigkeit des A in bezug auf die Tötung bedurfte hiernach eines besonderen Nachweises; es handelt sich dabei nicht etwa um eine einfache Erfolgshaftung wie bei der vorsätzlichen Körperverletzung mit Todesfolge [§ 226]. In den Urteilsgründen findet sich nun zwar keine ausdrückliche Darlegung, daß der A bei dem Werfen des Steines allgemein unvorsichtig gehandelt, daß er insbesondere habe vorhersehen können, sein Wurf könne auch den Getöteten oder überhaupt andere Menschen, als seinen Bruder,
7 treffen; aus dem Zusammenhange der Urteilsgründe ist aber mit Bestimmtheit zu entnehmen, daß der Angriff auf den Bruder an einem Ort erfolgte, wo Menschen verkehren, und daß der A damit zu rechnen hatte, solche seien in der Nähe und könnten von dem Steine getroffen werden. Andererseits wird in den Urteilsgründen als nachgewiesen betont, der A habe vorhersehen können, daß der Steinwurf den Tod eines davon getroffenen Menschen herbeiführen könne. Das ist eine für das RevG bindende Entscheidung tatsächlicher Art. Der Erfahrung des täglichen Lebens widerspricht sie nicht; je nach den Umständen des Einzelfalls ist es möglich, daß auch Menschen von regelmäßiger Beschaffenheit
8 durch Steinwurf getötet werden Hat der A aber im gegebenen Fall die *Möglichkeit* des

E Eintritts des tödlichen Erfolges bei gehöriger Aufmerksamkeit und Überlegung zu erkennen vermocht, **[351]** so kommt es nicht weiter darauf an, daß die *allgemein* vorhersehbare Folge *nicht* eingetreten sein würde, wenn nicht die besondere Körperbeschaffenheit des Verletzten, der ein „Bluter" war, zu dem Eintritte der schweren Folge mitgewirkt hätte. Denn wenn der A die Möglichkeit der tödlichen Verletzung eines Menschen *überhaupt* zu erkennen vermochte, so ist es gleichgültig, ob er auch die Besonderheiten kannte oder vorhersehen konnte, die im gegebenen Einzelfall den ursächlichen Verlauf nachteilig beeinflußten (RGSt 6, 146; 19, 51; 35, 131)."

[Aus diesen Gründen wurde der Schuldspruch aufrechterhalten].

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Bei Bearbeitung dieses Falles sind zwei Tatbestandskomplexe auseinanderzuhalten, die das RG in seiner RevEntscheidung ineinander verweben konnte: die durch den Steinwurf auf den Bruder B berührten Tatbestände (I) und die daraus resultierende Tötung des G (II, III).

1 **I.** Welche Tatbestände kommen für den **vorsätzlichen Wurf gegen B** in Betracht?

1. Vorsätzliche Körperverletzung nach **§ 223**? Da B nicht getroffen wurde, scheidet jedenfalls ihm gegenüber *vollendete* Körperverletzung aus. Zwar bliebe dann noch der Versuch; doch dieser ist allenfalls bei § 223 a (Stein als gefährliches Werkzeug bzw. als lebensgefährdende Behandlung: vgl. StrafR III Nr. 6 A 46ff.), nicht dagegen bei § 223 strafbar.

2 – Frage: Würde sich daran etwas ändern, wenn man die *aberratio ictus-Regeln* heranzieht? Die Voraussetzungen dafür wären zweifellos gegeben, da anstelle des intendierten Opfers aufgrund unvorhergesehener Abirrung des Kausalverlaufs ein anderer Mensch getroffen wurde. Da jedoch in solchen Fällen gegenüber dem *intendierten* Opfer nur *Versuch* und gegenüber dem tatsächlich *getroffenen* nur *fahrlässige* Verursachung des konkret eingetretenen Erfolgs angenommen wird, bleibt wegen der Straflosigkeit des (einfachen) Körperverletzungsversuchs nur fahrlässige Tötung des G. So sind wohl auch die knappen Ausführungen bei E 5 zu verstehen. Näher zu den Grundsätzen der aberratio ictus vgl. StrafR I Nr. 18 A 9ff.

– Wie müßte demnach der Fall gestaltet sein, wenn bereits der im Steinwurf steckende Versuch tatbestandlich erfaßt werden soll? Wenn nicht über § 223 a II (vgl. oben A 1), dann allenfalls bei Werfen mit *Tötungs*vorsatz; denn dann wäre A nach §§ 212, 22 (gegen B) in Tateinheit (§ 52) mit § 222 (gegenüber G: vgl. unten A 5) strafbar.

3 **2.** Körperverletzung mit Todesfolge nach **§ 226**? Da die Todesfolge nicht aus einer vorsätzlichen Körperverletzung herrührt (denn gegenüber B fehlt es am Erfolg, gegenüber G an der Vorsätzlichkeit der Verletzung), scheidet auch eine Erfolgsqualifizierung nach § 226 aus: vgl. E 6, wogegen freilich zu beachten bleibt, daß es sich auch bei den erfolgsqualifizierten Delikten seit Einfügung des § 18 nicht mehr um reine Erfolgshaftung handelt (vgl. StrafR I Nr. 4 A 18ff. sowie StrafR III Nr. 9 A 1ff.).

4 **3.** Selbst eine im Entscheidungszeitpunkt noch mögliche Verurteilung nach **§ 366 Nr. 7** a. F. (vgl. E 5) wäre heute nicht mehr möglich, da dieser Tatbestand als bloße Übertretung durch das EGStGB von 1974 ersatzlos aufgehoben wurde.

5 **II. Fahrlässige Tötung (§ 222) gegenüber G.**

1. Hier stand zunächst auf Unrechtsebene die **Kausalität** in Frage. Daß sie im Ergebnis bejaht worden ist, konnte bei Zugrundelegung der herrschenden Äquivalenztheorie (E 1) nicht überraschen; denn anders als nach der bei E 2 angesprochenen Adäquanztheorie, nach der die relevanten Faktoren durch allgemeine Erfahrungs- und Wahrscheinlichkeitskriterien gefiltert werden, kommt es bei der auf Gleichwertigkeit aller Bedingungen gestützten Äquivalenztheorie allein darauf an, daß der Steinwurf eine condicio sine qua non darstellt (näher dazu StrafR I Nr. 4 A 9ff.). Und das war hier – trotz der Härte des Ergebnisses – nicht zu bestreiten.

6 – Frage: Zwingt dies jedoch dazu, die allgemeine Vorhersehbarkeit des Erfolges damit gänzlich auf die *Verschulden*sebene zu schieben, wie dies das RG bei E 3 tut? Ja, wenn man mit der heute noch herrschenden Rspr die Fahrlässigkeit als reines Schuldproblem begreift. Anders dagegen die „Zweistufigkeitslehre": Danach wäre in der allgemeinen (oder besser: objektiven) Vorhersehbarkeit des Erfolgs bereits ein Unrechtskriterium zu erblicken, wobei man freilich darüber streiten kann, ob die objektive Vorhersehbarkeit als eigenständiges Fahrlässigkeitskriterium oder lediglich als Einzelaspekt der objektiven Pflichtwidrigkeit zu verstehen ist. Näher zu dieser Standortfrage *Homöopathen-Fall* Nr. 21 A 4ff., 16.

7 **2.** Die **subjektive Vorhersehbarkeit** des tödlichen Erfolgs. Bei diesem Fahrlässigkeitskriterium handelt es sich – jedenfalls nach h. M. – um ein echtes *Schuld*kriterium (Nr.

A 21 A 23 ff.), das nicht zuletzt die Funktion hat, völlig ungewöhnliche Kausalverläufe nach subjektiven Maßstäben auszuscheiden. – Warum aber versagt dieses auf die *persönlichen Fähigkeiten* und *Kenntnisse* des Täters ausgerichtete Korrektiv im vorliegenden Fall? Wegen des weitgespannten Vorhersehbarkeitsbegriffes des RG:

8 a) Was soll nach **RG** für die subjektive Vorhersehbarkeit genügen?
- Zum einen, daß schon die Möglichkeit eines tödlichen Erfolges durch Steinwurf *überhaupt vorhersehbar* war, kurz: die **generelle Vorhersehbarkeit des Endergebnisses** (E 8);
- zum anderen, daß dieses Endergebnis *nicht* den Erfahrungen des *täglichen Lebens widerspricht* (E 7).

9 Sind diese beiden Faktoren gegeben – und das wird man bei Fixierung der Vorhersehbarkeit auf das *End*ergebnis kaum bestreiten können –, so sollen auch etwaige Besonderheiten des konkreten Kausalverlaufs (hier die Blutereigenschaft des G) völlig unbeachtlich sein (E 8). – Sehr weitgehend in diesem Sinne auch **RGSt 34, 91** (*Garderobe-Fall*), wo ein von einem Gast in der Garderobe zurückgelassener Revolver aus dem Mantel fiel, vom Logenschließer aufgehoben und im Glauben, daß er ungeladen sei, auf einen anderen abgedrückt wurde. Dies soll für den Gast subjektiv voraussehbar gewesen sein, mit der Folge, daß er wegen fahrlässiger Tötung verurteilt wurde.

10 b) Ist dieses Abstellen auf die generelle Vorhersehbarkeit des Erfolgs eigentlich noch mit dem subjektiven Ansatz des *Schuldprinzips* vereinbar? Die **neuere Rspr** scheint dies zu bezweifeln, in dem sie auch der Vorhersehbarkeit des **Kausalverlaufs** zumindest eine *gewisse* Bedeutung beimißt. So der BGH im *Betrunkenenhelfer-Fall* **BGHSt 3, 62:**

Dort war der A nach reichlichem Alkoholgenuß gestürzt und auf der rechten Fahrbahnseite liegen geblieben. Als er von einem Ehepaar weggetragen worden war, näherte sich ein Fahrzeug mit einem ebenfalls Angetrunkenen und erfaßte die zu ihrem PKW zurückgehende Ehefrau so unglücklich, daß sie auf der Stelle getötet wurde. Zur Voraussehbarkeit dieses tödlichen Erfolges durch den A bemerkt der BGH:

[63] Zwar genüge es, „daß der Erfolg in seinem schließlichen Ergebnis vorausgesehen werden konnte"; doch werde dieser Grundsatz in einer Beziehung eingeschränkt: **[64]** „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit entfällt für einen Geschehensablauf, der so sehr außerhalb aller Lebenserfahrung liegt, daß der Täter auch bei der nach den Umständen dieses Falles gebotenen und ihm nach seinen persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen zuzumutenden Sorgfalt nicht mit ihm zu rechnen braucht". Dies könnte besonders dann in Betracht kommen, wenn sich in den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Täters und dem Erfolg bewußte oder unbewußte *Handlungen Dritter* als Zwischenglieder einschalten. Danach habe der Betrunkene nicht voraussehen können, daß ein ihm zu Hilfe eilender Verkehrsteilnehmer durch einen anderen grob verkehrswidrig zu Tode gefahren wird. Instruktiv auch BGHSt 12, 75 (Anhänger-Fall).

11 Doch trotz dieser Beschränkung der Voraussehbarkeit durch *Ausscheidung außergewöhnlicher Geschehensabläufe* geht der BGH in praxi doch immer noch sehr weit, wie z. B. im *Limonadenauto-Fall* **BGH VRS 20, 282:**

Dort hatte ein Fahrer sein buntbemaltes Limonadenauto am Faschingsdienstag unverschlossen auf der Straße stehen lassen, um in einer benachbarten Tankstelle seine Arbeitgeberin anzurufen. Diese Gelegenheit benutzte ein des Weges kommender Betrunkener, das Fahrzeug zu besteigen, den Zündschlüssel aus dem Handschuhfach zu nehmen und davonzufahren. Bald darauf verlor der Betrunkene die Herrschaft über das Fahrzeug, erfaßte einen Fußgänger auf dem Gehweg und verletzte ihn so schwer, daß dieser starb. Das LG hatte Fahrlässigkeit des Fahrers verneint, da er nicht damit habe zu rechnen brauchen, daß ein Unbefugter mit einem so leicht erkennbaren Fahrzeug wegfahren werde. Der BGH dagegen meint, daß nach der Lebenserfahrung gerade das auffallende Aussehen eines Limonadenfahrzeugs am Fastnachtsdienstag einen übermütigen jungen Menschen dazu verlocken konnte, mit dem Fahrzeug durch die Straßen zu fahren und Aufsehen zu erregen. Deshalb könne die Vorhersehbarkeit nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

– Vgl. ferner *Fausthieb-Fall* StrafR I Nr. 8 E 17 und *Blinddarm-Fall* BGHSt 12, 379/85. Sehr instruktiv auch der *Hepatitis-Fall* OLG Hamm NJW 1973, 1422 m. Anm., *Otto* JuS 1974, 702 ff. sowie der *Auffahr-Fall* OLG Karlsruhe NJW 1976, 1853. Über die Voraussehbarkeit von *Übermüdung im Straßenverkehr* grundlegend BGHSt 23, 156.

11a *Frage:* Wie würde nach alledem der BGH den *Bluter-Fall* entscheiden? Da das Abirren eines Steinwurfes ebensowenig außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegt wie das Treffen einer konstitutionsgeschwächten Person, müßte man danach wohl zur Beja-

A hung der Voraussehbarkeit kommen. Vgl. aber auch den *Leichtbluter-Fall* BGHSt 14, 52, wo die Voraussehbarkeit deshalb verneint werden konnte, weil bei einer nur mäßigen Ohrfeige des Lehrers noch mit keiner Verletzung des an Leichtbluten leidenden Schülers zu rechnen war. Vgl. ferner die Rspr-Nachw. zur Voraussehbarkeit bei *S/S-Cramer* § 15 Rdnr. 184f.

12 c) Demgegenüber ist die **Lehre** durchweg strenger. Danach muß nicht nur der **Enderfolg,** sondern auch der **Kausalverlauf,** wenn auch nur in seinen wesentlichen Zusammenhängen, **voraussehbar** gewesen sein (*Jescheck* § 57 III 1, *S/S-Cramer* § 15 Rdnr. 198 m. w. N.). Danach ist hier der gleiche Maßstab anzulegen wie beim Kenntniskriterium des Vorsatzes: Das, was der Vorsatztäter antizipiert haben muß, hätte auch der Fahrlässigkeitstäter potentiell voraussehen müssen.

– Wie wäre danach der *Bluter-Fall* zu entscheiden? Wegen Wesentlichkeit der Kausalabweichung wäre die subjektive Voraussehbarkeit zu verneinen; dies um so mehr, wenn man bei dem dabei anzulegenden subjektiven Erkenntnismaßstab die altersmäßige Unerfahrenheit des jugendlichen Täters mitberücksichtigt.

13 d) Noch enger die **„Schutzzwecklehre"**, wonach der Täter vorausgesehen haben muß, „daß die konkrete Erfolgsverursachung im Schutzbereich der von ihm verletzten Sorgfaltspflicht liegt" (*Rudolphi* JuS 1969, 552; vgl. ferner *Jakobs,* Studien S. 89ff., *Samson* SK Anh. 30 zu § 16 sowie oben Nr. 22 A 8). Ob dies hinsichtlich der Voraussehbarkeit freilich durchwegs zu genaueren Abgrenzungen führt, erscheint zweifelhaft. Immerhin könnte aber diese Lehre geeignet sein, bei etwaigen *Sekundärfolgen* von sog. Primärverletzungen zu einer Beschränkung der Voraussehbarkeit zu führen: vgl. dazu *Vitaminvergiftungs-Fall* OLG Köln NJW 1956, 1848, *Roxin* Gallas-FS S. 253ff.

14 **3. Indizwirkung der objektiven Pflichtwidrigkeit?** Angesichts der Wertungsunsicherheit bei Beurteilung der subjektiven Vorhersehbarkeit hat sich in der Praxis immer wieder die Frage gestellt, ob nicht aus dem Wissen des Täters um sein pflichtwidriges Handeln zwingend auf die subjektive Vorhersehbarkeit der daraus resultierenden Folgen geschlossen werden könne. Dies vor allem dort, wo der objektive Sorgfaltsmaßstab durch Verkehrsregeln oder durch sonstige gesetzliche oder polizeiliche Unfallverhütungsvorschriften festgelegt ist (vgl. oben Nr. 21 A 15ff., Nr. 22 A 9). Die Rspr nimmt dazu einen differenzierenden Standpunkt ein:

14a – Einerseits wird in einem *objektiven* Regelverstoß zu Recht ein starkes Indiz für die Annahme subjektiver Voraussehbarkeit erblickt (vgl. *Homöopathen-Fall* Nr. 21 E 12; instruktiv auch *Brückeneinsturz-Fall* BGH MDR 1978, 504/5).

14b – Andererseits wird jedoch ebenso zu Recht ein starrer Automatismus zwischen Regelverstoß und subjektiver Vorhersehbarkeit abgelehnt, um unter Berücksichtigung der Umstände des *Einzelfalles* auch den *Schutzumfang* der verletzten Norm in Betracht zu ziehen (vgl. Nr. 21 E 11). In diesem Sinne auch der BGH bezüglich *gesetzlicher Verkehrsregeln* im *Überhol-Fall* **BGHSt 4, 182:**

Dort hatte sich der A mit 70 km/h einer vollübersichtlichen Kreuzung genähert. Vor ihm fuhren scharf rechts nebeneinander H und B auf Fahrrädern. Der stark angetrunkene B befand sich rechts von H. Dieser wußte, daß B nach links in die kreuzende Straße einbiegen wollte, er verabschiedete sich von ihm etwa 5 m vor der Kreuzung, indem er ihm mit der Hand auf die Schulter klopfte. Als der A, der sich inzwischen genähert und seine Geschwindigkeit etwas gemäßigt hatte, dies sah, gab er Signal und fuhr, da die Radfahrer zunächst ihre Richtung beibehielten, etwas nach links, um zu überholen. Unmittelbar darauf bog B vor H scharf nach links ab, ohne seine Absicht vorher durch Handzeichen anzukündigen. Mitten auf der Kreuzung wurde er vom A erfaßt und getötet. – In Frage stand, ob dem A fahrlässige Tötung schon deshalb vorgeworfen werden könne, weil er verbotswidrig an einer Straßenkreuzung überholt hatte. Davon ausgehend, daß die Voraussehbarkeit stets von den Umständen des Einzelfalles abhänge und unabhängig davon zu prüfen sei, ob eine strafbare Verkehrsübertretung vorliegt, hat der BGH festgestellt:

[185] „Weder begründet eine solche Übertretung für sich allein und notwendig den Vorwurf der Fahrlässigkeit, noch wird dieser Vorwurf durch die Einhaltung der Verkehrsvorschriften unbedingt ausgeschlossen (Nachw.). Freilich geben die Verkehrsvorschriften durch die Erfahrungen, die in ihnen niedergelegt sind, im Einzelfall einen wichtigen Anhalt für die Beurteilung der Voraussehbarkeit. Denn sie sind das Ergebnis einer auf Erfahrung und Überlegung beruhenden umfassenden Voraussicht möglicher Gefahren; sie besagen schon durch ihr Dasein, daß durch ihre Übertretung die Gefahr eines Unfalls im Bereiche der Möglichkeit liegt. Die Übertretung gestattet deshalb häufig den Schluß auf die Voraussehbarkeit des Erfolges, selbst wenn die Verkehrslage einen konkreten Anhalt für die Gefahr eines Unfalls nicht enthält. Indessen kommt diese Bedeutung als Beweisanzeichen für die Voraussehbarkeit des Unfalls nicht allen Verkehrsvorschriften in

A gleichem Maße zu. Die Frage läßt sich nur anhand der einzelnen Bestimmungen und ihrer besonderen Aufgabe für die Sicherheit des Verkehrs entscheiden". Im Entscheidungsfall wurde daher im Ergebnis die subjektive Voraussehbarkeit verneint.

15 Diese Auffassung hat auch in der Lehre grundsätzliche Zustimmung gefunden (vgl. *S/S-Cramer* § 15 Rdnr. 181ff.), wobei freilich zu Recht kritisiert wird, daß diese *Grundsätze* in der Praxis nicht immer durchgehalten werden (vgl. *Volk* GA 1973, 167ff.). – Im gleichen Zusammenhang ist ferner noch ein Grundsatz zu sehen, der im heutigen Straßenverkehr eine große Rolle spielt:

16 **III. Der sog. Vertrauensgrundsatz.**

Auch diese ungeschriebene Grundregel des Verkehrs soll dazu dienen, sowohl den Umfang der *objektiven Sorgfaltspflicht* als auch die *subjektive Vorhersehbarkeit* pflichtwidriger Folgen zu begrenzen. Nach der Plenarentscheidung des BGH im *Vorfahrt-Fall* **BGHSt 7, 118** und der darauf beruhenden neueren Rspr sind dafür zwei Regeln wesentlich:

17 1. Der Kraftfahrer darf *grundsätzlich darauf vertrauen, daß sich auch die anderen Verkehrsteilnehmer verkehrsgerecht verhalten.* Solange man sich also selbst an die Verkehrsregeln hält, gilt das Fehlverhalten anderer regelmäßig als nicht vorhersehbar. – Demgemäß wurde im *Vorfahrt-Fall* die Fahrlässigkeit des PKW-Fahrers verneint, der sich auf einer vorfahrtsberechtigten Straße befand, als er mit einem LKW kollidierte, der unter Mißachtung seiner Wartepflicht aus einer Seitenstraße in die Vorfahrtsstraße einfuhr.

18 2. Dieser „lebensgerechte" Grundsatz *(Mezger)* findet seine *Grenze* jedoch dort, wo erkennbar wird, daß sich ein anderer Verkehrsteilnehmer nicht mehr verkehrsgerecht verhält, oder wo wegen der bekannten Häufigkeit von Verkehrsverstößen mit solchen gerechnet werden muß, kurz: von dem Augenblick an, „in dem sich dem Kraftfahrer eine *Verkehrslage* darbietet, *die jenes Vertrauen aus irgendeinem Grunde nicht völlig rechtfertigt*" (**BGHSt 10 3/4:** *Sack-Fall*). – Demgemäß wurde in diesem Fall, wo ein Omnibus-Fahrer einen auf der Straße liegenden Menschen überfuhr, weil er ihn irrtümlich für einen Sack hielt, die Berufung auf den Vertrauensgrundsatz zu Recht verwehrt, da er von dem Augenblick an, als er das Hindernis auf der Fahrbahn bemerkte, mit der Möglichkeit hätte rechnen müssen, daß das Hindernis ein lebender Mensch war. – Weitere Beispiele zum Vertrauensgrundsatz und etwaigen Ausnahmen bei *S/S-Cramer* § 15 Anm. 209ff., *Schroeder* LK § 16 Rdnr. 168ff.

19 3. Kann dieser im Verkehrsrecht entwickelte Vertrauensgrundsatz auch **in anderen Bereichen** Beachtung beanspruchen? *Stratenwerth* Rdnr. 1155 bejaht dies zu Recht überall dort, „wo sich im sozialen Leben die Verhaltensweisen mehrerer Personen berühren"; so z. B. zwischen den an gefährlichen Unternehmungen beteiligten Arbeitern (vgl. näher *Frisch* S. 100ff.).

20 **Schrifttum:** Außer der zu den Fällen Nr. 21 und 22 angeführten Lit. vgl. ferner *Frisch,* Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973; *Maurach,* Adäquanz der Verursachung oder der Fahrlässigkeit, GA 1960, 97; *Möhl,* Voraussehbarkeit der Folgen rechtswidrigen Verhaltens und Vertrauensgrundsatz, DAR 1972, 57; *Rudolphi,* Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS 1969, 549; *Spendel,* Condicio-sine-qua-non-Gedanke und Fahrlässigkeitsdelikt, JuS 1965, 14; *Volk,* Anscheinsbeweis und Fahrlässigkeit im Strafprozeß, GA 1973, 161.

Fahrlässigkeit: Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens

RGSt 30, 35: Leinenfänger-Fall

IV StS 576/97 v. 23. 3. 1897

SV **Sachverhalt:** Der A hat seit Oktober 1895 als Kutscher in Dienst gestanden. Er führte während dieser Zeit eine mit zwei Pferden bespannte Droschke. Eines der Pferde war ein „Leinenfänger", d. h. es hatte zeitweise die Gewohnheit, den Schweif über die Fahrleine zu schlagen und diese mit demselben herunter- und fest an den Körper zu drücken. Dieser Fehler war sowohl dem A als auch seinem Dienstherrn bekannt. Bei einer im Juli 1896 ausgeführten Fahrt gelang es dem Pferd, die Leine mit dem Schwanze einzukneifen. Bei den vergeblichen Versuchen des A, die Leine hervorzuziehen, wurden die Pferde wild; A verlor völlig die Herrschaft über das Gespann, welches beim Weitergaloppieren den an der Seite der Chaussee gehenden B umwarf, so daß dieser unter den Wagen geriet und einen Beinbruch erlitt.

P **Zur Problemstellung:** Ist der Kutscher einer fahrlässigen Körperverletzung (§ 230) schuldig? Das Instanzgericht hat ihn von diesem Vorwurf freigesprochen (und das RG hat dies bestätigt), obgleich er die Möglichkeit eines derartigen Unglücksfalles voraussehen konnte.

Von welchem weiteren Kriterium – über die Pflichtwidrigkeit und Voraussehbarkeit hinaus – hängt also die Fahrlässigkeitsbegründung ab? Das RG führt dazu aus:

E 1 **Aus den Gründen: [26]** „Es kann [dem Revisionsangriff der StA] nicht zugestanden werden, daß nach den getroffenen Feststellungen sämtliche Tatbestandsmerkmale der fahrlässigen Körperverletzung, deren der A beschuldigt ist, vorlägen, und der erste Richter die Freisprechung unzulässigerweise auf einen im Gesetze nicht anerkannten Strafausschließungsgrund gestützt habe. Aus dem Zusammenhange der Urteilsbegründung ist im Gegenteil zu entnehmen, daß die Vorinstanz dem A eine pflichtwidrige Unvorsichtigkeit, wie sie zum Begriffe der Fahrlässigkeit gehört, unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles nicht beimessen zu können geglaubt hat, und daß sie aus diesem Grunde zur Freisprechung des A gelangt ist. Wenn es im Urteil heißt, der einzige Vorwurf, der dem A gemacht werden könne, sei der, daß er mit dem Pferde, welches ihm als sog. *‚Leinenfänger'* bekannt war, gefahren sei, so soll damit offenbar nicht gesagt sein, daß dieses Fahren ohne weiteres den Vorwurf der pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit begründe...

2 **[27]** Der Richter erster Instanz schreibt allerdings dem A mit der Kenntnis von dem Fehler des einen Pferdes auch das Bewußtsein von den Gefahren zu, welche, falls es, was nicht immer zu verhindern, dem ‚Leinenfänger' gelingt, die Fahrleine unter den Schwanz zu bekommen, erfahrungsgemäß, namentlich für Straßenpassanten, dadurch herbeigeführt werden können, daß der Kutscher außer Stand gesetzt wird, die Pferde nach seinem Willen zu lenken, letztere auch durch die Versuche, die Leine frei zu machen, zum Durchgehen gebracht werden können. Hiermit ist das Moment der Vorhersehbarkeit des im vorliegenden Falle durch das Durchgehen der Pferde und mittelbar durch das Fahren mit

3 dem ‚Leinenfänger' verursachten Unfalles unzweifelhaft festgestellt. Für sich allein genügt dies aber noch nicht, um jener Tätigkeit des A den Charakter einer unter das Strafgesetz fallenden fahrlässigen Handlungsweise aufzudrücken. Wollte man den Satz aufstellen, es müsse zur Vermeidung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit *jede* Handlung unterlassen werden, bezüglich deren die Möglichkeit gegeben und vorhersehbar ist, daß sie für einen rechtswidrigen Erfolg kausal werden kann, so würde dies zu Konsequenzen führen, deren Unvereinbarkeit mit den bestehenden Lebensverhältnissen und den Bedürfnissen des Verkehrs offensichtlich ist. Es werden, wie einer näheren Ausführung nicht bedarf, täglich und stündlich ungezählte Handlungen vorgenommen, die, jedem Denkenden erkennbar, die Möglichkeit der Kausalität für die Verletzung der körperlichen Integrität, ja für das Leben anderer Personen in sich tragen, und bei denen sich der Handelnde auch regelmäßig bewußt sein muß, daß selbst die Anwendung der größten Aufmerksamkeit seinerseits die Verwirklichung der mit der Handlung verbundenen Gefahren nicht völlig auszuschließen vermag. Alle derartigen Handlungen unterschiedslos als fahrlässiges Verhalten zu qualifizieren, würde der Absicht des Gesetz-

4 zes zweifellos nicht entsprechen. Um den Begriff der Fahrlässigkeit herzustellen, muß etwas Weiteres hinzukommen, nämlich das, daß die Vornahme **[28]** der Handlung im gegebenen Falle eine Nichterfüllung desjenigen Maßes von Aufmerksamkeit und von Rücksicht auf das Allgemeinwohl in sich schließt, dessen Prästierung von dem Handelnden billigerweise gefordert werden darf.

5 Die Entscheidung dieser Frage muß aber vom Richter wesentlich aus der Beschaffenheit der konkreten Verhältnisse geschöpft werden, und es ist nicht für unzulässig zu

E erachten, wenn er bei dieser Beurteilung auch eine Zwangslage des Handelnden, wie sie vorliegend angenommen ist, in Berücksichtigung zieht. Die Vorinstanz hat gegenüber gestellt, einerseits das Bewußtsein des A, daß die Benutzung des ‚Leinenfängers' beim Fahren Gefahren in sich barg, die sich durch den Hinzutritt im Bereiche erkennbarer Möglichkeit liegender Umstände bis zur körperlichen Verletzung anderer Personen entwickeln konnten, andererseits die Pflicht des A, seinem Dienstherrn, der das fragliche Pferd mit der Kenntnis von dem mehrerwähnten Fehler zur Bespannung der vom A geführten Droschke bestimmt hatte, Gehorsam zu leisten, sowie die begründete Besorgnis, durch eine Weigerung, mit dem Pferde zu fahren, seine Stelle und sein Brot zu verlieren. Hiernach war zu erwägen, ob es dem A als Pflicht zugemutet werden konnte, eher dem Befehle seines Dienstherrn sich zu entziehen und den Verlust seiner Stellung auf sich zu nehmen, als durch Benutzung des ihm zugewiesenen Pferdes zum Fahren bewußterweise die Möglichkeit der körperlichen Verletzung eines Anderen zu setzen, oder ob er diese letztere Rücksicht nach dem Verhältnis ihrer Erheblichkeit zurückstehen lassen durfte hinter derjenigen, welche für ihn den Antrieb zur Befolgung des Befehles seines Dienstherrn bildete. Wenn nun die Vorinstanz diese Frage im letzteren Sinne beantwortet hat, so liegt diese Entscheidung im wesentlichen auf dem Gebiete der tatsächlichen Würdigung der vorliegenden Verhältnisse und läßt jedenfalls einen Rechtsirrtum nicht erkennen." [Der Freispruch wurde daher aufrechterhalten].

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Auch in dieser Grundsatzentscheidung geht es um die *Grenzen* der Fahrlässigkeit.

1 **I. Die allgemeinen Fahrlässigkeits-Kriterien.** Dem damaligen Stand der Dogmatik entsprechend glaubte sich die StA offenbar noch mit zwei Kriterien begnügen zu können:

a) Die *Sorgfaltswidrigkeit,* die man hier im Fahren mit einem bekanntermaßen verkehrsuntauglichen Pferd erblicken könnte (vgl. E 1, 2).

b) Die *Vorhersehbarkeit* der Schädigung, die aus der Kenntnis von dem Fehler des Pferdes hergeleitet wird (E 2). – Wenn dabei das RG diese Schlußfolgerung auf die *allgemeine* Erfahrung gestützt hat, würde dieser Maßstab auch heute noch genügen? Der Grundstruktur der Fahrlässigkeit nach nicht; denn danach wäre neben der allgemeinen (objektiven) Vorhersehbarkeit auch noch nach der subjektiven Vorhersehbarkeit des individuellen Kutschers zu fragen, wobei erstere als Unrechts-, letztere als Schuldkriterium begriffen wird: so jedenfalls nach der „Zweistufigkeitslehre" (vgl. *Homöopathen-Fall* Nr. 21 A 9ff.).

2 c) Was ist nun – über diese beiden Kriterien der Sorgfaltswidrigkeit und Vorhersehbarkeit hinaus – das Neue, das nach RG zur Fahrlässigkeitsbegründung noch hinzukommen muß? Die *Zumutbarkeit* normgemäßen Verhaltens (E 3ff.).

II. Ratio und Maßstab der Zumutbarkeit.

3 1. Welche **Gründe** gibt das RG für dieses – im Prinzip heute allgemein anerkannte – Fahrlässigkeitskriterium?

– Zum einen die Nichtanlastung von Praktiken und Risiken, die sich aus den „bestehenden Lebensverhältnissen" und den „Bedürfnissen des Verkehrs" ergeben (E 3), kurz: der Gedanke der *Sozialadäquanz,* der heute jedoch bereits auf Tatbestands- bzw. Unrechtsebene berücksichtigt würde (vgl. *S/S-Lenckner* 107a vor § 32 m. w. N., aber auch StrafR III Nr. 18 E 17, A 47f.).

– Zum anderen aber auch der psychische *Überforderungs*gedanke, wie er als allgemeines Regulativ im Grunde alle Entschuldigungsgründe durchzieht; vgl. StrafR I Nr. 18 E 15, Nr. 19 A 2.

4 2. Daraus ergibt sich zugleich der **Maßstab** für die Beurteilung der Unzumutbarkeit:
- Allgemeiner Leitgedanke ist die *„Billigkeit"*: Danach ist zu fragen, welcher Grad von Sorgfalt von dem Täter billigerweise verlangt werden kann (E 4).
- Zu berücksichtigen sind dabei die *konkreten* Umstände (E 5).
- Entscheidend ist schließlich die *Abwägung* der widerstreitenden Faktoren (E 6).

Vgl. dazu auch – wenngleich dort als garantenpflichtbeschränkendes Problem – *Taschenmesser-Fall* Nr. 26 A 17f.

5 3. Würde die vom RG getroffene Entscheidung auch heute noch im gleichen Sinne ausfallen können? Inwieweit wäre dabei das heutige Kündigungsschutzrecht zu Lasten des Fahrers zu berücksichtigen? Vgl. *Jescheck* § 57 IV 1.

6 **III. Standort der Zumutbarkeit.**

Obgleich die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens als fahrlässigkeits-beschränkendes Kriterium heute allgemein anerkannt ist (vgl. *Jescheck* § 57 IV), ist ihre systema-

A tische Einordnung noch sehr umstritten. Im wesentlichen werden folgende Auffassungen vertreten:

a) Teils wird in ihr bereits ein *unrechtsbeschränkendes* Kriterium der objektiven Sorgfaltspflicht gesehen: so H. *Mayer* § 31 III; vgl. auch *Jakobs,* Studien S. 147f. und *Samson* SK Anh. 35 zu § 16, die in der Zumutbarkeit ein unrechtsrelevantes Vermeidbarkeitsproblem sehen.

7 b) Von anderen wird die Unzumutbarkeit als eigenständiger *Schuldausschließungsgrund* begriffen: so *Baumann* § 29 III 2, im gleichen Sinne das RG im *Homöopathen-Fall* Nr. 21 E 3, 13; vgl. auch BGHSt 2, 204 in StrafR I Nr. 13 E 32.

8 c) Nach h. M. ist die Unzumutbarkeit als ein *schuldbegrenzendes* Kriterium der dem Täter subjektiv obliegenden *Sorgfaltspflicht* zu verstehen (vgl. *Jescheck* aaO, *Welzel* § 23 II 2); im gleichen Sinne wohl hier das RG (vgl. E 1, 3).

d) Richtigerweise wird der Unzumutbarkeit jedoch sowohl *pflicht*begrenzende wie auch *schuld*beschränkende Bedeutung beizumessen sein: vgl. *S/S-Cramer* § 15 Rdnr. 202. Insoweit gilt Entsprechendes wie für die Zumutbarkeit bei Unterlassungsdelikten: vgl. *Familienkomplott-Fall* Nr. 26 A 17.

9 **IV. Praktische Bedeutung der Zumutbarkeit.**

Im Regelfall wird bei Bejahung der objektiven Pflichtwidrigkeit und subjektiven Vorhersehbarkeit auch die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens zu bejahen sein. Eine besondere Prüfung ist jedoch meistens dann veranlaßt, wenn der Täter zur Abwehr einer Eigengefährdung oder aus dem Gefühl einer sittlichen Verpflichtung heraus gehandelt hat.

– Vgl. dazu etwa den *Blutvergiftungs-Fall* **RGSt 36, 78,** wo es der Vater auf Bitten der Tochter unterlassen hat, diese zur sachgemäßen Behandlung einer Blutvergiftung ins Krankenhaus überführen zu lassen, da dort kurz zuvor die Mutter gestorben war; denn bei der Frage der Pflichtwidrigkeit dürfe nicht nur einseitig auf die elterliche Fürsorgepflicht abgestellt werden, vielmehr seien dabei auch ethische Gesichtspunkte zu berücksichtigen (S. 81/82). Vgl. ferner das im *Homöopathen-Fall* Nr. 21 bei E 3 genannte Beispiel sowie den *Fährmann-Fall* RGSt 57, 172 und den *Straßenbahnschaffner-Fall* RGSt 74, 195.

10 – Demgegenüber wurde es im *Gastwirtin-Fall* **BGHSt 4, 20** für zumutbar angesehen, daß diese die Polizei benachrichtigt, um einen betrunkenen Stammgast an der Heimfahrt mit seinem PKW zu hindern. Vgl. ferner *Familienkomplott-Fall* Nr. 26 A 18.

11 **Schrifttum:** Zur allgemeinen Literatur über die *Fahrlässigkeitskriterien* vgl. die bei Nr. 21 Genannten.

Vgl. ferner *Henkel,* Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Mezger-Festschrift, 1954, 249; *Hirsch,* Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962) 78; *Zipf,* Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht, ZStW 82 (1970) 633. Vgl. auch die Angaben zum *„erlaubten Risiko"* bei Nr. 21.

Unechtes Unterlassungsdelikt: Elemente – Aufbau – Garantenhaftung kraft Übernahme

OLG Celle NJW 1961, 1939: Streupflicht-Fall

1 Ss 12/61 v. 4. 5. 1961

SV **Sachverhalt:** Als sich N eines Wintermorgens zur Vorlesung begeben wollte, rutschte er vor einem Nachbarhaus infolge Schnee und Eisglätte aus und verletzte sich bei seinem Sturz nicht unerheblich. Laut Gemeindesatzung wäre der betreffende Hauseigentümer E zum Streuen verpflichtet gewesen. Durch Mietvertrag war diese Pflicht von den im Hause wohnenden Mietern übernommen und tatsächlich auch in Wechselschicht wahrgenommen worden. Am Unfalltage jedoch hatte die angeklagte Mieterin A das rechtzeitige Streuen versäumt.

P **Zur Problemstellung:** Dafür wurde die A von den Instanzgerichten wegen fahrlässiger Körperverletzung (§ 230) verurteilt. Wie läßt sich das begründen? Da der A kein aktives Tun vorgeworfen werden kann, könnte ihr die Verletzung des N nur aufgrund pflichtwidrigen *Unterlassens* zugerechnet werden:

- Was wird dafür allgemein vorausgesetzt?
- Genügt als Haftungsgrund bereits eine zivilrechtlich übernommene Streupflicht?
- Wenn nicht, was käme statt dessen als Zurechnungsgrundlage in Betracht? Bei der Stellungnahme des OLG Celle zu diesen Problemen ist zu bedenken, daß das StGB bis zum 1. 1. 1975 keine dem § 13 entsprechende Regelung strafbaren Unterlassens enthielt. Ist das für die Strafbarkeit der A im vorliegenden Fall von Bedeutung?

E 1 **Aus den Gründen [1939]** „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der A für den Unfall
ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Der Unfall hat die körperliche Unversehrtheit des
2 N beeinträchtigt. Diesen Erfolg, der i. S. der §§ 223, 230 tatbestandsmäßig ist, hat die A
3 nicht durch eigenes Tun herbeigeführt. In Frage steht vielmehr, ob sie es pflichtwidrig
4 unterlassen hat, den eingetretenen Erfolg abzuwenden. Unter bestimmten Voraussetzungen kann Unterlassen einer gebotenen Erfolgsabwendung dem Herbeiführen des Erfol-
5 ges durch ein Tun gleichgestellt werden. Voraussetzung dafür ist, daß den Unterlassenden eine „Garantenpflicht" zur Abwendung des Erfolges traf, daß ihm die Erfolgsabwen-
6 dung möglich und zumutbar war und daß sein Verhalten den Umständen nach der Tatbestandsverwirklichung durch ein Tun gleichwertig ist. Von diesen Voraussetzungen sind im vorliegenden Falle die beiden letzten unproblematisch; sie sind gegeben. Zweifelhaft könnte dagegen sein, ob die A eine Garantenpflicht zur Erfolgsabwendung hatte.
7 Die Garantenpflicht entspringt einer Garantenstellung. Garantenstellung ist ein enges,
8 bestimmtes Lebensverhältnis naher Verbundenheit mit einem zu schützenden Rechtsgut
9 (so etwa Welzel, Strafrecht, 7. Aufl., S. 188f.). Neben dem Gesetz und „vorangegangenen Tun" hat man gemeinhin den Vertrag als eine der Quellen für eine Garantenstellung
10 bezeichnet. Die Annahme, daß eine Garantenstellung durch bloßen zivilrechtlichen Vertrag begründet werden könne, findet sich sowohl in der Rspr des RG (vgl. z. B. RGSt 10,
11 100; 58, 130; 64, 273) als auch **[1940]** in der des BGH (vgl. z. B. BGHSt 5, 187/90). Die Rechtslehre vertritt demgegenüber seit langem und wohl einmütig den Standpunkt, daß der Vertragsschluß nicht ausreiche, daß es vielmehr auf die tatsächliche Übernahme einer Pflichtenstellung nach Maßgabe des Rechtsgeschäfts ankomme (vgl. Welzel aaO; Maurach AT 2. Aufl., S. 476; LK, 8. Aufl., Anhang 2 zur Einl., S. 39; Schönke-Schröder, 10. Aufl., Vorbem. VI 2g vor § 1; Kohlrausch-Lange, StGB, 42. Aufl., System. Vorbem. II B II 3; Grünwald ZStW 70, 412; vgl. schließlich auch die Begründung zu § 13 E 1960).
12 Dem von der Rechtslehre vertretenen Standpunkt ist beizupflichten. Der zivilrechtliche Vertrag schafft schuldrechtliche Verpflichtungen zwischen den Vertragsparteien oder – im Falle des Vertrages zugunsten Dritter – gegenüber bestimmten Personen. Strafgrund bei einer (sog. unechten) Unterlassungsstraftat kann aber nicht sein, daß entgegen einer schuldrechtlichen Verpflichtung ein Erfolg nicht abgewendet worden ist. Der Vertrags-
13 bruch als solcher ist strafrechtlich irrelevant. Relevant kann dagegen u. U. sein, daß jemand einen Pflichtenkreis in einem bestimmten Lebensbereich tatsächlich übernimmt und es gleichwohl unterläßt, den Eintritt eines Erfolges zu verhindern, dessen Abwendung zu dem übernommenen Pflichtenkreise gehört. Die Frage der Garantenstellung ist
14 hiernach von zivilrechtlichen Voraussetzungen nicht entscheidend abhängig. Unerheblich ist, ob der Vertrag – falls ein solcher abgeschlossen ist – nichtig, anfechtbar oder abgelaufen ist. Kommt es vertragswidrig nicht dazu, daß die Stellung, aus der der Pflichtenkreis erwachsen soll, tatsächlich eingenommen wird, so läßt sich nicht von einer
15 Garantenstellung sprechen. Die tatsächliche Übernahme eines Pflichtenkreises in einem bestimmten Lebensbereich reicht aber für sich allein zur Begründung einer Garanten-

E stellung noch nicht aus. Vielmehr kommt es weiter darauf an, wie die Rechtsordnung die in dem Lebensbereich eingenommene Stellung bewertet. Die Übernahme des Pflichtenkreises muß zu einer sozialethischen Gebundenheit führen, die auf verschiedenen Gründen, vornehmlich der Schaffung einer Vertrauenslage, beruhen kann und zur Folge hat, daß die Rechtsordnung der Stellung eine Schutzfunktion zuzuweisen vermag. Wesentlich ist also, daß es sich um eine Schutzstellung handelt mit einer Schutzaufgabe gegen-
16 über anderen. Die Schutzaufgabe besteht darin, bestimmte schädliche Erfolge von diesen anderen abzuwenden. Dazu muß die Schutzstellung mehr oder minder mit Eigenverantwortlichkeit ausgestattet sein. Ihr Inhaber hat dann rechtlich dafür einzustehen, daß
17 die schädlichen Erfolge nicht eintreten. Ist eine Schutzstellung durch tatsächliche Übernahme eines Pflichtenkreises in einem bestimmten Lebensbereich eingenommen – die Fälle, die diese Voraussetzungen erfüllen, sind von den sog. Ingerenzfällen „vorangegangenen Tuns" kaum wesensverschieden –, so ist damit eine Garantenstellung begründet, aus der eine Garantenpflicht erwächst.

18 Prüft man unter den hier aufgezeigten Gesichtspunkten die vorliegende höchstrichterliche Rspr, so ergibt sich, daß diese mit der vom Senat vertretenen Auffassung im Ergebnis übereinstimmt. In den oben erwähnten, zur Aburteilung gelangten Fällen hatten die Täter durchweg eine Stellung inne, mit der das Gericht eine Schutzaufgabe verbunden sah. In einer Reihe weiterer Fälle nähert sich die Begründung der hier angegebenen (vgl. z. B. BGHSt 7, 211 mit Anm. von Eb. Schmidt, JR 1955, 270; VRS 17, 424/8; vgl. auch OLG Karlsruhe JZ 60, 178 mit Anm. von Welzel).

19 Die vorstehenden Erörterungen machen zugleich deutlich, daß der Abschluß einer zivilrechtlichen Vertrages im weiteren Verlauf des Geschehens nicht nur zu einer Garantenstellung gegenüber bestimmten Einzelpersonen führen kann, sondern u. U. auch zu einer solchen gegenüber der Allgemeinheit. Denn Entstehungsgrund für die Garantenstellung ist eben nicht der Vertrag, sondern die tatsächliche Übernahme eines Pflichtenkreises in einem bestimmten Lebensbereich. Ist durch diese tatsächliche Übernahme eine (mehr oder minder eigenverantwortliche) Schutzstellung mit einer Schutzaufgabe gegenüber anderen begründet worden, so ist allein der Umstand, wer diese „anderen" sind, dafür entscheidend, wem gegenüber die Garantenstellung besteht. Geht die Schutzaufgabe dahin, bestimmte schädliche Erfolge von der Allgemeinheit abzuwenden, so ist es rechtlich nicht nur unbedenklich, sondern geradezu unumgänglich, eine Garantenstellung gegenüber der Allgemeinheit anzunehmen (man denke z. B. an den Bereitschaftsdienst machenden Arzt [BGHSt 7, 211] oder an den Bademeister einer – möglicherweise privaten – Badeanstalt, vielleicht auch an den im Rettungsdienst eines Seebades eingesetzten Rettungsschwimmer).

20 Eine solche Garantenstellung gegenüber der Allgemeinheit hatte die A inne, wenn sie zusammen mit ihrem Ehemann an der Reihe war, die Streupflicht für den Hauseigentümer zu erfüllen. Denn sie und ihr Ehemann hatten – wenn auch in Wechselschicht mit dem anderen Ehepaar – das Streuen tatsächlich übernommen. Das führte zu einer „sozialethischen Gebundenheit", beruhend auf der so geschaffenen Vertrauenslage. Die Folge davon war, daß die A eine Schutzstellung mit einer bestimmten Schutzaufgabe einnahm. Die – eigenverantwortlich zu erfüllende – Schutzaufgabe ging dahin, den Gefahren, die der Allgemeinheit infolge Schnee- und Eisglätte auf der Gasse vor dem Hause drohten, durch Streuen wirksam zu begegnen. Es entstand also ein enges, bestimmtes Lebensverhältnis naher Verbundenheit mit zu schützenden Rechtsgütern, der körperlichen Unversehrtheit der am Hause vorbeigehenden Menschen." [Im Ergebnis war daher die Verurteilung nach § 230 aufrechtzuerhalten]

A1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Die vorliegende Entscheidung ist aus zwei Gründen beispielhaft: zum einen sind in ihr die allgemeinen unrechtsbegründenden Kriterien des *Unterlassungsdelikts* geradezu klausurmäßig aufgeführt (II); zum anderen gibt sie auch einen guten Einblick in die verschiedenen *Garantenpflichten* (III), speziell der Haftung *„kraft Übernahme"* (IV). Vorab aber eine kurze Bemerkung zu der Frage, ob und inwieweit durch § 13 eine Veränderung gegenüber der Rechtslage vor dem 1. 1. 1975 eingetreten ist (I).

I. Echte/unechte Unterlassungsdelikte: die Funktion von § 13.

2 1. Diese seit 1975 durch das 2. StrRG eingeführte, aber der Sache nach schon seit langem geforderte Vorschrift ist von vorneherein nur für sog. **unechte Unterlassungsdelikte** bedeutsam, *nicht* dagegen für sog. echte.

3 a) Für die **echten Unterlassungsdelikte** ist charakteristisch, daß sich das Handlungsgebot, d. h. die Pflicht zur Vornahme einer bestimmten Handlung, bereits unmittelbar aus einem bestimmten Straftatbestand ergibt, wie z. B. die Jedermanns-Hilfspflicht bei Unglücksfällen aus § 323c (§ 330c a. B.): Wäre etwa im vorliegenden Fall der N infolge eines Schienbeinbruches nicht in der Lage gewesen, sich aus eigener Kraft zu einem Arzt zu schaffen, so wäre jeder zufällig vorbeikommende Passant im Rahmen des

A § 323c zur Hilfeleistung verpflichtet gewesen. Das würde selbstverständlich auch für die A gelten, wenn sie den N in einer solchen Lage angetroffen hätte.

3a Jedoch stellt sich über diese – bereits tatbestandlich abschließend statuierte – Hilfspflicht hinaus die Frage, ob nicht die A aufgrund ihrer Streupflicht sogar in gesteigerter Form dazu verpflichtet sein könnte, den N bereits vor einer Körperverletzung bzw. einer weiteren Verschlimmerung zu bewahren, mit der Folge, daß die A (bei vorsätzlicher oder fahrlässiger) Nichterfüllung dieser Pflicht aus § 223 bzw. 230 strafbar wäre. Da in diesem Fall die Pflicht zum Tätigwerden nicht nur auf die Vornahme einer bestimmten *Handlung* (z. B. Hilfeleistung überhaupt), sondern auf die *Abwendung eines bestimmten Erfolgs* (z. B. Körperverletzung i. S. v. § 223) gerichtet ist, spricht man von **unechten Unterlassungsdelikten;** dies zudem auch deshalb, weil sich diese Pflicht zu erfolgsabwendendem Tätigwerden nicht schon aus dem betreffenden Tatbestand selbst ergibt (näher zur Abgrenzung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten Nr. 30 Aff.). Und darin liegt zugleich auch das Kernproblem der unechten Unterlassungsdelikte. Wie läßt sich aus einem Tatbestand, der seinem Wortlaut nach nur die Erfolgs*herbeiführung* durch *aktives Tun verbietet* (z. B. bei § 212 das Töten eines Menschen), ein auch gegen *passives* Verhalten gerichtetes Erfolgs*abwendungsgebot* herleiten? Rspr und Lehre haben dies schon seit langem auf der Basis sog. **„Garantenpflichten"** angenommen, wie dies hier auch das OLG tut (E 3f). Diese Praxis war freilich nicht unproblematisch, da weder die Garantenpflichten selbst noch deren Gleichstellung mit aktivem Tun gesetzlich ausdrücklich geregelt war und daher im Schrifttum immer wieder bezweifelt wurde, ob die Bestrafung einer „Begehung (i. S. von Tatbestandsverwirklichung) durch Unterlassen" nicht auf einer unzulässigen Analogie zu den reinen Begehungsdelikten beruhe (vgl. etwa H. *Mayer* § 16 III 4, ferner *Schöne* S. 277ff. sowie StrafR I Nr. 2 A 66). Gerade diesem Einwand zu begegnen ist eine der Funktionen des § 13, indem er klarstellt, daß die traditionelle Bestrafung unechter Unterlassungsdelikte auf der Basis von Erfolgsabwendungspflichten auch dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Um in den Interpretationskategorien von *Schmidhäuser* 2/4 zu sprechen, bedeutet dies, daß der auf vorsätzliche Begehung beschränkte „Wortlauttatbestand" des § 212 durch § 13 auf einen auch das Unterlassen umfassenden „Auslegungstatbestand" erweitert wird: „Wer als Garant den Tod eines Menschen vorsätzlich nicht abwendet".

4 2. Damit stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein *Unterlassen dem aktiven Tun gleichgestellt* werden kann. Dazu jedoch findet sich in § 13 keine inhaltlich abschließende Regelung. Immerhin sind aber dem § 13 formal zwei **Gleichstellungserfordernisse** zu entnehmen (vgl. *Rudolphi* SK § 13 Rdnr. 16ff.):

4a – Zum einen, daß (unechtes) Unterlassen nur dann strafbar ist, wenn der Unterlassende rechtlich dafür einzustehen hat, daß der tatbestandsmäßige Erfolg nicht eintritt: sog. *„Handlungs-* oder *Bewirkungsäquivalenz";* dazu näher unten A 25ff., 43ff.

4b – Zum anderen, daß das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht: sog. *„Modalitätenäquivalenz";* dazu unten A 40ff.

5 Was aber für diese Erfordernisse *vorauszusetzen* ist, zu dieser Frage nach den inhaltlichen Kriterien der Gleichstellung sagt § 13 nichts aus. Daher behält insoweit die Rspr. und Lehre zur Garanten- und Gleichstellungsproblematik nach wie vor ihre volle Bedeutung. Zu der Frage, inwieweit damit dem *Bestimmtheitserfordernis* des „nullum crimen sine lege"-Prinzips (Art. 103 II GG) genügt wird, vgl. Nr. 26 A 9.

6 **II. Aufbau des unechten Unterlassungsdelikts: Prüfungsschema für Fallbearbeitungen.**

Vorbemerkung: Auch insoweit ergeben sich aus § 13 keine grundsätzlichen Besonderheiten gegenüber dem Begehungsdelikt. Ebenso wie bei jenem ist beim Unterlassungsdelikt in der Grundstruktur zu differenzieren, und zwar

- entweder **zweistufig** zwischen dem **Unrechts**urteil über die Tat (= Unrechtsbegründung durch *Tatbestandsmäßigkeit* und etwaigem Unrechtsausschluß durch einen *Rechtfertigungsgrund*) und dem **Schuld**urteil über den Täter,
- oder **dreistufig** zwischen **Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit** und **Schuld** (vgl. StrafR I Nr. 3 A 1 ff.Z).

Besondere Einordnungsprobleme bereitet dabei lediglich die Verletzung der **Garantenpflicht.** Zwar besteht Einigkeit darüber, daß diese keinesfalls erst auf die Schuld-, sondern bereits auf die Unrechtsebene gehört. Dementsprechend ist bei zweistufigem Aufbau die Verletzung der sich aus einer bestimmten Garantenstellung ergebenden Erfolgsabwendungspflicht bereits im Rahmen der Unrechtsbegründung zu

A erörtern. Bei dreistufigem Aufbau hingegen pflegt die h. M. nur die tatsächlichen Umstände der „Garantenstellung" zur Tatbestandsmäßigkeit zu rechnen, während die sich daraus ergebende „Garantenpflicht" erst als Frage der Rechtswidrigkeit begriffen wird. Diese Differenzierung hat in der Tat für die Behandlung des „Garantenirrtums" eine gewisse sachliche Bedeutung (vgl. *Annegret-Fall* Nr. 29 A 15ff.). Im übrigen jedoch sollten diese Einordnungsfragen nicht überbewertet werden.

Im einzelnen bedürfen jeweils folgende Elemente einer Prüfung:

7 **A.** Die **unrechtsbegründenden Elemente** (Tatbestandsmäßigkeit i. w. S.):

1. Das **Erfolgs-Element:** Soweit es sich (wie hier) um ein Erfolgsdelikt handelt, ist zunächst der Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs festzustellen (da andernfalls nur Versuch in Betracht kommt): hier also die Körperverletzung des N nach § 223 (E 1). Dadurch ist zugleich der tatbestandliche Bezugspunkt gewonnen, auf den hin die strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen Unterlassens zu begründen ist.

8 **2.** Das (ontologische) **Verhaltens-Element:** das *willentliche Untätigbleiben.* Anstelle des positiven Tuns bei Begehungsdelikten ist das Unterlassungsdelikt dadurch gekennzeichnet, daß der tatbestandsmäßige Erfolg wegen Untätigbleibens nicht verhindert wird. – Inwieweit diesem Unterlassen echte *Handlungsqualität* zukommt, ist im einzelnen umstritten, aber letztlich deshalb nicht entscheidend, weil auch dem Unterlassen immerhin ein *Willens*verhalten zugrunde liegt und schon diese Feststellung eine ontologische Zurechnungsgrundlage für das Unrechtsurteil bietet. Vgl. näher *Schmidhäuser* 16/4ff., 62 m. N. zum Streitstand.

8a – Diese Willentlichkeit kann dem Unterlassen allenfalls dort fehlen, wo durch *vis absoluta* oder infolge von *Bewußtlosigkeit* jegliches willensgesteuertes Verhalten ausgeschlossen ist (vgl. *M-Gössel* I/2 § 46 II B 2a). Insofern gilt entsprechendes wie für sog. „Nichthandlungen" bei positivem Tun (vgl. *Fliegen-Fall* StrafR I Nr. 3 A 24ff.). Jedoch ist die damit für die Willentlichkeit des Verhaltens erforderliche „menschenmögliche" **Handlungsfähigkeit** (vgl. *Wessels* I § 6 II 1) nicht zu verwechseln mit der „individuellen" Handlungsfähigkeit i. S. einer dem Täter gegebenen „Möglichkeit" zur Erfolgabwendung (dazu A 32 sowie Nr. 26 A 13ff.).

9 – Für *Fallbearbeitungen,* in denen ein Unterlassungsdelikt in Betracht kommt, genügt somit für das Verhaltenselement in der Regel die Feststellung, daß der Erfolg zwar nicht durch aktives Tun herbeigeführt wurde, wohl aber aufgrund willentlichen Untätigbleibens eintreten konnte (vgl. E 2).

10 – Da bei dieser Willentlichkeit nicht eine Finalität i. S. der finalen Handlungslehre, sondern die irgendwie zielgerichtete Willkürlichkeit des Verhaltens gemeint ist, braucht sich die Willentlichkeit nur auf das *Untätigbleiben als solches,* nicht dagegen auf einen dadurch ermöglichten Erfolg zu beziehen; denn bei der auf den Erfolg gerichteten Willentlichkeit würde es sich – ebenso wie bei den Begehungsdelikten (vgl. *Lederriemen-Fall* StrafR I Nr. 3 A 23ff.) – bereits um ein Kriterium der *Vorsätzlichkeit* handeln; vgl. unten A 33ff. sowie *Rudolphi* SK 3 vor § 13.

11 Eingehendere Erörterungen zum Verhaltens-Element sind jedoch vor allem bei drei Fallgruppen geboten:

a) Zum einen bei „von vorneherein **ambivalentem Verhalten**" *(Engisch).* Um ein solches handelt es sich überall dort, wo mit aktivem Tun eine Pflichtversäumnis Hand in Hand geht und daher nicht ohne weiteres erkennbar ist, ob der Erfolg nunmehr auf das Tun oder auf ein damit verknüpftes Unterlassen zurückzuführen ist, also eine Art „Koinzidenz von Verhaltensformen" (*Welp* S. 118ff.) vorliegt. In solchen Fällen stellt sich die Frage einer **Abgrenzung von Tun und Unterlassen.** Beispielhaft dafür ist etwa der *Ziegenhaar-Fall* **RGSt 63, 211,** wo ein Fabrikant Ziegenhaare verarbeiten ließ, ohne sie zuvor desinfiziert zu haben: Ist hier der Tod der durch Milzbrandbazillen infizierten Arbeiterinnen auf aktives Tun (Übergabe der Ziegenhaare zur Bearbeitung) oder auf Unterlassen (Nichtdesinfizierung) zurückzuführen? Zu der dafür notwendigen Abgrenzung werden im wesentlichen folgende Lösungen vorgeschlagen (eingehend *Engisch,* Gallas-FS S. 163ff.):

12 aa) Nach h. M. soll der *„Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit"* (BGHSt 6, 46/59) bzw. die *„soziale Sinnbedeutung" des Täterverhaltens* (BGH NJW 1953, 1924) entscheidend sein *(Blei, M-Gössel,* H. *Mayer, Wessels, S/S-Stree* 158 vor § 13); wohl im gleichen Sinne, wenn auch pointierter auf die Schutzrichtung des Achtungsanspruches abstellend *Schmidhäuser* 16/105. – Danach wird im *Ziegenhaar-Fall* ein Begehungsdelikt angenommen (*Jescheck* LK 83 vor § 13 m. N. zum Streitstand). – Indes: So richtig dieses Ergebnis sein mag, wird die „Schwerpunkt"-Abgrenzung nicht dadurch präjudi-

A ziert, welche Faktoren dem angepeilten Schwerpunkt jeweils im voraus zugeschlagen werden? Vgl. auch die Kritik von *Roxin, Rudolphi SK* 6 vor § 13 m. w. N.

13 bb) Demgegenüber ist nach *Baumann* (§ 18 II 1) rückblickend die *nächste selbständige Ursache* aufzusuchen. Das wäre im Ziegenhaar-Fall die unterlassene Desinfektion, und demnach wäre also ein Unterlassungsdelikt anzunehmen. – Indes: Hat dieser Abgrenzungsvorschlag überhaupt Sinn für Beispiele, in denen Tun und Unterlassen zusammenfallen? Und soll dies auch dann gelten, wenn der letzten Ursache nur eine völlig untergeordnete Bedeutung zukommt? So etwa, wenn durch positives Tun eine Gefahrenquelle geschaffen wurde, Letztursache für die Verletzung jedoch die nicht mehr rechtzeitige Beseitigung dieser Gefahrenquelle gewesen ist? Soll dann nur ein Unterlassungsdelikt in Betracht kommen können?

14 cc) Dagegen dürfte das Abstellen von *Engisch* auf den *„erbrachten Energieaufwand"* (Gallas-FS S. 170ff.) dem sozialen Sinngehalt des Verhaltens besser gerecht werden: Danach wird das Tun als Aufwendung von Energie in einer bestimmten Richtung, das Unterlassen als Nichteinsetzen von Energie in einer bestimmten Richtung gekennzeichnet. – Da jedoch dabei „Energie" nicht im physikalischen, sondern im alltäglichen Sinne als willkürlicher menschlicher Krafteinsatz („Leistung", „Anstrengung") verstanden wird, verliert diese Abgrenzung – wie *Engisch* S. 173 selbst einräumt – gleichzeitig wieder an Deutlichkeit.

15 dd) So lange daher keine genaueren Grenzkriterien gefunden sind, dürfte mit *Jescheck* folgendermaßen zu *differenzieren* sein (§ 58 II 2; ähnlich *Grünwald, Roxin, Rudolphi, Welp*):

- Soweit ein *objektiv-tatbestandsmäßiges* Tun vorliegt, ist dieses der maßgebliche Anknüpfungspunkt, so daß auf jeden Fall positives Tun in Betracht kommt.
- Ist das positive Tun jedoch als solches *sozialadäquat, rechtmäßig* oder *schuldlos*, so kann eine damit verknüpfte *Pflichtversäumnis* die Grundlage eines Unterlassungsdelikts bilden.
- Dies schließt nicht aus, daß einem positiven fahrlässigen Tun (z. B. leichtfertige Zertrümmerung einer Flasche auf einem Gehweg) ein vorsätzliches Unterlassungsdelikt (Nichtbeseitigung der Scherben) nachfolgen kann.

16 Nach dieser Differenzierung wäre im *Ziegenhaar-Fall* aktives Tun anzunehmen, da bereits die Hingabe desinfizierter Haare pflichtwidrig war. – Frage: Wie wäre danach die Abgrenzungsfrage im *Radler-Fall* StrafR I Nr. 6 zu beantworten? Vgl. dazu *Jescheck* § 58 II 2.

17 b) Eine zweite Fallgruppe, in der das Verhaltenskriterium problematisch sein kann, bildet das sog. **Unterlassen durch Tun:** („omissio per commissionem" so die Terminologie von *Roxin*, Engisch-FS S. 380; krit. dazu *Samson* Welzel-FS S. 580ff.). Hierher gehören nach *Roxin* drei Falltypen (zum Ganzen auch *Rudolphi* SK 46ff. vor § 13):

18 aa) Der *Rücktritt vom Gebotserfüllungsversuch:* Abgesehen von dem Schulbeispiel, daß der Täter dem Ertrinkenden eine Rettungsleine zuwirft, sich aber dann anders besinnt und die Leine zurückzieht, zählt dazu auch der heute praktisch höchst bedeutsame Bereich der abgebrochenen ärztlichen Reanimation, z. B. durch Abschalten eines Respirators.

19 – Einigkeit besteht hier lediglich bei Rücktritt vom *unbeendeten* Rettungsversuch: Der Täter ist so zu behandeln, als habe er nie eine Rettungshandlung vorgenommen.

20 – Dagegen sind die Fälle des Rücktritts vom *beendeten* Rettungsversuch umstritten: Während *Samson* eine Begehungstat schon dann annimmt, wenn der Täter alle Umstände gesetzt hat, die eine drohende Rechtsgutsverletzung verhindern würden, sieht *Roxin* (wohl zutreffend) im Rücktritt eine Begehungstat nur dann, wenn die Rettungshandlung bereits ein Stadium herbeigeführt hat, in dem sich das Opfer *selbst* helfen könnte. Dementsprechend ist bei Abbruch der Behandlung von reanimationsbedürftigen Patienten Begehen regelmäßig zu verneinen (ebenso *S/S-Stree* 159a vor § 13 m. w. N.).

21 bb) Das Problem des „Unterlassens durch Tun" stellt sich ferner dort, wo *sich der Täter handlungsunfähig gemacht* hat, so daß er die erforderliche Rettungshandlung nicht mehr durchführen kann. Auch hier soll im Ergebnis nur ein Unterlassungsdelikt in Betracht kommen. Warum? Einerseits wird in Anlehnung an die actio libera in causa (vgl. dazu StrafR I Nr. 17) von einer *omissio libera in causa* gesprochen; zum anderen diene das Verbot, seine Handlungsunfähigkeit herbeizuführen, lediglich der Erfüllbarkeit des (für Unterlassen bedeutsamen) Erfolgsabwendungsgebots (vgl. *Samson* aaO S. 581f. m. w. N.).

A 22 cc) Auch bei *Teilnahme an einem Unterlassungsdelikt* kann die Verhaltensqualität des Teilnehmers problematisch sein, so z. B. dort, wo durch Überredung oder Entziehung eines Hilfswerkzeugs die Rettungsaktivität eines anderen verhindert wird. Während Armin *Kaufmann* (Unterlassungsdelikte S. 190ff.) und *Welzel* (§ 27 V 2) aktive Täterschaft hinsichtlich des tatbestandsmäßigen Erfolges bejahen würden, nimmt die h. M. zu Recht nur Anstiftung bzw. Teilnahme am Unterlassungsdelikt an (vgl. *S/S-Cramer* 85f. vor § 25).

23 c) Eine dritte Fallgruppe, in der das Verhaltenselement problematisch sein kann, ist die einer **„Sukzession von Verhaltensformen"** (*Welp* S. 118ff., 321ff.). Damit sind Fälle gemeint, in denen jemand eine Gefahrenquelle schafft und es danach unterläßt, diese Gefahrenquelle abzusichern: so etwa wenn im vorliegenden Fall die A nicht nur das Streuen vergessen, sondern durch leichtfertiges Ausschütten von Wasser auf dem Gehsteig sogar eine zusätzliche Gefahrenquelle geschaffen hätte. Falls eine solche Gefahr in eine Verletzung umschlägt, ist dann positives Tun oder nur Unterlassen anzunehmen? Dazu ist zunächst auf die bei A12ff. angeführten Lösungswege zurückzugreifen. Im übrigen führt dies dann meist zum Problem des Unterlassens aufgrund Ingerenz (dazu *Ausschank-Fall* Nr. 27).

24 d) Im vorliegenden *Streupflicht-Fall* freilich spielten diese Abgrenzungsprobleme zwischen Tun und Unterlassen keine Rolle, da die A überhaupt nicht aktiv handelte. Deshalb kam nur ein Unterlassungsdelikt in Betracht. Genügt aber dafür schon das willentliche Untätigbleiben? Nein, denn hinzukommen muß:

25 3. Das (normative) **Pflichtwidrigkeits-Element:** Unterlassen trotz Rechtspflicht zum Handeln, nämlich zur Abwendung des tatbestandsmäßigen Erfolgs (E2; § 13). Im Sinne einer damit geforderten **„Handlungs-** oder **Bewirkungsäquivalenz"** spricht *Rudolphi* in diesem Zusammenhang von der *ersten Gleichstellungsfrage* des § 13: Diese geht dahin, „unter welchen Voraussetzungen das unechte Unterlassen als Grundelement aller unechten Unterlassungsdelikte dem Grundelement der entsprechenden Begehungsdelikte, nämlich der Handlung in ihrer Bewirkungsqualität gleichwertig ist" (SK § 13 Rdnr. 17, 19ff.).

26 a) **Ratio:** Warum bedarf es dieser *normativen* Komponente des Verhaltens überhaupt? Das Untätigbleiben als solches wird erst dann rechtlich relevant, wenn der Nichthandelnde in der konkreten Situation hätte handeln müssen, d. h. wenn *gerade er* dazu verpflichtet gewesen wäre, den tatbestandsmäßigen Erfolg abzuwenden. Gäbe es dieses *haftungsbegrenzende* Pflichtkriterium nicht, so wäre der tatbestandsmäßige Erfolg praktisch jedem zuzurechnen, der ihn faktisch hätte verhindern können. Demgegenüber soll durch das Pflichtkriterium die Erfolgszurechnung auf jene Personen beschränkt werden, die aufgrund einer besonderen *„Garantenstellung"* rechtlich dafür einzustehen haben, daß der Erfolg nicht eintritt (vgl. E 8); grundlegend zu diesem „sozial-personalen" Element des Unrechtsvorwurfs *Maihofer* S. 147ff. (vgl. E 8).

27 Damit erweist sich das strafrechtliche Unterlassen als eine komplex-strukturierte Größe: Das ontologische Verhaltenselement *(willentlichen Nichthandelns)* erwächst erst in Verbindung mit einer normativen Handlungserwartung (aufgrund einer *Erfolgsabwendungspflicht*) zu einer strafrechtlichen Zurechnungsgrundlage. Insofern ist das Unterlassen – anders als das aktive Tun – keine rein empirische Realität, sondern ein **normatives Urteil über eine an sich erwartete Handlung** (in diesem Sinne auch die heute vorherrschende Meinung; vgl. *S/S-Stree* 139 vor § 13 m. w. N.).

28 b) **Grundlage** der Handlungserwartung: *Woraus* kann sich eine rechtliche *Handlungspflicht zur Erfolgsabwendung* ergeben?

aa) Zum einen aus dem **Strafgesetz** selbst, soweit es bereits in der tatbestandlichen Unrechtsumschreibung die Verhinderung bestimmter Erfolge gebietet: so z. B. in § 120 II das Entweichen von Gefangenen oder in § 223b die Gesundheitsbeschädigung Abhängiger durch Vernachlässigung der Sorgfaltspflicht; falls man § 323c als Gefährdungsdelikt versteht, wäre auch die unterlassene Hilfeleistung hierher zu rechnen (vgl. dazu aber *S/S-Cramer* § 330c Rdnr. 2a).

29 Jedoch ist zu beachten, daß bei strafgesetzlich umschriebener Handlungspflicht von einem Teil der Lehre ein *echtes* Unterlassungsdelikt angenommen wird (näher *Taschenmesser-Fall* Nr. 30 A 7ff.). An diesem (weitgehend nur terminologischen) Streit ist in der Sache jedenfalls soviel richtig, daß die in besonderen Tatbeständen umschriebenen Handlungspflichten keinesfalls über den betreffenden Tatbestand hinaus zu Garantenpflichten verallgemeinert werden dürfen. Daher ist in *Fallbearbeitungen* vor allem zweierlei zu beachten:

A 29a – Zum einen, daß das Handlungsgebot eines „echten" Unterlassungsdelikts (ebensowenig wie eine sonstige straftatbestandlich umschriebene Handlungspflicht) auf *keinen* Fall *Grundlage für* eine *Garantenpflicht* zu einem (anderen) unechten Unterlassungsdelikt sein kann: so z. B. die Hilfeleistungspflicht des § 323 c nicht zu einer totschlagsbegründenden Garantenpflicht nach § 212 „umfunktioniert" werden darf.

29b – Zum anderen, daß bei Straftatbeständen, in denen der Gesetzgeber die Strafbarkeit des Unterlassens bereits *abschließend* geregelt hat (so z. B. in §§ 120, II, 221 I, 315 c I Nr. 2 g), nicht mehr auf die Allgemeinregel des § 13 zurückzugreifen ist, sondern allein die jeweilige tatbestandliche *Sonderregelung* Grundlage und Rahmen der Unterlassungshaftung darstellt (vgl. *Rudolphi* SK § 13 Rdnr. 5).

30 bb) Grundlage einer Erfolgsabwendungspflicht können ferner (außerstrafrechtlich begründete) **Garantenstellungen** sein. Angesichts des beschränkten Geltungsbereichs der zuvor erörterten vertatbestandlichten Handlungspflichten kommt den aus allgemeinen Obhuts- bzw. Beherrschungsgedanken begründeten Garantenpflichten in der Praxis sogar die weitaus größere Bedeutung zu, so wie vorliegend der Garantenpflicht aus „Übernahme". Deshalb bedürfen diese Garantenpflichten sowohl nach Grundlage wie nach Art und Umfang noch eingehender Erörterung; dazu unten A 47 ff. sowie die nachfolgenden Fälle Nrn. 26 bis 28.

31 c) In *Fallbearbeitungen* genügt zur Hinführung auf die Handlungspflicht regelmäßig die Feststellung, daß der tatbestandsmäßige Erfolg dem Unterlassenden dann zugerechnet werden kann, wenn ihm aufgrund einer bestimmten Garantenstellung die Pflicht zur Erfolgsverhinderung oblag (vgl. E 3, 4) oder – in Anlehnung an den Wortlaut des § 13 – wenn er rechtlich dafür einzustehen hatte, daß der Erfolg des betreffenden Tatbestands nicht eintritt. Daran hat sich dann die Erörterung der etwa infragekommenden Garantenstellung(en) anzuschließen.

32 **4. Grenzen der Handlungspflicht.** Trotz Vorliegens eines Garantietatbestandes (in dem bei A 28 oder 30 genannten Sinne) kann die Handlungspflicht jedoch vor allem aus zwei Gründen entfallen, und zwar

a) bei **Unmöglichkeit** und/oder

b) bei **Unzumutbarkeit** der Erfolgsabwendung.

Näher zu diesen (auch bei E 5 angesprochenen) Kriterien, die gelegentlich auch aus dem Gedanken sozial-personaler „Unvermeidbarkeit" erklärt werden *(Maihofer)*, vgl. *Familienkomplott-Fall* Nr. 26 A 13 ff.

33 **5.** Objektive Zurechnungselemente: **Kausalität** und **Pflichtwidrigkeitszusammenhang.** Soweit es sich (wie hier) um ein Erfolgsdelikt handelt, bedarf es ferner der Feststellung, daß der tatbestandsmäßige Erfolg (Körperverletzung) auf das pflichtwidrige Unterlassen (Nichstreuen) zurückzuführen ist.

34 a) Ob das der Fall ist, entscheidet sich zunächst nach den *allgemeinen Kausalitätsregeln.* Dem Nichthandlungscharakter des Unterlassens entsprechend bedürfen diese freilich einer gewissen Umkehrung: Während positives Tun dann als kausal angesehen wird, wenn bei seinem Hinwegdenken der Erfolg entfiele, ist umgekehrt für die (hypothetische) Ursächlichkeit des Unterlassens die unterbliebene Handlung hinzuzudenken: Wäre dann der Erfolg ausgeblieben, so ist jedenfalls nach der condicio-Formel die Kausalität zu bejahen (näher zu den Kausalitätstheorien *Gesichtsschlag-Fall* StrafR I Nr. 4 A 5 ff.; speziell zur Kausalitätsproblematik bei Unterlassen *Jescheck* § 59 III m. w. N.).

35 b) Hinzukommen muß jedoch noch ein weiteres Zurechnungselement: der *Pflichtwidrigkeitszusammenhang.* Denn für die objektive Zurechnung des Erfolgs genügt nicht, daß das Verhalten als solches kausal war. Entscheidend ist vielmehr, daß der Erfolg gerade auf die *Pflichtwidrigkeit* des Unterlassens zurückführbar ist; deshalb muß diese der *Bezugspunkt* des Zurechnungsurteils sein. Zur Feststellung dieses Zusammenhanges darf also die Testfrage nicht darauf beschränkt werden, ob bei Hinzudenken des Tätigwerdens als solchem der Erfolg ausgeblieben wäre; letztentscheidend ist vielmehr, ob der Erfolg gerade wegen der Pflichtwidrigkeit des Unterlassens eintreten konnte (allg. dazu StrafR I Nr. 6).

36 Das wäre namentlich dann zu verneinen, wenn der *Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten* wäre: so z. B. hier, wenn trotz ordnungsgemäßen Streuens der N wegen unvorsichtigen Gehens gestürzt wäre. Dafür bestanden hier allerdings keine Anhaltspunkte. Wie schwierig und vielschichtig die in diesem Zusammenhang auftauchenden Fragestellungen aber sein können, hat die heftige Diskussion um den *Brandrettungs-Fall* **BGH JZ 1973, 173** gezeigt:

A wurde mit seinen beiden Kindern in einer Dachgeschoßwohnung von einem Brand überrascht. Das Feuer machte ein Entkommen durch das Treppenhaus unmöglich. Die einzige Überlebenschance für die Kinder bestand darin, daß A sie durch ein 6,30 m über der Straße liegendes Fenster unten wartenden auffangbereiten Helfern zuwarf. A konnte sich aber wegen des aus seiner Sicht zu hohen Risikos dazu nicht entschließen, so daß die Kinder in den Flammen umkamen. Das SchwG hat den A wegen Totschlags für schuldig befunden.

Der BGH hat zwar Tötungsvorsatz verneint, immerhin aber die Kausalitätsfrage bejaht. Dabei hat er sich u. a. unter Berufung auf RGSt 75, 49 (vgl. StrafR I Nr. 4 A 7) mit der Feststellung begnügt, daß die Unterlassung des Hinabwerfens für den Tod der Kinder nur ursächlich sei, wenn dieser durch die unterbliebene Handlung verhindert worden wäre, wenn also das Hinabwerfen nicht ebenfalls zum Tod der Kinder geführt hätte. Und das sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu verneinen, mit der Folge, daß der tödliche Erfolg jedenfalls objektiv zurechenbar sei.

37 – Dagegen richten sich die kritischen Anmerkungen von *Herzberg* und *Spendel:* Es komme nicht darauf an, ob der Tod schlechthin vermieden worden wäre; allein entscheidend sei, daß der *konkrete* Erfolg – d. h. der Flammentod – hätte verhindert werden können (dagegen wie der BGH die Anm. von *Ulsenheimer* sowie *Geilen* JZ 1973, 321).

38 – Was ist von diesen Auffassungen zu halten? Einerseits ist *Herzberg* und *Spendel* zuzugeben, daß auf der *Kausalitätsebene* i. S. d. condicio sine qua non-Formel (ebenso wie bei den Begehungsdelikten) der *konkrete* Erfolg, also die Verhinderung des Flammentodes, allein entscheidend ist; hypothetische Alternativen bleiben insoweit außer Betracht. Andererseits ist aber damit noch kein abschließendes Urteil über die Frage objektiver Zurechnung gefällt. Vielmehr ist auf der Ebene des *Pflichtwidrigkeitszusammenhanges* zu fragen, ob dem Täter die Erhaltung des gefährdeten Rechtsguts *überhaupt möglich* war: Gedanke der Vermeidbarkeit ergänzt durch den Risikosteigerungs- bzw. -verminderungsgedanken (vgl. *Radler-Fall* StrafR I Nr. 6 A 5 ff.). Eine Erweiterung der Beurteilung über den konkreten Erfolg hinaus ist auf dieser Ebene deshalb möglich, weil es sich um die *normative* Frage objektiver Erfolgszurechnung handelt, der eine strafbarkeitsbeschränkende Funktion zukommt. Im übrigen kommt auch *Spendel* zu keinem anderen Ergebnis: nach seiner Ansicht entfällt bei fehlender Rettungschance eine Erfolgsabwendungspflicht und damit die Rechtswidrigkeit des Verhaltens.

– *Zusatzfrage:* Ist der Tod der Kinder dem A nur dann zurechenbar, wenn sie beim Hinabwerfen „mit fast absoluter Gewißheit" am Leben geblieben wären? Nein; denn folgt man dem *Risikosteigerungsgedanken* (StrafR I Nr. 6 A 10 ff.), so genügt die Feststellung, daß die unterlassene Handlung die Gefahr für das Leben der Kinder *vermindert* hätte (vgl. auch *Stratenwerth* Rdnr. 1025 ff., *Rudolphi* SK 16 vor § 13): so denn schließlich für § 222 OLG Stuttgart MDR 1972, 385.

39 **6. Subjektive Unrechtselemente.** In dieser Hinsicht ergeben sich gegenüber den Begehungsdelikten durch positives Tun keine grundsätzlichen Abweichungen; jedoch sei auf folgende Besonderheiten hingewiesen:

39a a) Soweit es um **Vorsatz**delikte geht, wird vor allem von Vertretern der finalen Handlungslehre bezweifelt, ob es bei Unterlassungsdelikten einen Vorsatz im herkömmlichen Sinne überhaupt geben könne: Da der Unterlassende den Kausalverlauf nicht steuere, habe er auch keinen diesbezüglichen Willen, mithin keinen Vorsatz (Armin *Kaufmann, Welzel* § 27 A I 3 b). Um daher etwa auch den skrupellosen Garanten, der sich über die Rettungsmöglichkeit erst gar keine Gedanken macht, erfassen zu können, müsse für Unterlassungsdelikte „quasi-vorsätzlich" genügen, daß der Unterlassungstäter trotz Kenntnis der dem Rechtsgut drohenden Gefahr und trotz Erkennbarkeit der Rettungsmöglichkeit untätig bleibt. – Demgegenüber sieht die h. L. (zu Recht) keinen Anlaß, im Bereich der Unterlassungsdelikte mit einem grundsätzlich anderen Vorsatzbegriff zu operieren (vgl. *M-Gössel* I/2 § 46 III A 1, *S/S-Cramer* § 15 Rdnr. 89 m. w. N.). Denn dem Unterlassungsdelikt kann genauso wie dem Begehungsdelikt eine Entscheidung des Täters für den Eintritt des tatbestandlichen Unrechts zugrundeliegen, so daß zumindest wertungsmäßig kein Unterschied besteht (vgl. *Rudolphi* SK 19 ff. vor § 13).

39b – Was freilich den *Inhalt* des Unterlassungsvorsatzes betrifft, muß sich dieser naturgemäß auf alle unrechtsbegründenden Merkmale erstrecken: über den Erfolgseintritt infolge des Unterlassens hinaus also insbesondere auch auf die entsprechende Garantenstellung sowie die Möglichkeit und Zumutbarkeit der Erfolgsabwendung. Vgl. dazu

A *Familienkomplott-Fall* Nr. 26 A 20. Dabei handelt *bedingt* vorsätzlich bereits derjenige, der die Abwendung des Erfolgs durch Vornahme der gebotenen Handlung für möglich hält und den Erfolg in Kauf nimmt. Ob diese Voraussetzung vorlag, war etwa im *Brandrettungs-Fall* (oben A 36) zweifelhaft; instruktiv dazu einerseits *Spendel* JZ 1973, 141ff. (für Vorsatz), andererseits *Ulsenheimer* JuS 1972, 253f., der wegen der spezifischen Motivationslage des Vaters Vorsatz verneint.

39c – Zu etwaigen *Irrtümern* über die Garanten*stellung* vgl. *Annegret-Fall* Nr. 29 A 5ff.

39d b) Soweit ein **Fahrlässigkeitsdelikt** in Frage steht, muß die Nichterfüllung der Handlungspflicht (zumindest) auf objektiver Sorgfaltswidrigkeit beruhen (vgl. *Jescheck* LK 90 vor § 13). – Im vorliegenden Fall wurde ein solcher Sorgfaltsverstoß offenbar als so selbstverständlich angesehen, daß er gar nicht eigens begründet wurde – im Ergebnis sicher zu Recht, da ein „ordentlicher" Mieter seiner schichtweisen Streupflicht nachgekommen wäre.

39e c) Soweit ein Tatbestand **besondere subjektive Unrechtselemente** voraussetzt (z. B. Verdeckungsabsicht bei Mord), müssen diese selbstverständlich auch bei Unterlassen gegeben sein. Aber: Ist etwa auch *„Absicht"* bei Unterlassen überhaupt denkbar? Versteht man darunter, daß es dem Täter auf den Erfolg „ankommt" (vgl. StrafR IV Nr. 15 A 24ff.), so kann auch der Unterlassende grundsätzlich „absichtlich" untätig bleiben, z. B. zur Verdeckung einer Straftat bei Mord (vgl. StrafR III Nr. 2 A 36) oder zur Bereicherung bei Betrug durch Unterlassen (vgl. StrafR IV Nr. 11 E 4, A 35ff.). Vgl. allerdings auch *Grünwald* H. *Mayer*-FS S. 289, wonach es – entgegen der h. M. – nur absichtliche Tätigkeiten, nicht aber absichtliches Unterlassen geben könne, weswegen für Unterlassen schon bloßes „Randbewußtsein" genügen müsse (vgl. *Jescheck* § 59 VI 2b). Vgl. zum Ganzen auch *Herzberg* S. 226f.

40 7. **Gleichwertigkeitserfordernis; „Modalitätenäquivalenz".** Für diese *zweite* Gleichstellungsfrage (vgl. A 4b) ist nach § 13 erforderlich, daß „das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht". Was ist die *Ratio* dieser sog. „Modalitätenäquivalenz" (*Rudolphi* SK § 13 Rdnr. 18), wie sie der Sache nach übrigens auch schon in E 6 angesprochen wurde? Mit dieser „Entsprechungsklausel" soll der Tatsache Rechnung getragen werden, daß der Handlungsunwert des Unterlassens regelmäßig hinter dem des positiven Tuns zurückbleibe (vgl. E 1962 Begr. S. 125f.). Aber: Wenn dem so ist, wären dann nicht die Garantenpflichten bereits entsprechend enger zu fassen? Liegt nicht ein Widerspruch darin, daß derjenige, der i. S. v. § 13 rechtlich für den Nichteintritt des Erfolgs „einzustehen hat", dann doch nicht einstehen muß, wenn es an der Gleichwertigkeit fehlt? Läge es nicht näher, diese Entsprechung von Tun und Unterlassen schon als Voraussetzung des „Einstehenmüssens", m. a. W. bereits im Rahmen der „Handlungs- bzw. Bewirkungsäquivalenz" (A 25ff.) herzustellen? Vgl. auch die Kritik von *Roxin* JuS 1973, 198f. – Daher wird dieser Entsprechungsklausel wohl nur durch folgende Interpretation ein gewisser Sinn abzugewinnen sein:

41 a) Soweit im Rahmen der *ersten* Gleichstellungsfrage (A 4a) aufgrund einer entsprechenden Garantenstellung Handlungs- oder Bewirkungsäquivalenz anzunehmen ist (A 25ff.), bedarf es darüberhinaus grundsätzlich *keiner weiteren „Gesamtbewertung"* des Unterlassens; denn dafür fehlen jegliche auch nur einigermaßen sichere Kriterien. Das gilt insbes. für die Fälle, in denen sich das tatbestandlich vertypte Unrecht bereits in der *Erfolgsherbeiführung* erschöpft, wie etwa bei den reinen Erfolgsdelikten des Totschlags oder der leichten Körperverletzung: Hier ist mit dem Vorliegen eines Garantietatbestandes regelmäßig auch die *zweite* Gleichstellungsfrage i. S. der Entsprechungsklausel positiv beantwortet.

42 b) Anders kann es allenfalls dort liegen, wo das tatbestandliche Unrecht über den Erfolg hinaus noch durch **besondere Handlungsmodalitäten** charakterisiert ist (z. B. durch Heimtücke oder Grausamkeit beim Mord oder durch das Täuschungselement beim Betrug), wo also der spezifische Unrechtsgehalt in einem besonders gearteten Handlungsunwert besteht, wie bei sog. „verhaltensgebundenen Delikten" (*Roxin* JuS 1973, 198f.). In derartigen Fällen muß die Verwirklichung dieser Kriterien durch Unterlassen eine dem aktiven Tun „vergleichbare Prägung" (AE Begr. zu § 12 AT) besitzen. Vgl. zum Ganzen auch *Jescheck* § 59 V, *Rudolphi* SK § 13 Rdnr. 18, *S/S-Stree* § 13 Rdnr. 4 sowie speziell zur Entsprechungsklausel bei § 323a (§ 330a a. B.) *Alkoholiker-Fall* BayObLG JR 1979, 289/291.

42a c) Ferner wäre zu erwägen, ob nicht auch bei **Unzumutbarkeit** des Handlungsgebots die Gleichwertigkeit des Unterlassens zu verneinen ist. In diesem Sinne hat OLG

A Karlsruhe MDR 1975, 771 im *Versicherungspolicen-Fall* Beihilfe durch Unterlassen zum Betrug verneint, da der A die Pflicht zur Offenbarung einer Täuschungshandlung ihres Ehemannes nicht zuzumuten gewesen sei.

43 **B. Unrechtsausschluß durch Rechtfertigungsgründe.**
Sind alle sogenannten Voraussetzungen erfüllt, so ist das Unterlassen als **rechtswidrig** anzusehen, es sei denn, daß durch einen etwaigen **Rechtfertigungsgrund** das Unrecht ausnahmsweise ausgeschlossen ist (*S/S-Stree* 157 vor § 13). Dafür kommen grundsätzlich die gleichen Rechtfertigungsgründe wie bei Begehungsdelikten in Betracht; näher dazu die Fälle StrafR I Nr. 8–12. Über die besondere Bedeutung, die bei Unterlassungsdelikten einer Rechtfertigung durch *Pflichtenkollission* zukommen kann, vgl. speziell *Indikations-Fall* Nr. 12 A 42ff. – Im vorliegenden Fall bestanden für einen Rechtfertigungsgrund keinerlei Anhaltspunkte.

44 **C. Verschulden.**
Auch der Schuldvorwurf setzt im Grundsatz die gleichen Elemente voraus wie das Begehungsdelikt: Schuldfähigkeit, Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsverschulden (zumindest potentielles), Unrechtsbewußtsein sowie das Fehlen von Entschuldigungsgründen; vgl. im einzelnen *Verbotsirrtum-Fall* StrafR I Nr. 13 A 22ff.

45 – Über die bei Begehungsdelikten möglichen Entschuldigungsgründe (dazu näher *Terror-Fall* StrafR I Nr. 19) hinaus kommt bei Unterlassen vor allem der *Unzumutbarkeit* normgemäßen Verhaltens gesteigerte Bedeutung zu. Dies insbes. dann, wenn man in der Unzumutbarkeit nicht bereits ein garantenpflichtbegrenzendes Kriterium erblickt (vgl. oben A 32 sowie *Familienkomplott-Fall* Nr. 26 A 16ff.) bzw. die Zumutbarkeit im Zusammenhang mit der Gleichwertigkeitsfrage erörtert (A 42a).
– Zum *Verbotsirrtum* bei Unterlassungsdelikten vgl. *Annegret-Fall* Nr. 29 A 5ff.

46 **D.** Liegen alle vorgenannten Unrechts- und Schuldelemente vor, so ist das Unterlassen strafbar, es sei denn, daß ausnahmsweise noch **besondere** (positive oder negative) **Strafbarkeitsvoraussetzungen** entgegenstehen; näher dazu *Verlobten-Fall* StrafR I Nr. 20. – Doch auch dafür bestanden im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte.

47 **III. Überblick über die wichtigsten Garantietatbestände.**
Wie sich aus dem vorangehenden Aufbau des unechten Unterlassungsdelikts ergeben hat, hängt die Strafbarkeit entscheidend vom Vorliegen eines zur Erfolgsabwendung verpflichtenden Garantietatbestandes ab (A 26f.). Soweit sich eine Erfolgsabwendungspflicht nicht bereits aus dem Strafgesetz selbst ergibt (A 27f.), haben sich gewohnheitsrechtlich bestimmte Typen von Garantenstellungen entwickelt, von deren Existenz und Anerkennung auch § 13 stillschweigend ausgeht (zur verfassungsrechtlichen Fragwürdigkeit dieses Verfahrens vgl. oben A 3 sowie Nr. 26 A 8f.). Dabei lassen sich im wesentlichen folgende **Grundtypen** unterscheiden:

48 1. Nach der traditionellen **„Garantentrias"** werden Garantenstellungen aus *Gesetz, Vertrag* oder *vorangegangenem Tun* hergeleitet (so vorliegend auch das OLG bei E 9). Darüberhinaus wird als weiterer Garantiegrund vor allem noch die Haftung aus *„engen Gemeinschaftsbeziehungen"*, und zwar insbes. die enge Lebensgemeinschaft anerkannt (näher dazu *Familienkomplott-Fall* Nr. 26 E 4f., A 1ff.). Diese Einteilung richtet sich primär nach dem quellenmäßigen Entstehungsgrund der Garantenpflicht, deshalb auch **„Rechtsquellen-Theorie"** genannt.

49 2. Im Unterschied zu dieser mehr formalen Betrachtung werden von einer vordringenden **„Funktionenlehre"** die Garantenpflichten heute mehr nach ihrer spezifischen *Schutzrichtung* in zwei Gruppen differenziert:

49a – Zum einen die sog. **„Obhutspflichten"**, bei denen es um den Schutz des betroffenen Rechtsguts gegen jedwede Verletzung oder Gefährdung von außen her geht: Um eine solche Garantenstellung „zur Verteidigung von Rechtsgütern" handelt es sich vor allem bei enger *Lebensgemeinschaft* und zum Teil auch bei Haftung *„kraft Übernahme"*.

49b – Zum anderen die sog. **„Überwachungspflichten"**, bei denen es um die Abwehr von Gefährdungen geht, die aus bestimmten Gefahrenquellen herrühren: Eine solche Garantenstellung zur *Beherrschung* von Gefahrenquellen kann insbes. aus pflichtwidrigem Vorverhalten (sog. *Ingerenz*), aufgrund *Sachherrschaft* sowie aus *Aufsichtspflichten* erwachsen.

50 Eingehend zu dieser von Armin *Kaufmann* begründeten „Funktionenlehre" *Jescheck* § 59 IV, *Rudolphi* SK § 13 Rdnr. 24ff. sowie *S/S-Stree* § 13 Rdnr. 9ff. m. w. N. – Die Bedeutung dieser Differenzierung nach Schutzfunktionen zeigt sich vor allem bei der

A Abgrenzung von *Täterschaft* und *Teilnahme* bei Unterlassen (vgl. *Tänzerin-Fall* bei Nr. 27 A 16ff.). Im übrigen vgl. zu den einzelnen Voraussetzungen dieser Garantietatbestände die nachfolgenden Fälle Nr. 26–28. – Hier sei lediglich noch jene Garantenpflicht besonders herausgehoben, auf die vorliegend die von A vertraglich übernommene Streupflicht gestützt wurde:

51 **IV. Speziell zur Garantenstellung „kraft Übernahme".**

1. Eingruppierung: Bei welcher der o. g. Garantengruppen ist die vorliegende „Übernahme" einzuordnen? Da es sich bei der „Übernahme" im Grunde um eine *sekundäre* Pflicht handelt, nämlich um Verwirklichung einer bereits bestehenden anderen Pflicht, hängt die Einordnung der „Übernahme" jeweils davon ab, welche *Art* von Pflicht *im Einzelfall übernommen* wird:

– Geht es um den Schutz einer bestimmten Person (z. B. beim Kindermädchen um den Schutz des zu beaufsichtigenden Kindes), dann erwächst die Übernahme zu einer *Obhuts*pflicht.

– Geht es dagegen um die Absicherung einer Gefahrenquelle (wie hier des Glatteises), dann beinhaltet die Übernahme eine *Überwachungs*pflicht. Letzteres wird bei Übernahme von *Verkehrssicherungs*pflichten wie hier die Regel sein. Weitere Beispiele bei *S/S-Stree* § 13 Rdnr. 26.

Frage: Warum scheint sich demgegenüber das OLG um die Ausstrahlung der Streupflicht zugunsten der Allgemeinheit und damit auch zugunsten des N zu bemühen (E 19)? Offenbar deshalb, weil es noch auf dem Boden der alten „Rechtsquellentheorie" argumentiert und dabei die Funktionsteilung in Obhuts- bzw. Überwachungspflichten verkennt.

52 **2. Die maßgeblichen Kriterien.** Was setzt die garantenbegründende „Übernahme" voraus? Die Antwort darauf hängt im wesentlichen davon ab, worin die *ratio* der Übernahmehaftung zu erblicken ist:

52a – Sieht man sie in der Sanktionierung *zivilrechtlicher* Verpflichtungen, wie das im Verständnis der formalen Rechtsquellentheorie als Haftung aus „Vertrag" nahelag, so besteht das entscheidende Haftungskriterium in der vertraglichen Abmachung; so in der Tat die frühere Rspr (vgl. E 10).

52b – Stellt man dagegen weniger auf den schuldrechtlichen Ursprung der Übernahme (den Vertrag) als vielmehr auf ihren *sozialen Zweck* ab, nämlich den Schutz bestimmter Personen bzw. die Abwehr bestimmter Gefahren, so tritt das zivilrechtliche Vertragselement in den Hintergrund (E 12) und entscheidend wird das **faktische Gewährleistungsmoment:** die Garantie für eine durch die tatsächliche Übernahme geschaffene *Vertrauenslage,* aufgrund der andere Absicherungen zugunsten des zu schützenden Rechtsguts unterbleiben und damit die Gefahr begründet oder erhöht wird. So im Anschluß an die h. L. (E 11) zu Recht das OLG (E 13), ähnlich BGHSt 7, 211 im *Bereitschaftsdienst-Fall,* wenn darauf abgehoben wird, daß durch die Übernahme des Bereitschaftsdienstes „die Pflichten anderer Ärzte gegenüber ihren Patienten für die Dauer des Bereitschaftsdienstes mindestens erheblich eingeschränkt werden" (vgl. E 18). Näher zu diesem „Vertrauensprinzip" *Blei* und *Stree* H. *Mayer*-FS S. 121 bzw. 154 (vgl. aber auch *Baumann* § 18 II 3c, der diese Fälle dem „vorangegangenen Tun" zuordnen will).

53 Demgemäß hält das OLG zu Recht folgende drei Übernahmekriterien für entscheidend:

a) Es muß *faktisch* eine bestimmte Schutz-Abwehrpflicht übernommen und nicht nur versprochen worden sein (E 11, 13).

b) Aus der Übernahme muß eine *„sozialethische Gebundenheit"* gegenüber dem Schutzgut erwachsen, und zwar vornehmlich durch Schaffung einer Vertrauenslage (E 15). Ein solcher *Vertrauenstatbestand* ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn eine Gefahrsteigerung dadurch entsteht, daß mit Rücksicht auf die Übernahme andere Schutzvorkehrungen unterbleiben (vgl. *S/S-Stree* § 13 Rdnr. 27); insoweit gilt entsprechendes wie bei Ingerenz (vgl. *Friseurfahrt-Fall* bei Nr. 27 A 3).

c) Die Schutzstellung muß mit einer gewissen *Eigenverantwortlichkeit* ausgestattet sein (E 16). Auch diese Einschränkung erscheint vom Vertrauensgedanken her gerechtfertigt, da völlig weisungsgebundenen Hilfspersonen gegenüber eine unmittelbare Garantieerwartung regelmäßig verfehlt wäre.

54 **3.** Diese Betonung des faktischen Vertrauenselements hat u. a. folgende **Konsequenzen:**

– Da es auf die tatsächliche Übernahme ankommt, ist die *zivilrechtliche* Wirksamkeit des zugrundeliegenden Vertrages grundsätzlich *irrelevant* (E 12, 14).

A – Da nicht der Vertrag, sondern die Schaffung einer Vertrauenslage entscheidend ist, kann sich der Schutzkreis auch auf solche Personen erstrecken, die in keinerlei vertraglichen Beziehungen zum Garanten stehen, wohl aber dem *betroffenen Lebensbereich* angehören (E 19).

55 *Fazit:* Demzufolge konnte vorliegend eine Garantenpflicht zugunsten der Allgemeinheit und damit folgerichtig auch zugunsten des zufällig vorbeigehenden N angenommen werden (E 20). Da die sonstigen Strafbarkeitselemente (oben A 7ff.) außer Zweifel standen, wurde die Verurteilung des A wegen fahrlässiger Körperverletzung (§ 230) zu Recht bestätigt.

56 V. Frage: Wie wäre der Fall zu behandeln, wenn die A familienintern ihren Ehemann mit dem Streuen beauftragt hätte? Würde sie durch die **Delegation** von ihrer eigenen Garantenpflicht befreit? Das ist im Außenverhältnis regelmäßig zu verneinen; vgl. *S/S-Stree* § 13 Rdnr. 26, aber auch den instruktiven *Oberbauleiter-Fall* BGHSt 19, 268.

57 **Schrifttum:** Allgemein zu den **Unterlassungsdelikten** vgl. *Baumann* § 18; *Blei* I §§ 84–89; *Bockelmann* I § 17; *D-Tröndle* 12 vor § 1 sowie § 13; *Jescheck* §§ 58, 59; LK 83ff. vor sowie zu § 13;. *Lackner § 13;. M-Gössel* I/2 §§ 45, 46; *H. Mayer* § 16; *Otto* I § 9; *Rudolphi* SK vor und zu § 13; *Schmidhäuser* 16/4ff., 23ff.; *S/S-Stree* 139ff. vor sowie zu § 13; *Stratenwerth* § 13; *Welzel* §§ 26–28; *Wessels* I § 16.

Zur **Grundproblematik der Unterlassungsdelikte** vgl. ferner u. a. *Engisch,* Tun und Unterlassen, Gallas-FS S. 163; *Grünwald,* Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, ZStW 70 (1958), 412ff.; *Ders.,* Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, H. Mayer-FS. S. 281; *Henkel,* Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten, MSchrKrim 1961, 178; *Herzberg,* Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; Armin *Kaufmann,* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *Ders.,* Methodische Probleme bei der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS 1961, 173; *Ders.,* Unterlassung und Vorsatz, v. Weber-FS S. 207; *Kienapfel,* Zur Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976, 197; *Ders.,* Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976, 281; *Maihofer,* Der Unrechtsvorwurf, Rittler-Festschrift 1957, S. 141; *Nickel,* Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz nullum-crimen-sine-lege, 1972; *Roxin,* An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Engisch-FS S. 380; *Ders.,* Einführung S. 1ff. = JuS 1973, 193; *Rudolphi,* Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966; *Samson,* Begehung und Unterlassung, Welzel-FS S. 579; *Schlüchter,* Grundfälle zur Lehre von der Kausalität [im Bereich der Unterlassungsdelikte], JuS 1976, 793; *Schöne,* Unterlassene Erfolgsabwendung und Strafgesetz, 1974; *Ders.,* Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit, JZ 1977, 150; *Schünemann,* Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971; *Struensee,* Die Struktur der fahrlässigen Unterlassungsdelikte, JZ 1977, 217; *Welp,* Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968.

Zu den **verschiedenen Garantietatbeständen, insbesondere zur Garantenhaftung kraft Übernahme** vgl. *Bärwinkel,* Die Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1968; *Blei,* Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen, H. Mayer-FS 119ff.; *Stree,* Garantenstellung kraft Übernahme, H. Mayer-FS 145ff.

Speziell zum *Brandrettungs-Fall* (A 36) vgl. *Herzberg,* Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1971, 881; *Spendel,* Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, JZ 1973, 137; *Ulsenheimer,* Strafbarkeit des Garanten bei Nichtvornahme der einzig möglichen, aber riskanten Rettungshandlung, JuS 1972, 252.

Weitere Hinweise zu Einzelfragen bei den nachfolgenden Unterlassungsfällen.

Garantenpflicht aus „engen Gemeinschaftsbeziehungen" – Handlungsfähigkeit – Unmöglichkeit – Zumutbarkeit

BGHSt 19, 167: Familienkomplott-Fall

4 StR 390/63 v. 29. 11. 1963 = NJW 1964, 731

SV **Sachverhalt:** Wegen ständiger unberechenbarer Ausfälle gegen seine Angehörigen war der Vater zu einer unerträglichen Belastung seiner Familie geworden. In Ausführung eines Komplotts zwischen seiner Frau und einigen seiner Söhne wurde er durch Beimischung von Giftweizen in sein Essen getötet. Auch der jüngste Sohn M wußte zwar von diesem Komplott, hatte jedoch weder an dessen Verabredung teilgenommen, noch die Ausführung der Tat in sonstiger Weise gefördert. Als er von dem Plan erfuhr, versuchte er sogar, seinen Bruder G von der Tatausführung abzubringen, indem er äußerte, man solle doch erst abwarten, ob nicht schon das Verprügeln des Vaters eine heilsame Wirkung ausüben werde. Freilich ließ er dann dem Geschehen seinen Lauf.

P **Zur Problemstellung:** Das SchwurG hat M vom Vorwurf der Beihilfe zu § 212 freigesprochen, da weder eine Mitwirkung bei der Planung noch bei seiner Ausführung vorgelegen habe. Die StA dagegen meint, daß sich M strafbar gemacht habe.

- Wäre etwa *Nichtanzeige geplanter Straftaten* (§ 138) anzunehmen?
- Oder käme gar Nichthinderung der *Tötung durch Unterlassen* (§§ 212, 13) in Betracht?
- Woraus wäre dann die *Garantenpflicht* zu begründen?

Der BGH meint dazu:

E 1 **Aus den Gründen: [167]** „Auch den Sohn kann gegenüber seinem Vater, unabhängig von einer Hausgemeinschaft, eine Rechtspflicht zur Abwendung von Todesgefahr treffen. Diese Pflicht ergab sich hier **[168]** aus dem Sohn-Vater-Verhältnis. Mögen sich die bisherigen einschlägigen Entscheidungen auch mit dem Verhältnis des Vaters zum Kinde, auch dem außerehelichen, mit demjenigen der Großeltern zum Enkel und der Ehegatten untereinander beschäftigt haben, so haben in der Regel doch auch Kinder gegenüber ihren Eltern die Rechtspflicht zur Abwendung einer diesen drohenden Lebensgefahr.

2 Eine gesetzliche Vorschrift, wie sie für das Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern (§ 1626 BGB) oder für die Ehegatten untereinander (§§ 1353, 1354 BGB) besteht, gibt es zwar im Verhältnis der Kinder zu den Eltern nicht. Auch wird man kaum die den Kindern gegenüber den Eltern obliegende Unterhaltspflicht (§ 1601 BGB) zur Begründung einer solchen Schutzpflicht heranziehen können, da die Unterhaltspflicht nur begrenzten Inhalt hat.

3 Jedoch können auch ohne gesetzliche Bestimmung aus den Grundgedanken der Rechtsordnung bestimmte enge Gemeinschaftsverhältnisse rechtliche Erfolgsabwendungs-

4 pflichten begründen. Früher haben Rspr (so bis RGSt 66, 71) und überwiegend auch das Schrifttum solche Pflichten nur aus Gesetz, Vertrag und vorangegangenem Tun abgelei-

5 tet. Die spätere Entwicklung ist jedoch mit Recht darüber hinausgegangen. Unter Berufung auf RGSt 66, 71 ist schon in RGSt 69, 321 ausgeführt, die sittliche Pflicht zur Leibes- und Lebensfürsorge könne zur Rechtspflicht werden für Menschen, die in so enger Lebensgemeinschaft verbunden seien wie üblicherweise in der Familie oder in der häuslichen Gemeinschaft. Auch ohne gesetzliche Vorschrift oder vertragliche Bindung seien sie verpflichtet, dem Mitglied dieser Gemeinschaft Hilfe zu leisten, das in Leibes- oder Lebensgefahr gerate, zu deren Abwehr es selber nicht imstande sei. Seitdem ist in der Rspr die enge, auch nur tatsächliche, Lebensgemeinschaft als Rechtsgrund für Garantenpflichten anerkannt (RG DStR 36, 178; RGSt 74, 309). Auch der BGH hat sich im Einklang mit dem Schrifttum nicht auf die frühere Dreiteilung der Garantenpflichten beschränkt, sondern unter bestimmten Voraussetzungen eine Gemeinschaft als Grundlage solcher Pflichten **[169]** angesehen (BGHSt 2, 150; 13, 162; JR 55, 104; NJW 60, 1821;

6 Henkel, MSchKrim 1961, 178/190) Daß enge Gemeinschaften die Grundlage von Garantenpflichten sein können, ist heute allgemein anerkannt Streitig ist im wesentlichen nur noch, welche Gemeinschaften solche Pflichten begründen können, unter welchen Voraussetzungen im einzelnen und in welchem Umfang Dies braucht hier jedoch nicht erörtert zu werden, da der als leiblicher Sohn in der Familie des Vaters gelebt hat, also, trotz aller Zerwürfnisse innerhalb der Familie, innerhalb einer der engsten Lebensgemeinschaften. Daher können auch die Bedenken, die gegen eine zu weite Ausdehnung dieses Rechtsgedankens sowie gegen die Art der Begründung in den genannten Entscheidungen des RG erhoben werden können, hier keine Rolle spielen. Denn daß innerhalb der engsten und natürlichsten Gemeinschaft, nämlich der durch Blutsbande verbundenen Familie, in aller Regel eine Rechtspflicht zur Abwendung schwerer Gefahren be-

7 steht, kann nicht bezweifelt werden. Diese Auffassung ist auch im allgemeinen Rechtsbe-

E wußtsein lebendig. Es würde jedem Rechtsempfinden widersprechen, anzunehmen, ein Sohn dürfe seinen Vater zugrunde gehen lassen, ohne, über § 330c [a. F.; jetzt § 323c] hinaus, für seinen Tod verantwortlich gemacht zu werden, sofern er innerhalb der bei den unechten Unterlassungsdelikten anerkannten Grenzen erfolgreich hätte eingreifen können. Es bedarf auch keiner Erörterung im einzelnen, bei welchen drohenden Gefahren eine solche Rechtspflicht des Sohnes gegenüber seinem Vater besteht. Auf jeden Fall besteht sie bei Lebensgefahr des Vaters. Desgleichen ist die Frage, von welchem Alter ab sie Abkömmlingen obliegen kann, hier nicht von Bedeutung. Denn bei einem etwa 18jährigen Sohn ist sie ohne weiteres anzuerkennen ...

9 **[NJW 1964, 732]** Auch die weiteren Ausführungen des SchwurG können nicht als richtig anerkannt werden. Die Feststellung, daß M zur Abwehr der drohenden Gefahr nur eine Strafanzeige gegen die nächsten Angehörigen erstatten oder den Vater hätte warnen können, liegt auf tatsächlichem Gebiet. Von ihr ist also auszugehen. Es trifft aber nicht zu, daß ihm keines von beiden zuzumuten gewesen sei. Zwar ist die Auslegung, die das **10** SchwurG insoweit dem Tatbestand des § 138 gegeben hat, richtig. Wer tatbeteiligt oder der Beteiligung auch nur verdächtig ist, hat nach § 138 keine Anzeigepflicht.

11 Anders liegt es aber, wenn jemand eine Garantenpflicht hat. Sie beruht auf einer besonders engen Beziehung zwischen der verpflichteten Person und derjenigen, zugunsten deren die Pflicht besteht. Diese Beziehung begründet erhöhte Rechtspflichten, die im **12** § 138 nicht vorausgesetzt werden. Daher muß hier unter Umständen verlangt werden, daß der Verpflichtete seine Warn- oder Anzeigepflicht auch erfüllt, wenn er sich dadurch der Gefahr gerichtlicher Verfolgung aussetzt. Bereits die jedermann obliegende Pflicht zur Hilfeleistung auf Grund des § 330c [a B ; § 323c] besteht auch dann, wenn sich der Betreffende durch sie der Gefahr der Strafverfolgung aussetzt, sofern er die Gefahr schuldhaft herbeigeführt hat (BGH GA 1956, 120; BGHSt 11, 353, 356). Auch bei den unechten Unterlassungsdelikten, bei denen die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus vorangegangenem Tun erwächst, kann dieses in einem strafbaren Verhalten bestanden haben und die Erfolgsabwendung die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung wegen der durch sie aufgedeckten Straftat herbeiführen. Auch dann entfällt die Pflicht zur Gefahrbeseitigung nicht.

13 Um so mehr hat dies für Garantenpflichten zu gelten, die auf besonders engen Gemeinschaftsbeziehungen beruhen. Allerdings kann die Verpflichtung, die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung auf sich zu nehmen, auch bei solchen Bindungen nicht ausnahmslos **14** bestehen. Es bedarf vielmehr einer Abwägung. Im einzelnen Falle muß die Gefahr der Strafverfolgung zu dem drohenden Schaden in angemessenem Verhältnis stehen. Droht dem Gefährdeten, wie hier, jedoch Todesgefahr, so tritt die Gefahr der Strafverfolgung demgegenüber zurück

15 Auch daß jemand seine nächsten Angehörigen durch Strafanzeige oder durch Warnung des Vaters einem Strafverfahren aussetzen könnte, kann die Rechtspflicht nicht beseitigen. Es ist zwar anerkannt, daß im allgemeinen eine Anzeige nächster Angehörigen nicht zumutbar sein wird So wird der Mutter nicht zugemutet, gegen unsittliches **16** Treiben ihrer Tochter die Polizei anzurufen (BGHSt 6, 46). Aber dies alles kann nicht uneingeschränkt gelten. Auch hier müssen sich die Anforderungen an den Verpflichteten nach der Schwere der drohenden Gefahr richten. Sie sind höher, wenn Gefahr für das Leben besteht, als nur bei unsittlichem Verhalten. Die Vorschrift des § 139 bringt diese Abwägung deutlich zum Ausdruck; wer an sich eine Anzeige gegen einen Angehörigen (§ 52 II [a. F.; § 11 I Nr. 1]) erstatten müßte, dies aber unterläßt, ist nur unter bestimmten weiteren Voraussetzungen straffrei, gerade dann jedoch nicht, wenn die drohende Tat ein Mord oder Totschlag ist.

17 Mithin hätte der M seinen Vater vor der Todesgefahr pflichtgemäß warnen müssen. Möglicherweise hätte dies ohne Strafanzeige schon ausgereicht, das Komplott zu zerstören. Aber selbst wenn eine Anzeige bei der Polizei unvermeidlich war, wäre sie rechtlich geboten gewesen.

18 Dabei muß jedoch auch erörtert werden, ob es dem M nach seinen persönlichen Fähigkeiten und Verhältnissen möglich gewesen wäre, den Anschlag in der angegebenen Weise zu verhindern. In diesem Zusammenhang muß seine besondere Lage innerhalb der Familie berücksichtigt werden Er war gegenüber den an dem Vorhaben beteiligten Familienmitgliedern der jüngste. Es wird darauf ankommen, welche Autoritätsstellung vor allem seine Mutter und sein ältester Bruder ihm gegenüber hatten. Unter Umständen kann ein Vorwurf gegenüber dem M entfallen, wenn er es unter dem Eindruck dieser Autorität und des von den anderen Familienmitgliedern gemeinsam gefaßten Entschlusses nicht gewagt haben sollte, die Ausführung des Vorhabens zu verhindern, insbesondere nicht dadurch, daß er sie der Gefahr der Strafverfolgung wegen des Mordvorhabens **19** aussetzte. Sorgfältiger Prüfung wird auch im übrigen die innere Tastseite bedürfen. Nach den bisherigen Feststellungen war der M von der Ernstlichkeit des Mordvorhabens der übrigen Angeklagten überzeugt. Er muß sich aber auch der Möglichkeit bewußt gewesen sein, daß er durch Warnung oder durch Anzeige tatsächlich imstande sei, den Anschlag abzuwenden.

20 Die Frage, ob er sich dessen bewußt gewesen sein muß, daß ihm die Rechtspflicht, den

E Erfolg abzuwenden, oblag, ist nach den in BGHSt 16, 155 aufgestellten Grundsätzen zu entscheiden."

[Wegen unzureichender Aufklärung durch das SchwurG wurde daher der Freispruch aufgehoben und die Sache zu erneuter Verhandlung zurückverwiesen.]

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Die Entscheidung enthält einige wichtige Ergänzungen zu Einzelfragen der Unterlassungsdelikte: und zwar sowohl zu den Arten der *Garantenpflichten* (I) wie auch zu den *Grenzen*, die ihnen durch die Kriterien der *Möglichkeit* (II) bzw. *Zumutbarkeit* (III) der Erfolgsabwendungspflicht gesetzt sind; ferner werden die *subjektive* Tatseite bei Unterlassungsdelikten wie auch das *Verhältnis zum echten Unterlassungsdelikt* des § 138 (IV) berührt.

1 **I. Garantenpflicht aus „engen Gemeinschaftsbeziehungen".**

1. Grundlage und Voraussetzungen. Wie sich bereits im vorangehenden *Streupflicht-Fall* Nr. 25 gezeigt hat, blieb im überkommenen Strafrecht die Haftung für Unterlassen auf die Garanten-Trias aus Gesetz, Vertrag und Ingerenz beschränkt (vgl. E 4). Im Anschluß an die neuere Rspr und Lehre (E 5) geht die vorliegende Entscheidung darüber hinaus, indem sie auch enge Gemeinschaftsbeziehungen als strafbegründenden Garantietatbestand anerkennt (E 3).

2 – Auf welche *Grundlage* wird das gestützt? Zunächst sucht auch hier der BGH im Anklang an die traditionelle *Rechtsquellentheorie* einen Ansatzpunkt in positiv-rechtlichen Vorschriften des BGB (E 2). Aus diesen „Grundgedanken der Rechtsordnung" (E 3) wird dann gleichsam i. S. einer Rechtsanalogie auf eine gegenseitige Schutzpflicht innerhalb enger Gemeinschaftsverhältnisse geschlossen. Diese formale Grundlage wird freilich noch sachlich abgestützt durch Berufung auf das Sittengesetz: Nach „allgemeinem Rechtsbewußtsein" und „Rechtsempfinden" (E 7) kann die „sittliche Pflicht zur Leibes- und Lebensfürsorge" (E 5) unter bestimmten Umständen zu einer rechtlichen Schutzpflicht erstarken.

3 – Konsequenz? Es kommt für die Garantenhaftung aus engen Gemeinschaftsbeziehungen weder auf eine bestimmte Rechtsvorschrift noch auf eine konkrete vertragliche Übernahme der Schutzverpflichtung an; entscheidend ist vielmehr, daß *aufgrund gegenseitigen Vertrauens* oder **wechselseitiger Abhängigkeit innerhalb einer engen Gemeinschaft** ein den familienrechtlichen Beistandspflichten analoges Schutzverhältnis besteht.

2. Welche **Arten von Gemeinschaften** vermögen nun derartige Obhutspflichten zu begründen?

4 a) Jedenfalls die „durch Blutsbande verbundene **Familie**" als „engste und natürlichste Gemeinschaft" (E 6). Das ist im Prinzip unbestritten, wobei freilich die Frage der Grenzziehung bleibt:

4a – Was die *Art des Familienbandes* betrifft, ist jedenfalls eine Obhutspflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern anzunehmen (vgl. etwa *Brandrettungs-Fall* bei Nr. 25 A 36), wobei zur Begründung die §§ 1626 ff. BGB unterstützend herangezogen werden können; über die Schutzpflicht des Erzeugers gegenüber seinem nichtehelichen Kind – mit der Folge, daß er sich schon durch Zulassung des Schwangerschaftsabbruches nach § 218 I strafbar machen kann – vgl. StrafR III Nr. 4 A 43. Auch für das umgekehrte Verhältnis *(Sohn-Vater)* hat sich hier der BGH für eine Schutzpflicht ausgesprochen (E 1, 6). Ferner wird eine solche bejaht zwischen Großeltern und Enkeln, zwischen Ehegatten und Geschwistern. Gleiches soll zwischen Verlobten (BGH JR 1955, 104) wie auch zwischen Schwiegersohn und Schwiegermutter gelten (vgl. *Teich-Fall* BGHSt 13, 162; weitere Beispiele bei *Jescheck* LK § 13 Rdnr. 21 ff.). – Läßt sich daraus schließen, daß der Kreis der beistandspflichtigen Familienmitglieder einfach nach dem Angehörigenbegriff des § 11 I Nr. 1 (dazu StrafR I Nr. 20 A 2 f.) bestimmt werden kann? Dazu scheint die Rspr. zu neigen, was jedoch bei Schwägerschaft zu Recht in Frage gestellt wird (vgl. *Blei* H. Mayer-FS S. 128, *Geilen* FamRZ 1961, 155 ff.).

4b – Zudem dürfte der Kreis der Garanten nicht zuletzt von der – noch sehr umstrittenen – Frage abhängen, ob und inwieweit für die Annahme einer Obhutspflicht bereits das *formale* Band familiärer Beziehungen genügt (so im Prinzip *Geilen* FamRZ 1964, 390 f., *S/S-Stree* § 13 Rdnr. 19) oder ob eine entsprechende *Familiengemeinschaft* auch *effektiv* (noch) bestehen muß (so *Rudolphi* SK § 13 Rdnr. 50, *Schünemann* S. 355 ff.). Statt eines starren Entweder – Oder wird hier wohl zu *differenzieren* sein: Je enger das familiäre Band (z. B. Vater-Sohn, Ehegatten), desto weniger kann es auf das gegenseitige Vertrauen und die wechselseitige Abhängigkeit ankommen; je lockerer hingegen das formale Band (z. B. zwischen Verschwägerten oder Verlobten), eine desto größere

A Rolle spielt das aktualisierte Vertrauensverhältnis (*Schröder* JR 1964, 227), wobei letztlich ein stufenloser Übergang zu den Fällen bestehen dürfte, in denen das Vertrauensverhältnis und die tatsächliche bestehende Abhängigkeit allein entscheidend sind (vgl. A 7).

5 Was ergibt sich daraus im einzelnen für die bei A 4a genannten Beispiele?

– Eine Obhutspflicht ohne Rücksicht auf die effektive Lebensbeziehung dürfte wohl nur im Verhältnis der *Eltern* zu ihren *minderjährigen Kindern* zu begründen sein.

– Dagegen kann im (umgekehrten) *Kind-Eltern*-Verhältnis entgegen dem BGH und der wohl h. L. auf das zusätzliche Erfordernis gegenseitigen Vertrauens und wechselseitiger Abhängigkeit schwerlich völlig verzichtet werden (mit Recht krit. *Jescheck, Nikkel, Schünemann* und *Rudolphi* SK § 13 Rdnr. 49 m. N.). Denn vorschnell aus individual- und sozialethischen Einstellungen strafrechtsrelevante Handlungspflichten herleiten zu wollen (vgl. E 5, 7), ist kaum mit dem nullum crimen sine lege-Prinzip des Art. 103 II GG in Einklang zu bringen (vgl. auch A 8f.). – Was freilich den *vorliegenden* Fall betrifft, bestanden selbst nach der strengeren Auffassung (A 4b) keine Bedenken gegen die Annahme einer Garantenpflicht, weil die Anforderungen an das Vertrauens- und Abhängigkeitskriterium bei diesem engen verwandtschaftlichen Verhältnis niedriger zu veranschlagen sind und zudem Vater und Sohn tatsächlich in der (wenn auch zerrütteten) Familiengemeinschaft zusammengelebt haben.

6 – Ferner dürfte es kaum akzeptabel sein, eine Obhutspflicht zwischen *Ehegatten* in jedem Fall auch dann noch anzunehmen, wenn sie getrennt leben bzw. die Ehe schwer zerrüttet ist (so aber wohl *S/S-Stree* § 13 Rdnr. 19). Denn trotz der engen formalen Bindung gibt es hier eine Reihe von Fällen, wo eine Obhutspflicht durch nichts zu begründen ist: Warum etwa soll der Ehegatte, der nach § 1353 II BGB zum Getrenntleben berechtigt ist, in strafrechtlicher Hinsicht garantenpflichtig sein, wo ihn zivilrechtlich nicht einmal die Pflicht zur Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft trifft? Fehlt es nicht in diesen Fällen meist an jeder Art gegenseitigen Vertrauens und wechselseitiger Abhängigkeit? Gibt das „Sittengesetz" – selbst wenn man es zur Begründung strafrechtlicher Handlungspflichten für tauglich hält – dazu etwas her? Angesichts solcher Zweifel ist daher auch bei Ehegatten jeweils zu fragen, ob eine Familiengemeinschaft mit gegenseitigem Vertrauen und wechselseitiger Abhängigkeit besteht. Zwar sind die daran zu stellenden Anforderungen im Hinblick auf die engen Rechtsbeziehungen der Ehe nicht zu hoch anzusetzen: Daher kommt eine Obhutspflicht sowohl bei Zusammenleben der Ehegatten trotz Zerrüttung wie auch umgekehrt trotz Getrenntlebens bei Fehlen einer schweren Zerrüttung in Betracht. Treffen dagegen Getrenntleben und Zerrüttung zusammen, so ist eine Garantenpflicht jedenfalls für jenen Ehegatten zu verneinen, der gem. § 1353 II BGB zum Getrenntleben berechtigt ist.

7 b) Kann auch das **eheähnliche Zusammenleben** *Unverheirateter* eine Garantenpflicht begründen? Im Grundsatz ja, doch kommt es hier mangels eines formalen Bandes umsomehr auf die Stärke der effektiven Lebensbeziehung an (vgl. A 4b). Entsprechendes wird auch für ein auf gegenseitigem Vertrauen und wechselseitiger Abhängigkeit beruhenden Zusammenleben von *Homosexuellen* anzunehmen sein (vgl. AG Duisburg MDR 1971, 1027, *Rudolphi* SK § 13 Rdnr. 51; krit. dazu *Doering* MDR 1972, 664).

8 c) Das tatsächliche Vertrauenskriterium gewinnt in noch stärkerem Maße bei sonstigen Gemeinschaftsbeziehungen an Bedeutung, wie bei **Hausgemeinschaften** und **Gefahrengemeinschaften** (z. B. Expeditionen, Bergtouren): Hier ist im Regelfall eine *faktische* Übernahme gegenseitiger Schutzpflichten vorauszusetzen. Daher ist eine Garantenpflicht dort zu verneinen, wo mehrere Personen zufällig in die gleiche Gefahrensituation geraten (z. B. bei Verkehrsunfall); auch eine bloße „Zechgemeinschaft" wurde von BGH NJW 1954, 1047 zu Recht für nicht schutzpflichtbegründend erachtet (vgl. auch *Schünemann* S. 338f. m. w. N.). Weitere Einzelheiten zu Obhutspflichten aus Gemeinschaftsbeziehungen bei *Jescheck* § 59 IV 3a, b, *S/S-Stree* § 13 Rdnr. 23ff. Generell zurückhaltender, wenn nicht gar ablehnend gegenüber solchen Garantenpflichten ein Teil der Lehre, insbes. *Baumann* § 18 II 3d; *Geilen* FamRZ 1961, 147ff.; *M-Gössel* I/2 § 46 II C 4.

9 d) Frage: Inwieweit ist die Herleitung von Garantenpflichten aus ungeschriebenen Regeln, deren Vagheit gerade bei Bezugnahme auf enge Gemeinschaftsbeziehungen besonders evident wird, mit der verfassungsrechtlichen Garantiefunktion des **nullum crimen sine lege**-Prinzips vereinbar? Ist diesem Grundsatz etwa schon dadurch genügt, daß § 13 die Notwendigkeit einer „Garantenstellung" und das Erfordernis der „Gleichwertigkeit" normiert (vgl. Nr. 25 A 4)? Angesichts der Tatsache, daß über die Voraussetzungen dieser Erfordernisse dem § 13 nichts zu entnehmen ist, lassen sich

A Zweifel daran nicht unterdrücken: Kann man sagen, daß deshalb kein Verstoß gegen Art. 103 II GG vorliegt, weil die in § 13 vorausgesetzten Garantenpflichten *gewohnheitsrechtlich* anerkannt sind? Oder liegt ein Ausweg darin, daß man die Garantenpflichten als *Strafeinschränkungsgründe* einer sonst sehr viel weitergehenden Haftung für jedwede Erfolgsverursachung begreift? Vgl. dazu einerseits *Grünwald* ZStW 70, 142ff., andererseits *Jescheck* § 58 IV m. w. N. Doch selbst wenn damit eine Basis für Garantenpflichten gefunden ist, bleiben Bedenken wegen mangelnder *„Tatbestandsbestimmtheit"* (dazu StrafR I Nr. 2 A 9ff., 66). Sind also die unechten Unterlassungsdelikte als verfassungswidrig anzusehen? Soweit wird man schwerlich gehen können; denn angesichts des unbestreitbaren Sanktionsbedürfnisses und der erheblichen praktischen Schwierigkeiten, die sich bei einer umfassenden Normierung aller Unterlassungsdelikte stellen würden, wird man sich nach den Konkretisierbarkeits- und Verhältnismäßigkeitskriterien (vgl. *Unfug-Fall* StrafR I Nr. 2 A 29ff.) mit einer geringeren Bestimmtheit abfinden müssen (vgl. zum Ganzen auch *Nickel, Roxin* JuS 1973, 197ff., *Schöne*, S. 277ff.). Immerhin sollte aber das Bestimmtheitsgebot zur Zurückhaltung bei der Aufstellung und Ausweitung von Garantenpflichten mahnen. Das gilt auch für die Frage nach der inhaltlichen Umgrenzung von Garantenpflichten:

10 **3. Inhalt und Umfang der Garantenpflicht.** Wieweit reicht eine auf Gemeinschaftsbeziehungen begründete Schutzpflicht? Hier sind zwei Fragen auseinanderzuhalten:

a) *Welche Rechtsgüter* des Geschützten werden damit *gedeckt?* Zwar handelt es sich auch hier um „Obhutspflichten" i. S. der neuen Funktionslehre (vgl. *Streupflicht-Fall* Nr. 25 A 49a), wonach das geschützte Rechtsgut gegen jedwede Beeinträchtigung von außen abzuschirmen ist. Aber soll das bedeuten, daß damit jedes Rechtsgut der betroffenen Person zu schützen ist, also sowohl Leib und Leben als etwa auch Eigentum und Vermögen des betroffenen Mitglieds der Gemeinschaft? Der BGH hat diese Frage vorliegend bewußt offengelassen und sich lediglich zum Schutz vor Lebensgefahren erklärt (E 6, 8). Und dies mit Recht; denn zurückgehend auf den Grundgedanken dieser Garantenstellung (A 2f.) kommt eine Obhutspflicht immer nur insoweit in Frage, als ein Fürsorge- und Vertrauenstatbestand *typischerweise gerade für das betroffene Rechtsgut* besteht. Das wird regelmäßig bei Leib oder Leben zu bejahen sein; bei Vermögen dagegen allenfalls zwischen Eltern und minderjährigen Kindern, nicht dagegen etwa im Verhältnis Kinder gegenüber den Eltern(es sei denn, es liegt faktische Übernahme vor). Vgl. *S/S-Stree* § 13 Rdnr. 21.

11 b) Welches *Maß* an Fürsorge ist von dem Garanten zu verlangen? Das hängt von der Art der Gefahr und den möglichen Abwehrmitteln ab. Ziel ist immer die Abwendung des tatbestandsmäßigen Erfolgs. Ausreichend ist jedes Mittel, das diesen Erfolg abzuwenden geeignet ist: hier etwa die Warnung des Vaters oder die Anzeige des Mordkomplotts bei der Polizei (E 17). Daß dabei der Garant auch zu riskanten Rettungshandlungen verpflichtet sein kann, hat sich im *Brandrettungs-Fall* gezeigt (vgl. Nr. 25 A 36).

12 c) Zudem ergibt sich noch nach *allgemeinen* Unterlassungsgrundsätzen eine Begrenzung oder Garantenpflicht: durch die *Möglichkeit* (II) und *Zumutbarkeit* (III) der Erfolgsabwendung (vgl. *Streupflicht-Fall* Nr. 25 A 32).

13 **II. „Möglichkeit" der Erfolgsabwendung.**

Bei dieser Frage, die in der Lehre auch unter dem Stichwort der *„Handlungsfähigkeit"* behandelt wird, geht es um die physisch-reale Möglichkeit des Unterlassenden, den Erfolg wirksam abzuwenden.

14 1. *Maßstab* für die Beurteilung der Eingriffsmöglichkeit soll ein *objektiver* sein, und dies im Rahmen der Unrechtsbegründung zu Recht. Doch sollen dabei auch die „persönlichen Fähigkeiten und Verhältnisse" des Unterlassenden berücksichtigt werden: i. S. dieser **„individuellen Handlungsfähigkeit"** (*Jescheck* § 59 II 2, *Rudolphi* SK 2f. vor § 13) auch hier der BGH (E 18). – Warum war dieses Kriterium hier zweifelhaft? Weil das SchwurG nicht ausreichend geklärt hatte, ob sich der M als jüngster Sohn dem Einfluß der Mutter und Brüder überhaupt hätte wirksam entziehen können.

14a Ähnlich wurde etwa im *Überarbeitungs-Fall* **BGHSt 15, 18** die Handlungsfähigkeit verneint. Dort war ein Kriminalbeamter mit seiner Aktenerledigung nicht nachgekommen und hatte deshalb die Rückstände durch falsche Eintragungen zu verschleiern versucht. Trotzdem wurde er Vorwurf der Begünstigung im Amte freigesprochen, da „der Pflicht eines Beamten, die ihm übertragenen Aufgaben zu erledigen, durch seine Arbeitsfähigkeit Grenzen gesetzt und kein Beamter verpflichtet ist, über seine Leistungsfähigkeit hinaus zu arbeiten" (S. 22).

14b Vgl. ferner den *Synagogen-Fall* **OGHSt 1, 316,** wo der Feuerwehrführer von der Beihilfe

A zur Brandstiftung freigesprochen wurde, weil er wegen Einspruchs der Gestapo gegen Löschung des Synagogenbrandes keine sinnvolle Möglichkeit gehabt habe, den Brand zu löschen; bestehe diese Möglichkeit nicht, so könne auch keine Pflicht zum Löschen angenommen werden. Vgl. ferner *Gebrauchtwagenhändler-Fall* OLG Braunschweig GA 1977, 240/2: mangelnde Möglichkeit, das Wegfahren des Käufers mit gefälschtem Kennzeichen zu verhindern. – Über die Möglichkeit eines Ehemannes, sich über den Widerstand seiner Frau hinwegzusetzen, instruktiv der *Terrier-Fall* Nr. 28.

15 2. Wo ist die individuelle Handlungsfähigkeit **systematisch** einzuordnen? Nach h. L. wird sie als *unrechtsbegründendes* Merkmal zu Recht als Teil der **Tatbestandsmäßigkeit** des Unterlassungsdelikts verstanden (vgl. *Jescheck* § 59 II 2, aber auch *Rudolphi* SK 2 vor § 13 einerseits, 13 vor § 13 anderseits), während *Baumann* § 19 III 2c in der Unmöglichkeit einen *Rechtfertigungsgrund* erblickt. Wie ist wohl der BGH zu verstehen, wenn er im *Überarbeitungs-Fall* (A 14) bei fehlender Handlungsmöglichkeit die Rechtswidrigkeit des Verhaltens verneint?

16 **III. „Zumutbarkeit" der Erfolgsabwendung.**

1. **Funktion:** Während es sich bei der zuvor erörterten Handlungsfähigkeit um ein real-empirisches Kriterium handelt, geht es bei der Zumutbarkeit um eine *normative* Begrenzung der Garantenpflicht: Der Garant soll zur Erfolgsabwendung nur dann und nur insoweit verpflichtet sein, als ihm dies unter Berücksichtigung der gegebenen Umstände zuzumuten ist.

17 2. **Standort:** Bei aller Einigkeit im Sachergebnis ist dagegen die **systematische** Einordnung der Zumutbarkeit nach wie vor umstritten: Während von der Rspr. und einem Teil der Lehre die Unzumutbarkeit als pflichtbegrenzendes Kriterium bereits auf der *Tatbestandsebene* eingeordnet wird (*Henkel,* H. *Mayer, S/S-Stree* 155 vor § 13), sehen andere darin teils einen *Rechtfertigungsgrund* (so mit Einschränkungen *Schmidhäuser* 16/84), teils auch nur einen *Entschuldigungsgrund* (*Baumann, Stratenwerth, Welzel, Rudolphi* SK 30ff. vor § 13, *Jescheck* LK 91 vor § 13; vgl. auch BGHSt 2, 194/204 in StrafR I Nr. 13 E 32). Wiederum anders OLG Karlsruhe MDR 1975, 771, wonach die Zumutbarkeit im Rahmen des *Gleichstellungsfordernisses* zu prüfen sei (vgl. Nr. 25 A 42a). Richtigerweise wird jedoch zu differenzieren sein (vgl. *Schöne* S. 90ff.):

- Soweit es um das unter vergleichbaren Umständen *„jedermann"* Unzumutbare geht, ist bereits die *(tatbestandsrelevante)* Garantenpflicht entsprechend einzuschränken.
- Soweit danach eine Erfolgsabwendung zumutbar wäre, kommt nur noch eine *Entschuldigung* aufgrund *individueller* Überforderung in Betracht.

18 3. Im Grunde fallen die Würfel ohnehin erst mit dem **Maßstab,** nach dem die Zumutbarkeit zu beurteilen ist. Kann dafür das „allgemeine Sittengesetz", worauf der BGH im *Taschenmesser-Fall* verwiesen hat (Nr. 30 E 2), entscheidend sein? Allenfalls als „Stimmungsbarometer" des Rechtsgefühls, das sich seinerseits an einer *Abwägung* der kollidierenden Interessen zu orientieren hat. Soweit es dabei um die tatbestandsrelevante Beschränkung der Garantenpflicht geht (A 17), wird vor allem die Schwere der dem Schutzobjekt drohenden Gefahr gegen die Eigeninteressen des Garanten abzuwägen sein (vgl. E 16).

19 – Welche **Abwägungsfaktoren** hat vorliegend der BGH seiner Zumutbarkeitsprüfung (E 9–17) zugrundegelegt? In Kollission standen die *Schutzpflicht* zugunsten des Vaters und die *Anzeigepflicht* zu Lasten der Angehörigen. Zwar war letztere wegen eigener Tatbeteiligung des M nicht aus § 138 begründbar (E 10), wohl aber aus der Garantenpflicht (E 11). Ebensowenig wie die daraus entspringende Warn- und Anzeigepflicht bei Gefahr einer etwaigen Selbstbezichtigung entfallen würde (E 12), so wenig wäre dies bei einer etwaigen Bezichtigung von Angehörigen anzunehmen (E 15).

– Dies vor allem dann nicht – und das war hier von Bedeutung –, wenn die Anzeigepflicht ihrerseits aus einer Garantenpflicht zugunsten eines Angehörigen (Vater) entspringt (E 13) und der Abwendung einer Lebensgefährdung dient (E 14, 16). Zu dieser *zumutbarkeitsverstärkenden* Funktion der Garantenpflicht noch entschiedener der BGH im *Taschenmesser-Fall* Nr. 30 E 7ff., A 4, 11ff. – Demzufolge war die Erfolgsabwendung für M, falls eine Möglichkeit zur Erfolgsabwendung bestand (vgl. A 13), als zumutbar anzusehen (E 9, 17). Insoweit zust. auch *Schröder* JZ 1964, 227; krit. dagegen *Geilen* FamRZ 1964, 386ff. Sehr streng die Zumutbarkeitsanforderungen auch im *Abtreibungsbegleiter-Fall* BGH MDR 1973, 369, wonach die Verhinderung einer Abtreibung dem Ehemann selbst dann zumutbar sei, wenn dadurch vorübergehend die ehelichen Beziehungen belastet würden.

A 19a – Vgl. aber demgegenüber auch den *Zecherei-Fall* BGH NJW 1954, 104/7, wonach es nicht unbedingt zumutbar sei, dem Zechkumpanen den Zündschlüssel durch Nötigung wegzunehmen. Einschränkend auch OLG Bremen im *Terrier-Fall* (Nr. 28 E 5ff.) hinsichtlich der Einwirkungspflicht auf den Ehegatten. Auch in dem sehr instruktiven *Anwaltsgehilfin-Fall* OLG Köln NJW 1973, 861 wurde es (wohl zu Recht) für unzumutbar angesehen, daß die Frau zur Abwendung eines Einbruchdiebstahls des Mannes die Polizei benachrichtigt, doch ist sie dadurch keinesfalls etwaiger schonenderer Verhinderungsmaßnahmen enthoben. Vgl. auch *Versicherungspolicen-Fall* OLG Karlsruhe MDR 1975, 771/2: keine Pflicht zur Belastung von Angehörigen, um Betrug zu verhindern. Zur Möglichkeit und Zumutbarkeit von Garantenpflichten aus *Sachherrschaft* vgl. *Disco-Fall* OLG Hamm NJW 1974, 2245. – Zu weiteren Zumutbarkeitsfragen vgl. auch Nr. 30 A 11ff.

IV. Welche *weiteren Fragen* könnte der *vorliegende* Fall noch aufwerfen?

20 1. Für den **Vorsatz** hinsichtlich der unrechtsbegründenden Merkmale hat der BGH insbes. auch zu Recht die Frage nach der *Möglichkeit* der Erfolgsabwendung (i. S. der individuellen Handlungsfähigkeit) aufgeworfen (E 19). Näher zur Vorsatzproblematik *Streupflicht-Fall* Nr. 25 A 39ff. Zu einem etwaigen *Garantenirrtum* vgl. den (auch vom BGH bei E 20 zitierten) *Annegret-Fall* Nr. 29.

21 2. Für den Fall, daß auch nach erneuter Verhandlung eines Erfolgsabwendungsmöglichkeit für M zu *verneinen* ist (vgl. oben A 13), käme dann nicht wenigstens **Nichtanzeige geplanter Straftaten** (§ 138) in Betracht? Wohl nicht; denn auch bei diesem **echten** Unterlassungsdelikt wäre dann die *Möglichkeit* des Handelns zu verneinen. Wie aber stünde es mit der *Zumutbarkeits*frage? Müßten insoweit die gleichen Kriterien durchgreifen wie beim unechten Unterlassungsdelikt? Grundsätzlich ja; vgl. aber zu dem hier relevanten Selbstbegünstigungskriterium die eindringlichen Ausführungen von *Geilen* FamRZ 1964, 386ff.

21a – Für den Fall dagegen, daß sowohl die *Handlungsmöglichkeit* als auch die *Zumutbarkeit* zu *bejahen* wäre, käme dann *neben* dem *unechten* Unterlassungsdelikt (Beteiligung an der Tat der Angehörigen) auch noch § 138 in Frage? Das ist grundsätzlich zu verneinen, und zwar deshalb, weil derjenige, der an dem anzuzeigenden Verbrechen in irgendeiner Weise selbst beteiligt ist – und sei es auch nur durch pflichtwidriges Unterlassen –, zur Anzeige nicht verpflichtet ist, weil das letztlich auf eine Selbstbezichtigung hinauslaufen würde. So in Übereinstimmung mit der h. M. (vgl. *S/S-Cramer* § 138 Rdnr. 20) auch hier der BGH (E 10); vgl. aber auch dazu *Geilen* aaO.

– Zum Verhältnis von *echten* und *unechten* Unterlassungsdelikten vgl. im übrigen auch *Taschenmesser-Fall* Nr. 30 A 7ff.

22 3. Für den Fall, daß alle strafbegründenden Unterlassungskriterien vorliegen, wäre dann M als **Mittäter** der von seinen Angehörigen begangenen Tötung oder nur als Gehilfe dazu zu bestrafen? *Schröder* würde aufgrund der Obhutspflicht des M Täterschaft annehmen (JR 1964, 227). Würde der BGH ebenso entscheiden? Vgl. dazu den nachfolgenden *Ausschank-Fall* bei A 12ff.

23 **Schrifttum:** Allgemein zu den Unterlassungsdelikten vgl. die Nachw. zu Nr. 25. Speziell zur Garantenpflicht aus **„enger Gemeinschaftsbeziehung"** vgl. *Doering,* Strafrechtliche Garantenpflicht aus homosexueller Lebensgemeinschaft? MDR 1972, 664; *Geilen,* Garantenpflichten aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft, FamRZ 1961, 147.

Zur **Zumutbarkeit** vgl. *Dallinger,* Unzumutbarkeit der Erfolgsabwendung bei unechten Unterlassungsdelikten, JR 1968, 6; *Henkel,* Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtprinzip; Mezger-FS S. 249ff.; *Röwer,* Die Zumutbarkeit als spezielles täterschaftliches Merkmal beim Handeln durch Unterlassung, NJW 1958, 1528; *Ulsenheimer,* Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei Gefahr eigener Strafverfolgung, GA 1972, 1.

Speziell zum *Familienkomplott-Fall* vgl. *Geilen,* Stillschweigen des Angehörigen beim Mordkomplott, FamRZ 1964, 385; Anm. H *Schröder* JR 1964, 227 (= Urteilsanmerkungen S. 9ff.).

Gefahrbegründendes Vorverhalten (Ingerenz) – Haftung für fremdes Handeln – Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassen

BGHSt 19, 152: Ausschank-Fall

4 StR 267/63 v. 13. 11. 1962 = NJW 1964, 412

SV **Sachverhalt:** In die Gastwirtschaft des A kehrten gegen Mitternacht 3 Gäste ein, die schon vorher Alkohol getrunken hatten. Zusammen mit A knobelten sie weitere 10–12 Runden Whisky aus. Als sie gegen 3 Uhr morgens mit ihrem PKW wegfahren wollten, riet ihnen A, doch lieber eine Taxe zu nehmen, da er sah, daß keiner von ihnen mehr sicher fahren konnte. Die Gäste hörten nicht darauf und fuhren mit F am Steuer weg. Infolge Fahruntüchtigkeit (2,14‰) geriet F auf einen Acker und überschlug sich. Dabei wurden seine beiden Mitfahrer verletzt.

P **Zur Problemstellung:** Die Verletzung der beiden Mitfahrer ist unmittelbar nur auf das verkehrswidrige Verhalten des F zurückzuführen. Könnte aber nicht mittelbar auch A zur Verantwortung gezogen werden?

– Genügt dafür schon das Ausschenken des Alkohols?

– Oder ist entscheidend auf das Nichthindern des Wegfahrens abzustellen? In letzterem Sinne hatte noch BGHSt 4, 20 eine Gastwirtin für verpflichtet gehalten, einen völlig fahrunfähigen Gast am Gebrauch seines PKW zu hindern. Mit Berufung darauf hat das AG den A wegen fahrlässiger Körperverletzung (§ 230) verurteilt.

– Hat demgegenüber das OLG Braunschweig recht, wenn es allein dem Gast jeweils die Verantwortung für sein Verhalten auferlegen will und daher vorliegend zwecks Freispruch des A die Sache dem BGH zur Entscheidung vorgelegt hat?

– Oder aber kann im Ausschank von Alkohol dennoch ein garantenbegründendes Vorverhalten liegen, wenn auch unter einschränkenden Kriterien?

– Auf welche Kriterien könnte es bei einer derartigen Garantenhaftung aus „Ingerenz" ankommen? Der BGH führt dazu aus:

E 1 **Aus den Gründen: [154]** „An dem allgemein anerkannten Rechtsgedanken, daß derjenige, der schuldhaft oder schuldlos durch sein Verhalten die Gefahr eines Schadens geschaffen oder mitgeschaffen hat, rechtlich verpflichtet ist, den Schaden nach Kräften
2 abzuwenden, ist im Grundsatz festzuhalten. Das kann jedoch nicht bedeuten, daß dies auch für jedes sozial übliche und von der Allgemeinheit gebilligte Verhalten zu gelten hätte. Zu den allgemein als sozial üblich anerkannten Verhaltensweisen gehört das Ausschenken und der Genuß alkoholischer Getränke in Gastwirtschaften. Er führt nicht selten zu körperlichen und geistigen Beeinträchtigungen bis zur Grenze der rechtlichen Verantwortlichkeit und über diese hinaus. Wäre der Gastwirt, dessen Gewerbe im Ausschenken geistiger Getränke besteht, für die Folgen, zu denen übermäßiger Alkoholgenuß seiner Gäste führen kann, allgemein strafrechtlich verantwortlich zu machen, so würde er in den meisten der Fälle auf dem Wege über die strafrechtliche Garantenpflicht gleichsam zum Vormund oder Hüter seiner Gäste bestellt. Mit Recht untersagt § 16 I Nr. 3 [a. F.; vgl. jetzt § 20 Ziff. 2] GaststG dem Gastwirt die Abgabe geistiger Getränke aber nur an Betrunkene, worunter freilich nicht nur sinnlose Trunkenheit zu verstehen ist, sondern schon jeder Zustand, welcher durch bedeutendere körperlich-geistige Ausfallerscheinungen äußerlich auffällt [Nachw.]. Wann dieser Zustand vorliegt, muß Tatfrage bleiben.
3 Ebenso ist gegenüber dem genehmigten Gewerbebetrieb des Gastwirts auch die Grenze strafrechtlicher Mitverantwortung (Nebentäterschaft) zu ziehen. Solange der Gastwirt verständigerweise annehmen darf, der Gast sei noch fähig, selbstverantwortlich zu handeln, braucht er sich in dessen Tun oder Lassen in aller Regel nicht einzumischen; jedenfalls kann ihm keine derartige strafrechtlich **[155]** erhebliche Pflicht auferlegt werden. Soweit aus dem Ausschenken von Alkohol an Gäste, auch an Kraftwagenführer, die ihr Fahrzeug bei sich haben, Gefahren erwachsen, nimmt sie die Gesellschaft, was die Rechtspflichten des Gastwirts angeht, in erträglichen Grenzen in Kauf. Eine Rechtspflicht des Gastwirts zum Eingreifen kann, solange ein Gast noch, sei es auch eingeschränkt, rechtlich verantwortlich ist, weder im Sinne des Gastes liegen, noch im Interesse der Allgemeinheit noch würde sie allen Interessen des Gastwirts gerecht, die er als Gewerbetreibender erlaubterweise berücksichtigen darf. Innerhalb dieses Rahmens braucht sich der Gastwirt daher rechtlich auch nicht darum zu kümmern, auf welche Weise der Gast heimzukehren gedenkt. Derartige enge Aufsichtspflichten würden, nähme man sie wörtlich, zahlreiche weitere Rechtsfragen aufwerfen ...

4 Hiernach entfällt eine Haftung des Gastwirts dafür, daß Gäste, denen er Alkohol ausge-

E schenkt hat, einen Unfall verursachen, nicht schlechthin. Die Grenze liegt da, wo die Trunkenheit des Gastes offensichtlich einen solchen Grad erreicht hat, daß er nicht mehr verantwortlich handeln kann. Dies trifft allerdings nicht erst dann zu, wenn der Gast sinnlos betrunken ist, sondern schon, wenn er zurechnungsunfähig geworden, also der sichere Bereich des § 51 II [a. F.; § 21] StGB überschritten ist. Der Wirt muß dies jedoch anhand äußerer Anzeichen feststellen können. In diesem Fall muß er alle ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um das Wegfahren des Gastes **[156]** am Steuer eines Fahrzeugs zu verhindern, notfalls durch Herbeirufen der Polizei (BGH VRS 6, 447). Liegen im Einzelfall ganz besondere Umstände vor, z. B. der erkennbare schlechte Gesundheitszustand oder die ersichtlich vorhandene besondere Empfindlichkeit eines Gastes gegenüber den Wirkungen des Alkohols, die dem Gastwirt die Befürchtung aufdrängen müssen, ein trotz erheblichen Alkoholgenusses an sich rechtlich noch verantwortlicher Gast werde sich einer strafrechtlichen Verfehlung schuldig machen, die mit auf die Alkoholbeeinflussung zurückzuführen wäre, mag eine andere Beurteilung ausnahmsweise geboten sein. Wann im einzelnen solche ganz besonderen Umstände vorliegen können, ist Tatfrage und hier nicht zu entscheiden." [Im Ergebnis war daher die Verurteilung aufzuheben.]

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Die Entscheidung berührt im wesentlichen zwei Fragenkreise, die zwar miteinander zusammenhängen, jedoch im Interesse größerer Problemtransparenz auseinanderzuhalten sind: zunächst einmal die allgemeinen Ingerenz-Voraussetzungen (II), sodann speziell die Frage der Haftung für Drittverhalten (III); dies führt schließlich weiter zu der Frage, ob bei Haftung für Drittverhalten der Ingerent als Täter oder nur als Gehilfe zu bestrafen ist (IV). Zu allererst jedoch ein Hinweis auf einen Punkt, den der BGH als unproblematisch völlig übergangen hat, der jedoch bei praktischen Arbeiten der vorliegenden Art zumindest mitbedacht werden sollte:

1 **I. Abgrenzung von Tun und Unterlassen.**

Dies war hier deshalb problematisch, weil A nicht völlig untätig war, sondern durch Ausschenken des Alkohols immerhin auch aktiv gehandelt hat. *Frage:* Warum reichte nicht schon dieses *positive* Tun, in dem doch sicherlich eine condicio für den späteren Unfall gesehen werden kann, für eine Verurteilung wegen fahrlässiger Körperverletzung aus? Jedenfalls wegen mangelnden Verschuldens; denn zur Annahme von Fahrlässigkeit hätte bereits bei Ausschenken des Alkohols für A die spätere Verletzung der Beifahrer voraussehbar sein müssen – eine Annahme, die selbst unter Zugrundelegung der weitgehenden Vorhersehbarkeitsmaßstäbe der Rspr. (vgl. *Bluter-Fall* Nr. 23 A 7 ff.) schwerlich begründbar wäre.

2 Deshalb wäre schon wegen der mangelnden Zurechenbarkeit des positiven Tuns nach der Abgrenzungsformel der neueren Lehre (vgl. *Streupflicht-Fall* Nr. 25 A 15) auf das Unterlassen der Erfolgsverhinderung abzustellen. Auch nach dem „Schwerpunkt"-Kriterium der h. M. (Nr. 25 A 12) käme man zum gleichen Ergebnis, da der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit weniger im Ausschenken von Alkohol als in dem ungehinderten Wegfahrenlassen betrunkener Gäste gesehen werden kann.

– Immerhin kann aber dem Ausschenken des Alkohols als *gefahrbegründendes Vorverhalten* Bedeutung zukommen. Vorliegend stand daher in Frage, welche Voraussetzungen für eine solche „Ingerenz" gegeben sein müssen:

3 **II. Garantenstellung aus „Ingerenz": allgemeine Voraussetzungen.**

1. Trotz immer wieder aufkommender Bedenken, ob und inwieweit Garantenhaftung aus Ingerenz den Bestimmtheitserfordernissen des nullum crimen sine lege-Prinzips gerecht werde bzw. ob nicht die Ingerenzhaftung durch Ausweichen auf andere Garantenstellungen überhaupt verzichtbar sei (vgl. aus neuerer Zeit etwa *Schünemann* GA 1974, 231 ff. m. w. N.), hält die h. M. im Grundsatz zu Recht an dieser Garantenstellung fest. Dabei besteht hinsichtlich der Voraussetzungen Einigkeit insofern, als *nicht* schon *Vorverhalten als solches* eine Garantenstellung begründen kann, sondern daß durch das Vorverhalten ein Zustand geschaffen worden sein muß, der bei Untätigbleiben zu einem Schaden (oder zumindest zur Vergrößerung eines bereits eingetretenen Schadens) führen könnte: **„Gefahrschaffungs-Kriterium"** (vgl. *Rudolphi* SK § 13 Rdnr. 38, *S/S-Stree* § 13 Rdnr. 42). Auch der BGH hat dieses Erfordernis – wenn auch nur knapp – bei E 1 angedeutet. Welche große praktische Bedeutung ihm im Straßenverkehr zukommt, hat sich etwa im *Friseurfahrt-Fall* **OLG Frankfurt JZ 1973, 604** gezeigt:

Gefälligkeitshalber fuhr die A das 9-jährige Nachbarskind B zu einem Friseurgeschäft, in dem B von ihrer Großmutter erwartet wurde A ließ die B auf der dem Friseurgeschäft

A gegenüberliegenden Straßenseite aussteigen und fuhr gleich wieder davon. Bei dem Versuch, die Fahrbahn zu überqueren, lief die B in einen entgegenkommenden PKW, den sie nicht beachtet hatte; sie trug schwere Verletzungen davon. Die Verurteilung der A wegen fahrlässiger Körperverletzung wurde vom AG u. a. damit begründet, daß die A entweder so hätte anhalten müssen, daß das Kind auf dem Bürgersteig vor dem Friseurgeschäft hätte aussteigen können, oder aber daß sie das Kind über die Straße hätte geleiten müssen. Hiergegen wendet das OLG ein:

„Für die Annahme einer Garantenstellung aus vorangegangenem gefährdenden Tun reicht es nicht, daß die A überhaupt das Kind in den gefährlichen Straßenverkehr hat gehen lassen. Die allgemein abstrakte Gefährlichkeit des Straßenverkehrs beruht nicht auf einer Handlung der A. Die Abwendung dieser generellen Gefährdung kann von ihr daher auch nicht verlangt werden. Eine Garantenstellung aus vorangegangenem gefährdenden Tun hatte die A nur insoweit, als die wirklich eingetretene Gefahr auf ihrem Verhalten beruhte (BGHSt 2, 20/1, 19, 152/5 f. [oben E 3]). Das bedeutet für den vorliegenden Fall, daß eine Garantenstellung lediglich dann anzunehmen ist, wenn die allgemeinen Gefahren aus Vorgängen im Straßenverkehr durch Handlungen der A zu einer konkreten Gefährdung für das Kind erhöht wurden. Dafür reicht es nicht aus, daß die A das Kind auf der dem Friseursalon gegenüberliegenden Seite hat aussteigen lassen". Daher wurde das Urteil zwecks weiterer Feststellungen zum Gefährdungserfordernis aufgehoben.

3a – Zu einer Ingerenzbegründung aus vorangegangenem *Unterlassen*, dem allerdings keine große praktische Bedeutung zukommt, vgl. *Rudolphi* SK § 13 Rdnr. 45 sowie *Terrier-Fall* Nr. 28 E 2, A 2.

4 **2.** Unstreitig ist ferner, daß das vorangegangene Tun jedenfalls **nicht schuldhaft** gewesen zu sein braucht (vgl. *S/S-Stree* § 13 Rdnr. 38): So auch hier E 1.

3. Über die **weitere Qualität** des Vorverhaltens jedoch herrscht noch weithin Streit. Im wesentlichen werden folgende Standpunkte vertreten:

5 a) Ein Teil der Lehre läßt mit der früheren Rspr schon die Schaffung **jedweder (nahen oder adäquaten) Gefahr** ausreichen (vgl. OLG Bremen im *Terrier-Fall* Nr. 28 E 1, A 2, 4, BGH im *Taschenmesser-Fall* Nr. 30 E 7, A 2, *Baumann* § 18 II 3c, *M-Gössel* I/2 § 46 II C5, *Welp* S. 209 ff.): Danach kommt es nach einer rein *empirischen* Wahrscheinlichkeitsbetrachtung darauf an, daß im Sinne des zuvor erörterten „Gefahrschaffungskriteriums" (A 3) das betroffene Schutzobjekt einem gesteigerten Risiko ausgesetzt wurde.

6 b) Demgegenüber zieht die inzwischen wohl h. L. durch Einbau eines *normativen Filters* die Grenzen enger, indem sie ein **objektiv pflichtwidriges Vorverhalten** verlangt (*Blei, Rudolphi, Schmidhäuser, Wessels, Jescheck* § 59 IV 4a, *S/S-Stree* § 13 Rdnr. 34 f.).

7 In die gleiche Richtung geht vorliegend der BGH, wenn er in Abkehr von der bei A 6 genannten Rspr auf die *„Sozialadäquanz"* des Vorverhaltens abstellt (E 2). Danach begründet ein sozial übliches und von der Allgemeinheit gebilligtes Verhalten trotz Gefahrschaffung i. d. R. keine Garantenstellung (zum Begriff der Sozialadäquanz vgl. *Leinenfänger-Fall* Nr. 24 A 3 m. N.). Dabei will der BGH die Grenze der Sozialüblichkeit bei Ausschenken von Alkohol sogar erst dort ziehen, wo die fehlende Eigenverantwortlichkeit des Gastes erkennbar zu werden beginnt. Dies wurde neuerdings im *Gastgeber-Fall* **BGHSt 26, 35** bestätigt (übrigens ausdrücklich auch für Fälle *privater* Einladungen):

[38] „Die Grenze liegt da, wo die Trunkenheit des Gastes offensichtlich, d. h. für den Gastwirt deutlich erkennbar, einen solchen Grad erreicht hat, daß er nicht mehr Herr seiner Entschlüsse ist und nicht mehr eigenverantwortlich handeln kann (Nachw.). In einem solchem Fall ist von einer Garantenstellung des Gastwirts auszugehen. Dem liegt der Gedanke zu Grunde, daß das Verabreichen berauschender Getränke von dem Punkt an nicht mehr sozial üblich ist und von der Allgemeinheit gebilligt wird, an dem es zu solcher Trunkenheit führt, daß der Betrunkene sich selbst und andere, z. B. andere Verkehrsteilnehmer, gefährdet. Dann ist der Gastwirt rechtlich verpflichtet, die von dem Betrunkenen ausgehende Gefahr für diesen selbst und für Dritte nach Kräften abzuwenden ... Darauf, ob der A die nunmehr erkennbare und von ihm auch erkannte, durch die Volltrunkenheit herbeigeführte Unzurechnungsfähigkeit H's schuldhaft oder ohne Verschulden mitverursacht hat, kommt es nicht an". (Vgl. oben A 5.)

– Freilich bleibt zu fragen, ob sich der BGH zu diesem Standpunkt nicht bereits in Widerspruch setzt, wenn er im *Gastgeber-Fall* eine Ingerenzhaftung aus dem Ausschenken herleitet, obgleich der Wirt *nach* der kritischen Sozialüblichkeitsgrenze ge-

A rade keinen weiteren Alkohol mehr ausgegeben hat. Daher läßt sich die Ingerenzhaftung des A allenfalls mit der Zusatzerwägung des BGH begründen, daß der A den bereits als betrunken erkannten H auf den Gehweg der stark befahrenen Straße hinausführte, auf die der H alsbald stürzte und tödlich überfahren wurde (vgl. aaO S. 38f.).

8 – Zudem: *Welche Umstände* wären in die Beurteilung der *Sozialadäquanz* mit einzubeziehen: Könnte etwa bei Berücksichtigung der *konkreten* Umstände (Ausschank zu später Stunde, bereits starke Alkoholisierung der Gäste) wirklich noch von „allgemeiner Billigung" des Ausschenkens die Rede sein? (Krit. dazu *Geilen* JZ 1965, 469f.). Müßte aber nicht anderseits die Beurteilung zu streng geraten, wenn man *ohne* Rücksicht auf die sonstigen Begleitumstände allein auf die erkennbare trunkenheitsbedingte Zurechnungsfähigkeit abstellen würde? Vgl. dazu *Herzberg,* Unterlassung S. 314f.

Wohl nicht zuletzt um derartige Wertungsunsicherheiten abzubauen, hat der BGH inzwischen im *Unfallopfer-Fall* BGHSt 25, 218 (zust. Anm. *Rudolphi* JR 1974, 160) ausdrücklich klargestellt, daß die *„Sozialadäquanz"* praktisch mit dem Kriterium der *„Pflichtgemäßheit"* des Vorverhaltens *identisch* sei: Daher treffe den Kraftfahrer keine Garantenpflicht gegenüber dem Unfallopfer, wenn er sich in jeder Hinsicht rechtmäßig und verkehrsgerecht verhalten hat.

9 c) Diese Entwicklung ist – wenn auch mit gewissen Ergänzungen bzw. Einschränkungen – zu billigen. Dem Einwand *Stratenwerths* (Rdnr. 1010), daß auch das Kriterium der „Pflichtwidrigkeit" der Vorhandlung nichts zu leisten vermöge, ist die jüngere BGH-Rspr entgegenzuhalten, die zumindest in den Ergebnissen mit Hilfe dieses Filters zu einer durchaus sinnvollen Eingrenzung der sonst ausufernden Ingerenz-Haftung geführt hat. Allerdings kann dafür nicht schon jedwede Pflichtverletzung genügen, da man sonst zu einer Art „versari in re illicita" kommen würde. Erforderlich ist vielmehr die Mißachtung solcher Pflichten, die gerade den *Schutz des betroffenen Rechtsguts bezwecken.* In diesem Sinne – ähnlich dem **„Schutzrichtungs-Kriterium"** bei Fahrlässigkeit (vgl. *Rouxhaken-Fall* Nr. 22 A 8) – zu Recht *Rudolphi* SK § 13 Rdnr. 20 *S/S-Stree* § 13 Rdnr. 14. – Dies wäre bei den sich aus dem GaststättenG ergebenden Schutzpflichten sowohl zugunsten des Gastes wie auch der Allgemeinheit anzunehmen, während in BGHSt 17, 321/3 die Pflicht zur Abwendung des Meineids zu Unrecht auf ein ehebrecherisches Verhältnis (weil eine „meineidsfremde" Pflichtwidrigkeit) gestützt wurde. – Vgl. zum Ganzen auch *Otto* NJW 1974, 528, der trotz anderen Ausgangspunktes wohl zu ähnlichen Ergebnissen kommt, wenn er als Ingerenten haften läßt, „wer den jedermann rechtlich eingeräumten Handlungsspielraum dadurch erweitert, daß er Gefahren für Rechtsgüter anderer begründet, die sich in deren Verletzung unmittelbar realisieren" (S. 534). Doch ob damit eine klare Haftungsbegrenzung zu erreichen ist, steht dahin.

10 **4.** Lassen sich aus den zuvor erörterten Grundsätzen auch für **gerechtfertigtes** Vorverhalten irgendwelche Konsequenzen ziehen? Hat etwa bei Notwehr der Verteidiger die garantiebegründende Pflicht, den durch die Abwehr verletzten Angreifer ärztlich versorgen zu lassen? Auch diese Frage ist umstritten:

a) Läßt man für Ingerenz bereits *gefahrbegründendes* Vorverhalten ausreichen (A 5), so ist dessen Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit unerheblich: so konsequent *Baumann, M-Gössel* (je aaO A 5) sowie *Welp* JZ 1971, 433 (m. abl. Anm. zu BGHSt 23, 327).

b) Stellt man dagegen auf das Pflichtwidrigkeitskriterium ab (A 7) so scheint es nahezuliegen, bei gerechtfertigtem Vorverhalten eine Ingerenzhaftung zu verneinen: so die h. L. (vgl. *Jescheck* § 59 IV 4a, *S/S-Stree* § 13 Rdnr. 37 m. w. N. und namentlich auch BGHSt 23, 327).

11 c) Aber: Ist dieses einseitige Entweder-Oder wirklich richtig? Stattdessen wäre mit *Herzberg* JuS 1971, 74 *differenzierend* eine Erfolgsabwendungspflicht jedenfalls insoweit anzunehmen, als die Nichtversorgung des verletzten Angreifers zu Folgen führen würde, die auch durch positive Verteidigung schon nicht mehr gedeckt gewesen wären (im Ergebnis ähnlich *Otto* NJW 1974, 534). Vgl. ferner *S/S-Stree* § 13 Rdnr. 36, wo ausnahmsweise eine Garantenpflicht solange verneint wird, als der Täter gerechtfertigterweise einen Zustand herbeiführen durfte, der ein *Dauerdelikt* darstellt: Danach ist bei Einsperren des Opfers der Täter zur Aufhebung dieses Zustandes verpflichtet, sobald die Voraussetzungen der Rechtfertigung entfallen. Vgl. zum Ganzen auch *Bringewat* MDR 1971, 716.

12 **III. Ingerenzhaftung für Fehlverhalten Anderer.**

Sofern die vorgenannten Ingerenz-Voraussetzungen (Gefahrschaffungs- und Pflichtwidrigkeitskriterium) gegeben sind, ist damit der Ingerent auch schon für jedes *Fremd-*

A *verhalten* verantwortlich? Diese Frage stellt sich überall dort, wo die durch pflichtwidriges Vorverhalten eröffnete Gefahrenquelle nicht schon aus sich selbst heraus (z. B. infolge Verletzung durch die Scherben einer umgeworfenen Flasche), sondern – wie im vorliegenden Fall – erst infolge des Verhaltens anderer (Trunkenheitsfahrt der Gäste) zu einer *Selbstschädigung* oder auch zu einer *Verletzung Dritter* führt. Auch in dieser Frage sind die Meinungen geteilt:

13 1. Die frühere Rspr. neigte zu einer vollen **(Mit-)Verantwortlichkeit des Ingerenten.** In diesem Sinne etwa **BGHSt 4, 20** im *Gastwirtin-Fall:*

„Wer die Gefahr für die Begehung einer Straftat schafft, ist verpflichtet, den aus dieser Lage drohenden Erfolg abzuwenden". – Im gleichen Sinne auch noch BGHSt 11, 353/5 im *Taschenmesser-Fall* (Nr. 30 E 5).

13a 2. Demgegenüber vertritt ein Teil der Lehre eine Art **„Regreßverbot"** in dem Sinne, daß auf ein Vorverhalten dann nicht mehr zurückgegriffen werden dürfe, wenn der Endschaden durch *verantwortliches* Handeln eines *Dritten* herbeigeführt wird (so namentlich *Welzel* § 28 A I 4a ϑ; vgl. auch *Welp* S. 274ff.).

13b – In diesem Sinne will vorliegend offenbar auch der BGH verstanden sein, wenn er grundsätzlich von der Alleinverantwortlichkeit des Gastes ausgeht (E 3) und die Gastwirthaftung auf jene Fälle beschränkt, in denen der Gast erkennbar nicht mehr verantwortlich handeln kann (E 4), wobei freilich eine gewisse innere Widersprüchlichkeit darin liegt, daß der BGH überhaupt erst in diesem Stadium ein sozial-inadäquates Vorverhalten annehmen will (vgl. *Geilen* JZ 1965, 469f.).

14 3. Immerhin scheint aber damit (A 13b) der BGH in die Nähe einer vordrängenden Auffassung gerückt, die selbst bei volldeliktischem Handeln des Zweittäters einen **Rückgriff** auf das Vorverhalten des Ersttäters jedenfalls dann nicht ausschließt, wenn dieser pflichtwidrig die **Zweittat** (bzw. die Selbstschädigung des Opfers) **ermöglicht, gefördert** oder auf sonstige Weise **begünstigt** hat (so namentlich *Rudolphi* SK § 13 Rdnr. 42ff., *S/S-Stree* § 13 Rdnr. 39, je m. w. N.): War die Vorhandlung pflichtwidrig (z. B. Aushändigung eines Messers angesichts einer bevorstehenden Schlägerei), so hat der Ingerent somit nicht nur das Delikt des anderen zu verhindern, sondern auch daraus entstehende weitere Schäden abzuwenden.

15 4. Indes: Gewiß bleibt die vorgenannnte Lehre insofern in sich konsequent, als sie bei Pflichtwidrigkeit der Gefahrschaffung – und zwar wie auch sonst ohne Rücksicht auf die Art dieser Gefahr – eine Erfolgsabwendungspflicht annimmt; jedoch kann nicht recht befriedigen, daß damit selbst bei schuldlos pflichtwidrigem Verhalten (vgl. A 4) die Haftung für eigenverantwortliches Handeln anderer sehr weit gezogen wird. Könnte dem die Spitze dadurch genommen werden, daß man zwar bei *„provozierender"*, nicht dagegen bei bloß *„veranlassender"* Ingerenz eine Garantenhaftung für Drittverhalten annimmt? Dieser **Differenzierungs**-Vorschlag von *Geilen* (JZ 1965, 473ff.) ist zumindest bedenkenswert. Auf Bewirtungsfälle übertragen würde das bedeuten, daß der Gastgeber nur dann für Selbst- oder Fremdschädigungen seiner Gäste (mit-)verantwortlich wäre, wenn er diese zum (Weiter-)Trinken animiert hat, nicht dagegen, wenn er nur widerstrebend noch eine Flasche „herausgerückt" hat.

Frage: Gesetzt den Fall, daß nach einer der vorgenannten Auffassungen der Gastwirt als Ingerent für das Fehlverhalten eines Gastes mitverantwortlich gemacht werden kann, ist er dann als (Mit-)Täter oder nur als Gehilfe zu behandeln? Damit kommt ein weiteres allgemeines Grenzproblem ins Spiel:

16 **IV. Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassen.**

Im vorliegenden Fall brauchte der BGH zu dieser Frage nicht Stellung zu nehmen. Relevant wurde sie dagegen im *Tänzerin-Fall* **BGH NJW 1966, 1763:**

Dort hatte die Inhaberin einer Gastwirtschaft tatenlos zugesehen, wie einige ihrer Stammgäste einer jungen Tänzerin, die einem von ihnen einen Tanz verweigerte, gewaltsam das Haupthaar und einen Teil der Schamhaare abschnitten. Aufgrund ihrer Garantenpflicht aus Sachherrschaft (vgl. *Terrier-Fall* Nr. 28 A 5ff.) oblag ihr die Pflicht, in den Räumen, über die sie die Verfügungsgewalt hatte, für Ordnung zu sorgen, insbesondere ihre Gäste vor Nötigung und Beleidigung zu schützen.

Wurde sie nun durch Vernachlässigung dieser Pflicht zur *Mittäterin* der Straftaten ihrer Gäste? Das hängt von dem entscheidenden Grenzkriterium ab. Dazu werden heute im wesentlichen folgende *Lösungswege* vorgeschlagen:

17 1. Der BGH versucht im *Tänzerin-Fall* die Abgrenzung nach den **gleichen Kriterien** vorzunehmen wie bei Tatbeteiligung durch **positives Tun:**

A **[1763]** Danach „können mehrere Personen denselben strafrechtlichen Erfolg gemeinsam auf verschiedene Weise verursachen, sowohl durch verbotenes Handeln wie durch pflichtwidriges Unterlassen, und je nach ihrer inneren Haltung zur Tat und zum Taterfolg (Willensrichtung, Tatherrschaft, Interesse am Taterfolg, Umfang der eigenen Tatbestandsverwirklichung) als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen (BGHSt 2, 150/1; 4, 20/1)". Für den Tänzerin-Fall wird daraus gefolgert: Die Gastwirtin „billigte das Treiben der 4 männlichen Täter und identifizierte sich mit ihnen, wie sie durch ihre Belustigung über deren Handlungsweise zu erkennen gab Das rechtfertigt die Annahme der Mittäterschaft"

Diese Auffassung, an der der BGH offenbar auch weiterhin festzuhalten gedenkt (vgl. *Übernachtungsgast-Fall* BGHSt 27, 10/12 m. Anm. *Naucke* JR 1977, 291, *Tenckhoff* JuS 1978, 312), beruht praktisch auf der subjektiven **animus-Formel,** wie sie auch für die Abgrenzung bei positivem Tun von der Rspr angewandt wird (näher *Staschynskij-Fall* Nr. 37 A 4ff.). So auch heute noch für die Abgrenzung bei Unterlassen etwa *Baumann* § 36 I 3b α, αα.

18 – Indes: Sind die allgemeinen Teilnahme-Abgrenzungstheorien auf Unterlassen überhaupt ohne weiteres übertragbar? Kann man etwa durch Unterlassen fremdes Handeln überhaupt als „eigenes" wollen? Ist die Billigung bzw. Identifizierung mit der fremden Tat wirklich schon ein Wollen als eigene Tat? Kann durch Nichtstun fremdes Handeln überhaupt „beherrscht" werden? Da dies von der h. L. heute zu Recht verneint wird (vgl. insbes. die Kritik von *Roxin,* Täterschaft S. 462ff.), werden statt dessen andere Lösungen angeboten:

19 2. Teils wird vorgeschlagen, die pflichtwidrige Nichthinderung fremder Straftat grundsätzlich als **Täterschaft** zu behandeln, da mit seiner Handlungsfähigkeit der Garantenpflichtige zugleich auch die finale Tatherrschaft zur Erfolgsabwendung besitze (so namentlich *Welzel* § 28 V; grundlegend Armin *Kaufmann,* Unterlassungsdelikte S. 291ff.; vgl. auch *Grünwald* GA 1959, 116). Übrigens wird aus diesem Grunde auch bei Beteiligung *an* Unterlassungsdelikten (zu unterscheiden von der hier infragestehenden Teilnahme *durch* Unterlassen!) allenfalls Täterschaft für möglich gehalten.

20 Auch *Roxin* (aaO) und *Rudolphi* SK 37ff. vor § 13 nehmen im Grundsatz bei Tatbeteiligung durch Unterlassen Täterschaft an; denn das Nichthindern täterschaftlichen Begehungsunrechts Dritter durch einen Garanten bei Delikten, die auch durch Unterlassen selbständig begehbar sind, begründe stets Unterlassungstäterschaft. Immerhin ist aber damit *Teilnahme* durch Unterlassen nicht generell ausgeschlossen: so zum einen dort nicht, wo das durch den Dritten begangene Delikt durch Unterlassen überhaupt nicht selbständig begehbar ist (wie bei Aussagedelikten, Zueignungsdelikten und sog. eigenhändigen Delikten: dazu Nr. 38 A 27); zum anderen dort, wo der Unterlassende lediglich die Verwirklichung von Beihilfeunrecht nicht hindert (vgl. *Rudolphi* SK 42 vor § 13). Speziell über die Möglichkeit von *Anstiftung* zum Unterlassen vgl. *Meyer* MDR 1975, 286ff.

21 3. Der vorgenannten Auffassung genau entgegengesetzt behandeln andere die Tatbeteiligung durch Unterlassen generell als **Beihilfe,** da derjenige, der eine fremde Tat nicht hindert, in der Regel nur Randfigur des Tatgeschehens sei (so *Gallas, Jescheck* § 64 IV 5, *Lackner* § 27 Anm. 4); so weitgehend auch *Schmidhäuser* 17/12.

22 4. Gegenüber derartigen einseitigen Betrachtungen ist dem **Differenzierungs**-Vorschlag von *Schröder* der Vorzug zu geben, wonach es für die Abgrenzung maßgeblich auf Inhalt und Qualität der zugrundeliegenden Garantenpflicht ankommt. Das führt zu folgenden Konsequenzen:

23 – *Täterschaftliches* Unterlassen ist anzunehmen, wenn der Unterlassende für den Bestand des bedrohten Rechtsgutes einzustehen hat **(Obhutspflicht),** es sei denn, daß das Delikt nur eigenhändig begangen werden kann (dazu Nr. 38 A 27). Deshalb kommt etwa bei Nichthinderung eines Meineides nur Beihilfe in Betracht. Dagegen ist etwa die Mutter, die die Tötung ihres Kindes zuläßt, aufgrund ihrer Schutzpflicht Täterin.

24 – *Gehilfenschaftliches* Unterlassen ist anzunehmen, wenn keine unmittelbare Schutzpflicht gegenüber dem bedrohten Rechtsgut besteht, sondern lediglich die Pflicht zur Verhinderung deliktischer Angriffe **(Überwachungspflicht).**

25 Wie wäre danach der *Tänzerin-Fall* zu entscheiden gewesen? Da es sich bei Sachherrschaft um eine bloße Überwachungspflicht handelt, war die Gastwirtin lediglich Gehilfin ihrer Stammgäste.

26 *Frage:* Wäre Entsprechendes auch für den vorliegenden *Ausschank-Fall* anzunehmen, wenn man eine Garantenpflicht des A im Hinblick auf die durch F verwirklichte

A Verletzung seiner Mitfahrer annehmen würde? Im Prinzip ja. Da jedoch hier sowohl der A wie der F *fahrlässig* gehandelt haben und das deutsche Strafrecht weder fahrlässige Beihilfe (vgl. Nr. 46 A 2ff.) noch Beihilfe *zu* Fahrlässigkeitsdelikten (vgl. Nr. 41 A 9ff.) unter Strafe stellt, wäre das Verhalten des A nach allgemeinen Grundsätzen als Fahrlässigkeit in Form sog. *Nebentäterschaft* zu erfassen (vgl. Nr. 37 A 29). Vgl. zu den Teilnahmeproblemen bei Unterlassen auch *Herzberg* JuS 1975, 171ff.

27 **Schrifttum:** Zur allgemeinen Unterlassungsliteratur vgl. die Angaben zu Nr. 25. Speziell zur **Ingerenz** vgl. auch *Bringewat,* Notwehrer als Garant aus vorangegangenem Tun, MDR 1971, 716; *Herzberg,* Garantenpflichten aufgrund gerechtfertigten Vorverhaltens, JuS 1971, 74ff; *Lampe,* Ingerenz oder dolus subsequens?, ZStW 72 (1960), 93; *Otto,* Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung, NJW 1974, 28; *Pfleiderer,* Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, 1968; *Schünemann,* Zur Kritik der Ingerenz – Garantenstellung, GA 1974, 231; *Welp,* Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968.

Zur **Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme** beim Unterlassungsdelikt vgl. ferner *Meyer,* Anstiftung zum Unterlassen?, MDR 1975, 286; *Grünwald,* Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, 110; *Herzberg,* Täterschaft und Teilnahme, 1977, § 6; *Kielwein,* Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, 225; *Stree,* Teilnahme am Unterlassungsdelikt, GA 1963, 1ff.

Speziell zum *Ausschank-Fall* vgl. *Geilen,* Zur Mitverantwortung des Gastwirts bei Trunkenheit am Steuer JZ 1965, 469.

Konkurrenz mehrerer Garantenpflichten: Ingerenz – Sachherrschaft – Aufsichtspflicht

OLG Bremen NJW 1957, 72: Terrier-Fall

Ss 24/55 v. 18. 4. 1956

SV **Sachverhalt:** Der Frau des A wurde 1950 ein Airedale-Terrier geschenkt, mit dessen Aufnahme in sein Haus er jedoch nur widerstrebend seinen Kindern zuliebe einverstanden war. Nachdem der Hund 1952 insgesamt 7 Personen angefallen hatte, ordnete der A an, daß jener nicht mehr unbeaufsichtigt ins Freie gelassen werden dürfe und beim Ausführen einen Maulkorb zu tragen habe oder an der Leine zu führen sei. Da der Hund aber trotzdem immer wieder den Weg ins Freie fand, bat der A seine Frau, das Tier abzuschaffen oder außerhalb des Hauses in Pflege zu geben. Dem widersetzte sich jedoch die F. 1955 biß der Hund dann erneut einen vorbeiradelnden Schüler und eine Besucherin im Nachbarhaus.

P **Zur Problemstellung:** Von den Instanzgerichten wurde der A wegen fahrlässiger Körperverletzung (§ 230) verurteilt. Wie läßt sich das begründen?

– Da er in keiner Weise aktiv dazu beigetragen hatte, daß der Hund andere Menschen anfiel, könnte er allenfalls wegen pflichtwidrigen Unterlassens strafbar sein. Worauf könnte hier eine Garantenpflicht begründet werden?

– Falls eine Garantenpflicht zu bejahen ist, welche Maßnahmen zur Abwendung der Schäden waren ihm als Hundehalter hier tatsächlich möglich und rechtlich zumutbar?

Das OLG meint dazu:

E 1 **Aus den Gründen: [73]** „1. a) Das LG hat eine Abwehrpflicht (zu Recht) aus dem vorhergehenden Tun des A abgeleitet ... Wer schuldhaft oder schuldlos die Gefahr für die Begehung einer Straftat schafft, ist verpflichtet, den aus dieser Lage drohenden Erfolg abzuwenden. Unterläßt er dies, so setzt er weitere Erfolgsursachen, für die er einzustehen hat
2 (BGHSt 4, 20). Nach Ansicht des Vorderrichters hat der A die Gefahr für die Begehung der Straftat dadurch ‚geschaffen', daß er die Aufnahme des Hundes in seinen Haushalt zunächst geduldet hat und später damit einverstanden gewesen ist. Daß er die Gefahrenlage nicht durch ein Tun, sondern durch ein Dulden geschaffen hat, ist unerheblich. Dulden ist kein echtes Unterlassen und steht daher grundsätzlich dem ihm entspr. positi-
3 ven Tun – der selbständigen Aufnahme – gleich [Nachw.]. Wie flüssig die Linie zwischen Tun und Unterlassen sein kann, wird hier besonders deutlich. Während die Ehefrau des A den Hund in den Haushalt aufnahm, der Ehemann also nur duldete, meldete dieser den Hund auf seinen Namen an und zahlte auch die Hundesteuer für ihn. Die Annahme einer besonderen Rechtspflicht infolge der geduldeten Aufnahme des Hundes in den Haushalt des A ist daher rechtsirrtumsfrei.

4 b) Darüber hinaus war der A auch auf Grund seiner Stellung als Haushaltungsvorstand verpflichtet, besondere Maßnahmen zu treffen. Die Lehre und die überwiegende Rspr sind zwar der Ansicht, daß der Ehemann seit dem 1. 4. 1953 nicht mehr alleiniger Haushaltsvorstand ist, vielmehr beide Ehegatten als Vorstand des Haushalts anzusehen sind
5 und beide gemeinsam das Hausrecht ausüben. Die durch diese Teilung herbeigeführte Einschränkung des Rechts des Ehemannes dahin, daß gleiches Recht nunmehr auch seiner Ehefrau zustehe, bedeutet keine Einschränkung seiner Verpflichtungen. Wenn der A die Aufnahme des Hundes in die gemeinsame Wohnung zunächst duldete, dann ausdrücklich billigte, so erwuchs ihm genau so wie seiner Ehefrau aus seiner Stellung als Haushaltungsvorstand die besondere Rechtspflicht, Schäden und Verletzungen anderer durch den Hund zu verhüten. Insoweit müssen dieselben Rechtsgrundsätze gelten, die für die Strafbarkeit von Ehegatten, Eltern, Vormündern, Geistlichen und Lehrern entwikkelt sind, die entgegen ihren ihnen obliegenden Pflichten Straftaten innerhalb ihres Lebenskreises dulden oder geschehen lassen.

6 c) Schließlich ergibt sich eine Abwehrpflicht des A auch aus dem Gesichtspunkt der ehelichen Gemeinschaft. Die sich aus der Ehe für den A ergebende Beistandspflicht und die ebenfalls aus der ehelichen Lebensgemeinschaft folgende Pflicht, den anderen Ehepartner von der Begehung einer strafbaren Handlung abzuhalten, und die Verletzung dieser Pflicht stellt dann ein Mitwirken bei der Straftat des anderen dar, wenn diese Handlungen im besonderen Herrschaftsbereich der Ehegatten stattfinden (RGSt 74, 283;
7 BGHSt 6, 322). Dieser Rechtssatz wird daher grundsätzlich für alle Fälle innerhalb der ehelichen Wohnung gelten. Es scheint jedoch nicht überspannt, wenn man den Herrschaftsbereich noch auf die Straße unmittelbar vor der ehelichen Wohnung ausdehnt.

8 Gefährdete der Hund Straßenpassanten, so hatte demgemäß der A sowohl aus vorangegangenem Tun wie auch aus seiner Stellung als Haushaltsvorstand und Ehemann die

E Maßnahmen zu treffen, die eine Gefährdung der Straßenpassanten ausschlossen. Reichten sie nicht aus, so mußte er spätestens mit ihrem Erkennen weitere Sicherheitsvorkehrungen treffen. Er erfüllte seine ihm obliegende spezielle Rechtspflicht nur dann, wenn er alle geeigneten Vorkehrungen traf, um die Passanten vor Schäden zu bewahren. Ob der A dieser Verpflichtung nach den Feststellungen des angef. Urt. nachgekommen ist, wird gleich im Zusammenhang mit der Frage der Zumutbarkeit erörtert werden.

9 2. Zur Bestrafung des A ist weiterhin erforderlich, daß für ihn neben der festgestellten Rechtspflicht zum Einschreiten auch die tatsächliche Möglichkeit gegeben war, durch geeignete Maßnahmen weiteren strafbaren Handlungen Einhalt zu gebieten, und ihm die hierfür geeigneten Maßnahmen nach Lage der Dinge tatsächlich zuzumuten waren (vgl.
10 BGHSt 4, 23; 6, 57). Das kann nach den Feststellungen des Vorderrichters nicht ohne weiteres bejaht werden. (Danach) ist der A nicht gänzlich untätig geblieben. So hat er nach Bekanntwerden der ersten Zwischenfälle angeordnet, daß der Hund nicht mehr unbeaufsichtigt ins Freie gelassen werden dürfe und daß er beim Ausführen einen Maulkorb tragen und an der Leine geführt werden müsse ... Da mehrere Türen ins Freie führten, der Hund sie manchmal selbst öffnen konnte und seine gleichfalls berufstätige Frau oft außer Haus war, hat er seine Frau gebeten, den Hund abzuschaffen oder außerhalb des Hauses in Pflege zu geben. Dem hat sich seine Frau jedoch widersetzt. Daß der A
11 den Hund nicht gleichwohl fortgab, gereicht ihm nicht zum Vorwurf. Denn von ihm konnte nur ein solches Verhalten erwartet werden, dessen Durchführung ihm ... tatsächlich und rechtlich möglich und zumutbar war. Zu einer Fortgabe des nicht ihm gehörenden Hundes gegen den ausdrücklichen Willen seiner Frau als Eigentümerin des Tieres
12 war der A aber schon aus rechtlichen Gründen nicht in der Lage. Daß er das nicht zu billigende Verhalten seiner Frau der Polizei meldete, war ihm nicht zuzumuten (RGSt 77, 126) ... Das LG erblickte jedoch die Pflichtverletzung darin, daß der A nicht schon 1953 den Zwinger baute, zu dessen Errichtung er sich jetzt nach Einleitung des Strafverfahrens bereit fand. Die Urteilsgründe besagen indessen nichts darüber, ob die Ehefrau schon vor der Einleitung des Strafverfahrens auch bereit war, den Hund in einen Zwinger sperren zu lassen."

[Wegen mangelnder Aufklärung der für die Zumutbarkeitsfrage entscheidenden Faktoren wurde daher das Urteil aufgehoben und zu erneuter Verhandlung zurückverwiesen.]

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Die Besonderheit dieses Falles ist im Vorliegen *verschiedener Garantietatbestände* zu erblicken (I–IV). Bemerkenswert sind jedoch auch die Ausführungen zur *Möglichkeit* und *Zumutbarkeit* der Erfolgsabwendung (V).

1 **I. Garantenstellung aus Ingerenz.**

Eine Besonderheit dieses Falles liegt darin, daß *verschiedene Arten von Garantenstellungen* zur Begründung einer Erfolgsabwendungspflicht in Betracht kamen. Das LG hatte offenbar nur an Haftung aus *„vorangegangenem Tun"* gedacht (vgl. E 1). Was ist dafür nach den im *Ausschank-Fall* Nr. 27 A 3 ff. erörterten Grundsätzen erforderlich?

2 1. Das OLG will sich offenbar allein mit dem **„Gefahrschaffungs-Kriterium"** (E 1) begnügen, wobei das gefahrbegründende *Vorverhalten* in einem Dulden erblickt wird (E 2). Da aber auch dieses selbst nur ein *Unterlassen* darstellt, müßte es dann nicht konsequenterweise seinerseits bereits auf eine Pflichtwidrigkeit zurückzuführen sein? So zu Recht die heute h. M. (vgl. *Rudolphi* SK § 13 Rdnr. 45). Eine solche Pflichtwidrigkeit des Duldens könnte hier etwa damit begründet werden, daß A als Haushaltsvorstand für Gefahrfreiheit seines Herrschaftsbereichs zu sorgen hatte, kurz: durch Herleitung der Pflichtwidrigkeit des Duldens aus einer anderen (nachfolgend zu betrachtenden) Garantenstellung.

3 – Indes hätte man das *Vorverhalten* statt in bloßem Dulden auch in *aktivem* Tun erblicken können, nämlich – wie das OLG selbst bei E 3 andeutet – in der Anmeldung und Versorgung des Hundes.

4 2. Gerade dann stellt sich aber die – vom OLG freilich nicht einmal angedeutete – Frage, ob ein gefahrbegründendes Verhalten für sich allein bereits eine Garantenstellung aus Ingerenz zu begründen vermag. Das ist zu verneinen; denn nach heute vorherrschender Auffassung muß über die Schaffung einer Gefahrenquelle hinaus bereits das Vorverhalten als solches **pflichtwidrig** (oder zumindest sozial-inadäquat) gewesen sein (vgl. *Ausschank-Fall* Nr. 27 A 6 ff.). – Wo wäre vorliegend wohl die Grenze des Sozialüblichen überschritten? Spätestens dort, wo der A den Hund bei sich geduldet bzw. weiterhin unterhalten hat, nachdem dieser bereits mehrere Personen angefallen hatte.

5 **II. Garantenstellung aus Sachherrschaft.**

Des weiteren wurde eine Erfolgsabwendungspflicht des A aus seiner Eigenschaft als **Haushaltsvorstand** begründet (E 3). Auch aus dieser Funktion wird eine *Überwa-*

A *chungspflicht* abgeleitet, und zwar gestützt auf den Gedanken der „Sachherrschaft": Daraus ergibt sich die Pflicht zur Kontrolle und Beherrschung von Gefahrenquellen, die innerhalb des eigenen Herrschaftsbereiches liegen. Eine solche Sachhherrschaft kann sowohl räumlich als auch funktionell begründet und begrenzt sein:

6 a) Die **räumliche Sachherrschaft** tritt vor allem bei der Haftung des Gastwirts für Ausschreitungen innerhalb seiner Wirtschaftsräume in den Vordergrund (vgl. *Tänzerin-Fall* Nr. 27 A 16ff.), schwingt jedoch auch bei der Haftung für den räumlich-gegenständlichen Bereich der Ehe mit (vgl. A 10). Zur Sachherrschaftshaftung auf Gehwegen instruktiv *Disco-Fall* OLG Hamm NJW 1974, 2245.

6a Sehr weitgehend der *Übernachtungsgast-Fall* **BGHSt 27, 10** in der Annahme einer Pflicht zur Abwendung von Gefahren, die einem für die Nacht aufgenommenen Rentner durch andere Gäste drohten, indem diese ihn mit (letztlich tödlichen) Fausthieben zu erpressen versuchten und der Gastgeber dies tatenlos geschehen ließ. Zwar fehlte es bei diesem noch am Nachweis einer Bereicherungsabsicht; an seiner objektiven Garantenstellung ließ der BGH jedoch keinen Zweifel. Denn **[12]**: „Der A hatte den R in seiner Wohnung aufgenommen. Damit mußte er den gegen seinen Gast gerichteten Angriff abwehren. Für den Gastwirt hat der BGH das bereits ausgesprochen ... (vgl. BGH NJW 1966, 1763 [oben Nr. 27 A 16]). Eine entsprechende Verpflichtung trifft auch den Wohnungsinhaber [Nachw.]. Dabei kann dahinstehen, ob sich die Verpflichtung des Wohnungsinhabers schon daraus ergibt, daß ihm die Rechtsordnung auf der anderen Seite besondere Abwehrbefugnisse zum Schutz seiner Wohnung einräumt [Nachw.] Es braucht auch nicht entschieden zu werden, ob der Wohnungsinhaber selbst von ungebetenen ‚Besuchern', wie etwa von einem verunglückten Einbrecher oder einem Bettler, Gefahren abzuwenden hat. Denn hier hatte der A den R in seiner Wohnung aufgenommen und ihm deren Schutz zur Verfügung gestellt. Damit hatte er eine Vertrauensgrundlage geschaffen, die es rechtfertigt, ihn als Garanten zu betrachten. Wer sich auf Einladung des Wohnungsinhabers in eine fremde Wohnung begibt, darf sich darauf verlassen, daß ihm dieser – in *seinem* ‚Herrschaftsbereich' – bei schwerwiegenden Gefahren zu Seite steht. Das muß jedenfalls dann gelten, wenn dem Gast die Gefahren gerade durch seinen Aufenthalt in der Wohnung drohen, wenn also etwa – wie hier – die Bedrohung nicht von einem außenstehenden Dritten, sondern von einem anderen Gast ausgeht, den der Wohnungsinhaber selbst mit in die Wohnung gebracht hat. An den Wohnungsinhaber werden damit keine unzumutbaren Anforderungen gestellt. Er ist nicht etwa verpflichtet, seine Gäste gegen schlechthin jede Straftat zu schützen, beispielsweise gegen geringfügige Beleidungen oder kleine Betrügereien beim Kartenspiel. Jedenfalls aber muß er eingreifen, wenn die Grenze zur schweren Kriminalität überschritten wird, etwa in seiner Wohnung eine Frau vergewaltigt oder ein Gast getötet oder schwer verletzt zu werden droht. Dasselbe gilt, wenn der Gast beraubt oder das Opfer einer räuberischen Erpressung werden soll. Ob die Pflicht noch weiter auf den bloßen körperlichen Schutz von Menschen und Sachen zu beschränken ist (so *Bärwinkel*, Zur Struktur der Garantenverhältnisse, S. 145, 149ff.), kann hier dahinstehen. Auch unter diesem Gesichtspunkt hatte der A die Erpressung zu verhindern". – Krit. zu einer derart überzogenen Sachherrschaftshaftung *Jescheck* LK § 13 Rdnr. 44, *Naucke* JR 1977, 290ff., *S/S-Stree* § 13 Rdnr. 54, *Tenckhoff* JuS 1978, 308ff.

7 b) Um eine primär **funktionelle Sachherrschaft** handelt es sich hier beim Haushaltsvorstand wie auch bei den sonstigen bei E 5 genannten Rechtsstellungen. Von großer praktischer Bedeutung ist vor allem die Sachherrschaftshaftung des Kfz-*Halters* für den verkehrssicheren Zustand seines Fahrzeugs bzw. für die Absicherung gegen unerlaubten Gebrauch (vgl. *Limonadenauto-Fall* bei Nr. 23 A 11). Weitere Beispiele zu (räumlicher wie funktioneller) Sachherrschaft bei *S/S-Stree* § 13 Rdnr. 43ff.

8 **III. Garantenstellung aus Aufsichtspflicht.**

Auch diese Haftungsgrundlage wird hier herangezogen, indem das OLG auf die Beistands- und Abhaltungspflicht aus *„ehelicher Gemeinschaft"* verweist (E 6). Bei dieser aus dem Kontrollgedanken hergeleiteten *Überwachungspflicht* hat der Garant dafür zu sorgen, daß die seiner Aufsicht unterstellten Personen keine deliktischen Handlungen begehen.

9 **1.** Besondere Bedeutung haben solche Aufsichtspflichten im Verhältnis der **Eltern** zu ihren Kindern, des **Lehrers** gegenüber seinen Schülern (wenn auch begrenzt auf den Schulbereich) sowie etwa auch des **Vollzugspersonals** gegenüber den Gefangenen (vgl. RGSt 53, 292).

10 – Entsprechende Überwachungspflichten werden selbst im Verhältnis zwischen **Ehegatten** angenommen, wenngleich beschränkt auf den räumlichen Herrschaftsbereich (E 6), wie hier auf die eheliche Wohnung und den dazu gehörigen Straßenbereich (E 7); vgl. etwa auch den *Meineids-Fall* BGHSt 6, 322/4.

A 11 Indes: Selbst wenn solche Aufsichtsgarantien noch gegenüber minderjährigen Kindern berechtigt sein mögen, im Verhältnis zwischen Ehegatten scheinen sie schwerlich noch mit Emanzipationsgrundsätzen vereinbar. Daher insoweit zu Recht *ablehnend die h. L. (vgl. Jescheck* § 59 IV 4c). Auch in der Rspr scheint sich eine Tendenzwende anzubahnen: Während bereits BGHSt 19, 295/7 im *Schraubenhammer-Fall* (bei Nr. 29 A 11) eine solche Rechtspflicht immerhin bezweifelt, wird von OLG Hamm MDR 1970, 162 ausdrücklich abgelehnt, den Ehemann für die Nichthinderung eines Betruges seiner Ehefrau allein aus dem Gesichtspunkt der ehelichen Lebensgemeinschaft haften zu lassen.

12 2. Zudem bleibt ein Weiteres zu bedenken, was für jede Art von Überwachungspflichten von Bedeutung ist: Selbst soweit man solche im Grundsatz anerkennt, ist jeweils noch nach der **spezifischen Schutzrichtung** der Garantenstellung zu fragen. Aus der ehelichen Lebensgemeinschaft (E 6) ergibt sich nach § 1353 BGB im Grunde nur die Pflicht zum Schutz des anderen Ehegatten, also zum *internen* Schutz, nicht aber zur Erhaltung fremder Rechtsgüter (vgl. *Rudolphi* SK § 13 Rdnr. 20, 52; *S/S-Stree* § 13 Rdnr. 53). Danach kann eine Garantenstellung für außerhäusliche Verfehlungen des Ehegatten jedenfalls nicht auf den Gedanken der ehelichen Gemeinschaft, sondern allenfalls auf räumliche Sachherrschaftspflichten gegründet werden (vgl. auch Nr. 27 A 9). Instruktiv zum Umfang von Garantenpflichten auch *Gebrauchtwagenhändler-Fall* OLG Braunschweig GA 1977, 240: Keine Pflicht des Händlers, den Käufer am Wegfahren mit einem gefälschten Kennzeichen zu hindern.

13 **IV. Konkurrenz mehrerer Garantenpflichten.**

Welche Bedeutung kommt dem Umstand zu, daß im vorliegenden Fall verschiedene Garantenpflichten angenommen wurden, und zwar nicht nur beim Ehemann für sich allein, sondern auch im Verhältnis der Ehegatten zueinander? Hier ist zu *differenzieren:*

14 1. Soweit **dieselbe Person** aufgrund **verschiedener Garantenstellungen** zur Abwendung *desselben Erfolges* verpflichtet ist (E 8), reicht an sich schon die Vernachlässigung *einer* dieser Pflichten zur Haftung für Unterlassen aus. Doch wird durch die gleichzeitige Mißachtung weiterer Garantenpflichten das Unrecht zumindest noch weiter intensiviert; und das kann immerhin für die Strafzumessung bedeutsam sein.

– Freilich wird bei Konkurrenz mehrerer Garantenpflichten immer zu beachten sein, wie weit ihr *jeweiliger Schutz-* oder *Beherrschungszweck* reicht. Keinesfalls dürfen mehrere Garantietatbestände, von denen keiner voll gegeben ist, durch Kombination der vorhandenen Teilstücke zu einem Haftungsgrund „zusammenaddiert" werden.

15 2. Von der vorgenannten Konstellation ist der Fall zu unterscheiden, daß **mehrere Personen** zur Abwendung *desselben Erfolges* verpflichtet sind: so hier sowohl der A als auch die F aufgrund der gleichberechtigten Stellung als Haushaltsvorstände (E 4). Hierzu ist folgendes zu beachten:

16 a) Gleichgültig, ob es sich in derartigen Fällen um gleiche oder um unterschiedliche Garantenpflichten handelt, keinesfalls darf hier der eine Garant dem anderen die Verantwortung zuschieben; vielmehr bleibt grundsätzlich **jeder für sich allein** solange zur Erfolgsabwendung verpflichtet, wie die Gefahr droht.

17 b) Erst wenn die *Gefahr* durch einen Garanten *abgewendet* ist, kommt für die übrigen aufgrund **Wegfalls des Schutzinteresses** eine Befreiung von ihrer Garantenpflicht in Betracht. Selbst dann bleibt aber zu prüfen, ob die untätig gebliebenen Garanten nicht bereits das Stadium eines Unterlassungs*versuchs* erreicht hatten. Näher dazu *S/S-Eser* 27 vor § 22.

18 c) Ist infolge Untätigkeit aller Garanten der tatbestandsmäßige **Erfolg eingetreten,** so ist *jeder* wegen Unterlassens strafbar. Ob als *Täter* oder als Gehilfe, das hängt von den Kriterien ab, die für die Abgrenzung der Tatbeteiligung durch Unterlassen maßgebend sind. Dazu näher Nr. 27 A 16ff. – Wie wären danach hier die beiden Eheleute zu behandeln? Würde das bei Nr. 27 A 26 Gesagte auch hier zu gelten haben?

19 **V. Möglichkeit und Zumutbarkeit der Erfolgsabwendung.**

Obgleich vorliegend mehrere Garantenstellungen bestanden, blieb die Bejahung einer Garantenpflicht letztlich doch noch offen, da das OLG Zweifel an der Möglichkeit und Zumutbarkeit der Erfolgsabwendung hatte (E 9). Worin liegen die wesentlichen Bedenken?

– Zum einen hinsichtlich der *faktischen* Möglichkeit einer sicheren Überwachung des Hundes (E 10).

A – Zum anderen hinsichtlich der *rechtlichen* Möglichkeit einer Weggabe des Hundes gegen den Willen der Frau (E 11).
– Schließlich bezüglich der *Unzumutbarkeit,* die F bei der Polizei anzuzeigen (E 12).

20 Allgemein zur garantenpflichtbegrenzenden Bedeutung der Möglichkeit und Zumutbarkeit der Erfolgsabwendung sowie zu sonstigen einschlägigen Fällen vgl. *Streupflicht-Fall* Nr. 25 A 32, *Familienkomplott-Fall* Nr. 26 A 12ff., 16ff. und *Taschenmesser-Fall* Nr. 30 A 11ff.

Garantenstellung und Garantenpflicht im Verbrechensaufbau – Gebotsirrtum

BGHSt 16, 155: Annegret-Fall

GrSSt 1/61 v. 29. 5. 1961 = NJW 1961, 1682

SV **Sachverhalt:** Der A fuhr mit seinem Wagen die Mitangekl S, H, J und K sowie die 16jährige Annegret von einer Gastwirtschaft zu einem einsamen Feldweg. Dort wollte man mit dem Mädchen geschlechtlich verkehren. Das wußte der A. Ob er damit rechnete, daß dies auch gegen den Willen des Mädchens erzwungen werden sollte, konnte nicht festgestellt werden. Nachdem er seinen Wagen auf dem Feldweg angehalten hatte und zunächst er und H, später auch J und K ausgestiegen waren, vollzog S im Wagen mit dem sich wehrenden Mädchen gewaltsam den Geschlechtsverkehr. Der A dachte sich, nachdem er ausgestiegen war, daß in seinem Wagen möglicherweise Gewalt angewendet würde. Auch wurde er von J, der noch mitangesehen hatte, wie das sich heftig wehrende Mädchen von S und K mit Gewalt entkleidet wurde, darüber unterrichtet, was sich im Wagen abspielte. Er hörte auch das Mädchen laut schreien. Gleichwohl unterließ er es einzugreifen, obwohl er die Tat hätte verhindern können.

P **Zur Problemstellung:** Hatte sich A damit (wie die StrafK meint) einer Beihilfe zur Vergewaltigung (§§ 177, 27) durch Unterlassen schuldig gemacht?

– Da dem A nicht nachgewiesen werden konnte, daß er sich seiner Rechtspflicht zum Eingreifen bewußt war, durfte dann seine Verurteilung darauf gestützt werden, daß er seine Rechtspflicht hätte erkennen können und müssen?

– Reicht diese Begründung der StrafK, die sich praktisch mit einer potentiellen Rechtspflichtkenntnis begnügt, auch dann aus, wenn man bedenkt, daß der Gehilfe nur bei vorsätzlicher Unterstützung der Haupttat strafbar ist (§ 27)? Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, ob die Kenntnis der Erfolgsabwendungspflicht als Teil des Vorsatzes zu verstehen ist. Und dies hinwiederum entscheidet sich weitgehend nach der zugrundegelegten Irrtumslehre:

Folgt man der (nunmehr durch § 17 gesetzlich anerkannten) Schuldtheorie (vgl. StrafR I Nr. 13 A 46ff.), so kommt es darauf an, ob

- die Erfolgsabwendungspflicht zum äußeren *Tatbestand* des unechten Unterlassungsdelikts gehört: dann Tatumstandsirrtum (§ 16) mit der Folge des Vorsatzausschlusses, oder ob
- die Erfolgsabwendungspflicht als Teil der *Rechtswidrigkeit* zu verstehen ist: dann bloßer Verbotsirrtum (§ 17) mit Schuldminderung je nach dem Grad der Vermeidbarkeit des Irrtums.

Der GrSSt, dem wegen divergierender Auffassungen zwischen dem 4. und 5. SSt des BGH die Sache zur Entscheidung vorgelegt wurde, führt zu dieser Streitfrage aus:

E 1 **Aus den Gründen: [157]** „Die Meinungen des Schrifttums [zu dieser Frage] sind geteilt. Dabei unterscheiden fast alle Vertreter derjenigen Meinung, welche die Rechtspflicht, zur Erfolgsabwendung tätig zu werden, nicht beim Tatbestand, sondern bei der Rechtswidrigkeit einordnen, zwischen den Umständen, die jene Rechtspflicht ergeben (im folgenden Garantenstellung genannt), und der Rechtspflicht selbst (im folgenden Garantenpflicht genannt). Sie sind der Auffassung, daß die Garantenstellung Tatbestandsmerkmal (Täterschaftsmerkmal) des unechten Unterlassungsdelikts ist, die Garantenpflicht dagegen die Rechtswidrigkeit betrifft.

Der BGH hatte zunächst in BGHSt 3, 18 entschieden, daß der Irrtum über die Garantenpflicht belanglos sei. Diese Entscheidung lag aber zeitlich vor dem Beschluß des GrSSt BGHSt 2, 194 [*Verbotsirrtums-Fall* StrafR I Nr. 13] und geht noch von der Rspr des RG aus, das zwischen Tatsachenirrtum, außerstrafrechtlichem Rechtsirrtum und strafrechtlichem Rechtsirrtum unterschied, den außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum dem Tatsachenirrtum gleichachtete und den strafrechtlichen Rechtsirrtum für belanglos erklärte ...

2 **[158]** Der GrSSt ist der Auffassung, daß die Bestrafung wegen eines vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikts nicht voraussetzt, daß der Täter sich der Rechtspflicht, zur Erfolgsabwendung tätig zu werden (Garantenpflicht) bewußt ist. Der Irrtum hierüber ist ein Verbotsirrtum.

3 Zum Tatbestand eines unechten Unterlassungsdelikts gehören die zu einem tatbestandsmäßigen Erfolg führende Unterlassung und die Garantenstellung des Unterlassenden, nicht dagegen die Garantenpflicht. Daß auch die Schuldtheorie normative Tatbestandsmerkmale anerkennt und daß die Umstände, welche die Garantenpflicht ergeben, auch normative Merkmale sein können, ist hierbei ohne Bedeutung. Die Garantenpflicht

E selbst als normatives Tatbestandsmerkmal zu kennzeichnen, scheitert daran, daß sie nicht gleichgeordnet neben den Merkmalen der Garantenstellung steht, sondern aus dieser Garantenstellung und ihrer Kenntnis folgt. Es geht bei ihr nicht um ein einzelnes, den Tatbestand mitbegründendes Merkmal, sondern um dessen Gesamtbewertung. Indem die Rechtsordnung den Garanten verpflichtet, zur Erfolgsabwendung tätig zu werden, fällt sie zugleich das Unwerturteil über das Verhalten dessen, der die Garantenstellung innehat, untätig bleibt und es hierdurch zum tatbestandsmäßigen Erfolge kommen läßt.

4 Die Rechtswidrigkeit wird hiernach bei den unechten Unterlassungsdelikten durch die zu einem tatbestandsmäßigen Erfolg führende Unterlassung und die Garantenstellung des Unterlassenden indiziert. Die Rechtsordnung geht grundsätzlich davon aus, daß jeder Rechtsgenosse, der seine Garantenstellung kennt, wegen dieser unrechtindizierenden Kraft sich der Pflicht zur Erfolgsabwendung bewußt ist, im Regelfalle jedenfalls bewußt werden, das Unwerturteil also mitvollziehen kann. Daß der Täter sich nicht ansprechen läßt, berührt nicht den Vorsatz, sondern die Schuld. Der Irrtum über die Garantenpflicht ist daher ein Verbotsirrtum.

5 **[159]** Dies gilt auch für die Fälle, in denen die Garantenpflicht auf vertraglicher Übernahme beruht. Hier sind die Umstände, welche die Garantenstellung ausmachen, der Vertrag und sein Inhalt, die Stellung, die der Täter nach dem Inhalt des Vertrages übernommen und die er auch angetreten hat. Nur diese Umstände, nicht die Garantenpflicht selbst, gehören zum Tatbestand. Allerdings mag es Fälle geben, in denen die Stellung, die der Täter vertraglich übernommen und angetreten hat und die seine Garantenpflicht begründet, und diese Pflicht selbst derart sachgleich sind, daß die Kenntnis von den Umständen, welche die Garantenpflicht ergeben, und das Bewußtsein von dieser Pflicht selbst praktisch nicht voneinander getrennt werden können. Hieraus folgt aber nur, daß in solchen Fällen das Bewußtsein von der Garantenpflicht als solcher – de facto, nicht de jure – zum Vorsatz gehört ...

6 Die hier vertretene Rechtsansicht gewährleistet gerechte Ergebnisse. Die Gegenmeinung hat zur Folge, daß der Garant, dessen Untätigbleiben zu einem tatbestandsmäßigen Erfolg führt, der sich aber seiner Garantenpflicht nicht bewußt ist, allenfalls – wenn das Gesetz auch die fahrlässige Begehung mit Strafe bedroht – wegen einer fahrlässigen Straftat bestraft werden kann; dies wird dem Unrechts- und Schuldgehalt oft nicht gerecht. Der Täter müßte straffrei bleiben, wenn nur die vorsätzliche Begehung mit Strafe bedroht ist. Nicht selten ist es aber gerade der gewissens- und rechtsstumpfe, ruchlose Täter, der sich trotz seiner Kenntnis von der Garantenstellung **[160]** keinerlei Gedanken über seine Garantenpflicht macht. Ihn strafrechtlich besser zu behandeln als denjenigen Täter, dessen Gewissen und Rechtsempfinden weniger stumpf sind und der sich aus diesem Grunde seiner Garantenpflicht bewußt wird, ist mit den Forderungen der Gerechtigkeit nicht vereinbar. Dabei kann die Sonderstellung der unechten Unterlassungsdelikte sehr wohl auch bei Beurteilung der Schuldfrage berücksichtigt werden; der Gebotsirrtum über Garantenpflichten wird häufiger entschuldbar sein als der Verbotsirrtum des Begehungstäters.

8 Schließlich führt die Gegenmeinung im Bereich des Versuchs zu einem Ergebnis, das die Strafbarkeit der Unterlassungen gegenüber den für Begehungsdelikte geltenden Grundsätzen nicht unwesentlich erweitern und deshalb mit der Gerechtigkeit kaum vereinbar sein würde. Der Unterlassungstäter, der – irrigerweise – eine Garantenpflicht annimmt, obwohl der – ihm bekannte – Sachverhalt diese Pflicht nicht ergibt, muß, wenn man der Gegenmeinung folgt, wegen eines versuchten unechten Unterlassungsdelikts bestraft werden. In Wahrheit muß dieser Fall als strafloses Wahnverbrechen beurteilt werden.

9 Ob und in welchem Umfange die dargelegten Grundsätze auch für echte Unterlassungsdelikte zu gelten haben, hat der GrSSt nicht zu entscheiden "

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Im Mittelpunkt dieses Vorlagebescheids stand eine abstrakte Frage: die nach den Folgen mangelnder Kenntnis der Erfolgsabwendungspflicht.

I. Auf welche **allgemeinen Prämissen** wurde die Entscheidung gestützt?

1 1. Die **Unterscheidung** zwischen
- der Garanten**stellung** einerseits: d. h. den die Erfolgsabwendungspflicht begründenden *tatsächlichen* Umständen (hier die Übernahme der Heimfahrt), und
- der Garanten**pflicht** andererseits: d. h. der sich aus der Garantenstellung ergebenden *Erfolgsabwendungspflicht* (hier Schutz des Mädchens).

Diese in der früheren Rspr noch weithin abgelehnte Differenzierung (vgl. E 1) hat sich inzwischen fast allgemein durchgesetzt.

2 2. Welche *Konsequenzen* ergeben sich daraus für die Systematik des Unterlassungsdelikts? Die Garanten*stellung* wird zum **Tatbestand** gerechnet, die Garanten*pflicht* dage-

A gen zur **Rechtswidrigkeit** (E 3). So auch die inzwischen vorherrschende Lehre (vgl. *Rudolphi* SK 25 vor § 13 m. w. N.). Demgegenüber waren früher **„Einheitstheorien"** vorherrschend, wobei die Rspr und ein Teil der Lehre die Garantenpflicht als *Tatbestandsmerkmal* verstanden haben (*Engisch, Gallas, Mezger;* vgl. auch E 1), während andere die Erfolgsabwendungspflicht einschließlich ihrer Umstände insgesamt erst auf *Rechtswidrigkeitsebene* einordnen wollen (so namentlich heute noch *Baumann* § 18 II 2b, der jedoch immerhin einräumt, daß auch eine Zuordnung zur Tatbestandsmäßigkeit möglich sei). Einer solchen „Tatbestandslösung" ist jedenfalls dann der Vorzug zu geben, wenn man auf dem Boden eines *zwei*stufigen Verbrechensaufbaus die Tatbestandsmäßigkeit als Zusammenfassung aller unrechtsbegründenden Merkmale begreift (vgl. *Schmidhäuser* 16/34 sowie StrafR I Nr. 3 A 2).

4 **II. Ratio der „Differenzierungslösung"?**

– Zum einen beruht sie auf *dogmatischen* Überlegungen: Versteht man die Garantenpflicht als Grundlage für die Unrechtsbewertung der Tat (E 3), so liegt es bei dem (auch von der Rspr vertretenen) *drei*stufigen Verbrechensaufbau nahe, die Garanten*pflicht* erst auf Rechtswidrigkeitsebene anzusiedeln (vgl. dazu auch *Schraubenhammer-Fall* unten A 11). Über die Parallele der Handlungspflicht bei Unterlassungsdelikten und der Unterlassungspflicht bei Begehungsdelikten vgl. auch *S/S-Cramer* § 15 Rdnr. 92 m. w. N.

– Zum anderen wird auch hier wieder das *kriminalpolitische* „Lückenargument" beim Gebotsirrtum bemüht (E 6), wie es bereits für die Grundsatzentscheidung zur Schuldtheorie ins Feld geführt wurde (vgl. StrafR I Nr. 13 E 36ff., A 49), aber hier noch weniger durchschlägt (vgl. A 7b).

III. Konsequenzen für den Garantenirrtum.

5 1. Rechnet man auf der Basis der **„Differenzierungstheorie"** lediglich die Garanten*stellung* zum Tatbestand (A 2), so kommt ein vorsatz-ausschließender *Tatumstandsirrtum* i. S. von § 16 nur insoweit in Betracht, als der Unterlassende über das Vorliegen garantiebegründender *tatsächlicher* Umstände geirrt hat: so z. B., wenn im vorliegenden Fall A nicht gewußt hätte, daß sich das Mädchen mit im Auto befand. – Ähnlich kann bereits der Garantenvorsatz ausgeschlossen sein, wenn sich der Täter der tatsächlichen *Möglichkeit* der Erfolgsabwendung nicht bewußt ist (vgl. *Anwaltsgehilfin-Fall* OLG Köln NJW 1973, 861/2).

6 – Dagegen ist jeder Irrtum über Existenz und Umfang der Garanten*pflicht* konsequenterweise als ein – dem Verbotsirrtum i. S. von § 17 gleichzustellender – *Gebotsirrtum* zu betrachten. Für die Schuldtheorie hat das zur Folge, daß mangelnde Gebotskenntnis den Unterlassungsvorsatz als solchen unberührt läßt (E 2) und der Garant bei Vermeidbarkeit des Irrtums (wie hier von der StrafK angenommen) strafbar bleibt (E 4).

6a – Ein gewisser, aber nur *grad*mäßiger Unterschied zum Verbotsirrtum bei Begehungsdelikten wird allenfalls insoweit eingeräumt, als der *Gebotsirrtum* über Garantenpflichten leichter *entschuldbar* sein wird (E 7).

7 2. Sind die Irrtumskonsequenzen wesentlich anders, wenn man nach den **„Einheitstheorien"** (A 3) einerseits auch die Garantenstellung auf der Rechtswidrigkeitsebene bzw. andererseits auch die Garantenpflicht auf Tatbestandsebene einordnet? Auf der Basis der „eingeschränkten Schuldtheorie" (dazu StrafR I Nr. 14) ist dies zu verneinen; denn:

7a – Bei der *„Rechtswidrigkeitslösung"* wäre ein Irrtum über die tatbestandlichen Voraussetzungen der Garantenpflicht (tatsächliche *„Pflichtbasis": Baumann*) entsprechend dem Irrtum über tatsächliche Rechtfertigungsvoraussetzungen wie ein Tatumstandsirrtum (§ 16) zu behandeln; dementsprechend kommt Verbotsirrtum (§ 17) nur bei *„Pflichtirrtum"* in Betracht.

7b – Ähnlich kommt bei der *„Tatbestandslösung"* ein Tatumstandsirrtum (§ 16) nur insoweit in Betracht, als der Täter über die *tatsächlichen* Voraussetzungen seiner Garantenpflicht irrt. Sind ihm diese Voraussetzungen dagegen bewußt und verneint er die sich daraus ergebende Erfolgsabwendungspflicht lediglich aufgrund einer Fehlbewertung, so handelt es sich – entgegen der bei E 6 vertretenen Auffassung – nicht um einen Tatumstands-, sondern lediglich um einen *Subsumtionsirrtum,* der nicht den Tatsächlichkeitsbereich, sondern den Normbereich betrifft und nach heute vorherrschender Auffassung als *Verbotsirrtum* (§ 17) zu behandeln ist; näher dazu StrafR I Nr. 15 A 19ff.

A 8 3. Dementsprechend ergeben sich auch für den **umgekehrten Garantenirrtum** übereinstimmende Ergebnisse:

– Nimmt der Täter *irrig* die *tatsächlichen* Voraussetzungen einer Garanten*stellung* an (A hält das Schreien des Mädchens für Hilferufe, in Wirklichkeit ist dieses jedoch mit seiner „Vergewaltigung" durchaus einverstanden: „vis haud ingrata"), so kommt grundsätzlich untauglicher **Unterlassungsversuch** in Betracht (vgl. Nr. 36 A 48 f.), der jedoch im Beispielsfalle als eine nur versuchte Beihilfe straflos wäre (vgl. Nr. 46 A 8 a).

9 – Soweit dagegen eine rechtlich nicht geforderte Garanten*pflicht* angenommen wird (z. B. eine Jedermannspflicht zur Abwendung eines beobachteten Diebstahls), so muß dies als *Umkehrung eines Gebotsirrtums* konsequenterweise zu einem (straflosen) **Wahnverbrechen** führen (E 8; die dort den „Einheitstheorien" unterstellte Konsequenz, daß man dann auch bei irriger Annahme einer Garantenpflicht zum Versuch kommen müsse, wäre nur dann zu ziehen, wenn *normative* Subsumtionsirrtümer – fälschlich – nicht als Verbotsirrtum behandelt würden).

10 4. *Fazit* für den vorliegenden Fall? Da dem A die Umstände, aus denen sich eine Hilfspflicht zugunsten der Annegret ergeben konnte (so insbes. seine Haltereigenschaft, Verbringen des Mädchens zum Tatort, Erforderlichkeit und Möglichkeit der Hilfe), bekannt waren, kam allenfalls ein *Verbotsirrtum* in Betracht. – Könnte für diesen etwa von Bedeutung sein, daß die Art der infragestehenden Garantenstellung keineswegs so klar lag, wie dies der BGH offenbar annahm (vgl. A 14)? Das wird man wohl verneinen müssen, solange sich aus den gegebenen Umständen auf jeden Fall eine Erfolgsabwendungspflicht ergibt.

11 **IV. Gebotsirrtum beim „echten" Unterlassungsdelikt.**

Sind die vorgenannten Grundsätze auch auf die Nichtkenntnis einer Handlungspflicht bei *echten* Unterlassungsdelikten übertragbar? Vorliegend konnte diese Frage vom BGH bewußt offengelassen werden (E 9); dagegen wurde sie im *Schraubenhammer-Fall* BGHSt 19, 295 inzwischen ausdrücklich bejaht:

Dort hatte es die A unterlassen, den von ihrem Ehemann geplanten Raubüberfall, zu dem ein Schraubenhammer als Tatwaffe benutzt werden sollte, rechtzeitig bei der Polizei anzuzeigen. Die Unkenntnis der Frau über ihre Anzeigepflicht nach § 138 wurde ebenfalls als Gebotsirrtum behandelt. Der BGH hat dies u. a. folgendermaßen begründet:

[298] „Vorsatz ist Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner Tatumstände. Tatumstände sind die Merkmale des im Strafgesetz umschriebenen Verhaltens, gegen das sich die Strafdrohung und durch sie das gesetzliche Verbot richtet. Das Verbot selbst ist kein Tatumstand. Es gehört nicht zum Inhalt des Tatbestandes, sondern hat ihn zum Inhalt. Das Verbot einer Handlung verpflichtet dazu, sie zu unterlassen. Das Verbot, eine bestimmte Handlung zu unterlassen, gebietet es, sie vorzunehmen. Beide Rechtspflichten zählen gleichfalls nicht zu den Tatumständen. Sie sind nur eine unmittelbare Wirkung des Verbots tatbestandlichen Verhaltens und stehen wie dieses selbst außerhalb des Tatbestandes; sie haben gerade nicht tatbestandliches Verhalten zum Gegenstand.

12 Zum Tatbestand einer (sog. echten) Unterlassungstat gehört hiernach außer der verbotenen Unterlassung nur der im Strafgesetz jeweils umschriebene Sachverhalt, an den es – durch das Verbot der Unterlassung – die Rechtspflicht zu bestimmtem Handeln knüpft, z. B. sich zu entfernen (§ 123), ... Hilfe zu leisten (§ 330 c [a. B.; jetzt § 323 c]), hier: Anzeige zu machen (§ 138). Die Rechtspflicht selbst ist kein zum Tatbestand gehöriger Tatumstand.

Vorsatz ist Tatvorsatz. Er umfaßt nur die Tatumstände. Nach der vom BGH übernommenen Schuldtheorie ist das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit kein Bestandteil des Vorsatzes; vielmehr steht es neben ihm als ein selbständiges **[299]** Element der Schuld. Fehlt es, so ist nicht der Bestand, sondern die Vorwerfbarkeit des Vorsatzes in Frage gestellt (BGHSt 2, 194/196/204). Das gilt für Unterlassungstaten gleichermaßen wie für Begehungstaten. Es ist nicht richtig, daß vorsätzlich nur unterlasse, wer sich der von ihm geforderten Handlung bewußt geworden ist, weil Unterlassen schon begrifflich das Verneinen der gebotenen Handlung sei (z. B. Schönke-Schröder, 11. Aufl., vor § 1, 51; § 59, 44). Träfe diese Begründung zu, so wäre entgegen dem Standpunkt des Gesetzes (z. B. § 138 III [a. F.; § 138 II]) keine fahrlässige Unterlassung denkbar. Dem Begriffe nach ist Unterlassen die – aus der Sicht des Beurteilers – ungenutzt gebliebene Möglichkeit zu handeln; vorsätzliches Unterlassen ist die Entscheidung zwischen Untätigbleiben und möglichem Tun. War – wie hier – die gebotene Handlung möglich, erkannte der Täter das, unterließ er jedoch die Handlung, weil er nicht wußte, daß das Gesetz sie von ihm verlangte, so unterließ er die Handlung vorsätzlich. Sein Irrtum ist nicht Tatbestands-, sondern Gebotsirrtum.

A 13 Das gilt rechtsgrundsätzlich bei allen echten Unterlassungstaten. Dagegen macht es für die Entschuldbarkeit des Gebotsirrtums einen Unterschied aus, was für eine Handlung das Gesetz im Einzelfall verlangt, unter welchen Umständen und von wem. Wer die Unkenntnis von einer Rechtspflicht vorschützt, die schon im allgemeinen sittlichen Bewußtsein der Menschen begründet ist, wie z. B daß man in Unglücksfällen zumutbare Hilfe leisten müsse (§ 330c [a. B.; jetzt § 323c]), wird weniger leicht entschuldigt sein als jemand, dem ein seinem Lebenskreis ferner liegendes Gebot unbekannt geblieben ist, z. B. die Verpflichtung des Grundeigentümers nach § 30 NatSchVO. Je weniger selbstverständlich das Gebot des Gesetzes ist, desto eher wird entschuldigt werden können, wer es aus Unkenntnis übertritt. Im Bereich des § 138 ist dabei nicht nur die Art des verbrecherischen Vorhabens, das angezeigt werden muß, sondern ebenso von Bedeutung, wem die Anzeigepflicht auferlegt ist und gegen wen. Der § 139 gibt hierfür einen Fingerzeig."

Instruktiv zu Irrtumsfragen im Falle von § 323c (§ 330c a. B.) *Lokal-Fall* BGH GA 1971, 336.

14 **V. Sonstige Fragen zum vorliegenden Fall:**

1. Offenbar hat das Gericht die Garantenpflicht allein aus **„vertraglicher Übernahme"** begründet (E 5). Reicht aber dafür schon die Bereitschaft zur *Mitnahme* des Mädchens aus? Wäre nicht zumindest zu fragen gewesen, ob über die reine Beförderungspflicht hinaus noch eine weitergehende Schutzpflicht zugunsten des Mädchens hätte übernommen sein müssen? Beachte dazu *Streupflicht-Fall* Nr. 25 A 52, wonach es vor allem auf die Begründung eines *faktischen* Vertrauenstatbestandes ankommt.

– Wäre statt dessen etwa **Ingerenz** (infolge Minderung der Abwehrmöglichkeit des Mädchens durch Verbringung auf einen abgelegenen Feldweg) oder auch Haftung aus **Sachherrschaft** in Betracht gekommen? Vgl. *Tänzerin-Fall* bei Nr. 27 A 16ff.

15 2. Wenn vorliegend eine Garantenpflicht des A bejaht wird, müßte er dann nach den Kriterien des *Tänzerin-Falles* aaO nicht sogar als **Mittäter** bestraft werden? Oder kommt es bei § 177 auf Eigenhändigkeit an, die eine Mittäterschaft ausschlösse? Dazu *S/S-Lenckner* § 177 Rdnr. 12ff., § 178 Rdnr. 8 m. N. zum Streitstand.

16 3. Warum wurde hier nicht auch **§ 237** in Betracht gezogen? Fehlt es etwa an den dort genannten Entführungsmitteln?

Schrifttum: Vgl. neben den zu den vorangehenden Unterlassungsfällen gegebenen Hinweisen: *Backmann,* Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum, JuS 1973, 30ff.; *Fuhrmann,* Der Irrtum über die Garantenpflichten bei den unechten Unterlassungsdelikten, GA 1962, 161; *Arthur Kaufmann,* Bemerkungen zum Irrtum beim unechten Unterlassungsdelikt, JZ 1963, 504ff.

Echtes Unterlassungsdelikt (§ 323c) – Verhältnis zum unechten Unterlassungsdelikt – Zumutbarkeit

BGHSt 11, 353: Taschenmesser-Fall

1 StR 24/58 v. 1. 4. 1958 = NJW 1958, 957

SV **Sachverhalt:** Der A hatte dem Mitangekl S ein Taschenmesser ausgehändigt. Kurz danach kam es zu einem Streit mit anderen. Ohne daß A es hätte voraussehen oder noch verhindern können, hat dabei S den Gegner V durch einen Messerstich ins Herz so schwer verletzt, daß V auf der Straße zusammenbrach. Trotz der Hilferufe des Begleiters, den schwerverletzten V doch auf das Gras neben der Straße tragen zu helfen, folgte A einem Ruf des S, sofort „abzuhauen", und begab sich nach Hause. Etwa eine 3/4 Stunde später starb V im Krankenhaus. Wahrscheinlich wäre V auch bei der von A erwarteten Hilfe letztlich nicht mehr zu retten gewesen.

P **Zur Problemstellung:** Daß S wegen vorsätzlicher *Körperverletzung mit Todesfolge* (§§ 223, 226) zu verurteilen war, stand außer Frage.

– Welcher Straftat könnte sich A strafbar gemacht haben? Einer *Körperverletzung durch Unterlassen?* Worin könnte die Garantenpflicht begründet sein? Etwa in pflichtwidrigem Vorverhalten wegen Hingabe des Messers? Wie stünde es in diesem Falle mit der kausalen Erfolgszurechnung?

– Oder käme *Unterlassene Hilfeleistung* (§ 330c a. B.; jetzt § 323c) in Betracht? So in der Tat die Anklage, die jedoch vom LG verworfen wurde, da dem A wegen der Gefahr, sich bei Verbleiben am Tatort einer Strafverfolgung auszusetzen, die Pflicht zur Hilfeleistung nicht zumutbar gewesen sei. Ist diese Auffassung haltbar? Der BGH meint dazu:

E 1 **Aus den Gründen: [354]** „Entscheidend ist die Frage, ob dem A ein Helfen ‚ohne erhebliche eigene Gefahr' möglich und deshalb zuzumuten war, obwohl ihm nach der rechtlich nicht zu beanstandenden Ansicht der JugK beim Verbleiben am Tatort die vorläufige Festnahme und die sofortige Einleitung eines Strafverfahrens drohten. Das LG hat die Frage verneint, jedoch zu Unrecht.

2 a) Die Zumutbarkeit einer nach § 330c [a. B; jetzt § 323c] gebotenen Hilfeleistung richtet sich nach dem allgemeinen Sittengesetz. Dieses fordert von jedem einzelnen, dem von einem Unglücksfall betroffenen Mitmenschen (möglichst rasch) Hilfe zu bringen und dabei eigene Belange zurückzustellen, ja selbst körperliche oder andere Gefahren in Kauf zu nehmen, wenn sie im Verhältnis zu dem Schaden, der dem Verunglückten droht,
3 gering sind. Dieses Gebot wiegt um so schwerer, je größer die Gefährdung des Verunglückten ist und je näher der zu Hilfe Fähige dem Unglücksgeschehen steht (vgl. BGHSt
4 11, 135). Ob im Einzelfall eine mit der Hilfeleistung verbundene Benachteiligung oder Gefährdung im Verhältnis zu dem dem Verunglückten drohenden Unheil erheblich oder gering ist, muß durch Abwägung des öffentlichen Interesses und des Interesses des Verletzten an baldiger Hilfeleistung gegen das persönliche Interesse des Dritten an der Bewahrung vor Schaden ermittelt werden (vgl. BGH, aaO.). Das gilt auch für den Fall, daß sich der Dritte durch die Hilfeleistung der Gefahr einer Strafverfolgung aussetzt. Auch eine solche Gefahr macht die Hilfeleistung nicht schlechthin und in jedem Falle unzumutbar. **[355]** Vielmehr sind auch hier die widerstreitenden Interessen vor allem des Verletzten und des Dritten gegeneinander abzuwägen (vgl. BGH, JR 56, 347).

Diese Abwägung hat das LG unterlassen; es nahm ohne nähere Würdigung der besonderen Verhältnisse des Falles an, daß die dem A drohende sofortige Einleitung eines Ermittlungsverfahrens und die vorläufige Festnahme eine ‚erhebliche eigene Gefahr' i. S. des § 330c [a. B.; jetzt § 323c] darstellte. Das war rechtsfehlerhaft. **[NJW 1958, 957]** Aus diesem Grunde kann der Freispruch des A von dem Vorwurf der unterlassenen Hilfeleistung nicht bestehen bleiben.

5 Das RevG ist auf Grund der vom Tatrichter getroffenen Feststellungen schon jetzt in der Lage, die aufgeworfene Frage abschließend zu beurteilen und die Hilfspflicht des A zu bejahen. Hierfür sind folgende Gesichtspunkte maßgebend:

Dem Verletzten V drohte unmittelbare Lebensgefahr, was angesichts der Art der Verletzung, des Zusammenbruchs des Getroffenen auf der Straße und des Austritts von Blut aus seiner Brust auch dem A nicht verborgen geblieben sein kann. Der A stand ferner dem Unglücksgeschehen äußerlich besonders nahe; denn die Bluttat spielte sich vor seinen Augen ab und wurde mit seinem Messer ausgeführt; auch hatte der A das hier vorausgegangene Geplänkel miterlebt und es durch den Schuß aus der Gaspistole sogar selbst eingeleitet. Diesen zu einer Hilfeleistung drängenden Umständen stand nur das Interesse des A gegenüber, von einer sofortigen Strafverfolgung verschont zu bleiben,

E die ihm eben wegen der geschilderten Verbundenheit mit dem äußeren Tatgeschehen
6 und des sich daraus ergebenden Verdachts der Beteiligung an der Bluttat drohte. Dabei ging es nicht einmal darum, daß der A seine Einbeziehung in die polizeiliche Fahndung überhaupt oder auf längere Zeit vermeiden konnte, sondern nur darum, daß er sie für einige Stunden hinausschieben konnte; denn er hatte ebenso wie S und R während des Geplänkels um die Gaspistole dem später verletzten V und dessen Begleiter P seinen Namen angegeben, so daß **[958]** er unschwer ausfindig zu machen war. Auch hatte der A wichtige Entlastungsmittel in seiner Hand: Er war in der Lage, den wirklichen Täter S zu benennen, falls dieser nicht von der Polizei aus eigenem ermittelt wurde oder sich stellte; als Zeuge stand ihm P zur Verfügung, der das Tatgeschehen aus unmittelbarer Nähe beobachtet hatte und bestätigen konnte, daß nicht der A, sondern S den Messerstich geführt hatte.

Bei Abwägung der so in Frage stehenden Interessen kann kein Zweifel bestehen, daß die Möglichkeit oder auch Wahrscheinlichkeit, daß der A beim Verbleiben an der Unglücksstelle sofort festgenommen und verhört wurde, keine ‚erhebliche eigene Gefahr' i. S. des § 330c [a. B; jetzt § 323c] war und die dem Verletzten geschuldete Hilfeleistung nicht unzumutbar machte.

7 **[BGHSt 11, 355]** b) Hinzu kommt folgendes: Der A hatte dadurch, daß er dem S das zur Tat benutzte Taschenmesser kurz vorher überlassen hatte, das Leben des dann zu Tode gekommenen V, wenn auch unbewußt, in Gefahr gebracht. Er mußte deshalb, sobald er diese erkannte, alles ihm Mögliche und Zumutbare zur Rettung des bedrohten Lebens
8 tun, wenn er sich nicht an dem Verbrechen des S mitschuldig machen wollte. Zu dieser Erfolgsabwendung war er ohne Rücksicht darauf verpflichtet, ob er die für V entstandene Gefahr schuldhaft oder ohne Verschulden herbeigeführt hatte (u. a. BGHSt 2, 279/83; 4,
9 20/2). Nun hatte der A zwar die Körperverletzung selbst nicht verhindern können, weil S nach der Feststellung des Tatrichters auf V einstach, ohne daß der A dies nachweisbar hatte voraussehen oder verhindern können. Das entband ihn jedoch nicht von der Pflicht, dafür zu sorgen, daß die Folgen der V zugefügten Körperverletzung möglichst gering
10 blieben und vor allem ein tödlicher Ausgang vermieden wurde. Diese Pflicht hat der A dadurch verletzt, daß er den Tatort verließ, ohne sich des schwerverletzten V anzunehmen. Gegenüber diesem Vorwurf kann sich der A nicht mit Erfolg darauf berufen, daß er sich durch das Verbleiben am Tatort der Gefahr sofortiger Strafverfolgung, insbes. der vorläufigen Festnahme, ausgesetzt hätte. Wer durch sein Tun einen anderen, sei es auch schuldlos, in schwere Gefahr gebracht hat, ist selbst dann zur Abwendung des diesem drohenden Schadens verpflichtet, wenn das mit erheblichen Nachteilen für ihn selbst verbunden ist. So ist in der Rspr anerkannt, daß der **[356]** Kraftfahrer, der einen Fußgänger angefahren und schwer verletzt hat, sich – gegebenenfalls neben fahrlässiger Tötung und neben Verkehrsunfallflucht – des (versuchten) Totschlags schuldig macht, wenn er weiterfährt und den Verletzten seinem Schicksal überläßt, obwohl er mit der Möglichkeit rechnet und sie in seinen Willen aufnimmt, der Fußgänger habe lebensgefährliche Verletzungen erlitten und werde daran sterben, wenn ihm nicht umgehend Hilfe gebracht wird. Die Gefahr, sich bei Erfüllung der Hilfspflicht der Strafverfolgung wegen Verkehrsvergehens oder wegen einer anderen Straftat auszusetzen, vermag ihn hiervor nicht zu schützen (vgl. BGH VRS 13, 120/22ff.). Auch in anderen Fällen tritt das natürliche Recht auf Selbstschutz bei Gefahr selbst schwerer Bestrafung zurück, wenn zur Verdeckung einer eigenen Straftat oder zur Vermeidung des Verdachts einer solchen in die strafrechtlich geschützte Rechtsordnung eingegriffen werden müßte (vgl BGHSt 3, 18/9).

11 Nun scheitert zwar im vorl. Falle eine Bestrafung des A wegen pflichtwidriger Nichtverhinderung der eingetretenen Todesfolge – in Betracht käme nach Sachlage ein in Nebentäterschaft begangenes Vergehen der fahrlässigen Tötung – aller Wahrscheinlichkeit nach daran, daß die Ursächlichkeit dieser Unterlassung für den Tod des V nicht mit ausreichender Sicherheit festgestellt werden kann (vgl. BGHSt 11, 1); denn der von S geführte Messerstich hatte V mitten ins Herz getroffen, so daß ein operativer Eingriff, wenn nicht überhaupt, so wahrscheinlich deshalb aussichtlos war, weil er nicht in kürzester Zeit nach der Tat vorgenommen werden konnte. Das verkennt die StA, wenn sie
12 bemängelt, daß der A nicht wegen fahrlässiger Tötung verurteilt worden ist. Die für den A aus seinem vorausgegangenen Tun sich ergebende Rechtspflicht zum Eingreifen war jedoch auch unter dem Gesichtspunkt des § 330c [a. B.; jetzt § 323c], bei dem es auf die Abwendbarkeit des Todes des V nicht ankam (vgl. BGH, JR 56, 347), rechtlich erheblich, und zwar nicht nur deshalb, weil sie die nach der genannten Vorschrift für den A bestehende allgemeine Hilfspflicht verstärkte, sondern auch vor allem deshalb, weil sie den Einwand des A, die Beistandsleistung sei ihm wegen der Gefahr sofortiger Strafverfolgung nicht zumutbar gewesen, schlechthin ausschloß. Wer durch sein Tun einen Unglücksfall mitverursacht hat **[357]** und deshalb – aus dem Gesichtspunkt der Abwendung einer von ihm herbeigeführten Gefahr – zur Hilfeleistung verpflichtet ist, andernfalls er als Täter oder Teilnehmer für die Folgen des Unglücks einzustehen hat, kann sich auch im Rahmen des § 330c [a B.; jetzt § 323c] nicht damit entlasten, die Hilfeleistung sei ihm nicht zumutbar gewesen, weil er sich sonst dem Verdacht oder gar der Bestrafung wegen strafbarer Herbeiführung des Unglücksfalls ausgesetzt hätte (vgl BGHSt 11, 135).

E 13 **[NJW 1958, 958]** c) Steht nach dem bisher Gesagten außer Zweifel, daß der A den äußeren Tatbestand eines Vergehens nach § 330c [a. B.; jetzt § 323c] erfüllt hat, so bleibt nach der inneren Tatseite noch zu prüfen, ob er seine Pflicht zur Hilfeleistung erkannt hat und sich der Verletzung dieser Pflicht durch das Verlassen des Tatortes – mindestens i. S. des bedingten Vorsatzes – bewußt war. Das kann weder im Hinblick auf den im angef. Urt festgestellten Intelligenzmangel des A sowie dessen Denkfaulheit noch deshalb von vornherein verneint werden, weil der A aus ‚Angst und Schrecken wegen der drohenden Strafverfolgung' davonlief. Die Prüfung und Beantwortung dieser Frage muß vielmehr dem Tatrichter überlassen bleiben, der sich hierzu erforderlichenfalls der Hilfe eines Sachverständigen bedienen kann."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Im Mittelpunkt der Entscheidung steht zwar das *(echte)* Unterlassungsdelikt des § 323c (II). Da es sich dabei aber lediglich um ein Gefährdungsdelikt handelt (vgl. A 9), wären bei *klausurmäßiger* Bearbeitung zunächst etwaige erfolgsbezogene *unechte* Unterlassungsdelikte (I) zu prüfen.

1 **I. Unechtes Unterlassungsdelikt?**
Ein solches kam hier in zweierlei Hinsicht in Betracht: zum einen wegen Nichtabwendung des *Todes* (A 2ff.), zum anderen wegen Verschlimmerung der dem V bereits beigebrachten *Körperverletzung* (A 6ff.).

2 1. Der BGH hat offenbar nur die **Nichthinderung des Todes** bedacht und daher lediglich *fahrlässige Tötung* (§§ 222, 13) *durch Unterlassen* erwogen (E 7, 11).

a) Welche Garantenpflicht käme dafür in Betracht? **Vorangegangenes Tun** wegen Überlassung des Messers (E 7).

– Damit wurde zweifellos eine *Gefahrenquelle* geschaffen. Aber würde dieses Kriterium auch nach heutiger Rspr und Lehre schon für sich allein eine Erfolgsabwendungspflicht aus Ingerenz begründen können? Nein; denn auch das *Pflichtwidrigkeits*-Kriterium müßte noch erfüllt sein; vgl. *Ausschank-Fall* Nr. 27 A 7ff.

– Inwieweit könnte hier das Vorverhalten des K pflichtwidrig gewesen sein? Jedenfalls dann, wenn bereits bei Aushändigung des Messers mit Tätlichkeiten zu rechnen war (vgl. *Rudolphi* SK § 13 Rdnr. 44, *S/S-Stree* 13 Rdnr. 39).

3 b) Falls dies zu bejahen ist, **worauf** war dann seine Erfolgsabwendungspflicht gerichtet? Auf Verhinderung *jedweder Verletzungen* mit dem Messer.

– Warum konnte dann dem K nicht bereits der erste Messerstich zugerechnet werden? Mangels subjektiver Vorhersehbarkeit (E 8).

– Davon unberührt bliebe aber zweifellos die Pflicht, eine weitere *Verschlimmerung* der eingetretenen Körperverletzung zu verhüten (E 9).

4 c) Damit stellte sich die Frage nach der **Zumutbarkeit der Erfolgsabwendung.** Diese hat der BGH bejaht, und zwar trotz der möglichen Selbstverdächtigung des A. Warum? Weil der Selbstschutzgedanke jedenfalls dann nicht durchgreift, wenn die abzuwendende Gefahr durch den *Garanten selbst* mitgeschaffen wurde (E 10). Noch strenger die h. L., die der Selbstbegünstigungsabsicht allenfalls strafmildernde, aber keine garantenpflichtbegrenzende Bedeutung beimißt; vgl. *Rudolphi* SK 33 vor § 13, *Ulsenheimer* GA 1972, 1ff., 22ff. m. w. N. zum Streitstand. Vgl. auch *Familienkomplott-Fall* Nr. 26 A 18.

5 d) Warum wurde trotzdem hier Tötung durch Unterlassen verneint? Aus *Kausalitätsgründen:* weil selbst durch die von K erwartete Hilfe der Tod des V wahrscheinlich nicht mehr aufzuhalten gewesen wäre (E 11). – Wie jedoch der Verweis auf den *Radler-Fall* BGHSt 11, 1 zeigt, wäre richtigerweise wohl nicht die Ursächlichkeit, sondern der **Pflichtwidrigkeitszusammenhang** zu verneinen gewesen; vgl. StrafR I Nr. 6 A 5ff.

6 2. Selbst wenn damit mangels objektiver Erfolgszurechnung ein Tötungsdelikt ausschied, war dann zwangsläufig auch **Körperverletzung durch Unterlassen** auszuschließen? Dies jedenfalls dann nicht, wenn durch die Verweigerung der Hilfe die Verletzung des V noch *intensiviert* wurde. Denn darin kann eine von dem ersten Stich durchaus unterscheidbare Gesundheitsbeschädigung liegen (vgl. *S/S-Eser* § 223 Rdnr. 5), deren kausale Rückführbarkeit auf die Hilfeverweigerung schwerlich zu verneinen wäre.

– Falls A um diese Verschlimmerungsmöglichkeit gewußt hat, wäre er sogar wegen *vorsätzlicher* Körperverletzung durch Unterlassen strafbar.

7 **II. Unterlassene Hilfeleistung nach § 323c** (§ 330c a. B.).

1. Deliktscharakter. Im Unterschied zu den zuvor erörterten *„unechten"* Unterlassungsdelikten wird die Unterlassene Hilfeleistung nach § 323c allgemein zu den **„echten" Unterlassungsdelikten** gerechnet. Worin liegt das entscheidende *Grenz*kriterium? Dazu werden im wesentlichen zwei Meinungen vertreten:

8 – Teils wird rein **formal** darauf abgestellt, ob sich das Handlungsgebot bereits unmit-

A telbar aus einem strafrechtlichen *Tatbestand* ergibt: dann *echtes* Unterlassungsdelikt, oder ob die Schutz- oder Beherrschungspflicht erst aus einer besonderen *Garantenstellung* herzuleiten ist: dann *unechtes* Unterlassungsdelikt; so Armin *Kaufmann* JuS 1961, 174; *S/S-Stree* 137 vor § 13, *Welzel* § 26 II 1.

8a – Nach h. M. hingegen ist das *unechte* Unterlassungsdelikt **materiell** durch eine *Erfolgsabwendungspflicht* gekennzeichnet (und insofern den aktiven Erfolgsdelikten verwandt), während sich das Unrecht des *echten* Unterlassungsdelikts in der Nichtvornahme der vom Gesetz geforderten *Handlung* erschöpfe (also vergleichbar den reinen Tätigkeitsdelikten): vgl. *Konkursantrag-Fall* BGHSt 14, 280/1, *Jescheck* § 58 III 2, *Rudolphi* SK 8ff. vor § 13 m. w. Nachw.

9 Ist dieser Meinungsstreit für § 323c *relevant?* Nein; denn zum einen ergibt sich das Hilfeleistungsgebot bereits direkt aus dem Gesetz; zum anderen ist der Tatbestand schon durch Unterlassen der gebotenen Hilfeleistung verwirklicht: Gefährdungsdelikt! Vgl. aber auch *S/S-Cramer* § 330c Rdnr. 1ff., wonach sich die unterlassene Hilfeleistung nur gradmäßig von den Erfolgsabwendungspflichten der unechten Unterlassungsdelikte unterscheiden soll.

10 **2.** Welche Konsequenzen ergeben sich daraus für die **Tatbestandsmäßigkeit** im vorliegenden Fall? Da es auf eine effektive Erfolgsverhinderung (Tod des V) nicht ankommt, spielte das Kausalkriterium, an dem die Annahme einer Tötung durch (unechtes) Unterlassen scheiterte (A 5), für die unterlassene Hilfeleistung des § 323c keine Rolle (E 12).

Da auch alle sonstigen Tatbestandsmerkmale (Unglücksfall, Erforderlichkeit der Hilfe usw.) gegeben waren, könnte die Strafbarkeit des A allenfalls noch an einem Kriterium scheitern, das zu Recht im Mittelpunkt der Entscheidung stand:

11 **3.** Die **Zumutbarkeit der Hilfeleistung** (E 1). Welche allgemeinen Aussagen sind dazu dem Urteil zu entnehmen?

11a – *Maßstab* der Zumutbarkeitsfrage soll das „allgemeine Sittengesetz" sein (E 2) – mit all den sich aus der Vagheit dieser Richtlinie ergebenden Wertungsschwierigkeiten (vgl. StrafR III Nr. 12 A 48ff.).

11b – Ob das Sittengesetz verletzt ist, ist daher letztlich eine von den Umständen des Einzelfalles abhängige *Abwägungs*frage (E 4).

11c – Abwägungsrelevante *Faktoren* sind in erster Linie das (öffentliche und private) Hilfsinteresse einerseits und eine etwaige Selbstgefährdung des Hilfspflichtigen andererseits, wobei selbst der Gefahr einer Selbstauslieferung an die Polizei kein grundsätzlicher Vorrang einzuräumen ist (E 4).

11d – Entscheidend ist aber immer eine *Gesamtabwägung* aller Umstände: so etwa der Grad des Hilfsbedürfnisses (E 3), die Nähe zum Unglücksgeschehen (E 5), wie auch die Stärke des Tatverdachts und die Möglichkeit, sich davon zu reinigen (E 6).

12 Entscheidungserheblich war nun hier nicht zuletzt die Tatsache, daß A schon aufgrund einer zumutbaren *Garantenpflicht* zur Hilfeleistung verpflichtet war: Demzufolge konnte er sich auch gegenüber § 323c nicht mehr auf mangelnde Zumutbarkeit berufen (E 12; zust. *S/S-Cramer* § 330c Rdnr. 21).

13 – In dieser *Ausstrahlung der Erfolgsabwendungspflicht* auf § 323c lag denn auch der Sachgrund dafür, daß in einer methodisch nicht leicht zu durchschauenden Weise die Erörterungen zum unechten Unterlassungsdelikt (E 7–11) in die Zumutbarkeitsfrage bei § 323c eingebaut wurden. Eine ähnliche zumutbarkeitsbegründende Funktion wurde der Garantenpflicht auch für die Anzeigepflicht nach § 138 eingeräumt; vgl. *Familienkomplott-Fall* Nr. 26 E 11ff., A 18f.

4. Demnach blieb nur noch die **subjektive** Tatseite offen (E 13). Zur Kenntnis der Hilfeleistungspflicht vgl. auch den *Schraubenhammer-Fall* BGHSt 19, 295 bei Nr. 29 A 11. Im übrigen vgl. zum Vorsatz bei Unterlassungsdelikten auch *Streupflicht-Fall* Nr. 25 A 39ff.

14 **III. Strafbarkeit des S.**

Dieser hat sich bereits durch die mit dem Messerstich zugefügten *Verletzungen* strafbar gemacht: ob im Hinblick auf den daraus resultierenden Tod des V nur wegen §§ 223, 226, 18 oder gar wegen §§ 211, 212, die Entscheidung dieser Frage hängt von seinem Wissen und Wollen im Zeitpunkt des Messerstiches ab.

– Die Frage der nachfolgenden *Hilfeverweigerung* ist nach den gleichen Grundsätzen zu entscheiden wie bei A; demgemäß wäre auch S noch nach § 323c bzw. (bei entsprechendem Vorsatz) wegen versuchter Tötung strafbar. – Zum Verhältnis von § 323c zu einem vorangegangenen Verletzungsdelikt instruktiv der *Kopfsteinpflaster-Fall* BGHSt 14, 282; dazu *Oehler* JuS 1961, 154ff.

A 15 **Schrifttum:** Außer der zu den Fällen Nr. 25–29 angeführten Literatur vgl. ferner *Furtner,* Hilfeleistung nach § 330c trotz Gefahr eigener strafgerichtlicher Verfolgung, NJW 1961, 1196; Meister, Echtes und unechtes Unterlassungsdelikt, MDR 1953, 649; *Pfannmüller,* Die vorsätzliche Begehungstat und der § 330c, *MDR 1973, 725; Ulsenheimer,* Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei eigener Strafverfolgung, GA 1972, 1; *Welzel,* Zur Dogmatik der echten Unterlassungsdelikte, insbesondere des § 330c, NJW 1953, 327.

Verwirklichungsstufen des Verbrechens – Strafgrund und Elemente des Versuchs – Abgrenzung gegenüber bloßen Vorbereitungshandlungen

BGHSt 22, 80: Lenkradschloß-Fall

4 StR 559/67 v. 19. 1. 1968 = NJW 1968, 1100

SV **Sachverhalt:** Der A wollte sich für eine Fahrt einen Pkw verschaffen. Dazu untersuchte er in zwei Fällen jeweils einen Kraftwagen und rüttelte an dessen Vorderrädern. Er wollte auf diese Weise feststellen, ob das Lenkrad durch ein Schloß versperrt sei. Bei nicht eingerastetem Lenkradschloß beabsichtigte er, den PKW sofort zu nehmen. Die Fahrzeuge entsprachen jedoch in beiden Fällen nicht seinen Wünschen. Daher ließ er von seinem Vorhaben ab.

P **Zur Problemstellung:** Gegen seine Verurteilung wegen versuchter Gebrauchsentwendung (§§ 248 b, 22) wendet der A ein, daß in der Untersuchung der Fahrzeuge auf ihre Tauglichkeit lediglich eine straflose Vorbereitungshandlung zu sehen sei. Mit Recht? Die Annahme eines Versuchs würde nach § 22 zweierlei voraussetzen:

– Subjektiv die „Vorstellung" einer bestimmten Tat i. S. eines *endgültigen Tatentschlusses*. Spielt es dabei eine Rolle, daß der Tatentschluß noch von einer Bedingung (Nichtvorhandensein eines Lenkradschlosses) abhängig war? Muß der Entschluß auf ein bestimmtes Auto gerichtet sein?

– Objektiv eine *Ausführungshandlung* i. S. eines „unmittelbaren Ansetzens zur Tatbestandsverwirklichung". Muß dafür der Täter bereits Tatbestandsmerkmale verwirklicht haben? Wo liegen die entscheidenden Kriterien?

Obgleich sich der Wortlaut des jetzigen § 22 gegenüber dem entsprechenden § 43 a. F. geändert hat, sind die wesentlichen Versuchskriterien sachlich die gleichen geblieben.

E 1 **Aus den Gründen: [81]** „Die Annahme des LG, der A habe in beiden Fällen versucht (§ 43 [a. F.; § 22]), ein Kraftfahrzeug unbefugt in Gebrauch zu nehmen, begegnet keinen rechtlichen Bedenken ... In beiden Fällen (liegt) schon deshalb ein Versuch vor, weil der A durch seine eigenen Handlungen – das Rütteln an den Vorderrädern der Fahrzeuge – mit
2 der Ausführung der Straftaten begonnen hat. Zum Anfang der Ausführung einer strafbaren Handlung (§ 43 [a. F.; vgl. § 22]) gehört nicht notwendig die Verwirklichung eines
3 Tatbestandsmerkmales. Vielmehr genügt es, wenn eine tätige, das geschützte Rechtsgut unmittelbar gefährdende Beziehung zum Angriffsgegenstand hergestellt wird (BGHSt 4, 333/4), wenn die Handlungsweise des tatentschlossenen A einen derartigen unmittelbaren Angriff auf das geschützte Rechtsgut enthält, daß es dadurch bereits gefährdet und die unmittelbar sich anschließende Herbeiführung des Enderfolges nahegerückt ist (BGHSt 2, 380/1). Die Ingebrauchnahme der Kraftfahrzeuge durch den A erforderte deren
4 Wegnahme, sollte also durch diebstahlsähnliche Handlungen erfolgen. Die rechtliche Beurteilung seiner Handlungsweise als Versuch hängt daher, ähnlich wie beim Diebstahl, davon ab, ob er mit dem Willen zur Wegnahme bereits den Gewahrsam der Berechtigten an ihren Fahrzeugen gefährdet hat. Das hat die StrK ohne Rechtsirrtum bejaht.

5 **[82]** Nach den Urteilsfeststellungen war der Angriff des A jeweils gegen ein ganz bestimmtes Fahrzeug gerichtet. In beiden Fällen war er bereits entschlossen, den ins Auge gefaßten Kraftwagen für die geplante Fahrt wegzunehmen. Der A rüttelte an den Vorderrädern, um festzustellen, ob das Lenkrad durch ein Schloß versperrt war. Beim Fehlen eines solchen Hindernisses wollte er sich unmittelbar anschließend des Fahrzeugs bemächtigen. In diesem Verhalten hat die StrK mit Recht den Anfang der Ausführung der
6 Wegnahme gesehen. Es war ein gezielter Angriff auf eine bestimmte als Tatobjekt ins Auge gefaßte Sache: es war nach der Vorstellung des A zur Herbeiführung des Enderfolges geeignet und führte bereits sehr nahe an die Verletzung des fremden Gewahrsams
7 heran. Der A hatte sich nicht etwa die Wahl zwischen mehreren Fahrzeugen vorbehalten und deshalb an den Vorderrädern gerüttelt, um einen für sein Vorhaben besonders geeigneten, leicht zu entwendenden Kraftwagen herauszufinden. In diesem Fall läge nur
8 eine Vorbereitungshandlung vor. Vielmehr richtete sich sein Entschluß jeweils auf die Wegnahme eines bestimmten Wagens. Die Gefährdung des Gewahrsams der Berechtigten ergibt sich aus dem engen zeitlichen Zusammenhang zwischen dem Rütteln an den
9 Vorderrädern und der geplanten anschließenden Entwendung der Fahrzeuge. So hat der BGH MDR 58, 12 entschieden, daß bereits das Befühlen der Manteltaschen eines einsteigenden Straßenbahnfahrgastes durch einen Taschendieb, um festzustellen, ob eine Geldbörse darin ist, versuchter Diebstahl und nicht bloß eine Vorbereitungshandlung ist.

E Auch in diesem Urteil ist dem engen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Handlung des Täters und dem beabsichtigten Diebstahl wesentliche Bedeutung für die Abgrenzung des Versuchs von der Vorbereitungshandlung beigemessen worden".
[Im Ergebnis wurde daher die Verurteilung wegen Versuches von § 248b bestätigt].

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:**

I. Verwirklichungsstufen der Straftat

1 1. Während in den vorangegangenen Fällen der vom Täter angestrebte tatbestandsmäßige Erfolg regelmäßig eintrat, kurz: die Tat zur „Vollendung" kam, steht in diesem und in den folgenden Fällen der „Versuch" im Mittelpunkt. Schon an diesen beiden denkbaren Verwirklungsstufen zeigt sich, daß die Straftat nicht als punktuelles Ereignis, sondern als ein *Handlungsprozeß* zu begreifen ist, der im Zuge seiner Realisierung verschiedene **Stadien** durchläuft (vgl. *Kühl* JuS 1979, 718 ff.). Um hier nur die wichtigsten Markierungspunkte zu nennen:

2 – die *Idee* zum Handeln überhaupt;
– die Konkretisierung der Planung auf eine bestimmte Tat: *„Entschluß"*;
– die *„Vorbereitung"* der Tatausführung;
– das (unmittelbare) Ansetzen zur Tatverwirklichung: *„Ausführungshandlung"*;
– Durchführung und *„Vollendung"* (Verwirklichung aller Merkmale eines Straftatbestandes, einschließlich des tatbestandsmäßigen Erfolges);
– die *„Beendigung"*: tatsächlicher Abschluß der möglicherweise über die rechtliche Vollendung noch hinausreichenden Absicht: z. B. Sicherung der Diebstahlsbeute; tatsächliche Erlangung der durch den Betrug erstrebten Bereicherung (vgl. auch A 12).
– Oder aber umgekehrt: der Täter nimmt Abstand von der vollen Verwirklichung seiner bereits begonnenen Tat: *„Rücktritt"*.

3 2. Für den Gesetzgeber stellt sich hier die Frage, innerhalb welcher Spanne ein derartiger **Handlungsprozeß strafrechtlich erfaßt** werden soll. Die Antwort darauf hängt entscheidend von der Schutzaufgabe des Strafrechts ab: Je stärker die Sanktionierung *personalen* Unrechts in den Vordergrund gerückt wird, desto weiter ist die Strafbarkeit bereits in den subjektiven Planungs- und Entschlußbereich vorzulegen; je mehr man sich auf einen *objektiven* Rechtsgüterschutz beschränkt, desto größeres Gewicht wird auf die äußere Realisierung des Entschlusses zu legen sein. Das StGB geht dabei einen Mittelweg:

4 a) Die im persönlichen Internum des Täters bleibende **Idee zur Tat** ist strafrechtlich völlig *irrelevant;* denn anders als in der Ethik gilt für das Strafrecht der Satz: „Die Gedanken sind frei".

5 b) Auch der **Entschluß** als solcher zu einer bestimmten Tat bleibt grundsätzlich *straflos.*
– Hier ist jedoch bereits eine wichtige Ausnahme zu beachten: Sofern der Entschluß auf ein *Verbrechen* (i. e. S.) gerichtet ist und zwischen mehreren Personen gefaßt wird bzw. anderen gegenüber erklärt oder von diesen angenommen wird, kann damit schon der Bereich zum Strafbaren überschritten sein: vgl. §§ 30 II, 98 I Nr. 2, 99 I Nr. 2. Näher dazu *Meuterei-Fall* Nr. 48.

6 c) Selbst die **Vorbereitung** der Tatausführung bleibt prinzipiell noch *straflos.* – Doch gibt es auch hier Ausnahmen, in denen schon die Vorbereitung einer Straftat besonders unter Strafe gestellt wird: so etwa in §§ 80, 83, 87, 96, 98, 99, 310a, 311b.

7 d) Der allgemein entscheidende Einschnitt wird aber spätestens dann erreicht, wenn der Täter „zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt" (so die heutige Formulierung in § 22). Mit dieser objektiv manifestierten Realisierung des subjektiven Tatentschlusses wird das Verhalten als **Versuch** grundsätzlich strafrechtlich relevant. Freilich auch dies nur in einer je nach Tatschwere abgestuften Weise:

8 – bei *Verbrechen* (i. S. von § 12 I) ist der Versuch *generell* strafbar (§ 23 I Alt. 1);
– bei *Vergehen* nur in *speziellen* Fällen, nämlich dann, wenn der Versuch bei dem entsprechenden Tatbestand ausdrücklich unter Strafe gestellt ist (§ 23 I Alt. 2). Entsprechendes gilt für Ordnungswidrigkeiten (§ 13 II OWiG).

9 e) Einen gleichsam ambivalenten Zeitraum stellt die Durchführungsphase bis zur tatbestandlichen **Vollendung** der Tat dar; denn bis zu deren Eintritt bleibt dem Täter in der Regel die Möglichkeit des strafbefreienden Rücktritts (§ 24).
– Läßt er diese „Gnadenfrist" verstreichen, ohne den tatbestandlichen Erfolgseintritt zu verhindern, so ist die Tat als „vollendet" strafbar.

10 – Grundsätzlich überhaupt keinen Anwendungsbereich dürfte die Rücktrittsvorschrift des § 24 jedoch bei solchen Delikten haben, bei denen die Durchführungsphase

A zwischen Anfang der Ausführung und Vollendung fehlt. Das ist namentlich bei *Unternehmensdelikten* der Fall, wo Versuch und Vollendung formell gleichgestellt sind, also Vollendung bereits mit Versuchsbeginn vorliegt (vgl. die Legaldefinition in § 11 I Nr. 6; ferner etwa die §§ 81–83 a, 316 a). Hier ist allerdings generell zweifelhaft, wieweit die §§ 22 ff. noch Anwendung finden können (dazu einerseits *Schröder* Kern-FS S. 457 ff., andererseits *Burkhardt* JZ 1971, 352 ff.).

11 – Freilich bestehen auch im Bereich der Unternehmenstatbestände, ebenso wie bei anderen Deliktskonstruktionen, welche die Strafbarkeit sehr weit vorverlegen, **besondere Rücktrittsregelungen** (so etwa bei Unternehmensdelikten § 316 a II, bei Gefährdungsdelikten § 310; vgl. ferner § 31).

12 d) Obgleich die Vollendung den rechtlichen Abschluß der Tatbestandsverwirklichung markiert, gibt es doch eine Reihe von Delikten oder Tatsituationen, bei denen auch noch die „tatbestandliche Nachzone" bis zur sog. **Beendigung** für verschiedene Rechtswirkungen Bedeutung erlangen kann. So ist bis zum Eintritt der Beendigung namentlich noch möglich:

- eine *Tatbeteiligung* (in Form sukzessiver Mittäterschaft oder Beihilfe): vgl. *Verkaufsbuden-Fall* Nr. 40 A 4 ff.;
- eine Zurechnung neu eintretender *Qualifizierungsgründe* (vgl. *Kartoffelkeller-Fall* StrafR IV Nr. 7 A 49);
- die Annahme von *Handlungseinheit.*

Als Deliktsgruppen, bei denen der Zeitpunkt der Vollendung von dem der Beendigung unterschieden werden kann, kommen insbes. *Dauerdelikte* sowie solche Tatbestände in Betracht, bei denen der *Vollendungseintritt* aus kriminalpolitischen Gründen *vorverlegt* ist: kupierte Erfolgsdelikte, Gefährdungsdelikte, Unternehmensdelikte (dazu A 10). Instruktiv zur Abgrenzung, Vollendung/Beendigung der *Unfallzettel-Fall* BayObLG, NJW 1980, 412. Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Jescheck* Welzel-FS S. 683 ff., *S/S-Eser* 4 ff. vor § 22.

13 **II. Aufbau und Grundelemente des Versuchs.**

Im vorliegenden Fall standen Fragen zum „Entschluß" und zur „Ausführungshandlung" im Vordergrund; dabei handelt es sich um zwei wesentliche Versuchselemente, die der BGH als RevG unmittelbar angehen konnte. In Fallbearbeitungen hingegen sind bei Versuch im wesentlichen folgende **Prüfungsstationen** einzuhalten:

1. Vorprüfung:

14 a) Die Feststellung der **Nichtvollendung des Delikts.** Dies ist deshalb erforderlich, weil der Versuch schon begrifflich den Nichteintritt der Vollendung voraussetzt. Dieses gleichsam *negative* Versuchselement ergibt sich in der Regel aus dem Ausbleiben des tatbestandsmäßigen Erfolges bzw. dem Fehlen eines sonstigen *Tatbestandsmerkmals:* So kann es z. B. bei § 242 an der Wegnahme fehlen, wenn der Gewahrsamsinhaber, um einen Diebstahlverdächtigen überführen zu können, mit dem Ergreifen der Sache durch den Täter einverstanden ist (vgl. *Krankenhelferin-Fall* BayObLG NJW 1979, 729 sowie StrafR IV Nr. 2 A 46 f.). Doch kann sich die Nichtvollendung u. U. auch aus *subjektiven* Mängeln ergeben, wie etwa bei Nichtzurechenbarkeit des Erfolgs bei aberratio ictus (vgl. StrafR I Nr. 18 A 11 ff.). Zu sonstigen Nichtvollendungsfällen vgl. *Kühl* JuS 1980, 122 f., *S/S-Eser* § 22 Rdnr. 6 ff.

– Soweit (wie im vorliegenden Fall) die Nichtvollendung offensichtlich ist, bedarf es dazu in *Fallbearbeitungen* keiner näheren Begründung. Soweit dagegen zweifelhaft ist, ob der tatbestandliche Erfolg eingetreten oder ausgeblieben ist (z. B. eine Vermögensschädigung beim Betrug), ist der Nichteintritt der Vollendung ausdrücklich festzustellen, bevor man sich der Prüfung der weiteren Versuchselemente zuwendet:

b) Die Feststellung, daß der **Versuch** des fraglichen Delikts **überhaupt strafbar** ist (dazu A 8). Auch dafür genügt in der Regel ein einziger Satz (zu Sonderfällen vgl. *Kühl* JuS 1980, 123 f.).

15 Sodann setzt die eigentliche Versuchsprüfung ein, nämlich:

2. Der *subjektive* Versuchstatbestand i. S. eines **„Tatentschlusses"** (dazu A 16 ff.).

3. Der *objektive* Versuchstatbestand durch **„unmittelbares Ansetzen** zur Tatbestandsverwirklichung" (dazu A 27 ff.).

4. *Unrechtsausschluß* durch etwaige **Rechtfertigungsgründe** (dazu A 62).

5. Verschulden (dazu A 63).

6. Ein etwaiger *Strafaufhebungsgrund* durch **Rücktritt** (dazu A 64).

A 16 **III. Der subjektive Versuchstatbestand: „Entschluß"** zur Verwirklichung eines bestimmten Tatbestandes.

A Obgleich der heutige § 22 im Unterschied zu § 43 a. F. nicht mehr von „Entschluß", sondern nur noch von des Täters „Vorstellung von der Tat" spricht, hat sich dadurch doch sachlich nichts geändert (vgl. *S/S-Eser* § 22 Rdnr. 12f.). *Systematische Vorfrage*: Warum wird beim Versuch – in Abweichung vom vollendeten Delikt – mit den *subjektiven* anstelle der objektiven Voraussetzungen begonnen? Beim Versuch bleibt das äußere Geschehen hinter dem Plan oder der Vorstellung des Täters zurück, der objektive Tatbestand ist also lückenhaft. Erst der subjektive Entschluß gibt daher Auskunft darüber, welcher Tatbestand überhaupt verwirklicht werden sollte. Das hat namentlich folgende Konsequenzen:

17 1. Der **Inhalt des Entschlusses** ist praktisch identisch mit dem des *Vorsatzes: das kognitive* Vorsatzelement läßt sich aus der „Vorstellung" des Täters von seiner Tat, das *voluntative* aus dem „Ansetzen" zur Verwirklichung der vorgestellten Tat entnehmen (vgl. aber auch A 25). Das bedeutet, daß der Täter alle (objektiven und subjektiven) Tatbestandsmerkmale in seinem Wissen und Wollen antizipiert haben muß, wie sie sonst vom Vorsatz umfaßt sein müssen (vgl. StrafR I Nr. 3 A 29f., Nr. 16 A 2ff.).

18 – *Negativ* ausgedrückt: alles, was beim vollendeten Delikt zur Verneinung des Vorsatzes führt, läßt beim Versuch den Entschluß entfallen: so insbesondere etwa auch der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes nach der eingeschränkten Schuldtheorie (vgl. StrafR I Nr. 14 A 25ff.).

19 – Ist im Einzelfall problematisch, ob es sich noch um einen (strafbaren) *untauglichen Versuch* (dazu *Vierkantholz-Fall* Nr. 34 A 37ff.) oder bereits um ein (strafloses) *Wahndelikt* handelt (dazu *Finanzierungsbüro-Fall* Nr. 36), so wäre im Rahmen des Entschlusses der richtige Prüfungsort.

20 – Auf den *vorliegenden* Fall angewandt erscheint das inhaltliche *Kenntniselement* des Entschlusses zweifellos gegeben; denn A wußte sowohl um die Fremdheit des Fahrzeugs als auch um die Unbefugtheit der geplanten Ingebrauchnahme. – Indes: Welche Bedeutung kommt dem Umstand zu, daß A die Entwendung noch vom Zustand des Lenkradschlosses abhängig gemacht hatte? Damit ist das *voluntative* Entschluß-Kriterium angesprochen:

21 2. Die subjektive **Unbedingtheit des Entschlusses.** Sofern der Täter nicht unter allen Umständen und ohne jeden Vorbehalt zur Ausführung seines Tatplanes entschlossen ist, stellt sich die Frage, ob bei Abhängigkeit der Tatausführung von etwaigen *Bedingungen* von einem strafrechtlich relevanten Entschluß überhaupt die Rede sein kann. Der BGH hat im vorliegenden Fall von dieser Frage keinerlei Notiz genommen. Zu Recht? In der Tat schließt nicht jede Art von Bedingung die Wirksamkeit des Entschlusses aus; vielmehr wird mit der h. M. zweierlei zu *unterscheiden* sein:

22 a) Zum einen der *„bedingte Handlungswille"*. Ein solcher läge vor, wenn der Täter die Tat nicht nur von *objektiven* (d. h. seinem Einfluß entzogenen) Bedingungen abhängig macht, sondern sich auch noch *subjektiv* die endgültige Entscheidung über die Tatausführung vorbehalten hat (vgl. *Axt-Fall* BGH b. Holtz MDR 1980, 271; näher *Meuterei-Fall* Nr. 48 A 19ff.). Bei einem solchen subjektiven Vorbehalt wäre noch nicht jener Grad von Gefährlichkeit erreicht, wie er für ein Eingreifen des Strafrechts vorauszusetzen ist; dies ist vielmehr erst dann der Fall, wenn durch die subjektive Unbedingtheit des Tatentschlusses bereits eine ernstliche Selbstbindung eingetreten ist. Deshalb wird für die Beachtlichkeit des Entschlusses zu Recht mindestens **subjektiv unbedingter Handlungswille** verlangt (vgl. *S/S-Eser* § 22 Rdnr. 17ff. m. N.; teils abw. *Arzt* JZ 1969, 54).

23 b) Anders steht es dagegen mit dem sog. **„bedingten Entschluß".** Bei diesem ist die Tatausführung lediglich von *objektiven* Bedingungen abhängig, der Täter jedoch *subjektiv endgültig entschlossen.* Ähnlich wie für Vorsatz schon ein derartiger dolus eventualis genügt (StrafR I Nr. 3 A 39ff.), wird auch für Versuch ein derart „bedingter Entschluß" für ausreichend angesehen (vgl. *Kühl* JuS 1980, 274ff.).

In diesem Sinne bereits **RGSt 16, 133/5** *(Prolongations-Fall),* wo der A ein gefälschtes Akzept auf einen Wechsel gesetzt hatte, den Wechsel jedoch nur für den Fall gebrauchen wollte, daß die Prolongation eines anderen von ihm ausgestellten Wechsels notwendig und möglich würde:

„Die Unsicherheit des Eintritts jener tatsächlichen Voraussetzungen [nämlich Notwendigkeit der Prolongation] läßt das Vorhandensein des Entschlusses als solchen völlig unberührt und vielmehr nur die Verwirklichung desselben ungewiß erscheinen." – Ebenso BGHSt 12, 306 *(Meuterei-Fall)* Nr. 48 A 23ff.

24 – Auch *vorliegend* dürfte der BGH stillschweigend von der gleichen Fallgestaltung ausgegangen sein; danach war es für den Entschluß des A unerheblich, daß er die

A Tatausführung noch von Bedingungen abhängig gemacht hatte; es reichte aus, daß er für den Fall des Bedingungseintritts fest zur Tat entschlossen war (E 5/6).

25 c) Zweifelhaft ist allerdings, ob – wie Rspr. und h. L. annehmen – auch der *bedingte* Vorsatz vorbehaltlos in die Gleichstellung von Entschluß und Vorsatz einbezogen werden kann (vgl. dazu die abl. Auffassung von *Lampe* NJW 1958, 333 sowie *Schmidhäuser* 15/25; ferner *Stilett-Fall* Nr. 33 A 42ff.). Jedenfalls ist „Endgültigkeit" nicht unbedingt i. S. von „unwiderruflich" oder als frei von jeglichen Schwankungen zu verstehen, sondern bereits dann anzunehmen, wenn die zur Deliktsbegehung drängenden Motive gegenüber etwaigen Hemmungen bereits das Übergewicht erlangt haben (*Roxin* JuS 1979, 2).

26 *Zwischenergebnis:* Liegt ein inhaltlich bestimmter und wenigstens subjektiv unbedingter Handlungswille vor, so ist die subjektive Tatbestandsprüfung des Versuchs abgeschlossen und die im Mittelpunkt des *Lenkradschloß-Falles* stehende Frage nach der objektiven (Teil-)Realisierung des Tatentschlusses zu stellen:

27 **IV. Der objektive Versuchstatbestand: „unmittelbares Ansetzen** zur Tatbestandsverwirklichung" – **Abgrenzung** von (straflosen) **Vorbereitungshandlungen.**

28 Inwieweit hat § 22 etwaige Änderungen gegenüber der Rechtslage vor dem 1. 1. 1975 gebracht? Im wesentlichen keine. Zwar ließ § 43 a. F. insofern viel Raum für unterschiedliche Versuchs- und Abgrenzungstheorien, als für den Versuchsbeginn genügte, daß der Täter seinen Entschluß durch Handlungen betätigt hat, die einen „Anfang der Ausführung" enthalten. Doch auch die Formel des § 22 vom „unmittelbaren Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung" wird sich bei genauerem Hinsehen kaum als wesentlich klarer erweisen. Daher hängt die Abgrenzung von bloßer Vorbereitungshandlung und Versuchsbeginn auch weiterhin maßgeblich davon ab, worin man den **Strafgrund des Versuchs** erblickt. Denn je nach dessen Deutung kann sich auch die Grenzlinie zwischen Vorbereitungshandlung und Versuchsbeginn mehr ins Objektive oder ins Subjektive verschieben. Für die dogmatische Entwicklung, auf deren Hintergrund auch § 22 zu sehen ist, waren namentlich folgende *Versuchstheorien* bedeutsam:

29. 1. Die sog. **objektiven Versuchslehren,** wie sie etwa noch von *Dohna, v. Liszt-Schmidt* (und neuerdings wieder von *Spendel*) vertreten werden, erblicken den Strafgrund des Versuchs in der *konkreten Gefährdung* des geschützten Handlungsobjekts: Nicht im verbrecherischen Willen des Täters, sondern in der Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts liegt der Anknüpfungspunkt.

30 Dementsprechend wurde der „Anfang der Ausführungshandlung" soweit wie möglich an die *Tatbestandsverwirklichung* herangerückt; es wurde verlangt, daß der Täter zumindest mit der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals begonnen hatte: *„formell-objektive" Abgrenzungstheorie.* Auf der gleichen Linie liegt die Beschränkung der Strafbarkeit auf *taugliche* Versuchshandlungen (vgl. *Vierkantholz-Fall* Nr. 34 A 40). – Konsequenz für den vorliegenden Fall? Da im Rütteln an den Vorderrädern keinesfalls schon die Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals des § 248b, sondern lediglich eine Untersuchung des für die Entwendung ins Auge gefaßten Diebstahlobjekts gesehen werden kann, wäre Versuch zu verneinen (E 2).

31 2. Demgegenüber sehen die sog. **subjektiven Versuchslehren** den Strafgrund in der Betätigung der *rechtsfeindlichen Gesinnung:* so weithin die Rspr und h. L. (vgl. etwa *Baumann* § 32 I 2c, II 1; ferner *Lackner, Schmidhäuser, Schröder).*

31a Damit wird nicht nur der *untaugliche* Versuch (weil immerhin eine verbrecherische Willenstendenz zum Ausdruck bringend) strafbar, sondern auch die vorliegende Abgrenzungsfrage vom subjektiven Vorstellungsbild des Täters über den Anfang der Ausführung abhängig. Vgl. etwa BGHSt 6, 302/3, wo bereits in der bloßen Verabredung mit einem Kind eine versuchte Verleitung zu unzüchtigen Handlungen gesehen wurde. Hier wie auch in anderen Fällen wirkt sich die rein subjektive Theorie meist dahingehend aus, daß noch weitentfernte Vorbereitungshandlungen bereits als Versuchsbeginn qualifiziert werden (vgl. *S/S-Eser* 21 vor § 22) – Zweifellos wäre vorliegend im Rütteln an den Rädern bereits eine Betätigung der rechtsfeindlichen Gesinnung zu erblicken.

32 3. Wegen der Einseitigkeit der rein objektiven bzw. subjektiven Betrachtungsweise sind seit längerem sog. **vermittelnde Versuchslehren** im Vordringen:

33 a) So etwa die sog. **„Tätertheorie"** welche auf die Gefährlichkeit des Täters, wie sie im Täterplan zum Ausdruck kommt, abstellt (*Bockelmann, Engisch, Kohlrausch-Lange* III 4 vor § 43). Freilich ist diese Theorie in erster Linie zur Eingrenzung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs entwickelt worden; für die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch hingegen dürfte ihr kaum eigenständige Bedeutung zukommen.

34 b) Insoweit wesentlich bedeutsamer ist dagegen die sog. **„Eindruckstheorie"**, wonach

A der Strafgrund des Versuchs zwar im verbrecherischen Willen zu sehen ist; jedoch kann dessen Strafwürdigkeit erst dann bejaht werden, wenn dadurch das Vertrauen der Allgemeinheit auf die Geltung der Rechtsordnung erschüttert und das Gefühl der Rechtssicherheit beeinträchtigt wird (*Blei, Jescheck* § 49 II 3, *M-Gössel* I/2 § 41 I B 4). Auch § 22 dürfte mit dieser Theorie am ehesten erklärbar sein; denn: einerseits ist im Abstellen auf die „Vorstellung" des Täters von seiner Tat (A 16ff.) eine Absage an die objektiven Versuchstheorien zu erblicken; andererseits kommt in dem Erfordernis eines unmittelbaren Ansetzens zur Tatbestandsverwirklichung eine objektive Begrenzung der Versuchsstrafbarkeit zum Ausdruck (vgl. *S/S-Eser* 23 vor § 22; i. Erg. ebenso *Roxin* JuS 1979, 1, *Rudolphi* SK 14 vor § 22, *Wessels* I § 14 I 2).

35 4. Welche Konsequenzen ergeben sich daraus für die zu § 43 a. F. entwickelte **Rspr-Kasuistik?** Welchem Standpunkt ist überhaupt die Rspr, und namentlich die vorliegende Entscheidung, zuzuordnen? Generell bleibt dazu festzustellen, daß die Rspr – den unterschiedlichen Versuchstheorien entsprechend – recht wechselhaft war und dadurch viel zur Unklarheit beigetragen hat (eingehend *Busch* LK[9] § 43 Rdnr. 15ff.). Während anfangs vorwiegend *formell* abgegrenzt wurde (vgl. etwa *Ziegen-Fall* **RGSt 54, 182/3:** „Der Versuch des Diebstahls setzt eine Handlung voraus, die bereits einen Eingriff in fremden Gewahrsam darstellt"), kam später die Schwenkung zu subjektiven Auffassungen (vgl. BGHSt 6, 302: A 31a). Dagegen findet sich in der vorliegenden Entscheidung eine Differenzierung nach individuell-objektiven Kriterien, wie sie sich i. S. der „Eindruckstheorie" (A 34) unschwer mit § 22 in Einklang bringen läßt; denn:

– einerseits distanziert sich der BGH ausdrücklich von dem formellen Abstellen auf eine Tatbestandsverwirklichung (E 2);

– andererseits soll es aber nicht allein auf das subjektive Vorstellungsbild des Täters ankommen; vielmehr findet sich eine *Kombination* von *objektiven* und *subjektiven* Elementen. Danach sind für den Versuchsbeginn folgende Kriterien als wesentlich anzusehen:

36 a) Das **Unmittelbarkeitskriterium,** wie es bei E 3, 6, 8, 9 angesprochen und nunmehr auch in § 22 ausdrücklich normiert ist. Daraus ist vor allem zweierlei zu entnehmen:

37 – Zum einen, daß das *„unmittelbare Ansetzen"* lediglich als *Mindest*voraussetzung für Versuch zu verstehen ist. Demzufolge liegt Versuch jedenfalls immer dann vor, wenn der Täter bereits einen *Teil des Tatbestandes verwirklicht* hat, z. B. bei Raub zwar noch nicht zur Wegnahme kam, aber immerhin das Opfer bereits genötigt hat. (Vgl. aber auch zur fraglichen Abgrenzung bei qualifizierten Delikten und Regelbeispielen A 44.) – Im *Lenkradschloß-Fall* lag eine solche Teilverwirklichung noch nicht vor; deshalb kommt es auf einen anderen Aspekt an:

38 – Indem andererseits § 22 bereits das „unmittelbare *Ansetzen*" genügen läßt, setzt Versuch zwar keine (Teil-)Verwirklichung des Tatbestandes voraus, immerhin aber muß der Täter bereits *unmittelbar* zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben. Soll die damit angestrebte Beschränkung des Versuchsbereichs (vgl. *Jescheck* § 49 IV 1) erreicht werden, so ist eine Versuchshandlung erst dann anzunehmen, wenn **keine weiteren Zwischenschritte** mehr notwendig sind, *um ein Tatbestandsmerkmal zu verwirklichen.* Allerdings ist damit noch offen, wann eine solche Unmittelbarkeit angenommen werden kann: Etwa erst dort, von wo an „jeder weitere Schritt ins Delikt selbst hineinführt"? (*Stratenwerth*[1] 1 Rdnr. 708; ebenso wohl *M-Gössel* I/2 § 41 I B 5). Oder ist etwa mit der bekannten *Frank'schen Formel* auf jene Akte abzuheben, „die vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteil erscheinen"? (§ 43 Anm. II 2d; ähnlich *Baumann* § 33 IV 2c, *Rudolphi* SK § 22 Rdnr. 13 und wohl jetzt auch *Stratenwerth*[2] Rdnr. 665). Doch ganz abgesehen von der Starrheit derart *formaler* Abgrenzungskriterien helfen sie im Grunde nur in den relativ seltenen Fällen weiter, in denen sich das Gesamtgeschehen in klar voneinander absetzbare Einzelakte zerlegen läßt (vgl. *Roxin* JuS 1979, 4). Deshalb wird auch künftig nicht ohne gewisse materielle, am Gefährdungsgrad ausgerichtete Aspekte auszukommen sein (näher *S/S-Eser* § 22 Rdnr. 40f.). Damit kommt als weiteres Kriterium ins Spiel:

39 b) Das **Gefährdungskriterium:** Danach muß durch die Handlung des Täters bereits eine „das Rechtsgut gefährdende Beziehung zum Angriffsgegenstand" hergestellt sein (E 3). Gewiß ist auch der Gefahrbegriff seinerseits recht unbestimmt (vgl. *Rudolphi* SK § 22 Rdnr. 10); wie sich aber nicht zuletzt bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei actio libera in causa, bei Unterlassungsdelikten und bei mittelbarer Täterschaft zeigt (unten A 47ff.) und wohl auch der „Eindruckstheorie" entspricht, würde das formale Abstellen auf den „letzten Schritt" vor der Tatbestandsverwirklichung im Vordergründigen steckenbleiben, wenn dabei nicht auch der Gefährdungsgrad berück-

A sichtigt würde. Daher ist der **Versuchsbeginn** bei solchen *Handlungen* anzusetzen, die *geeignet* erscheinen, *ohne wesentliche weitere Zwischenschritte* eine tatbestandsmäßige *Gefährdung des betroffenen Rechtsguts* herbeizuführen (*S/S-Eser* § 22 Rdnr. 39 f.; i. gl. S. *Blei* JA 1976, 103, *D-Tröndle* § 22 Rdnr. 11, *Lackner* § 22 Anm. 1b, *D. Meyer* JuS 1977, 21 f., *Sonnen* JA 1979, 334). Doch bleibt dabei zu beachten, daß eine solche Gefährdung jeweils nur für den *konkreten* Tatbestand, nämlich im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut festgestellt werden kann. Daher wäre bei § 248b die Frage zu stellen, ob durch das Rütteln an den Lenkrädern bereits eine unmittelbare Gewahrsamsgefährdung eingetreten ist. Bevor dies beantwortet sei, ist noch auf ein drittes Abgrenzungskriterium hinzuweisen:

40 c) Das **Tatplan-Kriterium** (E 6): Indem § 22 auf die „Vorstellung des Täters von seiner Tat" abhebt, ist klargestellt, daß das unmittelbare Ansetzen nicht aus der objektiven Sicht eines neutralen Beobachters, sondern nach dem Tatplan des Täters zu beurteilen ist. Demgemäß kommt es jeweils darauf an, ob in der fraglichen Ausführungshandlung nach der Planperspektive des Täters bereits eine unmittelbare Gefährdung des betroffenen Rechtsguts zu erblicken ist.

41 – Um jedoch einem möglichen Mißverständnis vorzubeugen: Das Abstellen auf die Tätervorstellung bedeutet *nicht* etwa, daß es darauf ankäme, wie der Täter sein Verhalten *rechtlich beurteilt;* vielmehr ist die Tätervorstellung lediglich die tatsächliche Basis für die (objektiv) rechtliche Beurteilung der Frage, ob bereits ein unmittelbares Ansetzen vorliegt, oder nicht (vgl. auch *Blei* JA 1975, 96 sowie *S/S-Eser* § 22 Rdnr. 34). Somit werden durch das Tatplankriterium die objektiven Unmittelbarkeits- und Gefährdungskriterien lediglich *subjektiv relativiert.*

41a d) Nach diesen Kriterien ist auch schon die **neuere Rspr.** zu § 43 a. F. verfahren. Welchen Kurs sie künftig einschlagen wird, ist im Moment noch nicht abzusehen. Während manche Obergerichte den Gefährdungsgedanken allein oder mindestens ergänzend mitheranziehen (vgl. etwa OLG Köln MDR 1975, 948, OLG Hamm JMBl NRW 1976, 20), steuert der BGH einen mehr formalen Kurs (vgl. A 38).

Charakteristisch dafür *Schlüsselbeschaffungs-Fall* **BGHSt 28, 162,** wo sich der A für bestimmte, auf dem Gelände einer Kfz-Werkstatt stehende Fahrzeuge Nachschlüssel angefertigt hatte, um sie bei günstiger Gelegenheit aufschließen und entwenden zu können, wozu es dann freilich nicht mehr kam. Gegen die Annahme von Diebstahlsversuch durch die StrK führt der BGH aus: **[163]** Unmittelbares Ansetzen ist „nicht erst der Fall, wenn der Täter ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht, sondern schon dann, wenn er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan der Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals vorgelagert sind und in die Tatbestandshandlung unmittelbar einmünden. Das Versuchsstadium erstreckt sich dementsprechend auf Handlungen, die im ungestörten Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen sollen oder die im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen (vgl. BGHSt 22, 80/2 [Lenkradschloß-Fall]. Dies ist dann der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum ‚jetzt geht es los' überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so daß sein Tun ohne Zwischenakte in die Tatbestandserfüllung übergeht (BGHSt 26, 201 [Strumpfmasken-Fall]). Bei Anwendung dieser Grundsätze ist eine Verurteilung des A wegen Versuchs nicht gerechtfertigt. Der A hat zwar in allen diesen Fällen Tätigkeiten vorgenommen, die auf die beabsichtigten Diebstähle gerichtet waren. Er hatte sich jeweils Nachschlüssel für die auf dem Gelände einer Kfz-Werkstatt ausgesuchten Fahrzeuge beschafft, und er hat sich ferner nach der Anschrift des jeweiligen Fahrzeughalters und Eigentümers erkundigt und durch Telefonanrufe versucht, den augenblicklichen Standort der Fahrzeuge in Erfahrung zu bringen. Diese Maßnahmen waren nach seinem Tatplan notwendig, um den richtigen Augenblick für die Ausführung der Taten bestimmen zu können. ... In allen diesen Fällen handelte es sich **[163]** um wichtige Vorbereitungsmaßnahmen, die zu ergreifen der A vor der Tatdurchführung für notwendig hielt. Die Vorbereitungen waren indes noch nicht so weit gediehen, daß das Tun des A ohne weitere Zwischenakte unmittelbar in die Verwirklichung der Straftatbestände hätte einmünden können. In [zwei] Fällen war dem A der augenblickliche Standort der Fahrzeuge nicht bekannt. Deshalb fehlte es bereits an den objektiven Voraussetzungen für eine unmittelbar bevorstehende Tatausführung. Der A konnte daher hier die Schwelle zum ‚jetzt geht es los' noch nicht erreicht haben. [In einem anderen Fall] hatte sich der A den Nachschlüssel beschafft und das frühere Kennzeichen des Fahrzeugs in Erfahrung gebracht, er kannte hier auch den Standort des Diebstahlsobjekts, jedoch hatte er sich noch nicht einmal auf den Weg gemacht, um das Fahrzeug zu entwenden."

In diesem Fall wäre selbstverständlich auch nach der hier vertretenen Auffassung (A 39) Versuch zu verneinen gewesen, nachdem in der Anfertigung von Nachschlüsseln noch keine unmittelbare Gefährdung der betroffenen Fahrzeuge liegt, sondern dafür als weiterer wesentlicher Zwischenschritt erst noch das Einführen des Schlüssels erforder-

A lich wäre (vgl. *Sonnen* JA 1979, 334). Dagegen war in dem vom BGH zitierten *Strumpfmasken-Fall* BGHSt 26, 201 zu Recht Raubversuch bejaht worden, da der vor der Haustüre wartende Räuber nur noch auf das heraustretende Opfer hätte einzuschlagen brauchen (vgl. dazu auch die Anm. von *Blei* JA 1976, 313, *Gössel* JR 1976, 249, *D. Meyer* JuS 1977, 19, *Otto* NJW 1976, 578). Vgl. ferner *Poststelle-Fall* BGH GA 1980, 24f. m. Anm. *Borchert* JA 1980, 254.

42 e) **Fazit** für den vorliegenden *Lenkradschloß-Fall?* Hier wäre heute Versuch jedenfalls dann zu verneinen, wenn zur Untersuchung des Fahrzeugs auf seine Tauglichkeit durch das Rütteln an den Rädern als weiterer wesentlicher Zwischenschritt noch das Aufbrechen hinzukommen müßte, um sich in den Besitz des Fahrzeugs zu setzen (i. Erg. ebenso *Dreher*[37] § 22 Rdnr. 16) während *Bockelmann* I § 27 III 2c, *D-Tröndle* § 22 Rdnr. 13 und *Rudolphi* SK § 22 Rdnr. 16 im *Lenkradschloß-Fall* bereits Versuch bejahen würden). – Unzweifelhaft ist Versuch etwa dann anzunehmen, wenn der Täter über die Untersuchung hinaus bereits auf das Objekt einzuwirken beginnt, so etwa dadurch, daß er die Fensterscheiben mit Seife beschmiert, damit sie beim Eindrücken nicht klirren (RGSt 54, 36). Vgl. ferner die Rspr-Übersicht bei *S/S-Eser* § 22 Rdnr. 43ff.

5. Exkurs: Versuchsbeginn in Sonderfällen (vgl. auch die Falltypik von *Roxin* JuS 1979, 3ff.).

43 **A.** Wie wäre zu entscheiden, wenn in dem bei E 7 angenommenen Fall sich der A zwischen mehreren Fahrzeugen die **Wahl vorbehalten** und nur deshalb an den Vorderrädern gerüttelt hätte, um einen für sein Vorhaben besonders geeigneten PKW zu finden? Wäre dann tatsächlich Versuch zu verneinen? Wenn ja, mit welcher Begründung? Würde es etwa an der Unbedingtheit des Handlungswillens fehlen? Vgl. dazu A 16ff. Oder wäre, wie offenbar der BGH meint, die Unmittelbarkeit der Gefährdung zu verneinen? – Oder aber handelt es sich bei dem Auswahlvorbehalt lediglich um ein Konkretisierungsproblem des Diebstahlvorsatzes? So gesehen würde der Vorbehalt der Annahme von Versuch deshalb nicht entgegenstehen, weil bei § 242 die Festlegung auf bestimmte Objekte nicht erforderlich ist: vgl. *S/S-Eser* § 22 Rdnr. 19, § 242 Rdnr. 53a, 60, aber auch *Gummiball-Fall* Nr. 35 A 7f.

44 **B.** Wo ist bei **qualifizierten Delikten** (z. B. § 244) bzw. bei **Regelbeispielen** (§ 243) die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch zu ziehen? Zwei Auffassungen stehen sich gegenüber:

a) Vielfach wird angenommen, daß der Versuch entweder mit dem Ansetzen zur Verwirklichung des *Grundtatbestandes* **oder** eines *erschwerenden* Merkmals beginne (vgl. etwa *D-Tröndle* § 243 Rdnr. 43, *Lackner* § 22 Anm. 1b, *Maurach* AT[4] § 41 II c 3a). – Wie wäre danach der Fall von R 7, 341 zu entscheiden, wo der Täter in einem Dachgiebel gewaltsam zwei Bretter löste, um tags darauf in Diebstahlsabsicht in das Gebäude eindringen zu können? Das RG hat versuchten schweren Diebstahl (§ 243 a. F.) angenommen. Grund? A hatte bereits ein Merkmal des (damals noch als abschließende Qualifizierung gefaßten) § 243 a. F. verwirklicht. Daß der GrundTB erst später verwirklicht werden sollte, war nach dieser Auffassung unerheblich.

45 b) Indes erfährt diese Auffassung (mit Recht) zunehmend Kritik: Der Versuchsbeginn darf nicht vom Grunddelikt losgelöst werden; denn dies widerspricht dem Erfordernis, daß der Täter zur Verwirklichung des *Gesamttatbestandes* unmittelbar ansetzt. Konsequenz? Versuchsbeginn erst dann, wenn der Täter mit der Verwirklichung des Grundtatbestandes *und* (nicht *oder!*) des erschwerenden Merkmals beginnt (vgl. *Arzt, Wessels, M-Gössel* I/2 § 41 II c 1, *Rudolphi* SK § 22 Rdnr. 18). Die Verwirklichung eines qualifizierenden Merkmals oder eines (erschwerenden) Regelbeispiels ist also nur dann als Versuch zu werten, wenn darin gleichzeitig ein *unmittelbares Ansetzen* zur Durchführung des Grunddelikts liegt. Daher wäre im *Dachgiebel-Fall* – entgegen dem RG (A 44) – nur dann ein Diebstahlsversuch zu sehen, wenn die Lockerung der Bretter in unmittelbarer zeitlicher Aufeinanderfolge zur Wegnahme führen sollte.

46 **C.** Wie ist der Fall zu behandeln, in dem der Täter an sich zwar alles für einen tatbestandsmäßigen Erfolg Notwendige getan (z. B. das Kaffeepulver seiner verreisten Frau mit Gift durchsetzt), jedoch den **Erfolgseintritt noch unter seiner Kontrolle** hat (z. B. durch Ausschütten des Pulvers)? Überwiegend wird hier bereits Versuch angenommen (vgl. etwa *Busch* LK[9] § 43 Rdnr. 33a, *Herzberg* MDR 1973, 92), was sich immerhin damit begründen ließe, daß der Täter zur Erfolgsherbeiführung keinerlei weitere Zwischenschritte mehr unternehmen muß. Stellt man jedoch mit auf den Gefährdungsgedanken ab (A 39), so ist die Grenze zum Versuch solange noch nicht

überschritten, als der Täter den Erfolgseintritt ohne weiteres noch jederzeit aufhalten kann. Dementsprechend liegt hier Versuch erst dann vor, wenn der Täter den von ihm angestoßenen Kausalverlauf aus seiner Obhut entlassen hat (z. B. im Giftbeispiel selbst verreist) oder wenn sonst eine unmittelbare Gefahr für das Opfer eintritt (z. B. weil es jederzeit überraschend zurückkehren kann). In diesem Sinne auch *Roxin* JuS 1979, 9, *Rudolphi* SK § 22 Rdnr. 19). **A**

47 D. Wo ist bei vorsätzlicher **actio libera in causa** mit dem Anfang der Ausführung anzusetzen? (Generell zu dieser Rechtsfigur *Rausch-Fall* StrafR I Nr. 17). Ist Versuch bereits mit der *Defekt*-Herbeiführung gegeben? Oder erst dann, wenn die Defekt-*Tat* selbst ins Versuchsstadium eingetreten ist?

48 – Für ersteres könnte sprechen, daß der Täter den Tatenschluß gefaßt und durch *Defekt*-Herbeiführung seine Zurechnungsfähigkeit ausgeschlossen hat, von da an also quasi einem kausalen, seinem Einfluß entzogenen Fortgang der Tat „ausgeliefert" ist (in diesem Sinne *Roxin* Maurach-FS S. 230; *Rudolphi* SK § 22 Rdnr. 21).

49 – Andererseits würde aber damit das Moment der unmittelbaren Gefährdung des geschützten Rechtsguts (A 39) vernachlässigt; denn der Eintritt des Defektzustandes muß nicht in jedem Falle bereits eine Gefährdung mit sich bringen. Daher wird für jeden Einzelfall zu prüfen sein, ob eine unmittelbare Gefährdung vorliegt oder nicht (vgl. *S/S-Eser* § 22 Rdnr. 55 sowie unten A 53).

50 E. Versuchsbeginn bei **Unterlassungsdelikten:** ein Problem, dessen praktisch geringe Rolle freilich in konträrem Mißverhältnis zu seiner dogmatischen Umstrittenheit und klausurmäßigen Relevanz steht. Inwieweit sind dabei die bei A 35 ff. erörterten Abgrenzungskriterien, die primär auf Begehungsdelikte zugeschnitten sind, auch auf Unterlassungsdelikte übertragbar? Das kann nur mit Vorbehalt beantwortet werden. Zwar wird – trotz begrifflicher Bedenken (vgl. etwa *Herzberg* MDR 1973, 89) – auch bei Unterlassungsdelikten ein Versuch heute überwiegend für möglich gehalten (vgl. BGH VRS 13, 130, *Jescheck* § 60 II m. N.). Da jedoch für Unterlassen gerade das Nichthandeln typisch ist, mangelt es demzufolge auch an einer Ausführungs-„Handlung", auf deren Anfang man abstellen könnte. Trotzdem ist man sich einig, daß auch der Unterlassungsversuch neben dem *subjektiven* Moment („Entschluß") ein *objektives* voraussetzt. Worin könnte letzteres gesehen werden? Im **Beginn der Pflichtverletzung.** Maßgeblich für den Unterlassungsversuch ist also, von welchem Zeitpunkt an das Untätigbleiben eine Pflichtverletzung enthält. Dazu werden im wesentlichen drei Auffassungen vertreten:

51 a) Stellt man sich auf den Standpunkt, daß jeweils nur das Wahrnehmen der letztmöglichen Erfolgsabwendung geboten sei (Armin *Kaufmann, Welzel* § 28 IV), so ist der Beginn des Unterlassungsversuchs erst dort anzusetzen, wo der Täter die **letzte Rettungsmöglichkeit** ausläßt. Das hat zur Konsequenz, daß Unterlassungsversuch praktisch nur in Form eines untauglichen oder fehlgeschlagenen Versuchs in Betracht kommt. – Aber: Kann diese Auffassung richtig sein, wo das Unterlassen doch bereits viel früher zu einer erheblichen Gefährdung des Opfers führen kann und der Sinn der Garantenpflichten gerade auch darin besteht, Rechtsgüter bereits vor Gefährdungen zu bewahren?

52 b) Diesen Bedenken versucht eine andere Auffassung dadurch Rechnung zu tragen, daß sie den Versuchsbeginn im Verstreichenlassen der **ersten Rettungsmöglichkeit** sieht (*Herzberg* MDR 1973, 89). – Aber: Setzt die Pflichtverletzung wirklich schon mit der ersten Handlungs*möglichkeit* ein? Ist Handeln nicht erst dann geboten, wenn das geschützte Rechtsgut gefährdet bzw. eine bereits bestehende Gefahr erhöht wird?

53 c) Richtigerweise dürfte daher die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch dort anzusiedeln sein, wo infolge der Untätigkeit das geschützte Rechtsgut gefährdet bzw. eine bereits bestehende **Gefahr erhöht** wird, wobei – in entsprechender Anwendung der individuell-objektiven Abgrenzungskriterien (A 40) – auf die *subjektiven* Vorstellungen des Unterlassenden abzustellen ist (vgl. *Roxin* JuS 1979, 12 f., *Rudolphi* SK 51 ff. vor § 13, *S/S-Eser* § 22 Rdnr. 50 f.).

– Danach wäre etwa bei der *actio (omissio) libera in causa* Versuch dann zu bejahen, wenn infolge des Defektzustandes der Täter seinen Handlungspflichten nicht mehr genügen kann (vgl. *S/S-Eser* § 22 Rdnr. 56, aber auch *Maurach* JuS 1961, 377).

54 d) Über die sich aus den Besonderheiten des Unterlassungsversuchs ergebenden Konsequenzen für den *Rücktritt* vgl. *Stilett-Fall* Nr. 33 A 49 ff.

55 F. Wie sind Vorbereitungshandlung und Versuch bei **mittelbarer Täterschaft** voneinander abzugrenzen? Ist Versuch bereits mit *Ingangsetzung des Werkzeugs* gegeben,

A oder muß das Werkzeug *selbst* schon eine *Versuchshandlung* vorgenommen haben? Macht es einen Unterschied, ob das Werkzeug gutgläubig oder bösgläubig war? Vgl. dazu den informativen *Vergleichsverwalter-Fall* **BGHSt 4, 270:**

56 Der A ließ nach Eröffnung eines Vergleichsverfahrens über sein Vermögen eine falsche Warenbestandsliste seines Lagers anfertigen und legte diese dem Vergleichsverwalter vor. Dabei hoffte er, der Vergleichsverwalter werde als gutgläubiges Werkzeug aufgrund des falschen Verzeichnisses die Gläubiger täuschen und so zur Annahme eines schädigenden Vergleiches veranlassen. Der Vergleichsverwalter durchschaute jedoch den Schwindel und deckte ihn auf. – Fraglich war, ob bereits in dem versuchten Ingangsetzen des Tatmittlers (Vermögensverwalters) ein Betrugsversuch gegenüber den Gläubigern zu sehen war. Der BGH führt dazu aus:

57 **[272].** „Im Schrifttum ist die Auffassung vertreten, daß bei Benutzung eines Tatmittlers Versuch nicht schon mit der abschließenden Einwirkung des Täters auf die Mittelperson vorliege, sondern erst, wenn der Mittler selbst eine Handlung vornimmt, die Anfang der Ausführung ist (*LK* § 43 III c; *Frank* § 43 II 2a; *Eb. Schmidt,* Festgabe Frank II 132). *Welzel* nimmt das nur bei einem in den Plan eingeweihten Teilnehmer an, während nach seiner Meinung beim gutgläubigen Werkzeug Versuch schon dann vorliegt, wenn der Täter die Tat aus der Hand gibt, um sie durch das Werkzeug zur Vollendung bringen zu lassen, weil der Tatmittler wie ein mechanisches Werkzeug benutzt sei. Diese Auffassung wird auch sonst vertreten (*Liszt-Schmidt,* Lehrb § 46 Anm. 14). Das RG hat in der Aufforderung an einen gutgläubigen Tatmittler nur die Beschaffung und Bereitstellung eines Werkzeugs und somit eine Vorbereitungshandlung erblickt, aber ausgeführt, daß Fälle denkbar seien, in denen die Aufforderung zur Begehung einer Handlung so sicher wirken könne, daß schon diese Aufforderung als Beispiel der Ausführungshandlung selbst angesehen werden könne (RGSt 45, 282/5). In der Anbringung einer Zündvorrichtung, die bei Betätigung durch einen Gutgläubigen einen Brand verursachen sollte, ist der Versuch einer Brandstiftung erblickt worden, weil die Tat bei ungestörtem Fortgang und in ihrem regelmäßigem Verlauf unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes geführt hätte (RGSt 66, 141). Ebenso ist versuchte Giftbeimischung angenommen, wenn der Täter giftigen Stoff der Mahlzeit zusetzt, die eine gutgläubige Mittelsperson **[273]** dem Opfer geben soll, auch wenn die Mittelsperson nicht mehr tätig wird (RGSt 59, 1), weil die entfaltete Tätigkeit bei ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes geführt hätte. Die Absendung eines Briefes an einen unbekannten Dritten, um diesen als Teilnehmer für eine Täuschung zu benutzen, ist als Beginn einer Täuschungshandlung gewertet, weil bei ungestörtem Fortgang das Merkmal der Täuschung erfüllt worden wäre (RGSt 77, 172).

58 Dieser Rspr ist zuzustimmen. Zur Annahme eines Versuches bei Benutzung eines Tatmittlers ist es nicht erforderlich, daß der Tatmittler stets selbst tätig wird. Die Fälle sind nach den allgemeinen Regeln über die Abgrenzung des Versuchs von der Vorbereitung zu lösen. Anfang der Ausführung sind nach st. Rspr alle Handlungen, die vermöge ihrer notwendigen Zugehörigkeit zur Tatbestandsverwirklichung nach dem Verbrechensplan des Täters schon einen Bestandteil des Tatbestandes bilden; es ist also zu prüfen, ob die Einzelhandlungen in ihrer Gesamtheit schon einen derartigen unmittelbaren Angriff auf das geschützte Rechtsgut enthalten, daß es bereits gefährdet ist und der Schaden sich unmittelbar anschließen kann (BGHSt 2, 380). Danach kann die Beeinflussung des gutgläubigen Tatmittlers eine bloße Vorbereitungshandlung sein, wenn erst beim Hinzutreten weiterer Umstände oder nach längerer Zeit eine Auswirkung gewollt war; sie kann Anfang der Ausführung sein, wenn das Rechtsgut bereits unmittelbar gefährdet ist. Wenn der A beispielsweise die gefälschte Aufstellung dem Vergleichsverwalter in die Unterlagen hineinlegte, die dieser für seinen unmittelbar bevorstehenden Vortrag bereitgelegt hatte, liegt schon der Anfang einer Täuschungshandlung durch den A vor; dagegen ist es eine Vorbereitungshandlung, wenn der Täter die falschen Unterlagen dem Vergleichsverwalter nur zugänglich machte, ohne absehen zu können, ob davon in absehbarer Zeit Gebrauch gemacht wird. Eine Gefährdung ist zwar im ersten Fall, nicht aber im zweiten Fall gegeben, wo viele Möglichkeiten bestehen, daß der Vergleichsverwalter die unrichtigen Angaben überprüft, **[274]** entdeckt oder überhaupt nicht verwertet Der Verbrechensplan des Täters bei ungestörtem Ablauf ist auch hier für die Entscheidung maßgebend, ob ein Anfang der Ausführung vorliegt. Nach dieser Richtung muß die StrK weitere Feststellungen treffen "

Welcher Standpunkt ist dazu einzunehmen?

60 – Entgegen dem BGH wird teilweise angenommen, daß eine **Unterscheidung zwischen gut- und bösgläubigem Werkzeug** (vgl. A 57) überhaupt **nicht** gerechtfertigt sei (so etwa *Baumann* § 36 I 4a, *Roxin* JuS 1979, 11, *Rudolphi* SK § 22 Rdnr. 20). Während jedoch *Baumann* daraus folgert, daß bei mittelbarer Täterschaft versuchte Tatbegehung immer schon mit *Einwirkung* des Hintermannes auf den Tatmittler vorliege (i. Erg. ebenso die „Einzellösung" von *Schilling* S. 100ff.), wollen *Roxin* und *Rudolphi* Versuch erst dann annehmen, wenn der Täter die „*Tat aus der Hand*" gibt. –

A Was spricht gegen diese Auffassung? Zum einen, daß je nach Vorstellung des Hintermannes von der Gut- bzw. Bösgläubigkeit seines Vordermannes auch der Tatbeherrschungsvorsatz ganz unterschiedlich ist. Zum anderen wäre es kaum akzeptabel, daß in Fällen, in welchen auch der Vordermann selbst strafbar wäre, der Versuchsbeginn für den Vorder- bzw. Hintermann beim gleichen Delikt unterschiedlich anzusetzen wäre. Nicht zuletzt aber wäre es eigenartig, daß der Anstifter (außer bei Verbrechen: § 30) immer erst dann strafbar ist, wenn der Angestiftete zum Versuch ansetzt, der mittelbare Täter dagegen bereits mit Einwirkung auf das Werkzeug.

61 – Daher dürfte im Prinzip dem BGH zuzustimmen sein, wonach für den Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft (auch) die Gut- bzw. Bösgläubigkeit des Tatmittlers mitzuberücksichtigen (A 59), darüberhinaus aber auch nach den allgemeinen Regeln darauf abzustellen ist, von welchem *Zeitpunkt* an nach den *Vorstellungen des Hintermannes* eine unmittelbare **Rechtsgutsgefährdung** vorliegt (vgl. A 58; so wohl auch *D-Tröndle* § 22 Rdnr. 18, *Schmidhäuser* 15/57). – Ob das im *Vergleichsverwalter-Fall* (wie auch in den weiteren Beispielsfällen des BGH) bereits der Fall war, ist eine andere Frage (die insbes. in dem bei A 57 zit. Fall von RGSt 77, 172 zweifelhaft ist); doch ändert dies nichts an der grundsätzlichen Richtigkeit des BGH-Standpunktes.

62 **V. Rechtswidrigkeit des Versuchs.**

Ist der „Entschluß" zur Begehung einer bestimmten Tat (III) wie auch das „unmittelbare Ansetzen" zur Verwirklichung dieses Tatbestandes (IV) zu bejahen, so ist der Versuch grundsätzlich auch als rechtswidrig anzusehen, es sei denn, daß ein unrechtsausschließender *Rechtfertigungsgrund* vorliegt. Insoweit gelten die gleichen Grundsätze wie beim vollendeten Delikt (vgl. StrafR I Nr. 3 A 2ff., Nrn. 8–12, sowie *Kühl* JuS 1980, 125).

63 **VI. Verschulden.**

Auch insofern gelten die gleichen Grundsätze wie bei Vollendung, allerdings mit der Ausnahme, daß auch nach „kausalem" Verbrechensaufbau eine *Vorsatz*prüfung auf Verschuldensebene überflüssig ist, nachdem sie bereits durch die Entschlußprüfung vorweggenommen war (vgl. A 16f.). Das schließt jedoch nicht einen etwaigen *Verbotsirrtum* (StrafR I Nr. 13) oder sonstige *Entschuldigungsgründe* (StrafR I Nr. 19) aus. Vgl. auch *Kühl* JuS 1980, 125.

64 **VII. Persönliche Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe.** Allgemein dazu StrafR I Nr. 20 A 5ff. Dieser Prüfungsstation kommt bei Versuch besondere Bedeutung zu, und zwar jedenfalls dann, wenn aus irgendeinem Grunde **Rücktritt** oder tätige Reue in Betracht zu ziehen ist. Eingehend dazu der nachfolgende *Lilo-Fall* Nr. 32.

65 Vorliegend ist diese Frage völlig offen geblieben, ja es ist nicht einmal angedeutet, aus welchem Grunde der A seinen Tatplan nicht zu Ende geführt hat. Im wesentlichen wären zwei Möglichkeiten denkbar:

– Wurde A bei seiner Suche überrascht und fortgetrieben oder gar festgenommen? In diesem Falle würde es bereits an einer Rücktritts*handlung* fehlen.

– Oder hat er die Tat aufgegeben, weil er keinen geeigneten PKW fand? In diesem Falle stellt sich die Frage der *„Freiwilligkeit"* des Rücktritts: Wie wäre dann der Fall nach den im *Lilo-Fall* Nr. 32 A 28ff. erörterten Freiwilligkeitskriterien zu entscheiden?

66 **Schrifttum:** Zu den **allgemeinen Voraussetzungen der Versuchsstrafbarkeit** und im besonderen zum **„Entschluß"**, zum **„unmittelbaren Ansetzen"** und zur **Abgrenzung von bloßen Vorbereitungshandlungen** vgl. u. a. *Baumann* §§ 32, 33 III, IV; *Blei* I §§ 64–66, 68; *Bockelmann* I § 27 I–III; *Busch* LK[9] § 43 Rdnr. 1ff., 14ff.; *Jescheck* § 49 I–IV; *M-Gössel* I/2 §§ 40 I, 41 I A, B, C IV; *H. Mayer* § 34 I, II, III 1; *Schmidhäuser* 15/1ff., 22ff., 46ff.; *Stratenwerth* § 11 A, B I; *Welzel* § 24 I–III, VI; *Wessels* AT § 14, sowie die Kommentare vor und zu §§ 22, 23.

Zu **Einzelfragen** vgl. ferner *Arzt,* Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung, JZ 1969, 54; *Blei,* Versuch und Rücktritt vom Versuch nach neuem Recht, JA 1975, 91ff., 167ff., 233ff.; *Bockelmann,* Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, JZ 1954, 468; *Burkhardt,* Das Unternehmensdelikt und seine Grenzen, JZ 1971, 352; *Gössel,* Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2. StrRG, GA 1971, 225; *Herzberg,* Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1973, 89; *Jescheck,* Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat, Welzel-FS S. 683; *Armin Kaufmann,* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 221ff.; *Kühl,* Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, JuS 1979, 718, 874; 1980, 120, 273, 506; *Maurach,* Fragen der actio libera in causa, JuS 1961, 373; *J. Meyer,* Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit, ZStW 86 (1975) S. 598; *Roxin,* Der Anfang des beendeten Versuchs, Maurach-FS S. 213; *Ders.,* Tatentschluß und Anfang der Ausführung bei Versuch, JuS 1979, 1;

Ders., Über den Tatentschluß, Schröder-GedSchr. S. 145; *Rudolphi*, Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch, JuS 1973, 20; *Schilling*, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975; *Schmid*, „Bedingter Handlungswille" beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen, ZStW 74 (1962) 48; *Schröder*, Die Unternehmensdelikte, Kern-FS S. 457; *Spendel*, Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, Stock-FS S. 89; *Stree*, Beginn des Versuchs bei qualifizierten Straftaten, Peters-FS S. 179; *Wessels*, Zur Problematik der Regelbeispiele für „schwere" und „besonders schwere Fälle", Maurach-FS S. 295.

Rücktritt – Ratio der Strafbefreiung – Unbeendeter Versuch – Freiwilligkeit

BGHSt 9, 48: Lilo-Fall

5 StR 352/55 v. 28. 2. 1956 = NJW 1956, 718

SV **Sachverhalt:** Der A überfiel bei Dunkelheit eine Frau und schlug sie nieder, um sie zum Beischlaf zu zwingen. Dabei bemerkte er nicht, daß es sich bei der Überfallenen um seine frühere Klassenkameradin Lilo handelte. Diese hingegen hatte den A sofort erkannt und rief, als dieser sich auf sie warf: „Hermann, laß mich los!" Als der A seinen Namen hörte, sich erkannt wußte und nun auch die Überfallene erkannte, entgegnete er bestürzt: „Lilo, Du?". Er ließ sofort von ihr ab und sagte: „Wenn ich das gewußt hätte, hätte ich das nicht gemacht", und machte ihr das unmißverständliche Angebot: „Ich möchte ja, schade, daß Du es bist". Dann beteuerte er, daß er sich schäme und sich das Leben nehmen wolle, falls sie ihn anzeige.

P **Zur Problemstellung:** Das LG verurteilte A wegen *versuchter* Vergewaltigung (§§ 177, 22, 23). Strafbefreiung nach § 24 I hielt es für ausgeschlossen, weil sein *Rücktritt* nicht mehr freiwillig gewesen sei, nachdem er von Lilo erkannt war und sich deshalb nicht mehr an sie herantraute.

Schließt aber bereits das Erkanntwerden *freiwilligen* Rücktritt aus? Worauf kommt es entscheidend an? Wäre der Rücktritt des A freiwillig,

– wenn die Vollziehung des gewaltsamen Beischlafs zwar noch möglich gewesen wäre, ihn aber die Gewißheit, bei Weiterhandeln angezeigt und bestraft zu werden, abgehalten hätte? Welcher Grad von Gewißheit ist notwendig? Wird der Rücktritt gemäß § 24 I nur durch eine Zwangslage ausgeschlossen, welche die Tat objektiv unmöglich macht und keinen Raum mehr zu eigener Entschließung läßt? Oder

– wenn A durch das Erkanntwerden einen sein Triebverlangen beseitigenden Schock erhalten hätte? Oder

– wenn er allein aus Scham von seiner Tat abgelassen hätte?

Der BGH nimmt zu diesen Fragen Stellung. In der Sache konnte er jedoch nicht entscheiden, weil das LG keine eindeutigen tatsächlichen Feststellungen getroffen hatte.

E 1 **Aus den Gründen: [49]** „In der Rspr des RG und des BGH ist anerkannt, daß es für die Frage, ob der Rücktritt unfreiwillig i S. des § 46 [a. F.; § 24 I] war, nicht darauf ankommt, **[50]** ob der Beweggrund zum Rücktritt sittlich billigenswert ist. Es ist deshalb auch mehrfach ausgesprochen worden, daß ein Rücktritt auch dann freiwillig ist, wenn er aus Angst vor späterer Entdeckung der Tat erfolgt (vgl. RGSt 47, 74; BGHSt 7, 296/9).

2 Das RG (RGSt 37, 402/6; 47, 74/8; 65, 145/9) hat jedoch wiederholt entschieden, der Rücktritt sei dann unfreiwillig, wenn nach den gesamten Umständen die Gefahr baldiger Entdeckung und Bestrafung dem Angekl sich so aufgedrängt habe, daß er sie vernünftigerweise nicht auf sich nehmen konnte und daher von der Ausführung der Tat abstehen

3 mußte. Diese Rspr wird im Schrifttum angegriffen. Gegen sie wird im wesentlichen eingewendet, sie gehe unrichtig davon aus, daß es Beweggründe gebe, die seelisch zwingend seien. Vielmehr habe der Täter nur dann keine freie Wahl, wenn ein Zwang jede Willenstätigkeit ausschließe, also nicht als Beweggrund, sondern als Ursache wirke. So liege es nur bei völliger seelischer Lähmung. In allen übrigen Fällen handele der Täter nicht infolge Zwanges, sondern auf Grund von Beweggründen Diese nach ihrer Stärke so abzustufen, daß von einem bestimmten Stärkegrad des Beweggrundes an der Rücktritt als unfreiwillig gelte, sei willkürlich und verlange vom Tatrichter Feststellungen, zu denen er nicht in der Lage sei (so u. a. *Welzel* [11. Aufl. § 25 I 2]; *Dohna,* ZStW 59, 541/4, *Bockelmann,* NJW 55, 1417/8; vgl. auch *Frank* § 46 Anm II).

4 Der Senat erkennt diese Bedenken nicht an. Wie eine Rundfrage ergeben hat, befindet er sich dabei im Einklang mit allen anderen Strafsenaten des BGH Die Bedenken des Schrifttums beruhen auf der Auffassung, ein strafbefreiender Rücktritt nach § 46 Nr. 1 [a. F.; 24 I S. 1 1. Alt.] werde nur durch eine Zwangslage ausgeschlossen, die die Durchführung der Tat unmöglich mache und dem Täter überhaupt keinen Raum zur eigenen Entschließung lasse. Das trifft nicht zu. § 46 Nr. 1 [a F.; § 24 I S 1 1 Alt.] setzt voraus, daß der Täter an der Ausführung nicht ‚durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen **[51]** unabhängig waren'. Es muß sich also zwar um solche – wirklichen oder nur vorgestellten – äußeren Umstände handeln, auf deren Eintreten der Wille des Täters keinen Einfluß hatte. Das bedeutet aber nicht, daß diese Umstände ihrerseits schlechthin als äußere Ursache für das Unterbleiben der weiteren strafbaren Tätigkeit

5 wirken müssen. Vielmehr kommen auch solche Umstände in Betracht, die einen entspre-

E chenden Entschluß des Täters hervorrufen. Nur in diesem zweiten Falle kann im Grunde davon gesprochen werden, daß der Täter die Ausführung ‚aufgegeben' habe. Diese Ausdrucksweise des Gesetzes deutet auf eine Entschließung des Täters hin. Hätte das Gesetz nur den ersten Fall im Auge, so müßte es die engere Voraussetzung aufstellen, daß die Ausführung der Tat durch Umstände, die vom Willen des Täters unabhängig waren, *unmöglich* geworden ist. So kann es auch deshalb nicht ausgelegt werden, weil es nur verlangt, daß der Täter durch die genannten Umstände nicht ‚gehindert' worden ist, die Tat auszuführen. An einem Tun ‚gehindert' kann man sich nach allgemeinem Sprachgebrauch auch durch solche Umstände sehen, die ihm im Wege stehen, ohne es unmöglich zu machen. Auf der gleichen Rechtsansicht beruht BGHSt 7, 296/298/300.

6 Nur diese Auslegung des § 46 Nr. 1 [a. F. § 24 I S. 1 Alt. 1], die nach dem Wortlaut des Gesetzes naheliegt, ihm mindestens nicht widerspricht, ermöglicht gerechte Entscheidungen. Die Gegenmeinung läßt Fälle straflos, in denen der Versuch strafwürdig bleibt. Das gilt gerade dann, wenn der Täter von der Tat absteht, weil er sich entdeckt weiß und mit Anzeige und Bestrafung rechnet. Dem läßt sich nicht entgegenhalten, in diesem Falle bewähre sich die abschreckende Wirkung des Strafgesetzes, und § 46 Nr. 1 [a. F.; § 24 I S. 1 Alt. 1] solle gerade solchen Tätern zugute kommen, die sich von ihr beeindrucken ließen. Hier hat aber nicht schon die allgemeine Strafdrohung, sondern erst die Entdekkung gewirkt. Erfahrungsgemäß setzen sich Verbrecher über das Strafgesetz in der Regel deshalb hinweg, weil sie hoffen, nicht ermittelt oder jedenfalls nicht überführt zu werden. Wer die Fortführung der **[52]** Tat aufgibt, weil diese Hoffnung getrogen hat, bleibt gefährlich und strafwürdig.

7 Dieser Gesichtspunkt der Gefährlichkeit und Strafwürdigkeit des verbrecherischen Willens ist für die Auslegung des § 46 Nr. 1 [a. F.; § 24 I S. 1 Alt. 1] von entscheidender
8 Bedeutung. Der Zweck dieser Vorschrift wird zwar in der Regel darin gesehen, dem Täter noch während des Versuchs einen Anreiz zu geben, von der Vollendung der Tat abzustehen. Die ihm für diesen Fall zugesagte Straflosigkeit des Versuchs soll ihn nach dieser Auffassung bestimmen, die ‚goldene Brücke' des Rücktritts zu betreten.

In den meisten Fällen denkt der Täter aber beim Versuch gar nicht an die strafrechtlichen Folgen. Er wird oft nicht einmal wissen, noch weniger sich vor Augen halten, daß er sich Straflosigkeit verschaffen kann, wenn er sein verbrecherisches Vorhaben aufgibt Er wird sich dazu im allgemeinen auch nicht gerade durch solche Erwägungen, selbst wenn er sie anstellen sollte, bestimmen lassen. Es wird daher der Wirklichkeit besser gerecht,
9 den Sinn des § 46 Nr. 1 [a. F.; § 24 I S. 1 Alt. 1] in folgendem zu sehen: Steht der Täter von dem begonnenen Versuch freiwillig ab, so zeigt sich darin, daß sein verbrecherischer Wille nicht so stark war, wie es zur Durchführung der Tat erforderlich gewesen wäre. Seine Gefährlichkeit, die im Versuch zunächst zum Ausdruck gekommen war, erweist sich nachträglich als wesentlich geringer. Aus diesem Grunde sieht das Gesetz davon ab, den ‚Versuch als solchen' zu ahnden (so der Wortlaut des § 46 a. F.; ähnlich § 24 I). Denn eine Strafe erscheint ihm nicht mehr nötig, um den Täter für die Zukunft von Straftaten abzuhalten, um andere abzuschrecken und die verletzte Rechtsordnung wiederherzustellen. Besonders den ersten Zweck und den Gedanken der Gerechtigkeit hält das Gesetz für besser gewahrt, wenn es dem Täter den verbrecherischen Entschluß, den er rechtzeitig aufgegeben hat, nicht mehr zurechnet und ihn nur insoweit bestraft, als er durch die Versuchshandlungen etwa schon den vollen Tatbestand einer anderen strafbaren Handlung erfüllt hat.

10 Der Rücktritt des A wäre also unfreiwillig gewesen, wenn für ihn die Gewißheit, bei weiterem Handeln angezeigt **[53]** und bestraft zu werden, für sich allein genügt hätte, ihn von weiterem Tun abzuhalten.

11 War das nicht der Fall, spielte vielmehr unabhängig von der Frage der Bestrafung auch der Gedanke für den A eine Rolle, daß er sich nicht gerade an der ihm bekannten Zeugin vergreifen wollte, so kommt noch folgendes in Betracht: Wäre der A durch das unerwartete Erkanntwerden in einen solchen Schock geraten, daß dadurch sein Triebverlangen beseitigt wurde, so wäre sein Rücktritt unfreiwillig gewesen. Diese Möglichkeit scheidet
12 aber nach den bisherigen Feststellungen aus. Schämte sich der A, gerade die mit ihm bekannte Zeugin zu notzüchtigen, und ließ er wesentlich auch aus diesem Grunde von ihr ab, so war er nicht in einer Lage, die seinen Willen zwingend bestimmte und in der er verständigerweise keine andere Wahl treffen konnte. Sein Rücktritt war dann freiwillig (ähnlich RGSt 47, 74/9).

13 In jedem Falle wird die StrK zu prüfen haben, ob sich der A, gegebenenfalls in Tateinheit mit dem Notzuchtversuch, noch der Körperverletzung durch hinterlistigen Überfall (§ 223a) schuldig gemacht hat."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Im Mittelpunkt dieses Falles stand die *Freiwilligkeit* des Rücktritts beim *unbeendeten* Versuch. Als RevG konnte der BGH direkt auf diese Spezialfrage zusteuern – ein Verfahren, das natürlich für die *klausurmäßige* Bearbeitung von Rücktrittsfällen nicht vorbildlich sein kann. Stattdessen ist in der Regel folgendermaßen vorzugehen:

I. Aufbau und Methodenfragen bei Rücktritt.

A2 1. Ähnlich wie beim vollendeten Delikt ist zunächst die Feststellung der unrechtsbegründenden Versuchselemente (**Tatentschluß** und **unmittelbares Ansetzen** zur Tatbestandsverwirklichung), die Verneinung etwaiger unrechtsausschließender **Rechtfertigungsgründe** sowie die Feststellung der **Schuldhaftigkeit** des Versuchs erforderlich (näher dazu *Lenkradschloß-Fall* Nr. 31 A 15). – Daß diese Voraussetzungen durch den mit Vergewaltigungsentschluß bewerkstelligten Überfall auf die L hier erfüllt waren, stand außer Frage.

3 2. Sodann ist auf der (außerhalb von Unrecht und Schuld) rangierenden Ebene der *persönlichen* Strafausschließungs- und *Strafaufhebungsgründe* die Frage nach einem etwaigen strafbefreienden **Rücktritt** zu stellen (vgl. *Lenkradschloß-Fall* Nr. 31 A 64). Dieser Aufbau empfiehlt sich jedenfalls aus klausurtechnischen Gründen, auch wenn neuerdings die systematische Einordnung des Rücktritts wieder erheblich umstritten ist
4 (unten A 24 ff.). Da die Rücktrittsvoraussetzungen – je nach der erreichten Durchführungsphase des Versuchs – unterschiedlich ausgestaltet sind, ist von vornherein zu **differenzieren** zwischen

- dem „unbeendeten" Versuch (§ 24 I S. 1 Alt. 1) und
- dem „beendeten" Versuch (§ 24 I S. 1 Alt. 2 u. II S. 2).

Diese Differenzierung war in der Nrn. 1 bzw. 2 des § 46 a. F. schon formal noch deutlicher zum Ausdruck gekommen, liegt aber im Prinzip auch den beiden Alternativen des § 24 I S. 1: „Aufgeben" bzw. „Vollendungsverhinderung", zugrunde. Zur Abgrenzung im einzelnen näher *Stilett-Fall* Nr. 33 A 5 ff. Hier ist jedoch wenigstens auf die wichtigsten Unterschiede und Konsequenzen dieser beiden Versuchs- und Rücktrittsalternativen hinzuweisen (vgl. auch den „Programmablaufplan" von *Haft* JA 1979, 307 f.):

5 a) Handelt es sich um einen **unbeendeten Versuch,** so genügt für den Rücktritt das *Aufgeben der weiteren Tatausführung,* vorausgesetzt, daß dies *freiwillig* geschieht und der Erfolg tatsächlich nicht eintritt (denn sonst wäre die Tat ja vollendet!). Daher werden hier in der Regel mindestens zwei Fragen zu stellen sein:

6 α) Hat der Täter die Tat endgültig „aufgegeben"? Zu diesem *Abstandnahme*-Kriterium näher A 36 ff.

7 β) Ist das Abstandnehmen „freiwillig" erfolgt? Zu diesem *Freiwilligkeits*-Kriterium näher A 23 ff. sowie *Gummiball-Fall* Nr. 35 A 7 ff.

8 γ) Ferner kann in manchen Fällen noch das *Nichtvollendungs*-Kriterium problematisch werden, und zwar vor allem dann, wenn der Täter irrigerweise glaubte, daß der Tatplan schon durch schlichtes Aufgeben zum Scheitern verurteilt sei, der Erfolg aber dennoch eintritt. Über die Behandlung dieser Fälle vgl. *Stilett-Fall* Nr. 33 A 5 ff.

9 b) Beim **beendetem Versuch** wird für die Beachtlichkeit des Rücktritts verlangt, daß der Täter *freiwillig* die *Vollendung der Tat verhindert.* Daher ist hier regelmäßig dreierlei zu prüfen:

10 α) Ist durch den Rücktritt der tatbestandsmäßige Erfolg abgewendet worden? Zu diesem *„Erfolgsabwendungs"*-Kriterium, durch das dem Rücktrittswilligen mehr als nur schlichtes Abstandnehmen abverlangt (daher „tätige Reue") und das Verhinderungsrisiko aufgeladen wird, näher im *Stilett-Fall* Nr. 33 A 3 f.

11 β) Ist die Vollendung *„freiwillig"* verhindert worden? Näher dazu A 28 ff. – Bei der Lektüre von Entscheidungen, die bis zum 1. 1. 1975 ergangen sind, ist zu beachten, daß § 46 a. F. anstelle der Freiwilligkeit vorausgesetzt hatte, daß der Versuch zum Zeitpunkt des Rücktritts noch „nicht entdeckt" war. Die sich aus diesem quasi „objektivierten" Freiwilligkeitserfordernis ergebenden Streitfragen und Unterschiede gegenüber dem unbeendeten Versuch (dazu *Schönke-Schröder*[17] § 46 Rdnr. 33 ff.) sind nun durch § 24 insoweit beseitigt, als sowohl für Rücktritt vom unbeendeten wie auch vom beendeten Versuch gleichermaßen Freiwilligkeit erforderlich ist. Jedoch ist damit das Entdeckungskriterium keineswegs unerheblich geworden, sofern man es nur subjektiv versteht (näher dazu *Vierkantholz-Fall* Nr. 34 A 12 ff.).

12 γ) Ist die *Erfolgsverhinderung auf* die *Rücktrittsaktivität* des Täters *zurückzuführen?* Wenn ja, so kommt § 24 I S. 1 Alt. 2 in Frage. Wenn nein, etwa weil der Versuch ohnehin zur Erfolgsherbeiführung untauglich war, so kommt als Rücktrittsalternative § 24 I S. 2 zum Zuge, vorausgesetzt, daß sich der Täter freiwillig und ernsthaft bemüht hat, die ihm noch möglich erscheinende Vollendung zu verhindern (auch dazu näher *Vierkantholz-Fall* Nr. 34 A 9 bzw. A 32).

13 3. Ist der Rücktritt nach einer der vorgenannten Alternativen als beachtlich anzusehen, so bleibt damit der Versuch **straflos:** jedoch nur der **Versuch „als solcher"**, wie

A durch die entsprechende Formulierung im § 46 a. F. ausdrücklich klargestellt war. Daß § 24 diese Formulierung fallenließ, ist ohne sachliche Bedeutung. Daher bleibt die Strafbarkeit wegen etwaiger anderer bereits vollendeter Delikte in der Regel bestehen (vgl. A 60).

14 4. Im *vorliegenden* Fall handelte es sich fraglos um einen *unbeendeten* Versuch. Nachfolgend seien noch einige Fragen beleuchtet, die im Mittelpunkt der Entscheidung standen: so die *Freiwilligkeits*-Frage (IV) sowie einige mit dem *Aufgeben* der weiteren Tatausführung zusammenhängende Probleme (V). Da der BGH aufgrund einer systematisch-teleologischen Auslegung des Begriffes der Freiwilligkeit auf die Ratio der Rücktrittsvorschriften zu sprechen kommt (E 6ff.), und dies auch für die Bewertung des Abstandnehmens eine Rolle spielt, sei zunächst auf den *Strafbefreiungsgrund* bei Rücktritt (II) sowie auf seinen systematischen *Standort* (III) eingegangen.

15 **II. Ratio der Strafbefreiung bei Rücktritt:** Welche Lehrmeinungen gibt es dazu und von welchen Überlegungen werden sie getragen?

16 1. Die Theorie der **„goldenen Brücke"** beruht auf der kriminalpolitischen Erwägung, daß die bereits verwirklichte Versuchsstrafe den Täter nicht vom Rücktritt abhalten solle. Vielmehr müsse man ihm zum Anreiz gleichsam eine „goldene Brücke" zur Rückkehr zu rechtmäßigem Verhalten bauen: so das RG in st. Rspr (vgl. etwa *Gummiball-Fall* Nr. 35 E 4 sowie *Maurach* AT[4] § 41 V A 1).

– Diese Auffassung wurde jedoch vorliegend vom BGH mit überzeugenden Gründen abgelehnt (E 8), ebenso von der h. L. (vgl. etwa *Jescheck* § 51 I 2 m. w. N.).

17 2. Die **„Prämientheorie"**. Im Unterschied zur vorliegenden Entscheidung hatte der BGH im *Verschleppungs-Fall* **BGHSt 6, 85/7** noch ausgeführt:

„Das Gesetz gibt in verschiedenen Vorschriften den Willen zu erkennen, bei freiwilligem Abstehen von einem strafbaren Tun Straflosigkeit zu gewähren, wenn auf diese Weise der Eintritt des Erfolges verhindert wird Der den Täter treffende Schuldvorwurf kann dadurch soweit gemindert werden, daß ein Sühnebedürfnis nicht mehr besteht. Zudem [!] verlangt auch der von der Strafrechtsordnung verfolgte Zweck, das Gemeinschaftsleben vor Störungen zu bewahren, daß Handlungen des Täters gefördert werden, die der Abwendung des drohenden Schadens dienen. Diese Gedanken berücksichtigen die Vorschriften des § 46 [a. F.; § 24]".

18 In dieser Entscheidung taucht neben dem Gedanken der „goldenen Brücke" bereits die Erwägung auf, daß der Täter für seinen Rücktritt zu belohnen sei. Diese „Prämien"- oder auch „Gnadentheorie" geht davon aus, daß (ohne Bezugnahme auf „psychologische Präsumtionen und Fiktionen") dem Täter wegen seiner im Rücktritt zum Ausdruck kommenden Sinnesänderung eine außerordentliche (gnadenweise) Begünstigung zu gewähren sei (so *Baumann; Schröder; Busch* LK[9] § 46 Rdnr. 4; *Jescheck* § 51 I 3).

19 – Vorliegend nimmt der BGH von dieser Theorie keine Notiz. Warum nicht? Vielleicht deshalb, weil die Prämientheorie das Problem im Grunde nur verschiebt; denn auf die dann entstehende zentrale Frage nach dem *Grund* der Rücktritts*prämierung* weiß auch diese Theorie keine zufriedenstellende Antwort.

20 3. Im vorliegenden Fall nun vertritt der BGH die **„Indiz-** oder **Strafzwecktheorie"**: Die in der Versuchshandlung zum Ausdruck kommende Gefährlichkeit des Täters erweise sich durch seinen Rücktritt als erheblich geringer (E 9); damit aber bestehe für spezial- oder generalpräventive Strafzwecke kein Bedürfnis mehr (im wesentlichen ebenso die vordringende Lehre: vgl. u. a. *Blei* I § 69 I, *M-Gössel* I/2 § 41 V A 2c, *Otto* I § 20 I 1a, *Roxin* Heinitz-FS S. 269, *Rudolphi* SK § 24 Rdnr. 4f.; vgl. auch A 22f.).

– Hiergegen wendet sich jedoch *Lang-Hinrichsen* (S. 368): Es gebe keinen Erfahrungssatz, wonach der Verbrechensentschluß von vornherein eine geringere Intensität gehabt habe, wenn er später freiwillig aufgegeben werde. Ferner sei es eine kriminalpolitisch kühne These, daß eine Bestrafung bei einem Zurückgetretenen nicht mehr erforderlich sei, um ihn von neuen Straftaten abzuhalten. – Diese Einwände würden freilich entscheidend an Gewicht verlieren, wenn der Rücktritt – statt einem „Alles oder Nichts"-Prinzip zu folgen – keine *obligatorische* Straffreiheit gewähren würde.

21 4. *Lang-Hinrichsen* seinerseits vertritt daher eine **„Einheitstheorie"**. Sie unterscheidet sich von den zuvor genannten Auffassungen bereits im Ansatz. Jene Theorien sind in ihrem strukturellen Ausgangspunkt jedenfalls insofern identisch, als sie annehmen, durch den Versuch entstehe ein staatlicher Strafanspruch, der dann durch den Rücktritt wieder beseitigt werde. Diese herkömmliche Betrachtungsweise trennt also zwischen

A Versuch und Rücktritt (daher „*Trennungstheorien*") und muß deshalb dartun, aus welchem Grund der Rücktritt den bereits vorhandenen staatlichen Strafanspruch wieder beseitigt.

Demgegenüber meint *Lang-Hinrichsen,* daß die Strafbarkeit sich überhaupt erst aufgrund einer *Gesamtbetrachtung* ergebe; denn unter Wertungsgesichtspunkten stelle Versuch und Rücktritt eine Einheit dar: „Beide Verhaltensweisen [Versuch und Rücktritt] erscheinen sozusagen als negative und positive Punkte einer Bilanz, die bei der Gesamtbewertung zu einem anderen Ergebnis hinsichtlich der Strafwürdigkeit führt" (S. 372). Verneine der Gesetzgeber aufgrund einer Gesamtwürdigung bei freiwilligem Rücktritt die Strafwürdigkeit, so entstehe gar kein Strafanspruch. Vgl. auch *Busch* LK[9] § 46 Rdnr. 5.

22 – Indes: auch hier wird die Sinnfrage eher nur verschoben als gelöst. Denn aus welchem Grund der freiwillige Rücktritt als überwiegender Aktivposten in die Gesamtbilanz eingebracht werden darf, das ist doch gerade die Frage. Das eigentlich Beachtenswerte an der Ganzheitsbetrachtung dürfte daher weniger in einer neuen Antwort auf die Sinnfrage des Rücktritts als vielmehr darin zu sehen sein, daß sich die Fragestellung konstruktiv verändert: Sie lautet nicht mehr, weshalb der Rücktritt einen bereits *begründeten* Strafanspruch wieder *beseitigt,* sondern ob bei Rücktritt vom Versuch überhaupt ein *Strafbedürfnis besteht.* Drängt sich bei einer derartigen Betrachtungsweise nicht eine spezial- und generalpräventive Begründung der Strafbefreiung bei Rücktritt geradezu auf? Für eine „*Gesamtbetrachtung*" daher inzwischen auch *Roxin, Rudolphi* SK § 24 Rdnr. 5.

23 5. *Fazit?* Die **strafzweckorientierten** Betrachtungsweisen gewinnen daher mit Recht zunehmend an Anhängerschaft (vgl. *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 5 f.). Daß sie noch manchen Einwänden ausgesetzt sind, mag einerseits an der obligatorischen Straffreiheit bei Rücktritt wie auch an den „psychologischen" Lösungsansätzen (dazu *Roxin* Heinitz-FS S. 271) liegen; denn in der Tat wird sich das Fehlen eines Strafbedürfnisses nicht in jedem Falle strafbefreienden Rücktritts spezial- oder generalpräventiv begründen lassen. Zum anderen liegen die Schwierigkeiten für eine strafzweckorientierte Betrachtungsweise im herkömmlichen Strafrechtssystem selbst, dem mit seiner Trennung von Strafrecht und Kriminalpolitik ein derartiger Ansatz fremd sein muß. – Hierin dürfte nicht zuletzt ein weiterer Streitpunkt seinen Ursprung haben:

24 **III. Der systematische Standort des Rücktritts.**

Im wesentlichen werden dazu drei Auffassungen vertreten (zum Ganzen *Muñoz-Conde* ZStW 84, 756 ff.):

25 a) Teils versucht man den Rücktritt bereits in den Versuchs**tatbestand** als **negatives Merkmal** einzubeziehen (*Reinh. v. Hippel*). – Aber: Läßt diese Einordnung einen Durchgriff auf eine strafzweckorientiere Interpretation der Rücktrittsregel (A 18, 20 f.) zu? Allenfalls über einen stark erweiterten Tatbestandsbegriff, der generalpräventive Postulate mitenthält. Mit Recht krit. dazu *Roxin* Heinitz-FS S. 275, *Stree* GA 1974, 63 f.

25a b) Teils wird der Rücktritt als **Schuldausschließungsgrund** verstanden (*Haft* JA 1979, 312, *Roxin* aaO S. 273 f., *Rudolphi* SK § 24 Rdnr. 6). – Diese Auffassung dürfte aber nur dann akzeptabel sein, wenn man mit *Roxin* auch die Schuld von der Strafzwecklehre her interpretiert (vgl. aber dazu auch StrafR I Nr. 13 A 11 ff.).

26 c) Vorherrschend ist dagegen nach wie vor das Verständnis des Rücktritts als **persönlicher Strafaufhebungsgrund** (*Baumann, Busch, Dreher, Jescheck, S/S-Eser* § 24 Rdnr. 7 m. w. N.). – Freilich ist damit nur gesagt, daß die Straflosigkeit bei Rücktritt mit Unrecht und Schuld nichts zu tun hat. Damit bleibt der Rücktritt gleichsam in einem strafrechtsdogmatisch und kriminalpolitisch aussagelosen Raum – mit allen damit verbundenen Vor- und Nachteilen: letzteres, weil eine derartige Einordnung kaum eine Hilfestellung für die Deutung des § 24 gibt; ersteres, weil damit immerhin möglich bleibt, die außerhalb von Schuld und Unrecht stehende Kategorie des Strafaufhebungsgrundes mit präventiven Erwägungen auszufüllen.

27 d) Angesichts der sichtbar gewordenen Schwierigkeiten ist es daher durchaus überlegenswert, ob die Rücktrittsvorschrift nicht als (Grenzfall einer) **Strafzumessungsregel** zu begreifen wäre (in diese Richtung *Burkhardt* S. 116 ff.). Diese Deutung läge jedenfalls dann nahe, wenn die Rücktrittsfolgen in einer (fakultativen) Möglichkeit des „Absehens von Strafe" bestünden. Ferner könnte eine derartige Einordnung am ehesten dazu beitragen, die Rücktrittsfragen unter Einbeziehung der Strafzwecke zu beantworten. – Das gilt bereits für ein Zentralproblem des § 24:

IV. Freiwilligkeit des Rücktritts.

A 28 1. Der **subjektive** Ansatz. Im vorliegenden Fall wird die Freiwilligkeit vor allem dann problematisch, wenn man davon ausgeht, daß A von seiner Tat nur deshalb abgelassen hat, weil er sich entdeckt wußte und mit einer Strafanzeige zu rechnen hatte. Ob hier noch Freiwilligkeit angenommen werden kann, hing von der (in Rspr und Lehre umstrittenen) Frage ab, ob Freiwilligkeit nur durch solche *Zwangslagen* ausgeschlossen wird, bei denen die Tatausführung *unmöglich* wird und dem Täter kein Raum zur eigenen Entschließung bleibt. Dieser *engen* Auffassung von Unfreiwilligkeit, wie sie von einem Teil der Lehre vertreten wird (vgl. E 2), ist der BGH (im Ergebnis zu Recht) entgegengetreten (E 4–7); denn mit **RGSt 55, 66** ist *Unfreiwilligkeit* bereits dann anzunehmen,

wenn ein äußerer Umstand derart auf die Willensrichtung des Täters einwirkt, „daß er nach der gewöhnlichen Lebensauffassung für ihn einen zwingenden Grund abgibt, von der Begehung Abstand zu nehmen".

29 – Dabei ist zu beachten, daß im Hinblick auf den *subjektiven* Charakter der Freiwilligkeit die Motivationskraft jener äußeren Umstände aus der **Vorstellung des Täters** heraus zu beurteilen ist. Demzufolge kann Unfreiwilligkeit auch dann vorliegen, wenn der Täter die ihn hindernden Umstände infolge eines *Irrtums* angenommen hat.

30 2. Abgesehen von diesem „psychologisierenden" Grundansatz, wonach entscheidend auf die subjektive Zwanghaftigkeit der Rücktrittsmotivation abzustellen ist, sind die Freiwilligkeitskriterien noch in vielerei Hinsicht zweifelhaft. Immerhin erscheinen aber wenigstens zwei **neuere Lösungstendenzen** bemerkenswert:

31 – Zum einen die Entlastung der Freiwilligkeitsfrage mit Hilfe der Kategorie des *„fehlgeschlagenen"* Versuchs: Soweit nämlich ein solcher anzunehmen ist, bleibt für einen Rücktritt von vorneherein kein Raum (unten A 47).

32 – Zum anderen die Überhöhung des „psychologisierenden" Grundansatzes durch eine mehr *normativ*-wertende Betrachtungsweise, um damit der kriminalpolitischen Zielsetzung des § 24 (vgl. A 20, 23) besser Rechnung tragen zu können (dazu A 43).

33 3. Um jedoch eine mögliche Verwirrung beim Studium gerichtlicher Entscheidungen zu vermeiden, sei zunächst die **(traditionelle) Freiwilligkeitskonzeption** der Rspr. und der (wohl noch) vorherrschenden Lehre dargestellt: Auf dem Boden der h. M. ist regelmäßig von der sog. **Frank'schen Formel** auszugehen:

34 – *Unfreiwilligkeit* ist anzunehmen, wenn sich der Täter sagen muß: „Ich kann nicht, selbst wenn ich wollte".

35 – *Freiwilligkeit* dagegen dann, wenn er sich sagt: „Ich will nicht, selbst wenn ich könnte".

36 Mit dieser Faustregel ist freilich nur eine (wenn auch sehr wichtige) *Groborientierung* möglich. Denn abgesehen von den Fällen, in denen dem Täter ein Weiterhandeln absolut unmöglich ist, bleibt sehr oft die Frage, unter *welchen Voraussetzungen* er eigentlich noch „könnte oder nicht mehr könnte". Diese Frage wird meistens beantwortet mit der (psychologisierenden) Unterscheidung zwischen

– **autonomen** Rücktrittsmotiven einerseits: dann Freiwilligkeit zu bejahen;

– **heteronomen** Motiven andererseits: dann Freiwilligkeit zu verneinen. Doch auch bei dieser gängigen Differenzierung (vgl. *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 43 ff. m. N.) bleibt die Frage offen, *wann* derartige heteronome Motive anzunehmen sind:

37 **Falltypik für Unfreiwilligkeit:** Aus der Vielzahl denkbarer Motivationen lassen sich im wesentlichen drei Fallgruppen bilden, in denen ein autonomer Rücktritt auszuschließen und daher Unfreiwilligkeit anzunehmen ist:

38 a) Wenn die Ausführung der **Tat objektiv** (d. h. unabhängig von der Motivationslage des Täters) **unmöglich** geworden ist und der Täter dies weiß: so etwa, wenn im vorliegenden Fall das Triebverlangen des Täters durch den Schock beseitigt wurde (E 11). Instruktiv auch *Schock-Fall* BGH GA 1977, 75.

39 – Doch läßt sich hierher wohl auch noch der Fall rechnen, in dem die Vollendung der Tat deshalb unmöglich geworden ist, weil der Täter sein *Ziel* bereits *vor Tatvollendung erreicht,* z. B. weil sich das Opfer des Vergewaltigungsversuchs sofort freiwillig hingibt. Freilich steht dieser Fall bereits auf der Grenze zu einer anderen Fallgruppe von Unfreiwilligkeit:

40 b) Wenn die Vollendung der Tat zwar objektiv noch möglich wäre, dem Täter aber **subjektiv unmöglich** geworden ist: so etwa dort, wo für ihn eine *wesentlich nachteili-*

A *gere Sachlage* eingetreten ist, die er vernünftigerweise nicht in Kauf nehmen kann. – In diese Fallgruppe gehört die eingangs (A 28ff.) aufgeworfene Frage nach dem Zwangsgrad, der von derartigen Umständen ausgehen muß. Hierfür will der BGH (wie bereits erwähnt) zu Recht keine strenge „Ursächlichkeit" i. S. eines völligen Ausschlusses der Entschließungsfreiheit verlangen (E 3, 4), sondern sich mit einer *„Vernünftigkeitsbetrachtung"* (E 2, 5) begnügen.

Aber: Welche Kriterien sind für eine solche „Vernünftigkeitsbetrachtung" ausschlaggebend? Die Antwort erfordert eine differenzierende Behandlung:

41 α) Soweit sich der Täter einem (gegenüber dem ursprünglichen Tatplan) **erhöhten Risiko** gegenübersieht, wird regelmäßig eine Orientierung am Grad der noch vorhandenen Entschließungsfreiheit genügen: Ist das Risiko so groß, daß seine Inkaufnahme selbst nach den „Normen der Verbrechervernunft" nicht zweckdienlich erscheint, so ist der Rücktritt als unfreiwillig anzusehen (vgl. *Roxin* Heinitz-FS S. 256/258f.). – Das ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Täter (wie im *Lilo-Fall*) infolge seiner Entdekkung aus Furcht vor Anzeige die Tat aufgibt (vgl. E 6, 10). Näher zur *Entdeckung* als Fall von Unfreiwilligkeit *Vierkantholz-Fall* Nr. 34 A 11ff.

42 β) Weitaus schwieriger ist dagegen der Fall zu beurteilen, in dem das Risiko an sich nicht größer geworden ist, sich aber eine **weniger riskante Alternative** eröffnet, um das gesteckte Handlungsziel zu erreichen: z. B. anstelle einer Vergewaltigung nach § 177 mittels einer Verführung nach § 182. Falls der Täter diesen Weg wählt, ist er dann freiwillig vom Vergewaltigungsversuch zurückgetreten? Würde man auch hier rein psychologisch auf den Grad der verbliebenen Entschließungsfreiheit abstellen, so wäre regelmäßig Freiwilligkeit anzunehmen. So in der Tat auch die Neigung des BGH im *Erna-Fall* **BGHSt 7, 296,** wo der Täter von einem Vergewaltigungsversuch Abstand nahm, weil das Opfer Erna ihm in Aussicht stellte, sich im „freiwillig" hinzugeben.

43 –Aber: kann diese Konsequenz wirklich befriedigen? Dies ist dann zu verneinen, wenn man auf die Ratio des Rücktrittsprivilegs zurückgreift: Erblickt man diese im Fehlen eines (spezial- oder generalpräventiv begründbaren) *Strafbedürfnisses* (A 20, 23), so liegt es nahe, Freiwilligkeit (nur) dann anzunehmen, wenn „der Rücktritt Ausdruck eines – worauf immer beruhenden – Willens zur „Rückkehr in die Legalität" ist (ausdrücklich i. S. einer derart kriminalpolitisch *wertenden* Betrachtungsweise *Roxin* aaO S. 256ff.). Von einer solchen „Rückkehr zur Legalität" kann regelmäßig dann keine Rede sein, wenn der Täter den Versuch lediglich deshalb aufgibt, weil er aufgrund äußerer Veränderungen der Tatsituation glaubt, anders und einfacher sein Ziel erreichen zu können. Denn unter solchen Umständen wäre ein Weiterhandeln für ihn „unvernünftig" gewesen: Sein Rücktritt ist lediglich Ausdruck „eines nach den Normen des Verbrecherhandwerks zweckdienlichen Verhaltens" (vgl. Roxin aaO S. 258f.); von der Ratio des § 24 her ist daher eine Strafbefreiung verfehlt. – Dementsprechend wäre im *Erna-Fall* richtigerweise Freiwilligkeit des Rücktritts zu verneinen gewesen. Vgl. auch A 54ff.

44 γ) Entsprechendes dürfte erst recht für den Fall zu gelten haben, daß der Täter sein **Handlungsziel bereits vor** bzw. **ohne die geplante Tatvollendung erreicht:** z. B. weil sich das Opfer des Vergewaltigungsversuchs sofort freiwillig hingibt. Falls darin nicht bereits *objektive* Unmöglichkeit (vgl. A 39) bzw. ein *„fehlgeschlagener"* Versuch zu erblicken wäre (vgl. A 47ff.), erscheint hier noch mehr als in den vorgenannten Fällen einer weniger riskanten Durchführungsalternative ein Weiterhandeln offensichtlich „unvernünftig" und damit – jedenfalls aus der normativen Sicht des Rücktrittsprivileges (A 43) – „unmöglich". Aus dieser Sicht erscheint auch im *Versicherungsbetrug-Fall* BGH NJW 1980, 602 die Zubilligung von Freiwilligkeit nicht unbedenklich.

45 c) Schließlich ist in einer dritten Fallgruppe Unfreiwilligkeit regelmäßig dann anzunehmen, wenn entschlußbestimmende **Motive nach Tatbeginn weggefallen** sind oder sich als nicht vorhanden erweisen.

Instruktiv dazu der *Kassenraub-Fall* **BGHSt 4, 56:** Der Täter benötigte dringend 300 DM und beschloß daher, in der Gaststätte, in der er gezecht hatte, die Wirtschaftskasse auszurauben. Als er unter Gewaltanwendung gegen den Wirt und einen Gast die Kassenschublade aufgerissen hatte, fand er jedoch nur ca. 20 DM vor. Darauf floh er, ohne etwas mitzunehmen. Im Anschluß an RGSt 70, 1 führt der BGH zur Rücktrittsfrage aus:

[59] „In den Fällen, in denen der Täter von der weiteren Durchführung des von ihm beabsichtigten Raubes absieht, weil die vorgefundenen Sachen nach Menge oder Wert nicht der erhofften Beute entsprechen, (kann) die Frage der Freiwilligkeit oder Unfreiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch nicht allein danach beantwortet werden, ob der Täter von der ihm an sich möglichen Wegnahme des Vorgefundenen freiwillig absieht. Vielmehr muß grundsätzlich von dem weitergehenden ursprünglichen Plan des Täters aus-

A gegangen werden, von der Vorstellung also, die er sich von der Menge oder dem Wert der Beute gemacht hat. Dabei ist aufschlußreich, welchem Zweck die Beute dienen soll. Hat der Täter die Beute für ein bestimmtes Vorhaben nötig und ist sie für ihn nur dann in diesem Sinne verwertbar, wenn er sie in dem für jenen Zweck nötigen Umfang vorfindet, so ist, falls er aus diesem Grunde von der Wegnahme der in geringfügiger Menge vorgefundenen Sachen absieht, sein Rücktritt unfreiwillig. Im Grunde liegt dieser Fall nicht wesentlich anders, als wenn der Täter, der einen bestimmten Gegenstand wegnehmen will, eine derartige Sache zwar vorfindet, sie aber aus besonderen Gründen als für seine Zwecke unbrauchbar ansieht. In beiden Fällen ist die Unzulänglichkeit des Vorgefundenen für die Zwecke des Täters ein von seinem Willen unabhängiger Umstand, der ihm die Vollendung der geplanten Tat unmöglich macht. Bei solcher oder ähnlicher Gestaltung des Sachverhalts wird der Zweck, zu dem die erwartete Beute dem Dieb oder Räuber dienen soll, regelmäßig einen wertvollen Anhaltspunkt für die Entscheidung geben".

46 Das bedeutet: Wird der angestrebte Erfolg gleichsam wegen „*Wegfalls der Geschäftsgrundlage*" uninteressant, so ist das Aufgeben der Tat nicht mehr als freiwillig anzusehen. In diese Fallgruppe gehört etwa auch der *Menses-Fall* BGHSt 20, 279 sowie der *Gummiball-Fall* Nr. 35 E 5, A 7f. (wo allerdings fälschlicherweise Freiwilligkeit bejaht wurde; vgl. *Busch* LK[9] § 46 Rdnr. 27). Dementsprechend wurde auch im *Einschläferungs-Fall* LG Arnsberg NJW 1979, 1420 Freiwilligkeit zu Recht abgelehnt, nachdem der Vater seine Hoffnung, die Kinder „still und schmerzlos" töten zu können, nach deren Erwachen durchkreuzt sah (diese besondere Motivation erscheint bei *Sonnen* JA 1980, 160 nicht hinreichend berücksichtigt). Weiteres Beispielsmaterial bei *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 47f.

47 **4. Fehlgeschlagener Versuch.** Eine von der zuvor gezeigten h. M. abweichende Konzeption gewinnt neuerdings zunehmend an Anhängerschaft: Danach ist *vorab jeder Freiwilligkeitserörterungen* zunächst die Frage zu stellen, ob der Täter im Zeitpunkt seines Aufgebens das geplante Handlungsziel überhaupt noch erreichen konnte. Ist dies zu verneinen, so handelt es sich um einen „fehlgeschlagenen" Versuch, von dem es **keinen Rücktritt mehr** gibt und bei dem sich daher auch die Freiwilligkeitsfrage gar nicht mehr stellen kann (so vor allem *Schmidhäuser* 15/77, ferner *Roxin* Heinitz-FS S. 253f., *Rudolphi* SK § 24 Rdnr. 8ff. sowie *Hruschka* JZ 1969, 495, der in gleichem Sinne von einem „mißlungenen" Versuch spricht; vgl. zur Terminologie auch A 50f. Grundsätzlich ablehnend hingegen *Gössel* ZStW 87, 3ff.; vgl. auch *Sonnen* JA 1980, 158ff.).

48 – Worin liegen die *Vorteile* einer derartigen – der eigentlichen Rücktrittsproblematik vorgelagerten – Abschichtung? Zum einen ermöglicht sie (praktisch gesehen) eine exaktere Einordnung der Fälle und entlastet die Freiwilligkeitsdiskussion. Zum anderen könne von einem „Aufgeben" i. S. des § 24 nur dort die Rede sein, wo eine weitere Durchführungsmöglichkeit überhaupt noch besteht. Dem wird jedenfalls dann zuzustimmen sein, wenn man den Begriff des „Aufgebens" teleologisch (im Hinblick auf den Zweck des § 24) interpretiert (A 20ff.): Ein Abstandnehmen von der weiteren Tatdurchführung läßt überhaupt nur dann Rückschlüsse auf die Strafbedürftigkeit zu, wenn der Täter eine Erfolgserreichung noch für möglich hielt.

49 In welchen **Fallgruppen** ist danach im einzelnen ein *fehlgeschlagener* Versuch anzunehmen? Sowohl in den Fallgruppen *objektiver Unmöglichkeit* (A 38f.) wie auch bei „*Wegfall der Geschäftsgrundlage*" (A 45). – Frage: Sind dies nicht gerade jene Fälle, die sich besonders leicht mit der *Frank*'schen Formel (A 33) erfassen lassen? Wird das Triebverlangen des Täters durch einen Schock beseitigt, findet er das benötigte Geld nicht vor oder gibt sich das Opfer des Vergewaltigungsversuchs sofort freiwillig hin, so muß sich der Täter in allen Fällen sagen: „Ich kann nicht, selbst wenn ich wollte". So gesehen liefert die *Frank*'sche Formel weniger ein Kriterium zur Bestimmung von „Freiwilligkeit" bzw. „Unfreiwilligkeit", sondern vielmehr zur Umgrenzung der Fälle „fehlgeschlagenen" Versuchs.

50 **5. Fazit:** Angesichts der verwirrenden Zahl von Lösungsansätzen und der Mannigfaltigkeit der Kasuistik sei noch einmal betont, daß Rspr und (noch) h. L. zwar grundsätzlich nicht zwischen „fehlgeschlagenem" und beendetem/unbeendetem Versuch unterscheiden, im wesentlichen aber zu *gleichen Ergebnissen* kommen, indem sie bei dem als „fehlgeschlagen" anzusehenden Versuch den Rücktritt als *unfreiwillig* betrachten, weil nicht von autonomen sondern von *heteronomen* Motiven bestimmt.

51 – Ferner ist die *Terminologie* uneinheitlich: Auch Rspr und h. L. gebrauchen gelegentlich den Begriff des „fehlgeschlagenen" Versuchs, und zwar ebenfalls mit der Folge, daß der Rücktritt – wegen Unfreiwilligkeit – ausgeschlossen ist. Während aber

A etwa *Schmidhäuser* primär auf eine *subjektive* Zweckverfehlung abstellt, beschränkt die h. M. diese Kategorie auf Fälle *objektiven* Fehlschlagens.

– Nicht zuletzt ist die Freiwilligkeitsdiskussion damit belastet, daß sie sich nur schwer von einem weiteren Problembereich trennen läßt:

52 **V. Wertungsfreiheit und Endgültigkeit des Rücktritts.**

Wie wäre der vorliegende Fall zu beurteilen, wenn A zwar ohne Risiko die Vergewaltigung hätte vollenden können, er dies aber unterläßt, weil er die L durch Vortäuschung von Heiratsabsichten zu freiwilliger Hingabe zu bewegen hofft?

53 1. Was die sittliche Wertungsfrage (Zweckerreichung durch Belügen des Opfers) betrifft, besteht heute Einigkeit darüber, daß der Rücktritt **nicht** auf **ethisch einwandfreien** Motiven zu beruhen braucht (zur Gegenauffassung vgl. *Bockelmann* NJW 1955, 1421). In dem bereits genannten *Erna-Fall* **BGHSt 7, 296** (A 42) ist dazu ausgeführt:

[299] „Das Gesetz verlangt *nicht*, daß der Beweggrund zum Rücktritt billigenswert oder gar hochwertig, daß der freie Wille des Täters unbedingt ein *guter* sein müsse (Nachw.). Die Straffreiheit wird im Fall des § 46 Nr. 1 [a. F.; § 24 I S. 1 Alt. 1] nicht als Belohnung für gutes Verhalten gewährt, sondern weil es in solchen Fällen infolge der Verbrechensaufgabe zu Schlimmerem nicht kam. Der sittliche Wert des Rücktrittgrundes (Scheu, seelische Erschütterung, Mitleid mit dem Opfer, Reue, Selbstbesinnung) hat nur insofern Bedeutung, als Beweggründe dieser Art regelmäßig die Straffreiheit nach § 46 Nr. 1 [a. F.; § 24 I S. 1 Alt. 1] herbeiführen".

54 Dem ist zwar im Prinzip zuzustimmen. Jedoch bleibt dabei zu beachten, daß der Grat zwischen *Freiwilligkeit* des Rücktritts und *sittlicher Irrelevanz* des Rücktritts*motivs* sehr schmal ist. Dies scheint auch der BGH verkannt zu haben, wenn er im *Erna-Fall* zur Annahme von Freiwilligkeit neigt; denn:

– Zwar braucht der Rücktritt nicht auf ethisch einwandfreien Motiven zu beruhen. Jedoch ist er freiwillig nur dann, wenn der Täter sein Deliktsziel nicht aus fremdbestimmten Gründen, sondern im Bewußtsein möglichen Weiterhandelns aufgibt. Doch davon kann bei einer „Vernünftigkeitsbetrachtung" nicht die Rede sein, wenn das Opfer dem Täter eine weniger riskante Zielerreichung in Aussicht stellt (vgl. A 42). Vgl. auch A 44 zum *Versicherungsbetrug-Fall.*

55 – Anders ist es dagegen dort, wo der Täter den Vergewaltigungsversuch aufgibt, weil er beispielsweise (ohne äußere Veranlassung) hofft, die Frau durch Vortäuschung von Heiratsabsichten zu freiwilliger Hingabe bewegen zu können. Hier ist das „Aufgeben" einer schnelleren Zweckerreichung durch Gewalt freiwillig. Daß es auf nicht gerade hochwertigen Motiven beruht, ändert daran nichts.

56 Gerade die Gegenüberstellung dieser beiden Beispielsfälle mag zeigen, daß auch hier die Unterscheidung autonomer und heteronomer Motive fruchtbar gemacht werden kann und eine Orientierung an der Ratio des Rücktrittsprivilegs zuläßt.

57 2. Strittig ist ferner die Frage, inwieweit die Strafbefreiung ein **endgültiges Abstehen** von der Verbrechensverwirklichung voraussetzt.

a) Die wohl vorherrschende Meinung verlangt ein endgültiges **Abstandnehmen vom gesamten Tatplan** (so BGHSt 7, 296/7 im *Erna-Fall;* vgl. ferner *Baumann, Bockelmann, Busch, Jescheck* § 51 III 1 m. w. N.). Danach wäre die Endgültigkeit des Rücktritts zu verneinen, wenn sich der Täter für den Fall eines Scheiterns seiner Täuschungsabsicht (A 55) die Fortführung seines Vergewaltigungsvrsuchs vorbehalten hätte.

58 b) Demgegenüber will sich eine vordringende Meinung damit begnügen, daß der Täter von der **konkreten Tatausführung** Abstand nimmt (*Blei* I § 69 III 1, *M-Gössel* I/1 § 41 Vc, *Schmidhäuser* 15/81; vgl. auch *Stratenwerth* Rdnr. 713f.); dies jedenfalls dann, wenn er bei einer etwaigen Fortführung seines verbrecherischen Entschlusses nicht auf bereits Erreichtem aufbauen will. Denn wolle man mehr verlangen, so laufe das auf eine teilweise „Ethisierung" des Rücktritts hinaus.

59 c) Genau besehen wird man jedoch weder generell ein Aufgeben des gesamten Tatplanes fordern noch aber ein Abstandnehmen von der konkreten Tatausführung genügen lassen können. Denn einerseits entfällt die ein Strafbedürfnis begründende Gefährlichkeit eigentlich erst dann, wenn der Täter nicht nur vom konkreten Ausführungsmodus, sondern von seinem Tatziel Abstand nimmt; andererseits wäre es aber sowohl aus Beweisgründen kaum praktikabel als auch möglicherweise rücktrittshemmend, schon bei jeglichen weiteren Realisierungsvorbehalten die Strafbefreiung zu verbauen. Deshalb ist als erforderlich aber auch ausreichend anzusehen, daß der Täter von dem **versuchten** und einem etwaigen **äquivalenten Angriff auf das gleiche Tatobjekt** Abstand nimmt; dafür genügt allerdings nicht, daß er – bei Festhalten an seinem Tatplan –

A lediglich die konkrete Verwirklichungsform aufgibt, um sein Ziel alsbald an anderer Stelle weiter zu verfolgen (vgl. *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 39; zust. *Jescheck* § 51 III 1 Anm. 24).

Beispielhaft dafür der *Zyankali-Fall* **RGSt 72, 350:** Die B hatte dem P am 2. März einen mit Zyankali vergifteten Kaffee vorgesetzt. P bemerkte sofort den schlechten Geschmack und spie den Kaffee aus. Da er aber meinte, der Kaffee sei nur mit Alkohol versetzt, wollte er noch einen Löffel des vergifteten Kaffee's kosten. Daran hinderte ihn die B, die inzwischen beschlossen hatte, den P zu einem anderen Zeitpunkt zu töten. Dieses Vorhaben führte sie dann eine Woche später am 9. März aus. – Hierzu hat das RG zu Recht bemerkt, daß die B von ihrem ersten Mordversuch nicht zurückgetreten sei; denn sie habe ihren Vorsatz, den P zu töten, zu keinem Zeitpunkt aufgegeben, sondern allenfalls eine bestimmte Ausführungsweise. Vgl. dazu auch BGHSt 7, 296/7 zum *Erna-Fall.*

60 **VI. Reichweite des Rücktritts.**

Gesetzt den Fall, daß aufgrund der erneuten Verhandlung des *Lilo-Falles* der Rücktritt des A als freiwillig anzusehen ist, würde damit der A völlig straffrei ausgehen können? Dies hängt davon ab, ob sich A durch das Niederschlagen der L einer vollendeten gefährlichen Körperverletzung nach § 223a (hinterlistiger Überfall!) schuldig gemacht hat (vgl. E 13). Denn da der Rücktritt nur den Versuch ergreift (A 13), bleiben etwaige gleichzeitig *vollendete* Delikte strafbar: sog. *qualifizierter Versuch* (vgl. StrafR III Nr. 19 A 50). Näher zum Ganzen *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 73ff.

61 **Schrifttum:** Zum **Rücktritt allgemein** vgl. *Baumann* § 34 I; *Blei* I § 69 I; *Bockelmann* I § 27 V 1, 2; *Busch* LK[9] § 46 Rdnr. 2ff.; *Jescheck* § 51 I; *Lackner* § 24 Anm. 1f.; *M-Gössel* I/2 § 41 V A; *H. Mayer* § 36, 1; *Otto* I § 20; *Rudolphi* SK § 24 Rdnr. 1ff.; *Schmidhäuser 15/68*ff.; *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 1 ff.; *Stratenwerth* § 12 B IV 1; *Welzel* § 25 vor I; *Wessels* I § 14 IV 1. Vgl. ferner *Burkhardt,* Der „Rücktritt" als Rechtsfolgebestimmung 1975; *Haft,* Der Rücktritt des Beteiligten bei Vollendung der Straftat, JA 1979, 306; *R. v. Hippel,* Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, 1966; *Lang-Hinrichsen,* Bemerkungen zum Begriff der „Tat" im Strafrecht, Engisch-FS S. 353; *Muñoz-Conde,* Theoretische Begründung und systematische Stellung der Straflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 84 (1972) 756; *Roxin,* Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, Heinitz-FS S. 251; *Schröder,* Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch, JuS 1962, 81.

Zur **Abgrenzung beendeter/unbeendeter Versuch** vgl. die Angaben beim *Stilett-Fall* Nr. 33.

Zur **Freiwilligkeit** sowie zum **„fehlgeschlagenen"** Versuch vgl. *Baumann* § 34 II 1; *Blei* I § 69 III 1; *Bockelmann* I § 27 V 3; *Busch* LK[9] § 46 Rdnr. 17ff.; *D-Tröndle* § 24 Rdnr. 6, 8ff.; *Jescheck* § 51 III; *Lackner* § 24 Anm. 3b, 4c; *M-Gössel* I/2 § 41 V B; *Otto* I § 20 II 3; *Rudolphi* SK § 24 Rdnr. 8ff., 19ff.; *Schmidhäuser* 15/79ff.; *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 42ff.; *Stratenwerth* § 11 B IV 2b; *Welzel* § 25 I 2; *Wessels* I § 14 IV 4; vgl. ferner *Gössel,* Über den fehlgeschlagenen Versuch, ZStW 87 (1975) 3; *Gutmann,* Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue, 1963; *Hassemer,* Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch, in: Lüderssen/Sack, Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, 1. Teilbd., 1980, 229; *Hruschka,* Zur Frage des Wirkungsbereichs eines freiwilligen Rücktritts vom unbeendeten Versuch, JZ 1969, 495; *Otto,* Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt, GA 1967, 144; *Sonnen,* Fehlgeschlagener Versuch und Rücktrittsvoraussetzungen, JA 1980, 158.

Zur **Reichweite des Rücktritts** vgl. *D-Tröndle* § 24 Rdnr. 18; *M-Gössel* I/2 § 41 V E; *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 73ff.

Abgrenzung beendeter/unbeendeter Versuch – Bedingter Vorsatz – Rücktritt vom Unterlassungsversuch

BGHSt 22, 330: Stilett-Fall

2 StR 537/68 v. 12. 2. 1969 = NJW 1969, 1358

SV **Sachverhalt:** Der A brachte in einem Wutanfall aus Eifersucht seiner Geliebten Helene mit einem Stilettmesser mehrere Stiche bei, von denen einige lebensgefährlich waren; ein Stich von 4,2 cm Tiefe reichte bis unmittelbar an das Herz heran. Der A war sich beim Zustechen darüber klar, daß einer der Stiche tödlich wirken könnte, nahm aber diese Möglichkeit billigend in Kauf. Als die 80jährige Mutter auf die Hilferufe ihrer Tochter das Zimmer betrat, stand der A noch mit dem Messer in der Hand gebückt vor seiner am Boden liegenden Geliebten; er stach aber jetzt nicht mehr zu. Die schwerverletzte und blutverschmierte H konnte sich vom Boden erheben und auf eine Couch setzen. Als sie telefonisch einen Krankenwagen bestellen wollte, geleitete sie der A ein Stück die Treppe hinunter, verließ aber dann das Haus. H wurde durch ärztliche Hilfe gerettet.

P **Zur Problemstellung:** Das SchwurG hat den A wegen versuchten Totschlags (§§ 212, 22, 23) verurteilt. Demgegenüber beruft sich A auf strafbefreienden Rücktritt vom Totschlagsversuch. – Da A nicht die Vollendung der Tat „verhindert", sondern lediglich die Beendigung seiner bereits begonnenen Tat „aufgegeben" hat, kommt allenfalls Rücktritt von einem „unbeeendeten" Versuch i. S. des § 24 I S. 1 Alt. 1 in Betracht. Wonach aber bestimmt sich, ob noch ein *unbeendeter* oder bereits ein *beendeter* Versuch vorliegt? Diese Frage wurde hier noch verkompliziert dadurch, daß A nur mit *bedingtem* Tötungsvorsatz gehandelt hatte. Damit sah sich der BGH im wesentlichen vor folgende Fragen gestellt:

– Bestimmt sich die Abgrenzung des unbeendeten vom beendeten Versuch nach dem *objektiven Grad der Tatverwirklichung* oder nach der *subjektiven Vorstellung des Täters* über die Wirksamkeit seines Handelns? Wenn letzteres, ist dafür auf die Vorstellung des Täters bei Tat*beginn* abzustellen?

– Kommt es in Fällen, in denen der Erfolg nicht durch eine einzige Handlung erreicht werden konnte, darauf an, ob der Täter den Erfolg durch *eine* (oder mehrere *bestimmte*) Handlungen verwirklichen wollte? Und liegt jedenfalls dann beendigter Versuch vor, wenn er die geplanten Handlungen verwirklicht hat?

– Wie verhält es sich dagegen, wenn sich der Täter bei Tatbeginn noch *keine* abschließenden *Vorstellungen* über den Tatverlauf gemacht hatte, insbesondere also notfalls bis zur Erfolgserreichung mit anderen Mitteln weiter handeln wollte? Sind dann seine Vorstellungen bei Abbruch der Handlung(en) entscheidend? Liegt unbeendeter Versuch vor, wenn er meint, er müsse und könne zur Verwirklichung des Ziels noch weiterhandeln, aber tatsächlich nicht weiterhandelt?

– Haben die vorgenannten Überlegungen auch dann zu gelten, wenn der Täter nur mit *bedingtem* Vorsatz gehandelt hat?

Der BGH meint zu diesen Problemen:

E 1 **Aus den Gründen: [331]** „Die Anwendung des § 46 Nr. 2 [a. F., § 24 I S. 1 Alt. 2] scheidet aus, denn der A hat, wenn der Versuch beendet war, den Erfolg nicht durch eigene Tätigkeit abgewendet, der gute Ausgang ist nicht auf *seine* Bemühungen zurückzuführen. Die Handlung war auch bereits entdeckt. Dagegen ist strafbefreiender Rücktritt nach
2 § 46 Nr. 1 [a. F.; § 24 I S. 1 Alt. 1] nicht schlechthin ausgeschlossen Die Freiwilligkeit könnte nach den bisherigen Feststellungen jedenfalls nicht in Zweifel gezogen werden. Daß die alte Mutter der Verletzten am Tatort erschien, war kein Umstand, der den A hinderte, weiter zuzustechen. Für die Frage der Straffreiheit kommt es also entscheidend darauf an, ob der Versuch nach dem letzten Stich beendet war oder nicht.

3 1. Der BGH hat zur Abgrenzung zwischen beendetem und nicht beendetem Versuch wiederholt Stellung genommen, soweit Fälle des Handelns mit direktem Vorsatz zur Erörterung standen. In Übereinstimmung mit der bisherigen Rspr vertritt der Senat die Auffassung, daß die Frage, ob der Versuch einer Straftat beendet ist oder nicht, ob also strafbefreiender Rücktritt nach § 46 Nr. 1 [a. F.; § 24 I S. 1 Alt. 1] in Betracht kommt oder nach § 46 Nr. 2 [a. F.; § 24 I S. 1 Alt. 2] nur tätiges Abwenden des Erfolgs zur Straffreiheit
4 führt, allein nach den Vorstellungen des Täters zu entscheiden ist. Wollte der Täter von vornherein den Erfolg durch eine oder mehrere *bestimmte* Handlungen verwirklichen, so kommt es für die Abgrenzung allein auf diese seine Vorstellung bei Tatbeginn an. Führt er die beabsichtigte bestimmte Tätigkeit aus, so ist der Versuch stets beendet, und zwar auch dann, wenn der Täter nachträglich die mangelnde Eignung seines Tuns erkennt. In

E diesem Fall ist es also ohne Bedeutung, wie der Täter *bei Beendigung seiner Tathandlungen* die Wirkung seines bisherigen Tuns einschätzt.

5 Wesentlich auf die Vorstellungen des Täters gerade in diesem Zeitpunkt kommt es jedoch dann an, wenn er sich nicht von vornherein **[332]** eine bestimmte Handlung vorgenommen hatte. Lag in diesem Sinne bei Tatbeginn kein fest umrissener Plan vor, so können nur die Überlegungen des Täters nach der letzten Ausführungshandlung Aufschluß darüber geben, ob der Versuch beendet war oder nicht. Hält der Täter jetzt das bisherige Tun nicht für ausreichend, um den erstrebten Erfolg herbeizuführen, so ist der Versuch noch nicht beendet; unterläßt er dann jede weitere auf Erfolg zielende Tätigkeit, so tritt Straffreiheit ein (natürlich unter der zusätzlichen Voraussetzung, daß er die Tatausführung noch für möglich hält und Herr seiner Entschlüsse geblieben ist). Auch die irrige Annahme, daß die Wirkung des bisherigen Tuns nicht ausreiche, schließt die Straffreiheit nach § 46 Nr. 1 [a. F.; § 24 I S. 1 Alt. 1] nicht aus. Dagegen ist der Versuch beendet, wenn der Täter davon überzeugt ist, daß auf Grund seines bisherigen Handelns der Erfolg eintreten werde; in diesem Fall kann er sich Straffreiheit nur nach § 46 Nr. 2 [a. F.; § 24 I S. 1 Alt. 2] sichern.

6 Fraglich könnte die Abgrenzung nur sein, wenn der Täter über die Wirkungen seines bisherigen Tuns keine sicheren Vorstellungen hat, darüber vielmehr im Zweifel ist, den Eintritt des Erfolgs also nur für möglich hält. Auch in diesem Fall ist der Versuch beendet; denn es wäre angesichts des vorausgegangenen verbrecherischen Tuns mit dem Grundgedanken des § 46 [a. F.; § 24] nicht vereinbar, wenn sich der über den Erfolg zweifelnde Täter schon durch bloßes Unterlassen weiteren Handelns Straffreiheit sichern könnte.

7 2. Diese Grundsätze über die Voraussetzungen des strafbefreienden Rücktritts beim Handeln mit direktem Vorsatz sind ohne Einschränkung auch anzuwenden, wenn dem Täter nur bedingter Vorsatz zur Last fällt. Auch hier ist zunächst danach zu unterscheiden, ob der Täter bei Beginn eine oder mehrere *bestimmte* Handlungen ins Auge gefaßt hatte oder ob das nicht der Fall war. Hat er also z. B. einen Messerstich – mit direktem Körperverletzungsvorsatz und bedingtem Tötungsvorsatz – beabsichtigt und ausgeführt, so ist die Körperverletzung vollendet und der Versuch der *Tötung* beendet, und es ist unerheblich, was der Täter sich nunmehr über **[333]** die Wirkung dieses Messerstichs vorstellt; denn er hat die ‚beabsichtigte Handlung' i. S. des § 46 Nr. 1 [a. F.; § 24 I S. 1 Alt. 1 spricht von der „weiteren Ausführung"] gerade nicht aufgegeben, sondern durchgeführt. Dasselbe gilt, wenn der Täter entsprechend seinem Plan solange auf sein Opfer einsticht, bis es bewußtlos vor ihm auf dem Boden liegt.

8 Hat sich dagegen der Täter – mit bedingtem Tötungsvorsatz handelnd – nur vorgenommen, seinem Opfer eine unbestimmte Anzahl von Stichen beizubringen, und hört er nach einigen Stichen auf, so hängt die Frage der Beendigung des Tötungsversuchs wiederum, wie beim Handeln mit direktem Vorsatz, davon ab, welche Wirkung der Täter seinem bisherigen Tun zumißt. Auch hier gehen Zweifel über diese Wirkung in dem Sinne zu Lasten des Täters, daß er sich Straffreiheit nur nach § 46 Nr. 2 [a. F ; § 24 I S. 1 Alt. 2] sichern kann; er muß eine erfolgsabwendende Tätigkeit entfalten. In solchen Fällen des Zweifels darf nicht etwa, weil der Täter mit bedingtem Vorsatz begonnen hat, nunmehr nach Einstellung der verbrecherischen Tätigkeit danach unterschieden werden, ob er den auf Grund des bisherigen Handelns als möglich vorgestellten Erfolg immer noch in Kauf nimmt und billigt. Denn die Abgrenzung der beiden Fälle des § 46 [a. F.; § 24 I S. 1] steht in keinerlei Zusammenhang mit der Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit. Vielmehr sind hier die Kriterien der Abgrenzung selbständig aus dem Zweck des § 46 [a. F.; § 24] zu bestimmen. Danach rechtfertigt der bedingte Vorsatz keine andere Beurteilung als der direkte.

9 3. Welche Vorstellungen der A hatte, als er mit dem Zustechen begann und aufhörte, hat das SchwG nicht festgestellt. Zu einer abschließenden Beurteilung aus dem Zusammenhang des angefochtenen Urteils sieht sich der Senat nicht in der Lage. Möglicherweise hatte der A, als die H blutverschmiert vor ihm auf dem Boden lag, alles getan, was er nach seinem vorgefaßten Plan wollte: In diesem Fall war der Versuch beendet. Es kann aber auch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden, daß er bei Tatbeginn überhaupt keinen Plan hatte, sondern plötzlich und wahllos mit Zustechen begann: Dann kommt es darauf an, wie er nach **[334]** dem letzten tatsächlich geführten Stich die Wirkung seines bisherigen Tuns einschätzte und warum er nicht mehr weiter zustach; von Bedeutung könnte dabei immerhin sein, daß sich die Verletzte alsbald vom Boden erheben und auf eine Couch setzen konnte."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Im Mittelpunkt dieses Falles steht die Abgrenzung von *beendetem* und *unbeendetem* Versuch (II), und zwar speziell für solche Fälle, in denen sich der Täter vor Beginn der Tat keine näheren *Vorstellungen über* deren *Verlauf* gemacht hatte (III). Ferner wird zu fragen sein, ob die dabei gefundenen Grundsätze auch auf Fälle *bedingten Vorsatzes* übertragbar sind (IV) und wie ein *Irrtum* über die Wirksamkeit des bereits Getanen zu beurteilen ist (V). Schließlich wird noch auf das Abgrenzungsproblem bei *Unterlassungs*delikten hinzuweisen sein (VI). Zunächst ist jedoch noch eine Vorfrage zu stellen:

A 1 **I. Praktische Bedeutung der Rücktrittsalternativen.**

Warum bedarf es einer Abgrenzung von *beendetem* und *unbeendetem* Versuch überhaupt? Wie bereits im *Lilo-Fall* Nr. 32 A 4 ff. dargetan, werden je nach dem Grad der Versuchsverwirklichung unterschiedlich hohe Anforderungen an den Rücktritt gestellt. Diese Abstufung, die in der unterschiedlichen Fassung von Nr. 1 und Nr. 2 des § 46 a. F. noch schärfer zum Ausdruck kam, ist auch in der vereinfachten Formulierung der beiden Alternativen von § 24 I 1 im Prinzip beibehalten (vgl. *Roxin* JuS 1973, 332, *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 8 f.). Daher behalten auch die Entscheidungen in diesem Fragenkreis nach wie vor ihre Bedeutung. Die Abgrenzung beruht auf folgender Grundunterscheidung:

2 a) Solange der Versuch noch als **unbeendet** anzusehen ist, genügt für den Rücktritt nach § 24 I S. 1 Alt. 1 schon das schlichte **„Aufgeben"** der weiteren Verbrechensverwirklichung.

3 b) Sobald dagegen der Versuch nach § 24 I S. 1 Alt. 2 bereits als **beendet** gilt, genügt nicht mehr das einfache Abstehen von der Tat, sondern vom Täter wird eine Abwendung des tatbestandsmäßigen Erfolgs verlangt. Durch diese **Erfolgsverhinderungspflicht** wird dem Täter praktisch das Risiko des Erfolgseintritts aufgeladen (näher dazu *Vierkantholz-Fall* Nr. 34 A 6 ff.; vgl. auch unten A 45 ff.). – Im Unterschied zum früheren Recht ist aber dabei folgendes zu beachten: Während § 46 Nr. 2 a. F. den Rücktritt vom beendeten Versuch noch davon abhängig machte, daß die Handlung noch nicht *„entdeckt"* war, hebt § 24 I S. 1 sowohl für unbeendeten wie für beendeten Versuch allein auf die *„Freiwilligkeit"* des Rücktritts ab. Dies schließt selbstverständlich nicht aus, daß im Rahmen der Freiwilligkeitsfrage der Auffassung des Täters, (noch nicht) entdeckt zu sein, maßgebliche Bedeutung zukommt (auch dazu näher *Vierkantholz-Fall* Nr. 34 A 11 ff.).

4 *Frage:* In welcher Versuchsgruppe ist nun der vorliegende Fall einzuordnen? Über die Regeln des *beendeten* Versuchs könnte A schon deshalb keine Straffreiheit erlangen, weil er den Taterfolg weder durch „eigene Tätigkeit" abgewendet (§ 24 I S. 1 Alt. 2; vgl. E 1) noch irgendwelche ernsthafte Rettungsbemühungen (§ 24 I S. 2) unternommen hat. Dagegen wäre Rücktritt vom *unbeendeten* Versuch nicht schlechthin ausgeschlossen, da A seine Tat „freiwillig" aufgab (E 2), freilich vorausgesetzt, daß hier von einem unbeendeten Versuch überhaupt noch die Rede sein konnte. Damit sind wir bei der Grundfrage dieses Falles:

II. Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch.

5 1. Einigkeit besteht heute darüber, daß diese Abgrenzung nicht nach objektiven Kriterien, sondern nach dem **subjektiven Vorstellungsbild** des Täters vorzunehmen ist: „Täterplan"-Kriterium (vgl. E 4 sowie *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 10 m. w. N.). Danach ergibt sich folgendes:

6
- *Unbeendet* ist der Versuch, wenn der Täter nach seinem Tatplan noch *nicht alles getan* hat, was nach seiner Vorstellung zum Eintritt des Erfolges notwendig ist.
- *Beendet* dagegen ist der Versuch, wenn der Täter nach seinem Tatplan *alles getan* zu haben glaubt, was zum Eintritt des Erfolges notwendig wäre.

7 2. In dieser Abgrenzung ist aber noch ein wichtiger Punkt offen: die **Zeitpunkt**-Frage. Für den Fall, daß sich die Vorstellungen des Täters über die Tauglichkeit seiner Ausführungshandlungen während des Tatverlaufs ändern, auf welches Vorstellungsbild ist dann abzustellen? Ausschlaggebend soll dann die Vorstellung bei der Planung bzw. bei **Beginn der Tat** sein (vgl. E 4, 7, 9).

8 Das ist im wesentlichen unproblematisch dann, wenn der Täter (eine oder mehrere) **bestimmte Handlungen geplant** hat und es zumindest für möglich hält, daß die geplanten Handlungen den Erfolg herbeiführen. Der Versuch soll dann beendet sein, wenn die geplanten Akte durchgeführt sind, und zwar unabhängig davon, ob der Täter zu diesem Zeitpunkt sein bisheriges Tun schon für ausreichend oder aber für mangelhaft hält und meint, noch weiter handeln zu können (E 4).

9 In diesem Sinne etwa auch der *Messerstich-Fall* **BGHSt 14, 75:** Der A hatte seiner Frau, weil sie sich von ihm scheiden lassen wollte, in großer Erregung ein Fahrtenmesser in die linke Bauchseite gestoßen, zog es dann aber sofort wieder heraus und ließ von ihr ab. Dazu der BGH: **[79]** „Sollte der A von vornherein ins Auge gefaßt haben, seine Frau mit nur einem einzigen Messerstich zu töten, so wäre der Totschlagsversuch schon nach Ausführung dieses einen Messerstichs beendet gewesen, ohne Rücksicht darauf, ob er in diesem Zeitpunkt die von ihm verursachte Verletzung noch für geeignet und ausreichend hielt, um tödlich zu wirken und ob er die Ausführung weiterer Tötungshandlungen noch für möglich hielt. Hätte er seiner Frau nun noch mehr Verletzungen beibringen wollen,

A weil er nachträglich den ersten Stich nicht mehr als erfolgreich ansah, so hätte er einen neuen Tatentschluß fassen müssen, den Versuch also wiederholen müssen (vgl. BGHSt 10, 129/31). In dem Unterlassen eines erneuten Versuchs kann kein strafbefreiender Rücktritt gefunden werden."

10 Demgemäß ist also ein Versuch dann als beendet anzusehen, wenn der Täter zum Weiterhandeln einen **neuen Tatentschluß** fassen müßte. – Dabei bleibt jedoch zu beachten, daß es sich um Fälle handelt, in denen der Täter sich vor Tatbeginn feste Vorstellungen über den Einsatz seiner Mittel gemacht hatte. Wie aber ist zu entscheiden, wenn es an derartigen Vorstellungen fehlt? Damit kommen wir zu einem höchst problematischen Abgrenzungsbereich, der auch vorliegend in Frage stand:

III. Abgrenzung bei unbestimmtem Tatplan.

11 1. Der Standpunkt des **BGH:** Hat der Täter bei Tatbeginn keine festen Vorstellungen über den Tatverlauf, die Tatausführung oder die Tatmittel, dann sollen die Vorstellungen bei **Beendigung** der verwirklichten Teilhandlungen entscheidend sein (E 5, 9). Danach ist der Versuch erst dann beendet, wenn der Täter den Erfolgseintritt aufgrund seiner bereits verwirklichten Handlungen für möglich hält (E 6; ebenso bereits der *Messerstich-Fall* bei A 9 sowie neuestens im *Bierkrug-Fall* BGH NJW 1980, 195).

12 Was ist von dieser Auffassung und den dazu im *Stilett-Fall* vorgetragenen Gründen zu halten? Sowohl aus Praktikabilitätsgründen wie aus Sachgerechtigkeitserwägungen bestehen große **Bedenken** dagegen (vgl. dazu besonders *Burkhardt* S. 21 ff., *Busch* LK[9] § 46 Rdnr. 9, *Geilen* JZ 1972, 335, *Otto* GA 1967, 144):

13 – Wird im Einzelfall überhaupt nachweisbar sein, welche Vorstellungen der Täter bei Tatbeginn hat? Würde es dann nicht häufig dem Geschick des einzelnen Angeklagten überlassen, sich entsprechend „herauszureden"?

14 – Besteht ein berechtigter Sachgrund, den planlos handelnden oder von vornherein mehrere Verwirklichungsversuche einkalkulierenden Täter u. U. besser zu stellen, als denjenigen, der bei Tatbeginn eine bestimmte Handlung für ausreichend hält, aber nach deren Fehlschlag dann noch weiter handeln könnte, dies jedoch nicht tut?

15 2. Da der BGH diese unterschiedlichen Konsequenzen bei Tat*beginn*-Betrachtung einerseits (A 9 ff.) und bei Handlungs*ende*-Betrachtung andererseits (A 11) offenbar selbst als unerträglich empfindet, hat er (mehr oder weniger offen) eine **Annäherung der beiden Standpunkte** versucht, und zwar in Richtung auf das Handlungs*ende* hin. Das wurde etwa auf zweierlei Weise praktiziert:

16 a) Durch versteckte *Umdeutung* des Sachverhalts:

So im *Rohrzangen-Fall* **BGHSt 22, 176,** wo der A seiner Stieftochter mit einer Rohrzange auf den Kopf geschlagen hat, wobei er nach den Feststellungen des SchwurG davon ausging, der Schlag werde die Stieftochter sofort töten. Diese war jedoch nur benom-

17 men. Der A erkannte dies, sah aber von weiteren Schlägen ab. Nach dem bei A 9 ff. Ausgeführten hätte man erwarten können, der BGH werde die Anwendbarkeit von § 24 I S. 1 Alt. 1 verneinen, weil der A ja alles getan hatte, was er bei Tatbeginn zur Erreichung des tatbestandsmäßigen Erfolges für notwendig hielt (so übrigens das SchwurG). Der BGH jedoch sah den Versuch als *nicht beendet* an; denn:

18 **[177]** „Wer mit unbedingtem Mordvorsatz unter solchen Umständen und in einer solchen Weise auf einen anderen einschlägt, wie es der A getan hat, macht sich in aller Regel keine bestimmten Gedanken über die Zahl der Schläge, die er seinem Opfer zu versetzen beabsichtigt, wird vielmehr bei seinem Tun durch den Willen beherrscht, auf das Opfer einzuschlagen, bis er das seinem Vorsatz entsprechende Ziel erreicht hat. Die Annahme, schon der erste Schlag werde das Opfer töten, schließt einen solchen den Tatablauf von Anfang an bestimmenden Willen nicht aus ... Weitere – bei dem festgestellten Sachverhalt mögliche – Schläge, die er der Stieftochter unmittelbar nach dem ersten von ihm als wirkungslos erkannten Schlag an demselben Ort und mit demselben Schlagwerkzeug versetzt haben würde, wären keine Wiederholung eines gescheiterten, sondern die Fortsetzung des begonnenen Mordversuchs gewesen."

19 Gewiß, dieses Ergebnis erscheint plausibel; aber: wird damit das Problem wirklich gelöst oder nur umgangen? Diese Feststellungen des BGH laufen im Grunde nur auf eine Korrektur der Beweiswürdigung des Instanzgerichts hinaus (vgl. *Dreher* JR 1969, 105/6) – ein revisionsrechtlich unzulässiges Verfahren!

20 b) Gelegentlich wird auf *Konkurrenz*aspekte abgehoben:

So im *Flachmann-Fall* **BGHSt 10, 129,** wo der Täter seiner Braut mit Tötungsvorsatz einen sog. Flachmann (3/8 l-Flasche) auf den Kopf geschlagen hatte. Als dies nicht zum Tode führte, würgte er sie, ließ aber dann von ihr ab. Das SchwurG sah sich vor die Frage gestellt,

– ob der Schlag mit der Flasche und das Würgen als *getrennte* Handlungen zu be-

A trachten wären, mit der Konsequenz, daß mit dem Schlag bereits ein selbständiger beendeter Versuch vorlag, von dem der Täter nicht mehr nach § 24 I S. 1 Alt. 1 zurücktreten konnte,

21 – oder ob das Schlagen und Würgen als *einheitlicher* Handlungskomplex zu betrachten und demzufolge im Schlag als solchen *noch kein beendeter* Versuch zu erblicken sei.

22 Dazu meint der BGH **[130]**: Wenn der Täter von vornherein damit gerechnet habe, daß der Schlag mit der Flasche eventuell nicht ausreichen würde, und entschlossen war, dem Opfer für diesen Fall weitere Gewalt anzutun, liege es nahe, „sein gesamtes, auf den tödlichen Erfolg gerichtetes Verhalten als ein einheitliches Geschehen im natürlichen Sinne und demgemäß **[131]** rechtlich als eine natürliche Handlungseinheit zu werten". Dann liege ein einziger unbeendeter Tötungsversuch vor. „Dasselbe würde gelten, wenn der A zwar zunächst mit einem Mißerfolg des Schlages mit der Flasche nicht gerechnet hätte, es ihm aber auf die Art des Tötungsmittels von vornherein nicht ankam und er zur Flasche nur deshalb gegriffen hätte, weil sie gerade nahe lag."

23 *Frage:* Worin unterscheidet sich diese Begründung von der im *Messerstich-Fall* (A 9 ff.)? Während dort die Beendigungsfrage von *subjektiven* Kriterien abhängig gemacht wurde: nämlich beendeter Versuch, wenn zum Weiterhandeln ein *neuer Tatentschluß* notwendig wäre, kommt im *Flachmann-Fall* ein gewisses *objektivierendes* Element in die Abgrenzung: entscheidend wird, ob die erste Versuchshandlung mit etwa nachfolgenden eine Handlungs*einheit* (dann unbeendeter Versuch) oder Handlungs*mehrheit* (dann beendeter Versuch) bilden würde (vgl. *Jescheck* § 51 II 3 c).

24 c) Auf der gleichen Linie liegt die Abgrenzung von *Dreher* (in seiner Anm. zum *Rohrzangen-Fall* JR 1969, 105/7): Selbst bei Erforderlichkeit eines neuen Entschlusses könne ein unbeendeter Versuch „stets dann, aber auch nur dann angenommen werden, wenn die neuen Handlungsakte mit den alten zu einer natürlichen Handlungseinheit verschmelzen würden". Demgemäß käme unbeendeter Versuch auch dann in Betracht, „wenn der Täter meinte, mit einer einzigen Handlung zum Ziel zu kommen, nach Fehlschlagen dieser Handlung aber die Möglichkeit hat und erkennt, weitere erfolgversprechende Akte vorzunehmen, jedoch darauf verzichtet".

25 – Ähnlich *Schmidhäuser* 15/78: „Wenn der Täter aber glaubt, im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang (i. S. dessen, was sonst als natürliche Handlungseinheit gesehen werden müßte) durch Wiederholung des gleichen oder durch andersartiges Handeln doch noch zum Ziel kommen zu können, dann ist das Abbrechen oder schon das völlige Unterlassen für die *ganze* Tat Rücktritt."

25a – Zum gleichen Ergebnis gelangen *Otto* GA 1967, 148 ff., *Roxin* Heinitz-FS S. 267 ff. und *Rudolphi* SK § 24 Rdnr. 11 ff., wobei jedoch neben der „natürlichen Handlungseinheit" auch auf die ratio des § 24 zurückgegriffen wird: Wenn der Täter mit Aussicht auf Erfolg ohne Vergrößerung seines Risikos weiterhandeln könne und trotzdem umkehre, so bringe er damit zum Ausdruck, daß er den Weg des Verbrechens verlasse. Diese „Rückkehr zur Legalität" beweise die *verminderte verbrecherische Energie,* die eine Strafsanktion unter spezial- und generalpräventiven Aspekten überflüssig mache (vgl. *Lilo-Fall* Nr. 32 A 23, 43). – Ebenso wie bereits *Schmidhäuser* (A 25) gehen sie dabei davon aus, daß es sich bei diesem Problemkreis nicht um eine Frage der Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch handelt, sondern genau genommen um die Differenzierung zwischen beendetem und fehlgeschlagenem Versuch (dazu *Lilo-Fall* Nr. 32 A 47 ff.).

26 Was ist die *Konsequenz* dieser Auffassungen? Gegenüber dem BGH im *Flachmann-Fall* (A 20) führen sie insofern zu einer Erweiterung der Rücktrittsmöglichkeiten nach § 24, als es unerheblich ist, ob der Täter seine Tat „ursprünglich mit einem bestimmten Mittel" verwirklichen wollte. Ausschlaggebend ist vielmehr allein, ob das tatbestandliche Ziel noch mit Handlungen erreicht werden kann, die mit den vorausgegangenen Versuchshandlungen eine Einheit bilden und für den Täter kein gesteigertes Risiko mit sich bringen. Ist das der Fall, so soll bei Abbruch der Tatausführung vor Zielerreichung noch unbeendeter Versuch vorliegen.

27 d) **Kritik:** Was ist von diesen Auffassungen, die für die Abgrenzung (jedenfalls auch) maßgeblich auf das Kriterium der **Handlungseinheit** abstellen, zu halten?

– Zwar wird einerseits vermieden, daß der mit allen Risiken rechnende Täter besser gestellt wird als derjenige, der naiv zugibt, er habe nur *eine* Handlung für notwendig und ausreichend gehalten.

28 – Jedoch ist andererseits die Frage, ob die Bereinigung dieses bisherigen Widerspruches gerade durch eine bedenkliche *Ausweitung* der Rücktrittsmöglichkeiten anzustreben ist. Was spricht eigentlich dafür, einem Attentäter, der bereits 99 von 100 einkalkulierten Schüssen ergebnislos abgefeuert hat (vgl. dazu den *MP-Fall* BGH GA 1966,

A 208), den einfacheren Rücktrittsweg nach § 24 I S. 1 Alt. 1. offenzuhalten? Diese Frage erscheint um so mehr berechtigt, als die Theorie von der „goldenen Brücke" auch beim BGH schon seit Jahren in Zweifel ist (vgl. *Lilo-Fall* Nr. 32 E 6, A 14).

– Auch *kriminalpolitisch* stellt sich die Frage, ob in diesen Fällen tatsächlich jegliches Strafbedürfnis verneint werden kann: Hat nicht der Täter immerhin gezeigt, daß er durchaus fähig ist, bis zur Erfolgserreichung zu handeln und dabei u. U. – etwa wenn der Schuß nur knapp fehlgeht – sein Opfer bereits erheblich zu gefährden? Wird hier nicht letztlich der *Zufall* honoriert, daß die Versuchshandlung erfolglos blieb? Wird nicht wiederum gerade jener begünstigt, der sich nach mißlungenem Versuch geschickt eine konkrete Fortsetzungsmöglichkeit (als Ausrede) einfallen läßt?

29 – Schließlich wäre mit *Maiwald* S. 92f. zu Recht darauf hinzuweisen, daß die für § 24 maßgeblichen Erwägungen ganz *andere Hintergründe* haben als die Konkurrenzfrage der tateinheitlichen Zusammenfassung mehrerer Versuche. Deshalb wäre es formale Begriffsjurisprudenz, etwaige Konkurrenzlösungen einfach auf die Abgrenzungsfrage beim Versuch zu übertragen (vgl. zum Ganzen auch *Burkhardt* S. 30ff., *Geilen* JZ 1972, 336/9f.).

30 **4.** Aus diesen Gründen ist hier eine Lösung anzustreben, die eher umgekehrt eine **Einzelbetrachtung** anstellt. So im Ansatz bereits *Baumann* § 33 II, wonach im Rahmen der §§ 22, 24 „bei der natürlichen Handlungseinheit wie auch unstreitig beim Fortsetzungszusammenhang die Gesamtbetrachtung aufzugeben und auf die Einzelakte abzustellen" ist. Dieser Ansatz bedarf allerdings noch der Verdeutlichung (*Burkhardt*, S. 43ff., 90ff.):

31 a) Dazu wird es entscheidend darauf ankommen, inwieweit sich die *einzelnen Versuchsakte* im Hinblick auf die Erfolgsherbeiführung hin **„verselbständigt"** haben, d. h. in welchem Grade sie je für sich den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen geeignet sind. Innerhalb des Versuchsbereichs sind dazu im wesentlichen drei Fallabstufungen zu unterscheiden:

32 – Fallkonstellation 1: Der Täter hat Einzelakte ausgeführt, die nach seiner Vorstellung als solche (d. h. ohne weitere hinzukommende Handlungen) noch nicht geeignet sind, den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen. Für diese Konstellation ist charakteristisch, daß die bereits verwirklichten *Einzelakte* hinsichtlich der Erfolgsherbeiführung *keine selbständige* Rolle spielen.

33 – Fallkonstellation 2: Der Täter hat Einzelakte ausgeführt, die nach seiner Vorstellung (möglicherweise oder gar sicher) geeignet sind, ohne weitere hinzukommende Handlungen den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen. Dabei geht er aber davon aus, daß zwischen der Einzelhandlung und deren Wirkung der Erfolgseintritt noch durch einen „actus contrarius" aufgehalten werden könnte. Hier hat sich die Handlung des Täters zwar *verselbständigt*, aber nur *relativ*, da der Erfolg noch durch einen gegenläufigen Akt des Täters aufhaltbar ist.

34 – Fallkonstellation 3: Auch hier hat der Täter bereits Einzelakte ausgeführt, die für sich allein den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen geeignet sind, wobei der Täter sogar damit rechnet, daß er sich der Aufhaltbarkeit des Erfolges durch einen gegenläufigen Akt möglicherweise bereits völlig begeben hat. In diesem Fall hat sich seine Tat hinsichtlich der Erfolgsherbeiführung bereits *absolut verselbständigt;* denn aus der Täterperspektive ist der Eintritt des Erfolgs nur noch vom Zufall abhängig.

35 b) Versucht man diese Abstufungen in die **rechtlichen** Kategorien des § 24 zu bringen, so ergibt sich folgendes:

– Soweit sich die Tathandlungen noch nicht verselbständigt haben (Fall 1: A 32), liegt *unbeendeter Versuch vor.*

36 – Soweit sie sich dagegen relativ verselbständigt haben (Fall 2: A 33), ist *beendeter* Versuch anzunehmen.

37 – Hat sich die Handlung sogar absolut verselbständigt (Fall 3: A 34), so liegt weder beendeter noch unbeendeter, sondern ein *fehlgeschlagener* Versuch vor, von dem ein strafbefreiender Rücktritt nicht mehr möglich ist. (Näher zum Begriff des fehlgeschlagenen Versuchs *Lilo-Fall* Nr. 32 A 47ff.).

38 c) Im Gegensatz zur h. M. (A 11, 24ff.) ist für alle Fälle dieser Dreistufung wesentlich, daß sie *unabhängig* davon gilt, ob der Täter mit einem möglichen Mißerfolg rechnet und weitere unmittelbar anschließende Versuchshandlungen *geplant* oder aber sich überhaupt keine dahingehenden Gedanken gemacht hat. – Wie sind demnach der *Flachmann-Fall* (A 20), der *Rohrzangen-Fall* (A 16) wie auch der vorliegende *Stilett-Fall* zu behandeln? In allen Fällen liegt bereits *fehlgeschlagener* Versuch vor, so daß ein Rücktritt ausgeschlossen ist; denn im Sinne von A 34 gingen die Täter jeweils davon

A aus, ihre Handlung enthalte (möglicherweise) bereits unwiderruflich alles zur Erfolgserreichung Notwendige.

39 d) Was spricht für diese **Abgrenzung aufgrund** einer **subjektiv** (nach Tätervorstellung) zu beurteilenden **Erfolgseignung des Einzelaktes?** Nicht nur, daß damit eine sichere und zur Gleichbehandlung führende Einordnung der Fälle möglich ist; auch wird damit übermäßigen Ausweitungen des Rücktritts entgegengewirkt und gleichzeitig die unterschiedliche Erfolgsnähe der Handlungsakte des Täters berücksichtigt. Nicht zuletzt ist ein Rücktrittsausschluß in solchen Fällen deshalb gerechtfertigt, weil der Täter gezeigt hat, daß er fähig ist, bis zur Erfolgserreichung zu handeln, und daß er das Opfer – zumindest aus seiner Perspektive – bereits erheblich gefährdet hat.

40 – Der mögliche Einwand, daß ein Abstellen auf Einzelakte einen u. U. einheitlichen Vorgang auseinanderreiße und deshalb zu Schwierigkeiten hinsichtlich des Verhältnisses mehrfacher Versuche führe (*Dreher* JR 1969, 106, *Roxin* Heinitz-FS S. 269), wiegt demgegenüber gering. Auch wird durch eine differenzierende Einzelbetrachtung bei § 24 keineswegs ausgeschlossen, auf *Konkurrenzebene* stattdessen Handlungseinheit anzunehmen; denn für diese beiden Ebenen sind die maßgeblichen Gesichtspunkte keineswegs die gleichen (vgl. *Burkhardt* S. 36f., *Maiwald,* oben bei A 29).

41 – Ebensowenig schlägt der Einwand durch, daß dem Täter jeder *Anreiz* zum Abstehen von der Tat genommen werde, wenn man ihm die Möglichkeit strafbefreienden Rücktritts von einem fehlgeschlagenen Versuch versperre. Denn zum einen ist zu fragen, ob und inwieweit der Täter um die Feinheiten des Rücktrittsprivilegs überhaupt weiß, um sich davon *motivieren* zu lassen. Zum anderen dürfte von der unterschiedlichen Bestrafung von Vollendung und Versuch, weil allgemein bekannt, eine weitaus größere generalpräventive Wirkung ausgehen, als meist angenommen wird. – Übrigens entspricht auch die vom Sonderausschuß für die Strafrechtsreform bei Beratung des § 24 vertretene Auffassung zumindest im Ergebnis der hier vorgeschlagenen Abgrenzung (vgl. Prot. V S. 1757ff.). Auch *Geilen* JZ 1972, 337ff. betont die positiven Ergebnisse einer *trennenden* Betrachtungsweise, wenngleich er in einer resignierenden Wendung meint, daß es wenig Chancen für eine entsprechende Änderung der Rspr. gebe.

42 **IV. Sonderprobleme bei bedingtem Vorsatz?**

Da die Grenzkriterien zwischen beendetem und unbeendetem Versuch vornehmlich an Fällen *direkten* Vorsatzes entwickelt wurden, stellte sich im vorliegenden Fall die Frage, ob die gleichen Kriterien auch bei nur bedingtem Vorsatz des Täters anwendbar sind:

43 1. Der BGH hat die Gleichbehandlung von unbedingtem und bedingtem Erfolgsvorsatz ohne Einschränkung *bejaht* (E 7/8) und neuestens im *Bierkrug-Fall* NJW 1980, 195 bestätigt (zust. auch *Busch* LK[9] § 46 Rdnr. 14, *Welzel* § 25 I 1). Dem ist zwar im Ergebnis zuzustimmen; jedoch wird gerade im Bereich des bedingten Vorsatzes die *Verfehltheit der BGH-Abgrenzung* noch deutlicher. Denn: Ist die Frage, ob der Täter im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang durch ein neues gleiches oder andersartiges Handeln noch zum Ziel gelangen kann, bei bedingt vorsätzlichen Handlungen überhaupt sinnvoll? Dies jedenfalls dann nicht, wenn der Täter das erstrebte Ziel (etwa die Flucht) erreicht hat und der eventualiter einkalkulierte Erfolg (etwa das Überfahren eines Polizisten) mit diesem Ziel nicht identisch ist. Der Täter hat also nur deshalb keine Rücktrittsmöglichkeit, weil er gar keinen Anlaß hat, einen neuen Tötungsversuch zu begehen. Ist es nun wirklich richtig, denjenigen besser zu stellen, der nicht nur bedingt vorsätzlich, sondern in Tötungsabsicht gehandelt hat? Näher zu solchen Widersprüchlichkeiten *Burkhardt* S. 31ff.

44 2. Demgegenüber führt die hier vertetene Abgrenzung (A 35ff.) auch im Bereich des bedingten Vorsatzes zu praktikablen Kriterien; denn auch bei bedingtem Vorsatz kann darauf abgestellt werden, ob der *Täter glaubt,* die in Gang gesetzte Kausalkette *noch aufhalten zu können.* – Ob dies vorliegend der Fall war, bedürfte freilich noch weiterer tatsächlicher Aufklärung; daher war im *Stilett-Fall* das Urteil des SchwurG zu Recht aufzuheben.

45 **V. Irrtum über die Wirksamkeit des bereits Getanen.**

Gesetzt den Fall, der A hat geglaubt, daß ein Stich allein nicht lebensgefährlich sei und daß daher schon bei Abstehen von weiteren Stichen der Tod der H ausbleibe, in Wirklichkeit jedoch schon der erste Stich eine tödliche Wirkung hat: könnte sich dann A noch auf Rücktritt berufen? Die Beurteilung derartiger Fälle, in denen im (irrigen) Vertrauen auf die Unwirksamkeit des bereits Getanen erfolgsverhindernde Gegenmaßnahmen unterbleiben, ist umstritten:

A 46 1. Nach h. M. scheidet hier Rücktritt schon deshalb aus, weil durch den Erfolgseintritt die Tat bereits **vollendet** sei (vgl. *Baumann* § 34 II 1, *Jescheck* § 51 III 3, *Rudolphi* SK § 24 Rdnr. 16 m. N.). Daher hänge es allein von den *Irrtumsregeln über Kausalabweichungen* ab, ob die Erfolgszurechnung zu verneinen sei. (Allgemein dazu *Blutrausch-Fall* StrafR I Nr. 16 A 8 ff.). Das bedeutet: Solange in der tödlichen Wirkung des ersten Stiches nur eine *unwesentliche* Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf (Tod durch weitere Stiche) zu sehen ist (was regelmäßig zu bejahen sei), bleibe der Erfolg zurechenbar und daher der Täter wegen vorsätzlicher Vollendung zu bestrafen.

47 2. Demgegenüber ist mit einer **differenzierenden** Lehre darauf abzustellen, ob im Zeitpunkt des Rücktritts der Erfolg bereits eingetreten ist oder ob er erst später eintritt (vgl. *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 22 ff. m. w. N.):

47a – Soweit der *Erfolg* im Zeitpunkt des *Rücktritts* bereits **eingetreten** ist, ist mit der h. M. (A 46) *Vollendung* anzunehmen, es sei denn, daß der Erfolg aufgrund einer wesentlichen Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf dem Täter nicht zugerechnet werden kann (vgl. *Baumann* § 34 II 1).

47b – Falls dagegen im Zeitpunkt des Rücktritts der *Erfolg* noch **nicht eingetreten** ist, kann im irrigen Vertrauen auf die Unwirksamkeit des bereits Getanen allenfalls ein *Fahrlässigkeitsvorwurf* gesehen werden (*Schröder* JuS 1962, 82; vgl. auch v. *Scheurl* S. 48 f., *Wolter* ZStW 89, 696 ff.).

48 Was spricht für diese Differenzierung? Während im 1. Fall (A 47a) die Einräumung einer Strafbefreiungsmöglichkeit in der Tat auf Rücktritt von einem (bereits) vollendeten Delikt hinauslaufen würde, ist im 2. Fall (A 47b) die Situation insofern eine andere, als im Zeitpunkt des Rücktritts ein noch unbeendeter Versuch vorliegt. Sind aber die Rücktrittsvoraussetzungen nach dem Zeitpunkt des *Rücktritts* zu bestimmen und nimmt man hierbei das *subjektive* Abstellen auf den Täterplan ernst, so kann dem Täter der spätere Erfolgseintritt nicht mehr zugerechnet werden.

– Eine Parallele dazu findet sich etwa in § 83a hinsichtlich einer irrigerweise nicht erkannten Gefahr (vgl. *S/S-Stree* § 83a Rdnr. 7).

49 **VI.** Exkurs: **Rücktritt vom Unterlassungsversuch.**
Daß auch bei Unterlassungsdelikten ein Versuch grundsätzlich möglich ist, wurde bereits im *Lenkradschloß-Fall* Nr. 31 A 50 f. dargetan. Doch ist umstritten, ob beim Unterlassungsversuch zwischen einem beendeten und einem unbeendeten unterschieden werden kann:

50 1. Von einer Mindermeinung (namentlich *Welzel* § 28 IV, ähnlich auch *Rudolphi* SK 56 vor § 13) wird die Möglichkeit eines **unbeendeten** Unterlassungsversuchs völlig *geleugnet;* denn einerseits könne bis zum letztmöglichen Zeitpunkt des gebotenen Handelns von Versuch noch keine Rede sein, andererseits sei in diesem Zeitpunkt, in dem die letztmögliche Handlungschance besteht, der Versuch gleichzeitig auch schon ein beendeter.

51 2. Diese Auffassung übersieht jedoch den *Gefährdungscharakter* des Versuchs, der verschiedene *Stadien* durchläuft (z. B. bei einem Unfallverletzten). Ist der Beginn des Versuchs mit dem Zeitpunkt anzusetzen, in dem der Garant zur Erfolgsabwendung tätig werden müßte (z. B. durch Wundverband für den Unfallverletzten), so ist

– **unbeendeter** Versuch solange anzunehmen, wie der Garant nach seiner Vorstellung die zunächst *unterlassene Handlung noch nachholen* und damit den Erfolgseintritt verhindern könnte (z. B. schon das Verbinden der Wunde noch helfen würde);

– **beendet** ist der Versuch dagegen, sobald nach der Vorstellung des Garanten die an sich gebotene Handlung *nicht mehr nachholbar* ist, doch der Erfolgseintritt noch auf andere Weise verhindert werden kann (z. B. durch ärztliche Hilfe).

52 3. Diese unterschiedlichen Kriterien sind auch für den **Rücktritt** vom Unterlassungsversuch von Bedeutung (näher *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 27 ff.). Grundsätzlich bleibt zu beachten, daß der Rücktritt vom Unterlassungsdelikt gegenüber dem von einem Begehungsdelikt sich schon dadurch unterscheidet, daß keinesfalls bereits das schlichte Abstehen vom Tatplan Strafbefreiung bringen kann (denn das würde bei einem Unterlassungsdelikt ja gerade zum Erfolgseintritt führen), sondern der *Garant* auf jeden Fall *aktiv werden muß.* Und dabei wird von ihm um so mehr verlangt, je weiter der Versuch bereits gediehen ist:

53 – Bei *unbeendetem* Unterlassungsversuch genügt das **Nachholen** der von Anfang an gebotenen Handlung (z. B. das Verbinden der Wunde).

54 – Beim *beendeten* Unterlassungsversuch dagegen würde die bloße Nachholung der anfänglich gebotenen Handlung nicht mehr ausreichen. Vielmehr muß hier der Garant

A – entsprechend der aktiven Erfolgsverhinderung beim Begehungsversuch – u. U. **weitere Mittel zur Erfolgsabwendung** einsetzen: z. B. den Verletzten zwecks Bluttransfusion in ein Krankenhaus bringen.

55 **Schrifttum:** *Allgemein* zum **Rücktritt** vom Versuch vgl. die Hinweise zu Nr. 32.

Speziell zur **Abgrenzung beendeter/unbeendeter Versuch** vgl. *Baumann* § 33 II, *Blei* I § 69 II; *Bockelmann* I § 27 V 3; *Busch* LK[9] § 46 Rdnr. 6ff.; *D-Tröndle* § 24 Rdnr. 4; *Jescheck* § 51 II; *Lackner* § 24 Anm. 2; Rudolphi SK § 24 Rdnr. 8ff., 15; Schmidhäuser 15/79ff.; *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 8ff.; *Stratenwerth* § 11 B IV 2; *Welzel* § 25 I 1; *Wessels* I § 14 IV 3. Vgl. ferner *Burkhardt,* Der „Rücktritt" als Rechtsfolgebestimmung, 1975, insbes. S. 17ff.; *Geilen,* Zur Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch, JZ 1972, 335; *Maiwald,* Die natürliche Handlungseinheit, 1964 S. 92f. Vgl. ferner die Angaben zum „fehlgeschlagenen" Versuch bei *Lilo-Fall* Nr. 32.

Zum **Rücktritt vom Unterlassungsversuch** vgl. *Jescheck* § 60 II; *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 27ff. sowie die Nachw. zu Nr. 31. Vgl. ferner *Grünwald,* Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts, JZ 1959, 46; *Maihofer,* Der Versuch der Unterlassung, GA 1958, 289; *Armin Kaufmann,* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 210ff.; *Lönnies,* Rücktritt und tätige Reue beim unechten Unterlassungsdelikt, NJW 1962, 1950; *Rudolphi,* Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdelikts, MDR 1967, 1.

Rücktritt vom beendeten Versuch – Ernsthaftes Bemühen um Erfolgsverhinderung – Unfreiwilligkeit bei Entdeckung – Untauglicher Versuch

BGH NJW 1973, 632: Vierkantholz-Fall

4StR 450/72 v. 21. 12. 1972 = MDR 1973, 325

SV **Sachverhalt:** Nach einem Gaststättenbesuch kam es zwischen W und F auf der einen und D auf der anderen Seite zu einer Schlägerei. Als D zu fliehen versuchte, wurde er von F zu Boden gerissen und mit Füßen gegen Kopf und Hals getreten. Als W auch noch mit einem Vierkantholz auf den D eingeschlagen hatte, blieb D schließlich regungslos liegen und gab nur noch röchelnde Laute von sich. Während des Kampfes hatten W und F geäußert, daß sie D „kaputtmachen" oder „totschlagen" wollten. Zur Beseitigung sämtlicher Spuren zog F den D vollständig aus und wischte das Blut vom Vierkantholz und von einer Bierflasche ab. Dann verließ er mit W den Tatort. Schließlich kamen ihnen jedoch Bedenken, den D dort liegen und möglicherweise sterben zu lassen. Um dies zu verhindern, wollten sie von einer (200 m vom Tatort entfernten) Gaststätte aus telefonisch einen Krankenwagen benachrichtigen. Als sie auf dem Wege dorthin in die Nähe des Tatortes zurückkamen, hatten inzwischen jedoch andere Personen den D gefunden und sich auf den Weg gemacht, die Polizei zu benachrichtigen. Die beiden gaben deshalb ihr Vorhaben, selbst einen Krankenwagen herbeizurufen, auf und halfen, ohne allerdings den wahren Sachverhalt zu offenbaren, am Tatort. D wurde u. a. mit einer Gehirnerschütterung in besinnungslosem Zustand ins Krankenhaus geschafft, konnte jedoch nach gut zwei Wochen zur ambulanten Behandlung nach Hause entlassen werden.

P **Zur Problemstellung:** Da W und F nach ihrer Vorstellung alles getan hatten, was den Tod des D hätte herbeiführen können, lag *beendeter* Tötungsversuch vor (vgl. *Stilett-Fall* Nr. 33 A 5 ff.). Könnten sie davon dadurch zurückgetreten sein, daß sie einen Krankenwagen herbeirufen wollten und sich dazu bereits auf den Weg machten, daß sie ferner nach ihrer Rückkehr zum Tatort Hilfe leisteten? Ob dies für einen *Rücktritt* nach § 24 I reicht, ist vor allem aus zwei Gründen zweifelhaft:

– Einmal deshalb, weil eine konkrete Hilfe erst geleistet wurde, als bereits andere Personen den D gefunden hatten und sich um ihn kümmerten: Ist bei einer solchen *Erfolgsverhinderung durch Dritte* überhaupt noch Rücktritt nach § 24 I S. 1 Alt. 2 möglich? Wäre aufgrund der Tat*entdeckung* durch Dritte Unfreiwilligkeit des Rücktrittsbemühens anzunehmen?

– Käme statt dessen Rücktritt nach § 24 I S. 2 in Betracht? Könnte für *„ernsthaftes Bemühen"* i. S. dieser Rücktrittsalternative genügen, daß sich die Täter auf den Weg machten, um Hilfe herbeizuholen? Könnte dem entgegenstehen, daß sie noch vor Ausführung ihres Rettungsvorhabens Kenntnis von der Tatentdeckung erlangten?

Bei der Lektüre der nachfolgenden Entscheidung des BGH ist zweierlei zu beachten:

– Eine dem § 24 I S. 2 entsprechende Vorschrift war vor dem 1. 1. 1975 im StGB nicht enthalten. Konnte diese Lücke durch allgemeine (und daher auch heute noch bedeutsame) Rücktrittsgrundsätze geschlossen werden?

– Im Unterschied zu § 24 I S. 1 Alt. 2 setzte § 46 Nr. 2 a. F. voraus, daß der Täter den Erfolg noch vor „Entdeckung" der Tat abgewendet hat. Ergeben sich daraus Unterschiede gegenüber dem jetzigen Recht, das durchgängig für Rücktritt *Freiwilligkeit* voraussetzt?

Doch zunächst die Beurteilung durch den BGH:

E 1 **Aus den Gründen:** (Die Festellungen der JugK zur Annahme eines versuchten Mordes
2 sind einwandfrei und aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden). „Die JugK meint jedoch, weil die Angekl. einen Krankenwagen hätten herbeirufen wollen und bereits auf dem Wege dazu gewesen seien, als sie von der Entdeckung ihrer Tat Kenntnis erlangt hätten, müsse ihnen ein ernstes Bemühen, den Eintritt des Tötungserfolges zu verhindern, zugestanden werden. Sie hat deshalb in entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens aus § 49a Abs. 4 [a. F.; § 31 II] nach § 46 Nr. 2 [a. F.; § 24 I S. 1 Alt. 2] strafbefreienden Rücktritt der Angekl. vom versuchten Mord angenommen [vgl. jetzt § 24 I S. 2].

3 Diesen Erwägungen kann sich der Senat nicht anschließen. Nach ihrer Vorstellung hatten die Angekl. alles zur Tötung D's Notwendige getan, als sie den Tatort verließen; der Mordversuch war also beendet. Straflosigkeit kam für sie mithin nur unter den Voraussetzungen der sog. ‚tätigen Reue' nach § 46 Nr. 2 [a. F.; § 24 I S. 1 Alt. 2] in Betracht.

4 Danach bleibt der Versuch straflos, wenn der Täter vor der Entdeckung der Tat, d. h.

E bevor jemand anderes Kenntnis von ihr erlangt, von dem zu erwarten ist, daß er entweder den Eintritt des Erfolges verhindern oder aber die Strafverfolgung des Täters veranlassen wird (vgl. BGH NJW 69, 1073/4 m. N.), den Verbrechenserfolg durch eigene Tätigkeit
5 abwendet. Dabei ist nicht erforderlich, daß der Täter selbst oder allein handelt; es genügt, wenn die Abwendung des Erfolges auf sein Bemühen zurückzuführen ist (RGSt. 15, 44, 46). Diese Voraussetzungen liegen in keiner Richtung vor.

6 Nun nimmt allerdings das Schrifttum überwiegend Straflosigkeit auch dann an, wenn die Tat (objektiv) zwar bereits entdeckt war, der Täter aber hiervon nichts wußte, als er den Erfolg abwendete (vgl. die Anm. von *Dreher* zu BGH MDR 67, 934; *Baumann* AT 5. Aufl., S. 521, *Jescheck,* AT 2. Aufl., S. 411; LK, 9. Aufl., § 46 StGB Rdnr. 36, 39; *Schönke-*
7 *Schröder,* 16. Aufl., § 46 StGB Rdnr. 35). In Anwendung eines allgemeinen Prinzips der neueren Gesetzgebung (vgl. §§ 49a IV [a. F.], 83a III, 139 IV, 311b II [a. F.; jetzt § 311c IV] 315 VI, 316a II) wird außerdem die Auffassung vertreten, daß Straflosigkeit selbst in den Fällen eintreten soll, in denen der Erfolg aus anderen Gründen als durch Rücktritt des Täters unterbleibt, sofern sich dieser nur freiwillig und ernsthaft um die Verhinderung des Erfolges bemüht hat (vgl. *Jescheck,* aaO; LK aaO Rdnr. 31; *Schönke-Schröder,* aaO
8 Rdnr. 32b). In diesem oder doch ähnlichem Sinne hat auch schon der BGH, soweit ersichtlich bisher allerdings nur in Fällen des untauglichen Versuchs, entschieden (vgl.
9 BGHSt. 11, 324, BGH NJW 69, 1073). Ob und inwieweit das für alle Versuchsfälle zu gelten hat, braucht indessen nicht weiter untersucht zu werden. Selbst bei entsprechender Anwendung des in den angeführten gesetzlichen Bestimmungen enthaltenen Rechtsgedankens liegen bei den Angekl. die Voraussetzungen für eine Straflosigkeit nicht vor.

10 Denn sie hatten sich in dem Zeitpunkt, in dem sie von der Entdeckung ihrer Tat Kenntnis erlangten, noch nicht ernsthaft um die Verhinderung des Erfolges bemüht, sondern sich nur vorgenommen, das zu tun. Das reicht nicht. Was **[633]** der Täter in solchen Fällen tun muß, um Straflosigkeit zu erlangen, braucht hier nicht im einzelnen erörtert und abschließend entschieden zu werden. Insbesondere kann dahinstehen, ob nicht verlangt werden muß, daß er bei der Kenntnisnahme von der Entdeckung bereits alles veranlaßt haben muß, was objektiv oder doch wenigstens nach seiner Vorstellung zur Erfolgsabwendung
11 geführt haben würde, wenn dritte Personen nicht eingegriffen hätten. ‚Ernstliches Bemühen' um die Verhinderung des Erfolges verlangt vom Täter jedenfalls mehr als bloß etwas
12 tun wollen und sich dazu auf den Weg machen. Mindestens gehört dazu – ohne daß damit schon eine Abgrenzung vollzogen werden soll –, daß der Täter die Handlungsreihe, die den Erfolg abwenden soll, bereits in einer Weise in Gang gesetzt hat, die sein Vorhaben nach außen hin eindeutig erkennen läßt. Andernfalls könnte er sich immer auf eine solche
13 Absicht herausreden. Überdies wäre er sonst auch ungerechtfertigt bevorzugt. Das Risiko beim Rücktritt trägt er allein; denn er hat die gefährliche Kausalreihe ausgelöst. Das gilt nicht nur im Hinblick auf den Eintritt oder Nichteintritt des Erfolges: Der Täter mag sich noch so sehr bemüht haben, er wird wegen der (vollendeten) Tat bestraft, wenn es
14 ihm nicht gelingen sollte, den Erfolg zu verhindern. Auch die Kenntnis von der Entdekkung der Tat geht zu seinen Lasten: Er bleibt wegen der (versuchten) Tat selbst dann strafbar, wenn er nach der Kenntnisnahme den Erfolg eigenhändig abwendet. Der Täter, der darum nur bemüht ist und für den andere den Erfolg abwenden, kann billigerweise nicht besser dastehen.

Die Angekl. sind also des (gemeinschaftlichen) versuchten Mordes schuldig."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:**

1 **I. Überblick: Rücktrittsalternativen vom beendeten Versuch.**

Der BGH hat sich als RevG im wesentlichen auf die Frage beschränkt, ob die Täter schon durch ihr Bemühen, vor Kenntniserlangung von der Entdeckung der Tat einen Krankenwagen herbeizurufen, Strafbefreiung durch Rücktritt erlangen konnten. Darüberhinaus stellt sich die Frage, ob nicht auch in der Hilfe am Tatort eine freiwillige Erfolgsabwendung liegen könnte und welche Bedeutung dabei dem Umstand zukommt, daß die Tat bereits von Dritten entdeckt war.

2 Um diese Fragen systematisch (und damit auch klausurtechnisch) in den Griff zu bekommen, ist zunächst festzuhalten, daß es sich vorliegend um einen **beendeten Versuch** gehandelt hat (E 3), von dem man nach § 24 I auf *zweierlei* Weise zurücktreten kann:

2a – Zum einen durch *freiwillige Verhinderung des Vollendungseintritts* nach **§ 24 I S. 1 Alt. 2:** Dieser Fall wäre hier dann anzunehmen, wenn der Tod des D durch die freiwillige Rücktrittstätigkeit von W und D verhindert worden wäre. Da das Gesetz diese Rücktrittsalternative offensichtlich als die primäre ansieht, wäre in praktischen Fallbearbeitungen nicht mit dem Vorhaben der Täter, einen Krankenwagen herbeizurufen, zu beginnen, sondern mit der tatsächlich geleisteten Hilfe am Tatort (II); dabei wäre im Hinblick auf das Freiwilligkeitserfordernis auch auf die Entdeckungsproblematik einzugehen.

2b – Als zweite Rücktrittsalternative eröffnet **§ 24 I S. 2** für die Fälle, in denen der

A Taterfolg auch *ohne Zutun* des Täters ausbleibt, die Möglichkeit, durch freiwilliges und *„ernsthaftes Bemühen um Erfolgsverhinderung"* Strafbefreiung zu erlangen. Allein diese Alternative stand im Mittelpunkt dieses Falles, wobei die Entscheidung dadurch erschwert war, daß bis zum 1. 1. 1975 dieser Rücktrittsweg gesetzlich nicht geregelt war. Jedoch haben gerade die von der Rspr. dazu entwickelten Kriterien Eingang in den § 24 I S. 2 gefunden.

3 – Daß wir es vorliegend nicht mit einem Alleintäter, sondern mit *mehreren Tatbeteiligten* zu tun haben, ist für die hier infragestehenden Probleme ohne Bedeutung. Denn nicht nur, daß W und F als Mittäter auch hinsichtlich ihrer Rücktrittsbemühungen völlig konform gehandelt haben; auch entsprechen die für den Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten vorgesehenen Alternativen des § 24 II sachlich im wesentlichen den Rücktrittsvoraussetzungen für Alleintäter. Daher können die nachfolgenden Erörterungen auf den Rücktritt bei Alleintäterschaft abgestellt werden. Zu etwaigen Besonderheiten bei Rücktritt eines *einzelnen* Tatbeteiligten vgl. *Gummiball-Fall* Nr. 35.

4 – Schließlich wird zusammenfassend noch auf die immer wieder auftauchende Kategorie des *„untauglichen Versuchs"* einzugehen sein (IV).

5 **II. Rücktritt durch Vollendungsverhinderung (§ 24 I S. 1 Alt. 2).**

Käme dafür vorliegend die Mithilfe der Täter nach Rückkehr zum Tatort in Betracht? Dies würde dreierlei voraussetzen: objektiv Vollendungsverhinderung (1), und zwar rückführbar auf das Rücktrittsbemühen der Täter (2), sowie subjektiv die Freiwilligkeit dieses Tuns (3). Was bedeutet das im einzelnen?

6 1. Durch das Erfordernis der **Vollendungsverhinderung** wird dem Täter das *Erfolgsabwendungsrisiko* aufgebürdet. Das hat vor allem zweierlei zur Folge:

– Zum einen genügt nicht schon bloßes „Aufgeben" i. S. schlichter Distanzierung von der Tat. Vielmehr wird vom Täter eine – über rein passives Nichtweiterhandeln hinausgehende – (Erfolgsabwendungs-)*Tätigkeit* verlangt (daher in der Begründung verfehlt OLG Karlsruhe im *Übungshandgranate-Fall* NJW 1978, 331 m. krit. Anm. *Küper* ebda. S. 956, *Schroeder* JuS 1978, 824).

– Zum anderen muß der tatbestandsmäßige *Erfolg tatsächlich ausbleiben.* Gelingt dies dem Täter nicht, wäre etwa hier der D trotz besten Bemühens eines herbeigerufenen Arztes gestorben, so wäre schon wegen Erfolgseintritts Rücktritt ausgeschlossen und statt bloßen Versuchs in der Regel sogar Vollendung anzunehmen. Über etwaige Einschränkungen bei Irrtum über die Wirksamkeit des bereits Getanen vgl. *Stilett-Fall* Nr. 33 A 45 ff.

7 Dieses Erfolgsabwendungsrisiko kann zweifellos dort zu Härten führen, wo Rettungsmaßnahmen allein an *außergewöhnlichen Umständen* scheitern. Allenfalls da, wo das Opfer selbst die Rettung vereitelt, indem es die Annahme ärztlicher Hilfe aus unverständlichen Gründen verweigert, wird man dem Täter durch analoge Anwendung der Rücktrittsalternative des § 24 I 2 (A 23 ff.) Straffreiheit verschaffen können (vgl. *Baumann* § 34 II 2a).

8 Im vorliegenden Fall jedoch war dieses Rücktrittskriterium fraglos gegeben, da dem D wirksame Hilfe geleistet wurde. Problematisch ist jedoch bereits das nächste Rücktrittserfordernis:

9 **2. Kausalität der Rücktrittstätigkeit.** Danach muß die Erfolgsabwendung gerade auf das Bemühen des Zurücktretenden rückführbar sein. Dies setzt freilich nicht voraus, daß der Erfolg durch den Zurücktretenden gleichsam „eigenhändig" verhindert werden müßte; denn dem Rücktrittswilligen soll keinesfalls die Möglichkeit genommen werden, notfalls mit fremder Hilfe (etwa eines Arztes) den Erfolgseintritt abzuwenden. Notwendige, aber auch hinreichende Bedingung ist vielmehr allein, daß der Täter die Rettung *veranlaßt* hat (E 5). – Bereits daran fehlt es aber im vorliegenden Fall: Es ist nicht ersichtlich, daß die Hilfeleistung von W und F nach Rückkehr zum Tatort für die Erfolgsabwendung noch kausal geworden wäre, nachdem bereits durch Dritte alles Notwendige veranlaßt worden war. Daher wurde diese Rücktrittsalternative vom BGH zu Recht schon mangels Kausalität der Erfolgsabwendungsbemühungen verneint (E 5).

10 – Doch gesetzt den Fall, daß die Bemühungen der Täter noch mitursächlich für die Rettung des D gewesen wären, wäre dann § 24 I S. 1 Alt. 2 anwendbar? Oder könnte dem entgegenstehen, daß im Zeitpunkt dieser Bemühungen die Tat bereits entdeckt war? Damit ist bereits eine weitere Rücktrittsvoraussetzung angesprochen:

11 **3. Subjektive Freiwilligkeit.** Vordergründig betrachtet scheint sich die Entscheidung mit diesem Erfordernis überhaupt nicht zu befassen, um stattdessen mehrfach auf die *„Entdeckung"* der Tat abzuheben (E 4, 6, 10, 14). Dies hat seinen Grund darin, daß

A nach dem (im Entscheidungszeitpunkt geltenden) § 46 Nr. 2 a. F. die Strafbefreiung bei beendetem Versuch nicht von der Freiwilligkeit des Rücktritts, sondern davon abhängig gemacht wurde, daß die Tat noch „nicht entdeckt" war. Demgegenüber setzt § 24 sowohl bei unbeendetem wie bei beendetem Versuch Freiwilligkeit des Rücktritts voraus. Ergeben sich aus dieser Gesetzesänderung grundlegende Unterschiede für die Fallösung nach altem Recht? Nein; denn beim früheren *Entdeckungs*kriterium handelte es sich im Grunde lediglich um eine *objektivierte* Fassung des subjektiven *Freiwilligkeits*elementes: Sobald die Tat entdeckt war, wurde praktisch unterstellt, daß der Rücktritt nicht mehr freiwillig sei. Allenfalls bei Irrtum über das Entdecktsein führte die objektivierte Fassung des § 46 Nr. 2 a. F. zu gewissen Verzerrungen des Freiwilligkeitskriteriums. Doch auch hier verhalf die h. M. durch subjektives Verständnis des Entdecktseins dem Freiwilligkeitskriterium (wenn auch teilweise wohl contra legem) zum Durchbruch, indem sie Straflosigkeit auch dann annahm, wenn die Tat entdeckt war, der Täter aber hiervon nichts wußte (E 6) bzw. Strafbefreiung ausschloß, wenn sich der Täter irrigerweise bereits für entdeckt hielt (RGSt 63, 158; vgl. im einzelnen 1. Aufl. Nr. 34 A 30f.). Derartige Friktionen hat nun § 24 I S. 1 dadurch beseitigt, daß allein auf die Freiwilligkeit des Rücktritts abzustellen ist.

12 Ist damit das **Entdeckungs-Kriterium** bedeutungslos geworden? Nein; denn wie in der Sache schon bisher kommt der Entdeckung als einem *Unterfall von Unfreiwilligkeit* auch künftig große praktische Bedeutung zu. Daher verdienen auch die von der Rspr. entwickelten *Entdeckungsregeln* nach wie vor Beachtung, wobei jedoch nochmals dreierlei zu betonen ist:

– Zum einen, daß es nicht auf die objektive Entdeckung der Tat, sondern allein auf die **subjektive** *Sicht des Täters,* daß die Tat bereits entdeckt sei, ankommt (vgl. *Küchenmesser-Fall* BGH bei Dallinger MDR 1975, 724);

– zum anderen, daß es auch *andere Fälle von Unfreiwilligkeit* als die der Entdeckung gibt; daher sind die zum unbeendeten Versuch entwickelten Regeln (vgl. *Lilo-Fall* Nr. 32 A 28ff., *Gummiball-Fall* Nr. 35 A 6ff.) in gleicher Weise auch für Rücktritt vom beendeten Versuch von Bedeutung;

– schließlich daß *nicht jede* (dem Täter bekannte) *Entdeckung Freiwilligkeit* zwingend *ausschließen* muß. Dieses wie auch andere Entdeckungsprobleme lassen sich bereits am vorliegenden Fall verdeutlichen:

13 a) Unter welchen **Voraussetzungen** hat der Täter seine Tat für entdeckt anzusehen? War etwa vorliegend bei Rückkehr der Täter zum Tatort ihre Tat bereits entdeckt? Grundsätzlich genügt für die Entdeckung, daß ein Tatunbeteiligter das tatsächliche Geschehen (hier Verletzung des D) in seinen **kriminellen Eigenschaften** durchschaut hat. Daß auch ihre deliktischen *Urheber* feststehen müßten, ist *nicht* erforderlich (näher *S/S–Eser* § 24 Rdnr. 51). Danach bemessen mußten vorliegend die Täter ihre Tat für entdeckt ansehen, nachdem die Helfer des D seine Verletzungen als gewaltsam herbeigeführt erkannt haben dürften (vgl. auch *Blei* JA 1973, 395). Aber: Läßt sich damit Freiwilligkeit bereits *zwingend* ausschließen, wie offenbar der BGH meint (vgl. E 5, 10)? Wohl nur dann, wenn die Täter angesichts der Entdeckung aus Furcht vor einer nun drohenden Anzeige geholfen hätten, nicht aber, wenn ihr Handeln *autonom* motiviert gewesen wäre (vgl. *Lilo-Fall* Nr. 32 A 29ff.). Letzteres läßt sich hier nicht ohne weiteres verneinen, zumal die Täter ihren Entschluß zur Hilfeleistung bereits vor Kenntnisnahme von ihrer Entdeckung gefaßt hatten und bei der Hilfeleistung auch nicht als Urheber erkannt waren. Daher wäre freiwilliger Rücktritt hier jedenfalls dann anzunehmen, wenn – ceteris paribus – gerade die Hilfeleistung von W und F über Leben oder den Tod des D entschieden hätte.

14 b) Ebensowenig ist Freiwilligkeit dort zu verneinen, wo die Entdeckung darauf beruht, daß der Täter einen **Dritten zur Erfolgsabwendung herangezogen** hat. Hätte etwa W bei Herbeiholung eines Arztes diesem den Sachverhalt erklären müssen, so wäre diese Preisgabe regelmäßig bereits als Teil des freiwilligen Rücktritts anzusehen.

15 c) Gesetzt den Fall, daß D von Zechgenossen der Täter entdeckt worden wäre und diese keinerlei Interesse an einer Aufklärung gehabt hätten? Auch in solchen Fällen bleibt für freiwilligen Rücktritt solange Raum, als vom Entdecker **weder Erfolgsverhinderung noch Anzeige** zu erwarten ist und der Täter dies weiß; denn wie im instruktiven *Rattengift-Fall* **BGH NJW 1969, 1073** ausgeführt wird:

„Entdeckt" in diesem Sinne ist eine Straftat, wenn jemand anderes Kenntnis von ihr erlangt hat, von dem zu erwarten ist, daß er entweder den Eintritt des Erfolges verhindern oder die Strafverfolgung des Täters veranlassen wird.

16 d) Inwieweit ist Freiwilligkeit des Rücktritts ausgeschlossen, wenn der Täter seine Tat durch das **Opfer selbst entdeckt** sieht? Instruktiv dazu der *Ingrid-Fall* **BGHSt 24, 48:**

A A fuhr seine auf einem Fahrrad fahrende frühere Freundin Ingrid nach einem Wortwechsel in seinem Wagen von hinten derart an, daß sie auf die Vorderhaube und gegen die Windschutzscheibe geschleudert wurde und von dort auf die Straße fiel. A handelte mit bedingtem Tötungsvorsatz. Er fuhr anschließend weg, um für die Verletzte einen Arzt zu holen. Ingrid wurde dann in ein Krankenhaus gebracht und dort gerettet. Wie war zu entscheiden?

Die bloße Tatsache, daß das Opfer den Täter entdeckt, kann für sich allein freiwilligen Rücktritt nicht ausschließen. Zwar war man bei § 46 Nr. 2 a. F. grundsätzlich davon ausgegangen, daß die Tat auch dann (mit der Folge des Rücktrittsausschlusses) „entdeckt" war, wenn sie durch das Tatopfer in ihren kriminellen Eigenschaften erkannt war. Von dieser Regel wurden jedoch schon damals zwei wichtige Ausnahmen gemacht:

17 α) Trotz Kenntnisnahme durch das Opfer galt die Tat dann als noch „unentdeckt", wenn *nur der Täter,* nicht aber das Opfer den *Taterfolg noch beseitigen konnte.* Diese Lösung steht auch im Einklang mit § 24 I S. 1; denn in derart gelagerten Fällen spricht alles für eine *autonome* Motivation des Täters, so daß prinzipiell Freiwilligkeit gegeben ist. – Danach läge im *Ingrid-Fall* Freiwilligkeit jedenfalls dann vor, wenn A seine Freundin derart verletzt hätte, daß sie nur durch seine Hilfe hätte gerettet werden können.

18 β) Ferner hielt eine Mindermeinung schon nach § 46 Nr. 2 a. F. den Rücktritt dann nicht für ausgeschlossen, wenn die *Kenntniserlangung durch das Opfer notwendigerweise mit der Tatausführung verbunden* ist (so *Blei, Dreher, Schröder, Jescheck* § 51 IV 2), wie etwa bei Gewalt- und Drohungsdelikten, weil dort sonst ein Rücktritt immer ausgeschlossen wäre.

19 Anders die h. M., die selbst bei zwangsläufigem Bemerken der Tat durch das Opfer Rücktritt für ausgeschlossen erklärte (vgl. etwa *Busch* LK[9] § 46 Rdnr. 38); denn wie dazu im *Ingrid-Fall* **BGHSt 24,48** ausgeführt wird:

[49/50] „Entdecker kann auch der Verletzte sein ... Es besteht auch kein Grund, hiervon eine Ausnahme für solche Fälle zu machen, in denen der Verletzte die versuchte Tat unmittelbar miterlebt (ebenso RGSt 26, 77; RG GA 69, 396). § 46 Nr. 2 [a. F.] beschränkt das Merkmal der Entdeckung weder nach der Person des Entdeckers noch nach der Art, in der er von der Tat erfährt ... Die Feststellungen ergeben ohne weiteres, daß die Verletzte Kenntnis von der Tat hatte, bevor A den Arzt holte. Daß sie erwartungsgemäß die Strafverfolgung veranlassen würde, liegt auf der Hand".

20 – Diese rücktrittsausschließende Auffassung der h. M. wird sich jedenfalls im Ergebnis auf dem Boden des § 24 nicht mehr halten lassen. Denn in den Fällen, in denen das Opfer notwendigerweise von der Tat Kenntnis erlangt, wird der Täter mit einer solchen „Entdeckung" regelmäßig auch rechnen. Dann aber ist kaum anzunehmen, daß die Kenntniserlangung durch das Opfer für ihn eine heteronome Rücktrittsmotivation mit sich bringt (vgl. *Rudolphi* SK § 24 Rdnr. 29, *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 52 sowie die Anm. zu BGHSt 24, 48 von *Baumann* JuS 1971, 631, *Bringewat* JuS 1971, 403, *Dreher* NJW 1971, 1046). In diesem Sinne denn jetzt auch der BGH im *Schrei-Fall* (b. Holtz) MDR 1979, 279.

21 – Freilich bleibt die Frage, ob im *Ingrid-Fall* nicht aus anderen Gründen Rücktritt ausgeschlossen ist: Woran wäre zu denken? Legt man die im *Stilett-Fall* Nr. 33 A 35 ff. entwickelte Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch zugrunde, so läge auch im *Ingrid-Fall* die Annahme eines „fehlgeschlagenen" Versuchs nahe: Dies jedenfalls dann, wenn A davon ausging, daß sein Angriff mit dem Pkw bereits zur Tötung der Frau ausgereicht hätte, ohne daß er den Erfolg noch hätte verhindern können. Zum Rücktrittsausschluß bei fehlgeschlagenem Versuch vgl. auch *Lilo-Fall* Nr. 32 A 47 ff.

22 *Zwischenergebnis* für den vorliegenden *Vierkantholz-Fall?* Zwar wäre den Rettungsbemühungen der Täter nach Rückkehr zum Tatort trotz zwischenzeitlicher Tatentdekkung durch Dritte nicht ohne weiteres die Freiwilligkeit abzusprechen (vgl. A 13); jedoch scheitert ein Rücktritt nach § 24 I S. 1 Alt. 2 daran, daß diese Rettungstätigkeit für die Erfolgsabwendung nicht mehr kausal werden konnte (A 9). Stattdessen glaubte die StrK, den Tätern deshalb einen anderen Weg zur Strafbefreiung eröffnen zu können, weil sie sich noch vor Kenntnis von der Entdeckung ihrer Tat immerhin *ernsthaft bemühten,* den Eintritt des Tötungserfolgs zu verhindern (E 2). Damit ist die zweite Rücktrittsalternative vom beendeten Versuch angesprochen:

23 **III. Rücktritt durch ernsthaftes Bemühen um Erfolgsverhinderung (§ 24 I S. 2).**

1. Was ist die **Ratio** dieses Strafbefreiungsgrundes? Durch § 24 I S. 2 soll ein Rücktrittsweg für solche Fälle eröffnet werden, in denen der *Erfolg ohne Zutun des Täters*

A *ausbleibt,* dieser sich jedoch ernsthaft und freiwillig um die Erfolgsverhinderung bemüht hat. In dem bis zum 1. 1. 1975 geltenden § 46 Nr. 2 war ein solcher Rücktrittsweg noch nicht eröffnet. Daß jedoch ein Bedürfnis dafür bestand, zeigt sich nicht nur in Fällen der vorliegenden Art, in denen Dritte dem Rücktrittswilligen zuvorkommen und den Erfolg abwenden, sondern auch da, wo etwa wegen Untauglichkeit des Tatmittels ein Erfolgseintritt von vornherein ausgeschlossen ist, der Täter dies jedoch nicht weiß und daher i. S. „tätiger Reue" alle Anstrengungen unternimmt, um die dem Opfer (vermeintlich) drohende Gefahr abzuwenden. Da nun bereits in anderen Fällen das Gesetz ernsthaftes Rücktrittsbemühen strafbefreiend honorierte (vgl. die Nachw. bei E 7), glaubte die h. M. diese moderneren Rücktrittsregeln auch für Fälle der vorliegenden Art analog heranziehen zu können.

24 Grundlegend dafür wurde der (bei E 8 erwähnte) *Luminal-Fall* **BGHSt 11, 324,** der sowohl für das Verständnis des § 24 I S. 2 wie auch für die Problematik des „untauglichen Versuchs" von bleibender Bedeutung ist:

Die A hatte ihrem knapp 2jährigen Kind zwei Luminal-Tabletten gegeben, um es zu töten. Später besann sie sich jedoch eines anderen und veranlaßte die Hinzuziehung eines Arztes, um das Kind zu retten. Dennoch wurde sie vom LG wegen versuchten Totschlags verurteilt, weil die Rücktrittsvoraussetzungen nach § 46 Nr. 2 a. F. (§ 24 I S. 1 Alt. 2) nicht gegeben waren: Denn nicht das von A veranlaßte Herbeirufen des Arztes habe den Tod des Kindes abgewendet; vielmehr beruhe der Nichteintritt des Todes auf einer von Anfang bestehenden Unmöglichkeit, weil die dem Kind verabreichte Dosis unter den gegebenen Umständen den Tod überhaupt nicht habe herbeiführen können. Dazu der BGH:

25 **[325]** „Dieser Rechtsansicht vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Sie führt dazu, daß der Täter, der einen zur Herbeiführung des verbotenen Erfolges sicher geeigneten Versuch unternommen, also das durch die Strafnorm geschützte Rechtsgut am schwersten gefährdet und so die Rechtsordnung erheblich schwerer gestört hat, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 46 Nr. 2 [a. F.; 24 I S. 1 Alt. 2] besser gestellt wird als der Versuchstäter, der einen von Anfang an aussichtslosen Versuch beging und der nur deswegen bestraft wird, weil schon der durch sein Tun in Erscheinung getretene Wille zwar nicht ein strafrechtlich geschütztes **[326]** besonderes Rechtsgut, wohl aber die Rechtsordnung gefährdet hat. Hätte im vorl. Falle die A ihrem Kinde, statt nur 2 Tabletten, eine so große Luminalmenge eingegeben, daß ohne ärztliche Hilfe der Tod sicher eingetreten wäre, so würde sie nach § 46 Nr. 2 [a. F.; 24 I S. 1 Alt. 2] straflos sein, wenn es dem auf ihre Veranlassung herbeigeholten Arzt noch gelungen wäre, das Kind zu retten. Dann aber widerspricht es der Gerechtigkeit, der entsprechenden Handlung der A deswegen die strafbefreiende Wirkung zu versagen, weil sie dem Kinde *zu wenig* Gift gegeben hat.

Dieses Ergebnis müßte nur dann hingenommen werden, wenn es dem ausdrücklich ausgesprochenen Willen des Gesetzes entspräche. Das entnahm das RG dem Wortlaut des § 46 Nr. 2 [a. F.] (RGSt 17, 158; 68, 306/9), und mit ihm meinten noch *Mezger* (StrafR I 5. Aufl. S. 204/205) und *Jagusch* (LK 8. Aufl. III 1 dd und ee zu § 46 StGB), diese ‚Härte' könne nur durch eine Änderung des Gesetzes beseitigt werden.

26 Das mag für den Versuch, bei dem die Gefahr des ‚zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges' zunächst tatsächlich bestand, der aber durch Gegenmaßnahmen des Betroffenen oder andere hinzutretende Umstände *fehlschlug,* zutreffen. Hier mag es nicht ungerecht sein, daß der Täter ‚die volle Gefahr des Erfolgseintritts und der Strafbarkeit trägt, bis ihm dessen Abwendung durch eigene Tätigkeit gelingt, und daß er im Falle des Mißlingens des wirksamen Rücktritts bestraft wird' (*Jagusch,* aaO II/1 dd). Es ist aber bedenklich, diese Erwägung auch in den Fällen anzustellen, in denen eine ‚Gefahr des Erfolgseintritts' wegen Untauglichkeit des Angriffsgegenstandes oder des Angriffsmittels von vornherein nicht bestand.

27 Schon in RGSt 1, 439 ist grundlegend anerkannt, daß eine Bestrafung des sog. untauglichen Versuchs vom Wortlaut des § 43 [a. F.; vgl. § 22] nur gedeckt wird, wenn man unter dem ‚Anfang der Ausführung' eines Verbrechens oder Vergehens nicht nur Handlungen versteht, die *imstande* sind, den zur Vollendung des Verbrechens gehörenden *Erfolg* herbeizuführen, **[327]** sondern alle Handlungen, welche der *Täter für geeignet hält,* diese Wirkung zu äußern (aaO S. 440). Das RG verweist darauf, daß die Motive zum StGB ausdrücklich aussprechen, ‚es liege nicht in der Absicht, die in mehreren Strafgesetzbüchern unternommene Regelung der Streitfrage, ob oder inwieweit der Versuch mit untauglichen Mitteln oder am untauglichen Objekt strafbar sei, auch hier vorzunehmen'. Daher könne aus der Ausdrucksweise des Gesetzes eine Entscheidung jener Frage nicht entnommen, sie müsse vielmehr aus den inneren Gründen für die Strafbarkeit des Versuchs überhaupt gefunden werden. Diese aber lägen im verbrecherischen *Willen* im Gegensatz zu dem in der Vollendung zutage tretenden rechtswidrigen Erfolge (aaO S. 441). ...

28 Auch soweit die Rechtswissenschaft das Wesen des Versuchs in einer objektiven Gefährdung sieht und darin z. B. die Grenze zum abergläubischen Versuch findet, bejaht sie

A die Strafbarkeit des von vornherein aussichtslosen Versuchs, obwohl das durch die verletzte Strafnorm geschützte Rechtsgut tatsächlich nicht gefährdet war. Sie sieht im Einklang mit dem RG (aaO S. 441/3) ... die Strafwürdigkeit eines solchen Versuchs in der Auflehnung gegen die Rechtsordnung (vgl. z. B. Maurach, AT 1954, § 43 III B 3 c). Die Gefährdung dieser das Volksleben real gestaltenden geistigen Macht durch Handlungen, die der Täter für die taugliche Ausführung eines Verbrechens hält, ist für die Rechtsgemeinschaft unerträglich (so *Welzel,* 5. Aufl., 1956, § 23 IV 1 b).

29 Auf dieser Erkenntnis beruht die heute einhellige Billigung der Rspr. über die Strafbarkeit des sog. **[328]** untauglichen Versuchs. Von ihr geht auch BGHSt 11, 268 [*Komplizen-Fall* Nr. 39] aus. Dieser Rechtsauffassung tritt der Senat bei. Dann aber muß der Begriff des ‚Erfolges' in § 46 Nr. 2 [a. F.; § 24 I S. 1 Alt. 2] auch beim aussichtslosen Versuch so ausgelegt werden, wie er sich aus dem Objekt der Gefährdung bei dieser Form des Versuchs ergibt. Rechtfertigt allein die Gefährdung der Rechtsordnung als einer die Rechtsgemeinschaft schützenden und befriedigenden Macht die Strafbarkeit des von Anfang an aussichtslosen Versuchs, so beseitigt der Täter *diese* Gefahr auch durch sein freiwilliges und ernstliches Bemühen, die vermeintlich drohende Rechtsgutverletzung abzuwenden. Denn diese ‚tätige Reue' ist geeignet, die Beunruhigung der Rechtsgemeinschaft zu beheben, die jene Auflehnung gegen die Rechtsordnung strafbar machte. Diese ergänzende Auslegung des Erfolgsbegriffs im § 46 Nr. 2 [a. F.] entspricht auch der neueren Rechtsentwicklung, wie sie in § 49a IV [a. F.; § 31 II] zum Ausdruck kommt."

Diese Auffassung hat nicht nur allgemeine Zustimmung (vgl. *Busch* LK[9] § 46 Rdnr. 35 m. N.), sondern auch Eingang in den § 24 I S. 2 gefunden. Während sich jedoch die *Luminal*-Entscheidung auf die Honorierung von ernsthaften Rücktrittsbemühen bei *untauglichem* Versuch beschränkte (zu weiteren Einzelheiten vgl. 1. Aufl. Nr. 34), ist der Anwendungsbereich des § 24 I S. 2 wesentlich breiter.

30 **2.** Was sind nun die **Rücktrittsvoraussetzungen des § 24 I S. 2** im einzelnen? Und wie ist danach der *Vierkantholz-Fall* zu beurteilen? Im wesentlichen sind *vier* Kriterien zu beachten:

31 a) Der **Nichteintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges.** Insofern trägt der Täter das gleiche *Erfolgsabwendungsrisiko* wie im Falle von § 24 I S. 1 Alt. 2 (A 6ff.).

32 b) Der Erfolg muß **ohne Zutun des Zurücktretenden** ausgeblieben sein. Gerade durch diese *Entbehrlichkeit eines Kausalzusammenhanges* zwischen Rücktrittsbemühen und Erfolg unterscheidet sich § 24 I S. 2 wesentlich von § 24 I S. 1 Alt. 2 (vgl. A 9). Damit wird hier Rücktritt vor allem in drei *Fallgruppen* möglich (vgl. *D-Tröndle* § 24 Rdnr. 14):

32a – Wenn der Versuch *untauglich* war und daher von vornherein nicht zur Vollendung führen konnte (vgl. *Luminal-Fall* A 26; zu Einzelheiten des untauglichen Versuchs vgl. A 37ff.).

32b – Wenn der Versuch (ohne das Eingreifen Dritter) objektiv *fehlgeschlagen* ist, der Täter aber von diesem Fehlschlag nichts weiß (näher zu Fällen „fehlgeschlagenen" Versuchs vgl. *Lilo-Fall* Nr. 32 A 47ff.).

32c – Wenn *Dritte* die Tathandlung *entdeckt* und die *Vollendung verhindert* haben, der Täter aber davon noch keine Kenntnis erlangt hat. – Dies war genau die Konstellation des vorliegenden *Vierkantholz-Falles,* so daß die objektiven Rücktrittsvoraussetzungen (A 31, 32) gegeben waren. Problematisch war jedoch eine weitere (mehr subjektive) Voraussetzung:

33 c) Das **ernsthafte Bemühen um Erfolgsverhinderung.** Dieser Voraussetzung ist jedenfalls dann genügt, wenn der Täter *objektiv taugliche* Rettungshandlungen vorgenommen hat (E 10). Im übrigen aber besteht in zweierlei Richtung Unklarheit: über den notwendigen Tauglichkeitsgrad (α) und den Beginn der Erfolgsabwendungsbemühungen (β).

34 α) Zum **Tauglichkeitsgrad** des Rücktrittsbemühens: Diese Frage war im vorliegenden Fall nicht problematisch, weil das in Aussicht genommene Herbeirufen eines Arztes jedenfalls eine objektiv taugliche Rettungshandlung gewesen wäre. Zweifelhaft sind dagegen Fälle, in denen das Bemühen *nur nach der Vorstellung des Täters* geeignet gewesen wäre, die Vollendung abzuwenden. Reicht das aus? Das wird zu bejahen sein (ebenso E 10); denn wenn die Versuchsbegründung primär durch die Tätervorstellung umgrenzt wird (vgl. *Lenkradschloß-Fall* Nr. 31 A 16ff.), wird Entsprechendes auch für die Rückgängigmachung des Versuchs genügen müssen (vgl. *Grünwald* Welzel-FS S. 715). Allerdings wird man von „Ernsthaftigkeit" nur dann sprechen können, wenn der Täter wirklich *alles* nach seiner Vorstellung Notwendige tut (vgl. *Lenckner* Gallas-FS S. 297ff.). Daran fehlt es etwa dort, wo sich der Täter mit einer oberflächlichen Wundversorgung seines stichverletzten Opfers begnügt, statt sich um ärztliche Versorgung zu bemühen: vgl. *Rückenwunde-Fall* BGH b. Holtz MDR 1978, 279.

A 35 β) Zum **Beginn** *der Erfolgsabwendungsbemühungen:* Diese Frage wird (wie auch vorliegend) immer dann problematisch, wenn der Täter im Zuge seiner Bemühungen erkennt, daß der Erfolg bereits aus anderweitigen Gründen nicht eintritt. Wieviel muß er getan haben, damit er nach § 24 I S. 2 Straffreiheit erlangen kann?

35a – Muß er zu dem Zeitpunkt, in dem er das *Ausbleiben des Taterfolgs erkennt,* nicht nur mit seinem Rücktrittsbemühen begonnen, sondern den nach seiner Vorstellung zur Erfolgsabwendung führenden *Kausalverlauf* bereits *„aus der Hand gegeben"* haben? So etwa die zunächst von *Rudolphi* SK[1] § 24 Rdnr. 30 vertretene Auffassung (wobei er sich jedoch zu Unrecht auf den BGH in der vorliegenden Entscheidung berief, da diese Frage bei E 10 gerade offengelassen wird).

35b – Oder reicht es aus, daß der Täter ohne Kenntnis anderweitiger Erfolgsabwendung mit seinen Bemühungen *begonnen* hat? Folgt man dieser (jetzt auch von *Rudolphi* SK[2] aaO übernommenen) Auffassung, so steht man freilich vor der Anschlußfrage, wann von einem „Beginn" der Abwendungsbemühungen gesprochen werden kann. Da durch § 24 I S. 2 praktisch ein „Rücktrittsversuch" privilegiert wird, könnte sich auch hier eine Parallele zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch anbieten: Das würde bedeuten, daß die Kenntnis vom Ausbleiben des Erfolgs dem Täter dann nicht mehr schaden kann, wenn er zu diesem Zeitpunkt *zur Erfolgsverhinderung bereits „unmittelbar angesetzt"* hat. – Wie wäre danach der *Vierkantholz-Fall* zu entscheiden? Ebensowenig wie im Aufsuchen des Tatortes bereits ein Versuch zu sehen ist (vgl. *Lenkradschloß-Fall* Nr. 31 A 36ff.), könnte dann auch im Gang zur Telefonzelle (oder zurück zum Tatort) noch kein „Rücktrittsversuch" erblickt werden. Dementsprechend hätte hier ein Rücktritt nach § 24 I S. 2 zumindest vorausgesetzt, daß W und F noch vor Kenntniserlangung das Telefon betätigt hätten (vgl. *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 71). In diesem Sinne wohl auch der BGH bei E 11f., wo auch die (beweisrechtlichen) Gründe für eine derartige Eingrenzung genannt sind (vgl. ferner *Blei* JA 1973, 395/7).

36 d) Schließlich wird auch bei § 24 I S. 2 **Freiwilligkeit** des Rücktrittsbemühens vorausgesetzt. Daran hätte es bei Ausführung des beabsichtigten Telefonats nicht gefehlt. Im übrigen vgl. zur Freiwilligkeit oben A 11ff.

37 **III. Sog. untauglicher Versuch.**

Sowohl im *Vierkantholz-* wie im *Luminal-Fall* ist mehrfach vom „untauglichen Versuch" die Rede (E 8, A 26ff.): Was verbirgt sich hinter diesem Begriff? Welche Arten von „untauglichem Versuch" gibt es? Worin ist der Strafgrund zu erblicken? Wie wird er strafrechtlich behandelt?

38 1. **Arten:** Jeder Versuch ist insofern „untauglich", als er sich letztendlich als ungeeignet erwiesen hat, den vorgestellten Tatbestand zur Vollendung zu bringen. Demgegenüber spricht man von einem untauglichen Versuch im *technischen* Sinne nur dort, wo er – über das begriffsimmanente Scheitern jeden Versuchs hinaus – aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unter keinen Umständen hätte zur Vollendung gelangen können. Das kann auf dreierlei Gründen beruhen:

38a – Wegen Untauglichkeit des *Mittels:* so im *Luminal-Fall* (A 24ff.), wo die verabreichte Dosis für eine Tötung keinesfalls ausgereicht hätte.

38b – Wegen Untauglichkeit des *Objekts:* so bei einem Unterschlagungsversuch an einer eigenen (vermeintlich fremden) Sache; dazu *Finanzierungsbüro-Fall* Nr. 36.

38c – Wegen Untauglichkeit des *Subjekts:* Abtreibungsversuch einer Nichtschwangeren; Bestechungsversuch eines Nichtbeamten.

39 Von gewissen Ausnahmen abgesehen (dazu A 43ff.) wird die **Strafbarkeit** derartiger Versuche sowohl in der Rspr. schon seit der im *Luminal-Fall* zitierten Entscheidung RGSt 1, 439 (A 27) wie auch in der Lehre praktisch allgemein *anerkannt* (vgl. *Jescheck* § 50 I m. w. N.; abw. wohl nur noch *Spendel* NJW 1965, 1881). Heute kann man eine gesetzliche Stütze dafür auch darin finden, daß die Strafmilderungsklausel des § 23 III bei „grob unverständigem" Versuch von der grundsätzlichen Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ausgeht (vgl. *Roxin* JuS 1973, 330).

40 2. Wie läßt sich dies begründen? Worin liegt der **Strafgrund** bei untauglichem Versuch?

– Da es jedenfalls an einer konkreten Rechtsgutsgefährdung fehlt, versagen hier die rein objektiven Versuchstheorien. Daher haben deren Vertreter die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs konsequenterweise durchweg abgelehnt (vgl. *Lenkradschloß-Fall* Nr. 31 A 30).

41 – Dagegen führt die *subjektive* Versuchstheorie folgerichtig zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, weil ja auch darin eine Betätigung der rechtsfeindlichen Gesinnung zu erblicken ist (vgl. RG bei A 27 sowie *Lenkradschloß-Fall* Nr. 31 A 30f.).

A Besonders überspitzt in dieser Richtung RGSt 34, 217: Strafbarkeit des Abtreibungsversuchs an einer Nichtschwangeren mit absolut untauglichen Mitteln.

42 – Auch die subjektiv-objektive *„Eindruckstheorie"* (vgl. *Lenkradschloß-Fall* Nr. 31 A 34) vermag die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs immerhin insoweit zu begründen, als auch solche Versuche – ungeachtet ihrer Tauglichkeit im Einzelfall – durch Betätigung des rechtsfeindlichen Willens den Eindruck eines Angriffs auf die Rechtsordnung erwecken und dadurch das Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in den Rechtsfrieden erschüttern (vgl. *S/S-Eser* § 22 Rdnr. 65 m. w. N. sowie oben A 28).

43 **3. Einschränkungen:** Die prinzipielle Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ist freilich nicht unbegrenzt. Im wesentlichen sind es drei Fälle, in denen der Täter trotz seiner Vorstellung, eine Straftat zu begehen, *straflos* bleiben bzw. die Ahndung bis zum Absehen von Strafe *gemildert* werden kann:

44 a) **Der Versuch aus „grobem Unverstand"** bleibt zwar grundsätzlich strafbar, jedoch werden hier durch § 23 III besondere *Milderungs*möglichkeiten eingeräumt. Worin unterscheiden sich solche Versuche vom „normalen" untauglichen Versuch?

– Zum einen objektiv dadurch, daß der Versuch „nach der Art des Gegenstandes an dem, oder des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, *überhaupt nicht zur Vollendung* führen konnte" (über die geringe Abgrenzungskraft dieser Formulierung vgl. allerdings *S/S-Eser* § 23 Rdnr. 15).

– Zum anderen subjektiv dadurch, daß diese Untauglichkeit *aus grobem Unverstand verkannt* wurde, d. h. nicht nur für den besonders fachkundigen, sondern für jeden Menschen mit durchschnittlichem Erfahrungswissen geradezu handgreiflich hätte sein müssen: z. B. die Untauglichkeit eines Abtreibungsversuchs mit Kamillentee (vgl. *Roxin* JuS 1973, 330f.).

45 b) Handelt es sich sogar um einen (irrealen) **„abgläubischen Versuch"**, bei dem der Täter durch übersinnliche, menschlicher Einwirkung entzogene Kräfte den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeizuführen hofft (z. B. durch „Totbeten"), so ist sogar *Straflosigkeit* anzunehmen. Zwar scheint auch dieser Fall von § 23 III erfaßt (so offenbar *Baumann* § 33 IV 3c β, *Stratenwerth* Rdnr. 692). Jedoch wird demgegenüber zu Recht angenommen, daß bei Anrufung übersinnlicher Kräfte schon mangels Sozialrelevanz des Verhaltens ein „Versuch" bereits tatbestandlich zu verneinen ist (vgl. *Gössel, Wessels* I § 14 III 1, *S/S-Eser* § 23 Rdnr. 13 m. w. N.).

46 c) Schließlich wird auch bei *Irrtum über die* **Untauglichkeit des Subjekts** (A 38c) von einem Teil der Lehre Straflosigkeit angenommen, da es sich dabei schon nicht mehr um einen untauglichen Versuch, sondern bereits um einen Unterfall des straffreien *Wahnverbrechens* handele (so namentlich *Stratenwerth* Bruns-FS S. 59ff.; dagegen für strafbaren untauglichen Versuch *Bruns* GA 1979, 161ff.; näher zum Streitstand *Jescheck* § 45 III). Vgl. auch *Finanzierungsbüro-Fall* Nr. 36, insbes. A 45.

47 **4.** In **Fallbearbeitungen** wird die Tauglichkeit bzw. Untauglichkeit des Versuchs nur dann zu problematisieren sein, wenn eine der vorgenannten Ausnahmefälle in Betracht kommen könnte. Soweit dabei ein abergläubischer Versuch (A 45) bzw. ein Irrtum über die Subjektauglichkeit (A 46) naheliegen könnte, wäre der systematische Standort für derartige Erörterungen bereits im Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit des Versuchs (vgl. *Lenkradschloß-Fall* Nr. 31 A 19). Soweit dagegen allenfalls ein „grob unverständiger" Versuch (A 45) in Betracht käme, ist darauf erst im Rahmen der Strafzumessung einzugehen.

48 **Schrifttum:** Allgemein zum **Rücktritt** vgl. die Hinweise zum *Lilo-Fall* Nr. 32.

Zum Rücktritt vom **beendeten Versuch** vgl. u. a. *Baumann* § 34 II 2; *Blei* I § 69 III 2; *Bockelmann* I § 27 V 3; *Busch* LK[9] § 46 Rdnr. 28ff.; *D-Tröndle* § 24 Rdnr. 7ff.; *Jescheck* § 51 IV; *Lackner* § 24 Anm. 4; *M-Gössel* I/2 § 41 V D; *Rudolphi* SK § 24 Rdnr. 27ff.; *Schmidhäuser* 15/87ff.; *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 58ff.; *Stratenwerth* § 11 B IV 2c; *Welzel* § 25 I 2; *Wessels* I § 14 IV 5. Vgl. ferner *Arzt,* Zur Erfolgsabwendung beim Rücktritt vom Versuch, GA 1964, 1; *Bringewat,* Kenntnis des Verletzten und tätige Reue, JuS 1971, 403; *Heinitz,* Streitfragen der Versuchslehre, JR 1956, 248. Speziell zum *Luminal-Fall* Anm R. *Lange* JZ 1958, 671.

Zum **untauglichen Versuch** vgl. *Baumann* § 33 IV 3; *Blei* I § 67; *Bockelmann* I § 27 III 3; *Busch* LK[9] § 43 Rdnr. 43ff.; *D-Tröndle* § 22 Rdnr. 23ff., § 23 Rdnr. 4ff.; *Jescheck* § 50; *Lackner* § 22 Anm. 2b, § 23 Anm. 3; *M-Gössel* I/2 § 41 III; *Rudolphi* SK § 22 Rdnr. 23ff., § 23 Anm. 6ff., § 24 Rdnr. 30; *Schmidhäuser* 15/37ff.; *S/S-Eser* § 22 Rdnr. 60ff., § 23 Rdnr. 13ff., § 24 Rdnr. 68ff.; *Stratenwerth* § 11 B II; *Welzel* § 24 IV; *Wessels* I § 14 III 1. Vgl. ferner *Bruns,* Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjektes, GA 1979, 161; *Dicke,* Zur Problematik des untauglichen Versuchs, JuS 1968, 159; *Gössel,* Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2. StrRG, GA 1971, 225; *Hardwig,* Der Versuch bei untauglichem Subjekt, GA 1957, 170; *Spendel,* Kritik der subjektiven Versuchstheorie, NJW 1965, 1881; *Stratenwerth,* Der Versuch des untauglichen Subjekts, Bruns-FS S. 59.

Freiwilligkeit des Rücktritts – Rücktritt bei Tatbeteiligung mehrerer

RGSt 39, 37: Gummiball-Fall

I StS 1145/05 v. 11. 6. 1906

SV **Sachverhalt:** Die Angekl. P und W sahen in einem mit einem Lattenzaun umschlossenen Garten einen roten Gegenstand auf dem Boden liegen, den sie für einen Gummiball hielten, der aber in Wahrheit eine in fremdem Eigentum und Gewahrsam befindliche Holzkugel war. P wollte den vermeintlichen Gummiball für sich haben, um ihn seinen Geschwistern zu schenken. Er forderte daher W auf, den Ball zu holen. Während P ruhig stehen blieb, riß W zwei Latten vom Gartenzaun und drang in den Garten ein. Als er den Gegenstand aufhob, bemerkte er, daß sie sich getäuscht und eine Holzkugel für einen Gummiball gehalten hatten. Er warf die Kugel wieder weg und verließ den Garten.

P **Zur Problemstellung:** Das LG verurteilte P wegen versuchten schweren Diebstahls und sprach W vom Vorwurf der Beihilfe dazu frei, weil er davon strafbefreiend zurückgetreten sei. Aus welchen Gründen war diese Entscheidung problematisch?

– Hat P tatsächlich einen *täter*schaftlichen, W dagegen nur einen *gehilfen*schaftlichen Tatbeitrag geleistet?

– Inwieweit kommt Rücktritt für *einzelne* Tatbeteiligte in Betracht?

– Wäre der Rücktritt des W *freiwillig* gewesen?

– Angenommen, man bejaht Freiwilligkeit auf Seiten des W, kann dann sein Rücktritt auch dem P zugutekommen?

Die nicht ganz leicht zu durchschauende Entscheidung des RG bedarf in dreierlei Hinsicht einer besonders kritischen Lektüre: einmal hinsichtlich der Freiwilligkeit des Rücktritts durch W, zum anderen bezüglich der Erstreckung dieses Rücktritts auf P; schließlich bleibt zu beachten, inwieweit sich aus dem neuen § 24 im Vergleich mit dem zur Tatzeit geltenden § 46 a. F. eine andere Beurteilung ergeben könnte.

E 1 **Aus den Gründen: [39]** „Hätte nicht einmal W die Wohltat des § 46 Nr. 1 [a. F.; § 24 I S. 1 Alt. 1] zu beanspruchen, so wäre offenbar der P durch die angefochtene Entscheidung unter keinen Umständen beschwert. Allein den Urteilsgründen haftet bei Anwendung des § 46 Nr. 1 [a. F.; § 24 I S. 1 Alt. 1] auf W kein Rechtsirrtum an. Zunächst darf nicht von der Hand gewiesen werden die rechtliche Möglichkeit mittelbarer Täterschaft in dem Sinne, daß zufolge getroffener Abrede jemand, bei dem der Tätervorsatz und der gesamte innere Tatbestand gegeben sind, sämtliche äußeren Tatbestandsmerkmale durch einen vollständig eingeweihten, aber nicht mit Tätervorsatz handelnden Gehilfen als sein Werkzeug verwirklichen läßt, und das RG hat die Möglichkeit wiederholt anerkannt. Vgl. RGSt 1, 146/8; 3, 95/9; 24, 86/7; 28, 109/10; 31, 80/2.

Ein solcher Fall liegt vor, da W die Wegnahme des vermeintlichen Gummiballs für den P ausführen sollte und P sich den ‚Ball' unter dem Beistand W's zuzueignen beabsich-
2 tigte. Ferner kann zwar regelmäßig der Gehilfe durch freiwilligen Rücktritt keine Straflosigkeit erlangen, weil § 46 [a. F.] den Ausdruck ‚Täter' nur im engsten, eigentlichen Sinne gebraucht und deshalb jedenfalls in seiner Nr. 1 auf Gehilfen keine Anwendung leidet [vgl. aber demgegenüber jetzt § 24 II].

3 Ist jedoch, wie vorliegend, der Gehilfe zugleich Werkzeug des Täters in dem Umfang, daß er allein den ganzen äußeren Tatbestand ausführen soll und will, so muß er auch in dem gleichen Umfang wie ein Täter beurteilt und namentlich der Straflosigkeit aus dem mit Unterbrechung der Ausführungshandlungen sich befassenden § 46 Nr. 1 [a. F.; vgl. § 24 I S. 1 Alt. 1 i. V. m. § 24 II] teilhaftig werden. Sonst wäre in derartigen Fällen dessen
4 Anwendbarkeit überhaupt ausgeschlossen, eine Folge, die sich mit dem Geist und Zweck der Vorschrift – einen Anreiz zum rechtzeitigen Aufgeben geplanter Missetaten zu schaf-
5 fen – schlechterdings nicht in Einklang bringen ließe. Endlich ging festgestelltermaßen der Vorsatz beider Angekl. dahin, nicht eine beliebige fremde Sache, sondern *gerade* den von ihnen wahrgenommenen vermeintlichen Gummiball, **[40]** also einen bestimmten körperlichen Gegenstand, wegzunehmen und dem P zuzueignen. Diese auf einen einzelnen Gegenstand beschränkte Absicht zu verwirklichen, ist W nach Lage der Sache nicht durch einen äußeren von seinem Willen unabhängigen Umstand gehindert worden, insbesondere nicht durch die seinem Willen freilich fremde Tatsache, daß er bei näherer Besichtigung den Gegenstand wider Erwarten als eine Holzkugel erkannte; es war vielmehr ein rein innerer, seelischer Vorgang, nämlich eine durch Entdeckung des wahren Sachverhalts nur ausgelöste Überlegung, was ihn veranlaßte, die bereits ergriffene, aber noch nicht unter Vernichtung des fremden Gewahrsams in den eigenen Gewahrsam gebrachte Holzkugel auf den Boden zurückzulegen. Er hat mithin die Weiterführung der

E ursprünglich beabsichtigten Handlung, obwohl sie ihm nicht unmöglich scheinen konnte, aus eigenem Antrieb freiwillig aufgegeben. Da § 46 Nr. 1 [a. F.; § 24 I S. 1 Alt. 1; vgl. aber auch § 24 II] nicht mehr erfordert (RGSt 24, 223/3), ist dem W mit Recht Straflosigkeit zugebilligt.

6 Dagegen zeigt sich die Verweigerung der gleichen Wohltat gegenüber dem P von den Urteilsgründen nicht schlüssig gerechtfertigt mit den beiden Sätzen, es bleibe die Tatsache bestehen, daß ein strafbarer Versuch an sich begangen sei, und der P sei seinerseits nicht zurückgetreten. Der erste Satz setzt als bewiesen voraus, was erst zu beweisen wäre, und der zweite trägt der zwischen W und P bestehenden engen tatsächlichen Beziehung und strafrechtlichen Gemeinschaft nicht Rechnung. Beide Angekl. waren miteinander einig, daß W einen bestimmten körperlichen Gegenstand, den sie für einen Gummiball hielten und den der P seinen Geschwistern schenken wollte, ergreifen, d. h. dem fremden Gewahrsam entziehen und zum Zweck der Erlangung unbeschränkter Verfügungsgewalt an P weitergeben, also über die gewöhnliche, bloß dem Täter bei Verwirklichung der äußeren Tatbestandsmerkmale unterstützende Gehilfentätigkeit hinaus in Vertretung P's und gewissermaßen in seinem Auftrag den ganzen äußeren Tatbestand zur Erscheinung bringen solle. Seine Tätigkeit muß deshalb, soweit sie auf Erfüllung der übernommenen Aufgabe gerichtet war (unbeschadet **[41]** seiner selbständigen Verantwortlichkeit) rechtlich, insbesondere strafrechtlich, wie eine eigene Handlung P's aufgefaßt werden. Wäre der von beiden übereinstimmend als Gummiball angesehene Gegenstand in der Tat ein Gummiball und von W ergriffen gewesen, hierbei aber die Tat entdeckt und ihre Ausführungen durch äußere Kräfte verhindert worden, so würde P für die Handlungen W's genau so haften, als ob er (P) selbst den Gummiball ergriffen und in der
7 Hand gehabt hätte. Eine Vertretung durch W nur zum Nachteil, nicht auch zugunsten P's zu unterstellen, wäre ebenso ungerecht wie folgewidrig, vielmehr ist die Möglichkeit und Wirksamkeit einer Vertretung – ähnlich den bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen – nach beiden Seiten gleichmäßig, und zwar durchaus in Anlehnung an die übereinstimmende Willensrichtung, abzugrenzen. Nach Darlegung der Urteilsgründe wollte P einen bestimmten, den Angekl. sichtbaren Gegenstand in seinen Gewahrsam bekommen, um ihn sich zuzueignen, aber nur weil er ihn für einen Gummiball hielt und als solchen seinen
8 Geschwistern zu schenken gedachte. Sein Diebstahlsvorsatz war einerseits auf eine bestimmte körperliche Sache gerichtet, andererseits nicht ein unbedingter, sondern von der Voraussetzung getragen, daß die Sache ein Gummiball sei; jenseits der Voraussetzung bestand noch keine Willensrichtung, kein Vorsatz. All das war erwiesenermaßen dem W bekannt und von ihm übereinstimmend in seinen eigenen Willen aufgenommen worden. Er hat daher sowohl auf Grund eigener freiwilliger Entschließung, als auch in Fortwirkung und Betätigung der bei P obwaltenden, auf ihn (W) übertragenen Willensrichtung die Ausführung des von beiden – teils als mittelbaren Täter, teils als Gehilfen und Werkzeug – beabsichtigten Diebstahls aufgegeben, mit anderen Worten in bewußter Willensvertretung P's gehandelt, als er in Erkenntnis der wahren Sachlage die anfangs für einen Gummiball angesehene Holzkugel auf den Boden zurücklegte und von ihrem Einbehalten zur Weitergabe an P abstand. Dieses sein Verhalten kommt, weil dem Willen P's durchaus entsprechend, dem letzteren mit der nämlichen Wirkung zugut, wie wenn er es selbst entwickelt oder wie wenn er ein unbelebtes Werkzeug zum Herbeiholen des vermeintlichen Gummiballs zu benutzen begonnen, aber es freiwillig und unter Aufgabe der Ausführung seines Diebstahlvorsatzes zurückgezogen hätte, nachdem er **[42]** mittels
9 des Werkzeugs über seinen Irrtum aufgeklärt worden war. Daß ihm solchenfalls Straflosigkeit aus § 46 Nr. 1 [a. F.; § 24 I S. 1 Alt. 1] gebühren würde, unterliegt keinem Zweifel, und der Umstand, daß er in Wirklichkeit nicht ein unbelebtes, sondern ein willensfähiges und bösgläubiges Werkzeug verwendet hat, vermag bei der vorhandenen lückenlosen
10 Willensgemeinschaft keinen rechtlichen Unterschied zu begründen. Nicht minder sicher träfe § 46 Nr. 1 [a. F.; vgl. § 24 II] bei P zu, wenn er den W durch rechtzeitigen Zuruf veranlaßt hätte, die Holzkugel liegen zu lassen oder gleich wieder zurückzulegen; ob er ihn aber erst durch nachträglichen Zuruf oder durch die von vornherein gegebene Weisung nach seinem Willen leitete, kommt für die rechtliche Beurteilung auf dasselbe hinaus ..."

[Im Ergebnis wurden daher beide freigesprochen].

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Trotz ihres Alters und ihrer antiquierten Diktion verdient diese Entscheidung deshalb noch Beachtung, weil sie eine ganze Reihe von Fragen aufwirft, die auch heute noch von grundsätzlicher Bedeutung sind. Hier seien im wesentlichen nur vier Fragenkreise angesprochen: die Annahme *mittelbarer Täterschaft* (I), die *Freiwilligkeits*frage bei Rücktritt (II), der Rücktritt bei Tatbeteiligung *mehrerer* (III), speziell durch das *Werkzeug* eines mittelbaren Täters (IV).

2 I. Zur **mittelbaren Täterschaft** (allgemein dazu *Denunziantin-Fall* Nr. 38).

Welche *Figur* mittelbarer Täterschaft war hier vom RG zugrundegelegt? Der Fall eines sog. *absichtslos dolosen Werkzeugs* (ebenso die h. L.; vgl. etwa *Baumann* § 36 I 4b).

A 3 – Allerdings scheint das RG die bloße Gehilfenrolle des W weniger aus einer mangelnden Zueignungsabsicht herzuleiten (so die h. L.), sondern (reichlich unscharf) damit zu begründen, daß W *ohne Tatvorsatz* gehandelt habe (E 1).

4 – Indes: War vorliegend W tatsächlich nur Gehilfe? Könnte er nicht auch Täter gewesen sein? So *M-Gössel* I/2 § 48 II A 2 und *Roxin*, Täterschaft S. 338 ff. – Doch selbst wenn wegen der verunglückten Fassung des § 242 („sich" zueignen) für W in der Tat nur Beihilfe in Betracht kommt, muß das automatisch zur mittelbaren Täterschaft des P führen? Vgl. dazu *Denunziantin-Fall* Nr. 38 A 15 ff.

5 **II. Allgemein zum Rücktritt vom Versuch.**

Unterstellt man einmal, daß das RG zu Recht mittelbare Täterschaft des P und bloße Gehilfenschaft des W angenommen hat, welche Auswirkungen ergeben sich daraus für den Rücktritt? Dabei sind vor allem zwei Fragenkreise auseinanderzuhalten: *allgemeine* Rücktrittsfragen (A 6–8) sowie speziell die mit der *Tatbeteiligung mehrerer* zusammenhängenden Probleme (A 9 ff.).

6 1. In jedem Falle setzt Rücktritt *Freiwilligkeit* voraus (vgl. *Lilo-Fall* Nr. 32 A 28 ff.). Schon in dieser Hinsicht erscheint die Begründung des RG weder in sich schlüssig noch im Ergebnis zutreffend. So ist bereits fraglich, ob hier überhaupt ein noch **unbeendeter** Versuch vorlag, von dem die beiden durch schlichtes Nichtweiterhandeln hätten zurücktreten können. Denn da ihr Entschluß auf die Erlangung des „Gummiballs" gerichtet und mit dem Zugreifen alles getan war, was zur Erlangung erforderlich gewesen wäre, dieser Plan jedoch infolge ihres Irrtums scheiterte, handelte es sich um einen objektiv *„fehlgeschlagenen"* Versuch, bei dem ein Rücktritt grundsätzlich ausgeschlossen ist. Vgl. dazu *Lilo-Fall* Nr. 32 A 32 und *Stilett-Fall* Nr. 33 A 30 ff.

7 2. Doch selbst wenn man mit dem RG einen (rücktrittsfähigen) unbeendeten Versuch annehmen würde, kann dann hier noch von **Freiwilligkeit** des Rücktritts die Rede sein? Wie das RG ausdrücklich feststellt, wollten P und W einen „bestimmten Gegenstand" wegnehmen (E 5); selbst wenn man dabei berücksichtigt, daß die Täter diesen „einzelnen Gegenstand" sich nur unter der Voraussetzung aneignen wollten, daß es sich um einen Gummiball handelte (E 8), so vermag dieser – bei einem *Speziesinteresse* ohnehin selbstverständliche – Vorbehalt nichts daran zu ändern, daß nach Entdeckung der wahren Natur dieses Gegenstandes (Holzkugel) den Tätern eben kein Raum mehr für eine Überlegung oder gar Entscheidung blieb. Setzt aber Freiwilligkeit voraus, daß der Täter (zumindest nach seiner subjektiven Vorstellung) noch weiter handeln könnte, wenn er wollte (näher *Lilo-Fall* Nr. 31 A 23 ff.), m. a. W. noch die Möglichkeit der Deliktsverwirklichung besteht, so ist das hier zu verneinen; denn beiden Angeklagten blieb lediglich die Feststellung, daß eine Weiterführung der ursprünglich geplanten Ballwegnahme nicht mehr möglich war.

8 – Wollte man stattdessen darauf abstellen, daß ja immer noch die Holzkugel weggenommen werden könne, so wäre das nur dann in sich schlüssig, wenn man zuvor lediglich einen allgemeinen, etwa auf den „dort liegenden Gegenstand" gerichteten Diebstahlsvorsatz annehmen würde. Doch diesen Weg hat sich das RG durch seine Prämisse eines spezifizierten Vorsatzes (E 5, A 7) eben gerade verbaut.

Doch auch insoweit sei einmal unterstellt, daß die Fortführung des Diebstahls freiwillig aufgegeben wurde: Wie wirkt sich dann der Rücktritt des einen auf andere Tatbeteiligte aus?

9 **III. Rücktritt bei Tatbeteiligung mehrerer.**

Warum war diese Frage im Entscheidungszeitpunkt problematisch? Da § 46 a. F. nur vom Rücktritt des „Täters" sprach, war umstritten, ob bloßen Teilnehmern (Anstiftern, Gehilfen) die Möglichkeit strafbefreienden Rücktritts überhaupt offenstand, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen der Rücktritt des einen auch einem anderen Tatbeteiligten zugute kommen konnte. Das RG nahm dazu vorliegend einen sehr engen Standpunkt ein, indem es eine Rücktrittsmöglichkeit für den Gehilfen grundsätzlich leugnete (E 2) und für den Gehilfen W nur deshalb eine Ausnahme glaubte machen zu können, weil dieser als Werkzeug des mittelbaren Täters P auch dessen Straflosigkeit teilhaftig werden dürfe (E 4).

10 Indes war diese engherzige Beschränkung der Rücktrittsmöglichkeit auf *„Täter"* i. e. S. von § 25 schon damals allgemein abgelehnt worden (vgl. RGSt 38, 223; 47, 358; 59, 412/2), und zwar nicht zuletzt aus Gründen, wie sie vorliegend das RG auch dem als Tatmittler tätigen Gehilfen W zugute gehalten hat (E 4). Diese Ausweitung der **Rück-**

A **trittsmöglichkeit für jeden Tatbeteiligten** hat nun durch § 24 II ausdrücklich Anerkennung gefunden. Im einzelnen sind für den Rücktritt bei Tatbeteiligung mehrerer namentlich folgende **Grundsätze** zu beachten:

11 1. Als **persönlicher Strafaufhebungsgrund** kann Rücktritt von vorneherein immer *nur* für den *Tatbeteiligten* strafbefreiend wirken, der *selbst zurücktritt,* d. h. in eigener Person alle Rücktrittsvoraussetzungen erfüllt. Das ist unproblematisch dort, wo *alle* Tatbeteiligten zurücktreten und damit die Tat nicht zur Vollendung kommt. – Dieser Weg dürfte vorliegend dem RG vorgeschwebt haben, als es hinsichtlich des Rücktritts eine „Willensgemeinschaft" zwischen W und P annahm (E 9; vgl. aber auch A 21).

12 2. Soweit nur **einer von mehreren** Tatbeteiligten zurücktritt, kommt für diesen eine Strafbefreiung nach § 24 II nur in folgenden **drei Fallkonstellationen** in Betracht:

13 a) *Erste Rücktrittsalternative:* **Freiwillige Vollendungsverhinderung** durch den zurücktretenden Tatbeteiligten (§ 24 II S. 1). Dies setzt im wesentlichen ein zweifaches voraus:

– Zum einen, daß die bereits in Versuchsstadium gelangte *Haupttat nicht zur Vollendung* gelangt: So etwa, wenn es bei § 242 zwar auf Opferseite zum Gewahrsamsbruch, jedoch auf Täterseite nicht zur Gewahrsamsbegründung kommt.

– Zum anderen, daß die Erfolgsverhinderung *rückführbar ist auf den Teilnehmerrücktritt:* Sei es, daß der Beteiligte (wie hier der W) den aufgehobenen Gegenstand wieder wegwirft, oder daß sich der Gehilfe das Tatwerkzeug wieder zurückgeben läßt und damit z. B. das Aufbrechen des Tresors unmöglich wird. Selbstverständlich können auch andere Gegenkräfte mobilisiert werden, um den Erfolgseintritt zu verhindern, so etwa dadurch, daß der Rücktrittswillige für die trotzdem zur Tatfortführung entschlossenen Komplizen rechtzeitig die Polizei zum Tatort schickt.

13a Besondere Probleme bereiten dabei die Fälle, in denen ein Tatbeteiligter die zunächst geplante Haupttat zwar zum Stoppen bringt und dadurch *zeitweilig aufhält,* diese aber schließlich dann doch noch zur Ausführung gelangt. Instruktiv dazu der *Blankoakzept-Fall* **RGSt 47, 358:**

A fertigte auf Ersuchen der Frau H 9 falsche Blankoakzepte an und übergab sie der H. Einige Tage später kamen ihm Bedenken und er forderte die Wechselformulare zurück. Als ihm die H versicherte, davon keinen Gebrauch zu machen, gab sich A damit zufrieden. H verwendete jedoch die Wechsel wenige Tage später in betrügerischer Absicht. – Zu der Frage, ob für die Erfolgsverhinderung durch A genügen konnte, daß er sich die Nichtverwendung der Blankoakzepte durch H versprechen ließ, führt das RG aus:

[361] „Wäre die dem A von Frau H auf sein Verlangen nach Rückgabe der Akzepte erteilte Zusicherung, von ihnen keinen Gebrauch zu machen, *ernstlich* gemeint gewesen, so würden beide gemäß § 46 Nr. 1 [a. F.; § 24 II S. 1] wirksam zurückgetreten sein und der nachträglich seitens der Frau H erfolgte Gebrauch auf einem *neuen* Entschluß beruhen, der den vorher geschehenen Rücktritt unberührt ließ. Das nunmehr von ihr verübte Verbrechen wäre **[362]** alsdann eine andere Tat ganz ebenso, wie in dem Falle, daß nicht der A, sondern Frau H die falschen Akzepte angefertigt hätte. Bleibt dem § 46 Nr. 1 [a. F.] zufolge der *Versuch* straflos, auch wenn der zurückgetretene Alleintäter das von ihm zur Ausführung der strafbaren Handlung bereits Getane nachträglich oder zur Verübung eines Verbrechens oder Vergehens benutzt, so muß das Gleiche gelten, falls alle an einem Versuche Beteiligten zurückgetreten wären, einer von ihnen aber das von einem Mittäter oder Gehilfen für die früher geplante Tat Ausgeführte zur Begehung einer neuen strafbaren Handlung benutzt. Nur wenn sich dem Rücktritt eines Teilnehmers die übrigen *nicht* ohne weiteres anschließen, ergibt sich ... für den, der die Rechtswohltat des § 46 [a. F.; § 24] erlangen will, die Notwendigkeit, durch tätiges Handeln die Ausführung der Tat abzuwenden; sei es, daß er die übrigen Teilnehmer bestimmt, seinem Beispiel zu folgen, oder daß er in irgendeiner Weise die Vollendung der Tat verhindert."

14 Was ist daraus zu entnehmen? Kommt es trotz Rücktrittsbemühens eines Tatbeteiligten zu einer Tatvollendung durch den anderen, so hängt die Wirksamkeit des Rücktritts entscheidend von der **Tatidentität** zwischen der *versuchten* und der zur *Vollendung* gekommenen Tat ab:

– Sind beide noch als *identisch* anzusehen, so ist die Erfolgsverhinderung durch den Rücktritt zu verneinen und damit jedenfalls eine Strafbefreiung nach § 24 II S. 1 ausgeschlossen.

– Stellt sich dagegen die vollendete Tat im Vergleich mit dem Versuch, dessen Fortführung der Tatbeteiligte erfolgreich verhindert hat, als eine andere **neue Tat** dar, so steht seinem Rücktritt nichts entgegen. Ob eine solche *andere* Tat anzunehmen ist, hat das RG im *Blankoakzept-Fall* zu Recht davon abhängig gemacht, ob die fortgeführte Tat auf einem *neuen Entschluß* beruht, der dem zurückgetretenen Tatbeteiligten nicht

A mehr zugerechnet werden kann. Näher zu diesen (im Einzelfall recht schwierigen) Abgrenzungsfragen *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 102ff. m. w. N.

15 b) *Zweite Rücktrittsalternative:* **Nichtvollendung ohne Zutun** des ernsthaft um Vollendungsverhinderung **bemühten** Tatbeteiligten (§ 24 II S. 2 Alt. 1). Auch hier setzt Strafbefreiung die Nichtvollendung der Haupttat voraus. Doch anders als in der Fallgruppe a) braucht hier der Rücktritt *für die Vollendungsverhinderung nicht kausal* gewesen zu sein. Ähnlich wie beim fehlgeschlagenen bzw. von vornherein untauglichen Versuch des Alleintäters (dazu *Vierkantholz-Fall* Nr. 34 A 30ff.) soll damit ein Rücktritt für jene Fälle eröffnet werden, in denen der Erfolg schon aus anderen Gründen ausbleibt: so etwa, weil die gelieferte Dosis Gift ohnehin nicht zur Tötung ausgereicht hätte oder das Opfer sich selbst noch rechtzeitig retten kann.

– Andererseits muß aber auch hier die mangelnde Kausalität der Vollendungsverhinderung dadurch kompensiert sein, daß sich der Zurücktretende ernsthaft und freiwillig (also noch vor dem Erkennen seines Fehlschlags) *um Erfolgsverhinderung bemüht* hat; denn nur dann kann ebenso wie dort, wo sein Tun die Tat zum Scheitern brachte, ein weiteres Strafbedürfnis verneint werden. – Zum *ernsthaften* und *freiwilligen* Bemühen um Erfolgsverhinderung vgl. A 16b.

16 c) *Dritte Rücktrittsalternative:* **Vollendung unabhängig vom Tatbeitrag** des um Verhinderung **bemühten** Tatbeteiligten (§ 24 II S. 2 Alt. 2). Diese praktisch besonders bedeutsame Rücktrittsalternative setzt vor allem zweierlei voraus:

16a α) In *objektiver* Hinsicht muß der Zurücktretende seinen **Tatbeitrag neutralisiert,** nämlich soweit zurückgenommen haben, daß er sich in der Tatvollendung in keiner Weise mehr niederschlägt. Deshalb genügt nicht schon das Aufgeben weiterer Tatbeteiligung; erforderlich ist vielmehr, daß der Zurücktretende etwa auch die Fortwirkung psychischer Beihilfe beseitigt.

Instruktiv dazu der *Aufpasser-Fall* BGH GA 1966, 209, wo ein am Diebstahl beteiligter Mittäter, der Schmiere stehen sollte, dadurch glaubte zurücktreten zu können, daß er sich stillschweigend vom Tatort entfernte. Der BGH führt dazu treffend aus: „Mit Recht hält das LG bei dieser Sachlage den § 46 Nr. 1 [a. F.; § 24 II S. 2 Alt. 2] nicht für anwendbar. Der A hat durch den Abbruch seiner Aufpassertätigkeit die Ausführung des Verbrechens überhaupt nicht aufgegeben. Sein Tatbeitrag wirkte fort, weil sich die Mittäter auf die versprochene Absicherung verließen. Das war dem A auch bekannt. Er blieb deshalb für die von den Mittätern ausgeführte Tat mitverantwortlich."

16b β) In *subjektiver* Hinsicht ist auch hier das **freiwillige und ernsthafte Bemühen** um Vollendungsverhinderung erforderlich. Insofern hat § 24 II S. 2 Alt. 2 die Rücktrittsvoraussetzungen gegenüber der bisherigen Praxis verschärft, die schon die objektive Rückgängigmachung des Tatbeitrags genügen lassen wollte (vgl. *Roxin* JuS 1973, 332). Doch läßt sich diese Verschärfung immerhin damit rechtfertigen, daß der Zurücktretende den rechtserschütternden Eindruck seines Tatbeitrags durch manifeste Distanzierung von seinem Verhalten wieder beseitigen soll (vgl. *Grünwald* Welzel-FS S. 711). Dafür wird der Rücktrittswillige in der Regel alles tun müssen, was ihm zur Vollendungsverhinderung notwendig und geeignet erscheint (vgl. auch *Vierkantholz-Fall* Nr. 34 A 33ff.). Deshalb können verbale Umstimmungsversuche jedenfalls solange nicht genügen, als sie erkennbar ohne positive Resonanz bleiben (wie etwa im *Trio-Fall* BGHSt 28, 326). Zu weiteren Einzelheiten dieser Rücktrittsalternative vgl. *Haft* JA 1979, 309ff., *Küper* JZ 1979, 775ff., *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 117ff.

17 3. Zudem bleibt grundsätzlich zu beachten, daß es eines Rücktritts nach § 24 II überhaupt erst dann bedarf, wenn die unterstützte **Haupttat zumindest bis zum Versuch** gediehen ist. Hat der Tatbeteiligte seinen Beitrag dagegen noch im *Vorbereitungsstadium wieder rückgängig* gemacht (z. B. durch Rückforderung seines Tatwerkzeugs noch vor Aufbruch zum Tatort), so kann mangels Kausalität für die Haupttat seine Mitverantwortlichkeit schon nach allgemeinen Teilnahmeregeln entfallen. Näher zu solchen, noch im Vorfeld des § 24 II liegenden „Rücktrittsfällen" *Lenckner* Gallas-FS S. 282ff., *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 86ff.

18 **IV. Rücktritt bei mittelbarer Täterschaft.**

Welche Folgerungen ergeben sich aus den vorgenannten Grundsätzen speziell zu dem vorliegend infragestehenden Rücktritt bei mittelbarer Täterschaft? Sieht man einmal davon ab, daß das RG hier zu Unrecht Freiwilligkeit angenommen hatte (A 6ff.), so bleibt zur Möglichkeit eines Rücktritts und seiner Reichweite folgendes festzuhalten:

19 1. Grundsätzlich gilt für den Rücktritt bei mittelbarer Täterschaft das *gleiche* wie bei *sonstigen* Beteiligungsverhältnissen: allenfalls Straffreiheit für den, der selbst zurücktritt (A 11).

A 20 2. Allerdings können sich bei mittelbarer Täterschaft aus dem dafür typischen Beherrschungsverhältnis (vgl. *Denunziantin-Fall* Nr. 38 A 5 ff.) gewisse Besonderheiten ergeben: Soweit nämlich der *Vordermann* aus diesem Beherrschungsverhältnis *ausbricht* und gegen den Willen des Hintermannes zurücktritt, wird sich das für jenen als ein „Versagen" seines Werkzeugs und damit als *fehlgeschlagener* Versuch darstellen, von dem kein freiwilliger Rücktritt mehr möglich ist (vgl. *Stilett-Fall* Nr. 33 A 37).

21 3. Soweit umgekehrt der Vordermann in Übereinstimmung mit dem Hintermann zurücktritt, wird dies regelmäßig auch letzterem „zugute" kommen. Ob dies allerdings – wie das RG meint – aufgrund einer *„bewußten Willensvertretung"* (E 8) bzw. einer durch vorherige Weisungen oder nachträgliche Instruktionen (E 10) begründeten „Willensgemeinschaft" (E 9) geschieht, ist eine Frage, die doch wohl differenzierter gesehen werden muß, als es mit diesen quasi-zivilistischen Umschreibungen des RG geschehen ist. Genau besehen wird wohl zwischen dolosen und nichtdolosen Werkzeugen zu unterscheiden sein:

22 a) Handelte es sich um ein **gutgläubiges** *Werkzeug* (dem dann regelmäßig sogar die Gehilfeneigenschaft fehlen wird), so wird dessen weisungsmäßiger Rücktritt im Grunde nicht anders zu behandeln sein, als wenn der mittelbare Täter sich eines nichtmenschlichen Werkzeugs bedient hätte: der „Rückruf" des Werkzeugs durch den mittelbaren Täter stellt sich bei Erfolgsverhinderung für letzteren als *eigener* Rücktritt dar.

23 b) Ist der *Tatmittler* dagegen (wie vorliegend) **dolos,** so wird der mittelbare Täter nicht anders zu behandeln sein als ein Mittäter oder Anstifter: nur insoweit, als er seinen eigenen Einfluß wieder rückgängig macht und auf diese Weise zur Erfolgsverhinderung beiträgt, wird er Straffreiheit erlangen können. Ob dem eine geradezu automatische „Zurechnung" des Rücktritts des Werkzeugs, wie sie offenbar das RG im Auge hat, genügen würde, das erscheint namentlich im *Gummiball-Fall* sehr zweifelhaft; denn immerhin hat W aus eigenem Antrieb und ohne ersichtliche Abstimmung mit P das Vorhaben aufgegeben.

24 **Schrifttum:** Zur **Freiwilligkeit des Rücktritts** vgl. die Angaben zum *Lilo-Fall* Nr. 32 Und zum *Luminal-Fall* Nr. 34.

Zum **Rücktritt bei Tatbeteiligung mehrerer,** insbesondere bei mittelbarer Täterschaft vgl. etwa *Baumann* § 34 II 1c, 2c; *Blei* I § 69 IV; *Busch* LK[9] § 46 Rdnr. 43 ff; *D-Tröndle* § 24 Rdnr. 15 ff.; *Jescheck* § 51 VI 3; *Lackner* § 24 Anm. 6; *M-Gössel* I/2 § 50 III C; *Rudolphi* SK § 24 Rdnr. 31 ff.; *Schmidhäuser* 15/93 ff.; *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 84 ff.; *Stratenwerth* § 12 B III; *Wessels* I § 14 IV 7. Vgl. ferner *Grünwald,* Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht, Welzel-FS S. 701; *Haft,* Der Rücktritt des Beteiligten bei Vollendung der Tat, JA 1979, 306; *Küper,* Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ 1979, 775; *Lenckner,* Probleme beim Rücktritt des Beteiligten, Gallas-FS S. 281; *v. Scheurl,* Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, 1972.

Versuch am untauglichen Objekt – Irrtum über ein normatives Tatbestandsmerkmal – Abgrenzung untauglicher Versuch/Wahndelikt

OLG Stuttgart NJW 1962, 65: Finanzierungsbüro-Fall

2 Ss 215/61 v. 21. 7. 1961

SV **Sachverhalt:** A übereignete einem Finanzierungsbüro (Darlehensgeber) zur Sicherung einer Darlehensforderung seinen Pkw. Die Übereignung blieb jedoch, ohne daß dies dem A bekannt war, wegen verschiedener Formfehler unwirksam. Einige Monate später veräußerte A seinen Pkw, obwohl er das Darlehen noch nicht zurückbezahlt hatte und immer noch glaubte, der Wagen stehe im Eigentum des Finanzierungsbüros.

P **Zur Problemstellung:** Das LG verurteilte den A wegen versuchten Betruges (§§ 263, 22, 23) in Tateinheit mit versuchter Unterschlagung (§§ 246, 22, 23). Dagegen meinte A, die Unterschlagung der eigenen Sache stelle keinen (strafbaren) Versuch, sondern nur ein (strafloses) *Wahndelikt* dar. Mit Recht? Könnte dies – in Parallele zu einer im *Parteiverrats-Fall* StrafR I Nr. 15 vorgenommenen Differenzierung – davon abhängen, worauf die Fehlvorstellung des A, daß nämlich der veräußerte Pkw „fremd" sei, beruhte? Zwei Fälle wären danach zu unterscheiden:

a) Hat A (auf *Sachverhaltsebene*) bestimmte Tatumstände irrig angenommen, bei deren Vorliegen der Pkw im Eigentum des Finanzierungsbüros gestanden hätte?

b) Oder hat A (auf *Normebene*) das Tatbestandsmerkmal „fremd" seinem Begriff nach verkannt (falsch ausgelegt) und so den Anwendungsbereich des § 246 irrig erweitert?

Im Fall a) handelt es sich um einen sog. umgekehrten Tatumstandsirrtum mit der Folge eines (strafbaren) *untauglichen Versuchs*. Im Fall b) dagegen liegt ein sog. umgekehrter Verbots- bzw. Subsumtionsirrtum mit der Folge eines (straflosen) *Wahndelikts* vor. Was ist der Grund für die unterschiedliche Behandlung dieser Fälle? Und wie ist der *Finanzierungsbüro-Fall* einzuordnen? Zum letzteren meint das OLG:

E 1 **Aus den Gründen: [66]** „Die Rev. des A hat keinen Erfolg. Das LG hat bloßen Versuch deshalb angenommen, weil der Pkw nicht wirksam an den Darlehensgeber übereignet worden sei. Diese Beurteilung wird durch die Feststellung getragen, daß der A bei der Veräußerung des Wagens davon ausging, das Eigentum an diesem sei auf den Darlehensgeber übergegangen, und er sei nicht mehr über den Wagen verfügungsberechtigt. Unter diesen Umständen wollte er den Erwerber des Wagens dadurch schädigen, daß er ihm einen vermeintlich unterschlagenen Wagen veräußerte gegen einen Kaufpreis, auf
2 den er nach seiner Auffassung keinen Rechtsanspruch haben konnte. Dieses Verhalten des A ist vom LG mit Recht als (untauglicher) Betrugsversuch gewertet worden (vgl. dazu
3 BGHSt 4, 107; *Welzel,* [11. Aufl., § 54 II 1] und NJW 53, 652). Soweit § 246 in Betracht kommt, ist das LG davon ausgegangen, daß der A sich eine vermeintliche fremde Sache hat zueignen wollen, und es hat darin einen untauglichen Versuch der Unterschlagung erblickt. Diese Auffassung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

4 Zwar liegt ein untauglicher Versuch nicht schon deshalb vor, weil sich der Irrtum des A auf ein Tatbestandsmerkmal bezog, das er aus falschen rechtlichen Erwägungen als
5 gegeben ansah. Ein derartiger Irrtum würde vielmehr ein Wahnverbrechen nicht ohne weiteres ausschließen. In der Rspr. ist anerkannt, daß die rechtliche Verkennung eines normativen Tatbestandsmerkmals einen Verbotsirrtum darstellen kann (BGHSt 7, 17/23;
6 13, 135); dementsprechend hat der BGH z. T. in Fällen, in denen der Täter irrtümlich ein Tatbestandsmerkmal als vorliegend erachtet hatte, nicht untauglichen Versuch, sondern strafloses Wahnverbrechen angenommen (‚umgekehrter Subsumtionsirrtum': BGHSt 10, 8/15; 13, 235). Bei dem hier gegebenen Sachverhalt sind die Voraussetzungen für ein Wahnverbrechen jedoch nicht erfüllt.

7 Nicht jeder rechtliche Irrtum in bezug auf ein normatives Tatbestandsmerkmal stellt bereits einen Verbotsirrtum dar. Es ist nämlich nicht erforderlich, daß der Täter eine
8 juristisch-technisch exakte Definition oder Subsumtion vornimmt. Begeht er insoweit einen Fehler, so kommt ihm das nicht zugute; es genügt vielmehr, daß er ‚in der Laiensphäre' den Tatumstand seinem sozialen Sinngehalt entsprechend wertet (vgl. BGHSt 4,
9 347/52: ‚Kreditinstitut'; BGH NJW 57, 389: ‚unzüchtige Bilder'). Ein derartiger Irrtum liegt nicht im Bereich der Verbotsnorm, sondern beschränkt sich auf den Vorsatz. Erst wenn
10 das Tatbestandsmerkmal seinem Umfang oder seiner rechtlichen Tragweite, d. h. seinem Begriff nach verkannt ist, wird das Unrechtsbewußtsein und damit der Bereich der Rechtswidrigkeit erfaßt. Erst dann ist ein Verbotsirrtum gegeben, der im umgekehrten

E 11 Fall ein Wahnverbrechen darstellen kann. Diese Abgrenzung liegt den oben angeführten BGH-Entscheidungen zugrunde (BGHSt 4, 347; 7, 17; 7, 261; 13, 135). Insbesondere stellt der BGH in BGHSt 13, 235/40 darauf ab, ob bei der Urkundenfälschung die Merkmale verkannt waren, die den Begriff der Urkunde ausmachen (Aussteller, Beweisbestimmung); erst wenn das gegeben ist, kommt ein Wahndelikt in Betracht.

12 Im vorliegenden Falle irrte der A nicht über die Begriffe des Eigentums oder des Instituts der Sicherungsübereignung und damit auch nicht über das Tatbestandsmerkmal **13** ‚fremde' Sache in § 246; sein Irrtum bezog sich vielmehr darauf, ob im konkreten Fall die Absprachen der Parteien den erstrebten – an sich je nach der Auslegung möglichen – **14** bürgerlich-rechtlichen Erfolg des Eigentumsübergangs gehabt hatten. Ein solcher Irrtum liegt nicht im Bereich der Verbotsnorm, er betrifft auch nicht das Unrechtsbewußtsein, sondern lediglich den Vorsatz. Die Strafnorm war zutreffend erkannt, der A wollte gegen sie verstoßen; er irrte sich nur über die rechtlichen Begleitumstände und glaubte deshalb zu ‚wissen, was er tat'. Darin liegt kein Wahnverbrechen; die Annahme eines untauglichen Versuchs der Unterschlagung besteht vielmehr zu Recht."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Mit dieser Entscheidung bekommt die Versuchsproblematik eine neue Variante, und zwar dadurch, daß der Täter glaubt, ein bestimmtes, in Wirklichkeit nicht strafbares Verhalten sei aus irgendwelchen Gründen strafbar (sog. *„umgekehrter Irrtum"*). Die Schwierigkeiten und die große praktische Bedeutung des damit verknüpften Abgrenzungsproblems zwischen untauglichem Versuch und **2** **Wahndelikt** wird an zahlreichen revisionsgerichtlichen Entscheidungen deutlich. Im folgenden sollen nun zunächst die *Prämissen* der vorliegenden Entscheidung dargestellt werden (I). Sodann ist an einer Reihe von BGH-Entscheidungen aufzuzeigen, welche Entwicklung der „umgekehrte" Irrtum über sog. *normative* Tatbestandsmerkmale durchgemacht hat (II). Unter den gewonnenen Aspekten soll der *Finanzierungsbüro-Fall* einer näheren Betrachtung unterzogen werden (III). Die Erörterungen schließen mit einem Hinweis auf die Problematik, die mit der Verurteilung wegen versuchten Betruges verbunden ist (IV).

3 I. Um die Entscheidung in den Griff zu bekommen, sind zunächst folgende **Prämissen** zu beachten:

1. Das Urteil steht auf dem Boden der (eingeschränkten) **Schuldtheorie** (E 5), wonach zwischen vorsatzausschließendem Tatumstandsirrtum (§ 16) und vorsatzunabhängigem Verbotsirrtum (§ 17) zu differenzieren ist (vgl. *Verbotsirrtums-Fall* StrafR I Nr. 13).

4 2. Ferner geht das OLG von der Strafbarkeit des **Versuchs am untauglichen Objekt** (hier untauglich wegen fehlender Fremdheit der Sache) aus (E 1–3): so die st. Rspr. seit RGSt 1, 439 (vgl. *Vierkantholz-Fall* Nr. 34 A 27, 39).

5 3. Des weiteren wird die grundsätzliche **Umkehrbarkeit von Versuch und Irrtum** vorausgesetzt (vgl. etwa E 10; st. Rspr.; vgl. RGSt 42, 92/4; 66, 124/6; 72, 109/12). Das bedarf einer Erläuterung:

a) Man **unterscheidet** *zweierlei* Irrtumskonstellationen:

6 – Einmal den Fall, daß der Täter (sei es infolge eines Tatumstands- oder eines Verbotsirrtums) irrig annimmt, sein *objektiv tatbestandsmäßiges Verhalten* sei *nicht strafbar:* dann spricht man von **Irrtum.**

7 – Zum anderen, daß der Täter (sei es infolge eines Tatumstands- oder Verbotsirrtums) sein in *objektiver Hinsicht tatbestandsloses Verhalten* für *strafbar* hält: dieser Fall wird als **umgekehrter** (auch: positiver) **Irrtum** bezeichnet.

8 b) Auf der Basis dieser Unterscheidung vollzieht sich der **Umkehrschluß:**

– Wirkt der Irrtum *zu Gunsten* des Täters, so geht der umgekehrte Irrtum zu seinen *Lasten.*

9 – Ist der Irrtum dagegen *unbeachtlich* (insbesondere weil vermeidbarer Verbotsirrtum), so kann der umgekehrte Irrtum in *keiner Weise strafbegründend* wirken (wobei dieser Schluß freilich keineswegs „zwingend" ist; vgl. einerseits *Spendel,* anderseits *Sax* sowie unten A 30 a. E.).

10 c) Dieser Umkehrschluß von §§ 16, 17 auf § 22 beruht auf der Erwägung, daß es sowohl beim Irrtum als auch beim Versuch an einer vollen **Deckung** von *objektiver* und *subjektiver* Tatseite **fehlt,** und zwar gerade aus „seitenverkehrten" Gründen:

11 – Während etwa beim *Tatumstandsirrtum* der objektive Tatbestand voll gegeben ist, jedoch vom *(subjektiven) Vorsatz nicht* ganz erfaßt wird,

– ist beim *Versuch* das zu begehende Delikt in der subjektiven Vorstellung des Täters (Entschluß) bereits voll gegeben, kommt aber *objektiv nicht* ganz zur Ausführung.

A Aus dieser „Umkehrung" der Seiten wird von der Strafbarkeit bei Irrtum gleichsam spiegelbildlich auf die Strafbarkeit des Versuchs geschlossen.

12 4. Schließlich beruht die Entscheidung des OLG auf der Annahme der **Straflosigkeit des Wahndelikts** (vgl. E 6). Hiermit ist auch der Berührungspunkt zur zentralen Problematik des *Finanzierungsbüro-Falles* hergestellt:

13 – Warum ist das Wahndelikt im Gegensatz zum untauglichen Versuch straflos? Ist beim Wahndelikt die Vorstellung, eine *Straftat* zu begehen (§ 22), vorhanden? Nein; es würde daher regelmäßig bereits gegen den nullum crimen-Grundsatz (§ 1) verstoßen, wollte man das Wahndelikt bestrafen (vgl. *Engisch* Heinitz-FS S. 191).

14 – Wann liegt überhaupt Wahndelikt vor? Zweifellos dann, wenn der Täter *irrig* die Existenz einer *Verbotsnorm* annimmt, die es gar nicht gibt.

15 – Wie aber ist es, wenn der Täter bestimmte Tatbestandsmerkmale einer existierenden Verbotsnorm falsch auslegt (z. B. verpfändete Sachen für „fremd" i. S. von § 242 hält) und sein Verhalten infolgedessen als strafbar ansieht? Und wie ist es, wenn er über die soziale Relevanz ihm bekannter („natürlicher") Tatsachen irrt (z. B. entgegen den §§ 929 ff. BGB meint, daß schon *Einigung* über den Eigentumsübergang in jedem Falle zur Eigentumsübertragung genüge)? Zur Beantwortung dieser Fragen müssen die im *Parteiverrats-Fall* StrafR I Nr. 15 erarbeiteten Ergebnisse zum *Subsumtionsirrtum* bzw. zur *„Parallelwertung in der Laiensphäre"* herangezogen werden, ohne deren Lektüre das folgende schwerlich verständlich sein wird. Zunächst jedoch ein Rückblick:

16 **II. Zur Entwicklung der BGH-Rechtsprechung** (vgl. auch die Übersicht bei *Blei* JA 1973, 55, 73, 93, 109 und Herzberg JuS 1980, 469 ff.).

1. Im *Eisenbahnsekretär-Fall* **BGHSt 1, 13** hatte der A eine eidesstattliche Versicherung abgegeben und war dabei irrig von einer in Wirklichkeit gar nicht bestehenden „Zuständigkeit" (§ 156) der den Eid abnehmenden Stelle ausgegangen. Unter Beibehaltung der Rspr. des RG trennte der BGH zwischen:

17 – dem Irrtum über **Tatsachen,** die den Begriff der Zuständigkeit der Behörde ausmachen: allein dieser soll *vorsatzausschließend* bzw. *versuchsbegründend* wirken; und

18 – dem Irrtum über die **rechtliche Bewertung** dieser Tatsachen: dieser soll als bloßer *Subsumtionsirrtum* in jeder Hinsicht unbeachtlich sein, also weder (negativ) vorsatzausschließend noch (positiv) versuchsbegründend wirken können. Der BGH führt aus:

[17] „Im allgemeinen wird sich jemand, der eine eidesstattliche Erklärung abgibt, überhaupt keine besonderen Gedanken über die ‚Zuständigkeit' der Behörde machen. Das ist für den inneren Tatbestand des § 156 auch nicht erforderlich. Es reicht aus, wenn der Täter weiß, vor welcher Behörde und in welchem Verfahren er die Versicherung erstattet. Daß er auch den Schluß auf die Zuständigkeit der Behörde ziehe, ist nicht notwendig. Ein etwaiger Irrtum wäre als Subsumtionsirrtum unbeachtlich. Die Zuständigkeit der Behörde ist, soweit es sich um die Frage des Vorsatzes handelt, der Beamteneigenschaft vergleichbar. Zum inneren Tatbestande eines Beamtendelikts gehört nicht, daß der Täter weiß, er sei Beamter. Er braucht vielmehr nur die Tatsachen zu kennen, aus denen seine Beamteneigenschaft hervorgeht (RG JW 1939, 625); denn ein Irrtum, der weder den äußeren noch den inneren Tatbestand eines Delikts ergreift, nimmt der mit Strafe bedrohten Handlung nicht den Charakter einer Straftat. Ebensowenig kann dann aber auch ein nicht auf tatsächlichem, sondern auf normativem Gebiet liegender Irrtum Strafbarkeit eines an sich straflosen Verhaltens begründen.

18a Der Senat vertritt deshalb die Auffassung, daß die Abgabe einer falschen Versicherung an Eides Statt vor einer unzuständigen Behörde ein versuchtes Vergehen nach § 156 nur dann ist, wenn der Täter sich irrigerweise Tatsachen vorstellt, die die Zuständigkeit der Behörde ergeben. Das ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn die fragliche Stelle schon der allgemeinen Zuständigkeit zur Abnahme von eidesstattlichen Erklärungen ermangelt und der A sich keine dem entgegenstehenden Tatsachen vorgestellt hat.

19 Was läßt sich gegen diese Entscheidung einwenden? Sie liegt nicht nur im Schußfeld der Kritik, die der GSSt im *Verbotsirrtums-Fall* (StrafR I Nr. 13) an der Differenzierung des RG zwischen Tat- und Rechtsirrtum geübt hatte. Es wird auch übersehen, daß zur vollen Kenntnis bzw. zum Verständnis eines Lebenssachverhalts nicht nur das Wissen um die „nackten" Tatsachen, sondern auch um deren *soziale Relevanz* gehört (vgl. *Parteiverrats-Fall* aaO A 13, 21, 23 ff.; ferner *Baumann* NJW 1962, 16 f.). Solange nämlich der Täter die soziale Bedeutung bestimmter Tatsachen nicht kennt, kann schon von einem diesbezüglichen Vorsatz keine Rede sein.

20 2. Gerade aus der letztgenannten Überlegung heraus hat **BGHSt 3, 248/254** im *Wiedergutmachungs-Fall* eine Kursänderung vorgenommen: Der BGH stellt fest, daß bei

A Tatbestandsmerkmalen „rechtlicher und daher wertender Art" zum Vorsatz eine „dem Gesetz entsprechende Wertung" gehöre: **„Parallelwertung in der Laiensphäre".**

21 – Fehle diese, so könne der Täter gem. § 16 (§ 59 a. F.) nicht wegen vorsätzlicher Tat bestraft werden.

– Sei sie umgekehrt gegeben, ohne daß jedoch das Gesetz den Sachverhalt ebenso werte, so stehe einer Bestrafung wegen Versuchs nichts entgegen (vgl. im einzelnen *Parteiverrats-Fall* aaO A 23 ff.).

22 Zur Klarstellung: Wenn der BGH von Tatbestandsmerkmalen „rechtlicher und daher wertender Art" spricht (gleichbedeutend ist auch von „normativen" Tatbestandsmerkmalen die Rede), so dürften dabei – jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang – solche Merkmale gemeint sein, die (wie etwa „fremd") *institutionelle Tatsachen* bezeichnen (näher dazu *Darnstädt* JuS 1978, 441 ff. sowie *Parteiverrats-Fall* aaO A 13).

23 3. Was die Unterscheidung von Tatsachen- und Subsumtions- (bzw. Rechts-) Irrtum im *Eisenbahnsekretär-Fall* aaO (A 16) betrifft, so schien sie im *Lebensmittelkarten-Fall* **BGHSt 7, 53/58** aufgegeben zu sein:

A hatte Lebensmittelkarten nachgemacht, die er irrigerweise für Urkunden hielt, obwohl sie (mangels einer Beweiseignung) tatsächlich nicht den Erfordernissen des strafrechtlichen Urkundsbegriffs entsprachen. Ohne näher zu unterscheiden, worauf die Fehlvorstellung des A im einzelnen beruhte, stellt der BGH lapidar fest, daß A sich gem. §§ 267, 22, 23 strafbar gemacht haben könne, falls er die Lebensmittelkarten für Urkunden gehalten habe (zustimmend etwa *Foth* JR 1965, 370).

Wie läßt sich dieses Ergebnis begründen? Es spricht alles dafür, daß A in der irrigen Vorstellung befangen war, die nachgemachten Lebensmittelkarten seien geeignet, eine Berechtigung im Rechtsverkehr nachzuweisen. Damit hätte er aber über die *soziale Relevanz* bestimmter tatsächlicher Gegebenheiten, nämlich über ihre Beweiseignung geirrt, und so gesehen wäre auch eine (umgekehrte) nach h. L. vorsatz- bzw. versuchsbegründende „Parallelwertung in der Laiensphäre" zu bejahen.

24 4. Daß allerdings nicht jede irrige Vorstellung, das Fälschungsobjekt oder -produkt sei eine Urkunde i. S. d. § 267, versuchsbegründend wirken soll, wird im ähnlich gelagerten *Bezugskarten-Fall* **BGHSt 13, 235/240** deutlich:

Der Täter hatte Bezugskarten für verbilligte Zigaretten gefälscht, wobei er annahm, es handele sich um Urkunden i. S. v. § 267, was aber nicht stimmte, weil die Bezugsabschnitte u. a. keinen Aussteller erkennen ließen. Der BGH stellt fest, daß die Hinweise im *Lebensmittelkarten-Fall* aaO in ihrer undifferenzierten Allgemeinheit keine Gültigkeit beanspruchen könnten. Vielmehr sei zu unterscheiden:

25 – „Wenn [der A] irrtümlich angenommen hätte, der Aussteller gehe aus den Bezugsabschnitten hervor und sie seien zum Beweise der Bezugsberechtigung des Inhabers bestimmt", so würde er sich einer versuchten Urkundenfälschung schuldig gemacht haben: umgekehrter Tatsachenirrtum

26 – „Glaubte er dagegen, die losen Abschnitte wären trotz Fehlens eines Ausstellers und trotz Mangels der Beweisbestimmung Urkunden i. S. des § 267, so würde er zu einer Tat Hilfe geleistet haben, die er aufgrund irriger rechtlicher Bewertung (Subsumtionsirrtum) für strafbar hielt, also zu einem Wahndelikt."

27 Diese vom BGH im *Bezugskarten-Fall* eingeschlagene Richtung hat Nachfolge gefunden, und zwar (u. a.) im *Offenbarungseid-Fall* **BGHSt 14, 345:**

Dort hatte der gem. § 807 ZPO a. F. zum Offenbarungseid geladene Schuldner A wahrheitswidrig angegeben, er habe ein auf Abzahlung gekauftes Radiogerät „kaputtgemacht". In Wirklichkeit hatte er den Apparat veräußert. Durch die falschen Angaben hoffte er, einer Anzeige wegen Unterschlagung zu entgehen. Der BGH stellt zunächst fest, daß A durch seine wahrheitswidrige Aussage keine Offenbarungspflicht verletzt habe, und meint dann weiter:

28 **[350]** „Der A würde sich auch, wenn er irrtümlicherweise angenommen hätte, er sei verpflichtet, die Frage über den Verbleib des Geräts unter Eideszwang zu beantworten, keines Meineidversuchs schuldig gemacht haben ... Ein untauglicher Versuch ist gegeben, wenn der Täter irrig ein nichtvorhandenes Tatbestandsmerkmal annimmt, während die irrige Annahme des Verbotenseins des Tuns, also auch die irrige Annahme, das Verhalten des Täters falle unter die Strafnorm, ein Wahnverbrechen ist Glaubt also der Täter irrigerweise, daß eine von ihm gemachte Angabe nicht unter den Eid falle, während dies rechtlich der Fall ist, so irrt er sich über den Umfang der Norm, befindet sich also in einem Verbotsirrtum ... Die irrige Annahme des Täters, eine von ihm beschworene Falschaussage falle unter die Wahrheitspflicht, ist daher als Wahnverbrechen anzusehen."

A 29 Sowohl der *Offenbarungseid-Fall* wie auch der *Bezugskarten-Fall* haben Kritik erfahren. Zum einen wird eingewandt, daß diese Entscheidungen die Tendenz enthielten, in der streitigen Abgrenzungsfrage wieder zu den Grundsätzen der älteren Rspr. zurückzukehren (vgl. etwa *Foth* JR 1965, 370; ferner *Traub* JuS 1967, 116). Zum anderen glaubt man, einen gewissen Widerspruch zu den im *Wiedergutmachungs-Fall* (A 20) entfalteten Thesen feststellen zu können, wonach die laienhafte Wertung, ein normatives Tatbestandsmerkmal sei gegeben, Versuchsstrafbarkeit begründet (*Traub* aaO; ferner hier die Voraufl. bei A 26, 33, wo noch ein anderer Begriff von „Parallelwertung in der Laiensphäre" zugrundegelegt war).

30 Ist diese Kritik berechtigt? Jedenfalls insoweit nicht, als sich die bei A 25 f., 28 angeführte Differenzierung des BGH ohne weiteres mit den im *Verbotsirrtums-* bzw. im *Parteiverrats-Fall* (aaO A 13, 15) aufgestellten Grundsätzen und Unterscheidungen in Einklang bringen läßt (vgl. auch *Maurach* NJW 1962, 719). Auch ein Widerspruch zum *Wiedergutmachungs-Fall* (A 20) dürfte genau besehen nicht vorhanden sein; jedenfalls dann nicht, wenn man unter (umgekehrter) Parallelwertung den Fall versteht, daß der Täter bestimmten tatsächlichen Umständen oder Vorgängen eine soziale Relevanz beimißt, die sie in Wirklichkeit nicht haben (vgl. insoweit *Parteiverrats-Fall* StrafR I Nr. 15 A 23). Der BGH will ein Wahndelikt ersichtlich nur annehmen, wenn der Täter über die (Wort-)*Bedeutung des Strafgesetzes* irrt und damit den *Normbereich ausdehnt* (vgl. A 28 sowie *Parteiverrats-Fall* aaO A 20). Daß jedenfalls ein solcher Irrtum nicht versuchsbegründend wirken kann, weil die Tat – so wie der Täter sie plant und sich *vorstellt* – von gar keiner Strafnorm bedroht ist, sollte nicht zweifelhaft sein. Eine ganz andere und damit noch nicht beantwortete Frage ist, ob der umgekehrte Irrtum über die *soziale Relevanz bestimmter tatsächlicher Gegebenheiten* (stets) vorsatz- bzw. versuchsbegründend wirken soll. Insoweit sind beachtliche Zweifel an der *Richtigkeit des Umkehrschlusses* laut geworden (vgl. *Baumann* § 33 I 4; *Engisch* Heinitz-FS S. 185/204; vgl. auch *Darnstädt* aaO).

31 **6.** Wie schwierig die Grenze zwischen Wahndelikt und untauglichem Versuch oft zu ziehen ist, zeigt sich noch mehr im oft mißverstandenen *Fleischbeförderungs-Fall* **BGHSt 15, 210:**

Dort hatte der angekl. Polizeibeamte eine Anzeige gegen seinen Schwiegervater zur Bearbeitung bekommen, weil dieser mangelhaftes Fleisch befördert hatte. Da er irrigerweise glaubte, sein Schwiegervater sei deshalb wegen eines Lebensmittelvergehens mit einer Kriminalstrafe bedroht, unterließ er die weitere Bearbeitung und dachte, die Sache werde in Vergessenheit geraten. – Der BGH verurteilte den Polizeibeamten, weil ein Wahndelikt nur bei Verkennung einer gegen den Täter selbst gerichteten Norm in Frage komme, und stellt den Unterschied zum *Offenbarungseid-Fall* heraus:

[212] „Die jetzt gegebene Sachgestaltung weist gegenüber der [dem *Offenbarungseid-Fall*] zugrunde liegenden einen wesentlichen Unterschied auf. Die Strafnorm, nach der das Verhalten des früheren Täters zu beurteilen war und über die er sich falsche Vorstellungen gemacht hatte, war die gegen *ihn* als eidespflichtigen Schuldner gerichtete Meineidsvorschrift des § 154. In der vorliegenden Sache ist die für die Beurteilung des Verhaltens des A maßgebende Strafnorm diejenige gegen Begünstigung im Amt (§ 346 [a. F.; jetzt § 258a]). Geirrt haben kann er sich aber lediglich über die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 3 [a. F.] LebMG auf einen *andern*, nämlich auf den durch das Verhalten des A begünstigten Metzger.

[213] Zum Tatbestand des § 346 [a. F.; § 258a] gehört, daß der Strafverfolgungsbeamte denjenigen, den er wegen einer Straftat zu verfolgen hat, wissentlich der im Gesetz vorgesehenen Strafe entzieht. Dabei genügt nach der inneren Tatseite für die Kenntnis des Beamten davon, daß der zu Verfolgende eine Straftat begangen hat, bedingter Vorsatz (BGH LM Nr. 2 zu § 346). Ist aber der Beamte der Überzeugung, das derjenige, gegen den er die Untersuchung führt, keine Straftat begangen hat, so macht er sich, wenn er die weitere Verfolgung unterläßt, nicht nach § 346 [a. F.; jetzt § 258a] strafbar. Beruht diese Überzeugung auf einem Irrtum, so befindet sich der Beamte in einem Tatbestandsirrtum. Er irrt nicht über das Verbotensein seiner Handlungsweise nach der allein gegen ihn gerichteten Strafvorschrift des § 346 [a F ; § 258a], d. h. über die rechtliche Bedeutung dieser Norm, sondern über die Strafbarkeit des zu verfolgenden Täters, also über ein zum *Tatbestand* der Begünstigung im Amt gehöriges Merkmal. Es macht keinen Unterschied, ob der Beamte denjenigen, gegen den er die Untersuchung führt, aus tatsächlichen Gründen nicht für den Täter hält oder ob er der Überzeugung ist, daß die Handlungsweise dieser Person aus Rechtsgründen keinen Straftatbestand erfüllt. Auch bei rechtlicher Falschbeurteilung der Strafbarkeit würde er nur über ein Tatbestandsmerkmal der für ihn geltenden Begünstigungsvorschrift irren, weil sich der dann gegebene Rechtsirrtum des Beamten nur auf die gegen den zu Verfolgenden gerichtete lebensmittelrechtliche Vorschrift bezöge.

A Im umgekehrten Falle macht sich somit der Strafverfolgungsbeamte, der, wie A, in Begünstigungsabsicht von der Verfolgung desjenigen absieht, den er irrig – gleichviel ob aus unzutreffenden tatsächlichen oder falschen rechtlichen Erwägungen – für den Täter einer Straftat hält, des untauglichen Versuchs nach § 346 [a. F.; § 258a] schuldig. Es handelt sich nicht nur um ein strafloses Wahnverbrechen.

Der Senat ist der Überzeugung, daß seine Auffassung zu Ergebnissen führt, die der Strafwürdigkeit des Verhaltens der in Betracht kommenden Täter gerecht werden. Für die Fälle, in denen der Strafverfolgungsbeamte die Untersuchung gegen **[214]** denjenigen, von dessen Unschuld er aus Fahrlässigkeit überzeugt ist, nicht zu dem vorgeschriebenen Abschluß führt, genügen durchaus Dienstaufsichts- oder dienststrafrechtliche Maßnahmen; die schwere, selbst nach Versuchsgrundsätzen geminderte Strafe des § 346 [a. F.; § 258a] verdient ein solcher Beamter nicht. Das Verhalten des Strafverfolgungsbeamten aber, der – irrig – von der Straftat eines bestimmten Täters überzeugt ist oder sie auch nur bedingt vorsätzlich annimmt, in Begünstigungsabsicht aber von dessen Verfolgung absieht, ist strafwürdig und verdient die Strafe aus §§ 346, 43 [a. F.; §§ 258a, 22]".

32 Von dieser Entscheidung ist behauptet worden, sie lasse sich nicht in die Tendenz der BGH-Rspr. einreihen, wie sie im *Bezugskarten-* und im *Offenbarungseid-Fall* erkennbar geworden sei, weil nämlich ein „Bewertungsirrtum als Tatbestandsirrtum" behandelt bzw. als versuchsbegründend angesehen werde (vgl. *Traub* JuS 1967, 117; ferner *Weber* MDR 1961, 426; aber auch *Maurach* NJW 1962, 720). Indes zu Unrecht; denn der Täter irrte sich nicht über die (Wort-)Bedeutung eines Tatbestandsmerkmals des § 258, d. h. sein Irrtum betraf nicht den *Normbereich des Strafvereitelungstatbestandes.* Der Polizeibeamte ging vielmehr ganz richtig davon aus, daß wegen Strafvereitelung nur strafbar ist, wer nach einem Verbrechen oder Vergehen Hilfe leistet, nur hielt er das Verhalten seines Schwiegervaters fälschlich bereits für ein Vergehen. Damit irrte er sich im Gefüge des § 258 – und nur darauf kommt es hier an – über die soziale Relevanz bestimmter tatsächlicher Gegebenheiten (d. h. die Bedeutung des Verhaltens seines Schwiegervaters). Die Entscheidung des BGH liegt daher völlig konsequent auf dem im *Parteiverrats-* und *Bezugskarten-Fall* eingeschlagenen Weg (vgl. auch *Maurach* NJW 1962, 720; ferner *Herdegen* BGH-FS S. 195/206).

33 **III. Konsequenzen:** Wie ist nun vor diesem Hintergrund der *Finanzierungsbüro-Fall* zu beurteilen?

1. Um das *Ergebnis* vorwegzunehmen: man wird der Entscheidung des OLG Stuttgart jedenfalls dann zustimmen müssen, wenn man das sog. Umkehrprinzip für richtig und tragfähig hält (vgl. A 8ff., aber auch die bei A 30 a. E. genannten).

34 Wie das OLG (bei E 10ff.) zutreffend feststellt, hat A nicht etwa über die (Wort-) Bedeutung des *Tatbestandsmerkmals* „fremde Sache", d. h. über die (richtige) Auslegung des § 242 geirrt. Vielmehr hat er *seinem Handeln* (irrtümlich) eine *soziale Relevanz* beigemessen (nämlich: Übergang des Eigentums auf das Finanzierungsbüro), die dieses Handeln tatsächlich nicht hatte. Ein solcher Irrtum ist nach den im *Wiedergutmachungs-Fall* aufgestellten Grundsätzen (vgl. A 19, 20) vorsatzrelevant: er betrifft die *Bedeutung des Lebenssachverhaltes,* nicht die *Bedeutung des Strafgesetzes.* Kurz: A hat einen *Tatumstand* (fremde Sache) irrig angenommen, und dies wirkt nach dem Umkehrprinzip versuchsbegründend.

35 Zum selben Ergebnis führt auch die praktisch hilfreiche **Faustregel,** die bei *Blei* (JA 1973, 602) vorgeschlagen wird: Strafbarkeit (nur) dann, wenn das, worauf der Wille des Täters gerichtet war, wirklich und nicht nur seiner Meinung nach unter den Tatbestand eines (geltenden) Strafgesetzes fällt: A *wollte* einen Pkw verkaufen, der nicht ihm gehörte, und ein solches Verhalten ist tatbestandsmäßig i. S. des § 246.

36 **2.** Was die *weiteren Darlegungen* des OLG Stuttgart betrifft, so lassen sie an Klarheit zu wünschen übrig und sind geeignet, Mißverständnisse hervorzurufen:

37 a) Bei E 8 wird der Eindruck erweckt, als könne es dem Täter nie „zugute kommen", wenn er einen Fehler bei der Subsumtion bzw. der „juristisch-technischen Definition" begeht. Läßt sich eine derart allgemeine Behauptung aufrechterhalten? Können solche Fehler etwa nicht zu einem unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 führen?

38 b) Bei E 10, 11 wird gesagt, daß die begriffliche Verkennung eines Tatbestandsmerkmals zum Verbotsirrtum führe, der im umgekehrten Fall ein Wahndelikt darstellen *könne.* Soll das heißen, daß es umgekehrte Verbotsirrtümer gibt, die nicht als Wahndelikt, sondern als untauglicher Versuch einzustufen sind? So wird man das OLG Stuttgart schon deshalb nicht verstehen dürfen, weil es sich ersichtlich (E 11) im Rahmen der BGH-Rspr. halten will.

39 c) Schließlich: Was ist gemeint, wenn das OLG von einem „Irrtum aus falschen rechtlichen Erwägungen" (E 4) bzw. von der „rechtlichen Verkennung eines normativen Tatbestandsmerkmals" (E 5, 7) spricht? Offenbar beides:

A 40 – zum einen Fehler bei der Subsumtion bzw. bei der Definition eines *Tatbestandsmerkmals,* die dem Täter nicht zugute kommen sollen (E 7, 8);

41 – zum anderen die Verkennung des sozialen Sinngehalts eines *Tatumstandes,* die sich auf den Vorsatz „beschränkte" (E 8–10).

42 Wäre es aber nicht besser, nur mit Bezug auf Fehler bei der Definition eines Tatbestandsmerkmals (gemeint sind wohl Auslegungsfehler) von der *„rechtlichen* Verkennung eines *Tatbestandsmerkmals"* zu sprechen?!

43 **IV. Praktischer Anwendungsbereich des Wahndelikts.**

Der Bereich des Wahndelikts tritt, wie wir gesehen haben, bei sog. **normativen Tatbestandsmerkmalen** besonders deutlich hervor. Und zwar deshalb, weil hier sichtbar ist, daß der Irrtum einerseits den Tatsächlichkeitsbereich betreffen kann: mit der Folge des Vorsatzausschlusses bzw. der Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs; andererseits aber auch den Normbereich: mit der Folge, daß weder der Vorsatz ausgeschlossen noch Versuch begründet wird, vielmehr letzterenfalls Wahndelikt vorliegt. Diese Differenzierung läßt sich aber auch beim Irrtum über eine Garantenstellung bzw. über die Tauglichkeit des Subjekts bei Sonderdelikten treffen:

44 a) Auch bei einem Irrtum über die **Garantenstellung** ist zu unterscheiden, ob der Täter solche *tatsächlichen* Umstände nicht kennt, die eine Garantenpflicht begründen würden (der Vater erkennt nicht, daß das ertrinkende Kind sein Sohn ist): Dann fehlt es am Vorsatz, bzw. im umgekehrten Fall wird Versuch begründet.

– Verkennt der Täter dagegen die *normativen* Voraussetzungen und Grenzen einer Garanten*pflicht* (er meint etwa, der Verlobten gegenüber habe er keine Garantenpflichten), so liegt Verbotsirrtum bzw. (wenn er Garantenpflicht gegenüber einer bereits Entlobten annehmen würde) Wahndelikt vor. Vgl. dazu auch *Annegret-Fall* Nr. 29 A 8 f.

45 b) Nichts anderes kann beim Irrtum über die **Tauglichkeit des Subjekts** (etwa Amtsträgereigenschaft) bei Sonderdelikten gelten (allerdings bestr.; vgl. etwa *Jescheck* § 50 III 2). Kennt der Täter Umstände nicht, die seine Subjektqualität begründen würden (er weiß nicht, daß die Beamtenernennung bereits vollzogen ist), so liegt Tatumstandsirrtum bzw. im umgekehrten Fall untauglicher Versuch vor. Irrt er dagegen über die rechtlichen Anforderungen an die Subjektqualität (er meint, auch Arbeiter im öffentlichen Dienst seien Amtsträger), so kommt nur Verbotsirrtum bzw. Wahndelikt in Betracht (vgl. auch *Bruns* GA 1979, 161/186).

V. Sonstige Tatbestände dieses Falles.

46 Neben der Verurteilung wegen versuchter Unterschlagung kam im vorliegenden Fall auch eine Verurteilung wegen *versuchten* **Betruges** in Betracht. Vgl. dazu die gleichliegende Fallkonstellation in RGSt 50, 35.

47 – Worüber irrt sich A, als er dem Erwerber den vermeintlich nicht ihm gehörenden Pkw verkauft? Worin bestünde der Schaden des Erwerbers für den Fall, daß der Pkw tatsächlich nicht mehr dem A gehört hätte?

48 Könnte nicht auch im vorliegenden Fall *vollendeter* Betrug gegeben sein? Prozeßrisiko als Schaden? Vgl. BGH NJW 1960, 1916; 1968, 1147, BGHSt 21, 112 sowie StrafR IV Nr.14 A 14 f.

49 **Schrifttum: Zum untauglichen Versuch** vgl. die Hinweise zum *Vierkantholz-Fall* Nr. 34.

Zum **Subsumtionsirrtum** und zur **Parallelwertung in der Laiensphäre** vgl. die Angaben beim *Parteiverrats-Fall* StrafR I Nr. 15.

Zur Abgrenzung **Wahndelikt/untauglicher Versuch** vgl. etwa *Baumann* § 33 I 4; *Blei* I § 65; *D-Tröndle* § 16 Rdnr. 11, § 22 Rdnr 31; *Jescheck* § 50 II; *Lackner* § 17 Anm. 6, § 22 Anm. 2c; *M-Gössel* I/2 § 41 III C; *Rudolphi* SK § 22 Rdnr. 30 ff.; *Schmidhäuser* 15/31 ff.; *S/S-Eser* § 22 Rdnr. 78 ff.; *Stratenwerth* § 11 B I 1; *Welzel* § 24 V; *Wessels* I § 14 III 2.

Vgl. ferner *Baumann,* Das Unkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum im Strafrecht, NJW 1962, 16; *Ders.,* Grenzfälle im Bereich des Verbotsirrtums, Welzel-FS S. 533; *Blei,* Das Wahnverbrechen, JA 1973, StR S. 55, 73, 93, 109, 127, 145; 1977, 582; *Bruns,* Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjekts, GA 1979, 161; *Darnstädt,* Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, JuS 1978, 441; *Engisch,* Der „umgekehrte Irrtum" und das „Umkehrprinzip", Heinitz-FS S. 185; *Foth,* Neuere Kontroversen um den Begriff des Wahnverbrechens, JR 1965, 366; *Haft,* Der doppelte Irrtum im Strafrecht, JuS 1980, 432, 588; *Herdegen,* Der Verbotsirrtum in der Rspr. des BGH, BGH-FS S. 195; *Herzberg,* Das Wahndelikt in der Rspr. des BGH, JuS 1978, 469; *Sax,* Zum logischen und sachlichen Gehalt des sog. „Umkehrschlusses aus § 59 StGB", JZ 1964, 24; *Spendel,* Der sog. Umkehrschluß aus § 59 StGB nach der subjektiven Versuchstheorie, ZStW 69 (1957), 441; *Stratenwerth,* Der Versuch des untauglichen Subjekts, Bruns-FS S. 59; *Traub,* Die umgekehrte „Parallelwertung in der Laiensphäre" – Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, JuS 1967, 113. Vgl. auch U. *Weber,* Anm. zu BGHSt 15, 210 in MDR 1961, 426.

Grundformen der Tatbeteiligung – Abgrenzung Täterschaft/Teilnahme

BGHSt 18, 87: Staschynskij-Fall

9 StE 4/62 v. 19. 10. 1962 = NJW 1963, 355

SV **Sachverhalt:** Der russische Agent Staschynskij (A) ermordete zwei Emigranten durch einen heimtückischen Überfall mit einer Gaspistole. Die beiden Attentate waren dem A von „höchster sowjetischer Stelle", nämlich unter Beteiligung des Vorsitzenden des Komitees für Staatssicherheit beim Ministerrat der UdSSR, befohlen worden. Die Auftraggeber hatten bei der Anordnung beider Attentate deren wesentliche Merkmale (Opfer, Waffe, Gegenmittel, Art der Anwendung, Tatzeiten, Tatorte, Reisen) vorher im einzelnen genau festgelegt.

P **Zur Problemstellung:** In Frage stand, ob A als *Täter* des von ihm ausgeführten Mordes oder nur als *Gehilfe* seiner (als Täter zu qualifizierenden) Auftraggeber anzusehen sei.

– Warum kommt es darauf überhaupt an? An sich hätte es der Gesetzgeber in der Hand, nach dem Prinzip der sog. **„Einheitstäterschaft"** jeden Tatbeteiligten, der einen ursächlichen Beitrag zur Tatverwirklichung leistet, ohne Rücksicht auf das Gewicht seines Tatbeitrags als Täter zu betrachten (so § 14 I OWiG sowie manche ausländischen Rechte; vgl. *Kienapfel* JuS 1974, 1 ff.). Demgegenüber **differenziert** jedoch das deutsche StGB bei Beteiligung Mehrerer an einer Tat (§ 29) zwischen dem

– **„Täter"** i. e. S.: *Alleintäter, Mittäter, mittelbarer Täter* (§ 25), und dem

– bloßen **„Teilnehmer"** an der Haupttat: *Anstifter* oder *Gehilfe* (§ 26 bzw. 27).

Diese Differenzierung verdient gegenüber dem „Einheitstäter" den Vorzug, und zwar nicht nur aus plakativen Gründen, sondern weil ihr unterschiedliche Zurechnungstypen zugrundeliegen, die spätestens auf Strafzumessungsebene dann doch einer Differenzierung bedürfen (vgl. *Roxin* LK 5 ff. vor § 25, *Maiwald* Bockelmann-FS S. 343 ff.). Unterschiedliche Konsequenzen zeigen sich vor allem hinsichtlich der sog. „Akzessorietät" der Teilnahme (vgl. §§ 28, 29: unten Nr. 40) wie auch hinsichtlich der obligatorischen Strafmilderung bei bloßer Beihilfe (§ 27 II).

– Angesichts dieser unterschiedlichen Rechtsfolgen stellt sich die Frage, nach welchen *Kriterien* im Einzelfall zu entscheiden ist, wer bei mehreren Beteiligten als „Täter" oder nur als „Teilnehmer" zu betrachten ist: soll es dafür auf formale, materielle, subjektive Kriterien ankommen?

– Inwieweit ist im vorliegenden Fall von Bedeutung, daß A die Mordtat mit eigener Hand ausgeführt hat? Ist er dadurch nicht notwendig Täter? – Der BGH meint dazu:

E 1 **Aus den Gründen: [88]** „1. *Täterschaft.* Beide Attentate sind nach dem sicheren Ergebnis der HV von sowjetischer ‚höchster Ebene', zumindest auf Regierungsbasis unter Beteiligung Scheljepins, des damaligen Vorsitzenden des Komitees für Staatssicherheit beim Ministerrat der UdSSR, dem A befohlen worden. Das beweisen die festgestellten Umstände, besonders die Art der Befehlserteilung, die Ordensverleihung und das Dokument hierüber **[89]** ... (Dies) stimmt mit den ausführlichen, widerspruchsfreien, völlig unausgeschmückten Angaben des A zur Auftragserteilung überein ... A's Auftraggeber haben bei der Anordnung beider Attentate deren wesentliche Merkmale (Opfer, Waffe, Gegenmittel, Art der Anwendung, Tatzeiten, Tatorte, Reisen) vorher festgelegt. Sie haben vorsätzlich gehandelt. Die auf ihr Geheiß angefertigte, ‚schon mehrfach und stets mit Erfolg verwendete' Giftpistole, die Tataufträge und -anweisungen im einzelnen beweisen, daß sie sich dabei Tötungen unter bewußter Ausnutzung der Arg- oder Wehrlosigkeit der Opfer und die Ausführung dieser Taten in dieser Weise, also Morde, vorgestellt und daß sie diese Morde gewollt haben. Als Taturheber, Drahtzieher im eigentlichsten Sinne, hatten sie Täterwillen, ohne daß dabei in rechtlicher Beziehung feststehen muß, welche Einzelpersonen diesen Täterwillen gehabt haben. Diese eigentlichen Taturheber sind daher Täter, und zwar mittelbare Täter.

2. *Beihilfe.* Entgegen der Auffassung der Bundesanwaltschaft, die den A als Täter
2 ansieht, war A in beiden Fällen nur als Mordgehilfe zu verurteilen (§ 49 [a. F.; jetzt § 27]). Gehilfe ist, beim Morde wie bei allen anderen Straftaten, wer die Tat nicht als eigene begeht, sondern nur als Werkzeug oder Hilfsperson bei fremder Tat mitwirkt. Maßgebend
3 dafür ist die **[90]** innere Haltung zur Tat. In dieser Weise hat schon das RG in st. Rspr. Täter und Gehilfen voneinander abgegrenzt (RGSt 31, 44, 71; 57, 274; 66, 240; 74, 84 m. weit. Angaben). Danach kam als Täter auch in Betracht, wer die Tat vollständig durch andere ausführen läßt, andererseits als bloßer Gehilfe auch derjenige, der alle Tatbe-

E standsmerkmale eigenhändig erfüllt. Dieser sog. subjektiven Teilnahmelehre hat sich im Grundsatz auch der BGH in st. Rspr. von vornherein angeschlossen (BGHSt 2, 150/6,
4 169/70; 4, 20/1; 6, 226/8, 248/9; 8, 70/3). Nach BGH kann insbesondere auch derjenige bloßer Gehilfe sein, der alle Tatbestandsmerkmale selber erfüllt (BGH NJW 51, 120; NJW 54, 1374, 1375), wenn ein solcher Tatteilnehmer meist auch als Täter zu verurteilen sein
5 wird (vgl. BGHSt 8, 70/3). Anders sind auch diejenigen Urteile des BGH nicht zu verstehen, in denen ausgeführt wird, Täter sei, wer den Willen zur Tatherrschaft habe (vgl. BGH 1 StR 156/53), oder wer sich als mitverantwortlich für das Gelingen der Tat ansehe (so BGH LM Nr. 9 zu § 23 StGB). Damit sind lediglich Beweisanzeichen und Umstände besonders hervorgehoben, deren Vorliegen meist auf Täterschaft hindeuten wird, und die daher im Rahmen des Gesamtbildes in dieser Richtung zu werten sein werden, nicht jedoch solche, deren Vorliegen stets zur Verurteilung als Täter nötigt. Andernfalls wäre schon in den früheren Fällen gegenüber den bezeichneten Entscheidungen die Anrufung des GSSt geboten gewesen, zumindest aber ein ausdrückliches Abrücken von der subjektiven Teilnahmelehre, welche schon die bis dahin ergangenen Urteile des BGH beherrscht ...

6 **[91]** Auch der 5. StS, der zwar dem Urteil RGSt 74, 84 [Badewannenfall] nicht folgen will, hat in einem Falle eigenhändiger Tötung ausgesprochen, stelle man die „Betrachtung der Willensrichtung eines jeden Beteiligten ... in den Vordergrund", so müsse diese „bei Mittäterschaft derart sein, daß sie seinen Tatbeitrag nicht als bloße Förderung fremden Tuns ... erscheinen läßt" (BGHSt 8, 393/6). Ob jemand dieses enge Verhältnis zur Tat haben *wolle,* sei nach den gesamten Umständen zu beurteilen. Was der Beteiligte *wollte,* sei „auf Grund aller Umstände, die von seiner Vorstellung umfaßt waren, vom Gericht wertend zu ermitteln". Ein wesentlicher Anhaltspunkt sei es dabei, wie weit er den Geschehensablauf mitbeherrsche, so daß Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich auch von seinem Willen abhänge. Sei er „ohne eigenes Interesse an dem Erfolg der Tat", so könne „seine Einstellung zu ihr trotzdem aus anderen Gründen als Täterwillen zu beurteilen sein". Umgekehrt begründe eigenes Interesse allein nicht den „Täterwillen", wenn der Beteiligte keinen genügenden Einfluß darauf habe, ob, wann und wie die Tat ausgeführt werde. Der 5. StS setzt sich in demselben Urteil auch mit vier früheren Urteilen des BGH auseinander, die alle in Fällen eigenhändiger Tatbegehung bei Tötungen die subjektive Teilnahmelehre vertreten, und erklärt dazu, jene Urteile seien mit seiner eigenen Auffassung sämtlich vereinbar. Er stimmt einer Verurteilung als Täter bei eigenhändiger Tatmitwirkung zu, weil der „Täterwille" unter den festgestellten Umständen nicht zu verneinen sei. Insbesondere könne in dem vom 5. StS zu entscheidenden Falle die „innere Einstellung (des Beteiligten) zur Tat ... nicht mit der eines Soldaten verglichen werden, der einen verbrecherischen Befehl seines Vorgesetzten als dessen bloßes Werkzeug ausführen will". Auch der 5. StS hält hiernach an der Rechtsprechung aller übrigen Senate des BGH im Grundsatz fest ... **[92]** Nachdrücklich hat er lediglich die besondere Indizbedeutung eigenhändiger Tatbegehung bei der Beurteilung des Gesamtbildes der Tat und der Tatbeteiligung unterstrichen. Darin ist ihm beizutreten ...

7 Es besteht kein Grund, von dieser durch den 5. StS nur weiter verdeutlichten Rspr. des BGH abzurücken, die von der Rechtslehre, kaum ganz zutreffend, als „subjektive Theorie mit Einbau objektiver Elemente" bezeichnet wird (Schönke-Schröder, StGB, 10. Aufl., VIII 2 vor § 47). Insbesondere bietet die in der hierin durchaus nicht einheitlichen Rechtslehre vertretene materiell-objektive Lehre dazu keinen überzeugenden Anlaß. Sie verwirft jede Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme (Beihilfe) nach dem Merkmal des Täterwillens. Maßgebend ist ihr zufolge das wirkliche Geschehen, die „reale Kräfteverteilung unter den mehreren Mitwirkenden" (Maurach, AT, 2. Aufl., 1958, S. 515, 516), wobei das entscheidende Merkmal die Tatherrschaft des Täters und das Fehlen der Tatherrschaft des Gehilfen sein soll. Dabei komme es wiederum nicht auf den bloßen Willen zur Tatherrschaft an. Auch ohne Erfolgsinteresse sei stets Mittäter, wer selber ein Tatbestandsmerkmal verwirkliche. Unmittelbare Tatbestandserfüllung sei immer eine Täterhandlung.

Es mag dahinstehen, ob das hiernach für maßgeblich erklärte Unterscheidungsmerkmal der Tatherrschaft von dieser Lehre nicht viel zu eng und gleichsam unter Ausschluß jeder psychologischen Gegebenheit und jedes seelischen Drucks oder Zwanges bei den
8 Beteiligten lediglich als handgreifliche Mitwirkung verstanden wird. **[93]** Darin läge dann zwar ein bequemes Unterscheidungsmerkmal zwischen Täterschaft und Beihilfe, aber zugleich eine bedenkliche Vergröberung und damit die Gefahr, nicht mehr jeden Tatbe-
9 teiligten möglichst gerecht beurteilen zu können. Vor allem aber ist diese Lehre deshalb bedenklich, weil sie es vornehmlich bei Tötungsverbrechen, aber keineswegs nur bei diesen ausschließt, solche besonderen Tatantriebe zu berücksichtigen, welche zwar mächtig wirksam, der allgemeinen Kriminologie aber fremd sind. ... Die materiell-objektive Lehre könnte vielleicht einleuchten, wenn lediglich Tatbeteiligte abzuurteilen wären, welche kriminologisch bekannten Tatantrieben gefolgt sind, und zwar auf dem Hintergrunde im wesentlichen noch einheitlicher sittlicher Anschauungen der Allgemeinheit und einigermaßen stabiler politisch-staatlicher Verhältnisse. Sie läßt außer acht, daß das offensichtlich nur für einen Teil der Gegenwartskriminalität noch zutrifft. Politische Morde sind in der Welt wie in Deutschland zwar immer vorgekommen. Neuerlich sind

E jedoch gewisse moderne Staaten unter dem Einfluß radikaler politischer Auffassungen, in Deutschland unter dem Nationalsozialismus, dazu übergegangen, politische Morde oder Massenmorde geradezu zu planen und die Ausführung solcher Bluttaten zu befehlen. Solche bloßen Befehlsempfänger unterliegen bei Begehung derartiger amtlich befohlener Verbrechen nicht den kriminologisch erforschten oder jenen jedenfalls ähnlichen persönlichen Tatantrieben. Vielmehr befinden sie sich in der sittlich verwirrenden, mitunter ausweglosen Lage, vom eigenen Staat, der vielen Menschen bei geschickter Massenpropaganda nun einmal als unangezweifelte Autorität zu erscheinen pflegt, mit der Begehung verwerflichster Verbrechen geradezu beauftragt zu werden ...

10 **[94]** Diese besonderen Umstände staatlich befohlener Verbrechen befreien die Tatbeteiligten keineswegs von der strafrechtlichen Schuld. Jede staatliche Gemeinschaft darf und muß verlangen, daß sich jedermann von Verbrechen, auch von unter Mißbrauch staatlicher Befugnisse geforderten, bedingungslos fernhält. Andernfalls wäre jede Ordnung aufgelöst und den politischen Verbrechen das Tor geöffnet. Der innere Grund des Schuldvorwurfs liegt darin, daß der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden, sein Verhalten nach den Normen des rechtlichen Sollens einzurichten und das rechtlich Verbotene zu vermeiden, sobald er die sittliche Reife erlangt hat und solange die Anlage zur freien sittlichen Selbstbestimmung nicht durch die in § 51 [a. F.; jetzt § 20] genannten krankhaften Vorgänge vorübergehend gelähmt oder auf Dauer zerstört ist (BGHSt 2, 194/200 [StrafR I Nr. 13 E 16]). Daran ist auch für den Bereich verbrecherischer Regime festzuhalten. Unter besonderen Umständen mögen staatliche Verbre-
11 chensbefehle allerdings Strafmilderungsgründe abgeben. Wer aber politischer Mordhetze willig nachgibt, sein Gewissen zum Schweigen bringt und fremde verbrecherische Ziele zur Grundlage eigener Überzeugung und eigenen Handelns macht, oder wer in seinem Dienst- oder Einflußbereich dafür sorgt, daß solche Befehle rückhaltlos vollzogen werden, oder wer dabei anderweit einverständlichen Eifer zeigt oder solchen staatlichen Mordterror für eigene Zwecke ausnutzt, kann sich deshalb nicht darauf berufen, nur Tatgehilfe seiner Auftraggeber zu sein. Sein Denken und Handeln deckt sich mit demjenigen der eigentlichen Taturheber. Er ist regelmäßig Täter.

12 Anders kann es rechtlich jedoch bei denen liegen, die solche Verbrechensbefehle mißbilligen und ihnen widerstreben, sie aber gleichwohl aus menschlicher Schwäche ausführen, weil sie der Übermacht der Staatsautorität nicht gewachsen sind und ihr nachgeben, weil sie den Mut zum Widerstand oder die Intelligenz zur **[95]** wirksamen Ausflucht nicht aufbringen, sei es auch, daß sie ihr Gewissen vorübergehend durch politische Parolen zu beschwichtigen und sich vor sich selber zu rechtfertigen suchen. Es besteht kein hinreichender rechtlicher Grund, solche Menschen ausnahmslos und zwangsläufig von vornherein schon in der Beteiligungsform dem Taturheber, dem bedenkenlosen Überzeugungstäter und dem überzeugten, willigen Befehlsempfänger gleichzusetzen, zumal das Gesetz auch dem Tatgehilfen die volle Täterstrafe androht und nur eine Kannmilderung der Strafe vorsieht.

13 Die materiell-objektive Lehre ist aus allen diesen Gründen zu schematisch eng. Sie bedarf weiterer Prüfung hinsichtlich ihrer Tragweite. Auch aus diesem Grunde verdient die bisherige Rspr., richtig verstanden, den Vorzug (vgl. auch Kohlrausch-Lange, StGB, 42. Aufl., Vorbem. I 5 A vor § 47: Einfluß „übermächtiger Faktoren").

14 Die Anwendung dieser Rechtsgrundsätze auf die erwiesene innere Haltung des A bei beiden Attentaten ergibt unter Berücksichtigung aller Umstände, daß er diese Taten nicht als eigene gewollt, daß er kein eigenes Interesse an ihnen und keinen eigenen Tatwillen gehabt, daß er sich fremdem Täterwillen nur widerstrebend gebeugt, daß er sich letztlich der Autorität seiner damaligen politischen Führung wider sein Gewissen unterworfen und daß er die Tatausführung in keinem wesentlichen Punkte selber bestimmt hat. Ein eigenes materielles oder politisches Interesse als Indiz für seinen Täterwillen hat nicht bestanden. Ihm ist kein Tatlohn versprochen worden wie einem gedungenen Handlanger, und er hat auch keinen erhalten ... R und B als „zu beseitigende Feinde der Sowjetunion" anzusehen, entsprang nicht seiner eigenen politischen Eingebung ... **[96]** Allerdings hat A beide Taten außerhalb des Machtbereichs seiner Auftraggeber begangen. Jedoch auch dies macht ihn nicht zum Täter. Zu meinen, er hätte sich doch nur westlichen Behörden zu offenbaren brauchen, hieße die wahre Sachlage verkennen ... Wegen des erteilten „wichtigen Regierungsauftrags" ist ihm zu glauben, daß er damals gefürchtet hat, vor und bei den Attentaten im sorglosen „Westen" vom KGB überwacht zu werden und nach einem Übertritt als „Verräter" der Rache seiner Auftraggeber ausgesetzt zu sein. Das Gesamtbild aller Tatumstände spricht daher nicht für Täterschaft des A. Daher war er als Gehilfe (§ 49 [a. F.; § 27]) zu verurteilen."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Schon wegen ihrer außenpolitischen Implikationen hat diese Entscheidung seinerzeit größtes Aufsehen erregt. Doch auch verbrechensdogmatisch ist sie sehr umstritten, da sie die vom Gesetz nicht näher geregelte Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Sinne der sog. „Animus-Theorie" entschieden hat. Auch wenn inzwischen zweifelhaft geworden ist, ob für eine solche subjektive Abgren-

A zung nach dem jetzigen § 25 überhaupt noch Raum ist (vgl. A 13), erscheint diese Entscheidung doch schon deshalb weiterer Beachtung wert, weil in ihr die wichtigsten **unterschiedlichen Abgrenzungstheorien** in seltener Ausführlichkeit abgehandelt und in ihren Extrempositionen deutlich werden.

I. „Formal-objektive" Abgrenzung: Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals.

2 1. Dogmengeschichtlich gesehen stellt die subjektive Abgrenzung des BGH die Gegenposition zur sog. *formal-objektiven* Theorie dar, wie sie vor allem in der Lehre bis in die 30iger Jahre vorherrschend war *(Beling, Frank, v. Hippel, v. Liszt-Schmidt).* Danach ist *Täter,* wer eine *tatbestandsmäßige* Handlung ausführt, während jeder andere Tatbeitrag, der noch nicht (oder nicht mehr) in den Kreis der tatbestandlichen Handlungsumschreibung fällt, nur als Teilnahme erfaßbar sein soll. Ähnliche Tendenzen – und damit eine gewisse Rückkehr zu formal-objektiver Abgrenzung – werden neuerdings bei *Rudolphi* (Bockelmann-FS S. 369 ff.) durch (über-)starkes Abheben auf die „Tatbestandsbezogenheit" (mit)täterschaftlicher Zurechnung sichtbar (wobei jedoch offenbar verkannt wird, daß volle Tatbestandsverwirklichung doch wohl nur als positiv zwingende, nicht aber als andere Täterschaftsbegründungen negativ ausschließende Form der Täterschaft zu verstehen ist). – Jedenfalls wäre danach vorliegend der A notwendig Täter, während alle anderen Tatbeteiligten, so insbes. die Befehlsgeber im Kreml, allenfalls als Anstifter oder Gehilfen strafbar wären.

3 2. Was ist dagegen *einzuwenden?* Obgleich bei Abstellen auf die eigene Erfüllung eines tatbestandlichen Elements dem Täterschaftsgedanken am besten Rechnung getragen werden könnte, erscheint dieser formale Vorzug jedoch durch ungleich schwerere materielle Gewichtsverzerrungen erkauft: Kann es nicht von mehr oder weniger äußeren Zufälligkeiten abhängen, ob bei völlig gleichem Tatinteresse und gleich starker Mitbeherrschung des Tatgeschehens der eine Tatbeteiligte, etwa weil er den Schuß abgibt und damit tatbestandlich „tötet", Täter ist, während der andere, der „lediglich" das Opfer mit Gewalt festhält, nur Gehilfe sein soll? Wäre es kriminal-psychologisch sachgerecht, den Bandenchef, der „als planendes Gehirn" vom Schreibtisch aus das Tatgeschehen steuert, lediglich als Teilnehmer zu erfassen? Auch die Figur der „mittelbaren" Täterschaft ist durch die formal-objektive Theorie schwerlich zu erklären. Daher wird sie – jedenfalls im Prinzip – heute allgemein abgelehnt, ohne daß sie aber damit jegliche Bedeutung verloren hätte (vgl. oben A 2 zu *Rudolphi* sowie unten A 13).

4 **II. Subjektive „Animus-Theorie":** Täter- oder Gehilfenwille.
Stattdessen hat sich die Rspr. immer stärker der Animus-Theorie zugewandt, wie sie auch der vorliegenden Entscheidung zugrundeliegt, in der Lehre aber heute wohl nur noch von *Baumann* § 36 I 3 c vertreten wird (vgl. aber auch A 13).

5 1. *Grundkriterium* dieser Abgrenzung ist die „innere Haltung zur Tat" (E 2). *Täter* ist, wer die Tat als *eigene* will: „animus **auctoris**"; *Gehilfe,* wer nur als Werkzeug oder Hilfsperson bei *fremder* Tat mitwirken will: „animus **socii**".

6 Frage: Welches dogmatische *Vorverständnis* der Täterschaftslehre setzt eine solche subjektive Abgrenzung voraus? Einen *„extensiven"* Täterbegriff, wonach alle Tatbeiträge – gleich welcher Art – objektiv als gleichwertig anzusehen sind und daher eine Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme nur noch nach subjektiven Kriterien möglich sein soll (neuerdings so *Spendel* JuS 1974, 754 ff.).

In diesem Sinne bereits das RG in dem höchst umstrittenen *Badewannen-Fall* **RGSt 74, 84,** wo ein neugeborenes nichteheliches Kind von der Schwester der Mutter auf deren Bitten hin in einer Badewanne ertränkt wurde. Gegen die Verurteilung der Schwester als Täterin, die damit begründet wurde, daß sie die tatbestandsmäßige Handlung selbst ausgeführt habe, wendet das RG ein: **[85]** „[Nach der st. Rspr. des RG zur Auslegung der Begriffe [Mit-]Täterschaft und Beihilfe] sind alle Bedingungen des Erfolges, einerlei, ob sie der Täter oder der Gehilfe gesetzt hat, völlig gleichwertig; auf die Beteiligung an der Ausführungshandlung allein kann es daher als Unterscheidungsmerkmal nicht ankommen. Entscheidend ist vielmehr, ob der Beschuldigte die Ausführungshandlung mit Täterwillen unternommen, d. h. die Tat als *eigene gewollt* hat, oder ob er damit lediglich eine fremde Tat als fremde hat unterstützen wollen. Nur im ersten Fall ist er Täter, im zweiten bloßer Gehilfe ... Ob jemand die Tat als eigene will, richtet sich vornehmlich, wenn auch nicht ausschließlich, nach dem Grade seines eigenen Interesses am Erfolg".

7 Diese subjektive Abgrenzung schien der BGH zunächst zugunsten der materiell-objektiven „Tatherrschaftslehre" (A 14 ff.) aufgeben zu wollen (vgl. die bei E 5 f. referierten Urteile), jedoch nur vorübergehend, wie vorliegend die Rückkehr zur Animus-Theorie beweist. Instruktiv zur Dogmengeschichte *Sax* JZ 1963, 329 ff., *Roxin,* Täterschaft S. 546 ff.

A 8 2. Die wesentlichen *Beweiszeichen:* Stellt man bei der Abgrenzung ganz auf die innere Willensrichtung der Tatbeteiligten ab, so erhebt sich die Frage, wie man einen solchen internen Vorgang nachweisen soll. Der BGH glaubt dies nach etwaigen äußeren Anzeichen bestimmen zu können. Als derartige „Symptome" für Täterschaft einerseits bzw. bloßer Teilnahme andererseits sollen namentlich folgende Momente in Betracht kommen (wobei diese freilich nicht unbedingt kumulativ vorzuliegen brauchen):

8a – Das **Tatinteresse:** Danach kam im *Badewannen-Fall* nur die Mutter als Täterin in Betracht, weil bei ihr „das größere Interesse an der Beseitigung des Kindes vorhanden gewesen sei, da ja die Vorwürfe ihres Vaters und die öffentliche Mißachtung als uneheliche Mutter gerade sie hätte treffen müssen" (RGSt 74, 84/5 f.). So auch vorliegend der BGH, wenn er die bloße Gehilfenrolle des A u. a. damit begründet, daß „ein eigenes materielles oder politisches Interesse als Indiz für seinen Täterwillen nicht bestanden" habe (E 14).

8b – Die **Tatherrschaft:** Wenn diese auch nicht allein entscheidend sei, so seien im Willen zur Tatherrschaft oder im Mitverantwortlichfühlen für das Gelingen der Tat doch immerhin „Beweisanzeichen" zu sehen, „deren Vorliegen meist auf Täterschaft hindeuten wird" (E 5). So insbesondere auch im *Arbeitskameraden-Fall* BGHSt 8, 393/6 (bei E 6) sowie im *Pantopon-Fall* BGHSt 9, 370, wonach für die Beurteilung der Willensrichtung wesentlich sei, inwieweit der Tatbeteiligte „den Geschehensablauf mitbeherrscht, ob Hergang und Erfolg der Tat maßgeblich von seinem Willen abhängt" (Nr. 41 E 12).

8c – Das gehilfentypische **Unterordnungs**-Kriterium: Auf eine derartige kriminologische Typik stellt vorliegend der BGH entscheidend ab: A sei nur Gehilfe, da er zum Typ des widerstrebenden aber schwächlichen Befehlsempfängers gehöre (E 9, 12, 15); dagegen bleibe Täter der „überzeugte, willige Befehlsempfänger" und der „bedenkenlose Überzeugungstäter" (E 11, 12). – Gegen eine derartige Hereinnahme von Schuld- und Strafzumessungserwägungen in die Teilnahmelehre (so insbes. bei E 10) zu Recht kritisch *Roxin* GA 1963, 193 ff.

3. Die wichtigsten *Konsequenzen:*

9 – Wer nach einem (oder allen) der vorgenannten Beweisanzeichen **„animus auctoris"** hat, ist Täter selbst dann, wenn er in *eigener* Person *keinerlei Tatbestandsmerkmale* verwirklicht, sondern die Tat vollständig durch andere ausführen läßt (E 3): so hier die Auftraggeber in der UdSSR (E 1).

10 – Wer nur mit **„animus socii"** handelt, ist bloßer Gehilfe, selbst dann, wenn er *alle Tatbestandsmerkmale eigenhändig* erfüllt (E 3, 4).

11 4. Diese Folgerungen der Animus-Theorie sind auf steigende Kritik gestoßen (vgl. insbes. *Roxin,* Täterschaft S. 54 ff.); denn so wenig einerseits das – von der Animus-Theorie zu Recht überwundene – formale Abstellen auf die Tatbestandsverwirklichung befriedigen konnte (vgl. A 4), so wenig wird man mit rein subjektiven Kriterien, die in der Praxis ohnehin nur schwer nachzuweisen sind, dem möglicherweise unterschiedlichen materiellen Gewicht des einzelnen Tatbeitrags gerecht. Daher hat eine **„eingeschränkte subjektive Theorie"**, wie sie namentlich von *Schönke-Schröder*[17] (5, 74 f. vor § 47) vertreten wurde, die Animus-Theorie vor allem in zweifacher Hinsicht zu modifizieren versucht:

12 – Einerseits soll Täterschaft über den animus auctoris hinaus einen *objektiven kausalen Tatbeitrag* voraussetzen: Täterwille also ein zwar notwendiges, aber für sich allein nicht hinreichendes Element von Täterschaft. Danach vermag z. B. das bloße Anstoßen eines anderen zur Tatbegehung selbst dann keine Täterschaft zu begründen, wenn der Hintermann größtes Eigeninteresse am Taterfolg hat.

13 – Andererseits ist danach selbst bei bloßem animus socii – für Teilnahme dort kein Raum mehr, wo ein Tatbeteiligter in seiner Person *eigenhändig alle Deliktsvoraussetzungen* erfüllt. Daß in diesem Fall notwendig Täterschaft anzunehmen ist, dürfte nunmehr auch der Standpunkt des Gesetzes sein (*Roxin* LK § 25 Rdnr. 38 m. w. N.); denn nach § 25 I ist auf jeden Fall Täter, wer die Straftat „selbst" begeht (insoweit hat die formal-objektive Theorie immerhin eine gewisse Anerkennung gefunden; vgl. A 2). – Danach wäre vorliegend der A als Täter anzusehen. Auch dürfte heute durch die erwähnte Täterschaftsvorschrift (entgegen *Baumann, Lackner, Schmidhäuser*) für eine rein subjektive Abgrenzungstheorie kein Raum mehr sein (vgl. *Roxin* LK § 25 Rdnr. 39; *S/S-Cramer* 58 vor § 25, je m. w. N.).

13a 5. Welchen Kurs die **Rspr. künftig** einschlagen wird, ist noch nicht klar abzusehen: Zwar wird in obiter dicta nach wie vor mit „Gehilfenwillen" (BGHSt 26, 350/5) und

A „eigenem Interesse" (BGHSt 27, 205/6) operiert, diese subjektive Betrachtung jedoch im *Trio-Fall* **BGHSt 28, 346** durch objektive Faktoren relativiert. Denn zu der Frage, wie gewisse Tatbeiträge im Vorbereitungsstadium (Diebstahl von Fahrrädern zur Tatausführung, Mitwirken bei der Planung, Besichtigung der zu überfallenden Bank) einzuordnen seien, führt der BGH aus:

[348] „Ob der A, der die objektiven Voraussetzungen der Mittäterschaft aufgrund seiner fördernden Tatbeiträge erfüllt hat (Nachw.), als Gehilfe oder als Mittäter anzusehen ist, hängt davon ab, ob er die Tat als eigene oder nicht als eigene wollte (BGHSt 8, 70/3, 18, 87/9f.). Ob das eine oder andere zutrifft, ist aufgrund aller Umstände, welche von der Vorstellung des A umfaßt waren, in wertender Betrachtung zu entscheiden (Nachw.). Für die Beurteilung fallen auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen einerseits das eigene, zur Tat drängende Interesse des A (der Geld zur Schuldentilgung und zur Dekkung des Lebensbedarfs benötigte) und andererseits der Umstand, daß der A das Ob und das Wie des eigentlichen Geschehensablaufs nicht mitbeherrschte, besonders ins Gewicht. Zwar kann der Umstand, daß das Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung, die Durchführung und der Ausgang der Tat nicht mehr vom Willen des A abhingen, nichts an der inneren Einstellung ändern, mit welcher er seine Tatbeiträge erbrachte. Da sie für die wertende Betrachtung aber nur ein Gesichtspunkt neben anderen ist (BGHSt 8, 393/6; 14, 123/9; 18, 87/90), entscheidet sich die Frage, ob der A Mittäter oder Gehilfe war, nicht schon und nicht allein aufgrund dieser, das Stadium der Vorbereitung nicht überdauernden Einstellung (vgl. Lenckner Gallas-FS S. 286 Anm. 16)". Vgl. auch BGH GA 1977, 306.

13b Jedenfalls wurde für den Fall, daß ein Tatbeteiligter *alle Tatbestandsmerkmale in eigener Person* verwirklicht, von OLG Stuttgart NJW 1978, 715 erstmals höchstrichterlich anerkannt, daß dann *zwingend Täterschaft* anzunehmen ist (*Fahrtenschreiber-Fall* StrafR IV Nr. 19 E 12).

III. „Tatherrschaftstheorie".

14 Angesichts der aufgezeigten Mängel der formal-objektiven bzw. subjektiven Abgrenzungstheorien hat sich in der Lehre bereits weitgehend die – vom BGH als *„materiell-objektiv"* bezeichnete und ausdrücklich abgelehnte – *„Tatherrschaftslehre"* durchgesetzt (vgl. E 7–9, 13).

15 1. Danach ist maßgebliches Abgrenzungskriterium die **Tatherrschaft** des Täters einerseits und das Fehlen der Tatherrschaft beim Teilnehmer andererseits. Tatherrschaft besitzt, wer „durch planmäßig gesteuerten Einsatz der geeigneten Mittel die Tat in der Hand hat" und ihren Ablauf bis zum Erfolg „beherrscht": so im Grundsatz – wenn auch mit teils abw. Nuancierungen – u. a. *Bockelmann, Gallas, Herzberg, Jescheck, Lackner, M-Gössel, Blei, Sax, Welzel, Wessels, Roxin* LK § 25 Rdnr. 10, *Samson* SK § 25 Rdnr. 10 je m. w. N. Im gleichen Sinne vorübergehend der BGH (vgl. A 7).

16 2. Welche **Einwände** glaubt der BGH gegen diese Lehre erheben zu müssen?

– Der *„Vergröberungs-Gedanke":* nach BGH (E 8) kann man bei Abstellen auf eine objektive Tatherrschaft besonderen psychologischen Gegebenheiten oder Zwängen der Tatbeteiligten nicht mehr gerecht werden. Aber: handelt es sich dabei nicht um Aspekte, die weniger zur Täterschaftsabgrenzung als vielmehr in die Strafzumessung gehören?

17 – Das *kriminologische Typen*-Argument: so etwa, daß man dann nicht zwischen „willigen" und „widerstrebenden" Befehlsempfängern differenzieren könne (E 9–11). Aber: spielt nicht gerade der willige Befehlsempfänger noch eher eine reine Gehilfenrolle?

18 – Bei Tatbeteiligung Mehrerer könne immer nur der eigene Tatanteil, *nicht* aber die *ganze* Tat beherrscht werden (vgl. auch *S/S-Cramer* 81 vor § 25). Aber: ist für ein täterschaftliches Zusammenwirken i. S. von § 25 II nicht gerade typisch, daß keine Allein-, sondern nur *Mit*beherrschung der Tat möglich ist, darin jedoch zugleich eine Gesamtbeherrschung des Tatgeschehens liegt? Freilich bedarf die materiell-objektive Theorie hier immerhin insofern einer subjektiven Ergänzung, als der (Mit)Täter zumindest den *Willen zur Mitbeherrschung* der Tat haben muß.

19 3. Was spricht *für* die Tatherrschaftslehre? Sie bringt – richtig verstanden – zum Ausdruck, daß weder das objektive Gewicht des Tatbeitrags noch der eigene Täterwille je für sich allein die Täterschaft ausmachen, sondern zweierlei entscheidend ist:

– die bewußte **(Mit)Steuerung** des Tatgeschehens: *subjektive* Komponente,

– in Verbindung mit dem objektiven Gewicht des **eigenen Tatbeitrags:** *objektive* Komponente.

20 4. Die wichtigste *Konsequenz:* wer einen Tatbestand **eigenhändig** und **vollverantwortlich** verwirklicht, ist (kraft seiner Tatherrschaft) immer **Täter** (so auch § 25 I Alt. 1;

A vgl. A 13, 13b). – Wie wäre danach im *vorliegenden* Fall abzugrenzen? A ist schon wegen seiner eigenen Tatbestandsverwirklichung Täter; seine Befehlsgeber können kraft Mitbeherrschung durch ihre psychische Übermacht (allenfalls) mittelbare Täter sein.

21 5. Indes bleibt zu beachten, daß eine Abgrenzung nach Tatherrschaftskriterien nicht in allen Fällen der Tatbeteiligung Mehrerer so einfach ist: Wie etwa bei mittelbarer Täterschaft? Bei Unterlassungsdelikten? Um derartigen Besonderheiten besser beikommen zu können, hatte sich eine Fortentwicklung der Tatherrschaftslehre als notwendig erwiesen. Dazu hat vor allem die weitere **Differenzierung der Tatherrschaftstypen** durch *Roxin* wesentliches beigetragen:

22 a) Danach ist Grundform der Tatherrschaft die sog. *„Handlungsherrschaft"*. Demgemäß ist Täter, wer aufgrund eigener vollverantwortlicher Tatbestandsverwirklichung die Ausführung der Tat in der Hand hat. – Wichtigster Anwendungsfall: *unmittelbare* Täterschaft bei *Begehungs*delikten.

23 b) Sog. *„Willensherrschaft"* hat, wer aus einer überlegenen Willenssituation heraus den unmittelbar Handelnden steuert und beherrscht. – Hauptfall: die *mittelbare* Täterschaft (vorliegend die Befehlsgeber).

24 c) Sog. *„Funktionelle Tatherrschaft"* besitzt, wer aufgrund gemeinsamen Tatentschlusses in gegenseitig abhängiger Arbeitsteilung die Tat mit ausführt. – Hauptfall: die *Mit*täterschaft.

25 d) Bei den sog. *Pflichtdelikten* schließlich, zu denen neben den *eigenhändigen* namentlich die *Unterlassungs*delikte zählen, ergibt sich die Täterschaft im Regelfall schon aus der Pflichtverletzung: also gleichsam „Täterschaft aus Pflichtenstellung". Vgl. aber dazu auch *Ausschank-Fall* Nr. 27 A 16ff. Näher zum Ganzen *Roxin*, Täterschaft insbes. S. 126ff.

26 **IV. Verzicht auf einheitliches Abgrenzungskriterium?**

Trotz aller Verfeinerungen bleibt freilich einzuräumen, daß keine der vorerörterten Abgrenzungstheorien „ohne Rest aufgeht", da es – wie letztlich auch *Roxin* einräumt (LK § 25 Rdnr. 28) – an einem stringent durchführbaren Universalprinzip fehlt (vgl. *Cramer* Bockelmann-FS S. 394ff.). Im Unterschied zu bestimmten Einzelkriterien versucht daher etwa *Schmidhäuser* (14/156f.) durch eine **„ganzheitliche Betrachtung"** dem Problem Herr zu werden: Da es sich bei Täterschaft und Teilnahme nicht um Definitionsbegriffe, sondern um empirische, nur phänomenologisch zu erhellende Begriffe handele, seien sie „nur in der anschaulichen Ganzheit objektiver und subjektiver Momente des dem Unrechtstatbestand entsprechenden Tatgeschehens" zu unterscheiden. Angesichts ihres wechselseitigen Zusammenhangs untereinander und zum Ganzen könne ein einzelnes Moment nie für sich allein, sondern jeweils nur innerhalb des ganzheitlichen Zusammenhangs den Ausschlag für Täterschaft oder Teilnahme geben. Ähnlich – wenn auch stärker tatbestandsbezogen – sollen nach *Cramer* je „nach der Art des durch den Tatbestand verkörperten Delikts **unterschiedliche normative Kriterien**" für die Abgrenzung entscheidend sein, wobei teils mehr auf *objektive* Faktoren (wie Tatherrschaft bei mittelbarer Täterschaft) oder mehr *subjektive* Elemente (innere Haltung bei Mittäterschaft) abzuheben sei (Bockelmann-FS S. 397ff., *S/S* 65ff. vor § 25).

– Indes: Obgleich damit ein langer Dogmenstreit „entkrampft" werden könnte, würde mit einer solchen Konzeption tatsächlich auch der Praxis ihr „Abgrenzungsgeschäft" erleichtert? Trotz des theoretisch beachtenswerten Ansatzes gibt diese Gesamtbetrachtung doch wohl zu wenig „griffige" Kriterien, um praktikabel zu sein. Daher erscheint nach dem derzeitigen Diskussionsstand jedenfalls als grundsätzliches Regulativ die von *Roxin* verfeinerte **Tatherrschaftslehre vorzugswürdig.**

V. Formen der Tatbeteiligung: Überblick.

27 Während es vorangehend lediglich um die *Grobabgrenzung* von Täterschaft und Teilnahme ging, sind in den nachfolgenden Fällen die verschiedenen *Formen* der Tatbeteiligung im einzelnen zu behandeln.

28 1. Dabei bedarf die **Alleintäterschaft** keiner näheren Erläuterung; denn wer die tatbestandliche Handlung selbst vollständig und ohne Beteiligung eines anderen erfüllt, ist ohne weiteres Täter (§ 25 I 1. Alt.; vgl. *Herzberg* JuS 1974, 237ff.).

29 – Das gilt auch für die sog. **Nebentäterschaft,** bei der ein tatbestandlicher Erfolg zwar durch mehrere Personen herbeigeführt wird, diese jedoch unabhängig voneinander handeln: So z. B., wenn ein brennendes Haus von mehreren ohne bewußtes Zusammenwirken ausgeplündert wird. In solchen Fällen ist *jeder wie ein Alleintäter* zu behan-

A deln. Das ist insbes. auch bei fahrlässiger Herbeiführung eines Erfolges durch mehrere Personen typisch. Näher zu der – genau besehen überflüssigen Figur der – Nebentäterschaft *Fincke* GA 1975, 161ff.

30 2. Für alle übrigen Beteiligungsformen ist charakteristisch, daß der tatbestandliche Erfolg durch **mehrere natürliche Personen** herbeigeführt wird und dabei – anders als bei bloßer Nebentäterschaft (A 29) – ein gewisses Maß von **Zusammenwirken** vorhanden ist. Je nach dessen Art und Intensität sind dabei folgende Formen der Beteiligung denkbar:

31 a) Für die sog. **mittelbare Täterschaft** ist erforderlich, daß der Täter die Tat „durch einen anderen" begeht (§ 25 I 2. Alt.). In diesem Fall ist in der Regel nur der *Hintermann,* der sich eines unmittelbar handelnden *Vordermannes* als tatausführenden „Werkzeugs" bedient, als *Täter* zu betrachten, während das „Werkzeug" je nach Gut- oder Bösgläubigkeit straflos bleibt oder bloßer Gehilfe ist, aber ausnahmsweise auch Täter sein kann. Näher zu den Voraussetzungen und Erscheinungsformen mittelbarer Täterschaft der *Denunziantin-Fall* Nr. 38.

32 b) Wirken mehrere Beteiligte gemeinschaftlich zusammen, so kann dies sowohl **Mittäterschaft** (§ 25 II) als auch **Beihilfe** (§ 27) sein. Die *Abgrenzung* richtet sich dann nach den bei A 1ff. erörterten Kriterien. Im übrigen vgl. zu Einzelfragen bei Mittäterschaft den *Komplizen-* und den *Verkausbuden-Fall* (Nrn. 39, 40), zur Beihilfe den *Lohnabtreiberin-* und *Patronen-Fall* (Nrn. 45, 46).

33 c) Beschränkt sich die Tatbeteiligung auf das *Bestimmen* eines anderen zu dessen vorsätzlicher Tat, so kommt in der Regel **Anstiftung** in Betracht (§ 26). Doch je nach dem Grad der Steuerung des unmittelbar Handelnden durch den Hintermann kann auch mittelbare Täterschaft (A 31) gegeben sein. Auch für die dann erforderliche *Abgrenzung* kommt es maßgeblich auf die bei A 1ff. erörterten Kriterien an. Im übrigen vgl. zur Anstiftung den *Stuhlbein-* und den *Paßbeschaffungs-Fall* (Nrn. 43, 44).

34 d) Da die Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe) ihrem Wesen nach zu einer bestimmten „Haupttat" geleistet wird, stellt sich die Frage nach Art und Grad der gegenseitigen Abhängigkeit. Die mit dieser sog. **„Akzessorietät"** der Teilnahme zusammenhängenden Fragen werden im *Pantopon-* und im *Rassenhaß-Fall* (Nrn. 41, 42) erörtert.

35 3. Da für die vorgenannten Beteiligungsformen erforderlich ist, daß es zumindest zu einer strafbedrohten Versuchshandlung kommt, bleiben gemeinschaftliche Tatplanungen, Verabredungen oder Anstiftungen, die das Versuchsstadium nicht erreichen, grundsätzlich straflos. Diese Strafbarkeitslücke glaubte der Gesetzgeber jedoch zumindest bei bestimmten **Vorstufen der Beteiligung an Verbrechen** schließen zu müssen (§ 30). Mit diesen Fragen befassen sich der *Wachtmeister-* und *der Meuterei-Fall* (Nrn. 47, 48).

36 4. Im übrigen bleibt zum **Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme** zu bemerken, daß letztere nicht eine bloße Minderform der Täterschaft, sondern ein *aliud* darstellt. So treffend BGHSt 23, 203/6 im *Aufpasser-Fall:*

„Die Mittäterschaft ist nicht eine bloße Steigerung der Beihilfe, sondern zwischen den beiden Begehungsformen besteht ein wesensmäßiger Unterschied, der in der psychologischen Andersartigkeit der Tatbeziehung zum Ausdruck kommt. In dem Willen des Täters, die Tat als eigene zu begehen, kann nicht zugleich der Wille liegen, Hilfe zu einer fremden Tat zu leisten; die Annahme von (Mit-)Täterschaft und Beihilfe schließen sich daher gegenseitig aus".

37 Obgleich diese Feststellung auf dem Boden der Animus-Theorie getroffen wurde, trifft sie doch auch nach Tatherrschaftskriterien zu. Ihre praktische Bedeutung zeigt sich vor allem bei *Konkurrenz* zwischen Täterschaft und Teilnahme, wo konsequenterweise nicht (logische) Spezialität der Täterschaft, sondern lediglich (wertmäßige) Subsidiarität der Teilnahme anzunehmen ist (vgl. unter Nr. 49 A 46ff.). Dementsprechend ist grundsätzlich auch *Wahlfeststellung* zwischen Mittäterschaft oder Beihilfe bzw. mittelbarer Täterschaft oder Anstiftung ausgeschlossen (vgl. *S/S-Eser* § 1 Rdnr. 98).

38 **Schrifttum:** Allgemein zu den **Grundlagen** und der **Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme** vgl. *Baumann* §§ 35, 36; *Blei* I §§ 70, 71, 73; *Bockelmann* I §§ 21, 22; *D-Tröndle* 1–9 vor sowie 1–6 zu § 25; *Jescheck* § 61; *Lackner* Vorbem. vor § 25; *M-Gössel* I/2 § 47; H. *Mayer* §§ 37, 39 III; *Otto* I § 21; *Roxin* LK 1–15 vor sowie 1–37 zu § 25; *Samson* SK § 25 Rdnr. 1ff.; *Schmidhäuser* 14/3ff., 152ff.; *S/S-Cramer* 1–96 vor § 25; *Stratenwerth* § 12; *Welzel* §§ 15, 16, § 15 IV 2; *Wessels* I § 13 I, II.

Vgl. zu Einzelfragen ferner: *Baumann,* Täterschaft und Teilnahme, JuS 1963, 51ff., 85ff., 125ff.; *Ders.,* Die Tatherrschaft in der Rspr. des BGH, NJW 1962, 374; *Bockelmann,*

Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949; *Cramer,* Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, Bockelmann-FS S. 389; *Fincke,* Der Täter neben dem Täter, GA 1975, 161; *Gallas,* Täterschaft und Teilnahme, Mat. I, 1954, 121; *Herzberg* Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme, JuS 1974, 237, 374, 574, 719; 1975, 35, 171, 575, 792; 1976, 40 (in überarbeiteter Form veröffentlicht unter „Täterschaft und Teilnahme", 1977); *Kienapfel,* Das Prinzip der Einheitstäterschaft, JuS 1974, 1; *Korn,* Täterschaft und Teilnahme bei staatlich organisierten Verbrechen, NJW 1965, 1206; *Maiwald,* Aspekte der Einheitstäterlösung, Bockelmann-FS S. 343; *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft, 3. Aufl. 1975; *Ders.,* Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapperate, GA 1963, 193; *Ders.,* Einführung S. 27ff. = JuS 1973, 334; *Rudolphi,* Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, Bockelmann-FS S. 369; *Spendel,* Zur Kritik der subjektiven Versuchs- und Teilnahmetheorie, JuS 1969, 314.

Speziell zum *Staschynskij-Fall: Baumann,* Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung, NJW 1963, 561; *Sax,* Der BGH und die Täterlehre, JZ 1963, 329

Mittelbare Täterschaft – Rechtmäßig handelndes Werkzeug

BGHSt 3, 4: (Traunsteiner) Denunziantin-Fall

1 StR 837/51 v. 10. 6. 1952 = NJW 1952, 984

SV **Sachverhalt:** Die A schrieb im Jahre 1943 an die Luftwaffeneinheit ihres Schwiegersohnes S, daß er Sabotage treibe, Handgriffe an Flugzeugen vornehme, um sie zum Absturz zu bringen, und daß er daher an die Wand gestellt gehöre. S wurde daraufhin von der geheimen Feldpolizei für 15–20 Tage in Haft genommen. Vom Kriegsgericht wurde er dann freigesprochen. Die A wußte, daß ihre Anzeige wahrscheinlich unbegründet war. Sie wollte dadurch dem S Ungelegenheiten bereiten und rechnete damit, daß er ohne Grund in längere Haft genommen werden würde, was ihr durchaus recht war.

P **Zur Problemstellung:** Vom SchwurG wurde die A wegen schwerer Freiheitsberaubung (§ 239 II) verurteilt. Geschah dies zu Recht, nachdem sie selbst die Verhaftung nicht vorgenommen hatte?

– Welche Bedeutung ist dem Umstand beizumessen, daß die geheime Feldpolizei aufgrund der Anzeige zur Verhaftung des S berechtigt war?

Der BGH hat die Verurteilung aufrechterhalten und dazu ausgeführt:

E 1 **Aus den Gründen:** **[5]** „1. Die A hat verursacht, daß S auf mehr als eine Woche eingesperrt wurde. Damit hat sie die äußeren Merkmale einer schweren Freiheitsberaubung nach § 239 II 1. Fall verwirklicht. Unerheblich ist es, daß sie die Einsperrung nicht eigenhändig vorgenommen hat. Wer den Erfolg des gesetzlichen Straftatbestandes verursacht,
2 ist Täter, soweit nicht besondere Vorschriften oder die besondere Eigenart des Tatbestandes entgegenstehen. Das gilt auch, wenn er den Erfolg durch das Handeln eines anderen herbeiführt, es sei denn, daß die Merkmale der Anstiftung oder der Beihilfe gegeben wären. Diese Möglichkeiten scheiden hier aus. Deshalb ist die A mittelbar Täterin der Freiheitsberaubung.

3 2. Sie hat auch vorsätzlich gehandelt. Sie hat die Einsperrung des S auf über eine Woche mit Wissen und Willen herbeigeführt. Denn sie hat damit gerechnet, daß ihr Brief diesen Erfolg haben werde, und ihn für den Fall seines Eintritts gebilligt.

4 3. Die A hat rechtswidrig gehandelt. Zwar waren, wie das SchwG unterstellt, die Geheime Feldpolizei, die den S festgenommen, und das Kriegsgericht, das gegen ihn die Haft angeordnet hat, zu diesen Maßnahmen berechtigt. Dadurch allein wird aber das Handeln der A nicht rechtmäßig. Was der mittelbare Täter tut, kann auch dann rechtswidrig sein, wenn der unmittelbar **[6]** Handelnde (der Tatmittler, das sog. Werkzeug) rechtmäßig handelt. Das steht in der Rspr fest und wird auch von der Rechtslehre überwiegend angenommen (E. *Schmidt,* Frank-Festg. II, 106, 123f.; *Welzel,* SJZ 47, 645, 648). Veranlaßt etwa jemand, daß ein anderer, der dadurch berechtigte Interessen wahrnimmt, also gerechtfertigt ist (§ 193), einen Dritten beleidigt, so ist der Veranlasser, falls ihm für seine Person kein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht, wegen Beleidigung in mittelbarer Täterschaft strafbar (RGSt 64, 23; vgl. auch RGSt 41, 61). Wer durch Täuschung des Richters ein unrichtiges Urteil gegen seinen Prozeßgegner herbeiführt und diesen so am Vermögen schädigt, um sich zu bereichern, ist wegen Betruges strafbar (RGSt 72, 150). Wer arglistig einen anderen in eine Notwehrlage versetzt, damit er einen Dritten verletze, ist mittelbarer Täter der Körperverletzung. Wer schließlich durch Täuschung eines Beamten oder einer Behörde die Festnahme eines Dritten veranlaßt, beraubt diesen der Frei-
5 heit (RGSt 13, 426). Dieser letzte Fall ist hier gegeben. Die Erklärung dafür, daß das rechtmäßige Handeln der Geheimen Feldpolizei und des Kriegsgerichts zu einem unrechten Erfolg geführt hat, braucht nicht darin gesucht zu werden, daß die Verhaftung eines
6 Schuldlosen nur der Form, nicht aber der Sache nach rechtmäßig sei. Vielmehr ist das, was geschehen ist, als Ganzes ins Auge zu fassen, der Erfolg der Freiheitsentziehung zu dem Handeln der A in Beziehung zu setzen, also zu ihrer Anzeige. Durch diese hat sie die Tätigkeit der rechtmäßig handelnden Wehrmachtsdienststellen in Bewegung gesetzt und so die Ursache geschaffen für den von ihr gewollten Erfolg, nämlich die Einsperrung des S. Diesen Erfolg herbeizuführen, hatte sie kein Recht. Deshalb ist ihr Tun rechtswidrig. Daß sie zur Erreichung des rechtswidrigen Zweckes das Mittel wählte, die Wehrmachtsdienststellen irrezuführen, und deren gutgläubiges und deshalb rechtmäßiges Verhalten ausnützte, kann sie nicht rechtfertigen.

7 **[7]** 4. Schließlich hat die A auch schuldhaft ... mit Wissen und Willen Unrecht getan (BGHSt 2, 194). Ob entsprechend der bisherigen Rechtsanschauung die im § 239 erwähnte Widerrechtlichkeit – anders als die im § 240 erwähnte Rechtswidrigkeit – ein Tatbestandsmerkmal ist und deshalb nach § 59 [a. F.; § 16] vom Vorsatz umfaßt werden muß (RGSt 41, 82; vgl. auch BGHSt 1, 391/402), bedarf hier keiner Entscheidung; denn i. S. dieser Rechtsanschauung hat die A mit Vorsatz widerrechtlich gehandelt".

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Im Mittelpunkt dieser Entscheidung steht die Problematik der **mittelbaren Täterschaft.** Nach Herausarbeitung ihrer *Grundstruktur* (I) sind einige ihrer typischen *Erscheinungsformen* aufzuzeigen (II), um schließlich noch auf einige *Sonderfragen* hinzuweisen (III–V).

I. Grundstruktur der mittelbaren Täterschaft.

1 Ursprünglich war die „mittelbare Täterschaft" nur Lückenbüßer für die Fälle, in denen eine Bestrafung wegen Teilnahme an der strengen Akzessorietät scheiterte (insbesondere bei Anstiftung zu schuldloser Tat; vgl. *Pantopon-Fall* Nr. 41 A 3 ff.). Heute ist sie als Rechtsfigur strafbarer Täterschaft auch gesetzlich anerkannt.

2 Mittelbarer Täter ist, „wer die Straftat ... durch einen anderen begeht" (§ 25 I 2. Alt.): Das ist, wer den Straftatbestand in der Weise verwirklicht, daß er sich zur Ausführung der tatbestandsmäßigen Handlung eines anderen als „Werkzeug" bedient.

3 Zur Grundstruktur der mittelbaren Täterschaft gehören also mindestens 2 Personen, wobei nur die eine unmittelbar handelt *(Tatmittler)*, während die andere die Tatausführung mittelbar steuert *(mittelbarer Täter)*. – Kennzeichnend für mittelbare Täterschaft sind somit folgende *Kriterien:*

4 **1. Das Zwischenschaltungs-Element:** die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges durch einen anderen handelnden *Menschen* (hier die Feldpolizeibeamten: E 1). Wird dagegen etwa ein *Tier* als Werkzeug eingesetzt, handelt es sich um unmittelbare Täterschaft. – Welche Merkmale das Werkzeug im einzelnen aufweisen muß, hängt maßgeblich von den Anforderungen an das weitere Kriterium ab, nämlich:

5 **2. Das Steuerungs-Element:** die Benutzung des unmittelbar Handelnden als Werkzeug. Über *Art* und *Intensität* dieser Steuerung werden im wesentlichen drei Meinungen – mit jeweils anderen Konsequenzen – vertreten:

6 a) Verlangt man eine **objektive Überlegenheit** des Hintermannes über den Vordermann (so die h. M.), kann mittelbarer Täter nur derjenige sein, der das Verhalten seines Werkzeuges tatsächlich beherrscht: sei es durch Täuschung (wie hier), Nötigung, Ausnützung einer organisatorischen Vormachtstellung oder durch sonstige Mittel. Entscheidend ist also die *subjektiv-bewußte Ausnutzung einer objektiv-gegebenen Tatherrschaft.* Demzufolge ist mittelbare Täterschaft insbesondere dort zu verneinen, wo das Werkzeug selbstverantwortlich im Sinne eines Freiseins von den vorgenannten Beherrschungsmöglichkeiten des Hintermannes handelt und dadurch das Tatgeschehen selbst mit in der Hand hat. Das führt konsequenterweise zur *Verneinung* des „Täters hinter dem Täter" (dazu A 25) und statt dessen zur Anstiftung des Vordermannes: so u. a. *D-Tröndle, Herzberg, Stratenwerth, Welzel, Wessels, Jescheck* § 61 V 3a m. w. N.).

7 b) Verzichtet man umgekehrt auf die Zielgerichtetheit der Steuerung durch den Hintermann, um dafür vornehmlich auf seine **Ingangsetzung fremden Handelns** abzustellen (objektive Zurechnungsgrundlage), so wird die rechtliche Qualität des Handelns des Vordermannes unerheblich und darüber hinaus sogar *fahrlässige* mittelbare Täterschaft denkbar: so *Schmidhäuser* 14/36, 39; über mittelbare Täterschaft bei fahrlässiger Tat vgl. auch *Roxin,* Täterschaft S. 538 ff.

8 c) Es bleibt ein dritter, primär auf den Täterwillen abstellender Weg, wonach es weniger auf die objektive Überlegenheit als vielmehr auf die **subjektive Steuerungsvorstellung** des Hintermannes ankommt:

9 – Handelt der Hintermann lediglich mit Anstifterwillen (so namentlich, wenn er den Vordermann für volldeliktisch hält), so wird er selbst dann nicht zum mittelbaren Täter, wenn der Vordermann aus irgendwelchen Gründen nicht täterschaftlich handelt.

10 – Glaubt der Hintermann dagegen, den Vordermann in der Hand zu haben, so bleibt er mittelbarer Täter selbst dann, wenn der Vordermann selbst vollverantwortlich und damit objektiv „selbstherrlich" handelt: Figur des (mittelbaren) *„Täters hinter dem Täter"* (vgl. A 25).

11 Auch nach dieser Auffassung kommt es also für mittelbare Täterschaft weder auf den (selbständig zu beurteilenden) Beteiligungsstatus des Vordermannes noch auf die rechtliche Qualität seines Handelns an; entscheidend ist vielmehr primär (zu Recht) der subjektive Steuerungswille des Hintermannes.

12 – Aber: Kann man nicht auch vom Standpunkt der *objektiven* Theorie (A 6) zu ähnlichen Ergebnissen gelangen, wenn man den Irrtum über die Tatherrschaft als einen dem Irrtum über den Kausalverlauf entsprechenden Fall ansieht? Dann stellt sich für die objektive Theorie lediglich die Frage, ob die Fehlvorstellung des Hintermannes beachtlich ist. In aller Regel wäre dies zu verneinen.

A 13 **3. Der Hintermann als Bezugsperson:** Da es um täterschaftliche Haftung des *Hintermannes* geht, sind folgerichtig alle strafbegründenden Elemente auf seine Person und nicht auf die des Vordermannes zu beziehen (*Samson* SK § 25 Rdnr. 21 m. w. N.). Das gewinnt vor allem (wie hier) bei rechtmäßigem oder schuldlosem Verhalten des Vordermannes an Bedeutung; vgl. A 19f.

14 **II. Typische Fälle mittelbarer Täterschaft.**
Da es – abgesehen von dem strittigen Fall des vollverantwortlichen Vordermannes (A 6 bzw. A 10, 25) – auf die rechtliche Qualität des Werkzeugs und seines Handelns nicht ankommt, vermag an sich jede bewußte Zwischenschaltung eines anderen mittelbare Täterschaft zu begründen. Trotzdem haben sich gewisse Fallgruppen herausgebildet, die richtigerweise an der Art der Steuerung durch den Hintermann ausgerichtet sein müßten (so die Typik bei *Schmidhäuser* 14/40–50; vgl. auch *Herzberg*, Täterschaft S. 8ff.), im allgemeinen jedoch anhand bestimmter *Mängel des Werkzeugs* typisiert werden. Beispiele:

15 1. Beim **tatbestandlos handelnden Werkzeug** kommt mittelbare Täterschaft etwa dadurch zustande, daß das Werkzeug zu einer Selbstschädigung und damit zu einer ihm selbst gegenüber nicht tatbestandlichen Handlung gezwungen wird: so im *Darm-Fall* RGSt 26, 242, wo der Lehrherr dadurch Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft beging, daß er den Lehrling nötigte, ein ungereinigtes Stück Darm zu essen.

16 – Hierher gehört auch das *absichtslos* handelnde Werkzeug, wie z. B. im *Bahnschwellen-Fall* **RGSt 47, 147,** wo es der A durch Änderung von Frachtunterlagen erreichte, Bahnschwellen des Eisenbahnfiskus an gutgläubige Dritte zu verkaufen und von diesen vom Gelände wegfahren zu lassen. Das RG stellt dazu fest: **[148]** „Die Schwellen befanden sich, obwohl sie auf ein entferntes Gleis gebracht worden waren, bis zur Abladung durch die Käufer im Gewahrsam des Eisenbahnfiskus. Erst durch das Abladen bzw. Abfahren wurden sie dessen tatsächlicher Verfügungsgewalt entrückt, ihm i. S. des § 242 weggenommen. Die körperliche Betätigung dieser Wegnahme erfolgte durch die Käufer. Das Urteil ergibt aber, daß sie dabei als gutgläubige Werkzeuge des A handelten, dergestalt, daß die Wegnahme dem A als dem mittelbaren Täter rechtlich so zuzurechnen ist, als wenn er sie durch **[149]** eigene körperliche Betätigung bewerkstelligt hätte ... Zum Tatbestand des Diebstahls gehört weiter, daß die Wegnahme der fremden Sache in der Absicht rechtswidriger Zueignung erfolgt ... Die Annahme des Gerichts, daß der A eine so gestaltete Absicht gehabt und erkennbar betätigt habe, indem er die Schwellen verkaufte, die Käufer anwies, sie abzuholen und letzteres durch verschiedene Maßnahmen ermöglichte, läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Wenn er auch die Schwellen selbst den Käufern verschaffen wollte, so beabsichtigte er doch durch ihre kaufweise Überlassung, sich ihren wirtschaftlichen Wert zunutze zu machen. Das genügte zur Zueignung ..."

17 2. **Qualifikationslos aber dolos** war das Werkzeug im *Transportzettel-Fall* **RGSt 28, 109,** wo der angekl. Bürgermeister B seinen Privatsekretär S angewiesen hatte, in einem amtlichen Gefangenentransportzettel seinen eigenen anstatt den Namen des Bürgermeisters B einzusetzen. Hier wurde S der Beihilfe, B der täterschaftlichen Falschbeurkundung im Amt (§ 348 a. F.) für schuldig befunden. Gegen die Meinung des B, daß er allenfalls wegen Anstiftung hätte verurteilt werden dürfen, führt das RG aus:

[110] „Die Anwendung des Begriffes der *Anstiftung* ist nach dem vorliegenden Sachverhalte ausgeschlossen, weil S, der festgestelltermaßen nur *Privat*bureaugehilfe des B, also nicht Beamter war, das Vergehen des § 348 II selbst überhaupt nicht begehen konnte. Vermochte aber die fragliche Handlung des S in seiner eigenen Person die Täterschaft des bezeichneten Deliktes nicht zu begründen, kann insbesondere bei ihm von dem zum Tatbestande des § 348 II erforderlichen *dolus* nicht die Rede sein, so ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn jene Handlung dem Angekl B, der die Veränderung des Transportzettels durch jenen mit dem zum Tatbestande des § 348 II erforderlichen *dolus* herbeigeführt hat, als eigene Tat zugerechnet und demgemäß mittelbare Täterschaft desselben angenommen ist (Nachw.). Ohne entscheidende Bedeutung ist es dabei, daß S nach den Feststellungen der Vorinstanz mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des durch seine Tätigkeit bewirkten Erfolges und insofern nicht als bloßes Werkzeug in der Hand des B gehandelt hat. Jene Feststellungen rechtfertigen aber andererseits die Annahme einer strafbaren Beihilfe des S zu der unter Benutzung seiner Mitwirkung von B begangenen amtlichen Urkundenfälschung ..." Vgl. aber dazu auch *Spendel* Lange-FS S. 152ff.

18 – Auch das **absichtslos dolose Werkzeug** gehört hierher. In dem dazu häufig angeführten *Gummiball-Fall* (oben Nr. 35) hätte jedoch mittelbare Täterschaft verneint werden müssen, da der Hintermann P um das vollverantwortliche Handeln des Vordermannes wußte, ihm also der typische Steuerungswille des mittelbaren Täters fehlte. Daß W mangels eigener Zueignungsabsicht nicht wegen täterschaftlichen Diebstahls, sondern

A nur wegen Beihilfe dazu bestraft werden konnte, liegt allein an der verunglückten Tatbestandsfassung des § 242. Daß dem auf Seiten des P nur *mittelbare* Täterschaft entsprechen könnte, überzeugt nicht; denn ebenso wie der Bandenchef selbst dann als Mittäter haftet, wenn er die Tat voll und ganz durch seine Gehilfen ausführen läßt, handelt es sich auch im *Gummiball-Fall* dem Beteiligungstyp nach um *Mittäterschaft,* wenn auch gleichsam um eine „hinkende", da W mangels eigener Zueignungsabsicht nicht Täter sein kann. Gegen Annahme mittelbarer Täterschaft in solchen Fällen auch *Schmidhäuser* 14/52, der stattdessen auf täterschaftliche Unterschlagung durch den Hintermann ausweicht, und *Roxin,* Täterschaft, S. 339ff., der unter Umdeutung des Sich-Zueignens den Vordermann als Täter, den Hintermann lediglich als Anstifter bestrafen will (ebenso *Spendel* Lange-FS S. 156ff.). Vgl. zum Ganzen auch *Samson* SK § 25 Rdnr. 34 m. w. N.

19 3. **Rechtswidrig aber schuldlos** handelnd (wegen Gutgläubigkeit) war das Werkzeug im (Hildesheimer) *Falschverdächtigungs-Fall* **BGHSt 1, 368,** wo der A durch die wahrheitswidrige Behauptung, der Gendarmeriemeister L habe mehrere Fremdarbeiter erschossen, dessen sofortige Erschießung durch eine amerikanische Heeresstreife erreichte. Der BGH hat hier allerdings zu Unrecht nur Anstiftung angenommen (vgl. *Roxin* Lange-FS S. 186f.).

20 4. Daß auch durch ein **rechtmäßig handelndes Werkzeug** mittelbare Täterschaft begangen werden kann, war lange umstritten, ist aber heute im Prinzip allgemein anerkannt (E 4). Wie der vorliegende Fall zeigt, wird dabei die bei A 13 genannte *Bezugsrichtung* relevant: Entscheidend ist, daß die Rechtswidrigkeit auf die Person des *mittelbaren* Täters hin zu begründen ist (E 6); damit waren die früheren Versuche, beim Tatmittler trotz eines formell-rechtmäßigen Verfahrens einen materiell-rechtswidrigen Erfolg zu konstruieren, zu Recht als unerheblich zu verwerfen (E 5).

21 Freilich sind damit nicht alle Schwierigkeiten aus dem Weg geräumt. Denn wie kann der gleiche Erfolg aus der Sicht des *Tatmittlers rechtmäßig,* aus der Sicht des mittelbaren *Täters* dagegen *rechtswidrig* sein? Widerspräche das nicht der Aussage des BGH im (Würzburger) *Denunziantin-Fall* **BGHSt 3, 110**? Dort wurde zu der Frage, ob trotz rechtmäßigen Todesurteils über den (mit wahren Angaben) denunzierten Ehemann die Denunziantin rechtswidrig gehandelt habe, festgestellt:

„Die Frage der Rechtmäßigkeit der durch ein Gerichtsurteil ausgesprochenen Unrechtsfolgen kann für alle Beteiligten nur gleichmäßig und einheitlich beantwortet werden. Sie kann für den verurteilenden Richter oder den die Anklage vertretenden StA nicht anders entschieden werden, als für den ermittelnden Polizeibeamten oder den die amtliche Tätigkeit dieser Personen veranlassenden Anzeigeerstatter, wenn sie alle zur Verwirklichung eines begründeten staatlichen Strafanspruchs in einer vom Gesetz vorausgesetzten und gewollten, regelmäßig sogar notwendigen Weise zusammengewirkt haben" (S. 114/5).

22 Bei der Lösung des vorgenannten Widerspruchs, der gerade in Verdächtigungsfällen immer wieder aufzutreten scheint, sind 2 *Fallgruppen* zu unterscheiden:

a) Fälle der Denunziation aufgrund **wahrer Angaben.** Diese Gruppe wird von vornherein auszuscheiden sein, da es sich hier gar nicht um den Fall einer mittelbaren Täterschaft handelt, und zwar deshalb nicht, weil der Denunziant die Verfolgung allenfalls auslösen, *nicht* aber in seinem Sinne *steuern* kann (vgl. *Lange* LK[9] § 212 Rdnr. 3).

23 b) Bei **falschverdächtigender** Denunziation hingegen hat der Denunziant die Behörde aufgrund seiner irreführenden Angaben in der Hand: Diese handelt nicht rechtswidrig, weil sie bereits aufgrund einer bestimmten Beweislage verhaften oder verurteilen darf. Dem „besserwissenden" Falschverdächtiger hingegen fehlt es nicht nur am Willen zum Rechthandeln; vielmehr wird aus seiner Sicht auch ein Erfolg herbeigeführt, dem die materielle Rechtfertigung fehlt. Vgl. dazu auch *M-Gössel* I/2 § 48 II B m. w. N.

24 – Damit tritt ein Gesichtspunkt zutage, der bereits bei der Rechtfertigungsfrage der Verletzung Dritter bei Notwehr (vgl. StrafR I Nr. 18 A 5) angesprochen wurde. Entgegen den Ausführungen des BGH ist die *Unrechtsbewertung teilbar.* Das Rechtswidrigkeitsurteil ist insofern relativ, als es nur jeweils für eine konkrete Tat-Täterbeziehung Gültigkeit beanspruchen kann. Die Richtigkeit dieser Hypothese wird spätestens durch die Anerkennung subjektiver Rechtfertigungselemente bestätigt.

25 5. Schließlich ist auch bei einem **vollverantwortlich handelnden Werkzeug** mittelbare Täterschaft denkbar: sog. *„Täter hinter dem Täter"* (Begriff erstmals in *Kohlrausch-Lange*[19] I B 1 vor § 47; i. Grds. u. a. anerkannt von *Baumann* § 36 I 4a, *Blei* I § 72 I 1c, *Roxin* LK § 25 Rdnr. 69, 74ff.; *S/S-Cramer* § 25 Rdnr. 21; grundlegend *Schroeder*

A 1965. Dagegen prinzipiell ablehnend *Spendel* Lange-FS S. 147, 163ff., ferner die oben A 6 Angeführten). Wichtige **Anwendungsfälle:** Ausnutzung eines vermeidbaren Verbotsirrtums des Vordermanns durch den Hintermann, Veranlassung des (insoweit arglosen) Vordermannes zu einer Tatausführung mit weit höherem Schaden (ein wertvoller „Kandisky" wird als „Geschmiere" eines Unbekannten hingestellt), Manipulierung mittels eines error in objecto (dem zur Tötung des X entschlossenen Vordermannes wird der Y vor die Flinte gesetzt): näher zu derartiger mittelbarer Täterschaft kraft „Irrtumsherrschaft" *Roxin* Lange-FS S. 177ff. Bedeutsam ist ferner „Organisationsherrschaft" bei Steuerung des Werkzeugs mittels eines organisatorischen Machtapparats (*Roxin* LK § 25 Rdnr. 88ff. m. w. N.): Allenfalls auf diesem Wege konnten etwa im *Staschynskij-Fall* die Befehlsgeber im Kreml als mittelbare Täter betrachtet werden (vgl. Nr. 37 E 1).

26 **III. Subjektive Tatseite:**

1. Der **Vorsatz** des mittelbaren Täters muß sich insbes. auch auf den wesentlichen Ablauf des vom Werkzeug bewirkten Geschehens erstrecken. Bei (bewußtem oder auch versehentlichem) *Exzeß* des Tatmittlers sind auf den mittelbaren Täter die Regeln über aberratio ictus anzuwenden. Im einzelnen ist jedoch hier – ähnlich wie auch bei Objektsverwechslung des Werkzeugs – noch manches streitig; vgl. *Jescheck* § 62 III, *Schmidhäuser* 14/54.

26a 2. Das **Unrechtbewußtsein** (hier unproblematisch: E 7) kann etwa bei Zweifeln über die Rechtmäßigkeit des Handelns des Werkzeugs fraglich werden; instruktiv dazu – wenn auch zu Unrecht mittelbare Täterschaft annehmend – BGHSt 3, 110/12ff. im (Würzburger) *Denunziantin-Fall.*

27 **IV. Ausschluß mittelbarer Täterschaft.**
Selbst soweit die genannten Voraussetzungen vorliegen, kann jedoch aus allgemeinen oder besonderen tatbestandlichen Gründen mittelbare Täterschaft ausgeschlossen sein. Das gilt namentlich für folgende Fälle:

1. Bei sog. **eigenhändigen Delikten,** da diese nur durch den unmittelbar Handelnden täterschaftlich begangen werden können: z. B. § 132 Alt. 1, § 154, § 173 (vgl. *Samson* SK § 25 Rdnr. 23ff.). Insoweit gilt gleiches wie bei Ausschluß des nicht selbst tatbestandlich handelnden Mittäters: vgl. *Pantopon-Fall* Nr. 41 E 14, ferner *Amtsanmaßungs-Fall* OGHSt 1, 303 bei Nr. 39 A 9 sowie *Haft* JA 1979, 651ff., *Herzberg,* Täterschaft S. 10ff. und *Schall* JuS 1979, 106ff.

28 – Entsprechendes gilt, wenn der Tatbestand eine **besondere Qualifikation** verlangt (Sonderdelikte, insbes. die echten Amtsdelikte), die dem steuernden Hintermann fehlt. Hier wird im Regelfall Anstiftung in Betracht kommen. Vgl. *S/S-Cramer* § 25 Rdnr. 44.

29 2. Auch bei **fahrlässigem** Handeln des Hintermannes ist mittelbare Täterschaft ausgeschlossen, da es hier an dem die Tat steuernden Willen fehlt. Allerdings können hier Strafbarkeitslücken schon deshalb nicht entstehen, weil der sorgfaltswidrig Handelnde ohnedies wegen fahrlässiger Täterschaft bestraft werden kann; vgl. näher *S/S-Cramer* § 25 Rdnr. 59ff., aber auch die bei A 7 Genannten.

30 3. Selbstverständlich scheidet auch bei **Fehlen allgemeiner Täterkriterien** (wie Täterwille bzw. Tatherrschaft) mittelbare Täterschaft aus: so etwa wenn der Hintermann den Vordermann für bösgläubig hält und deshalb nur mit Anstiftervorsatz die Tat veranlaßt. Darauf scheint auch der BGH bei E 2 anzuspielen.

V. Sonstige Fragen dieses Falles:

31 1. Zu **Kausalitätsfragen** bei Freiheitsberaubung durch mittelbare Täterschaft vgl. den *Schutzhaft-Fall* BGHSt 2, 20 in StrafR I Nr. 5 A 18.

32 2. Welche sonstigen Tatbestände neben § 239 könnte vorliegend die A noch verwirklicht haben? Üble Nachrede (**§ 186**) und zur Tatzeit auch noch falsche Anschuldigung, da damals auch Leichtfertigkeit hinsichtlich der behaupteten Tatsachen noch Strafe begründete (**§ 164** V a. F.): näher zu diesen Tatbeständen StrafR III Nr. 15 und 16. Einer Verurteilung danach stand hier jedoch die Verjährung (§ 78) entgegen.

33 **Schrifttum:** Zur **mittelbaren Täterschaft** vgl. etwa *Baumann* § 36 I 4; *Blei* I § 72; *Bockelmann* I § 22 II; *D-Tröndle* § 25 Rdnr. 3; *Jescheck* § 62; *Lackner* § 25 Anm. 1b; *M-Gössel* II/2 § 48; H. *Mayer* § 38 II; *Otto* I § 21 II; *Roxin* LK § 25 Rdnr. 44–106; *Samson* SK § 25 Rdnr.

20ff.; *Schmidhäuser* 14/11, 35ff., *S/S-Cramer* § 25 Rdnr. 6–60; *Stratenwerth* § 12 A II; *Wessels* I § 13 III 3, 4.

Vgl. weiter *Baumann,* Mittelbare Täterschaft oder Anstiftung bei Fehlvorstellungen über den Tatmittler?, JZ 1958, 230; *Herzberg,* Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverboten handelndem Werkzeug, 1967; *Ders.,* Eigenhändige Delikte, ZStW 82 (1970) 896; *Less,* Gibt es strafbare mittelbare Täterschaft, wenn der Tatmittler rechtmäßig handelt?, JZ 1951, 550; *Roxin,* Bemerkungen zum „Täter hinter dem Täter", Lange-FS S. 173; *Schall,* Auslegungsfragen des § 179 StGB und das Problem der eigenhändigen Delikte, JuS 1979, 104; *Schroeder,* Der Täter hinter dem Täter, 1965; *Spendel,* Der „Täter hinter dem Täter" – eine notwendige Rechtsfigur?, Lange-FS S. 147.

Mittäterschaft: Voraussetzungen – Grenzen

BGHSt 11, 268: Komplizen-Fall

4 StR 613/57 v. 23. 1. 1958 = NJW 1958, 836

SV **Sachverhalt:** P hat zusammen mit den bereits verurteilten M und T versucht, des Nachts aus einem Lebensmittelgeschäft zu stehlen. Jeder war dabei mit einer geladenen Pistole bewaffnet. Da sie jedoch bei ihrem Vorhaben entdeckt wurden, flüchteten sie auf die Straße. Als M hinter sich eine Person bemerkte, die er für einen Verfolger hielt, schoß er Er nahm dabei in Kauf, daß sein Schuß eine tödliche Wirkung haben könnte. Bei dem vermeintlichen Verfolger handelte es sich jedoch um den Komplizen P, der am rechten Oberarm getroffen wurde. Das Diebestrio hatte auch auf anderen mitabgeurteilten Diebesfahrten wiederholt geladene Schußwaffen bei sich. Über deren Verwendung hatten sie besprochen, daß auch auf Menschen gefeuert werden sollte, wenn eine Festnahme zu befürchten sei. Dieser Abrede gemäß hatte M auch auf P geschossen, um ihn als vermeintlichen Verfolger auszuschalten.

P **Zur Problemstellung:** Sowohl M als auch P wurden wegen des Schusses auf P eines *mittäterschaftlichen* Mordversuches (§§ 211, 22, 25) für schuldig befunden. Wie läßt sich dieses Urteil gegenüber P, der ja selbst das Opfer dieses Mordversuches wurde, begründen?

– Setzen die §§ 211 ff. nicht voraus, daß ein „anderer" getötet wird?

– Über welche Konstruktionsstufen konnte P trotzdem der Mitwirkung an einem versuchten Mord an sich selbst für schuldig befunden werden?

Der BGH fand folgenden Weg:

E 1 **Aus den Gründen: [269]** „Die Annahme der StrK, daß zunächst M des versuchten Mordes i. S. der §§ 211 II, schuldig ist, weil er versucht hat, einen Menschen zu töten, um eine andere Straftat, nämlich den eben versuchten Einbruchsdiebstahl, zu verdecken, ist rechtlich nicht zu beanstanden ...

2 **[270]** Aber auch die Mittäterschaft des P an diesem verbrecherischen Versuch ist einwandfrei festgestellt worden.

1. Ihrer Annahme steht nicht etwa entgegen, daß das deutsche Strafrecht nur die Vernichtung *fremden* menschlichen Lebens ahndet (BGHSt 6, 147/154), hier aber der Schuß Ms sich gegen P selber richtete. M hat den Entschluß, seinen vermeintlichen Verfolger zu töten, durch die Abgabe eines Schusses aus seiner Pistole betätigt.

3 Der Umstand, daß schon diese Tat des M nicht den in Rechnung gestellten und gebilligten Tötungserfolg hatte und so im Versuch stecken blieb, verdeckt den rechtlichen Gesichtspunkt des *untauglichen* Versuchs, der zusätzlich nur für die Beteiligung Ps wirksam wird. Wenn z. B. die Diebe vereinbart hätten, ihre Verfolger nicht zu töten, sondern etwa dadurch unschädlich zu machen, daß sie ihnen zum Zwecke der Blendung Gift oder andere Stoffe in die Augen spritzten, deren sachliche Eignung zur Zerstörung der Gesundheit des so Angegriffenen sie kannten, und wenn M auf Grund einer *solchen* Abrede P derart in der Meinung angegriffen hätte, er sei ein Verfolger, so würde sich Ps Tatbeitrag rechtlich als ein *versuchtes* Verbrechen nach § 229 darstellen, M dagegen hätte sich

4 eines *vollendeten* Verbrechens nach dieser Vorschrift schuldig gemacht. Denn er hätte vorsätzlich einem anderen die in § 229 bezeichneten Stoffe beigebracht; daß dieser andere ein Tatteilnehmer war, würde an der vollständigen Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch M nichts ändern. Insoweit läge nämlich bei M – ebenso wie im Falle der Mordabrede – eine sog Objektsverwechslung vor, die nur bei Ungleichwertigkeit der angegriffenen Rechtsgüter strafrechtlich von Bedeutung ist (vgl. *Maurach,* AT,

5 [1954], § 24 III 1). **[271]** Für P aber wäre die Tatsache, daß er selbst der Verletzte, also nicht „ein anderer" i. S. jener Vorschriften war, ein „Mangel am Tatbestand", der aber der Beurteilung der Tat als untauglicher Versuch nicht entgegenstehen würde, weil P durch seinen Tatbeitrag (die Verabredung der Tat und deren geistige Unterstützung durch seine Gegenwart) Ms Entschluß, einem – damals noch unbekannten – Menschen Gift beizubringen, und die Verwirklichung dieses Entschlusses mitverursacht und als Ergänzung seines eigenen gleichwertigen Tatanteils von vornherein gewollt haben würde. Dem könnte auch nicht entgegengehalten werden, daß Ps untauglicher Versuch kein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut gefährdet habe, weil das Gesetz die eigene Gesundheit des Täters gegen ihn selbst nicht schütze. Denn beim untauglichen Versuch kommt es nicht auf die Gefährdung eines bestimmten gegenwärtigen Rechtsguts an, weil schon die allgemeine Auflehnung gegen die rechtlich geschützte Ordnung gefährlich ist (vgl Jagusch LK[8] II 2 zu § 43 StGB; Maurach AT § 43 III B 3c, 4 und C, BGHSt 4, 199, 254; 10, 388/90).

E 6 Im vorl. Falle kann schon M nicht wegen vollendeten Mordes bestraft werden, weil der von ihm bedingt gewollte Erfolg, die Tötung eines Menschen, nicht eintrat. Zu diesem Anwendungsgrunde des § 43 [a. F.; § 22] tritt in der Person Ps der persönliche Umstand hinzu, daß er zugleich der Verletzte ist. Das bewirkt, daß sein Tatbeitrag unter einem zweiten rechtlichen Gesichtspunkt, nämlich dem des untauglichen Versuchs, nur nach § 43 [a. F.; § 22] strafbar ist.

7 2. Diesen gegen den vermeintlichen Verfolger gerichteten Mordversuch des M muß sich P als seine eigene Tat anrechnen und sich dafür als Mittäter bestrafen lassen. Eine solche Bestrafung setzt nicht voraus, daß er selbst ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal des versuchten Mordes verwirklicht hat; es genügt nach st. Rspr eine geistige Mitwirkung, auch eine Vorbereitungshandlung in der Weise, daß der Mittäter dem ausführenden Tatgenossen durch einen vor der Ausführung gegebenen Rat zur Seite steht oder in **8** irgendeinem Zeitpunkt in sonstiger Weise dessen Tötungswillen stärkt **[272]** (BGH NJW 51, 410); dabei muß er zur Zeit dieser geistigen Mitwirkung den ganzen Erfolg der Straftat als eigenen mitverursachen, d. h. im vorl. Falle die etwaige Erschießung eines Verfolgers durch seinen Tatbeitrag sich zu eigen machen wollen. Das hat das LG mit der Feststellung des ein für allemal verabredeten Waffengebrauchs zur Verhinderung drohender Festnahme und der auf dieser Abrede beruhenden Gefahrengemeinschaft aller drei Mittäter, die M gewissermaßen zum Schießen „verpflichtete", hinreichend begründet.

9 P war auch im fraglichen Zeitraum an der Tatherrschaft beteiligt. Er hätte bei der räumlichen Nähe seiner beiden Tatgenossen deren Tun jederzeit steuern und sie auffordern können, dieses Mal entgegen der Abrede nicht auf Verfolger zu schießen. Daß er dies bis zur Abgabe des Schusses nicht getan hat, begründet seine Mitverantwortung auch für den auf ihn abgegebenen Schuß (vgl. dazu Maurach AT S. 504). Dieser Schuß entsprach, da er einem vermeintlichen Verfolger galt, der Abrede aller Beteiligten, überschritt mithin auch nicht den Rahmen des vom Vorsatz des P Umfaßten und muß ihm daher voll zugerechnet werden (vgl. RGSt 54,177/9f.).

10 3. Entgegen der Meinung der Rev kommt es innerhalb dieses Rahmens nicht darauf an, ob P im Augenblick des Schusses mit diesem selbst einverstanden war Nachdem er durch seinen früheren Tatbeitrag mit Tätervorsatz den Stein ins Rollen gebracht hatte, hätte eine Sinnesänderung ihn nur nach den Grundsätzen des Rücktritts vom Versuch (§ 46 [a. F.; § 24]) straflos machen können. Dazu aber wäre Voraussetzung, daß er entweder auch seine Mittäter zur Aufgabe ihres Tötungsvorsatzes bestimmt oder aber sonst wie seinem eigenen Tatbeitrag die ursächliche Wirkung für das weitere strafbare Tun der anderen entzogen hätte (RGSt 54, 177; 59, 412; JW 34, 692; BGH NJW 51, 410). Daß dies hier nicht geschehen ist, der P vielmehr bis zum Schluß und zur Zeit der Abgabe des Schusses in ständigem Zusammenwirken mit den beiden an ihrer ursprünglichen Abrede festgehalten hat, ergeben die klaren Feststellungen des LG."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Trotz ihres befremdlichen Ergebnisses (Strafbarkeit wegen mittäterschaftlich versuchten „Selbst"-Mordes) hat diese Entscheidung nur vereinzelt Kritik *(Roxin, Schmidhäuser, Spendel)*, überwiegend aber Zustimmung gefunden (so u. a. bei *Blei, Jescheck, M-Gössel, Schröder, Welzel:* Nachw. bei *Schmidhäuser* 14/19 und *Spendel* JuS 1969, 314ff.). Zu Recht? Welche dogmatischen Figuren mußte der BGH miteinander verknüpfen, um zu seinem Ergebnis zu kommen? Trotz der immanenten Schlüssigkeit der einzelnen Argumentationsglieder: welche Einwände wären dagegen zu erheben? Um die allgemeinen Aussagen dieser Entscheidung einerseits und ihre fallbedingten Besonderheiten andererseits transparent zu machen, sind folgende Rechtsfiguren auseinanderzuhalten: die *Mittäterschafts*frage (I), die *Versuchs*problematik (II 1) und die *Irrtums*frage (II 2).

2 **I. Mittäterschaftliche Zurechnung (§ 25 II).**
Da P selbst keinerlei Tötungshandlung vorgenommen hat, kann er allenfalls haften aufgrund Zurechnung fremden Handelns, hier des Mordversuches des M (E 1). Die dazu angeführten Kriterien liegen – jedenfalls der Theorie nach – durchaus auf der subjektiven Abgrenzungslinie der st. Rspr (vgl. *Staschynskij-Fall* Nr. 37 A 5ff.). Folgt man der *materiell-objektiven* Abgrenzungstheorie (aaO A 15ff.), so sind für Mittäterschaft regelmäßig folgende Voraussetzungen zu prüfen:

3 **1. Zueigenmachen des fremden Tatbeitrags:** gleichsam i. S. eines „animus coauctoris". Dies wurde hier angenommen aufgrund des ein für allemal verabredeten Waffengebrauchs (E 8). – Freilich ist bereits hiergegen zu fragen: Lag denn tatsächlich auch das etwaige Schießen auf einen Komplizen noch im Rahmen der gemeinsamen Verabredung? Hat nicht *Roxin* damit recht, daß sich der gemeinsam gefaßte Vorsatz nicht „auf die abstrakte Mordqualität des Opfers", sondern „auf das konkret ins Auge gefaßte Handlungsobjekt Verfolger beziehen" muß (*Roxin*, Täterschaft, S. 287)? Daher wäre bereits ein gemeinsamer Tatentschluß abzulehnen (vgl. *Herzberg*, Täterschaft S. 63).

A 3a In der Tat scheint auch der BGH neuerdings strenger zu verfahren, wie sich beispielsweise im *Quelle-Fall* **BGHSt 24, 286** zeigt: Dort hatte eine Mutter mit zwei ihrer Töchter die Erfahrung gemacht, daß man in einem Kaufhaus bei größeren Einkäufen die Waren auch ohne sofortige Bezahlung in die Wohnung geliefert bekam. Darauf tätigten sie in einem Zeitraum von knapp fünf Monaten Käufe im Wert von zusammen 44000 DM, wobei sie teils einzeln, teils zu zweit oder gelegentlich auch zu dritt auftraten. Gegen die kurzschlüssige Annahme mittäterschaftlichen Betrugs in allen diesen Fällen wendet der BGH ein:

[288] „Die Anwendung des § 47 [a. F.; § 25 II] setzt voraus, daß mehrere Täter aufgrund eines gemeinschaftlich gefaßten Tatplanes in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken eine Straftat begehen, die sie in vollem Umfang als ihre eigene betrachten. Jeder der Mittäter muß dabei das Vorgehen des oder der anderen irgendwie fördern oder unterstützen und sich ihr Handeln einschließlich eines tatbestandsmäßigen Erfolges zu eigen machen wollen. Dabei genügt nicht, daß die Täter sich, sei es auch aufgrund gemeinsam gewonnener Erkenntnisse oder gemeinsam angestellter Überlegungen, dazu entschließen, eine günstige Situation zur Begehung gleichartiger Straftaten auszunutzen. Deshalb fehlt es selbst dann an einem mittäterschaftlichen Verhältnis, wenn die Täter einen Teil des Tatbestandes im gemeinsamen Zusammenwirken erfüllen, bei der weiteren Tatausführung aber völlig selbständig handeln (vgl. Busch LK, 9. Aufl. § 47 Rdnr. 24).

Diese Grundsätze hat die StrafK verkannt. Sie hat für ihre Auffassung, jeder der Angeklagten sei auch der Tatbeitrag der beiden anderen zuzurechnen, allein den von ihr festgestellten gemeinsamen Entschluß genügen lassen, den Irrtum der Kaufhausangestellten über ihre Zahlungsbereitschaft auszunutzen „und künftig, solange es gutgehe, begehrenswerte Sachen an sich zu bringen". Daß die Angeklagten auch die *Ausführung* ihres Entschlusses durch einander entsprechende, einem gemeinsamen Ziel dienende Tatbeiträge geplant hätten, hat sie nicht festgestellt". [Deshalb wurde die Verurteilung zwecks weiterer Feststellungen zur Gemeinschaftlichkeit der Tatausführung aufgehoben.]

4 2. Hinzukommen muß ein **eigener Tatbeitrag** des mittäterschaftlich Beteiligten, wobei allerdings strittig ist, wie und wann er zu leisten ist:

– Nach einer vordringenden Auffassung soll eine *Mitwirkung an der Ausführung* als solcher erforderlich sein *(Herzberg,* Täterschaft S. 65f., *Roxin* LK § 25 Rdnr. 127, *Samson* SK § 25 Rdnr. 47). Dies müßte jedoch zur Folge haben, daß der nicht am Tatort anwesende Bandenchef lediglich Anstifter wäre (so konsequenterweise *Rudolphi* Bockelmann-FS S. 372f.; vgl. aber dazu auch Nr. 37 A 2).

4a – Demgegenüber läßt die h. M. wohl zu Recht *jede Art von Tatbeitrag* genügen, sofern er eine nicht unwesentliche Funktion innerhalb des arbeitsteiligen Tatplanes darstellt, und zwar gleichgültig, ob er während der *Ausführungsphase* oder bereits im *Vorbereitungsstadium* geleistet wird (vgl. *Blei* I § 78 III, *S/S-Cramer* § 25 Rdnr. 66, *Stratenwerth* Rdnr. 825, *Wessels* I § 13 III 2): Das ist etwa auch bei einem Bandenchef zu bejahen, der lediglich an der Ausarbeitung des Tatplans und der Einweisung der Komplizen in ihre jeweiligen Rollen mitgewirkt hat und „nach getaner Arbeit" den Rapport erwartet (vgl. aber auch unten A 6 sowie zu *„sukzessiver Mittäterschaft"* den *Verkaufsbuden-Fall* Nr. 40).

5 Im Sinne der h. M. auch schon der *Bandendiebstahl-Fall* **RGSt 66, 236/240:** „Zur Annahme der Mittäterschaft ist erforderlich und ausreichend, daß jeder Beteiligte den ganzen Erfolg einer Straftat als eigenen verursachen will, aber auf Grund eines gemeinschaftlichen Entschlusses und mit vereinten Kräften, daß also jeder seine eigene Tätigkeit als mittelbarer Täter durch die Handlungen des oder der Genossen vervollständigen und auch diese sich zurechnen lassen will. Jeder Mittäter muß hiernach zwar – mit jener inneren Einstellung zur Tat – in irgendeiner Weise zur Ausführung mitwirken. Es reicht aber aus, daß er dies durch die unmittelbare Tätigkeit des oder der Genossen tut, während er seine persönliche Tätigkeit auf Handlungen beschränkt, die sich äußerlich als Vorbereitungs- oder Beihilfehandlungen darstellen; es ist nicht erforderlich, daß jeder Tatgenosse ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht (Nachw.). Wie in der neueren Rechtsprechung wiederholt anerkannt worden ist, genügt zur Annahme der Mittäterschaft – immer unter der Voraussetzung des Vorhandenseins der übrigen Merkmale – nicht nur eine körperliche („tätige"), sondern auch eine geistige („intellektuelle") Mitwirkung. Sie besteht darin, daß der eine Tatgenosse dem die Tatbestandsmerkmale verwirklichenden anderen Tatgenossen durch einen vor oder bei der Ausführung erteilten Rat zur Seite steht oder in irgendeinem Zeitpunkt in sonstiger Weise dessen Täterwillen stärkt (Nachw.); die bloße Beteiligung an der Verabredung, die nicht in irgendeiner Weise stärkend auf den Täterwillen der anderen Genossen wirkt, würde allerdings nicht ausreichen (RGSt 56, 329)".

5a – Vorliegend wurde dieser Tatbeitrag in der psychischen Stärkung der vorverabredeten Tötungsbereitschaft gesehen (E 7). – Aber Frage: Bleibt für diesen eigenen Tatbei-

A trag wirklich etwas übrig, wenn er (wie hier) praktisch schon in der *abstrakten* Vorverabredung über das Niederschießen etwaiger Verfolger liegen soll? Ist das nicht identisch mit dem (bei A 3 genannten) gemeinsamen Tatwillen? Dazu auch *Schmidhäuser* 14/19 sowie die grundsätzliche Kritik bei *Spendel,* JuS 1969, 315 an dieser rein subjektiven Verflüchtigung des Tatbeitrags.

6 3. Zudem ist eine **Mitbeherrschung des Tatgeschehens** i. S. einer „funktionellen Tatherrschaft" *(Roxin)* erforderlich (vgl. Nr. 37 A 24, *Samson* SK § 25 Rdnr. 43). Das kann schon dadurch der Fall sein, „daß die Herrschaft über den eigenen Tatanteil gleichzeitig die Mitherrschaft über die Gesamttat vermittelt, wenn dem eigenen Beitrag, wie es dem Grundgedanken der funktionellen Tatherrschaft entspricht, wesentliche Bedeutung für das Gelingen des Gesamtplans zukommt" (*Roxin* JA 1979, 522). Dafür ist arbeitsteilige Rollenverteilung mit gegenseitigem Aufeinanderangewiesensein charakteristisch. Doch kann darüber hinaus auch bei einem möglicherweise tatortfernen Bandenchef – insoweit entgegen *Roxin* – eine solche Mitbeherrschung vorliegen, wenn er aufgrund einer ausgeklügelten Regie oder sonst kraft psychischer Übermacht „seine Leute" in der Hand hat (i. gl. S. *Stratenwerth* Rdnr. 826).

– Auch der BGH hat vorliegend auf diese Mitbeherrschung des Tatgeschehens abgehoben (E 9). Ob er daraus freilich auch noch nach der einseitig subjektiven Abgrenzung im *Staschynskij-Fall* (Nr. 37) festhalten würde, erscheint jedenfalls fraglich; immerhin war aber selbst dort die Indizwirkung der Tatherrschaft als Täterschaftsmerkmal jedenfalls nicht gänzlich geleugnet worden. – Vorliegend wird die Tatherrschaft des P in der Möglichkeit der Verhinderung des Schusses gesehen (E 9).

– Indes: Ganz abgesehen davon, ob man *durch* bloßes *Unterlassen* fremdes Handeln überhaupt *mitbeherrschen* kann (dazu Nr. 27 A 18), ist es nicht „ein seltsamer Gedanke, daß jemand, ohne Selbstmörder zu sein, einen vorsätzlichen Mordversuch an sich selbst begangen und außerdem dieses ihm äußerst unliebsame ganz und gar ungewollte Geschehen auch noch mitbeherrscht haben soll" (*Roxin,* Täterschaft S. 287)?

7 4. Die **Tatausführung** des unmittelbar Handelnden (hier M) muß sich **im Rahmen des gemeinsamen Einverständnisses** halten (zu verneinen bei *„Exzeß"*: dazu RGSt 67, 367 bei Nr. 43 A 18); auch dies ist hier aufgrund der früheren Abrede bejaht (E 10).

– Aber: Auch in diesem Punkt stellt sich – und zwar noch schärfer als beim „Konsenskriterium" (A 3) – die Frage, ob M nicht doch über den stillschweigenden Rahmen der Verabredung hinausgegangen ist: wäre nicht jedenfalls dann Exzeß anzunehmen, wenn M *absichtlich* auf P geschossen hätte? Dann aber darf es „bei einer unabsichtlichen Verwechslung – einem fahrlässigen Exzeß – nicht anders sein" (*Roxin,* Täterschaft S. 287, JA 1979, 519 f.); vgl. auch *Spendel* JuS 1969, 318.

8 5. Schließlich kann Mittäterschaft von einer **besonderen Tätereigenschaft** abhängen, wie sie in bestimmten Tatbeständen für täterschaftliches Handeln überhaupt erforderlich ist. Dies ist beim „Jedermann"-Delikt der §§ 211 ff. nicht relevant, wohl aber bei *eigenhändigen* Delikten (wie §§ 132, 154, 173) sowie bei personqualifizierten *Sonderdelikten* (so namentlich bei den echten Amtsdelikten). Insoweit gelten hier die gleichen Einschränkungen wie bei mittelbarer Täterschaft (vgl. Nr. 38 A 27 f., aber auch den *Vergewaltigungs-Fall* BGHSt 27, 205 zu Mittäterschaft bei § 177.

9 Instruktiv zu dieser Problematik *Amtsanmaßungs-Fall* **OGHSt 1, 303,** wo sich der eine Diebstahlskomplize als Polizeimeister ausgegeben, das Haus durchsucht und dabei gestohlen hatte, während der andere vereinbarungsgemäß mit seinem Pkw vor dem Haus wartete, um die Beute in seine Wohnung zu fahren. Gegen die Verurteilung des letzteren wegen mittäterschaftlicher Verurteilung führt der OGH aus: **[304]** „Der Tatbestand des § 132 – erste Begehungsweise – verlangt keinen bestimmten Erfolg; sein Unrechtsgehalt erschöpft sich vielmehr in der Handlung selbst, die von anderen wahrgenommen wird. In dieser Weise handeln kann jeder nur selbst, als Person, nicht durch einen anderen. Deshalb ist die Begehungsweise der Amtsanmaßung ein „eigenhändiges" Delikt. Nun ist es vom Standpunkt der subjektiven, allein auf den Täterwillen abgestellten Teilnahmelehre aus zwar begrifflich möglich, die fremde Tat, wenn diese sich als eine auf einen bestimmten Erfolg gerichtete vorsätzliche Handlung darstellt, als eigene Tat zu wollen. Ein solcher Willenstäter handelt nicht selbst; nichts steht aber der Annahme entgegen, daß er das Tun des unmittelbaren Täters insgesamt uneingeschränkt billigt und sich selber zurechnet. Indessen widerspricht diese Vorstellung der natürlichen Betrachtung dann, wenn die Verwirklichung des Tatbestandes keinen bestimmten Erfolg verlangt, sondern sich auf bloßes körperliches Tun beschränkt. Bei einem eigenhändigen Delikt ist daher Mittäterschaft durch bloßen Täterwillen nicht möglich". Vgl. auch *Bahninspektor-Fall* BGHSt 14, 123 (zu § 332) sowie *Beischlaf-Fall* KG NJW 1977, 817 (zu § 179) m. zutr. Kritik von *Schall* JuS 1979, 106 ff.

A **II. Sonstige Probleme diesen Falles.**

10 1. **Versuchs**-Problematik: Unterstellt, daß mit dem BGH das Handeln des M dem P als Mittäter zuzurechnen ist, warum ist dann P allenfalls wegen Versuchs strafbar? Dies aus zwei Gründen:

11 – Einmal aus dem *faktischen* Grund, daß der Schuß zu *keinem* tödlichen *Erfolg* geführt hat (E 3).

12 – Zum anderen aus dem *rechtlichen* Grund, daß P eine gegen sich selbst gerichtete Tötungshandlung schon aus *tatbestandlichen* Gründen (Tötung eines „anderen") *nicht* hätte *vollenden* können (E 2, 3, 6). Daß er trotzdem immerhin eines Versuchs der Tötung seiner selbst strafbar sein soll, wird aus den Regeln für die Strafbarkeit des untauglichen Versuches gefolgert (E 5; allgemein dazu *Vierkantholz-Fall* Nr. 34 A 37ff.). – Indes: hätte P gewußt, daß auf ihn selbst geschossen wird, wäre dann seine Strafbarkeit vereinbar mit der grundsätzlichen Straflosigkeit des Selbstmordversuchs? Wohl nicht, wie *Spendel* JuS 1969, 316f. überzeugend dartut. Soll das nun allein deshalb anders sein, weil nach der Vorstellung des M (und damit auch für den gleichsam „mitvertretenen" P) ein „anderer" das Opfer des Mordversuches sein sollte? Damit kommt eine weitere Rechtsfigur ins Spiel:

13 2. **Error in persona** (E 4): Eine derartige Objektverwechslung ist nach allgemeinen Regeln nur beachtlich (nämlich vorsatzausschließend), wenn das vorgestellte und das tatsächlich getroffene Objekt ungleichwertig sind (näher dazu *Wanderstock-Fall* Nr. 18 A 23ff.). Vorliegend wurde schon deshalb *Gleichwertigkeit* (und damit die Unbeachtlichkeit des Irrtums) angenommen, weil der vermeintliche Verfolger und das tatsächlich getroffene Opfer P „Menschen" i. S. des § 211 waren.

14 – Indes: ist dies auch aus der mittäterschaftlichen Sicht des P richtig? Liegt nicht danach eine „Ungleichwertigkeit" jedenfalls insofern vor, als ein Mensch getroffen wurde, der sich selbst gegenüber strafrechtlich gerade nicht geschützt ist? Könnte sich daraus allgemein eine Schranke für die Übertragbarkeit der „error in persona"-Formel auf „Bumerang-Fälle" ergeben? Wie leicht diese Fragen durch das unbedachte formelhafte Verknüpfen subjektivierender Theorien übersehen werden können und damit das eigentliche Schutzgut aus dem Blick gerät, hätte kaum deutlicher zutage treten können als durch diese Entscheidung. Daher bedenkenswert die „antisubjektivistische" Kritik von *Spendel* aaO. Instruktiv zum Ganzen auch die (im wesentlichen dem Ergebnis zustimmende) Anm. von *Schröder* JR 1958, 428ff., ferner *Küper*, Versuchsbeginn S. 35ff.

15 3. Über die Wirkung des **Rücktritts** eines Mittäters (E 10) vgl. auch *Gummiball-Fall* Nr. 35 A 11ff.

16 4. Falls man gegen den BGH die mittäterschaftliche Haftung des P zu §§ 211, 22, verneint (vgl. A 3, 6, 7), wie wäre er dann zu bestrafen? Wegen einer (mit Eventualvorsatz gefaßten) **Verabredung** zu einem Verbrechen nach § 212, 211, 30 II: vgl. *Spendel* JuS 1969, 314f.

17 **Schrifttum:** Vgl. die allg. Hinweise zu Täterschaft und Teilnahme bei Nr. 37 sowie speziell zu **Mittäterschaft** *Baumann* § 36 I 3; *Blei* I § 78; *Bockelmann* I § 23; *D-Tröndle* § 25 Rdnr. 5–8; *Jescheck* § 63; *Lackner* § 25 Anm. 2b; *M-Gössel* I/2 § 49; H. *Mayer* § 38 IV 2; *Roxin* LK § 25 Rdnr. 107–133; *Samson* SK § 25 Rdnr. 43ff.; *Schmidhäuser* 14/13ff.; *Seelmann*, Mittäterschaft im Strafrecht, JuS 1980, 571; *S/S-Cramer* § 25 Rdnr. 61–102; *Stratenwerth* § 12 III; *Welzel* § 15 IV; *Wessels* I § 13 III 2. Vgl. ferner *Herzberg*, Täterschaft § 5; *Küper*, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978; *Roxin*, Täterschaft § 27 IV; *ders.*, Die Mittäterschaft im Strafrecht, JA 1979, 519.

Speziell zum *Komplizen-Fall* vgl. *Schröder* JR 1958, 426 (= Urteilsanmerkungen S. 13); *Spendel*, Zur Kritik der subjektiven Versuchs- und Teilnahmetheorie, JuS 1969, 314.

Sukzessive Mittäterschaft

BGHSt 2, 344: Verkaufsbuden-Fall

3 StR 48/52 v. 24. 4. 1952 = NJW 1952, 1146

SV **Sachverhalt:** Der bereits verurteilte P hatte eine Verkaufsbude aufgebrochen, eine größere Menge Lebensmittel entwendet und diese in die Wohnung des A gebracht. Nachdem er diesen geweckt hatte, erzählte er ihm von seinem Diebstahl und bemerkte, daß in der Verkaufsbude noch weitere Ware lagere Daraufhin begaben sich beide nochmals zu der Verkaufsbude, um dort gemeinsam größere Mengen von Lebensmitteln zu entwenden. Zu Hause wurde die Gesamtausbeute, also auch der von P allein herbeigeschaffte Teil, zwischen beiden aufgeteilt.

P **Zur Problemstellung:** Daß A hinsichtlich der gemeinschaftlich entwendeten Lebensmittel jedenfalls des einfachen Diebstahls nach § 242 mitschuldig ist, steht außer Frage. Können ihm aber auch die bereits vorangegangenen Entwendungen und insbesondere der bei seinem Tatbeitritt *bereits abgeschlossene* Einbruch des P zugerechnet werden, mit der Folge, daß er – wie die StrafK geurteilt hat – auch wegen eines besonders schweren Falles des Diebstahls nach § 243 Nr. 1 bestraft werden kann? – Wovon hängt dies ab?

– Inwieweit könnte von Bedeutung sein, daß § 243 – im Unterschied zum Zeitpunkt der vorliegenden Entscheidung – heute keinen abgeschlossenen *Qualifikationstatbestand,* sondern nur noch eine *Strafzumessungsregel* darstellt?

E 1 **Aus den Gründen: [345]** „Die StrK würdigt die Tat als gemeinschaftlichen *schweren* Diebstahl [i. S. von § 243 a. F.]. Da der A sich an der Tat des P beteiligt habe, nachdem er zuvor über den Einbruch unterrichtet worden sei, seien ihm die erschwerenden Umstände zuzurechnen. Denn er habe sich dem P zwecks weiterer Ausführung des von diesem begonnenen Diebstahls vor dessen Beendigung in vollem Umfang angeschlossen und dabei mit dem Vorsatz gehandelt, die Tat des P als gemeinschaftliche zu vollenden. Das sei insbes. daraus zu schließen, daß die Täter die *Gesamtbeute* geteilt hätten.

2 Die Feststellungen der StrK reichen jedoch nicht aus, ihre Würdigung ohne weitere Aufklärung zur inneren Tatseite zu rechtfertigen. Die Möglichkeit, durch ein erst während der Tatausführung erzieltes Einverständnis zum Mittäter zu werden, war zwar in der Rspr stets anerkannt (vgl. RGSt 8, 42; RG, HRR 1941, Nr. 942 und 1935 Nr. 1567). Es ist also nicht notwendig, daß das Einverständnis zu bewußtem und gewolltem Zusammenwirken schon vor dem Beginn der Ausführung hergestellt wird. Vielmehr ist Mittäterschaft auch in der Form möglich, daß ein Täter, der bereits in der Ausführung einer Straftat begriffen ist, sich vor deren Beendigung mit einem anderen zur gemeinsamen weiteren Ausführung verbindet. **3** Das RG hat aber in solchen Fällen angenommen, daß der später eintretende *Mittäter* nicht auch die Mitverantwortung für die im Zeitpunkt seines Eintritts schon abgeschlossenen Geschehnisse übernehme. Das hat zur Folge, daß gesetzliche Erschwerungsgründe nur zuzurechnen sind, wenn darüber *im voraus* Einverständnis bestand, nicht aber, wenn sie bei dem Eintritt des Mittäters schon verwirklicht waren. Auch die nachträgliche Billigung ändert hieran nichts. In diesem Sinne hat das RG insbes. für die Erschwerungsgründe des § 243 [a. F.] entschieden (vgl. RG, JW 1923, 756; 1924, **4** 1436). Für die *Beihilfe* gelten dagegen nach RG andere Grundsätze. Beim Gehilfen ist es gleichgültig, in welchem Zeitpunkt der Ausführung er fördernd tätig wird. Einerseits kann Beihilfe schon zu bloßen Vorbereitungshandlungen **[346]** geleistet werden, sogar schon vor der Entschließung des Täters einsetzen (RGSt 28, 287). Andererseits ist sie sogar dann noch möglich, wenn die Haupttat zwar rechtlich schon vollendet, tatsächlich aber noch nicht beendet ist (RGSt 71, 194; RG, JW 1934, 873). Im letzten Falle sind dem Gehilfen auch die bereits verwirklichten Erschwerungsgründe der Tat zuzurechnen, sofern sie ihm nur bei seiner Tätigkeit bekannt werden (RGSt 52, 202).

5 Diese unterschiedliche Behandlung von Mittäterschaft und Beihilfe entbehrt einer einleuchtenden Rechtfertigung. Das Schrifttum erkennt die Unstimmigkeit an, ist aber überwiegend der Auffassung, daß sie nach dem jetzigen Gesetzesstand nicht zu beheben sei. Das kann nicht anerkannt werden. Das Gesetz läßt dem Mittäter kraft des Einverständnisses und kraft seines Anteils an der Durchführung der verbrecherischen Handlung auch für das haften, was der andere Mittäter getan hat. Wie das RG anerkennt, komme es dabei grundsätzlich nicht darauf an, in welchem Augenblick der Gesamttätigkeit das Einverständnis erzielt wird. Dann ist aber auch kein Grund ersichtlich, den Umfang dieser strafrechtlichen Haftung auf den Teil des Gesamtplans zu beschränken, der erst *nach* **6** diesem Einverständnis verwirklicht wird (vgl. *Frank,* § 47 Anm. III). Wenn jemand in Kenntnis und Billigung des bisher Geschehenen als Mittäter eintritt, so bezieht sich sein Ein-

E verständnis auf einen verbrecherischen Gesamtplan, und das Einverständnis hat die Kraft, daß ihm auch das einheitliche Verbrechen als solches strafrechtlich zugerechnet
7 wird. Nur für das, was bereits vollständig abgeschlossen vorliegt, vermag das Einverständnis trotz Kenntnis, Billigung oder Ausnutzung der durch den anderen Mittäter geschaffenen Lage die strafbare Verantwortlichkeit nicht zu begründen. Besteht also der Gesamtplan aus mehreren selbständigen zeitlich aufeinanderfolgenden Straftaten und tritt der Mittäter erst nach vollständigem Abschluß der ersten dieser strafbaren Handlungen ein, so wird hierfür keine strafrechtliche Haftung durch das Einverständnis herbeigeführt. Dagegen fällt dem später eintretenden Mittäter der Erschwerungsgrund des einheitlichen Diebstahls nach § 243 [a. F.] **[347]** auch dann zur Last, wenn der Erschwerungs-
8 grund im Zeitpunkt des Eintritts bereits verwirklicht war. Damit ist nicht die Anerkennung eines nachfolgenden Vorsatzes verbunden. Wenn das zuträfe, dann müßte dieser Einwand auch gegenüber der RG-Rspr über die strafrechtliche Verantwortlichkeit des während der Tatausführung tätig werdenden *Gehilfen* gelten. Denn der Gehilfe fördert auch nur den Teil der Tat, der noch bevorsteht. In Wirklichkeit greift der Mittäter *handelnd ein,*
9 und dieses *handelnde* Eingreifen ist kein bloßer nachfolgender Vorsatz. Andererseits ist daran festzuhalten, daß die bloße bewußte Ausnutzung eines bereits verwirklichten Erschwerungsgrundes die strafrechtliche Haftung hierfür nicht herbeiführen kann. Wer zufällig bemerkt, daß ein anderer in ein Gebäude einbricht und Sachen daraus stiehlt, und nunmehr den bereits durch Einbruch geschaffenen Zugang zu dem Gebäude ausnützt, um seinerseits aus dem Gebäude zu stehlen, ohne ein Einverständnis mit dem Einbrecher herzustellen, macht sich nur des einfachen Diebstahls schuldig.
10 Der StrK ist also insofern beizupflichten, als grundsätzlich die rechtliche Möglichkeit besteht, dem später eintretenden Mittäter zuvor verwirklichte Erschwerungsgründe zuzu-
11 rechnen. Gleichwohl reichen die bisherigen Feststellungen zur Bestätigung des Schuldspruchs nicht aus. Denn die Ausführungen des Urteils lassen nicht mit Sicherheit erkennen, ob P, als er mit A beschloß, die Verkaufsbude erneut aufzusuchen und nochmals Lebensmittel zu stehlen, einen neuen Entschluß gefaßt hat oder ob er von vornherein, zum mindesten aber bei der ersten Entwendung schon die Absicht hatte, die Entwendung in Teilhandlungen durchzuführen. Im ersten Fall liegen zwei selbständige Handlungen des P vor, im zweiten Fall handelt es sich auf seiner Seite um einen einheitlichen Diebstahl. Das angef. Urteil trifft hierzu keine eindeutigen Feststellungen. Liegt aber bei P ein neuer Entschluß vor, ausgelöst durch die Bereitwilligkeit oder die Anregung des A, dann kann diesem der Erschwerungsgrund nicht zugerechnet werden, weil er nicht in einen Gesamtplan des **[348]** P eingetreten, sondern erst tätig geworden ist, als der Einbruchsdiebstahl völlig abgeschlossen war "

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Während es im vorangehenden *Komplizen-Fall* um die *allgemeinen* Zurechnungskriterien bei Mittäterschaft ging, steht hier die **Zeitpunkt**-Frage im Vordergrund: Falls die Tatbeteiligten nicht vom Anfang bis zum Ende der Tat gemeinsam zusammenwirken, in welchem Umfange kann dann das Handeln des Beginnenden auch dem später hinzutretenden Mittäter zugerechnet werden?

1 **I. Sukzessive Mittäterschaft nach BGH:** Was ist dafür erforderlich?

1. Subjektives **Konsens-Erfordernis** auf Seiten des Beitretenden: Übernahme der Mitverantwortung („animus coauctoris") i. S. eines Zueigenmachens der bereits geleisteten Tatbeiträge (E 5). Vgl. *Komplizen-Fall* Nr. 39 A 3.

2 – Daran würde es etwa fehlen, wenn die durch den Ersttäter geschaffene Lage ohne jedes Einverständnis mit ihm von einem anderen ausgenutzt wird (E 9).

3 – Soweit jedoch ein Einverständnis des Beitretenden mit dem Ersttäter hergestellt wird, spannt der BGH die Mitverantwortung sehr weit, und zwar praktisch mit Hilfe einer Fiktion: Wer in Kenntnis und Billigung des bereits Geschehenen beitritt, übernimmt dann grundsätzlich auch die Mitverantwortung für den Gesamtplan (E 6). – Jedoch ist ferner erforderlich:

4 **2.** Objektiv ein **Tatbeitrag vor Tatbeendigung:** Damit die nachträgliche Billigung nicht als ein unzulässiger, weil erst nach der Tat gefaßter „dolus subsequens" erscheint (E 8), muß der Beitritt zu einer bereits begonnenen Tat *spätestens vor deren Beendigung* erfolgen (E 2), zu einem Zeitpunkt also, in dem der Hinzutretende seinen Täterwillen noch durch einen eigenen Beitrag zur Beendigung der Tat nach außen hin manifestieren kann (vgl. *Niese* NJW 1952, 1147). – In diesem Sinne dann ausdrücklich auch BGH GA 1977, 144, wo Mittäterschaft von § 177 verneint wurde, weil der – zufällig eine Vergewaltigungsszene beobachtende – A die durch die anderen geschaffene Wehrlosigkeit des Opfers erst nach Vollendung von deren Tat für sich ausgenutzt hatte.

5 **3. Zurechenbarkeit von Erschwerungsmerkmalen?** Selbst unter den vorgenannten Voraussetzungen war jedoch zweifelhaft, ob damit jedwede vorangegangene Handlung dem Beitretenden zugerechnet werden konnte.

A 6 a) Das RG hatte noch **differenziert** zwischen
– *einfachen* Delikten, die dem vor Beendigung Beitretenden voll zugerechnet werden, und
– *qualifizierten* Delikten, bei denen zwar das Grunddelikt, nicht aber bereits verwirklichte Qualifizierungen dem Beitretenden zugerechnet werden können (E 3). – Konsequenz für den *vorliegenden* Fall? A wäre nur wegen Mittäterschaft zum einfachen Diebstahl strafbar gewesen.

7 b) Der BGH hingegen hat diese Differenzierung aufgegeben, und zwar aufgrund einer **Gleichbehandlungserwägung:** Wenn es für die Zurechnung als *Beihilfe* auf den Zeitpunkt der Verwirklichung der Qualifizierung nicht ankomme (so nämlich die st. Rspr und Lehre: E 4), so könne das auch bei *mittäterschaftlichem* Beitritt keine Rolle spielen (E 5, 10).

8 *Konsequenz?* Da die *Zurechnung einer bereits abgeschlossenen Qualifizierung* möglich sein soll, war A auch wegen Mittäterschaft zu einem straferschwerten Diebstahl (§ 243) strafbar. Im Grundsatz ebenso die wohl noch vorherrschende Lehre: vgl. u. a. *Baumann, Blei, M-Gössel, Jescheck* § 63 II 2 m.w.N.; vgl. aber auch A 16ff.).

9 **4.** Immerhin macht aber der BGH eine *Einschränkung* durch ein **Tateinheits**-Kriterium: Danach soll eine Zurechnung nur noch insoweit möglich sein, als es sich noch um die *gleiche einheitliche Tat* handelt (E 6).

a) Wonach aber entscheidet sich die Tateinheitlichkeit? Nicht nach den Vorstellungen des Beitretenden, sondern allein nach dem *Gesamtplan* des *Ersttäters* (E 7, 11).

10 – *Konsequenz* hier? Betrachtete P seinen Einbruch in die Verkaufsbude samt aller nachfolgenden Entwendungen als einheitliche Tat, ist sie hinsichtlich ihrer Qualifizierung auch dem A zuzurechnen. Faßte P dagegen erst nach der Bereiterklärung des A zum Weitermachen einen neuen Entschluß, so ist A nur wegen §§ 242, 25 zu bestrafen. Allein wegen dieser fehlenden Differenzierung war das StrafK-Urteil (E 1) aufzuheben.

11 –Im gleichen Sinne machte auch OLG Frankfurt NJW 1969, 1915 die Zulässigkeit sukzessiver Mittäterschaft davon abhängig, daß der Beitretende in einen Gesamtplan eintrat, und die weiteren Kiosk-Diebstähle nicht erst aufgrund neuen Entschlusses durchgeführt wurden.

12 b) Eine gewisse Einschränkung des Tateinheitlichkeits-Prinzips scheint sich jedoch im *PKW-Raub-Fall* **BGH MDR 1969, 533** (b. Dallinger) anzubahnen:

Dort hatte A den X zwecks gewaltsamer Wegnahme seines Pkw bereits zu Boden geworfen und verletzt, als B aus eigenem Tatinteresse den Raub mit zur Vollendung führte. Obgleich hier tateinheitlich mit dem Raub eine gefährliche Körperverletzung zusammentraf, fand der BGH den B nur der Mittäterschaft zum Raub schuldig, da dem sukzessiven Mittäter solche Handlungen nicht zugerechnet werden könnten, „die einen selbständigen Straftatbestand erfüllen und bei Eintreten des Mittäters bereits erfüllt sind".

Danach wäre innerhalb des Tateinheitlichkeits-Prinzips noch weiter zu *differenzieren* zwischen:

13 – *selbständig vertatbestandlichten* Qualifizierungen einerseits, die – wenn bei Hinzutritt bereits abgeschlossen – nicht anzurechnen sind, und

14 – *unselbständigen* Qualifizierungen einer einheitlichen Tat andererseits, die auch nach ihrer Verwirklichung dem Sukzessiv-Mittäter noch zugerechnet werden können.

15 *Konsequenz* für den *Verkaufsbuden-Fall?* Da der Einbruch selbständig durch § 123 erfaßbar ist, wäre A nur nach §§ 242, 25 strafbar. Würde P dagegen statt eines Einbruchs den Diebstahl unter Mitführung einer Schußwaffe (§ 244 I Nr. 1) begonnen, diese jedoch bei Fortführung der Tat (etwa wegen erkannter Ungefährlichkeit des Unternehmens) zuhause gelassen haben, so wäre A nach §§ 242, 244, 25 strafbar, da das Mitführen der Schußwaffe andernfalls nicht erfaßbar wäre. – Im übrigen bleibt zu dem im *Verkaufsbuden-Fall* infragestehenden § 243 noch zu bedenken, daß diese Bestimmung keinen Qualifizierungstatbestand, sondern nur noch eine *Strafzumessungsregel* darstellt (vgl. StrafR IV Nr. 7 A 7, 11); jedoch werden für die Anlastung eines bereits abgeschlossenen schweren Diebstahlsfalles im Rahmen der Strafzumessung die gleichen Erwägungen maßgeblich sein, wie bei einer abschließenden Vertatbestandlichung (vgl. aber auch *M-Gössel* I/1 § 49 II A 1b). Zudem bleibt die durch diesen Fall aufgeworfene Zurechnungsproblematik natürlich bei sonstigen Qualifizierungen von Bedeutung, wie der bei A 12 erörterte Raubfall zeigt.

A **II. Einwände gegen die BGH-Auffassung.**

16 1. Ganz abgesehen von den offenbaren Unsicherheiten in der *Grenz*ziehung, bestehen auch *grundsätzliche* Bedenken gegen die h. M.

17 a) Kann die in einer Qualifizierung liegende besondere Unrechts- oder Schuldsteigerung überhaupt als (mit-)täterschaftlich begangen vorgeworfen werden, wenn der Mittäter *keinerlei Einfluß* auf ihre Verwirklichung hatte? Vgl. hiergegen *Schmidhäuser* 14/21 sowie *Samson* SK § 25 Rdnr 48. Dem Sukzessiv-Täter bereits abgeschlossene Qualifizierungen allein wegen seiner Billigung des Geschehenen vorzuwerfen, liegt darin nicht ein bedenklicher Rückfall in überwundene *Schuldteilnahme*gedanken?

18 b) Zudem ist die Zurechnung bereits abgeschlossener Erschwerungsakte wohl kaum noch mit dem *Mitbeherrschbarkeitserfordernis* (vgl. Nr. 39 A 6) vereinbar: treffend dazu *Roxin,* Täterschaft S. 289ff., JA 1979, 525; vgl. auch *Rudolphi* Bockelmann-FS S. 377f.

19 c) Doch selbst auf dem Boden einer rein subjektiven Täterschaftslehre – wie sie der BGH vertritt (vgl. *Staschynskij-Fall* Nr. 37) – ist zudem kaum einzusehen, daß die maßgebliche Tateinheitlichkeit allein vom Gesamtplan des *Erst*täters abhängen soll. Müßte eine subjektive Täterlehre nicht gerade umgekehrt von den Vorstellungen des *Sukzessiv*täters ausgehen?

20 2. **Ergebnis** für den vorliegenden Fall? Nimmt man das subjektive Konsens- und das objektive Tatbeitragskriterium wirklich ernst, so kommt sukzessive Mittäterschaft nur insoweit in Betracht, als der Beitretende *aufgrund gemeinschaftlichen Entschlusses* etwaige Erfolge oder Erschwerungen auf irgendeine Weise *selbst noch mit zu Ende führt.* Gleiches müßte – entgegen der h. L. und Rspr – auch für sukzessive *Beihilfe* zu gelten haben; so (insoweit auch gegen *Roxin* aaO) zu Recht *Herzberg,* Täterschaft S. 153 und *Schmidhäuser* 14/21. – *Konsequenz* für den vorliegenden Fall: A ist weder der Mittäterschaft noch der Beihilfe zum schweren Diebstahl, sondern lediglich nach §§ 242, 25 strafbar.

21 **Schrifttum:** Allgemein zur (Mit-)Täterschaft vgl. die Angaben zu Nr. 37 und 39.

Speziell zur **sukzessiven Mittäterschaft** vgl. ferner *Furtner,* Zur Frage der Anrechnung erschwerender Merkmale bei nachfolgender Beihilfe und bei nachfolgender Mittäterschaft, JR 1960, 367; *Lampe,* Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen, ZStW 77 (1965), 262ff.; *Martin,* Zur Frage der Zurechnung bei sukzessiver Mittäterschaft, NJW 1953, 288; *Roxin,* Täterschaft § 27, 2; *ders.,* JA 1979, 525; *Rudolphi,* Bockelmann-FS S. 375ff.

Speziell zum *Verkaufsbuden-Fall* Anm. *Niese* NJW 1952, 1146.

Akzessorietät der Teilnahme – Qualität der Haupttat

BGHSt 9, 370: Pantopon-Fall

2 StR 87/55 v. 6. 7. 1956 = NJW 1957, 29

SV **Sachverhalt:** Dem rauschgiftsüchtigen A war es in zahlreichen Fällen gelungen, durch Rezeptfälschungen oder Vortäuschen von Nierenbeschwerden Pantopon zu bekommen, das er ausschließlich zur Befriedigung seiner Sucht verwendete.

P **Zur Problemstellung:** Daß sich der A dadurch u. a. des verbotenen Erwerbs rezeptpflichtiger Stoffe (§ 10 I Nr. 1 OpiumG) schuldig gemacht hatte, stand außer Frage. Zweifelhaft war jedoch, ob er darüber hinaus auch wegen *Anstiftung* der Ärzte zu einem Vergehen gegen § 10 I Nr. 6 OpiumG zu verurteilen sei.

– Die StrafK hat dies bejaht und dazu festgestellt, daß A die Ärzte zur Ausstellung der unrichtigen Rezepte durch absichtliche Herbeiführung und Förderung eines Irrtums oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt habe; jedoch stellte die StrafK nicht fest, ob die Ärzte selbst vorsätzlich handelten. Vielmehr meint sie, daß es darauf überhaupt nicht ankomme, weil es zur Verurteilung des A als Anstifter genüge, daß die Handlung des Haupttäters, zu der er anstiftet, „tatbestandsmäßig und rechtswidrig" war, denn nach der im Entscheidungszeitpunkt geltenden Regel des § 48 a. F. war als *Anstifter* strafbar, „wer einen anderen zu der von demselben begangenen mit Strafe bedrohten Handlung ... vorsätzlich bestimmt hat". In ähnlicher Weise ließ auch § 49 a. F. für *Beihilfe* genügen, daß „dem Täter zur Begehung einer ... mit Strafe bedrohten Handlung ... wissentlich Hilfe geleistet" worden ist. Daraus hatte zunächst auch der BGH gefolgert, daß weder Anstiftung noch Beihilfe ein vorsätzliches Handeln des Täters voraussetzen, sondern Teilnahme auch an einer *unvorsätzlichen* Haupttat möglich sei (BGHSt 4, 355; 5, 47).

– War diese – schon damals heftig bekämpfte – Auffassung richtig?

– Wäre sie auch nach dem neugefaßten § 26 noch vertretbar, wonach als Anstifter nur zu bestrafen ist, „wer vorsätzlich einen anderen *zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat* bestimmt hat"?

Obgleich die vorliegende Entscheidung noch zur Anstifterregelung des § 48 a. F. ergangen ist, bleibt sie doch insofern von Bedeutung, als in ihr die wechselvolle Geschichte der „Akzessorietät" der Teilnahme deutlich wird und bereits alle wesentlichen Argumente für die jetzige Regelung der §§ 26, 27 enthalten sind.

E 1 **Aus den Gründen: [375]** „Der erkennende Senat ist der Ansicht, daß eine ‚Anstiftung zu einer unvorsätzlichen Tat' nach dem geltenden Strafrecht und nach der vom BGH vertretenen Schuldlehre nicht möglich ist. Er folgt hierbei im wesentlichen den überzeugenden Gründen von *Bockelmann* und *Welzel*.

2 Die st. Rspr und überwiegend auch die Rechtslehre hielten nach der früheren [bis 1949 geltenden] Fassung der §§ 48, 49, 50 eine Teilnahme i. e. S. – Anstiftung und Beihilfe – an fremder Tat nur für strafbar, wenn der Haupttäter tatbestandsmäßig, rechtswidrig und vorsätzlich handelte und zurechnungsfähig war. Sie forderten somit eine Schuld des Haupttäters i. S. der jetzigen Begriffsbestimmung. Eine Ausnahme machte die Rspr nur, soweit der Haupttäter ein strafunmündiger Jugendlicher war. Hier betrachtete sie die Strafunmündigkeit nach § 56 StGB a. F. jedoch nicht als **[376]** Schuldausschließungsgrund, sondern als persönlichen Strafausschließungsgrund, der die Beurteilung des Teilnehmers nicht berührte. ... Die hiernach noch weiterbestehenden, insbes. aus dem Gedanken des Willensstrafrechts als unzuträglich empfundenen Lücken wollte der Gesetzgeber dadurch beseitigen, daß er [1949] den Grundsatz der strengen Abhängigkeit aufgab und zu dem der gelockerten Abhängigkeit – limitierte Akzessorietät – überging: § 50 I [a. F.; jetzt § 29] erhielt die Fassung, daß, wenn mehrere an einer Tat beteiligt sind, jeder ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld strafbar ist; in § 48 [a. F.; vgl. jetzt § 26] wurde der Begriff „strafbare Handlung" durch den Begriff „mit Strafe bedrohte Handlung" ersetzt, § 49 [a. F.; vgl. jetzt § 27] wurde entsprechend geändert.

3 Allgemein anerkannt ist, daß diese Regelung die Strafbarkeit des Anstifters und Gehilfen jedenfalls von der Strafmündigkeit, der Einsichts- und Willensfähigkeit eines jugendlichen Haupttäters löst und auch nicht mehr die Zurechnungsfähigkeit des Haupttäters voraussetzt. Bestritten ist jedoch, welche Wirkung sie darüber hinaus hat.

4 Die Auffassung, nun sei auch Teilnahme an einer unvorsätzlichen Tat möglich, stützt sich darauf, daß nach der Neufassung der §§ 48, 49, 50 das Gesetz begrifflich zwar nach wie vor eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung, jedoch nicht mehr eine Schuld voraussetze; der Gesetzgeber habe aber den Begriff der Schuld ersichtlich als

E „Oberbegriff für Vorsatz und Fahrlässigkeit" aufgefaßt und verwendet. Eine Einschränkung des in § 50 I [a. F.] ausgesprochenen Grundsatzes könne auch nicht ... aus dem Wesen **[377]** der Anstiftung hergeleitet werden: andernfalls sei es unverständlich, warum man in § 48 [a. F.] den Begriff der „strafbaren", also schuldhaften, durch den der möglicherweise schuldlosen „mit Strafe bedrohten" Handlung ersetzt und § 49 [a. F.] entsprechend geändert habe. Das Wesen der Anstiftung sei die Verursachung eines rechtswidrigen Verhaltens eines anderen; es sei daher unerheblich, auf Grund welcher Vorstellungen und mit welcher Willensrichtung der Angestiftete handle. Das gelte auch für die Beihilfe, die nur ein Mitwirken bei der fremden Tat verlange. Diesen Erwägungen kann der Senat jedoch nicht folgen ...

5 § 50 I [a. F.; § 29] bestimmt, daß bei mehreren an einer Tat Beteiligten jeder ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen zu bestrafen ist. Dies bedeutet zwar, daß ein Teilnehmer schuldig sein kann, auch wenn es der Täter nicht ist, besagt aber keineswegs, daß der Teilnehmer auch zu bestrafen ist, wenn der Haupttäter nicht vorsätzlich handelt

6 Dies wäre nur der Fall, wenn mit der Feststellung von Vorsatz oder Fahrlässigkeit die Schuldfrage bereits bejaht wäre. Diese Auffassung entspricht aber nicht der vom BGH vertretenen Schuldlehre (BGHSt 2, 194). Nach ihr setzt sich die Schuld aus mehreren Elementen zusammen. Vorsatz oder Fahrlässigkeit bestimmen wohl die Art der Schuld, begründen sie aber erst zusammen mit anderen Merkmalen, so daß beim Fehlen schon eines dieser Elemente die Schuld entfällt ... **[378]**

7 [Auch die Entstehungsgeschichte läßt nicht erkennen], daß nach dem Grundsatz der gelockerten Abhängigkeit Teilnahme auch an einer unvorsätzlichen Tat möglich sein soll.

8 Gegen einen solchen Willen des Gesetzgebers sprechen im übrigen die §§ 160, 271. Sie wären überflüssig, wenn das Gesetz eine Teilnahme an einer unvorsätzlichen Haupttat hätte festlegen wollen, da der Teilnehmer in diesen Fällen schon nach den §§ 154 und 348 I i. V. m. den §§ 48, 49 [a. F.; §§ 26, 27] strafbar wäre. Der Gesetzgeber hat diese Bestimmungen aber bestehen lassen.

9 Vor allem aber steht die Annahme einer strafbaren Teilnahme an unvorsätzlicher Tat nach Ansicht des Senats in Widerspruch **[379]** mit dem Wesen der Teilnahme und den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen der Anstiftung und der Beihilfe ... Nach § 48 [a. F.] ist Anstifter, wer einen anderen zu einer mit Strafe bedrohten Handlung vorsätzlich bestimmt. Bestimmen bedeutet aber nichts anderes als das Hervorrufen des Entschlusses, eine strafbare Handlung zu begehen. Das ist nur möglich bei einem vorsätzlich Handelnden. In diesem Hervorrufen des Tatentschlusses hat die Rspr stets den Inhalt der Anstiftung gefunden. Hieraus, und nicht aus dem Grundsatz der strengen Abhängigkeit hat sie gefolgert, daß der Haupttäter vorsätzlich handeln müsse . .

10 Es geht nun nicht an, diesen Folgerungen dadurch zu begegnen, daß das Wesen der Anstiftung in der Verursachung eines rechtswidrigen Verhaltens gefunden wird . Die Anstiftung enthält zwar auch ein Verursachen; das macht aber nicht ihr Wesen aus. Dieses erfordert vielmehr darüber hinaus ein Hervorrufen des *Tatentschlusses* **[380]** beim Täter und zugleich die Unterordnung unter dessen Willensentschluß. Dem steht nicht entgegen, daß der Anstifter diesen Entschluß hervorrufen will; denn die Entschließung zur Tat obliegt gleichwohl dem Haupttäter und sie muß der Anstifter ihm überlassen.

11 Die Unterordnung unter den fremden Willen wird besonders deutlich beim Gehilfen Er will dem Haupttäter Hilfe leisten, seine Tat fördern, weiß aber, daß es von dessen Entschluß abhängt, ob die Tat durchgeführt wird. Dem Haupttäter muß er es anheimstellen, ob die Tat geschehen soll (RGSt 3, 181). Eine solche Unterordnung ist begrifflich nur bei einer vorsätzlichen Haupttat denkbar.

12 Schließlich und vor allem führt die Auffassung, das Wesen der Teilnahme bestehe nur in einem „Veranlassen" oder „Mitwirken", zu einer Auflösung der Grenzen der Tatbestände; sie macht insbes. eine Unterscheidung zwischen mittelbarer Täterschaft und Teilnahme sowie zwischen Anstiftung und Beihilfe selbst unmöglich. Eine Anstiftung, die nur in dem Veranlassen oder dem Verursachen einer tatbestandsmäßigen rechtswidrigen Handlung besteht, greift in den Bereich der mittelbaren Täterschaft. Es ist nicht ersichtlich, wie noch eine Abgrenzung zwischen beiden geschehen soll. Es ist zwar richtig, daß es grundsätzlich auf die Willensrichtung des Beteiligten ankommt. Für ihre Beurteilung ist aber wesentlicher Gesichtspunkt, inwieweit er den Geschehensablauf mitbeherrscht, ob Hergang und Erfolg der Tat maßgeblich von seinem Willen abhängen (BGHSt 2, 150/6; 8, 393; MDR 54, 529). Ein Täterwille als Wille zur Beherrschung des Geschehensablaufs ist aber ohne Vorsatz nicht denkbar. Der Veranlasser kann die Tat demnach nur „als fremde wollen", wenn der Veranlaßte diesen Täterwillen hat. Sich einem fremden Täterwillen unterzuordnen ist nicht möglich, wenn ein solcher überhaupt nicht vorhanden ist. Dasselbe gilt für das Verhältnis zwischen mittelbarer Täterschaft und Beihilfe.

13 Ebenso entfällt die Möglichkeit, zwischen Anstifter und Gehilfen zu unterscheiden, wenn man vom Vorsatz beim Haupttäter absieht. Beiden ist gemeinsam, daß sie sich dem Willen des Haupttäters unterordnen Dem Unterschied, daß der Anstifter **[381]** die fremde Tat „veranlaßt", der Gehilfe bei ihr „mitwirkt", läßt sich ein sinnvoller Inhalt nur geben, wenn der Haupttäter vorsätzlich handelt. Indem somit der Senat an der überkommenen klaren Trennung zwischen Täterschaft und Teilnahme festhält, glaubt er sich im Einklang

E mit einer natürlichen Betrachtungsweise und mit der allgemeinen Rechtsanschauung, die mit diesen Begriffen bestimmte Vorstellungen und Wertungen verbindet. Solange der Gesetzgeber nicht klar zum Ausdruck bringt, daß er diese Vorstellungen und Wertungen nicht mehr gelten lassen will, verbietet es sich jedenfalls, sie aufzugeben.

14 Das Bestreben, eine möglichst lückenlose Erfassung strafwürdiger Fälle zu gewährleisten, rechtfertigt die Gegenmeinung nicht. Das Strafbedürfnis allein kann zu einer Verurteilung nicht genügen. Im übrigen ist der Umfang der möglichen Lücken nicht sehr groß. Sie werden in der Regel nur auftreten bei eigenhändigen Delikten und bei Sonderdelikten, bei denen der Beteiligte, bei dem die tatbestandlichen Tätervoraussetzungen fehlen, nicht mittelbarer Täter sein kann. Hier ist jedoch häufig eine Bestrafung unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten möglich. Dies zeigt der vorl. Fall, in dem der A bereits wegen unberechtigten Erwerbes des Betäubungsmittels nach § 10 I Ziff. 1 OpiumG strafbar ist. ...

15 Es kann unerörtert bleiben, ob es mit dem Aufbau der Teilnahmetatbestände vereinbar wäre, einen Vorsatz des „Haupttäters" dann nicht zu fordern, wenn der „Teilnehmer" sich wenigstens eine vorsätzliche Haupttat vorstellte ... Daß das geltende Recht eine solche Auffassung zuläßt, ist schon mit Rücksicht auf die Änderung des § 49a [a. F.; jetzt § 30] durch das 3. StÄG von 1953 ausgeschlossen (Beseitigung der Strafbarkeit der versuchten Beihilfe).

16 Anstiftung oder Beihilfe zu einer unvorsätzlichen Tat ist somit nicht möglich. § 50 I [a F.; § 29] bedeutet vielmehr, daß der Teilnehmer auch strafbar sein soll, wenn der Täter zwar vorsätzlich, aber nicht vorwerfbar handelt; so, wenn ihm die Schuldfähigkeit wegen Strafunmündigkeit (§ 1 JGG), mangelnder Reife (§ 3 JGG), Unzurechnungsfähigkeit (§ 51) [a. F.; jetzt § 20] StGB fehlt oder er in verzeihlicher Weise das Verbot nicht kennt (BGHSt 2, 194 [§ 17]).

Hiernach besteht die Verurteilung des A wegen Anstiftung zu einem Vergehen nach § 10 I Ziff. 6 OpiumG in den Fällen zu Recht, in denen die Ärzte vorsätzlich handelten. Im übrigen entfällt eine Verurteilung wegen Anstiftung oder einer möglichen Beihilfe."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Die Entscheidung wirft einige grundlegende Teilnahmefragen auf: So zunächst zum grundsätzlichen *Verhältnis der Teilnahme zur Haupttat* (I) sowie zur Frage nach der an die *Qualität der Haupttat* zu stellenden Anforderungen (II). Schließlich wird noch die Frage nach einer etwaigen Lückenfüllung durch *„Urheberschaft"* zu stellen sein (III).

1 **I. Akzessorietät der Teilnahme: Abhängigkeit von der Haupttat.**

2. Die **Struktur der Teilnahme** – und damit auch ihr Verhältnis zur Haupttat – hängt entscheidend davon ab, worin man den **Strafgrund** von Anstiftung und Beihilfe erblickt. Je nach dem Gewicht, das dabei einerseits auf die Teilnahme*handlung* oder andererseits auf die dadurch (mit-)bewirkte *Haupttat* gelegt wird, ergeben sich im wesentlichen zwei grundverschiedene Konstruktionen:

1a – Hebt man entscheidend auf den *Eigenunwert der Teilnahme,* nämlich darauf ab, daß Anstifter und Gehilfe eine Rechtsgutsverletzung (mit-)verursachen und damit eigenes Handlungs- und Erfolgsunrecht verwirklichen, so führt das konsequenterweise zu einer Verselbständigung des „Teilnehmerdelikts" als eines **eigenständigen Unrechtstatbestands.** Bei diesem Verständnis, wie es – mit unterschiedlichen Begründungen und Ergebnissen – namentlich von *Lüderssen, Schmidhäuser* und *K.-M. Meyer* sowie von *Sax* vertreten wird, kommt der Haupttat nur sekundäre Bedeutung zu: Sie ist bloßer „Strafwürdigkeitsaspekt", ähnlich dem Erfolgseintritt beim „Täterdelikt" (*Schmidhäuser* 14/57, 77).

1b – Demgegenüber erblickt die h. M. den Strafgrund von Anstiftung und Beihilfe im wesentlichen zu Recht darin, daß *die Tat eines anderen veranlaßt oder gefördert* wird: „Teilnahme ist immer Teilnahme an einer fremden Tat" (*Samson* SK 2 vor § 26); denn wie sich aus der Ausrichtung der §§ 26, 27 auf eine bestimmte Haupttat ergibt, sollen Anstiftung und Beihilfe nur insoweit strafbar sein, als damit das durch die fremde Haupttat verwirklichte Unrecht hervorgerufen oder unterstützt wird (bzw. im Falle des § 30 bewirkt werden soll). Insofern trägt die Teilnahme ihr Unrecht weniger in sich selbst, sondern leitet es nach Grund und Umfang von der Haupttat ab. Im Sinne einer solchen *Abhängigkeit von der Haupttat* spricht man von **„Akzessorietät der Teilnahme"**. Zu weiteren Begründungsansätzen und Konsequenzen vgl. *Roxin* LK 1–17 vor § 26, *Samson* SK 1–18 vor § 26, *S/S-Cramer* 20–22 vor § 25, je m.w.N.

2 2. Trotz dieser weitgehenden Einigkeit im Grundsätzlichen ist jedoch seit langem umstritten, **welcher Art das Akzessorietätsverhältnis** zwischen Haupttat und Teilnahme sein muß:

A – Soll etwa ausreichen, daß durch Veranlassung des Teilnehmers *irgendein strafrechtsrelevanter* Erfolg herbeigeführt wird?
– Oder soll man fordern, daß die veranlaßte oder geförderte Tat voll *strafbar* ist?
– Oder gibt es eine dazwischenliegende Grenze?
Der Gesetzgeber hat eine Lösung schon auf verschiedenen Wegen versucht:

3 a) Nach der bis 1943 geltenden Fassung der §§ 48–50 setzte die Teilnahme eine „strafbare", d. h. eine sowohl tatbestandsmäßig-rechtswidrige wie auch schuldhafte Haupttat voraus: sog. **„strenge Akzessorietät"** (E 2). Ihr lag die „Schuldteilnahmetheorie" zugrunde, wonach der Teilnehmer den Täter „korrumpiere", indem er ihn in eine schuldhafte Handlung verwickle (so namentlich H. *Mayer* als einer ihrer letzten Vertreter). – Danach wäre hier der A schon wegen der Gutgläubigkeit der von ihm „angestifteten" Ärzte straflos gewesen.

4 – Gewisse **Ausnahmen** wurden aber damals schon bei einer etwaigen *Strafunmündigkeit* des Haupttäters gemacht (E 2).

5 b) Eine weitere Auflockerung hat dann 1943 die Einführung der sog. **„limitierten Akzessorietät"** gebracht: Danach ist bei Beteiligung mehrerer an einer Tat „jeder ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld strafbar" (§ 50 I a. F.; ebenso jetzt § 29). – Welche Einzelaussagen sind diesem Grundsatz zu entnehmen?

6 aa) Zum einen das akzessorietätsbeschränkende Prinzip, daß die Strafbarkeit des einzelnen Tatbeteiligten (und zwar gleich, ob Mittäter, Anstifter oder Gehilfe) *unabhängig vom* (möglicherweise fehlenden) *Verschulden* der anderen Beteiligten zu beurteilen ist: Insoweit wird das Abhängigkeitsverhältnis von Haupttat und Teilnahme *„limitiert"*. Zudem wurde damit der „Schuldteilnahmetheorie" (A 3) der Boden entzogen (vgl. *Roxin* LK 8 vor § 26).

7 bb) Zum anderen ist darin zugleich die positive Aussage enthalten, daß – abgesehen vom Verschulden – die Haupttat alle Merkmale einer strafbaren Handlung aufweisen muß. Insofern sind damit gewisse *Mindestanforderungen* an die Qualität der *Haupttat* gestellt. Doch welcher Art diese sein muß, insbesondere ob sie *vorsätzlich* begangen sein muß, das war gerade die im vorliegenden Fall gestellte Frage. § 29 sagt dazu nichts aus, wie auch der BGH zu Recht festgestellt hat (E 5). Vielmehr sind dazu die speziellen Regeln über Anstiftung und Beihilfe (§§ 26, 27) zu befragen. Vgl. im folgenden A 9 ff.

8 cc) Entsprechendes gilt für die Anforderungen, die an die *Teilnehmerhandlung* zu stellen sind. Auch sie ergeben sich nicht aus § 29, sondern im wesentlichen aus den §§ 26, 27. Näher dazu *Stuhlbein-Fall* Nr. 43 (zur Anstiftung) bzw. *Pessar-Fall* Nr. 45 (zur Beihilfe).

9 **II. Qualität der Haupttat im einzelnen.**
Welche Kriterien muß nun die Tat des Haupttäters erfüllen, damit Anstiftung oder Beihilfe möglich ist? Wie bereits oben zu P dargelegt, hat sich in diesem Punkt das Gesetz geändert: Während sich die §§ 48, 49 a. F. mit der Teilnahme an einer „strafbedrohten" Handlung begnügten, sprechen die §§ 26, 27 von der Anstiftung oder Beihilfe zu einer *„vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat"*. Wie ist das zu deuten? Und wie ist dementsprechend der vorliegende *Pantopon-Fall* zu entscheiden?

10 1. Unstreitig ist einerseits, daß die Haupttat **nicht schuldhaft** begangen zu sein braucht; denn dies ergibt sich bereits aus § 29 (vgl. A 6). Deshalb kann sowohl zum Mord eines Schuldunfähigen (§§ 19, 20) angestiftet als auch zum Diebstahl eines entschuldigten Notstandtäters (§ 35) Beihilfe geleistet werden. Ebensowenig braucht der Haupttäter mit Unrechtsbewußtsein gehandelt zu haben; deshalb läßt selbst ein unvermeidbarer Verbotsirrtum des Haupttäters (§ 17) die Strafbarkeit einer Teilnahme unberührt; vgl. *Fluchturheber-Fall* OLG Stuttgart MDR 1959, 508 mit den insoweit zust. Anm. von *Dahm* und *Lange* (vgl. A 23 ff.).

10a – Allerdings ist gerade in derartigen Fällen zu beachten, daß der Hintermann tatsächlich nur eine *Teilnehmer*rolle spielt, namentlich also nur mit Teilnehmer- und nicht mit Tätervorsatz handelt. Wußte er nämlich von der Schuldlosigkeit des von ihm angestifteten oder geförderten „Haupttäters", so wird er regelmäßig selbst als mittelbarer Täter zu behandeln sein (vgl. *Denunziantin-Fall* Nr. 38 A 19 ff.).

11 2. Andererseits steht nicht zuletzt aufgrund der neuen §§ 26, 27 außer Frage, daß die Haupttat **„rechtswidrig"** sein muß, d. h. einen Straftatbestand erfüllt (vgl. § 11 I Nr. 5) und nicht gerechtfertigt ist. Dementsprechend müssen sowohl die objektiven wie die subjektiven Unrechtsmerkmale erfüllt sein; daher muß z. B. der entschuldigte Dieb (vgl. A 10) immerhin mit der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt haben (vgl. *S/S-Cramer* 30 vor § 25).

A 12 3. Problematisch ist dagegen – und das war auch vorliegend die Streitfrage –, inwieweit die tatbestandsmäßig-rechtswidrige Tat **vorsätzlich** begangen sein muß. Obgleich der Wortlaut der §§ 26, 27 nunmehr darauf hindeutet (vgl. A 9), sind in diesem Punkt noch nicht alle Zweifel ausgeräumt. Zu den dazu bislang vertretenen drei Lösungen ist Folgendes festzustellen:

13 a) Schon durch das Gesetz ausgeschlossen dürfte jetzt die **„Unvorsätzlichkeitstheorie"** sein, wie sie vorliegend das LG und zeitweilig auch der BGH vertreten hatte (vgl. zu P). Zwar lag diese Auffassung vom klassischen Verbrechensaufbau her nahe; denn begreift man den Vorsatz lediglich als Schuldelement (vgl. StrafR I Nr. 3 A 15 ff.), so scheint es auf dem Boden der „limitierten Akzessorietät" in der Tat unerheblich zu sein, ob der Haupttäter vorsätzlich, fahrlässig oder schuldlos gehandelt hat (so nach der früher h. M. u. a. *Engisch, Lange, Mezger* sowie auch heute noch die Forderung von *Schmidhäuser* 14/68 von seinem Verständnis des eigenständigen „Teilnehmerdelikts" her: A 1 a). – Danach wäre hier der A wegen Anstiftung der gutgläubig handelnden Ärzte strafbar.

14 – Was war von dieser Auffassung zu halten? Einerseits sprach *kriminalpolitisch* dafür, daß mit dem Verzicht auf Vorsätzlichkeit der Haupttat die Anstiftung als Auffangtatbestand für die (sonst nicht zu erfassende) „Urheberschaft" fremden rechtswidrigen Handelns in Betracht kam (vgl. *Dahm* und *Lange* unten A 23 ff.). – Andererseits sah der BGH diese Auffassung jedoch weder durch den Wortlaut noch durch die Entstehungsgeschichte der §§ 48–50 a. F. gedeckt (E 5–7), ja heute spricht der Wortlaut der §§ 26, 27 sogar eindeutig dagegen (was übrigens jetzt auch von *Schmidhäuser* 14/68 Fn. 11 eingeräumt wird; vgl. auch *Beischlaf-Fall* KG NJW 1977, 817/9). Sachlich weitaus gewichtiger aber sind die aus dem *Wesen der Teilnahme* hergeleiteten Gegenargumente: Anstifter kann nur sein, wer fremden Tatentschluß hervorrufen will, d. h. auf die Begehung einer vorsätzlichen Haupttat abzielt (E 9, 10); Gehilfe kann nur sein, wer sich fremdem Tatwillen und damit einer mit Vorsatz begangenen Haupttat unterordnen will (E 11).

15 b) Demgemäß hat schon damals die **„Vorsätzlichkeitstheorie"** für Teilnahme eine *tatsächlich vorsätzlich* begangene Haupttat gefordert. Diese schon früher namentlich von *Busch, Maurach, Mezger* und *Welzel* vertretene und vorliegend auch vom BGH übernommene Auffassung (E 1, 16) scheint sich durch die §§ 26, 27 auch der Gesetzgeber zu eigen gemacht zu haben, so jedenfalls nach h. M.: grundlegend *Bockelmann* Gallas-FS S. 261 ff.; ferner *Herzberg*, Täterschaft S. 45 f., *Samson* SK 25 ff. vor § 26 sowie – trotz grundsätzlicher Gegnerschaft – *Roxin* LK 23 vor § 26; vgl. aber auch unten A 22).

aa) Welche *Konsequenzen* hat diese Auffassung?

16 – Teilnahme scheidet überall dort aus, wo der Haupttäter unvorsätzlich handelt, gleich, ob aufgrund eines Willensmangels oder, wie etwa hier wegen Gutgläubigkeit der Ärzte, aufgrund eines vorsatzausschließenden *Tatumstandsirrtums* (§ 16).

17 – Entsprechendes müßte auf dem Boden der „eingeschränkten Schuldtheorie" auch bei einem *Erlaubnissachverhaltsirrtum* des Haupttäters gelten, sofern man in der Anwendung des § 16 auf die irrige Annahme tatsächlicher Rechtfertigungsvoraussetzungen nicht nur eine „Rechtsfolgeverweisung" erblickt, sondern dadurch die Vorsätzlichkeit des Handelns ausgeschlossen sieht (näher dazu StrafR I Nr. 14 A 25 ff.). Diese teilnahmeblockierende Konsequenz läßt sich allenfalls dadurch vermeiden, daß man für die §§ 26, 27 schon die Vorsätzlichkeit der unrechts*begründenden* Tatbestandsverwirklichung genügen läßt (sog. „Tatbestandsvorsatz"), dagegen die Vorstellung des Haupttäters über etwaige unrechts*ausschließende* Rechtfertigungsumstände für unerheblich ansieht (in diesem Sinne wohl zu Recht *D-Tröndle* § 16 Rdnr. 27, *Lackner* 4 a vor § 25, *Roxin* LK 21 vor § 26, *Rudolphi* SK § 16 Rdnr. 13; and. jedoch *Samson* SK 28 vor § 26, S/S-Cramer 35 vor § 25).

18 bb) Wie lassen sich dadurch entstehende *Strafbarkeitslücken* schließen? Der BGH sieht drei Wege, um bei unvorsätzlichem Handeln des Vordermannes trotzdem zur Strafbarkeit des Hintermannes zu kommen:

18a – *Eigene täterschaftliche* Haftung des Hintermannes, sofern (wie hier) ein entsprechender Straftatbestand besteht (E 14). – Diese Möglichkeit wird jedoch der Ausnahmefall sein.

18b – Haftung aus *mittelbarer Täterschaft*, falls der Hintermann um den mangelnden Vorsatz des Vordermannes weiß; denn dann hat er ja im Grunde sowohl Täter- wie auch Steuerungswillen. – Freilich scheitert dieser Weg bei *eigenhändigen* und *Sonderdelikten* wie hier (vgl. *Denunziantin-Fall* Nr. 38 A 27 ff. sowie *Beischlaf-Fall* KG NJW 1977, 817 m. Anm. *Schall* JuS 1979, 106 ff.).

A 18c – *Versuchte Anstiftung,* falls der Hintermann den Vordermann für vorsätzlich handelnd ansieht. Doch kommt dieser Weg nur unter den engen Voraussetzungen des § 30 in Betracht, scheidet also bei versuchter Beihilfe aus, da diese grundsätzlich straflos ist.

19 cc) Indes: Ganz ungeachtet der vorerwähnten Lückenprobleme bleibt die Frage, ob das Erfordernis „tatsächlicher Vorsätzlichkeit" dogmatisch fundiert ist. Abgesehen von dem Hinweis, daß der Anstifter- oder Gehilfenvorsatz auf das Hervorrufen oder Fördern eines *fremden Tatentschlusses* gerichtet sein müsse (E 9 bis 11), hat der BGH im Grunde nur Argumente gegen die „Unvorsätzlichkeitstheorie" vorgebracht (E 12 bis 15), ohne damit schon seine „Vorsätzlichkeitstheorie" positiv bewiesen zu haben. Greift man dazu auf das Wesen der Teilnahme zurück, so läßt sich diese – angesichts der objektiv-kausalen Gleichwertigkeit jedes Tatbeitrags – ihrerseits nur durch Abgrenzung von der Täterschaft bestimmen. Und stellt man dafür auf Täterwillen und Tatherrschaft (bzw. umgekehrt auf Förderung fremden Tatwillens und mangelnde Tatherrschaft) ab (vgl. Nr. 37 A 5, 15), so muß für Teilnahme genügen, daß der Anstifter oder der Gehilfe fremdes vorsätzliches Handeln zu veranlassen oder zu unterstützen *glaubt.*

20 c) Dementsprechend muß bereits ein vom Teilnehmer *vorgestelltes vorsätzliches Handeln* des Haupttäters genügen. Nach dieser **„Vorstellungstheorie"**, wie sie vor allem von *Baumann, Jescheck, Lackner, Roxin, Sax* und *Schönke-Schröder* (vgl. 17. Aufl. 87, 95 vor § 47 m. w. N.) dogmatisch begründet, vom BGH jedoch ebenfalls abgelehnt wurde (E 15), muß der Teilnehmer zwar die *Vorstellung* haben, der Haupttäter handele vorsätzlich, jedoch ist *nicht* unbedingt erforderlich, daß dieser auch *tatsächlich* mit Vorsatz handelt. Auf dieser Basis ist Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat durchaus möglich, sofern nur der Teilnehmer zu einer Vorsatztat anzustiften oder Beihilfe zu leisten *glaubt.* – Dementsprechend würde es im *Pantopon-Fall* darauf ankommen, ob der A die Ärzte trotz seiner Täuschung für bösgläubig und daher für vorsätzlich handelnd ansah: dann Anstiftung; oder aber für gutgläubig: dann an sich mittelbare Täterschaft, die jedoch hier wegen des Sonderdeliktscharakters des fraglichen Tatbestandes ausscheiden dürfte.

21 *Frage:* Würden die *Einwände,* die der BGH gegen die „Unvorsätzlichkeitstheorie" erhoben hat (A 14), auch gegen die These der „Vorstellungstheorie" durchschlagen? Soweit es um die Grenzschwierigkeiten zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft bzw. Beihilfe und Mittäterschaft geht (E 12, 13), wäre dies zu verneinen; denn die „Vorstellungstheorie" müßte eigentlich gerade der subjektiven Animus-Theorie der Rspr entgegenkommen, wonach es entscheidend auf die Anstifter- bzw. Gehilfen*vorstellung* ankommt (vgl. Nr. 37 A 5 und Nr. 38 A 5 ff.). – Ebensowenig leuchtet ein, daß die „Vorstellungstheorie" durch den Grundsatz der Straflosigkeit versuchter Beihilfe ausgeschlossen sei (E 15); denn selbstverständlich muß es auf jeden Fall zu einer rechtswidrigen Haupttat gekommen sein: wäre aber dann die Beihilfe wirklich nur versucht?

22 Freilich bleibt der Einwand, daß der „Vorstellungstheorie" der Wortlaut der §§ 26, 27 entgegenstehe (so – trotz Anerkennung ihrer dogmatischen Richtigkeit – *Roxin* JuS 1973, 335, *S/S-Cramer* 32 f. vor § 25 sowie *Jescheck* § 61 VII 3). Dem ist jedoch aufgrund der Gesetzesmaterialien entgegenzuhalten, daß durch diese Fassung lediglich die „Unvorsätzlichkeitstheorie" (A 13) ausgeschaltet werden sollte, im übrigen jedoch die Streitfrage offenblieb (vgl. BT-Drs. V/4095 S. 13). Daher kann mit *Baumann* § 37 I 2 a β, *D-Tröndle* 10 vor § 25 und *Lackner* 4 a vor § 25 der „Vorstellungstheorie" auch weiterhin der Vorzug gegeben werden.

23 **III. „Urheberschaft" als Auffangfigur?**

Wie im Vorangehenden sichtbar wurde, führt die Abhängigkeit der Teilnahme von bestimmten Qualitäten der Haupttat zu Strafbarkeitslücken, die je nach dem Standpunkt zum Vorsätzlichkeitserfordernis (A 12 ff.) unterschiedlich groß sein können. Das trat vor allem in dem stark umstrittenen *Fluchturheber-Fall* **OLG Stuttgart MDR 1959, 508** zutage: Nach einem von der A verursachten Verkehrsunfall sprach der Beifahrer B mit dem Verletzten, kam zurück und erklärte ihr wahrheitswidrig, es sei alles erledigt; darauf fuhr sie weg (nähere Fallwiedergabe in StrafR I Nr. 14 A 36). Daß die A aufgrund ihrer Gutgläubigkeit straflos sein muß, stand außer Frage. Wie aber steht es mit dem B, der die A bewußt irregeleitet und dadurch zum Wegfahren bewogen hatte?

24 1. Die vielleicht naheliegende Annahme von Unfallflucht durch **mittelbare Täterschaft** des B scheitert daran, daß er selbst nicht wartepflichtig war, ihm also eine (auch für den neugefaßten) § 142 erforderliche Tätereigenschaft fehlt (vgl. *Denunziatin-Fall* Nr. 38 A 37 sowie *S/S-Cramer* § 142 Rdnr. 61).

A 25 2. Käme statt dessen **Anstiftung** zu § 142 in Betracht? Das OLG hat dies bejaht, indem es die Fehlvorstellung der A als Irrtum über die Tragweite ihrer Wartepflicht und demgemäß als *Verbotsirrtum* deutete, mit der Folge, daß davon ihr (tat-)vorsätzliches Handeln unberührt blieb (vgl. A 10).

26 Diese problemverdrängende Irrtumsdeutung (vgl. StrafR I Nr. 14 A 36f.) wurde jedoch zu Recht als unzulässige Sachverhaltsverdrehung gerügt und stattdessen ein vorsatzausschließender *Tatumstandsirrtum* der A angenommen (*Dahm* MDR 1959, 508, *Lange* JZ 1959, 560ff.). Welche Folgen hat das für die *Anstiftungs*frage? Prüft man die verschiedenen Vorsätzlichkeitsthesen durch, so ergibt sich folgendes:

27 – Nach der *„Vorsätzlichkeitstheorie"* der h. M. (A 15) scheidet Anstiftung schon deshalb aus, weil die Haupttäterin A unvorsätzlich gehandelt hat.

– Nach der *„Vorstellungstheorie"* (A 20) scheitert Anstiftung daran, daß B um das unvorsätzliche Handeln der A wußte.

28 – Doch selbst nach der *„Unvorsätzlichkeitstheorie"* (A 13) käme man hier nicht weiter: Zwar würde danach der Tatbestandsirrtum der A an sich Anstiftung nicht ausschließen. Da B die A jedoch bewußt irreführte, hat er über den bloßen Anstiftervorsatz hinaus sowohl Tatherrschaft wie Steuerungsbewußtsein, ist also seiner Beteiligungsrolle nach *Täter,* wofür er freilich nicht haftbar gemacht werden kann, weil ihm die besondere Tätereigenschaft der persönlichen Wartepflicht fehlt (vgl. A 24).

Frage: Ist demnach B für straffrei zu erklären? Um derartige Lücken, die weder mit den allgemeinen Täter- noch mit den Anstifterfiguren geschlossen werden können, zu überbrücken, wurde eine besondere Rechtsfigur entwickelt:

29 3. Sog. **„Urheberschaft".** Diese soll überall dort durchgreifen, wo der Urheber fremden rechtswidrigen Verhaltens – abgesehen von bestimmten Sonderqualitäten – alle sonstigen Täterkriterien aufweist: Ihrer dogmatischen *Struktur* nach handelt es sich dabei um eine Figur, die zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung einzuordnen ist. – Hinsichtlich der *Rechtsfolgen* sollen die Anstifterregeln anzuwenden sein (grundlegend dazu *Schönke-Schröder*[17] 114ff. vor § 47). – *Konsequenz:* Als Urheber der Unfallflucht der A wäre B nach §§ 142, 26 strafbar.

30 –Indes: Schon nach altem Recht war zweifelhaft, ob diese Rechtsfigur mit dem Analogieverbot vereinbar sei (vgl. etwa *Welzel* § 16 I 2a, *Lampe* ZStW 77, 262). Und nachdem inzwischen durch die Neufassung des § 26 auch die „Unvorsätzlichkeitstheorie" ausgeschlossen ist, ist damit auch für eine „Urheberschaft" **keinerlei Raum** mehr (vgl. *S/S-Cramer* 33 vor § 25). Damit bleibt in allen Fällen, in denen der steuernde Hintermann um die Gutgläubigkeit seines Werkzeugs weiß, ihm selbst aber eine tatbestandlich erforderliche Sondereigenschaft fehlt, eine Lücke, die sich strafrechtlich nicht schließen läßt.

31 **Schrifttum:** Zur **Akzessorietät der Teilnahme** und **Qualität der Haupttat** vgl. *Baumann* § 35 III 3, § 37 I, III 2, *Blei* I §§ 75–77; *Bockelmann* I § 25; *D-Tröndle* 9f. vor § 25; *Jescheck* § 61 VII; *Lackner* 4 vor § 25; *M-Gössel* I/2 § 53; *H. Mayer* A T § 39; *Otto* I § 22 I; *Roxin* LK 1–26 vor § 26; *Samson* SK 1ff. vor § 26; *Schmidhäuser* 14/55–96, S/S-Cramer 17–48 vor § 25; *Stratenwerth* § 13, *Welzel* § 16 I, V; *Wessels* I § 13 IV.

Vgl. ferner *Bockelmann,* Beteiligung an vermeintlich vorsätzlichen rechtswidrigen Taten, Gallas-FS S. 261; *Dahm,* Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, NJW 1949, 809; *Herzberg,* Täterschaft und Teilnahme, 1977, §§ 8–10; *Lange,* Zur Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, JZ 1959, 560; *Lüderssen,* Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967; *M.-K. Meyer,* Tatbegriff und Teilnehmerdelikt, GA 1979, 252; *Mezger,* Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen, JZ 1954, 312; *Sax,* Zur Problematik des Teilnehmerdelikts, ZStW 90 (1978) 927; *Tröndle,* Zur Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, GA 1956, 129; *Welzel,* Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen, JZ 1954, 429

Akzessorietät – „Besondere persönliche Merkmale" – Verjährung

BGHSt 22, 375: Rassenhaß-Fall

5 StR 658/68 v. 20. 5. 1969 = NJW 1969, 1181

SV **Sachverhalt:** Der A war in den Jahren 1942/43 als Kriminalassistent und Angehöriger des „Judenreferats" beim Kommandeur der Sicherheitspolizei und des SD in Krakau an Vernichtungsmaßnahmen gegen zahlreiche Juden beteiligt. Nach den Feststellungen des SchwurG wußte er, daß die Opfer allein aus Rassenhaß umgebracht wurden. Doch war er nur Gehilfe und hatte selbst nicht diesen niedrigen Beweggrund. – Die erste richterliche Ermittlungsmaßnahme wegen dieser Taten wurden durch den Haftbefehl vom 9. 3. 1965 gegen ihn ergriffen.

P **Zur Problemstellung:** Aktueller Anlaß für diese Entscheidung war die Frage, ob die von A in den Jahren 1942/43 geleistete Beihilfe zum Mord von Juden durch NS-Organe im Zeitpunkt des Haftbefehls vom 9. 3. 1965 bereits *verjährt* war. Da wegen Nichtverfolgung derartiger Verbrechen in der NS-Zeit der Beginn der Verjährungsfrist mit dem Zusammenbruch des 3. Reiches, d. h. auf den 8. 5. 1945 anzusetzen war (VO von 1947), hing die Verjährung davon ab, ob sie nach der (damals) 20jährigen Verjährungsfrist für *Verbrechen*, die mit *lebenslangem* Zuchthaus bedroht waren (Mord nach § 211), zu berechnen war, oder nach der nur 15jährigen Verjährungsfrist für *nicht lebenslänglich* bedrohte Verbrechen (so Totschlag nach § 212); vgl. § 67 i. d. bis zum 9. StÄG von 1969 geltenden Fassung.

Diese Frage nach der maßgeblichen Strafdrohung hängt ihrerseits davon ab,

– ob die Mordbeihilfe eines Gehilfen, der seinerseits keinerlei Mordmerkmale verwirklicht hat, nach § 212 zu bestimmen ist: dann wäre die Beihilfe bereits nach Ablauf von 15 Jahren seit 1945, also 1960 verjährt gewesen;

– oder ob der Gehilfe ohne Rücksicht auf selbstverwirklichte Merkmale aus § 211 als der *Haupttat* zu sanktionieren ist: dann käme zunächst einmal die längere Verjährungsfrist von 20 Jahren zum Zuge. Für die damit aufgeworfene Frage nach dem anzuwendenden Tatbestand ist § 28 (§ 50 a. F.) bedeutsam:

– Kommt § 28 I zur Anwendung (Mordkriterien als straf*begründende* Merkmale), so bleibt der Teilnehmer nach § 211 strafbar, wobei jedoch die Strafe zu mildern ist, wenn es sich bei den verwirklichten Mordkriterien um „besondere persönliche Merkmale" handelt; doch stellt sich dann hinsichtlich der Verjährung die weitere Frage, ob die Strafmilderung zwangsläufig auch die kürzere Verjährungsfrist zur Folge hat. Da dies die Rspr. bereits bejaht hatte (vgl. BGH NJW 1962, 2209), hängt der Verjährungseintritt davon ab, ob es sich bei Rassenhaß um ein *„besonderes persönliches Merkmal"* i. S. von § 28 I handelt.

– Diese Frage stellt sich allerdings auch dann, wenn man in den Mordkriterien lediglich straf*modifizierende* Merkmale i. S. von § 28 II (§ 50 III a. F.) erblickt; denn dann ist ein Teilnehmer, dem das „besondere persönliche Merkmal" fehlt, nicht nach § 211, sondern aus § 212 zu bestrafen, so daß seine Beihilfe der kürzeren Verjährungsfrist für Totschlag unterfällt.

– Handelt es sich bei den Mordkriterien dagegen um *keine* „besonderen persönlichen Merkmale", so scheidet § 28 von vorneherein aus, mit der Folge, daß A aus der Haupttat des § 211 zu bestrafen ist und damit seine Beihilfe der (noch nicht abgelaufenen) längeren Verjährungsfrist für Mord unterliegt.

Somit hängt die Verjährung letztlich von folgenden Fragen ab:

– Ist auf die Mordbeihilfe des A § 28 anwendbar, und wenn ja, Abs. I oder II?

– Handelt es sich bei den Mordkriterien um „besondere persönliche Merkmale" i. S. v. § 28?

– Welche Auswirkung hat eine Strafmilderung nach § 28 I für die Verjährungsfrist?

Dazu führt der BGH u. a. aus:

E 1 **Aus den Gründen:** **[377]** „Nach der st. Rspr. des BGH sind die Tatsachen, die die vorsätzlich ausgeführte Tötung eines Menschen nach § 211 II als Mord kennzeichnen, „echte
2 Tatbestandsmerkmale" (BGHSt 1, 368/371). Da sie also „die Strafbarkeit des Täters begründen", wie sich § 50 II [a. F.; jetzt § 28 I] ausdrückt, fallen sie unter diese Bestimmung, wenn sie zugleich „besondere persönliche Merkmale" sind. Das trifft für die „niedrigen Beweggründe" als Tatbestandsmerkmal des Mordes aus folgenden Erwägungen zu.

E 3 **[378]** 1. Der Gegensatz zu den „besonderen persönlichen Merkmalen" liegt in solchen Tatumständen, die nicht zur Person des Täters, sondern zur äußeren Mordtat selbst gehören, wie z. B. die Verwendung von gemeingefährlichen Mitteln (§ 211 II). Jene sind „täterbezogen", diese „tatbezogen" genannt worden.

4 2. Es entspricht nun dem Sprachgebrauch und dem natürlichen Verständnis, niedrige Beweggründe des Mörders zu den besonderen persönlichen Umständen zu rechnen. Das ist auch berechtigt. „Ein Motiv des Täters liegt in seiner Person und nirgends anders" (Koffka JR 69, 41/42).

5 3. Es gibt auch keine Entscheidung des BGH, die auf einer gegenteiligen Auffassung beruht. Die vom GenBA vorgetragenene Meinung, die „Rechtssprechung des BGH" habe die niedrigen Beweggründe des § 211 II bisher zu den „tatbezogenen" Merkmalen gezählt, trifft nicht zu. Der 2. StS hat vielmehr in BGHSt 1, 368/371 in anderem Zusammenhange gerade gesagt, daß die niedrigen Beweggründe „zwar nicht das äußere Bild der Tat, sondern die innere Haltung des Täters" kennzeichnen. Auf sie den (damaligen) § 50 II anzuwenden, hat er schon deshalb abgelehnt, „weil sie nicht ‚die Strafe schärfen', sondern die Strafbarkeit des Täters als Mörder erst begründen" (BGHSt 1, 368/372) ... Am Schluß seiner Entscheidung hat der 2. StS ausdrücklich offengelassen, „ob Beweggründe überhaupt unter § 50 II [a. F.] fallen", nämlich persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse sein können. Dieser Zweifel war verständlich, solange § 50 II nicht, wie jetzt [§ 28 I] um die „besonderen persönlichen Umstände" erweitert war. Auf diese Entscheidung beruft sich daher der GenBA zu Unrecht ...

6 **[379]** 4. Wie der GenBA zugibt, geht die amtliche Begründung des RegE zur Neufassung des § 50 II [a. F.] „ersichtlich davon aus, daß die niedrigen Beweggründe nach § 211 täterbezogene und damit persönliche Umstände i. S. des (neugefaßten) § 50 II seien. „Denn sie führt", so schreibt der GenBA weiter, „als Beispiel eines besonderen persönlichen Umstandes u. a. das Handeln ‚aus Habgier' und damit einen der in § 211 benannten niedrigen Beweggründe an". Das geht auf einen Beschluß der GrStrKomm. zurück (vgl. Koffka JR 69, 41, 42). Der GenBA meint, die Auffassung, die der amtlichen Begründung zugrunde liegt, habe im Gesetz selbst keinen Ausdruck gefunden. Darauf kommt es aber hier nicht an. Der Gesetzestext ist klar und eindeutig. Es könnte höchstens darum gehen, ob etwa die Gesetzesgeschichte für eine vom Wortlaut abweichende Auslegung spricht. Das Gegenteil ist aber der Fall.

5. Auch die übrigen Erwägungen des GenBA überzeugen nicht.

7 **[38]** a) Er beruft sich zu Unrecht auf Urteile über Fälle, in denen nach dem Gesetz eine bestimmte Absicht des Täters die Strafe schärft. Es trifft zu, daß der erk. Senat den § 50 II (a. F.) in einem unveröff. Urt. v. 21. 11. 1958 – 5 StR 501/58 – nicht auf den erschwerten Muntbruch nach § 235 III [a. F.] angewendet hat. Dort war die – dem Gehilfen bekannte – Absicht des Täters, die Jugendliche zur Unzucht zu gebrauchen, ein „tatbezogenes Unrechtsmerkmal"; sie erhöht „die Verwerflichkeit der Tat als solcher und ist keine besondere persönliche Eigenschaft des Täters". Hieraus ergibt sich jedoch nichts für die jetzt zu entscheidende Frage. Die „Absicht" in § 235 III [a. F.] und in manchen anderen Strafbestimmungen, z. B. die Absicht rechtswidriger Zueignung in § 242 hat als gesetzliches Merkmal die Bedeutung, daß es nicht zur Unzucht oder Zueignung zu kommen braucht. Es genügt, wenn die Tat daraufhin angelegt ist. Schon dann muß beim Muntbruch die Strafe nach § 235 III [a. F.] geschärft, bei der Wegnahme einer Sache der Täter als Dieb verurteilt werden. Das Vergehen des Diebstahls ist rechtlich bereits vollendet, wenn der Erfolg, der zur sog. tatsächlichen Beendigung gehört und sehr oft auch eintritt, noch nicht verwirklicht worden ist, sofern er nur beabsichtigt war. Diese Absicht des Täters steht an Stelle eines entsprechenden äußeren Merkmals, ist „tatbezogen". Auf die „niedrigen Beweggründe" in § 211 II trifft das alles nicht zu.

8 b) Das äußere Bild der Tat wurde in den Mordfällen der vorliegenden Art nicht schon durch den niedrigen Beweggrund der nationalsozialistischen Machthaber, sondern erst durch die Art seiner äußeren Verwirklichung, insbesondere durch die Schaffung eines umfangreichen Vernichtungsapparates geprägt. Auf den Tatbestand des Völkermords verweist der GenBA in diesem Zusammenhange zu Unrecht. Der § 220a richtet sich dagegen, daß eine Volksgruppe der dort bezeichneten Art ganz oder teilweise zerstört wird. Zu seinem gesetzlichen Tatbestand gehört das aber nicht. Es genügt, daß die Tat **[381]** daraufhin angelegt ist. Es handelt sich hier um ein Absichtsverbrechen der unter a) behandelten Art. Daß eine scharfe Grenze zwischen der Absicht in § 220a und den niedrigen Beweggründen des § 211 nicht gezogen werden könne, ist unrichtig. Der GenBA räumt ein, daß § 220a nicht auf Taten angewendet werden darf, die begangen worden sind, ehe er in Kraft trat. Auf solche rückwirkende Anwendung laufen aber seine Ausführungen im Ergebnis hinaus ...

9 c) Der GenBA vermißt einen einleuchtenden Grund, „weshalb derjenige, der als Gehilfe bei einer aus Rassenhaß begangenen Tötung mitwirkt und dabei weiß, daß sie ein Beitrag zur Ausrottung einer ganzen Volksgruppe ist, besser gestellt werden soll als der Teilnehmer z. B. am heimtückisch begangenen Mord". Das ist in der Tat nicht einzusehen. Das ungereimte Ergebnis hat seinen Grund darin, daß „bei den Vorarbeiten zum EGOWiG offensichtlich übersehen worden ist, welche Konsequenzen die Neugestaltung des § 50

E [a. F.] für die Verjährung hat, insbesondere für das Problem der Verjährung der Teilnahme am Mord" (Schröder JZ 69, 132). Die ungleichen Folgen, die die Neuregelung für die Beihilfe zu verschiedenen Arten des Mordes hat, können daher bei der Auslegung nicht berücksichtigt werden.

10 III. Da also das besondere persönliche Merkmal des Handelns aus niedrigen Beweggründen, das die Strafbarkeit der Täter wegen Mordes begründet, bei H als Gehilfen nicht vorliegt, muß gemäß § 50 II [a. F.; § 28 I] die Strafe für ihn nach den Grundsätzen über die Bestrafung des Versuchs [jetzt § 49 I] gemildert werden. Nach § 44 II [a. F.; § 49 I Nr. 1] ist, da Mord in § 211 I mit lebenslangem Zuchthaus bedroht ist, auf eine zeitige Zuchthausstrafe von mindestens 3 Jahren zu erkennen.

11 IV. Nach dieser Strafdrohung für den A als Mordgehilfen und nicht nach der lebenslangen Zuchthausstrafe, die § 211 I für den Mörder selbst vorschreibt, **[382]** richtet sich die Länge der Verjährungsfrist. Das ist ... „für die ganz überwiegende Meinung niemals zweifelhaft gewesen. Der Zwang zur Herabsetzung der Strafe bedeutet eben bei absolut bestimmten Strafen eine inhaltliche Veränderung der Strafdrohung" (Schröder JZ 69, 132, 133) ... Die Verjährungsfrist beträgt daher nach § 67 I [a. F.] im vorliegenden Fall 15 Jahre [jetzt nach § 78 III Nr. 2 20 Jahre].

12 VI. Die fünfzehnjährige Verjährungsfrist ist abgelaufen ... **[385]**. Das Verfahren ist daher auf Kosten der Landeskasse einzustellen."

A Zur Erläuterung und Vertiefung:

1 **I. Allgemeines zum Akzessorietätserfordernis.**

Wenn auch durch das Verjährungsproblem veranlaßt, steht doch im dogmatischen Mittelpunkt dieser Entscheidung die Frage nach der *Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat*, hier allerdings beschränkt auf die Akzessorietät der Teilnehmer*strafe*; denn während es im *Pantopon-Fall* Nr. 41 um die Voraussetzungen ging, unter denen von einer Teilnahme an fremden Handeln gesprochen werden kann (Akzessorietäts-*Voraussetzungen*), geht es hier nur noch darum, wie eine akzessorische Teilnahme zu sanktionieren ist (Akzessorietäts-*Folgen*).

2 Diese Frage wird vor allem dort relevant, wo die Rechtsgutsverletzung (hier Tötung eines Menschen) in **verschiedenen Modalitäten** tatbestandlich vertypt ist (wie hier allgemein in § 212 und speziell in §§ 211, 216, 217). Falls sich in solchen Fällen die strafbarkeitsrelevanten Kriterien bei Täter und Teilnehmer nicht voll decken, sondern bei einem Tatbeteiligten tatbestandliche Merkmale gegeben sind, die beim anderen fehlen, welchem Tatbestand soll dann die Strafdrohung entnommen werden? Dazu sind im wesentlichen 3 Wege denkbar:

2a – Zum einen, daß man auch die Strafsanktion für den Teilnehmer streng und ausnahmslos dem vom *Haupttäter* verwirklichten Tatbestand entnimmt: Dann wäre hier A wegen der „niedrigen Beweggründe" des Täters nach § 211 zu bestrafen.

2b – Oder man hebt auf den durch den Beteiligten *jeweils in eigener Person* mitverwirklichten Tatbestand ab: Dann wäre für den nicht aus Rassenhaß handelnden und auch sonst nicht mordqualifizierten Gehilfen die Strafdrohung des § 212 maßgeblich.

2c – Schließlich ein *mittlerer Weg*, den das StGB verfolgt, indem es bei sog. „täterbezogenen" Merkmalen auf die vom jeweiligen Tatbeteiligten verwirklichten Merkmale abhebt (Prinzip 2b), bei „tatbezogenen" Kriterien hingegen die Akzessorietät streng durchführt (Prinzip 2a). Bevor jedoch auf diese Grundunterscheidung, die noch durch eine weitere Differenzierung verkompliziert wird, einzugehen ist (dazu III, IV), ist zunächst noch auf allgemeine Grundsätze hinzuweisen, die den Vorsatz und die Schuld betreffen (II).

3 **II. Vorsatz- und Schuldfragen: Verhältnis von § 28 zu § 29.**

1. Eine Bestrafung des Teilnehmers aus dem Tatbestand und nach der Strafdrohung der Haupttat (hier nach § 211), kommt von vorneherein nur dann in Betracht, wenn der vom Haupttäter verwirklichte Tatbestand auch vom **Vorsatz des Teilnehmers** umfaßt ist. Warum? Nach dem Grundsatz „limitierter Akzessorietät" (§ 29) ist jeder Tatbeteiligte nach seiner *eigenen Schuld* strafbar (vgl. *Pantopon-Fall* Nr. 41 A 5 f.). Weiß er etwa nicht, daß bestimmte Mordkriterien beim Haupttäter vorliegen, so fehlt ihm insoweit der Vorsatz der Anstiftung bzw. Beihilfe zu einem Mord. Da ihm diese Umstände nach § 16 nicht zugerechnet werden dürfen, kann er schon aus Vorsatzgründen nur aus jenem Tatbestand bestraft werden, auf dessen Verwirklichung sein Anstifter- bzw. Gehilfenvorsatz gerichtet war (wobei hier offen bleiben kann, ob durch diesen Vorsatzmangel bereits das Unrecht oder erst die Schuld entfällt; zu diesen Systemfragen näher StrafR I Nr. 3 A 15 ff., 23 ff.). *Konsequenzen:*

A 4 a) Dementsprechend hat hier das Gericht zu Recht zunächst die Feststellung treffen müssen, daß der *Gehilfe* A darum *wußte*, daß die Opfer aus Rassenhaß umgebracht wurden, die *Haupttäter* also Mord begangen haben.

5 b) Geht umgekehrt der Teilnehmervorsatz über das hinaus, was der Haupttäter tut (A will zum Raub anstiften, T begeht jedoch nur Diebstahl), so kommt Teilnahme an dem tatsächlich verwirklichten Delikt (§§ 242, 27) und hinsichtlich des *„überschießenden"* Vorsatzes versuchte *Anstiftung* (§§ 249, 30 I) in Betracht. Vgl. den *Meineidanstiftungs-Fall* BGHSt 9, 131 sowie allgemein zu § 30 *Wachtmeister-Fall* Nr. 47. – Dagegen bleibt ein ‚überschießender" *Gehilfenvorsatz* straflos. Warum? Weil *versuchte Beihilfe* grundsätzlich *straflos* ist.

6 2. Entsprechendes gilt auch für (sonstige) **allgemeine Schuldmerkmale:** Handelt etwa ein Tatbeteiligter in unvermeidbarem Verbotsirrtum (§ 17) oder Notwehrexzeß (§ 33) oder kommt ihm hinsichtlich der Haupttat (bzw. etwaiger Abwandlungen) ein sonstiger Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgrund zugute (etwa §§ 20, 33, 35), so haftet er schon nach § 29 nur für die von ihm schuldhaft mitverwirklichte Tat.

6a – Soweit einem Tatbeteiligten jedoch Schuldmerkmale fehlen, bei denen es sich *nicht* um solche der vorgenannten *allgemeinen* Art, sondern um *besondere tatbestandliche* Merkmale handelt, richtet sich deren Zurechenbarkeit nicht mehr nach § 29, sondern nach § 28: So die heute h. M. (eingehend dazu *Samson* SK § 28 Rdnr. 7 ff., *S/S-Cramer* § 28 Rdnr. 4 ff.). – Demgegenüber will eine Mindermeinung auch *spezielle* Schuldmerkmale – wie z. B. die Nichtehelichkeit der Mutter bei § 217 – nicht nach § 28, sondern nach § 29 behandeln (so *Jescheck* § 42 III 2, § 61 VII 5 c, *Schmidhäuser* 14/86, 96, *Wessels* I § 13 IV 1 d), während wieder andere den § 29 nur auf straf*begründende* spezielle Schuldmerkmale – wie z. B. die Böswilligkeit bei § 130 Nr. 3 – anwenden, dagegen bei nur straf*modifizierenden* Merkmalen – wie der vorgenannten Nichtehelichkeit – nach § 28 II verfahren wollen (so *Herzberg*, Täterschaft S. 122, *Roxin* LK § 28 Rdnr. 11 f.).

6b Somit bleibt zunächst festzuhalten: Kommt man auf dieser Prüfungsstufe zu dem Ergebnis, daß der Tatbeteiligte (wie hier der A) um alle Merkmale des vom Haupttäter verwirklichten Tatbestandes wußte (A 4) und auch kein allgemeines Schuldmerkmal i. S. von § 29 fehlt (A 6), so ist eine Akzessorietätslockerung nur noch nach § 28 möglich:

III. Akzessorietätslockerung bei „besonderen persönlichen Merkmalen" (§ 28).

7 1. **Grundunterscheidung:** Durch § 28 soll ermöglicht werden, daß bestimmte Tatbestandsmerkmale jeweils nur dem Tatbeteiligten zugerechnet werden, bei dem sie in persona vorliegen. Jedoch werden solche Konzessionen nur bei „besonderen persönlichen Merkmalen" gemacht. Da dies für beide Alternativen des § 28 I bzw. II gilt, ist von vorneherein zu **unterscheiden** zwischen:

- „besonderen persönlichen Merkmalen" einerseits, die auch als **„täterbezogene"** bezeichnet werden: nur hier ist überhaupt Raum für § 28,
- und sonstigen Merkmalen andererseits, die auch als **„tatbezogene"** bezeichnet werden (E 6): bei solchen hat § 28 von vorneherein außer Betracht zu bleiben (zu den sich daraus ergebenden Konsequenzen vgl. A 13 ff.).

8 2. Worin ist die **Ratio dieser Differenzierung** zu erblicken? An sich würde es vom Akzessorietätsprinzip her naheliegen, dem Teilnehmer die gleichen Erschwerungsgründe zur Last zu legen wie dem Haupttäter bzw. ihm umgekehrt auch alle Privilegierungen des Haupttäters zugute kommen zu lassen. Dies wurde jedoch als eine ungerechte, weil rein unrechtsbezogene Pauschalierung empfunden. Um dies abzumildern und damit wenigstens gewissen personalen Besonderheiten beim Teilnehmer gerecht zu werden – und zwar sowohl erleichternd als gegebenenfalls auch erschwerend –, läßt § 28 eine Einschränkung der Akzessorietät zu, soweit „besondere persönliche Merkmale" eines Tatbestandes in Frage stehen (vgl. *Jescheck* § 61 VII 4).

9 3. **Abgrenzung im einzelnen:** Zu den **„täterbezogenen"** besonderen persönlichen Merkmalen gehören nach der Legaldefinition in § 14 I:

- *Eigenschaften* i. S. von Wesensmerkmalen des Menschen: z. B. Alter oder Geschlecht (§ 175),
- *Verhältnisse* i. S. von Umweltbeziehungen des einzelnen: wie z. B. Verwandtschaft (§ 173), Ehegatteneigenschaft (§ 171), nichteheliche Mutterschaft (§ 217), Stellung als Amtsträger (§§ 331 ff.);
- sowie andere *Umstände* persönlicher Natur, so vor allem vorübergehender Art: wie z. B. Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit (§ 292 III).

A 10 Freilich: Damit ist zunächst nicht mehr gewonnen als eine phänomenologische Umschreibung von Merkmalen, die einen personalen Einschlag haben, ohne daß aber damit schon ihre Zugehörigkeit zum Merkmalkreis des § 28 zwingend wäre; denn auch die Zueignungsabsicht beim Diebstahl ist unstreitig subjektiver Natur und dennoch nach nahezu einhelliger Auffassung kein „besonderes persönliches Merkmal" i. S. von § 28 (vgl. E 7 sowie *Halsketten-Fall* OLG Hamm MDR 1975, 772). Deshalb hat sich die Unterscheidung des BGH danach, ob der Tatumstand „zur Person des Täters" oder „zur äußeren Tat gehört" (E 3), als nicht hinreichend erwiesen. Doch auch das Abheben auf mangelnden „Rechtsgutsbezug" (vgl. etwa *Samson* SK § 28 Rn. 19f.) bzw. „Wertneutralität" *(Herzberg)* hat sich nicht als gangbar erwiesen (vgl. *Roxin* LK § 28 Rn. 23ff.). Immerhin hat sich aber durch diese Untersuchungen ergeben, daß jedenfalls zwei Merkmalsgruppen als „täterbezogen" dem § 28 zuzuordnen sind:

11 a) Zum einen **spezielle Schuldmerkmale** sowie sonstige, jenseits der Unrechtscharakterisierung liegende *persönliche Strafausschließungs-* und *Strafaufhebungsgründe:* Zu dieser Gruppe gehören insbes. schuldmindernde Eigenschaften (wie etwa die Nichtehelichkeit der Mutter bei § 217) bzw. schuldsteigernde Motive (wie vorliegend der Rassenhaß als sonstiger „niedriger Beweggrund" i. S. von § 211: insoweit zutr. E 5–8; vgl. auch StrafR III Nr. 1 A 33ff.). Dagegen ist auf *Absichten*, die – wie z. B. die Zueignungsabsicht bei § 242 oder die Täuschungsabsicht bei § 267 – als *subjektive Unrechtsmerkmale* zu begreifen sind, als „tatbezogen" § 28 *nicht* anwendbar. – Weitere Einzelheiten bei *Roxin* LK § 28 Rdnr. 30ff. (ohne aber damit dessen weitere Differenzierung zwischen straf*begründenden* und bloß straf*modifizierenden* Schuldmerkmalen mitvollziehen zu wollen: vgl. oben A 6a).

12 b) Zum anderen ist „Täterbezogenheit" bei **besonderen Pflichtenstellungen höchstpersönlicher Art** anzunehmen (vgl. *Roxin* LK § 28 Rn. 32, *Wessels* I § 13 IV 1c): Dazu zählen neben der Eigenschaft als *Amtsträger* (vgl. §§ 331ff.) oder der Vermögensbetreuungspflicht bei § 266 (StrafR IV Nr. 17 A 73) insbes. auch die *Garantenpflichten* bei Unterlassungsdelikten (letzteres umstritten: wie hier u. a. *D-Tröndle* § 28 Rn. 6, *Langer* Lange-FS S. 262, *Roxin* LK § 28 Rn. 40, *Samson* SK § 28 Rn. 18, 21, *Stratenwerth* Rn. 934 sowie grundlegend *Vogler* Lange-FS S. 265ff.; verneinend hingegen *Geppert* ZStW 82, 40ff., *Jescheck* § 61 VII 4a, *S/S-Cramer* § 28 Rn. 13a).

13 **3. Konsequenzen:** Welche praktische Bedeutung hat die Unterscheidung zwischen (täterbezogenen) „besonderen persönlichen Merkmalen" und sonstigen (namentlich tatbezogenen) Umständen?

14 a) Soweit es sich um **tatbezogene** Merkmale handelt, wird die Teilnahme *akzessorisch* behandelt. Das bedeutet: gleichgültig, ob der Teilnehmer besondere tatbezogene Momente selbst erfüllt oder nicht, er wird immer nach dem vom *Haupttäter* verwirklichten Tatbestand bestraft. – Demgemäß wurde im *Kriegsrepressalie-Fall* **BGHSt 23, 103** die Beihilfe zum heimtückisch ausgeführten Mord folgerichtig streng akzessorisch nach § 211 bestraft, freilich mit der allgemeinen Milderungspflicht für Beihilfe nach §§ 27 II,

15 49 I. – Kurz: bei akzessorischen (weil nicht täterbezogenen) Merkmalen kommt allenfalls § 29, nicht dagegen § 28 in Betracht. Bei solchen Tatmerkmalen genügt deshalb für eine Bestrafung aus der Haupttat die Feststellung, daß der Teilnehmer um ihr Vorliegen beim Haupttäter gewußt hat (vgl. A 3ff.).

16 b) Soweit es dagegen um **täterbezogene** Merkmale geht, die zwar beim Täter, nicht aber beim Teilnehmer vorliegen (oder umgekehrt), wird die *Akzessorietät gelockert:* Dies jedoch nicht einheitlich, sondern je nach § 28 I oder II in unterschiedlichem Grade. Dafür wird nun eine weitere Unterscheidung wichtig:

17 **IV. Differenzierung** zwischen straf**begründenden** und straf**modifizierenden** persönlichen Merkmalen (§ 28 I bzw. II):

- Soweit es sich um straf*begründende* persönliche Merkmale handelt, kommt nach § 28 I Strafmilderung in Betracht (A 26).
- Soweit das persönliche Merkmal dagegen straf*modifizierenden* bzw. straf*ausschließenden* Charakter hat, findet nach § 28 II eine Tatbestandsverschiebung statt (A 23).

18 Die *Grenzlinie* zwischen beiden Gruppen läßt sich am besten von der letzteren her verdeutlichen:

a)Um straf**modifizierende** Umstände handelt es sich dort, wo das an sich gegebene Unrecht durch besondere Merkmale lediglich *qualifiziert* oder *privilegiert* wird:

19 – So z. B. *Strafschärfung* durch Gewerbsmäßigkeit bei Hehlerei (§ 260) oder durch die Amtsträgereigenschaft bei uneigentlichen Amtsdelikten (z. B. § 340). Auch die

A Mordkriterien haben nach h. L. nur strafschärfende Bedeutung, während sie vom BGH als strafbegründend verstanden werden (vgl. A 21; näher dazu StrafR III Nr. 1 A 7ff.).

– Umgekehrt wirkt straf*mildernd* die Nichtehelichkeit des Mutter-Kind-Verhältnisses bei § 217.

20 – Straf*ausschließende* Wirkung hat etwa die Jugendlichkeit bei § 173 III.

21 b) Bei den straf**begründenden** Merkmalen hingegen handelt es sich nicht nur um eine Modifizierung bereits vorhandenen Unrechts; vielmehr wird dieses durch die betreffenden Merkmale entweder überhaupt erst begründet (so etwa durch die Amtsträgereigenschaft bei echten Amtsdelikten: §§ 331ff.), oder das an sich vorhandene Unrecht erhält durch das Merkmal ein eigenständiges Gepräge. Eine solche Wirkung schreibt die Rspr insbesondere den Mordkriterien zu (E 1, A 19). Über die zusätzlichen Verkomplizierungen der Teilnehmerhaftung, wie sie bei Annahme teils tat-, teils täterbezogener Mordmerkmale eintreten kann (vgl. A 11), instruktiv *Arzt* JZ 1973, 681ff.

22 c) *In praxi* deckt sich die Unterscheidung zwischen strafbegründenden und lediglich straferschwerdenden Merkmalen im wesentlichen mit der Verselbständigung eines Grunddelikts zu einem *delictum sui generis* einerseits (so nach BGH von § 212 zu § 211) und der Abwandlung des Grunddelikts zu einer bloßen *Qualifizierung* andererseits (so § 259 zu § 260; vgl. *Samson* SK § 28 Rdnr. 23).

23 **2. Konsequenzen:** Welche Auswirkungen hat das Vorliegen der einen oder anderen Art persönlicher Merkmale für die Bestrafung von Täter und Teilnehmer?

a) Nach **§ 28 II** findet bei straf*modifizierenden* und straf*ausschließenden* Merkmalen (A 19f.) eine volle Durchbrechung der Akzessorietät statt: Der Tatbeteiligte wird aus dem Tatbestand bestraft, dessen Merkmal er persönlich verwirklicht hat. Er tritt also gleichsam eine **„Tatbestands-Verschiebung"** (*D-Tröndle* § 28 Rdnr. 8) ein, und zwar sowohl zugunsten als auch zuungunsten des jeweiligen Beteiligten (abw. für bloße „Strafrahmen-Verschiebung" *Cortes Rosa* ZStW 90,413ff., *Roxin* LK § 28 Rdnr. 4ff.).

24 – Beispiel: Sieht man in § 211 eine nur straf*schärfende* Qualifizierung des § 212 (h. L.), so wäre im vorliegenden Fall der A – trotz seiner Beihilfe zu einem Mord – nur als Gehilfe zum Totschlag nach §§ 212, 27 zu bestrafen, da er selbst nicht aus niedrigen Beweggründen handelt und ihm daher die straferschwerenden Motive des Täters nach § 28 II nicht zugerechnet werden düfen: *entlastende* Tatbestands-Verschiebung.

25 – Würde er dagegen persönlich aus niedrigen Beweggründen Beihilfe leisten, so wäre er als Mordgehilfe nach §§ 211, 27 zu bestrafen, und zwar selbst dann, wenn die Täter mangels eigener Verwirklichung von Mordkriterien nur wegen Totschlags strafbar wären: *belastende* Tatbestands-Verschiebung.

26 b) Nach **§ 28 I** hingegen findet bei straf*begründenden* Merkmalen *keine Tatbestands-Verschiebung* statt. Anknüpfungspunkt für die Bestrafung des Teilnehmers bleibt vielmehr auf jeden Fall der vom *Haupttäter* verwirklichte Tatbestand. Immerhin tritt aber auch hier insofern eine Akzessorietäts*lockerung* ein, als bei einem Tatbeteiligten, der ein strafbegründendes Merkmal nicht selbst verwirklicht hat, Strafe zwingend zu mildern ist: Hier also – anstelle einer Tatbestandsverschiebung – bloßer **Strafmilderungszwang.**

27 – Was bedeutet das für den vorliegenden Fall? Sieht man in den Mordkriterien straf*begründende* Merkmale (so der BGH: A 21), bleibt der A Mordgehilfe nach §§ 211, 27, und zwar selbst dann, wenn er *persönlich nicht* aus Rassenhaß gehandelt hat; jedoch muß seine Strafe gemildert werden (so folgerichtig E 10).

– Hätten umgekehrt die Täter nur Totschlag begangen, so wäre auch der A nur nach §§ 212, 27 strafbar, und zwar selbst dann, wenn er aus Rassenhaß Beihilfe geleistet hätte. Anders als bei § 28 II käme hier auch keine Strafschärfung in Betracht, da § 28 I lediglich eine Strafmilderung, nicht aber eine Strafschärfung vorsieht.

28 **V. Praktische Fallbearbeitung: Prüfungsstationen**

Angesichts der Vielfalt von Differenzierungen, wie sie sich aus der Akzessorietätsregelung ergeben haben, steht man bei Fallbearbeitungen häufig vor Aufbauproblemen. Um dabei die entscheidenden Weichenstellungen nicht zu verfehlen, empfehlen sich vor allem in solchen Fällen, wo etwaige besondere Tatbestandsmerkmale nicht von allen Tatbeteiligten verwirklicht erscheinen, folgende 3 Prüfungsstationen.

29 **1. Allgemeine Vorsatz-** und **Schuldprüfung (§ 29):** Wußte der eine Tatbeteiligte um das Vorliegen (bzw. Nichtvorliegen) jener Merkmale beim anderen Beteiligten?

– Wenn nein, so kann ihm nach den allgemeinen *Vorsatz*regeln von vornherein nur der vorgestellte Tatbestand zugerechnet werden (A 3f.).

– Fehlt einem Tatbeteiligten ein *allgemeines Schuld*merkmal, so entfällt insoweit nach § 29 die Zurechnung (A 6f.).

A – Sind sowohl Vorsatz wie auch Verschulden hinsichtlich der Haupttat zu bejahen, so kommt es zur:

30 **2. Akzessorietätsprüfung nach § 28:** Dafür kommt es zunächst darauf an, ob es sich bei den fraglichen Kriterien um **„besondere persönliche Merkmale"** handelt, d. h., daß zwischen *„tatbezogenen"* und *„täterbezogenen"* Merkmalen zu differenzieren ist (A 7ff.):

– Handelt es sich lediglich um ein *tat*bezogenes Merkmal, so bleibt es bei der streng akzessorischen Ausrichtung der Teilnahme an der Haupttat: Für § 28 ist somit von vorneherein kein Raum. Dementsprechend bleibt damit auch der an sich an der Haupttat ausrichtende Verbrechenscharakter der Teilnahme unberührt, was namentlich für § 30 bedeutsam sein kann (vgl. *S/S-Cramer* § 28 Rdnr. 17 sowie *Meuterei-Fall* Nr. 48 A 6). Soweit es sich bei der Teilnahme jedoch nur um *Beihilfe* (und nicht um Anstiftung) handelt, ist die *Strafe* nach § 27 II zwingend zu *mildern*.

– Handelt es sich dagegen um ein *täter*bezogenes Merkmal, so kommt es zur:

31 **3.** Differenzierung zwischen straf**begründenden** und straf**modifizierenden** Merkmalen (A 17ff.):

– Ist das Merkmal als straf*begründend* zu betrachten, so kommt § 28 I zum Zuge: Die Teilnahme bleibt an der *Haupttat* ausgerichtet, jedoch ist die Teilnehmerstrafe zu mildern (A 26ff.). Soweit es sich nur um Beihilfe handelt und dafür die Strafe ohnehin bereits nach § 27 II zu mildern ist (A 30), kommt somit in Verbindung mit § 28 I eine zweifache Strafmilderung in Betracht (vgl. *Samson* SK § 27 Rdnr. 20). Daher müßte bei straf*begründendem* Verständnis der Mordkriterien (BGH) heute dem A eine doppelte Reduzierung des Strafrahmens von § 211 zugute kommen.

– Bei straf*modifizierenden* Merkmalen hingegen kommt es nach § 28 II zu einer *Tatbestandsverschiebung:* Der Teilnehmer wird nach den in seiner Person vorliegenden Tatbestandsmerkmalen beurteilt und aus dem betreffenden Tatbestand bestraft (A 23ff.).

32 **VI. Verjährungsproblematik.**

Welche Auswirkung hat nun die Akzessorietätsregelung auf die Verjährungsfrage? Je nach der Anwendbarkeit des § 28 ergeben sich hier unterschiedliche Konsequenzen:

33 a) Ist die Tötung durch **tatbezogene** Mordkriterien gekennzeichnet (Heimtücke, gemeingefährliche Mittel), so ist für § 28 von vorneherein kein Raum; die Strafe für den Teilnehmer bestimmt sich daher voll akzessorisch nach der des Täters (A 3). Im Entscheidungszeitpunkt hätte das zur Folge gehabt, daß auch für Beihilfe die (damals) 20jährige Verjährungsfrist für Mord gegolten hätte (bzw. heute die Unverjährbarkeit nach § 78 II: vgl. A 37). – Folgerichtig war im *Kriegsrepressalie-Fall* BGHSt 23, 103 die Beihilfe zum heimtückischen Mord noch nicht verjährt. Insoweit ist auch der Streit um das Verhältnis von Mord und Totschlag ohne Relevanz.

34 b) War der Mord dagegen durch **täterbezogene** Merkmale gekennzeichnet und sieht man im Mord lediglich eine straf*schärfende* Qualifizierung des Totschlags (h. L.), so ist auf den Teilnehmer § 28 II anzuwenden, mit der Folge, daß für den nicht aus niedrigen Beweggründen handelnden Gehilfen die kürzere Verjährungsfrist für Totschlag gilt: Im Entscheidungszeitpunkt wäre daher im vorliegenden Fall die Mordbeihilfe bei Erlaß des Haftbefehls verjährt gewesen.

35 c) Sieht man in § 211 jedoch einen **selbständigen** Tatbestand (so der BGH), so kommt bei (*täter*bezogenen) niedrigen Beweggründen § 28 I zum Zuge; danach bleibt zwar die Strafe dem § 211 zu entnehmen, doch ist die (an sich lebenslängliche) Freiheitsstrafe für den nicht aus niedrigen Beweggründen handelnden Gehilfen zwingend zu mildern. Und auch dies führte den BGH konsequent zur Annahme der kürzeren Verjährungsfrist, so daß die Mordbeihilfe des A verjährt war (E 11, 12).

36 – Indes: Dieses Ergebnis hatte im Entscheidungszeitpunkt deshalb größtes Aufsehen hervorgerufen, weil bei Einführung des Strafmilderungszwanges in Fällen von § 28 I (§ 50 II a. F.) durch das EGOWiG 1969 vom Gesetzgeber nicht mitbedacht worden war, daß dies derartige Auswirkungen auf die Verjährung von Mordbeihilfe haben würde (vgl. E 9). Durfte sich da der BGH mit reinen *Wortargumenten* begnügen? Oder hätte eine *teleologische* Auslegung nicht dazu führen müssen, daß die Auswirkungen der Neufassung des § 50 a. F. auf die allein beabsichtigte Lockerung der Akzessorietätsregeln hätte beschränkt werden können? Vgl. dazu die Stellungnahme des Generalbundesanwalts NJW 1969, 1157 sowie *Baumann* NJW 1969, 1279ff., *Kirn* ZRP 1969, 124, *Schröder* JZ 1969, 132 und *Stree* JuS 1969, 403.

37 d) Auch nach Einführung der **Unverjährbarkeit von Mord** (§ 78 II i. d. F. des 6. StÄG v. 16. 7. 1979) ist diese Problematik nicht gänzlich obsolet geworden. Zwar gilt

A diese Unverjährbarkeit nun gleichermaßen für *täterschaftlichen* Mord wie auch für Mord*teilnahme* (vgl. *D-Tröndle* § 78 Rdnr. 4). Deshalb ist Mordbeihilfe sowohl bei *tatbezogenen* Mordmerkmalen (oben A 33) unverjährbar wie auch dann, wenn man die Mordmerkmale als straf*begründend* begreift (A 35); denn dann bleibt es nach § 28 I bei der akzessorischen Strafbarkeit des Teilnehmers aus § 211, ohne daß aber durch die obligatorische Strafmilderung für den Teilnehmer, der selbst kein Mordmerkmal verwirklicht, die Unverjährbarkeit ausgeschlossen würde; insofern ist der bislang ärgernis-erregenden BGH-Rspr. (A 35 f.) der Boden entzogen. Sofern man dagegen die Mordmerkmale als nur *strafschärfend* versteht und dem Teilnehmer ein *täterbezogenes* Mordmerkmal fehlt, gelten für ihn aufgrund der Tatbestandsverschiebung nach § 28 II auch weiterhin die Verjährungsfristen für Totschlag (A 34).

– Zur *rückwirkenden* Anwendbarkeit der neuen Verjährungsvorschriften näher StrafR I Nr. 2 A 42 ff.

38 **Schrifttum:** Zur **Akzessorietätsproblematik** vgl. die allgemeinen Literaturangaben zu Nr. 41; ferner *Arzt*, „Gekreuzte" Mordmerkmale, JZ 1973, 681; *Cortes Rosa*, Teilnahme am unechten Sonderverbrechen, ZStW 90 (1978) 413; *Dreher* Anm. zu BGHSt 23, 39 in JR 1970, 146 ff.; *Jakobs*, Niedrige Beweggründe bei Mord und die besonderen persönlichen Merkmale in § 50 II und III, NJW 1969, 489; ders., Anm. zu BGHSt 23, 39 und 23, 103, in NJW 1970, 1089; *Langer*, Zum Begriff der „besonderen persönlichen Merkmale", Lange-FS S. 241; *Schünemann*, Die Bedeutung der „Bes. pers. Merkmale" für die strafrechtliche Teilnahme- und Vertreterhaftung, Jura 1980, 354; *Vogler*, Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, Lange-FS S. 265.

Anstiftung – Omnimodo facturus – Exzeß – Erfolgsqualifiziertes Delikt

BGHSt 19, 339: Stuhlbein-Fall

2 StR 14/64 v. 3. 6. 1964 = NJW 1964, 1809

SV **Sachverhalt:** Der A, der Mitangekl O und der strafunmündige S beabsichtigten, aus der Wohnung der 80jährigen Ladeninhaberin M Geld zu entwenden. Da der A bereits wegen schweren Diebstahls vorbestraft war, wollte er sich an der Tat selbst nicht beteiligen, sollte jedoch an der Beute teilhaben. O und S rechneten damit, bei der Durchsuchung des Wohnzimmers bemerkt zu werden. In diesem Falle wollten sie die M niederschlagen, um unerkannt entkommen zu können. Der A schlug vor, sie sollten einen Knüppel mitnehmen und Frau M auf den Hinterkopf schlagen, damit sie bewußtlos werde. Die Täter ließen sich dazu bestimmen und führten die Tat so aus. Frau M ist infolge der ihr mit einem Stuhlbein zugefügten Hiebe auf den Schädel gestorben.

P **Zur Problemstellung:** A wurde vom SchwurG wegen Anstiftung zum besonders schweren Raub (§§ 249, 251, 26, 29, 18) verurteilt. Dies war aus zwei Gründen problematisch:

– Zum einen waren die Haupttäter O und S bereits zum Raub entschlossen, als A sie dazu überredete, die Tat mit Hilfe einer Waffe auszuführen. Dazu führte die JugK aus: A habe gewußt, daß sich die Täter erst durch seinen Rat dazu bestimmen ließen, eine Waffe mit sich zu führen und sie in der beschriebenen Weise anzuwenden.

– Zum anderen hatte A nicht vorausgesehen, daß die Schläge auf den Hinterkopf der M zu ihrem Tode führen könnten. Dazu meint die JugK, daß ihm insoweit Fahrlässigkeit vorzuwerfen sei, da er habe erkennen müssen, daß derartige Schläge auch lebenswichtige Organe verletzen und den Tod des Opfers zur Folge haben können. Infolgedessen sei er für den Tod des Opfers gemäß §§ 29, 18 mitverantwortlich und daher nach § 251 zu bestrafen.

Der BGH hat dieser Rechtsauffassung beigepflichtet.

E 1 **Aus den Gründen: [340]** „1. Da die vorsätzliche Tötung durch den Täter O über die gebilligte Gewaltanwendung beim Raub hinausging, kann der A für die Folgen dieses Exzesses nicht verantwortlich gemacht werden (vgl. BGHSt 2, 223/5).

2 2. Die Bedenken der Revision gegen die Verurteilung wegen *Anstiftung* zum Raub sind unbegründet; wenn die Täter auch bereits entschlossen waren, den Raub zu begehen, so hat doch der A sie bestimmt, die Tat unter Verwendung eines Knüppels in einer Art und Weise auszuführen, durch die ihr Unwertgehalt gegenüber dem ursprünglichen Plan erheblich erhöht worden ist; er hat damit ihren Tatentschluß übersteigert (vgl. *Maurach*, AT, 2. Aufl., § 51 II B 4). Weil die Täter zu dieser Ausführungsart von sich aus noch nicht bereit waren, der A sie dazu erst verleitet hat, liegt nicht nur psychische Beihilfe, sondern

3 Anstiftung vor. Der Senat ist der **[341]** Auffassung, daß es für diese Beurteilung nicht entscheidend darauf ankommt, ob die Täter zur Verwirklichung eines anderen mit schwererer Strafandrohung bewehrten Tatbestandes veranlaßt werden, sondern auf den erheblich erhöhten Unrechtsgehalt, der auch in der gefährlichen Ausführungsart liegen kann, ohne daß sich an der rechtlichen Beurteilung der Tat etwas ändert. Diese Frage bedarf indessen hier keiner weiteren Erörterung. Wer die zum Raub entschlossenen Täter bestimmt, statt des einfachen Raubes einen Raub mit Waffen zu begehen, macht sich

4 jedenfalls der Anstiftung zu einem Verbrechen nach § 250 I Nr. 1 [a. F.; jetzt Nr. 2] schuldig. Ob und unter welchen Voraussetzungen Anstiftung vorliegen kann, wenn die Täter zu einer Ausführungsart veranlaßt werden, die im Unwertgehalt geringer ist als die zunächst geplante, ist hier ebenfalls nicht zu entscheiden.

5 3. Die JugK hat den A für den qualifizierten Erfolg des schweren Raubes (§ 251) verantwortlich gemacht, weil ihm insoweit nach den Feststellungen und der zutreffenden rechtlichen Würdigung des Urteils Fahrlässigkeit zur Last fällt Die Anwendung des § 56 [a F ; jetzt § 18] auf den Anstifter entspricht der Rechtslage. Die Vorschrift verwendet das Wort ‚Täter' ebenso wie § 46 [a. F.; vgl. jetzt § 24] als Oberbegriff und versteht darunter alle Tatbeteiligten, also auch die Teilnehmer im engeren Sinne.

6 Daß O nicht fahrlässig, sondern vorsätzlich getötet hat, schließt die Haftung des A nach § 251 [a. F.] nicht aus [vgl. aber jetzt § 251, wonach statt Fahrlässigkeit Leichtfertigkeit erforderlich ist]; die selbständige Beurteilung seiner Verantwortlichkeit folgt vielmehr aus § 50 [a. F ; jetzt § 29]. In einem Teil des Schrifttums wird zwar geltend gemacht, die Anwendung des § 50 [a. F.; § 29] auch bei erfolgsqualifizierten Delikten führe entgegen allgemein anerkannten Grundsätzen zur Annahme entweder einer fahrlässigen Anstiftung oder einer Anstiftung zur fahrlässigen Tat. Indessen wird nach dieser Kritik ver-

E kannt, daß es sich bei dem erfolgsqualifizierten Delikt im Verhältnis zum Grunddelikt nicht um einen in jeder Beziehung selbständigen Tatbestand handelt, und daß es im strengen Sinne keine ‚Anstiftung zum besonders schweren Raub' gibt. Der Sache nach liegt **[342]** Anstiftung zum Raub oder zum schweren Raub in Verbindung mit fahrlässiger Tötung vor. § 251 qualifiziert diese Verbindung seinem Wortlaut nach zwar nur beim Täter; es ist aber kein zwingender Grund ersichtlich, die Möglichkeit einer solchen Verbindung beim Teilnehmer zu verneinen mit der Folge, daß dessen Verantwortlichkeit nicht selbständig nach der allgemeinen Regel des § 50 [a. F.; § 29] entschieden werden dürfte. Der Grundsatz, daß das Gesetz nur vorsätzliche Anstiftung zur vorsätzlichen Tat kennt, wird dadurch nicht angetastet. Insbesondere besteht kein Anlaß zu Sonderkon-
7 struktionen. Der Vorschlag von Oehler (GA 1954, 33, 37f.), die Anstiftung zum Raub und die Täterschaft nach § 222 zur *Täterschaft* nach § 251 zu verbinden, müßte bei der Beihilfe zur Versagung der Strafmilderung führen, ein Ergebnis, das angesichts der hohen Mindeststrafe des § 251 besonders bedenklich wäre. Die von Ziege (NJW 54, 179) empfohlene Beschränkung, dem Anstifter und Gehilfen den – vom Täter fahrlässig herbeigeführten – schweren Erfolg nur dann zuzurechnen, wenn der Teilnehmer insoweit mindestens mit bedingtem Vorsatz gehandelt habe, widerspricht dem klaren Wortlaut des § 56 [a. F.; § 18] und würde bei allen Delikten, bei denen der schwere Erfolg in der Tötung eines Menschen besteht, nicht zu der vom Gesetz gewollten Qualifizierung, sondern zu einer Privilegierung für den Teilnehmer führen."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Die Entscheidung berührt drei Problempunkte der Anstiftung: den sog. „omnimodo facturus" (dazu I 2); den Exzeß des Haupttäters (II) und bis zu einem gewissen Grade damit zusammenhängend die Frage der Haftung für qualifizierende Erfolge (III). Wo sind diese Fragen dogmatisch einzuordnen? Dazu zunächst ein Blick auf die Anstiftungsvoraussetzungen (I), wie sie auch in praktischen Arbeiten durchweg zu prüfen wären:

1 **I. Die allgemeinen Anstiftungskriterien.**

Anstiftung nach § 26 ist das vorsätzliche Bestimmen eines anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat. Dafür sind drei Elemente wesentlich:

2 **1. Haupttat eines anderen:** Um strafbar zu sein, muß die Anstiftung zu einer bestimmten Haupttat eines anderen geführt haben. Diese muß zumindest *tatbestandsmäßig-rechtswidrig* und nach h. M. auch tatsächlich *vorsätzlich* begangen sein (vgl. aber auch A 13). Als Haupttat genügt jedes *Verbrechen* oder *Vergehen*, insbesondere auch ein Versuch oder eine Teilnahme; zu einer derartigen „Kettenanstiftung" vgl. *Paßbeschaffungs-Fall* Nr. 44. – Diese Elemente der Haupttat sind hier jedenfalls im Hinblick auf den vollverantwortlich handelnden Täter O unproblematisch; doch auch die Schuldunfähigkeit des Mittäters S ist hier irrelevant; denn insoweit greift zulasten des A § 29 durch (vgl. Nr. 41 A 6, 10).

3 – Würde es dagegen an einer – zumindest bis zum Versuch gediehenen – rechtswidrigen Haupttat überhaupt fehlen, so käme allenfalls versuchte Anstiftung nach § 30 I in Betracht; dazu *Meuterei-Fall* Nr. 48.

4 **2. Bestimmung durch den Anstifter:**

a) Danach muß der Tatentschluß des Haupttäters gerade *durch den Anstifter* hervorgerufen worden sein. Mit welchem *Mittel* diese Willensbeeinflussung geschieht, ist grundsätzlich gleichgültig. Daher kann sowohl durch Überreden oder Versprechen von Belohnungen als auch durch Drohen oder Ausnutzen einer Autoritätsstellung angestiftet werden; selbst in einer erwartungsvollen Frage kann u. U. eine Anstiftung liegen: vgl. BGH GA 1980, 183, wo A nach gewaltsamem Geschlechtsverkehr mit der H den noch unentschlossenen P mit der Frage „Willst Du auch noch?" zur Vergewaltigung veranlaßte. (Zu weiteren Einzelheiten vgl. *S/S-Cramer* § 26 Rdnr. 7 sowie speziell zur „Anstiftung durch Unterlassen" D. Meyer MDR 1975, 982ff.). Dabei ist hinsichtlich der *Wirkung* der Einflußnahme zweierlei zu beachten:

4a – Auf der einen Seite darf die Intensität der Einwirkung nicht so stark gewesen sein, daß durch Manipulierung des Tatausführenden dessen Eigenentscheidung praktisch ausgeschlossen war, wie etwa bei Tatveranlassung durch Zwang oder Täuschung: In solchen Fällen kann anstelle von Anstiftung *mittelbare Täterschaft* in Betracht kommen (vgl. *Denunziantin-Fall* Nr. 38 A 5ff.).

4b – Auf der anderen Seite ist zwar nicht erforderlich, daß der Haupttäter ausschließlich durch den Anstifter zu seiner Tat veranlaßt worden ist; daher kann auch ein bereits zur Tat Geneigter, aber noch Schwankender angestiftet werden (vgl. BGH bei *Dallinger* MDR 1972, 569). Zumindest aber muß die Anstiftung den *letztlich entscheidenden Anstoß* gegeben haben.

A 5 b) An dieser Hervorrufung des Tatentschlusses durch den Anstifter fehlt es jedoch regelmäßig beim sog. **omnimodo facturus,** der bereits zu einer bestimmten Tat fest entschlossen ist. In solchen Fällen kommt grundsätzlich nur *versuchte Anstiftung* (§ 30 I) oder *psychische Beihilfe* (§ 27 I) in Betracht.

5a – Aber: Wie läßt sich damit vorliegend die Verurteilung des A wegen Anstiftung zum schweren Raub (§ 250) vereinbaren, nachdem O und S ja zumindest zu einfachem Raub (§ 249) bereits fest entschlossen waren? Der BGH begründet dies mit einem **„Übersteigerungs-"**Gedanken: Für das „Bestimmen" zu rechtswidrigem Handeln genüge bereits, daß sich dadurch der Unwertgehalt der begangenen Haupttat gegenüber dem ursprünglichen Tatplan erhöht; denn darin liege zumindest eine „Übersteigerung" des ursprünglichen Tatentschlusses (E 2). Eine solche Unwerterhöhung liegt zweifellos dann vor, wenn (wie hier) statt eines einfachen ein qualifiziertes Delikt begangen wird, kurz: die *Tatbestands-Grenze zu* einem *erschwerten* Delikt *überschritten* wird.

6 – Doch der BGH geht sogar noch einen Schritt weiter: Denn für eine derartige Unwerterhöhung soll nicht einmal erforderlich sein, daß der bereits entschlossene Täter zur Verwirklichung eines anderen vertypten Straferschwerungstatbestandes veranlaßt wird; vielmehr genüge u. U. bereits die *Veranlassung einer gefährlicheren Ausführungsart* (E 3). Demzufolge wäre beispielsweise Anstiftung zu § 250 auch dann anzunehmen, wenn der geplante Bandenraub (§ 250 I Nr. 4) auf Veranlassung des „Anstifters" zusätzlich noch mit Schußwaffen (§ 250 I Nr. 1) durchgeführt wurde; denn obgleich sich hier die Haupttat im Rahmen des ursprünglich geplanten Qualifikationstatbestandes (§ 250) hält, ist doch die veranlaßte Ausführungsart gefährlicher. – Im Ergebnis ebenso *Baumann* (§ 37 I 2b α), wonach in derartigen Fällen der Täter bezüglich des Tatganzen eben noch kein omnimodo facturus sei (vgl. ferner *D-Tröndle* § 26 Rdnr. 3; *M-Gössel* I/2 § 51 II B 4, *Stree* Heinitz-FS S. 277ff.).

7 Was ist von dieser Rspr zu halten? Zwar ist nichts dagegen einzuwenden, daß dem Anstifter die *Unrechtssteigerung als solche* angelastet wird. Der BGH geht jedoch darüber gerade hinaus; denn durch Zurechnung der Gesamttat (hier § 250 bzw. § 251) werden dem Anstifter auch solche Unrechtsteile angelastet, die gerade *nicht auf* seinen *Anstoß zurückgehen* (nämlich der Raub nach § 249 als solcher). Und das erscheint weder mit dem Gedanken der „Unrechtsteilnahme" (vgl. Nr. 41 A 5f.) noch mit dem Schuldprinzip vereinbar.

8 – Wie läßt sich diese unbegründete Einbeziehung nicht veranlaßten Unrechts vermeiden? Dadurch, daß man lediglich hinsichtlich der veranlaßten **Qualifizierung** *Anstiftung* annimmt (was freilich voraussetzt, daß diese tatbestandlich selbständig erfaßbar ist) und hinsichtlich des bereits *geplanten Tatteils psychische Beihilfe* (ebenso *Bemmann,* Gallas-FS S. 273ff., *Roxin* LK § 26 Rdnr. 6, *S/S-Cramer* § 26 Rdnr. 6).

Fazit: Danach wäre hier der A – sieht man von dem unbeabsichtigten Tod der M einmal ab (dazu A 22ff.) – nur wegen §§ 249, 27 in Tateinheit mit §§ 223a, 26 zu bestrafen.

9 c) **„Abstiftung":** Wie ist in dem umgekehrten Fall zu entscheiden, in dem der Täter dazu überredet wird, *weniger* zu tun als ursprünglich geplant, z. B. einfachen Raub statt des geplanten schweren zu begehen? In diesem vom BGH bei E 4 offen gelassenen Fall kommt allenfalls psychische Beihilfe zu der *leichteren* Tat in Betracht (*Bemmann* Gallas-FS S. 279, *S/S-Cramer* § 26 Rdnr. 6).

10 – Falls die Veranlassung der leichteren Tat dazu diente, auf diese Weise wenigstens die Begehung der schwereren zu verhindern, wäre u. U. sogar an Rechtfertigung nach den Regeln der Güterabwägung (kleineres Übel!) zu denken (zust. *Roxin* LK § 26 Rdnr. 5).

11 d) **„Umstiftung":** Stellt die tatsächlich veranlaßte Tat gegenüber der ursprünglich geplanten jedoch weder ein Plus noch ein Minus, sondern ein *Aliud* dar (z. B. Vergewaltigung statt Raub), so wird mangels Tatidentität regelmäßig Anstiftung zur *neuen Tat* anzunehmen sein (*Bemmann* Gallas-FS S. 277, *Roxin* LK § 26 Rdnr. 4).

12 **3. „Doppelvorsatz" des Anstifters:** *Subjektiv* setzt Anstiftung Vorsätzlichkeit voraus, und zwar in zweifacher Hinsicht:

a) Zum einen muß der Anstifter bei einem anderen (nämlich dem Haupttäter) vorsätzlich den Tatentschluß hervorrufen: *eigene Vorsätzlichkeit des Anstifters.* – Hätte z. B. der A die Benutzung eines Knüppels nur durch eine unbedachte Äußerung hervorgerufen, wäre mangels Vorsätzlichkeit des Bestimmens Anstiftung ausgeschlossen; doch käme dann u. U. fahrlässige Körperverletzung in Täterschaft in Betracht (sorgfaltswidrige Erfolgsherbeiführung).

A – Auch muß die Anstiftung auf einen *bestimmten Täter* und auf eine *bestimmte Tat* gerichtet sein. Zu diesen Fragen vgl. *Paßbeschaffungs-Fall* Nr. 44 A 6ff. und *Meuterei-Fall* Nr. 48 A 20ff.

13 b) Zum anderen muß der Anstifter wollen, daß der Haupttäter seine Tat vorsätzlich ausführt und vollendet: *Vorsätzlichkeit* des *Haupttäters.* Inwieweit dieser dann *tatsächlich* vorsätzlich handeln muß (so die vorherrschende „Vorsätzlichkeitstheorie") oder ob auch schon die *subjektive Vorstellung* des Anstifters vom vorsätzlichen Handeln des Haupttäters ausreicht (so die auch hier vertretene „Vorstellungstheorie"), dazu näher *Pantopon-Fall* Nr. 41 A 13ff.

14 – Fehlt dem Anstifter der Vorsatz hinsichtlich *Vollendung* der Haupttat: z. B. wollte er die Ausführung als bloßer **„agent provocateur"** (Lockspitzel) nur bis zum Versuch kommen lassen, so bleibt er nach h. M. grundsätzlich straflos (vgl. RGSt 44, 172; aber auch *Jescheck* § 64 III 2b). Zur strittigen Grenzziehung im einzelnen *Samson* SK 38 vor § 26, *S/S-Cramer* § 26 Rdnr. 16. Eingehend zum Ganzen *Küper, Lüderssen, Plate* sowie neuerdings *Fuhrmann* NJW 1979, 2041.

15 *Zwischenergebnis:* Sind die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt, so ist regelmäßig Anstiftung anzunehmen. – Jedoch kann u. U. ein wichtiger *Ausnahmefall* akut werden:

16 **II. Exzeß des Haupttäters.**

Ebenso wie auf der einen Seite dem Anstifter solche Tatteile zugerechnet werden dürfen, deren Begehung nicht auf seinen Anstoß zurückgeht (vgl. jedoch die bei A 5ff. behandelten Konzessionen des BGH), ebensowenig braucht er für solche Handlungen des Haupttäters zu haften, die über das von ihm Gewollte und Vorausgesehene hinausgehen. Kurz: Anstifter*vorsatz* als *Grenze* der Anstifter*haftung.*

17 1. Ein solcher (dem Anstifter nicht zurechenbarer) Exzeß liegt jedenfalls insoweit vor, als der Haupttäter ein vorsätzliches Erfolgsdelikt begeht, das weder seiner *Art* noch seiner *Folge* nach vom Anstifter gewollt oder auch nur vorbedacht war, kurz: wo im Vergleich zur geplanten die ausgeführte Tat ein **tatbestandliches aliud** darstellt: so etwa Raub statt des angestifteten Diebstahls (vgl. *Patronen-Fall* RGSt 67, 343: unten Nr. 46). – Ähnlich hier bezüglich der (zumindest bedingt) vorsätzlichen Tötung der M durch den O: insoweit hat der BGH zu Recht einen dem A nicht anzulastenden Exzeß des Haupttäters O angenommen (E 1).

17a – Aber: Selbst bei tatbestandlicher Verschiedenheit der vom Teilnehmer vorgestellten und vom Haupttäter verwirklichten Tat will die h. M. einen Exzeß insoweit verneinen, als zwischen den fraglichen Tatbeständen *Wahlfest*stellung möglich wäre: wie z. B. zwischen Diebstahl oder Hehlerei bzw. Raub oder räuberischer Erpressung (vgl. *Baumann* § 37 I 3c). Indes fragt es sich, ob diese ohnehin bedenkliche und allenfalls aus Beweisnot zu rechtfertigende Rechtsfigur (allg. dazu *S/S-Eser* § 1 Rdnr. 61ff.; vgl. auch StrafR III Nr. 4 A 42, 53ff.) hier bemüht werden sollte, nachdem sich in Fällen von Verbrechen immerhin durch *versuchte* Anstiftung (§ 30 I) Rechnung tragen läßt (i. gl. S. *Roxin* LK § 26 Rdnr. 23 gegen *Montenbruck* ZStW 84, 323ff.).

18 2. Schwieriger wird die Grenzziehung aber dort, wo die Haupttat zwar tatbestandlich noch die gleiche ist, jedoch auf *andere,* vor allem **gefährlichere Weise** durchgeführt wird als vom Anstifter vorausgesehen. – Zu einer vergleichbaren Situation bei mittäterschaftlicher Körperverletzung, wo während des Einschlagens auf das Tatopfer der eine Mittäter plötzlich ein Messer zieht und mit Tötungsvorsatz zusticht, ist im *Messerstecher-Fall* **RGSt 67, 367f.** ausgeführt:

„Der Mittäter an einer gemeinschaftlichen Körperverletzung kann für deren Todesfolge, die ein anderer unmittelbar herbeigeführt hat, auch nach § 226 nur dann verantwortlich gemacht werden, wenn die Handlung des anderen in der äußeren Beschaffenheit, durch die sie zur Tötung geführt hat, im Rahmen des beiderseitigen ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnisses lag und von jedem als eigene Tat gewollt war. Eine mit ihren Folgen dem Mittäter nicht zuzurechnende Überschreitung des anderen würde also darin zu finden sein, daß der andere zu der unmittelbaren tödlichen Handlung eine Art von Waffen verwendet die – etwa wegen ihrer besonderen Gefährlichkeit – nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Übereinkommen der Mittäter über die anzuwendenden gefährlichen Werkzeuge vom Gebrauch ausgeschlossen sein sollte. Allerdings sind in § 223a Messer unter dem Oberbegriff Waffen anderen gefährlichen Werkzeugen gleichgestellt; es ist auch denkbar, daß der übereinstimmende Wille der Mittäter von vornherein ohne jede Begrenzung auf die Verwendung jedes gerade zur Verfügung **[370]** stehenden gefährlichen Werkzeugs gerichtet ist. Das Stechen mit einem Messer hat aber von jeher in der Volksmeinung und auch bei der Strafzumessung durch die Gerichte wegen der erhöhten Gefährlichkeit und Roheit als besonders schwerer Fall der gefährli-

A chen Körperverletzung gegolten, und das aufgeklappte Messer war auch hier nicht ohne weiteres als ein Angriffsmittel anzusehen, das den sonst bei der Kampfhandlung von den Mittätern benutzten gefährlichen Werkzeugen gleichartig war. Es bedurfte darum um so mehr der klaren Feststellung, entweder, daß auch das Stechen mit einem Messer von den Mittätern vorgesehen und gebilligt war, oder doch, daß sie allgemein und ohne jede Einschränkung mit dem Gebrauch von Waffen jeder Art, auch den gefährlichsten, rechneten und ihn eintretendenfalls wie ihr eigenes Tun billigten und wollten." – Diese Grundsätze haben nach BGHSt 2, 223/6 *(Ortskommandantur-Fall)* auch für das Verhältnis des Anstifters zum Täter zu gelten.

19 3. Der von der Rspr betonte Identitätsgrundsatz gilt solange als gewahrt, als die **Abweichungen** der Tatausführung von den Vorstellungen des Anstiftervorsatzes nur als *unwesentlich* anzusehen sind.

a) Inwieweit dies der Fall ist, entscheidet sich nach den *allgemeinen Vorsatzregeln;* dazu StrafR I Nr. 16 A 8 ff. Eingehend zu derartigen Abweichungsproblemen *Baumann* § 37 I 3 c.

20 b) Inwieweit diese Grundsätze auch bei **Objektverwechslungen** zu gelten haben: der Anstifter will den X getötet wissen, getötet wird jedoch aufgrund Irrtums des Täters der Y (Fall *Rose-Rosahl*), ist sehr umstritten:

– Nach h. L. soll dieser Fall zu behandeln sein, als ob der Anstifter selbst einem *error in objecto* erlegen sei: also *Unbeachtlichkeit* des Irrtums bei *Gleichwertigkeit* des Objekts (so u. a. *D-Tröndle* § 26 Rdnr. 15, *M-Gössel* I/2 § 51 III B 2 b, *S/S-Cramer* § 26 Rdnr. 18 m. w. N.); näher zum error in objecto StrafR I Nr. 17 A 27 ff.

21 – Indes: Läge in solchen Fällen nicht *aberratio ictus* sehr viel näher? Das bedeutet, daß der Anstifter hinsichtlich des tatsächlich herbeigeführten Erfolgs allenfalls wegen Fahrlässigkeit, hinsichtlich des intendierten Delikts dagegen nur wegen versuchter Anstiftung strafbar ist (im Grundsatz ebenso *Bemmann* MDR 1958, 821, *Jescheck* § 64 III 4, *Roxin* LK § 26 Rdnr. 26, *Rudolphi* und *Samson* SK § 16 Rdnr. 30 bzw. 40 vor § 26 m. w. N.).

22 **III. Sonderprobleme bei erfolgsqualifizierten Delikten.**

Frage: Wie ist es mit den vorgenannten Grundsätzen vereinbar, dem A den von seinem Anstiftervorsatz nicht mitumfaßten Tod der M zuzurechnen? Hier kommt die besondere Zurechnungsregel des § 18 (§ 56 a. F.) für erfolgsqualifizierte Delikte ins Spiel. Sowohl bei § 251 (als besonderem Erschwerungsgrund des Raubes) wie auch bei § 226 (als Erschwerungsgrund der Körperverletzung) ist der Tod des Opfers eine bloße „Erfolgsqualifizierung", die nach § 18 nicht unbedingt vom Vorsatz des Täters umfaßt sein muß, sondern auch schon bei Fahrlässigkeit (bzw. bei § 251 aufgrund besonderer Einschränkung nur bei „Leichtfertigkeit") zurechenbar ist (näher zu dieser Deliktsfigur StrafR III Nr. 9 A 42 ff.). – Auf welche Punkte kam es nun an, damit diese Regel auch auf den A Anwendung finden konnte?

23 1. Die Erstreckung von Erfolgsqualifizierungen auch auf **Teilnehmer,** was nach dem Wortlaut des § 56 a. F. zweifelhaft war, aber vorliegend durch den BGH zu Recht bejaht wurde (E 5); in diesem Sinne ist nun in § 18 auch der „Teilnehmer" ausdrücklich genannt.

24 2. Wesentlich ist ferner, daß die Erfolgszurechnung gerade auf den **jeweiligen Tatbeteiligten** bezogen werden muß. Das bedeutet, daß der *Anstifter* selbst hinsichtlich des Erfolgseintritts zumindest fahrlässig gehandelt haben muß; das sah der BGH ausreichend dargetan (E 5). – Heute jedoch wäre zu bedenken, daß § 251 nunmehr „Leichtfertigkeit" der Erfolgsverursachung voraussetzt (A 22). Doch auch eine solche besonders „grobe" Form von Fahrlässigkeit (vgl. *S/S-Cramer* § 15 Rdnr. 103 f., 203) wäre wohl bei Schlägen mit einem Knüppel auf den Hinterkopf zu bejahen (vgl. *S/S-Eser* § 251 Rdnr. 6).

25 3. **Schuldunabhängigkeit:** Andererseits kann es nach dem vorgenannten Prinzip der Einzelzurechnung dann aber nicht mehr darauf ankommen, daß der Haupttäter seinerseits schuldhaft die Erfolgsqualifizierung herbeigeführt hat; denn insoweit kommt der Schuldunabhängigkeitsgrundsatz des § 29 zum Zuge (E 6); vgl. Nr. 41 A 6. – Demgemäß wäre der Tod der M dem A selbst dann zuzurechnen, wenn O und S insoweit nicht schuldhaft gehandelt hätten.

26 4. **Struktur:** Der dogmatischen Konstruktion nach handelt es sich in Fällen der vorliegenden Art um vorsätzliche Anstiftung zum Grunddelikt in Verbindung mit fahrlässiger (Neben-)Täterschaft hinsichtlich der schweren Folge: h. M. (vgl. *Jescheck* § 64 III 4; zur abw. Auffassung von *Oehler* vgl. E 7, zu *Gössel* Lange-FS S. 219 ff. vgl. *Roxin*

A LK § 26 Rdnr. 29). – Demgemäß wurde der A folgerichtig einer Anstiftung zum Raub mit Todesfolge nach §§ 251, 26, 18 für schuldig befunden.

27 – Hält man demgegenüber die Verurteilung hinsichtlich der Anstiftung zum schweren Raub aus den bei A 8 genannten Gründen für unzulässig, so bleibt Beihilfe zum Raub (§§ 249, 27) in Tateinheit mit Anstiftung zur Körperverletzung mit Todesfolge (§§ 223, 226, 26, 18).

28 **Schrifttum:** Allgemein zur **Anstiftung** vgl. *Baumann* § 37 I; *Blei* I § 79; *Bockelmann* I § 25; *Jescheck* § 64 III, V; *M-Gössel* I/2 § 51; *Otto* I § 22 II; *Schmidhäuser* 14/99 ff.; *Stratenwerth* § 12 B II 1, C; *Welzel* § 16 II, IV; *Wessels* I § 13 IV 2 sowie die Kommentare vor und zu § 26. Vgl. ferner *Baumann,* Täterschaft und Teilnahme, JuS 1973, 126; *Herzberg,* Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA 1971, 1; *Lüderssen,* Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967.

Speziell zur Problematik des **omnimodo facturus** vgl. *Bemmann,* Die Umstimmung des Tatentschlossenen zu einer schwereren oder leichteren Begehungsweise, Gallas-FS S. 273; *Stree,* Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung, Heinitz-FS S. 277.

Speziell zum **Exzeß,** zur Frage des **„übersteigerten Tatentschlusses"** und zum Problem des **Irrtums bei der Anstiftung** vgl. u. a. *Bemmann,* Zum Fall Rose-Rosahl, MDR 1958, 817; *Montenbruck,* Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwirklichten Tat, ZStW 84 (1972), 323; *Müller-Dietz/Backmann,* Der „mißglückte" Überfall, JuS 1971, 412/415 f.

Zur Problematik des **agent provocateur** vgl. *Fuhrmann,* Der Einsatz von Agent provocateurs zur Ermittlung von Straftätern, NJW 1979, 2014; *Küper,* Der *„agent provocateur"* im Strafrecht, GA 1974, 321; *Lüderssen,* Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?, Peters-FS S. 349; *Plate,* Zur Strafbarkeit des agent provocateur, ZStW 84 (1972) 294.

Zum Problem der **Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt** vgl. *Gössel,* Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB, Lange-FS S. 219; *Oehler,* Das erfolgsqualifizierte Delikt und die Teilnahme an ihm, GA 1954, 33 ff.; *Seebald,* Teilnahme am erfolgsqualifizierten und am fahrlässigen Delikt, GA 1964, 161 ff.; *Ziege,* Die Bedeutung des § 56 für Anstiftung und Beihilfe NJW 1954, 179, sowie *S/S-Eser* § 11 Rdnr. 87 und *S/S-Cramer* § 18 Rdnr. 7 m. w. N.

Speziell zum *Stuhlbein-Fall* vgl. Anm. *Cramer* JZ 1965, 31.

Mittelbare Anstiftung (Kettenanstiftung) – Bestimmtheit des Anstiftervorsatzes

BGHSt 6, 359: Paßbeschaffungs-Fall

3 StR 796/53 v. 8. 7. 1954 = NJW 1954, 1896

SV **Sachverhalt:** Um sich einen falschen Paß zu beschaffen, wandte sich der A an den L. Dieser wiederum schaltete das Ehepaar B ein, das seinerseits über die weiteren Mittelsmänner Lu, Ha, S und M den Verwaltungssekretär St zur Ausstellung der gewünschten Pässe veranlaßte. In dieser langen Kette wußte der A nicht, an wen sich L wenden würde; dieser hinwiederum hatte keine Ahnung, wen die von ihm angesprochenen Eheleute einschalten würden. Auch im übrigen bestand keine Kenntnis über den jeweils nächsten Tatbeteiligten hinaus.

P **Zur Problemstellung:** In Frage stand Anstiftung des A zur Falschbeurkundung im Amt (§§ 348 I, 26) durch den Verwaltungssekretär St. Das LG hatte diese Möglichkeit verneint, mit der Begründung, hierfür fehle es im vorliegenden Falle an der Voraussetzung, daß der Anstifter die Person des Angestifteten als bestimmt im Auge gehabt habe oder daß sich die Aufforderung an einen Kreis gerichtet habe, der den Personen nach bekannt gewesen sei. – Der BGH meint dazu:

E 1 **Aus den Gründen: [360]** „Gleichwohl steht die Zwischenschaltung dieser Mittelsmänner der Annahme einer Anstiftung durch den A nicht entgegen. Die Frage, ob sich die Aufforderung zur Begehung einer Falschbeurkundung an einen bestimmten Kreis von Personen gerichtet habe, ist hier müßig. Denn in der Kette, die von dem A zu dem Täter St führt, hat jeweils ein einzelner sich an den nächsten einzelnen, also an eine bestimmte einzelne
2 Person, mit dem Auftrag zur Besorgung der Pässe gewendet. Eine gleichzeitig an eine Vielzahl von Personen gerichtete Aufforderung, hinsichtlich deren jene Frage allein einen Sinn hätte, liegt nicht vor. Daß auch die **[361]** Anstiftung zur Anstiftung gemäß § 48 [a. F.; § 26] strafbar ist, ist in der Rspr und – von einigen wenigen Ausnahmen abgesehen – im Schrifttum anerkannt. Es ergibt sich dies unmittelbar aus dem in § 48 I [a. F.; § 26] umschriebenen Begriffe der Anstiftung. Sie ist Bestimmung eines anderen zu der von diesem begangenen mit Strafe bedrohten Handlung. Zu den mit Strafe bedrohten Handlungen gehört nach § 48 I [a. F.; § 26] auch die Anstiftung selbst. Wer einen anderen dazu bestimmt, seinerseits einen Dritten zu bestimmen, daß dieser eine Straftat begehe, bestimmt also den anderen zu einer mit Strafe bedrohten Handlung und ist deshalb, sofern
3 der Dritte die Tat begeht, der Anstiftung zur Anstiftung schuldig. Da der Anstifter zur Anstiftung gemäß § 48 [a F.; § 26] nach dem Gesetz zu bestrafen ist, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet hat, so kann man die Anstiftung zur Anstiftung mit der überwiegenden Meinung in Rspr und Schrifttum auch als mittelbare Anstiftung zur Haupttat auffassen. Wenn demnach der Begriff der Anstiftung den Fall einschließt, daß ein anderer bestimmt wird, einen Dritten zur Begehung der Tat zu bestimmen, so umfaßt er notwendig auch die Fälle, in denen die Kette der Bestim-
4 menden mehr als zwei Glieder zählt. Zum Begriff der mittelbaren Anstiftung gehört nicht, daß der mittelbare Anstifter weiß, wer die Haupttat begehen soll, oder gar, daß er diesen persönlich kennt. Vielmehr ist es ausreichend, daß er eine individuell bestimmte Person zu der von ihr zu begehenden Anstiftung eines Dritten vorsätzlich bestimmt, sofern er voraussieht und will, daß der jeweils von dem Angestifteten anzustiftende Nachmann als bestimmter Einzelner zu einer hinreichend klar vorgestellten Tat veranlaßt werden soll
5 Im vorliegenden Falle genügt es, daß (der A) wußte oder doch billigend in Kauf nahm, daß ein Beamter einer Paßbehörde dazu bestimmt werden würde, unter Einhaltung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten und unter Verwendung der falschen Personalangaben Pässe mit richtigem Inhalt auszustellen . **[362]** Damit ist die Straftat, zu der (der A) schließlich anstiften wollte, hinreichend bestimmt Die Art der Ausführung nach Zeit, Ort und Art und die Person des Ausführenden brauchte (er) nicht zu kennen. Der Zusammenhang zwischen (seinem) Tun und der begangenen Haupttat war (ihm) bekannt und entsprach (seinem) Willen."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Die Entscheidung befaßt sich mit der Anstiftung Mehrerer, wobei genau besehen 2 Fallgruppen zu unterscheiden sind (I und II). Das führt zur Frage der Vorsatzbestimmtheit (III) und zum Problem der Zwischenschaltung eines gutgläubigen Werkzeugs (IV). Abschließend ist noch auf die parallele Rechtsfigur „mittelbarer Beihilfe" hinzuweisen (V).

1 **I. Anstiftung zu mehreren Haupttaten durch einheitliche Einwirkung.**
Damit sind jene Fälle gemeint, in denen durch eine einzige Anstifterhandlung (bzw.

A durch mehrere gleichgerichtete Handlungen) mehrere Personen zur selben Haupttat oder zu gleichen Haupttaten angestiftet werden. Für diese Fallgruppe genügt, daß sich der Anstifter an einen Personenkreis wendet, der ihm zwar nicht namentlich bekannt zu sein braucht, der aber wenigstens *individuell bestimmbar* ist. Trotz Vielheit der angestifteten bzw. begangenen Haupttaten ist dann nur eine *einzige* Anstiftung anzunehmen (heute h. M.: vgl. *Roxin* LK § 26 Rdnr. 32).

2 – Fehlt es an der *Individualisierbarkeit* des angesprochenen Personenkreises, z. B. bei Verbrechensaufforderungen an die Allgemeinheit, so kommt § 111 in Betracht (vgl. *S/S-Eser* § 111 Rdnr. 3ff.). – Vorliegend scheidet diese Konstellation jedoch schon deshalb aus, weil hier nicht mehrere Personen gleichzeitig angestiftet wurden (E 1). Stattdessen kommt hier eine andere Fallgruppe in Betracht:

3 **II. Anstiftung zur Anstiftung: „Kettenanstiftung".**

Für diese Fallgruppe ist charakteristisch, daß auf Veranlassung des Anstifters A der angestiftete B seinerseits den C zur Begehung der Haupttat anstiftet. Daß hier bereits die Erstanstiftung durch A und nicht nur die letztlich die Haupttat auslösende Anstiftung durch B (und gleiches hat für weitere Zwischenanstiftungen zu gelten) nach § 26 strafbar sein muß, ist heute im Grundsatz anerkannt. Streitig ist jedoch die *dogmatische Konstruktion:*

4 1. Nach h. L. handelt es sich hier um eine *mittelbare Teilnahme an der Haupttat (S/S-Cramer* § 26 Rdnr. 9). Danach ist unter der „rechtswidrigen Tat" i. S. des § 26 die letztendliche Haupttat zu sehen.

5 2. Nach abw. Auffassung hingegen liegt die „rechtswidrige Tat" schon in der *angestifteten Anstiftung*, da diese ja als solche bereits strafrechtlich relevantes Unrecht darstellt (*Stratenwerth* Rdnr. 971). So im Ansatz hier auch der BGH (E 2).

– Freilich ist nicht zu verkennen, daß die angestiftete Anstiftung ihrerseits von der Begehung der Haupttat abhängt (*Schmidhäuser* 14/175), die Erstanstiftung sich also letztlich doch immer auf die Haupttat auswirken muß. Deswegen scheint sich hier der BGH schließlich denn doch zur h. M. zu bekennen (E 3). Vgl. zum Ganzen auch *Meyer* JuS 1973, 755, der die Teilnahme als eigenständiges Delikt versteht und so zu einer „Doppelrolle" der Zwischenglieder kommt.

6 **III. Bestimmtheit des Anstiftervorsatzes.**

Der vorgenannte Streit um die dogmatische Konstruktion der Kettenanstiftung ist für die Frage der Konkretheit des *Erstanstiftervorsatzes* von Bedeutung:

1. Folgt man der h. M. (A 4), so müßte der Erstanstifter zwar nicht unbedingt alle einzelnen Zwischenglieder kennen; denn insofern genügt ja auch sonst die ungefähre Kenntnis des Kausalverlaufs (vgl. dazu StrafR I Nr. 16 A 2ff.).

7 – Zumindest müßte er aber dann den *Haupttäter* kennen (*Jescheck* § 64 III 2b: „Der Vorsatz des Anstifters muß auf ... einen bestimmten Täter gerichtet sein"). – Da dies hier jedenfalls dann nicht der Fall wäre, wenn A nicht einmal Vorstellungen über den potentiellen Täterkreis hätte (vgl. A 2), wäre mangels eines konkreten Anstiftervorsatzes Anstiftung zu verneinen.

8 2. Nach der Gegenauffassung (A 5) hingegen muß ausreichen, daß der Anstifter jeweils seinen angestifteten *Nachmann* und dessen strafbedrohtes, weil letztlich zu einer Ausführungstat führendes Verhalten kennt (vgl. *Roxin* LK § 26 Rdnr. 36). – Auf dieser Basis wären dann auch die Aussagen des BGH zum Vorsatz des Erstanstifters A (E 4) und damit auch die Verurteilung des A (E 5) durchaus konsequent. – Gelegentlich stellt sich aber noch folgendes Problem:

9 **IV. Zwischenschaltung eines gutgläubigen Werkzeugs.**

Ist die Strafbarkeit der Voranstifter anders zu beurteilen, wenn einer der Mittelsmänner die ihm übergebenen Unterlagen gutgläubig an seinen wiederum bösgläubigen Nachmann weitergibt? Um diese Frage einer etwaigen *Unterbrechung der Kettenanstiftung* durch ein gutgläubiges Zwischenglied ging es im *Paßbesorgungs-Fall* **BGHSt 8, 137:**

Dort war offenbar die gleiche Fälschergruppe – wenn auch für andere Paßinteressenten – am Werk wie im vorliegenden *Paßbeschaffungs-Fall*. Jedoch hatte der Zwischenträger S weder gewußt noch gewollt, daß die Pässe im Wege der Falschbeurkundung beschafft werden sollten. Gegen die Verurteilung der Erstanstifter nach §§ 348, 26 machte die Verteidigung geltend, daß durch Vorsatzmangel bei einem der Zwischenträger die Kette der Anstifter unterbrochen worden sei, weil die bloße Weitergabe der Mitteilung

A eines Vormannes durch den gutgläubigen Nachmann kein „vorsätzliches Bestimmen zu einer rechtswidrigen Tat" i. S. v. § 26 sein könne. Hiergegen führt jedoch der BGH aus:

[138] „Ist S gutgläubig gewesen, so hat der Vormann H sich seiner als eines Werkzeuges bedient, um den Nachmann M seinerseits zur Besorgung der Pässe im Wege der Falschbeurkundungen im Amte zu bestimmen. Das ist möglich. Wie der Täter zur Ausführung der Tat, so kann der Anstifter zur Bestimmung des Täters sich eines gutgläubigen, den Sachverhalt nicht überschauenden Werkzeuges bedienen. Auch in diesem Falle ist er als Anstifter verantwortlich. Das gleiche gilt für die Anstiftung zur Anstiftung. Auch hier kann sich der Anstifter eines gutgläubigen Werkzeuges bedienen, um einen anderen dazu zu bestimmen, einen Dritten (den Täter) zu einer bestimmten Straftat anzustiften. Die vom ersten Anstifter bis zum Täter reichende Kette der Bestimmenden wird dadurch nicht unterbrochen. Jeder der mit Wissen und Wollen Bestimmenden ist der Anstiftung zur Tat schuldig, auf deren schließliche Begehung seine bestimmende Tätigkeit gerichtet ist. Das gilt auch dann, wenn der Bestimmende irrtümlich annimmt, daß derjenige, an den als Mittelsmann er sich wendet, den Sachverhalt überschaue, d. h. wenn er ihn nicht als Werkzeug benutzen, sondern zur Anstiftung anstiften will. Denn der Vorsatz des mittelbaren Anstifters ist darauf gerichtet, daß sein Mittelsmann den Tatentschluß des Täters seinem – des mittelbaren Anstifters – Willen entsprechend weckt. Ob der Mittelsmann seinerseits den Sachverhalt überschaut oder nicht, ist hierbei für die strafrechtliche Beurteilung ohne Bedeutung. Der Wille des mittelbaren Anstifters, durch einen die Sachlage überschauenden Anderen den Dritten zur Begehung der vorgesetzten Straftat zu bestimmen, umfaßt auch die Möglichkeit, dies durch einen gutgläubigen Anderen zu tun. In beiden Fällen liegt mittelbare Anstiftung vor."

10 Die einzige Besonderheit gegenüber der durchgängig bösgläubigen Anstifterkette im *Paßbeschaffungs-Fall* liegt hier darin, daß – in Parallele zur mittelbaren Täterschaft – einer der Anstiftungsvermittler als gutgläubiges Anstiftungswerkzeug fungiert hat, also gleichsam eine doppelte mediatisierte Anstiftung durch die Vormänner vorliegt. Dagegen bestehen insoweit keine Bedenken, als dadurch sowohl der übernächste (und wiederum bösgläubige) Mittelsmann als letztendlich auch der Haupttäter zu einer rechtswidrigen Tat angestiftet werden und damit also beiden bei A 3 ff. genannten Konstruktionen genügt wird. Daher wird auch diese Form strafbarer Kettenanstiftung fast allgemein für möglich gehalten (vgl. *Jescheck* § 64 III 2b, *S/S-Cramer* § 26 Rdnr. 9).

11 – Indes fragt es sich, ob sich diese Argumentation auch auf der Basis der „Vorsätzlichkeitstheorie" hinsichtlich der angestifteten Tat (*Pantopon-Fall* Nr. 41 A 15) durchhalten läßt. Denn danach muß ja der Angestiftete *tatsächlich vorsätzlich* handeln, was hier für S gerade nicht zutrifft; daher sei nach *Roxin* LK § 26 Rdnr. 35 im *Paßbesorgungs-Fall* nur versuchte Anstiftung anzunehmen. Diesem Einwand könnte man nur dadurch begegnen, daß man entweder für Anstiftung schon die *Vorstellung* vom vorsätzlichen Handeln des Angestifteten ausreichen läßt (so die „Vorstellungstheorie": vgl. Nr. 41 A 20), oder aber daß man die Kettenanstiftung i. S. der bei A 4 genannten Auffassung als Anstiftung zur endgültigen Haupttat begreift und damit die Zwischenanstiftungen zu unwesentlichen Kausalgliedern abwertet; so offenbar hier im Ergebnis (zu Recht) der BGH.

12 **V. Mittelbare Beihilfe.** Die vorgenannten Grundsätze gelten im wesentlichen auch für die mittelbare Beihilfe. Eine solche ist in dreifacher Weise denkbar:

- als Beihilfe zur Beihilfe (Kettenbeihilfe),
- als Beihilfe zur Anstiftung, bzw. umgekehrt
- als Anstiftung zur Beihilfe.

13 Alle diese Fälle sind letztlich lediglich als **Beihilfe zur Haupttat** zu verstehen (vgl. *Jescheck* § 64 V 1, *Roxin* LK § 27 Rdnr. 43; abw. jedoch *S/S-Cramer* § 27 Rdnr. 18 hinsichtlich der Beihilfe zur Anstiftung). Daher ist die Strafe in allen Fällen dem § 27 zu entnehmen, *ohne* daß bei Beihilfe zur Beihilfe eine *doppelte Reduktion* des Strafrahmens in Betracht käme (vgl. *Roxin* aaO, aber auch *Stratenwerth* Rdnr. 971 f.

14 **Schrifttum:** Zu den Anstiftungsvoraussetzungen vgl. die Angaben zu Fall Nr. 43 Speziell zur **Kettenanstiftung** vgl. ferner *Gallas*, Anm. zu BGHSt 8, 137 in JR 1956, 225; *Meyer*, Zum Problem der Kettenanstiftung, JuS 1973, 755; *Schwind*, Grundfälle zur Kettenteilnahme, MDR 1969, 3.

Beihilfe – Förderung der Haupttat

RGSt 58, 113: Pessar-Fall

I StS 50/24 v. 18. 3. 1924

SV **Sachverhalt:** Nach zweimaligem Ausbleiben der Regel hatte die M keinen Zweifel mehr, daß sie schwanger sei. Nachdem ihr von ihrem Liebhaber L erklärt worden war, er werde für das zu erwartende Kind keine Unterhaltsbeiträge entrichten, faßte sie den festen Entschluß, die Frucht abzutreiben. Zu diesem Zweck erwarb L von dem S ein zur Abtreibung taugliches Pessar. S gab der M genaue Anweisung über die Anwendung des Pessars. Diese getraute sich aber nicht, das Pessar einzuführen. Später ließ sich M durch die G einen Mutterspiegel kaufen, von dem die G wußte, daß er zur Erleichterung der Abtreibung benutzt werden sollte. Doch auch davon machte die M keinen Gebrauch. Sie begab sich vielmehr zu einer Lohnabtreiberin, die schließlich mit Hilfe eines Kautschukkatheters die Schwangerschaft abbrach.

P **Zur Problemstellung:** Daß die M und die Lohnabtreiberin wegen vollendeten täterschaftlichen Schwangerschaftsabbruchs zu bestrafen waren, stand damals außer Frage (§ 218 I, II a. F. Gleiches dürfte nach dem heutigen § 218 I bzw. III zu gelten haben, nachdem es für eine rechtfertigende Indikation nach § 218a bereits an der ärztlichen Durchführung fehlt: vgl. im einzelnen StrafR III Nrn. 4, 5). Zweifelhaft war dagegen, ob auch S und G der *Beihilfe* zum Schwangerschaftsabbruch (§§ 218, 27) schuldig zu sprechen waren. Das LG hat dies verneint; denn:

– Beide hätten zunächst und unmittelbar nur zu den straflosen Vorbereitungshandlungen der M Hilfe geleistet. Ebenso wie die eigenen Vorbereitungshandlungen der M müßten auch die Hilfshandlungen von S und G straflos bleiben.

– Etwas anderes könnte sich nach Ansicht des LG nur dann ergeben, wenn S und G zugleich mit ihren Hilfshandlungen das gesamte Vorgehen der M, die Schwangerschaft durch irgendein Mittel abzubrechen, hätten fördern wollen und tatsächlich auch (etwa durch Bestärken des Abtreibungsentschlusses) gefördert hätten. Das aber sei nicht nachweisbar. Wenn also die Handlung des „Gehilfen" zu dem schließlichen Erfolg gar nichts beigetragen habe, dann sei keine Hilfe geleistet worden.

Damit sind folgende Fragen aufgeworfen:

– Ist es notwendig, daß die Gehilfentätigkeit den Erfolg *ursächlich* mitbewirkt oder genügt schon die bloße *Förderung* oder *Erleichterung* der Haupttat?

– Kann strafbare Beihilfe nicht auch zu bloßen Vorbereitungshandlungen geleistet werden, sofern nur die Haupttat zumindest *versucht* wird?

Auch das RG hat im Ergebnis Beihilfe verneint, wenngleich mit teilweise anderen Erwägungen.

E 1 **Aus den Gründen: [114]** „Diese Ausführungen lassen erkennen, daß die StrK den Begriff der wissentlichen Hilfeleistung nach § 49 [a. F.; jetzt 27] zu eng auslegt. Das RG hat in st. Rspr angenommen, daß die Beihilfe nicht zur *Ausführung der Haupttat selbst* geleistet werden muß, daß sie sich nicht auf ein zum Tatbestand der Haupttat gehöriges Merkmal zu erstrecken braucht, daß sie vielmehr schon zu bloßen *Vorbereitungshandlungen* des Täters *erfolgen* (RGSt 8, 267/8) und selbst schon vor dessen Entschließung zur Tat ein-

2 setzen kann (RGSt 4, 95/6; 16, 350; 28, 287; 51, 136/41). Voraussetzung ist dabei immer nur, daß die Haupttat mindestens zu einer Versuchshandlung führt. Daß der *Erfolg* der Haupttat durch die Gehilfentätigkeit ursächlich mitbewirkt, gefördert oder erleichtert wird, ist ebenfalls nicht erforderlich. Es ist daher rechtsirrig, wenn die **[115]** StrK einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Handlung des Gehilfen und dem schließlich eingetretenen verbrecherischen Erfolge verlangt. Der Tatbestand der einmal geleisteten Beihilfe wird nicht dadurch beseitigt, daß die Gehilfentätigkeit für den mit ihr beabsichtigten und tatsächlich eingetretenen Erfolg einflußlos gewesen ist. Die Herbeiführung

3 dieses Erfolgs kann sich unabhängig von dem Willen des Gehilfen vollziehen; seine Kenntnis von dem Verlauf der Haupttat ist nicht erforderlich, ja unter Umständen gar nicht möglich (RGSt 6, 169/70; 8, 267/9; 13, 265/6; 27, 157/8).

4 Die *bloße Absicht* des Gehilfen, durch seine Hilfeleistung die Haupttat zu unterstützen und zu fördern, reicht allerdings zur Annahme einer nach § 49 [a. F.; § 27] strafbaren Beihilfe nicht aus. Es muß hinzukommen, daß die den Verbrechenstatbestand verwirklichende *Handlung,* bevor sie zum Abschluß gekommen ist, zu irgend einem Zeitpunkt durch das Tätigwerden des Gehilfen *tatsächlich gefördert worden ist.*

5 Die Entscheidung hängt daher davon ab, welches die den Verbrechenstatbestand verwirklichende Handlung ist, ob insbesondere schon die Annahme des Pessars und des

E Mutterspiegels mit der späteren von einer Lohnabtreiberin mittels eines Katheters vorgenommene Abtreibung eine *einheitliche natürliche Handlung* bildet.

6 Wäre dies zu bejahen, so käme folgendes in Betracht: Hätte die M die ihr von S und G zu Abtreibungszwecken dargebotenen Mittel sofort zurückgewiesen und sie vollständig außerhalb ihrer auf Abtreibung abzielenden Tätigkeit gelassen, dann würde es freilich auch in diesem Falle zu keiner Teilnahme der Gehilfen an der strafbaren Handlung der Täterin gekommen (RGSt 38, 156), sondern bei einem rechtsgrundsätzlich möglichen, aber vom Gesetz nicht für strafbar erklärten Versuch der Beihilfe geblieben sein (RGSt 11, 37/9, 56/61). Die getroffenen Feststellungen lassen aber keinen Zweifel darüber, daß die M die dargebotene Mitwirkung der Gehilfen nicht nur angenommen, sondern auch den Gebrauch der von den beiden Gehilfen dargereichten, zur Abtreibung tauglichen Mittel in ihren Vorsatz aufgenommen hat und erst nachträglich von dieser Gebrauchsabsicht zurückgetreten ist. Der Fall läge also insoweit rechtlich nicht anders als in der Entscheidung des IV. StS vom 7. 11. 1913, wo eine nach § 49 [a. F.; § 27] strafbare Gehilfenschaft darin gefunden wurde, daß der Angekl dem Dieb zur Begehung eines Einbruchsdiebstahls eine Zange übergeben, dieser sie zu dem gewollten **[116]** Zweck auch angenommen, das Verbrechen aber schließlich ohne Benutzung des Werkzeugs ausgeführt hat. Auch das Urteil des erk. Senats vom 27. 3. 1923, dem ein anderer Sachverhalt zugrunde liegt, steht dieser Annahme nicht entgegen. Es wäre auch nicht erforderlich, daß S und G den *allgemeinen* Abtreibungsentschluß der M stärkten und damit auch
7 die später tatsächlich in anderer Weise erfolgte Abtreibung förderten. Die StrK übersieht, daß das Strafgesetz in § 49 [a. F.; § 27] nebeneinander zwei selbständige, gleichwertige Begehungsformen der Gehilfentätigkeit aufstellt, deren jede den Tatbestand strafbarer Hilfeleistung erfüllen kann: die sog. psychische oder intellektuelle Beihilfe durch *Rat* (RGSt 5, 140; 13, 265; 27, 157/8) und die sog. physische Beihilfe durch die *Tat*. Beide Arten der Begehung können zusammentreffen; notwendig ist dies aber keineswegs und es wird unter Umständen eine Befestigung und Bestärkung des verbrecherischen Entschlusses neben der tatsächlichen Förderung der Haupttat gar nicht möglich sein, – dies namentlich dann nicht, wenn der Haupttäter zur Begehung der Straftat ohnedies bereits fest entschlossen war, ehe die Gehilfentätigkeit eingesetzt hat.

8 Die Revision der StA kann jedoch um deswillen keinen Erfolg haben, weil sich aus den getroffenen tatsächlichen Feststellungen ergibt, daß die gesamte, auf Abtreibung der Leibesfrucht gerichtete Tätigkeit der M nicht – wie in den vorstehenden Ausführungen unterstellt wurde – als eine *einheitliche Handlung im natürlichen Sinne* anzusehen ist Das Vorhandensein eines *einheitlichen Ziels* für das Tätigwerden und eines *einmaligen Entschlusses*, dieses Ziel zu erreichen, macht allein die infolgedessen ausgeführte Tätigkeit noch nicht zu einem einheitlichen Tun im natürlichen Sinne, wie es auch die §§ 73 und 74 [a. F.; jetzt §§ 52, 53] im Auge haben, und entkleidet die Einzelakte nicht ihrer
9 Selbständigkeit (RGSt 4, 187/190; 7, 60/7). Einheitlichkeit des Ziels und ein einziger Entschluß, es – gleichviel mit welchen Mitteln – zu erreichen, können zuweilen die Annahme eines *fortgesetzten Handelns* i. S. der Rspr des RG begründen, wenn im übrigen die
10 Voraussetzungen hierfür gegeben sind. Eine *hiervon zu unterscheidende natürliche Handlungseinheit* erfordert aber einen solchen unmittelbaren Zusammenhang, daß sich das gesamte Tätigwerden an sich (*objektiv*) auch für einen *Dritten* als ein einheitliches zusammengehöriges Tun bei natürlicher Betrachtungsweise erkennbar macht. Entscheidend kann hier im wesentlichen nur die Auffassung des Lebens sein. Danach stellt sich aber die gesamte den Gegenstand der Anklage bildende Tätigkeit der M nicht als *eine* natürliche Handlung dar, vielmehr hat sie nach den getroffenen **[117]** Feststellungen das gewollte Ziel der Abtreibung durch verschiedene selbständige Handlungen im natürlichen Sinne zu erreichen erstrebt, von denen erst die letzte das von Anfang an vorgesetzte Ziel erreicht hat. Wenn sich nun schon bei einer im Fortsetzungszusammenhang begangenen Tat eine Beihilfe auf den bloßen *unselbständigen Einzelakt* beschränken kann und dann nach der Art dieses Aktes zu entscheiden ist, inwieweit strafbare Beihilfe vorliegt, so gilt das erst recht, wenn sich mehrere *selbständige* Einzelhandlungen, ohne im Fortsetzungszusammenhang zu stehen, in Verfolgung eines und desselben Ziels aneinander
11 reihen. Im vorliegenden Falle stellt das LG tatsächlich fest, es habe sich *nicht* nachweisen lassen, daß die Angekl G und S mittels des Pessars und des Mutterspiegels auch die später in anderer Weise erfolgte und als selbständige Abtreibungshandlungen zu beurteilende Tätigkeit fördern *wollten*. Durch diesen Ausspruch wird die als Beihilfe in Betracht kommende Tätigkeit aber ausdrücklich in äußerer (objektiver) und innerer (subjektiver) Hinsicht auf die noch nicht einmal bis zum Versuch der Abtreibung gediehene Annahme des Pessars und des Mutterspiegels beschränkt und eine auch nur psychische Beihilfe für die sich später anreihenden selbständigen Abtreibungshandlungen verneint. Diese Feststellungen tragen das [freisprechende] Urteil und führen zur Verwerfung der Revision der StA."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Im Mittelpunkt dieser Entscheidung stehen die Voraussetzungen strafbarer **Beihilfe (§ 27)**. Dafür ist ein dreifaches erforderlich:

A 1 **I. Haupttat eines anderen.**
Beihilfe als Teilnahme an fremden Handeln setzt die Begehung einer Haupttat voraus (§ 27). Das bedeutet im wesentlichen:

1. Die Haupttat muß *mindestens* bis zu einem strafbaren *Versuch* gekommen sein. Fehlt es daran und liegt auf Seiten des Unterstützten lediglich eine strafbare Vorbereitungshandlung i. S. v. § 30 vor, so ist die Beihilfe dazu regelmäßig straflos (vgl. *S/S-Cramer* § 30 Rdnr. 48ff.).

2 2. Die Haupttat muß – ebenso wie bei Anstiftung – nach den allgemeinen Akzessorietätsgrundsätzen zumindest *tatbestandsmäßig-rechtswidrig*, nach h. M. zudem auch *vorsätzlich* begangen sein (§ 27 I); vgl. näher *Pantopon-Fall* Nr. 41, insbes. A 12ff.

3 *Frage:* Wie steht es mit diesen Haupttaterfordernissen im vorliegenden Fall? Da der Schwangerschaftsabbruch der M schließlich doch noch zur Vollendung kam, liegt an sich eine volldeliktische Haupttat vor. Doch bleibt die Frage, ob G und S gerade zu dieser Haupttat Beihilfe geleistet haben. Dafür werden die folgenden Kriterien entscheidend:

4 **II. Förderung der Haupttat.**
Der Gehilfe muß zur Haupttat „Hilfe geleistet" haben (§ 27 I). Das bedeutet:

1. Durch die Beihilfe muß die Haupttat **tatsächlich** gefördert worden sein; die bloße Förderungs*absicht* reicht keinesfalls aus (E 4).

5 2. Als **Mittel** der Hilfeleistung kommt danach jede Art physischer oder psychischer Unterstützung in Betracht (vgl. E 7), also – wie dies in § 49 a. F. noch recht plastisch formuliert war – durch „Rat oder Tat". – Dafür reichte hier schon die Aufklärung der M über die richtige Anwendung des Pessars durch den S.

5a – Selbst durch *Unterlassen* kann Beihilfe geleistet werden, vorausgesetzt, daß den Gehilfen eine Garantenpflicht trifft; über die Voraussetzungen dazu instruktiv der *Scheidungsprozeß-Fall* BGHSt 17, 321; vgl. ferner *Tänzerin-Fall* bei Nr. 27 A 16ff.

6 3. **Grad und Intensität der Hilfeleistung:** Strittig ist jedoch, inwieweit die Beihilfe für die Begehung der Haupttat ursächlich gewesen sein muß. Dazu werden im wesentlichen folgende Auffassungen vertreten:

7 a) **Nach h. L.** sollen die **allgemeinen Kausalitätsregeln** auf die Beihilfe Anwendung finden (so auch hier die Vorinstanz). Entscheidend ist dabei, daß – bei Erfolgsdelikten wie hier – auf die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen **Erfolgs** (und nicht nur der Tatbestands*handlung*: dazu A 9) abgehoben wird. Freilich soll dabei Kausalität nicht in dem strengen Sinne zu verstehen sein, daß ohne die Beihilfe die Haupttat unterblieben wäre; zumindest aber muß die Hilfeleistung für die Durchführung der Haupttat bzw. die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs irgendwie **förderlich** gewesen sein (vgl. *Jescheck* § 61 IV 2c, *M-Gössel* I/2 § 52 II A 2b, c, *S/S-Cramer* § 27 Rdnr. 6f, 10 m. w. N.), kurz: erforderlich, aber auch ausreichend ist, daß der Gehilfe z. B. durch psychische Stärkung der Tatbereitschaft, Erleichterung der Tatausführung, Übernahme von Abwehr- oder Warnfunktionen gegen mögliche Störungen, Beschleunigung des Taterfolgs u. dgl. (vgl. *Lackner* § 27 Rdnr. 2a) die Durchführung der (versuchten oder vollendeten) Haupttat *mitbeeinfluß* hat.

7a – Eine weitere Verfeinerung hat dieser Kausalitätsansatz neuerdings dadurch erfahren, daß eine **„Chancenerhöhung"** *als hinzutretendes Zurechnungskriterium* verlangt wird (grundlegend *Roxin* LK § 27 Rdnr. 2ff.; im wesentlichen ebenso *Samson* SK § 27 Rdnr. 10). Danach ist zwar nicht unbedingt Kausalität in dem Sinne zu verlangen, daß ohne den Gehilfenbeitrag die Haupttat unterblieben wäre; denn grundsätzlich muß auch schon eine die Art und Zeit der Tatbegehung irgendwie beeinflussende „Modifikationskausalität" genügen. Doch kann eine derartige Beeinflussung nur bei solchen Tatbeiträgen angenommen werden, die den tatbestandsmäßigen Erfolg *ermöglichen, erleichtern, intensivieren* oder sein Gelingen *absichern*. Dementsprechend ist umgekehrt Beihilfe überall dort zu *verneinen*, wo durch den an sich mitursächlichen Beitrag die Erfolgschancen vermindert bzw. der Erfolgsumfang (gegenüber dem Tatplan des Haupttäters) verringert wird. Zu einer solchen **„Risikoverringerung"** vgl. *Ehemaklerlohn-Fall* OLG Stuttgart NJW 1979, 2573 m. Anm. *Joecks* JA 1980, 128).

7b – Nach diesen Lehren wäre hier eine Beihilfe von F und G schon deshalb zu verneinen, weil die von ihnen zur Verfügung gestellten Mittel den Abbruch der Schwangerschaft in keiner Weise gefördert haben. Allenfalls käme noch psychische Beihilfe durch Unterstützung der Tatbereitschaft in Betracht, etwa durch Stärkung des Gefühls, not-

A falls doch noch auf die Mittel von S und G zurückgreifen zu können. Vgl. auch *Rinderdiebstahl-Fall* BGHSt 8, 390/1: Stärkung der Tatbereitschaft durch Zusicherung, das gestohlene Vieh zu schlachten und abzusetzen.

8 b) Solche durch das Kausalitätserfordernis entstehenden Strafbarkeitslücken sucht ein Teil der Lehre dadurch zu vermeiden, daß sie den Strafgrund der Beihilfe in einer **Kausalitätsunabhängigen) Riskikoerhöhung** für den Erfolg der Haupttat erblickt und dementsprechend schon genügen läßt, daß aufgrund des Gehilfenbeitrags der Erfolg der Haupttat wahrscheinlicher werde (so namentlich *Schaffstein* Honig-FS S. 179ff.; vgl. auch *Herzberg* GA 1971, 7f., der die Beihilfe als abstraktes Gefährdungsdelikt begreift, sowie *Vogler* Heinitz-FS S. 309ff., wonach genüge, daß ein die Tathandlung konkret fördernder Gehilfenbeitrag zur Mitherbeiführung des Erfolges generell geeignet sei. Anders als nach der „Chancenerhöhungslehre" i. S. von A 7a soll also hier das Kausalitätserfordernis nicht nur modifiziert, sondern durch bloße Gefährdungsaspekte ersetzt werden.

– Nach diesen Auffassungen käme hier (vorbehaltlich des noch zu erörternden Zeitmoments: A 11) Beihilfe grundsätzlich in Betracht; denn sowohl die Beschaffung eines Pessars wie auch eines Mutterspiegels erhöht nicht nur das Risiko eines Schwangerschaftsabbruchs, sondern ist dazu auch generell geeignet.

8a – Aber: Diese Lehre sieht sich insbesondere dem Einwand ausgesetzt, daß sie auch Fälle nur *versuchter* Beihilfe miterfaßt und damit in Widerspruch zu § 30 I gerät; denn ist nicht dieser Vorschrift zu entnehmen, daß die Strafbarkeit versuchter Teilnahme auf die versuchte Anstiftung zum Verbrechen beschränkt bleiben soll? Vgl. auch die Kritik von *Spendel* Dreher-FS S. 167ff.

9 c) Noch weitergehend will die **Rspr** den Beihilfebereich dadurch ausdehnen, daß sie nicht erst im Erfolg der Haupttat, sondern bereits im *Handeln* des Haupttäters den entscheidenden Bezugspunkt der Hilfeleistung erblickt. Demgemäß braucht die Gehilfentätigkeit den Erfolg weder ursächlich bewirkt noch sonstwie erleichtert zu haben; vielmehr reicht bereits aus, daß das **Handeln des Täters** in irgendeiner Weise tatsächlich **gefördert** worden ist (E 2, 4; vgl. ferner BGH VRS 8, 199/201, BayObLGSt 1959, 132/8). Über ein Fördern durch *Unterlassen* (Nichteingreifen gegenüber einer Abtreibung durch die Ehefrau) instruktiv der *Luftembolie-Fall* BGH bei *Dallinger* MDR 1973, 369.

– So gesehen könnte man hier u. U. eine geeignete Hilfeleistung annehmen; denn obgleich die Mittel von S und G bei der Abtreibung keine Verwendung gefunden haben (mangelnde *Erfolgs*förderung), haben sie auf das Handeln der M doch immerhin einen gewissen Einfluß gehabt (*Handlungs*förderung). Dementsprechend wurde auch im *Abtreibungsfahrt-Fall* BGH bei *Dallinger* MDR 1975, 543, wo der Erzeuger der Schwangeren Geld für die Fahrt zu einem Abtreiber überlassen hatte, Beihilfe selbst für den Fall angenommen, daß die Abtreibung auch ohne Einverständnis oder ohne Zustimmung zur Entnahme des Geldes unternommen worden wäre. Weiteres Fallmaterial bei *Dreher* MDR 1972, 553ff.

10 – Was ist hiergegen einzuwenden? Zwar spricht § 27 I lediglich von Hilfeleistung zu einer „rechtswidrigen Tat"; doch wie in sonstigen Fällen dürfte darunter nicht schon das Handeln als solches, sondern die Tatbestandsverwirklichung zu verstehen sein (vgl. *S/S-Eser* § 11 Rdnr. 44) und sich demgemäß auch auf den *tatbestandsmäßigen* Erfolg beziehen (was freilich nicht ausschließt, daß auch Beihilfe zum Versuch möglich ist; denn für die versuchte Haupttat muß naturgemäß bereits der subjektive Erfolgsbezug des „Entschlusses" genügen; vgl. Nr. 31 A 16ff., Nr. 43 A 3). Daher ist im Ergebnis der h. L. (A 7), und zwar in Form der „Chancenerhöhungslehre" (A 7a), zuzustimmen.

– Indes: Selbst soweit hier eine Hilfeleistung bejaht würde (A 8, A 9), stellt sich die weitere Frage, ob damit eine *strafbare* Handlung gefördert wurde. Dafür wird ein weiteres Kriterium relevant:

11 **4. Zeitpunkt der Hilfeleistung:** Dabei geht es um die Frage, in welchem *zeitlichen Rahmen* der Gehilfe die Haupttat gefördert haben muß.

a) Beihilfebegründend ist unstreitig jede Hilfe, die *unmittelbar zur* **Tatbestandsverwirklichung** geleistet wird: z. B. Hilfe beim Einführen des Pessars; Wegnahmehilfe beim Diebstahl.

12 b) Strafbar ist ferner die sog. **„sukzessive Beihilfe"** zwischen der Vollendung und Beendigung der Haupttat: etwa in Fällen wie hier durch Verschaffen von Mitteln, mit denen Nachwirkungen eines unsachgemäßen Eingriffs gestoppt werden sollten; oder

A Sicherstellung der Beute. Instruktiv dazu auch den *Unfallfluchthilfe-Fall* BayObLG NJW 1980, 412). – Über die Zurechnung bereits *abgeschlossener* Vorgänge bei nachträglicher Beihilfe vgl. *Verkaufsbuden-Fall* Nr. 40.

13 c) Auch schon zu bloßen **Vorbereitungshandlungen** des Täters ist Beihilfe möglich, freilich vorausgesetzt, daß die Haupttat mindestens zu einer Versuchshandlung führt (E 1). – Genau diese Voraussetzung stand hier in Frage, nämlich ob durch die Hilfe von S und G überhaupt ein strafbares Handeln der M gefördert wurde. Dies wäre hier nur auf zwei Wegen anzunehmen gewesen:

14 – Entweder man sieht bereits in der Empfangnahme der Abtreibungswerkzeuge und in der Beratung über ihre sachgerechte Anwendung einen Abtreibungsversuch der M. Doch wurde das vom RG zu Recht verneint (E 11).

15 – Oder aber, man begreift die gesamte auf Abtreibung gerichtete Tätigkeit der M als eine *einheitliche* Handlung, die zumindest in ihrer Anfangsphase von S und G gefördert wurde. – Doch auch dieser Weg wurde vom RG mit zutreffenden Konkurrenzüberlegungen für nicht gangbar erklärt (E 8–10). Näher zu Konkurrenzproblemen bei Abtreibung *Kurpfuscher-Fall* Nr. 49.

16 **5. Fazit** für den vorliegenden Fall: Da die beiden vorgenannten Wege nicht weiterführten, war Beihilfe von S und G zur Abtreibung der M zu Recht zu verneinen, es sei denn, es ließe sich schon allein der Hilfswilligkeit als solcher eine psychische Beihilfe in dem bei A 7f charakterisierten Sinne entnehmen.

– Aber Frage: Konnten demnach S und G völlig straffrei ausgehen? Zum Zeitpunkt der Entscheidung ja, weil damals das bloße Verschaffen von Abtreibungsmitteln noch nicht strafbar war (vgl. v. *Liszt-Schmidt,* 23. Aufl. 1921, § 94). Dagegen käme heute § 219c in Betracht (näher dazu *S/S-Eser* § 219c Rdnr. 1ff.).

17 **III. Subjektiv: „doppelter Gehilfenvorsatz".**

Wären vorliegend die objektiven Beihilfevoraussetzungen zu bejahen gewesen (vgl. A 16), so wäre noch der (bei E 3 angesprochene) Gehilfenvorsatz zu prüfen. Was dafür im einzelnen erforderlich ist, wird im nachfolgenden *Patronen-Fall* Nr. 46 demonstriert.

18 **Schrifttum:** Zu den allgemeinen **Beihilfevoraussetzungen** vgl. *Baumann* § 37 II; *Blei* I § 80, *Bockelmann* I § 25; *Jeschek* § 64 IV; *M-Gössel* I/2 § 52; *Otto* I § 22 III; *Schmidhäuser* 14/134–151; *Stratenwerth* § 12 B II 2; *Welzel* § 16 III; *Wessels* I § 13 IV 3, sowie die Kommentare zu § 27.

Speziell zur **Förderung der Haupttat** vgl. *Class,* Die Kausalität der Beihilfe, Stock-FS S. 115; *Dreher,* Kausalität der Beihilfe, MDR 1972, 553; *Herzberg,* Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA 1971, 1; *Samson,* Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe, 1972; *Ders.,* Die Kausalität der Beihilfe, Peters-FS S. 121; *Schaffstein,* Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, Honig-FS S. 169; *Spendel,* Beihilfe und Kausalität, Dreher-FS S. 167; *Vogler,* Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat, Heinitz-FS S. 297.

Gehilfenvorsatz – Exzeß

RGSt 67, 343: Patronen-Fall

II StS 321/33 v. 9. 11. 1933

SV **Sachverhalt:** Der A händigte dem Mitangeklagten S einen Revolver mit 16 Patronen aus, um damit ein von S geplantes Eigentumsdelikt zu fördern. Es war ihm dabei gleichgültig, gegen wen sich der Angriff richten und wie er im einzelnen ausgeführt werden würde. Nur damit rechnete er nicht, daß S die Tat mit oder durch Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben begehen werde. S begab sich zu Frau K, hielt ihr den Revolver vor die Brust, um sie zur Herausgabe von Geld zu nötigen; sein Versuch blieb jedoch ohne Erfolg.

P **Zur Problemstellung:** S wurde einer versuchten räuberischen Erpressung (§§ 255 i. V. mit §§ 253, 249, 250 Nr. 1) für schuldig befunden. Wie hat sich demgegenüber A strafbar gemacht? Die StrK sah in der Aushändigung von Revolver und Patronen an S zwar objektiv eine Förderung der versuchten räuberischen Erpressung; doch glaubte sie Beihilfe dazu verneinen zu müssen, da diese Form der Tatbegehung von seinem Gehilfenvorsatz nicht vorbedacht gewesen sei.

– Durfte er stattdessen wegen Beihilfe zum versuchten Schußwaffendiebstahl (§§ 242, 244 I Nr. 1) verurteilt werden? So die StrK. Im Ergebnis ebenso das RG; denn:

E 1 **Aus den Gründen: [344]** „Der Gehilfe muß zwar einen bestimmten Tatbestand, der durch
einen anderen verwirklicht werden soll und sich dann als Verbrechen oder Vergehen
2 darstellt, in seinen wesentlichen Merkmalen im Auge haben (RGSt 59, 245/6). Es kommt aber nicht darauf an, ob die Haupttat ihrer rechtlichen Beurteilung nach dieselbe ist, die sich der Hilfeleistende vorstellt; sie muß sich nur in ihrem äußeren Verlauf im wesentlichen mit der decken, deren Begehung der Gehilfe fördern will; sie darf nicht ihrem
3 Wesen nach eine andere sein. Nicht erforderlich ist, daß der Gehilfe eine Vorstellung davon hat, wie die Haupttat in den Einzelheiten, wann, wo, gegenüber wem und unter welchen besonderen Umständen sie ausgeführt werden wird. Darüber, in welchem Umfange sich der Gehilfe vom Verlaufe der Haupttat eine Vorstellung machen muß, läßt sich keine allgemeine Rechtsregel aufstellen. Es kann nur von Fall zu Fall entschieden wer-
4 den, ob der Gehilfenvorsatz hinreichend bestimmt gewesen ist. Dem festgestellten Vorsatz des A würde ein von S bei Frau K unter Mitführung des Revolvers verübter Gelddiebstahl (Verbrechen nach §§ 242, 243 Nr. 5 [a. F.; jetzt § 244 I Nr. 1]) in allen Stücken entsprochen haben. Wäre S darüber hinaus bei der Wegnahme unter Verwendung des Revolvers mit Gewalt oder unter Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gegen Frau K vorgegangen, so würde sich die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers **[345]** nicht auf diese besonderen Tatumstände des Raubes erstrekken; er wäre vielmehr auch dann nur der Beihilfe zum schweren Diebstahle [§ 244 I Nr. 1] schuldig, dessen Tatbestand in dem eines von S begangenen Raubes enthalten gewesen
5 sein würde. Nicht anders war es zu beurteilen, wenn S unter Mitführung des Revolvers Frau K nicht das Geld wegnahm, sondern sie zur Hergabe des Geldes erpresserisch nötigte oder zu nötigen suchte. Auch die Erpressung und die räuberische Erpressung enthalten neben dem Angriff auf die Freiheit der Willensbetätigung einen Angriff auf fremdes Vermögen, also das, was der A erwartete. Die Erpressung, besonders die räuberische Erpressung, und der Raub gehen häufig derart ineinander über, daß die Erpressung vom Raub aufgezehrt wird (RGSt. 4, 429; 55, 239/240). In jedem Falle wird aber, wer
6 eine räuberische Erpressung begeht, gleich einem Räuber bestraft (§ 255). Bei so naher innerer Verwandtschaft und bei der Ähnlichkeit der Begehungsform dieser beiden Verbrechen, ihrer vom Gesetz anerkannten Gleichwertigkeit und dem weitgesteckten Vorsatz des A ist die Auffassung des LG zu billigen, daß im vorliegenden Falle die versuchte räuberische Erpressung auch für die hier zu prüfende Frage dem versuchten Raube gleichzustellen und, wie es ähnlich bei diesem der Fall gewesen wäre, nicht eine grundsätzlich andere, sondern nur eine infolge des Hinzutretens der räuberischen Nötigungshandlung schwerere Haupttat darstellt als der schwere Diebstahl, dessen Begehung der A zu fördern gedachte. Die Tat des A, die äußerlich eine Beihilfe zu der versuchten räuberischen Erpressung bildet, konnte deshalb infolge seiner beschränkten Vorstellung von der Haupttat nur als Beihilfe zum versuchten schweren Diebstahl [jetzt § 244 I Nr. 1] bestraft werden."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Auch in diesem Fall geht es um **Beihilfe,** die nach den im *Pessar-Fall* Nr. 45 erörterten Grundsätzen im wesentlichen folgendes voraussetzt:

A 1 I. *Objektiv:* die **Förderung der Haupttat eines anderen.**
Dies war hier zweifellos gegeben, nachdem die von A dem S ausgehändigte Waffe bei dessen räuberischem Erpressungsversuch tatsächlich Verwendung fand.

2 II. *Subjektiv:* **„Doppelter Gehilfenvorsatz".** Dafür ist – ähnlich wie beim Anstifter – ein zweifaches erforderlich (vgl. *Stuhlbein-Fall* Nr. 43 A 12ff.):

3 1. **Kenntnis der Haupttat:** Da der Gehilfe „vorsätzlich" die fremde Tat unterstützt haben muß (§ 27 I), muß er sich von der Haupttat gewisse Vorstellungen gemacht haben. Dabei ist hinsichtlich der Bestimmtheit dieser Vorstellungen nach der Rspr zweierlei auseinanderzuhalten:

4 a) Einerseits soll sich der Gehilfe einen bestimmten Tatbestand zumindest in seinen wesentlichen Merkmalen vorgestellt haben (E 1): Kriterium der *konkreten Tatbestandsvorstellung.*

5 b) Doch soll es andererseits nicht darauf ankommen, daß sich die vom Gehilfen vorgestellte und die dann tatsächlich begangene Tat in ihrer rechtlichen Beurteilung vollständig decken. Ausreichend soll vielmehr sein, daß die vorgestellte und die begangene Tat im wesentlichen gleichwertig sind (E 2, 6): also *Einschränkung* der konkreten Tatbestandsvorstellung durch ein *Gleichwertigkeitskriterium.*

6 – Inwieweit eine derartige Gleichwertigkeit anzunehmen ist, kann nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entschieden werden (E 3). Dabei ist insbesondere zu beachten, daß der Gehilfe namentlich keine konkrete Vorstellung davon zu haben braucht, wann, wo, gegenüber wem und unter welchen besonderen Umständen die Tat ausgeführt werden soll (*S/S-Cramer* § 27 Rdnr. 19).

7 – Nach diesen allgemein anerkannten Grundsätzen (vgl. *D-Tröndle* § 27 Rdnr. 8f.) kam es hier folgerichtig nur noch darauf an, ob die von S begangene räuberische Erpressung dem vom Gehilfen vorgestellten Diebstahl mit Waffen im wesentlichen gleichwertig war. Dies wurde auf 2-stufigem Wege begründet: zunächst mit der teilweisen Deckungsgleichheit von Diebstahl und Raub (E 4); und von da mit der teilweisen Deckung von Raub und räuberischer Erpressung (E 5).

8 Im Prinzip ebenso die Argumentation in **BGHSt. 11, 66,** wo nach der Vorstellung des Gehilfen der Täter den Landwirt lediglich durch Vortäuschen eines angeblich bereits schwebenden Strafverfahrens zu einer Abgeltung bewegen wollte, der Täter jedoch mit eigenen Schritten gegen den Landwirt drohte; dazu der BGH: „Beruht die Drohung des Erpressers auf einer Täuschung, so ist ein Gehilfe, der von der Drohung nichts weiß und nur die Täuschung fördern will, wegen Beihilfe zum Betruge zu bestrafen, wenn in seiner Vorstellung auch die übrigen Merkmale des Betruges vorliegen."

9 c) Indes: Wenn man die Gleichwertigkeitsthese (A 5) wirklich ernst nimmt, warum wird dann nicht der Gehilfe sogar nach dem tatsächlich begangenen schwereren Delikt bestraft? Wäre das nicht sogar eine aus dem Akzessorietätsgedanken zu folgernde Konsequenz (wie offenbar *S/S-Cramer*[19] § 27 Rdnr. 24 gemeint hat)? Demgegenüber kommen jedoch die **Exzeß**-Regeln ins Spiel, wonach im Hinblick auf §§ 16, 29 der Gehilfe nur für solche Handlungen und Erfolge bestraft werden darf, die von seinem Vorsatz umfaßt sind. Insoweit gelten für den Gehilfen die gleichen Regeln wie für den Mittäter oder Anstifter; vgl. Nr. 42 A 4ff., Nr. 43 A 16ff.

10 – Der dogmatischen *Konstruktion* nach dient also die Gleichwertigkeitsthese lediglich zur akzessorischen Verknüpfung von Beihilfehandlung und Haupttat. Die damit hergestellte Akzessorietät muß jedoch dann ihrerseits wieder nach den allgemeinen Schuldgrundsätzen beschränkt werden. – Vgl. zum Ganzen auch *Baumann* § 37 I 3c, der in solchen Fällen eine Parallele zur Wahlfeststellung zieht (ebenso *S/S-Cramer* § 27 Rdnr. 23 vgl. aber dazu auch Nr. 43 A 17a).

11 2. **Vollendungswille des Gehilfen:** Ähnlich dem Anstifter muß auch der Gehilfe die Vorstellung und den (zumindest bedingten) Willen haben, daß die unterstützte Haupttat zur Vollendung kommt (h. M.; vgl. *Jescheck* § 64 IV 2d m.w.N.). Daran fehlt es etwa, wenn der Gehilfe bewußt ein untaugliches Abtreibungsmittel liefert, der Schwangerschaftsabbruch also gar nicht über das Versuchsstadium hinaus gelangen kann.

12 So im *Einspritzungs-Fall* **RGSt. 60, 23,** wo der A eine Einspritzung machte, die zwar von der Schwangeren für abtreibungstauglich gehalten wurde, vom A dagegen nicht. Zu seinem Freispruch vom Vorwurf der Abtreibungsbeihilfe führt das RG aus:
[24] „Nach § 49 [a. F.; § 27] wird als Gehilfe bestraft, wer dem Täter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens wissentlich Hilfe geleistet hat. Zum Vorsatz des Gehilfen gehört hiernach das Wissen und Wollen, daß die von ihm unterstützte Tat mit seiner Hilfe *begangen* wird. Er muß daher die Hilfe mit dem Vorsatz leisten, die *Vollendung* der von

A dem Täter gewollten Tat zu fördern, und insoweit muß auch *sein* Wille *auf diesen Erfolg* gerichtet sein (vgl. RGSt. 56, 168/170 und die dort angeführte Rspr.).

An diesem Vorsatz fehlt es, wenn der Gehilfe von seinem Tun weiß oder glaubt, daß es kein taugliches Mittel zur Förderung der Vollendung der Tat ist, sondern höchstens dazu beitragen kann, dem Täter zu einem – erfolglosen – *Versuch* der Ausführung seines Vorhabens Hilfe zu leisten; denn dann entspricht es dem Wissen und Willen des Gehilfen, *nicht* dazu mitzuwirken, daß das Verbrechen oder Vergehen, wie der Täter es vor hat, von diesem begangen wird und zur Vollendung kommt (vgl. § 43 I [a. F.; § 22]).

Ohne Grund will mithin die beschwerdeführende StA eine strafbare Beihilfe zu der von der Schwangeren versuchten Abtreibung darin erblicken, daß der A ihr eine Einspritzung gemacht hat, von der zwar die Schwangere glaubte und wollte, daß dadurch die Fruchtabtreibung herbeigeführt werde, von der er selber aber unwiderlegt für ausgeschlossen hielt, daß sie ein hierzu taugliches Mittel sei. Er hat der Schwangeren nur vorgespielt, daß er ihr ‚bei der Abtreibung' helfe und ihre Aufforderung, dies zu tun, nicht ernstlich angenommen."

13 **3. Vorsatzform:** Soweit für die Haupttat dolus eventualis ausreicht, muß das auch für den Gehilfenvorsatz genügen. Vgl. dazu den *Weinfälscher-Fall* **BGH NJW 1966, 676/7,** wo der Lebensmittelchemiker trotz mehrfacher Bedenken gegen die Anwendung verbotener Fremdstoffzusätze der Weinverfälschung für schuldig befunden wurde, nachdem er die Täter über diese Möglichkeit unterrichtet und mangels anderer Wege die Anwendung der Mittel in Kauf nahm.

III. Akzessorietätsregeln – Strafdrohung.

14 **1.** Im übrigen gelten für Beihilfe die gleichen Grundsätze wie für Anstiftung (vgl. die Fälle Nrn. 43 und 44). Das gilt insbes. auch für die in den Nrn. 41, 42 erörterten Akzessorietätserfordernisse.

2. Ein wesentlicher Unterschied gegenüber der Anstiftung besteht jedoch hinsichtlich der **Strafdrohung:** Während der Anstifter „gleich einem Täter" zu bestrafen ist (§ 26), gilt zwar auch für den Gehilfen grundsätzlich die für den Täter vorgesehene Strafdrohung, jedoch ist diese nach § 49 I zwingend zu *mildern* (§ 27 II).

15 **Schrifttum:** Allgemein zur *Beihilfe* vgl. die Angaben zu Nr. 45.

Speziell zum **Exzeß des Haupttäters** vgl. die entsprechenden Angaben zu Nr. 43, zum **Gehilfenvorsatz** sowie zur **mittelbaren Beihilfe** die entsprechenden Angaben zu Nr. 44.

Vorstufen der Beteiligung – Versuchte Anstiftung

BGHSt 6, 308: Wachtmeister-Fall

1 StR 148/54 v. 12. 8. 1954 = NJW 1954, 1693

SV **Sachverhalt:** Der A befand sich in Untersuchungshaft unter Bewachung des Oberwachtmeisters S. Für den Fall, daß dieser ihn für eine Nacht freilassen würde, versprach er ihm eine Belohnung von 10000 DM. Dieser Anstiftungsversuch blieb jedoch erfolglos.

P **Zur Problemstellung:** Neben Bestechung (§ 333 a. F.; jetzt § 334) war der A wegen erfolgloser Anstiftung zur Gefangenenbefreiung im Amt (§§ 347 I a. F. [jetzt § 120 II], 30 I) verurteilt worden. Letzteres war in zweifacher Hinsicht problematisch:

– Zum einen: War dieser Anstiftungsversuch überhaupt *strafbar?* Nach § 30 I muß die anzustiftende Tat ein „Verbrechen" i. S. von § 12 I darstellen. Um ein solches Verbrechen handelte es sich (damals) zwar bei Gefangenenbefreiung durch einen *Beamten* (§ 347 a. F.), nicht aber bei der durch einen *Nichtbeamten* (§ 121 a. F.; jetzt § 120 I). Deshalb hing die Strafbarkeit der versuchten Anstiftung davon ab, ob sich der Verbrechenscharakter der anzustiftenden Tat nach der Strafdrohung durch den Haupttäter: dann § 30 I, oder nach der für den Anstifter: dann Straflosigkeit, bestimmt.

– Zum anderen: Selbst wenn der Verbrechenscharakter nach der geplanten Haupttat zu bestimmen ist und damit § 30 I zur Anwendung kommt, ist dann auch die Strafe dem als Haupttat in Aussicht genommenen *Amtsdelikt* zu entnehmen, oder aber ist nach den Regeln der gelockerten Akzessorietät (§ 28 II) auf den Anstifter der Tatbestand für *Nichtbeamte* anzuwenden?

– Wie wäre der Fall heute zu beurteilen, nachdem auch die Gefangenenbefreiung durch einen Amtsträger nach § 120 II nur noch als *Vergehen* strafbar ist?

Sieht man von dieser Herabstufung zu einem Vergehen einmal ab, so bleibt die Stellungnahme des BGH zu den vorgenannten Fragen nach wie vor für alle Fälle von Bedeutung, in denen die anzustiftende Haupttat, wie z. B. Aussageerpressung nach § 343, zwar für einen Amtsträger als Haupttäter ein Verbrechen wäre, nicht dagegen für den anstiftenden Nichtamtsträger, der sich als Haupttäter nur wegen eines Vergehens nach § 240 strafbar machen würde. Zu den dabei auftretenden Fragen führt der BGH aus:

E 1 **Aus den Gründen: [309]** „In der Rechtsansicht, der A sei überhaupt nicht nach § 49a [a. F.; § 30] strafbar, weil er bei erfolgreicher Aufforderung nicht wegen eines Verbrechens (der Anstiftung zur Gefangenenbefreiung im Amt: §§ 347, 48 [a. F.]), sondern als Nichtbeamter nur wegen eines Vergehens (der Anstiftung zur einfachen Gefangenenbefreiung: §§ 121, 48 [a. F.]) hätte bestraft werden können (§ 50 III [a. F.; § 28 II]), kann der Rev. nicht gefolgt werden. Für die Anwendbarkeit des § 49a [a. F.; § 30] ist nicht entscheidend, ob der Anstiftende, sondern ob nach seiner Vorstellung derjenige, den er zur Tat anzustiften versucht, eine als Verbrechen mit Strafe bedrohte Handlung beginge, wenn er sie ausführte (vgl. RGSt 32, 267; BGHSt 4, 17; NJW 51, 666). Daß S nach der Vorstellung des A, der ihn als Beamten kannte, ein Verbrechen begehen sollte, hat das LG rechtlich **[310]** einwandfrei ausgeführt. Sonach ist § 49a [a. F.; § 30] mit Recht angewendet.

2 Dagegen kann die Strafe gegen den A nicht dem § 347 [a. F.] entnommen werden. [Zwar wäre S] nach § 347 [a. F.; § 120 II] strafbar geworden, wenn er der Aufforderung des A nachgegeben hätte. Aber dem A wäre dann zugute gekommen, daß er nicht Beamter

3 ist. Die Gefangenenbefreiung ist kein echtes Amtsverbrechen. Sie kann im Amt (§ 347 [a. F.; § 120 II] und außerhalb eines Amtes begangen werden § 121 [a. F.; § 120 I]). Verschiedenheiten im Wortlaut der beiden Strafbestimmungen beeinträchtigen nicht die Gleichheit ihres Grundtatbestandes. Die allgemeine Strafe für die Gefangenenbefreiung ist Gefängnis (§ 121 [a. F.; nach § 120 I Freiheitsstrafe bis 3 Jahre]). Ihre Schärfung in Zuchthaus [bzw. zu Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren nach § 120 II] für die Gefangenenbefreiung im Amt (§ 347 [a. F.]) beruht auf der Beamteneigenschaft des Täters. Sie hätte für den A nicht gegolten (§ 50 III [a. F.; § 28 II]). Er wäre wegen eines Vergehens gegen §§ 121, 48 [a. F.; §§ 120 I, 26] bestraft worden (vgl. Welzel, [11. Aufl.] § 16 V a. E., 3b vor § 78).

4 Nach einem allgemeinen strafrechtlichen Gedanken wird die vollendete Tat strenger bestraft als der Versuch oder die Vorbereitung. Daher knüpft das Strafgesetz der Regel nach an die vollendete Tat an, bestimmt den für sie geltenden Strafrahmen und begrenzt damit auch die Strafe für die minderschweren Begehungsformen. Dieser für die Abstimmung der Strafdrohungen entscheidende Grundgedanke verbietet es, die Anstiftung zu

E einer als Verbrechen mit Strafe bedrohten Handlung im Falle der Erfolglosigkeit nach einem strengeren Gesetz zu bestrafen als im Falle des Erfolges (vgl. BGHSt 4, 17/9).

5 Dahin führt auch die Erwägung, daß die ‚erfolglose Anstiftung' in der jetzt gültigen Fassung des § 49a [a. F.; § 30] zu einer ‚vorweggenommenen Teilnahme' des ‚Anstifters' an der dem anderen zugemuteten Straftat ausgestaltet ist. Das wird durch die systematische Stellung dieser Vorschrift im StGB innerhalb des Abschnitts über die Teilnahme besonders betont. ... **[311]** Die ‚erfolglose Aufforderung' ist nunmehr als Versuch bezeichnet, einen anderen zur Begehung einer als Verbrechen mit Strafe bedrohten Handlung zu bestimmen, also als ‚versuchte Anstiftung'. Damit ist sie dem § 48 [a. F.; § 26] unmittelbar nahegerückt (vgl. Dreher GA 1954, 11/4; LK § 49a, 2 aE). Das ermöglicht die Anwendung des Rechtsgedankens des § 50 III [a. F.; § 28 II], der für alle Teilnahmeformen ausnahmslos gilt und mithin auch nicht bei der versuchten Anstiftung zu einem Verbrechen ausgeschlossen werden kann. Dieses Ergebnis entspricht allein der materiellen Gerechtigkeit (vgl. Welzel, Dt. StrafR 3. Aufl. § 16, II, 7). Der A ist daher aus dem Strafrahmen der §§ 49a, 121 [a. F.; §§ 30, 120 I] zu *bestrafen.*

6 Richtig ist die Ansicht der Rev., daß § 49a [a. F.; § 30] auch in der jetzt geltenden Fassung nur eine Hilfsvorschrift ist (BGHSt 1, 131/4ff.). Sie tritt hinter andere Strafvorschriften zurück, wenn diese auf den von ihr erfaßten oder in der geplanten Richtung – etwa zum Versuch oder zur Vollendung – weiter entwickelten Tatbestand zutreffen. Das Strafrecht berücksichtigt die geringere Gefährdung eines und desselben Rechtsguts nur, wenn die Handlung nicht zu einer stärkeren Gefährdung des Rechtsguts oder zu seiner Verletzung führt (BGHSt 1, 242; 305/7). Dieser Gedanke trifft aber nicht zu, wenn sich die Tatbestände überschneiden, also verschiedene Rechtsgüter unter den Schutz der mehreren Strafgesetze gestellt sind. Damit tritt § 49a [a. F.; § 30] neben das andere zugleich verletzte Strafgesetz. Das gilt auch im Verhältnis zu § 333 [a. F.; § 334]. Während § 49a I [a. F.; § 30 I] den Versuch betrifft, einen anderen zu einer als Verbrechen mit Strafe bedrohten Handlung zu bestimmen, handelt es sich in § 333 [a. F.; § 334] um den Versuch, einen Beamten zu einer Verletzung seiner Amts- oder Dienstpflicht zu bestimmen; diese braucht keine strafbare Handlung und erst recht keine als Verbrechen mit Strafe bedrohte Handlung zu sein. Das durch § 333 [a. F.; §§ 333, 334] geschützte Rechtsgut ist die Amtsreinheit; § 49a I [a. F.; § 30 I] schützt das Rechtsgut, das durch die Handlung bedroht ist, zu der ‚der Anstifter' den andern bestimmen will, im Falle des § 347 [a. F.; § 120] das Haftrecht des Staates (vgl. RGSt 73, 347). Das LG hat daher mit Recht außer dem § 333 [a. F.; § 334], gegen dessen Anwendung sich rechtliche Bedenken nicht ergeben, zugleich den § 49a I [a. F.; § 30 I] als verletzt angesehen (§ 73 [a. F.; § 52]; vgl. RGSt 61, 269; 9, 261)."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Bereits oben zu P war erwähnt, daß Gefangenenbefreiung im Amt nach § 120 II heute kein Verbrechen mehr darstellt. Da § 30 nur die versuchte Anstiftung zu *Verbrechen* unter Strafe stellt, wäre somit § 30 auf den vorliegenden Fall nicht mehr anwendbar, so daß A nur noch nach § 334 strafbar wäre. Im übrigen jedoch bleiben die der Entscheidung zugrundeliegenden allgemeinen Aussagen auch weiterhin von Bedeutung, wie z. B. für das in der Problemstellung genannte Beispiel einer versuchten Anstiftung zur Aussageerpressung (§ 343). Um die dabei auftretenden Fragen richtig in den Griff zu bekommen, empfiehlt sich zunächst ein Blick auf Strafgrund und Struktur der in § 30 erfaßten Handlungsmodalitäten (I). Dies führt weiter zu der für § 30 wesentlichen „Bezugstat" (II), um schließlich zu den für versuchte Anstiftung spezifischen Fragen zu kommen (III). Abschließend bleibt noch das Verhältnis des § 30 zu der intendierten Haupttat zu beleuchten (IV).

I. Vorstufen der Beteiligung: Ratio und Struktur des § 30.

2 1. Warum bedarf es dieser Vorschrift überhaupt? Den in § 30 erfaßten Fällen ist gemeinsam, daß es zwar zu Anstößen oder Absprachen über eine bestimmte Tat kommt, daß aber die in Aussicht genommene Tat dann doch nicht zur Ausführung gelangt, ja nicht einmal bis zu einem nach §§ 22, 23 strafbaren Versuch gedeiht. Infolgedessen müßten die auf Tatausführung gerichteten Beeinflussungen und Abreden nach allgemeinen Regeln völlig straflos bleiben; denn:

- um als Versuch strafbar zu sein, fehlt es an der notwendigen „Ausführungshandlung" (vgl. Nr. 31 A 27ff.);
- um nach Teilnahmeregeln strafbar zu sein, fehlt es an einer (aus Akzessorietätsgründen erforderlichen) „Haupttat" (vgl. Nr. 41 A 1).

Diese Lücke will § 30 schließen, indem bestimmte vorbereitende Handlungen, die ein *Verbrechen* herbeiführen sollen, über den allgemeinen Versuchs- und Teilnahmerahmen hinaus unter Strafe gestellt werden (grundlegend dazu *Letzgus* S. 123ff.).

3 2. Welche **Vorstufen deliktischen Verhaltens** werden dadurch strafbar?
– Die *versuchte Anstiftung* zu einem Verbrechen: § 30 I,

A – das *Sichbereiterklären* zur Begehung eines Verbrechens: § 30 II 1. Alt.,
– die *Annahme des Erbietens,* ein Verbrechen zu begehen: § 30 II 2. Alt.,
– die *Verabredung eines Verbrechens:* § 30 II 3. Alt.

3a – Zudem ist nun schon durch den Wortlaut des § 30 klargestellt, daß Gegenstand und Ziel der vorgenannten Erklärungen oder Abreden nicht nur die Begehung eines Verbrechens, sondern bereits die *Anstiftung zu einem Verbrechen* sein kann, so z. B. der (erfolglose) Versuch des A, den B dazu anzustiften, daß dieser seinerseits den C zu einem Mord anstifte („Kettenanstiftung"), oder die Verabredung von A und B, den C zu einem Raub anzustiften. Zu sonstigen Teilnahmemöglichkeiten an Handlungen i. S. von § 30 vgl. *Busch* Maurach-FS S. 245, aber auch *S/S-Cramer* § 30 Rdnr. 48ff. m.w.N.

4 3. Was ist der **Strafgrund** für diese Vorverlagerung des Versuchs- bzw. Teilnahmebereichs?

Aufschlußreich dazu die Stellungnahme des BGH im *Abtreiber-Fall* **BGHSt 10, 388,** wo der A das Angebot eines anderen, sich gegen Entgelt um einen Abtreiber zu bemühen, angenommen hatte, ohne daß jedoch jener sein Anerbieten erst gemeint hatte. Daß auch die Fremdabtreibung heute kein Verbrechen mehr darstellt (vgl. § 218 I), läßt die hier wesentliche Grundaussage des BGH unberührt: **[389]** „Das Gesetz stellt gewisse Vorbereitungshandlungen, darunter auch die Annahme eines Anerbietens, unter Strafe, weil es in ihnen *allgemein* eine Gefahr für den Rechtsfrieden sieht ... Diese Gefahr (besteht) darin, daß der Verbrechensentschluß aus dem Willensbereich eines einzelnen heraustritt und regelmäßig zum Plan von mehreren wird. Sobald eine solche Bindung, wenn auch nur psychischer Art, gegenüber einem anderen hergestellt ist, wird es schwerer, sich aus dieser Bindung zu befreien und den auf den anderen ausgeübten Einfluß unwirksam zu machen. Hiernach kann nicht entscheidend sein, ob die *konkrete* Gefahr der Verwirklichung eines Verbrechens besteht, **[390]** sondern allein, daß der Täter, hier der das Anerbieten Annehmende, seinen Entschluß, ein Rechtsgut anzugreifen, durch die unter Strafe gestellte, weil *allgemein* den Rechtsfrieden gefährdende Vorbereitungshandlung nach außen erkennbar gemacht hat."

4a Danach ist die Ratio des § 30 schlagwortig vor allem auf zwei Aspekte zurückzuführen (vgl. auch *Kühl* JuS 1979, 874 m. Nachw. zur Entstehungsgeschichte):
– *Gefährlichkeit konspirativer Willensbildung:* Dies gilt insbes. für die Verabredung, aber auch für die Annahme eines Anerbietens und – mit Vorbehalt – für das Sichbereiterklären.
– Rechtsgutsgefährdung durch *Ausderhandgeben eines Verbrechensanstoßes:* so vor allem bei der versuchten Anstiftung.

5 4. Ihrer dogmatischen **Struktur** nach handelt es sich in allen Fällen des § 30 um Vorformen von Versuch und Tatbeteiligung:
– im Blick auf die auszuführende Haupttat handelt es sich um vorweggenommene *Beteiligung:*
– im Blick auf die erreichte Verwirklichungsstufe handelt es sich um bloßen *Versuch:* so vorliegend (als eine der Alternativen des § 39) die versuchte Anstiftung zu einer Gefangenenbefreiung (richtig daher E 5).

5a Entscheidend bleibt jedoch aus beiden Blickwinkeln der Bezug auf die *intendierte Tat:* von ihr aus gesehen handelt es sich bei den Modalitäten des § 30 nicht um materiell eigenständige Straftatbestände, sondern lediglich um formell für strafbar erklärte **Vorbereitungshandlungen** zu der geplanten Haupttat (vgl. *S/S-Cramer* § 30 Rdnr. 2 sowie *Letzgus* S. 211ff. m.w.N. zum Streitstand). Vgl. auch die Überschrift von § 30: „Versuch der Beteiligung". – Damit stellt sich die Frage nach der geplanten Haupttat:

6 **II. Qualität der Bezugstat.**
Auf welche Art von Haupttat muß – wie hier im Falle von § 30 I – der Anstiftungsversuch ausgerichtet sein? Wonach bestimmt sich der Charakter der geplanten Haupttat? Zu dieser *„hypothetischen Akzessorietät"* (*Jescheck* § 65 I 3) sind drei Aspekte auseinanderzuhalten:

6a 1. Die Ausrichtung auf ein **Verbrechen:** Da es sich in den Fällen des § 30 um eine – ohnehin nicht unbedenkliche – Vorverlagerung der Strafbarkeitsgrenze in sonst straffreie Räume handelt, soll nicht schon der Anstoß zu jedweder Straftat erfaßt werden, sondern lediglich die Vorbereitung besonders gravierender Straftaten. Deshalb muß nach unstreitigem Verständnis des § 30 die in Aussicht genommene Haupttat ein „Verbrechen" im technischen Sinne des § 12 II sein, wobei jedoch ebenso wie bei §§ 26, 27 genügt, daß dieses, wenn ausgeführt, tatbestandsmäßig-rechtswidrig, nicht aber notwendig schuldhaft wäre (vgl. *S/S-Cramer* § 30 Rdnr. 32).

A 7 2. Die **Bezugsperson:** Wonach aber bestimmt sich, ob die Haupttat ein Verbrechen wäre? Das wird vor allem dort zweifelhaft, wo – wie im vorliegenden Fall – für den Haupttäter (als Amtsträger) und den Anstifter (als Nichtbeamten) unterschiedliche Strafdrohungen in Betracht kamen.

8 a) Nach **h. L.** ist auf die Person des **Anstifters** abzustellen, also zu fragen, ob für ihn die anzustiftende Tat ein Verbrechen wäre. – *Grund?* Da es sich bei § 30 um Sonderformen der Deliktsbeteiligung handelt, müßten die Akzessorietätsregeln der §§ 28, 29 auch hier Anwendung finden; deshalb müsse insbesondere nach § 28 II für jeden der Beteiligten getrennt entschieden werden, ob die in Aussicht genommene Tat sich für ihn als Verbrechen darstellen würde. In diesem Sinne insbesondere *Kühl* JuS 1979, 876, *Lackner* § 30 Anm. 1a, *M-Gössel* I/2 § 53 II B 2a, *Samson* SK § 30 Rdnr. 8ff., *S/S-Cramer* § 30 Rdnr. 36 m.w.N., sowie von seinem eigenständigen Verständnis des Teilnehmerdelikts her konsequent *Schmidhäuser* 15/108 und *Langer* Lange-FS S. 249.

8a – *Konsequenz?* Im vorliegenden Fall hätte die versuchte Anstiftung straflos bleiben müssen, weil der Anstifter als Nichtbeamter gemäß § 28 II nur eines Vergehens der Gefangenenbefreiung nach § 120 I (§ 121 a. F.) strafbar gewesen wäre.

9 b) Nach **BGH** hingegen ist die Qualifizierung der Haupttat als Verbrechen nicht an der Person des Anstifters, sondern an der des in Aussicht genommenen **Haupttäters** auszurichten (E 1).

10 – *Konsequenz?* Obgleich der Anstifter selbst nicht Amtsträger war, wollte er jedoch einen solchen zu einer Tat anstiften, die für diesen ein Verbrechen gewesen wäre (§ 347 a. F.). Folgerichtig wurde § 30 I bejaht.

11 Wie wird diese Auffassung vom BGH begründet? Dazu ist auf den bei E 1 zitierten *Abtreibungs-Fall* **BGHSt 4,** 17 zurückzugehen, wo zwei schwangere Frauen vergeblich einen Arzt zur Abtreibung aufgefordert hatten (für diesen wäre damals Abtreibung noch ein *Verbrechen* gewesen: § 218 III a. F.). Dort ist zu dem Grundsatz, daß sich die rechtliche Natur der erfolglosen Anstiftung „allein nach der für den Aufgeforderten geltenden Strafdrohung" zu richten habe, ausgeführt:

> **[18]** „Da Aufgeforderter und Auffordernder nicht im Verhältnis von Teilnehmern an einer Straftat zueinander stehen, kann auch § 50 III [a. F.] nicht zu Gunsten der Angekl. angewendet und angenommen werden, daß diese sich nur einer – straflosen – Aufforderung zu einem Vergehen schuldig gemacht haben, weil ihnen der persönliche Strafmilderungsgrund des § 218 I [a. F.] zur Seite stehe. Demnach liegt in beiden Fällen ein Auffordern zu einem *Verbrechen* vor."

Konsequenterweise wären daher die Anstifterinnen zur Abtreibung des Arztes, weil für diesen ein Verbrechen, nach § 30 I zu bestrafen gewesen. Im Hinblick auf die besondere Struktur des § 218 (einheitliches Rechtsgut mit Privilegierung der Schwangeren) kam der BGH aber dann doch noch zur Verneinung des § 30 I; im Grundsatz ebenso in BGHSt 14, 353. Heute jedoch ist diese Abweichung des BGH von seiner vorliegend vertretenen Generallinie obsolet, da auch die Fremdabtreibung nur noch Vergehen ist (§ 218 I).

12 c) Die vom BGH geforderte Ausrichtung des Verbrechenscharakters an der *Haupttat* wird auch von einem Teil der Lehre vertreten, wenn auch mit anderer Begründung: Da es nicht die gefährlichen *Täter* sind, die § 30 erfassen will, sondern die besonders schweren *Taten,* kommt es auf den Verbrechenscharakter der intendierten **Haupttat** an: *Jescheck* § 65 I 4, *Letzgus* S. 204ff.; i.gl. S. *D-Tröndle* § 30 Rdnr. 6, *Stratenwerth* Rdnr. 915, *Sax* ZStW 90, 959, *Welzel* § 16 II 7 (ebenso *Roxin* LK § 30 Rdnr. 32ff., 39, soweit es sich um unrechtsbezogene Merkmale handelt). Dieser Auffassung ist nicht zuletzt aus dem bei A 5a genannten Strukturgedanken zuzustimmen.

13 3. Der maßgebliche **Strafrahmen:** Bis hierher ging es allein um das *Ob:* um die Voraussetzungen, unter denen die versuchte Anstiftung überhaupt strafbar sein kann. Die weitere Frage ist die nach dem *Wie:* nach dem Tatbestand, aus dem die Strafe für den Anstifter zu entnehmen ist. Hier müssen nun die allgemeinen Akzessorietätsregeln zur Geltung kommen, wie sie auch sonst auf Teilnehmer anzuwenden sind: § 28 I bei straf*begründenden* persönlichen Merkmalen bzw. § 28 II bei straf*modifizierenden.*

14 – Insofern ist dem BGH jedenfalls im Ergebnis zuzustimmen, wenn er die strafschärfende Amtsträgereigenschaft des anzustiftenden Haupttäters dem nichtbeamteten Anstifter nach § 28 II nicht zur Last gelegt und daher die Strafe dem Jedermann-Tatbestand des § 120 I (§ 121 a. F.; E 3) entnommen hat (E 2, 4, 5).

15 – Indes: Wie verträgt sich der Hinweis des BGH auf den Teilnahmecharakter der versuchten Anstiftung (E 5) mit der Begründung in BGHSt 4, 17/8 zur Ausrichtung des Verbrechenscharakters an der Haupttat (A 11)? Wenn dort ein Teilnahmeverhältnis

A von Aufforderndem und Aufgefordertem ausdrücklich abgelehnt wurde, müßte das dann nicht auch in der Strafrahmen-Frage zur Ablehnung der Akzessorietätsregeln führen? Oder könnte die hier gegebene Akzessorietätsbegründung nicht umgekehrt auch zur Ausrichtung des Verbrechenscharakters am Anstifter und damit zur Anerkennung der h. L. (A 8) führen? Dieser Bruch in der Rspr. des BGH läßt sich nur dann vermeiden, wenn man der bei A 12 angeführten Lehre folgt; denn dann kann trotz Ausrichtung des Verbrechenscharakters an der Haupttat der Strafrahmen für den Anstifter nach den allgemeinen Akzessorietätsregeln bestimmt werden (vgl. *Jescheck* § 65 I 4, *Welzel* § 16 II 7, ferner *Roxin* LK § 30 Rdnr. 39ff.). – Näher zur Anwendung der Akzessorietätsregeln *Rassenhaß-Fall* Nr. 42.

16 **III. Versuchte Anstiftung (§ 30 I) im einzelnen.**

Was muß der Anstifter bereits getan haben, damit von einem Anstiftungsversuch i. S. von § 30 I gesprochen werden kann?

a) Für die Anstiftungs**handlung** gelten grundsätzlich die gleichen Regeln wie für eine erfolgreiche Anstiftung nach § 26: so namentlich hinsichtlich der möglichen Anstiftungs*mittel* wie auch der nötigen *Bestimmtheit* der intendierten Tat (zu letzterem näher *Meuterei-Fall* Nr. 48 A 16f.). Auch eine „Kettenanstiftung" ist nun sogar ausdrücklich für möglich erklärt (vgl. A 3a sowie *Paßbeschaffungs-Fall* Nr. 44) – alles dies natürlich mit der einen Ausnahme, daß die Anstiftung *erfolglos* geblieben ist, d. h. zu keiner strafbaren Haupttat geführt hat; denn sonst käme ja § 26 zum Zuge. – Trotz dieser Übereinstimmung im Grundsätzlichen sind jedoch vor allem zwei Einzelfragen strittig:

18 b) Anwendbarkeit der **allgemeinen Versuchsregeln?** Wie wäre im vorliegenden Fall zu entscheiden, wenn der A sein Ansinnen, gegen ein Entgelt für eine Nacht freigelassen zu werden, dem Wachbeamten in einem Brief nahebringen wollte, dieser Brief jedoch unterwegs verloren gegangen wäre? Würde man hierauf die allgemeinen Versuchsregeln anwenden, so könnte zumindest im Weiterleiten des Briefes bereits ein „unmittelbares Ansetzen" zur Verwirklichung des Anstiftungsversuchs (vgl. § 22) gesehen werden.

So in der Tat der BGH im *Kassiber-Fall* **BGHSt 8, 261,** wo ein Strafgefangener einen Brief über die Mauer werfen wollte, um darin seinen auf der Straße wartenden Schwager zu einem Meineid zu verleiten, der Brief jedoch in den Gefängnishof fiel. Dazu hat der BGH ausgeführt: **[262]** „Da die Neufassung [des § 49a I a. F.; § 30 I] keine Einschränkung enthält, umfaßt sie alle Fälle der versuchten Anstiftung. Versuch ist nach § 43 [a. F.; § 22] der Anfang der Ausführung der beabsichtigten Tat. Unter § 49a I [a. F.; § 30 I] fällt daher jede Handlung, die die Anstiftung unmittelbar verwirklichen soll. Dazu gehört das Absenden eines die Anstiftung enthaltenden Briefes auch dann, wenn der Brief denjenigen, an den er gerichtet ist, nicht erreicht (vgl. RGSt 59, 370; Dreher GA 1954, 11/4; Maurach AT § 53 II B 1). Dieser Sachverhalt ist hier festgestellt. Hiernach ist die Verurteilung des A wegen Vergehens nach §§ 159, 153, 49a I [a. F.; § 30 I] rechtlich bedenkenfrei."

19 – Indes: Ist diese Auffassung noch mit dem auch § 30 I zugrundeliegenden *Gefährdungs*gedanken (A 2, 4) vereinbar? Sieht man den Strafgrund der versuchten Anstiftung darin, daß sie in einer vom Anstifter nicht mehr kontrollierbaren Weise auf fremden Willen einzuwirken geeignet ist (vgl. *Stratenwerth* Rdnr. 917), so kann nicht schon jede auf Anstiftung ausgerichtete Handlung ausreichen, sondern erst ein solcher Einwirkungsversuch, von dem der Adressat der Erklärung zumindest Kenntnis erlangen kann (*Schröder* JuS 1967, 290). – Demgemäß können die allgemeinen Versuchsregeln – entgegen dem BGH und der h. L. (*Roxin* LK Rdnr. 15, *S/S-Cramer* Rdnr. 11, je zu § 30 m.w.N.) – *nicht* vorbehaltlos auf die versuchte Anstiftung übertragen werden (ebenso *Samson* SK § 30 Rdnr. 14, *Schmidhäuser* 15/111, *Stratenwerth* aaO).

20 c) **Ernstlichkeit** der Anstiftung: Wäre im vorliegenden Fall der A strafbar, wenn er sein Ansinnen an den Wachbeamten überhaupt nicht ernst gemeint hätte? Da der Strafgrund der versuchten Anstiftung in der Gefahr zu sehen ist, daß der Erklärungsempfänger zur Begehung eines Verbrechens bestimmt wird, ist hier die Frage der Ernstlichkeit genauso zu beurteilen wie bei erfolgreicher Anstiftung: Sobald der Erklärende auch nur damit rechnet, der andere werde seine Erklärung als ernst gemeint auffassen und daraufhin das Verbrechen begehen und zur Vollendung bringen, so hat er den für § 30 I erforderlichen „Doppelvorsatz", mag auch er selbst die Aufforderung gar nicht ernstlich gewollt haben (*Roxin* JA 1979, 171, *S/S-Cramer* § 30 Rdnr. 28). – Demgemäß wäre hier der A strafbar.

– Zur Ernstlichkeit-Frage bei den übrigen Modalitäten des § 30 vgl. *Meuterei-Fall* Nr. 48 A 13ff.

A 21 **IV. Subsidiarität des § 30 – Bearbeitungshinweise.**

Wie sich aus E 6 ergibt, wird § 30 als subsidiäre Vorschrift jedenfalls immer dann verdrängt, wenn die intendierte *Haupttat vollendet* wurde oder zumindest bis zu einem *Versuch* gediehen ist (der ja, da versuchte Anstiftung ohnehin nur bei Verbrechen in Frage kommt, in den hier einschlägigen Fällen nach § 23 I stets strafbar ist).

22 Deshalb ist in Übungsarbeiten auf § 30 in der Regel überhaupt nur dann einzugehen,

– wenn der Tatplan in keinerlei Hinsicht über das Vorbereitungsstadium hinausgelangt ist,

– oder wenn etwa ausgeführte Tatteile hinter dem Tatplan so weit zurückgeblieben sind, daß die nichtausgeführten Tatvorhaben daneben noch real- oder idealkonkurrierend in Betracht kommen könnten.

Instruktiv dazu wie auch zu sonstigen Grundproblemen des § 30 *Kühl* JuS 1979, 874ff., *Roxin* JA 1979, 169ff. Vgl. ferner den nachfolgenden *Meuterei-Fall* Nr. 48 A 14ff.

23 **Schrifttum:** Allgemein zu **§ 30** und seinen **Modalitäten und Voraussetzungen** vgl. *Baumann* § 37 IV 4b; *Blei* I § 81 II; *Bockelmann* I § 27 VI; *Jescheck* § 65; *M-Gössel* I/2 § 53 II; *Otto* I § 22 V; *Schmidhäuser* 15/105ff.; *Stratenwerth* § 12 B III, sowie die Kommentare zu § 30. Vgl. ferner *Dreher,* Grundsätze und Probleme des § 49a, GA 1954, 11ff.; *Kühl,* Grundfälle zu Vorbereitung usw., JuS 1979, 874; *Letzgus,* Vorstufen der Beteiligung, 1972; *Roxin,* Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§ 30 StGB), JA 1979, 169; *Schröder,* Grundprobleme des § 49a, JuS 1967, 289.

Speziell zur **versuchten Anstiftung** vgl. ferner *Blei* Anm. zu BGHSt 10, 388 in NJW 1958, 30; *Börker,* Zur Bedeutung besonderer persönlicher Eigenschaften oder Verhältnisse bei der versuchten Anstiftung zu einem Verbrechen, JR 1956, 286; *Meister,* Zweifelsfragen zur versuchten Anstiftung, MDR 1956, 16. Speziell zur **Teilnahme an versuchter Teilnahme** vgl. *Busch,* Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49a StGB, Maurach-FS S. 245.

Speziell zum *Wachtmeister-Fall* vgl. Anm. *Dreher* MDR 1955, 119.

Verbrechensverabredung – Unbedingter Handlungswille – Rücktritt

BGHSt 12, 306: Meuterei-Fall

2 StR 500/58 v. 3. 12. 1958 = NJW 1959, 777

SV **Sachverhalt:** Der A und seine beiden Zellengenossen H und S hatten einen gemeinsamen Ausbruch aus der Haftanstalt verabredet. Für die Art und Weise des Ausbruchs hatten sie alternativ zwei Möglichkeiten vorgesehen. Nach dem einen Plan war beabsichtigt, dem Aufseher beim Schichtwechsel mit einem Krug auf den Kopf zu schlagen; der A sollte ihn dann fesseln und so den beiden anderen Ausbrechern die Möglichkeiten geben, sich der Dienstpistolen zu bemächtigen; mit diesen wollten sie den Ausbruch erzwingen. Nach dem anderen Plan sollte aus einem regelmäßig die Haftanstalt besuchenden Auto ein Schraubenschlüssel gestohlen und mit ihm das Fenstergitter der Zelle gelöst werden; durch das Fenster wollten die drei dann entfliehen. Unabhängig von der Art und Weise des Ausbruchs wollten sie nach seinem Gelingen, um zu Geld zu kommen, in eine bestimmte Gaststätte eindringen und die Wirtin berauben. Der ganze Ausbruchsplan wurde schließlich fallengelassen: Den Aufseher niederzuschlagen, erschien bei näherer Überlegung zu gefährlich; und der zweite Plan scheiterte daran, daß es nicht gelang, den Schraubenschlüssel zu beschaffen.

P **Zur Problemstellung:** Da keine der geplanten Taten zur Ausführung, ja nicht einmal bis zu einem Versuch gediehen ist, kommt allenfalls eine *Verbrechensverabredung* nach § 30 II in Betracht. Doch selbst dies wirft eine Reihe von Fragen auf:

- Hatte das Trio überhaupt schon einen *unbedingten Handlungswillen* gefaßt?
- Zu *welchem Verbrechen* waren sie entschlossen?
- Inwieweit war dabei von Bedeutung, daß sie sich mehrere *Alternativen* vorgestellt hatten?
- Falls eine strafbedrohte Verabredung vorlag, sind sie davon wieder strafbefreiend *zurückgetreten?*

Der BGH meint zu diesem Sachverhalt:

E 1 **Aus den Gründen: [307]** „Die StrK findet hierin – die Ernstlichkeit des Planes wird ausdrücklich festgestellt – die Verabredung einer schweren Gefangenenmeuterei nach § 122 III [a. F.; jetzt Vergehen nach § 121 III] und eines Raubes nach § 249. Die Anwendung
2 des § 49a II [a. F.; § 30 II] auf diese Verabredung begegnet an sich keinen Bedenken. Was zunächst § 122 III [a. F.] betrifft, muß das Urt. dahin verstanden werden, daß die Meuterer übereingekommen sind, *gemeinschaftlich eigenhändig* Gewalttätigkeiten gegen den An-
3 staltsbeamten zu begehen. ... Wollte man dagegen, wenn *nur* der A Gewalttätigkeiten begehen sollte, aus Rechtsgründen eine Verabredung nach § 49a II [a. F.; § 30 II] verneinen, so hätte sich der A jedenfalls i. S. dieser Vorschrift zu einem Verbrechen bereit erklärt.

4 Soweit der A und seine Zellengenossen auch die Möglichkeit in Betracht zogen, durch Lösen der Zellengitter **[308]** mittels eines Schraubenschlüssels zu entweichen, ist die Verabredung nicht strafbar; denn diese Art des Ausbruchs ist nur ein Vergehen nach
5 § 122 II [a. F.; jetzt § 121 I]. Weil sie in den Plan einbezogen wurde, fehlte es nicht an dem bestimmten Willen zur Ausführung des Verbrechens nach § 122 III [a. F.]. Die drei Zellengenossen waren keineswegs unschlüssig, ob sie ausbrechen wollten und in welcher Weise sie ausbrechen wollten. Sie waren vielmehr zu beiden Arten des Ausbruchs gleicherweise bereit und wollten ihn auf dem Wege durchführen, der sich ihnen zuerst öffnen würde.

6 Zwar setzt § 49a II [a. F.; § 30 II] voraus, daß die Tat, die begangen werden soll, feststeht. Ungewißheit über die Art des verabredeten Verbrechens schließt seine Anwendung aus. Eine Ungewißheit in diesem Sinne liegt aber nicht vor, wenn die Teilnehmer an der Verabredung mehrere Möglichkeiten der Rechtsgutverletzung ins Auge fassen und in ihren Willen aufnehmen (BayObLG NJW 54, 1257); und dies auch dann nicht, wenn von zwei gleichzeitig vorgesehenen Begehungsmöglichkeiten die eine ein Verbrechen, die andere aber nur ein Vergehen und die Verabredung insoweit nicht strafbar ist.

7 Die drei Häftlinge haben den Ausbruchsplan schließlich fallenlassen. Soweit er auf die Begehung eines Verbrechens nach § 122 III [a. F.] ging, haben sie davon Abstand genommen, weil ihnen das Vorhaben, den Wärter niederzuschlagen, ‚bei näherem Überlegen zu gefährlich erschien'. Die StrK meint, das sei nicht aus freien Stücken geschehen, der A sei deshalb nicht nach § 49a III [a. F.; § 31 I] straffrei. Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Im Urt. ist zwar nicht dargetan, inwiefern ihnen das Vorhaben zu gefährlich erschien. Indessen kommen nach Lage der Dinge nur folgende Befürchtungen in

E Betracht: daß entweder der Wärter schwer oder tödlich verletzt werden oder daß der Versuch mißlingen könnte und sie dann harte Strafe zu erwarten hätten. Wenn sie diese Risiken nicht mehr auf sich nehmen wollten, so beruhte ihr Entschluß, von der Ausführung des beabsichtigten Verbrechens abzusehen, auf ihrem freien Willen und nicht auf einem äußeren Zwang. Das Urt. bietet insbes. keinen Anhaltspunkt **[309]** dafür, daß sie zu der Überzeugung gekommen wären, diese Ausführung der Tat sei unmöglich, und daß sie deshalb, nämlich in der sicheren Voraussicht des Scheiterns, den Plan aufgegeben hätten (vgl. insbes. RGSt 47, 74/78). Soweit also der A mit H und S eine schwere Meuterei nach § 122 III [a. F.] verabredet hat, bleibt er gemäß § 49a III Nr. 2 [a. F.; § 31 I Nr. 3] straffrei.

8 Nun haben die drei Häftlinge weiter einen Raub verabredet. Auch insoweit liegen an sich die Voraussetzungen des § 49a II [a. F.; § 30 II] vor. Zur Verabredung gehört, daß die Beteiligten die Tat ernstlich wollen, d. h. daß sie zu deren Ausführung i. S. des § 43 I [a. F.; § 22] entschlossen sind, also den *bestimmten* Willen der Tatbestandsverwirklichung haben. Bloße Erwägungen oder Vorbesprechungen mit dem Vorbehalt späterer endgültiger Entschließung darüber, ob die Tat begangen werden soll, genügen nicht. Der A und seine Zellengenossen hatten den ernstlichen, bestimmten Willen, die Gastwirtin zu berauben. Die Ausführung der Tat hatte zwar das Gelingen des beabsichtigten Ausbruches zur notwendigen Voraussetzung. Dieser Umstand nimmt aber ihrem Verbrechensvorsatz nicht die erforderliche Bestimmtheit. Unsicher war lediglich, ob ihnen der Ausbruch gelingen würde. Diese Unsicherheit steht der Annahme einer Verabredung zum Raube nicht entgegen; denn sie betraf nicht den Entschluß der Meuterer, sondern die Möglichkeit seiner Verwirklichung.

9 Das RG hat bereits in RGSt 16, 133 ausgesprochen, daß der zum Versuch gehörige Entschluß der Tatbestandsverwirklichung auch dann vorhanden ist, wenn der Täter die Tat nur unter gewissen tatsächlichen Voraussetzungen vollenden will, deren künftiger Eintritt bei Fassung des Entschlusses noch ungewiß ist. Spätere Entsch. enthalten dagegen Äußerungen, die auf einen Wandel dieser Rechtsauffassung deuten, wenn das auch nicht allenthalben klar zutage tritt (vgl. RGSt 54, 182; 65, 145). In RGSt 68, 341; 70, 203 und 71, 53 ist jedoch ausgesprochen, daß der Wille, die tatbestandsmäßige Handlung auszuführen, strafrechtlich bedeutungslos **[310]** sei, wenn er noch von einer ‚Bedingung' abhängig ist. Dabei wird der ‚bedingte' Wille in RGSt 68, 341 und 70, 203 ersichtlich mit dem ‚unbestimmten' Willen gleichgesetzt, also mit dem Fall, daß der Täter sich die endgültige Entschließung darüber, ob er die Tat überhaupt ausführen will, noch vorbehalten hat. Indessen liegt dann eben noch kein Verbrechensentschluß vor. Offenbar wird auch in RGSt 71, 53 ... der ‚bedingte' Wille i. S. eines ‚unbestimmten' Willens verstanden.

10 Nun macht allein das Bewußtsein des Täters, daß die Verwirklichung seines Planes von einer äußeren Bedingung, sei es von einer bestimmten Gestaltung der Sachlage, sei es vom Eintritt oder Nichteintritt eines Ereignisses, abhängig ist, seinen Willen weder zu einem bedingten noch zu einem unbestimmten Willen. Denn, wenn die Dinge so liegen, ist für die Ausführung der Tat kein neuer (‚endgültiger') Entschluß erforderlich, sondern nur der Eintritt oder Nichteintritt des Ereignisses oder das Vorfinden einer bestimmten Sachlage. Wohl in der überwiegenden Mehrheit der Fälle ist die Durchführung eines verbrecherischen Vorhabens abhängig von solchen Voraussetzungen tatsächlicher Art, die dem Willen des Täters entzogen sind. Es wäre aber verfehlt, allein wegen dieser Abhängigkeit die Annahme eines endgültigen Willens zur Tatausführung grundsätzlich abzulehnen. Im Einzelfall mag die Vorstellung erheblicher Hindernisse oder der großen Ungewißheit über den Eintritt eines bestimmten Ereignisses den Täter veranlassen, noch keinen endgültigen Entschluß zu fassen; das ist aber Tatfrage.

Hier haben der A und seine beiden Kumpane den Raub nicht etwa für den Fall verabredet, daß sie sich entschließen würden, aus der Haftanstalt auszubrechen. Sie waren zu beidem fest entschlossen. Sie wollten den Raub ausführen, wenn der Ausbruch gelingen würde. Auch insoweit liegt also eine Verabredung i. S. des § 49a II [a. F.; § 30 II] vor.

11 Die Meuterer haben, indem sie von dem geplanten Ausbruch Abstand nahmen, zugleich den verabredeten Raub aufgegeben. Da dieser erst möglich war, wenn der Ausbruch gelang, haben sie, falls der Rücktritt von der Meuterei freiwillig war, auch die Ausführung des Raubes aus freien Stücken aufgegeben. Wie **[311]** bereits dargelegt, sind sie von dem Vorhaben, den Wärter niederzuschlagen und sich mit den entwendeten Pistolen den Weg aus der Haftanstalt zu erzwingen, freiwillig zurückgetreten. Die gleichzeitig ins Auge gefaßte Möglichkeit, mit einem Schraubenschlüssel das Gitter des Zellenfensters zu lösen und durch das Fenster zu entweichen, bot sich ihnen nicht, weil sie sich keinen geeigneten Schraubenschlüssel beschaffen konnten. Es braucht jedoch nicht geprüft zu werden, ob dieser Umstand der Annahme eines freiwilligen Rücktritts vom Raube entgegenstehen würde, falls sie zwar den Plan, den Wärter niederzuschlagen, fallenlassen, aber vorerst an ihrem Vorhaben, durch das Fenster zu entweichen, festgehalten hätten. So liegt die Sache nicht. Vielmehr haben sie nach den Feststellungen des Urt. den Ausbruchsplan auf Grund eines einheitlichen Entschlusses ganz und gar aufgegeben, also gleichzeitig von der Benützung der beiden erwogenen Wege Abstand genommen. Erweist sich von zwei Wegen, die die Täter gleichzeitig zur Begehung einer

E bestimmten Straftat ins Auge gefaßt haben, der eine infolge von Umständen, die von ihrem Willen unabhängig sind, als nicht gangbar, und nehmen die Täter nunmehr von der Begehung der verabredeten Tat endgültig Abstand, ohne an der Beschreitung des zweiten Weges durch solche Umstände gehindert worden zu sein, so haben sie damit das geplante Verbrechen aus freien Stücken aufgegeben; denn sie konnten es in diesem Augenblicke auf dem nach ihrer Vorstellung noch gangbaren Wege ausführen. Danach haben der A und seine Kumpane auch die Verabredung des Raubes aus freien Stücken aufgegeben. Der A durfte nicht nach § 49a II [a. F.; § 30 II] bestraft werden. Er ist daher auch insoweit freizusprechen (§ 354 I StPO)."

A 1 **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Im Mittelpunkt dieses Falles steht eine weitere Modalität des § 30: die **Verbrechensverabredung** (Abs. II 3. Alt.). Freilich ist bei Würdigung dieses Falles nach jetzigem Recht im Auge zu behalten, daß auch die schwere Gefangenenmeuterei (§ 122 III a. F.) heute nur noch ein Vergehen nach § 121 darstellt, das lediglich in Form der sog. Regelbeispieltechnik einer Strafschärfung unterliegt (vgl. dazu StrafR IV Nr. 7 A 7, 37ff.). Von dieser tatbestandsspezifischen Änderung des Deliktscharakters abgesehen, behalten aber die *allgemeinen* Aussagen des BGH zur Problematik des § 30 II nach wie vor ihre grundsätzliche Bedeutung. Folgt man bei ihrer Erörterung der Systematik, wie sie sich in der Bearbeitung von § 30-Fällen empfiehlt, so sind im wesentlichen 3 Fragenkreise auseinanderzuhalten: hinsichtlich des Verabredungs-*Objekts* (I), des darauf gerichteten *Entschlusses* (II) und des etwaigen *Rücktritts* (III).

2 **I. Gegenstand der Verabredung.**

Ebenso wie die übrigen Modalitäten des § 30 muß auch die Verabredung auf die Begehung eines **Verbrechens** im technischen Sinne des § 12 I ausgerichtet sein (vgl. Nr. 47 A 6). Was kam dafür hier in Betracht?

3 1. *Einfache Gefangenenmeuterei* nach § 122 I oder II a. F. schied schon damals aus und würde auch nach dem jetzigen § 121 kein Gegenstand einer Verabredung sein, weil sie nur ein *Vergehen* darstellt (vgl. E 4).

4 2. Entsprechendes gilt heute auch für *schwere Gefangenenmeuterei* nach § 121 III, da auch diese nur noch ein Vergehen darstellt (vgl. A 1). Im Entscheidungszeitpunkt hingegen war Gefangenenmeuterei mit Gewalttätigkeit gegen Anstaltsbeamte noch als *Verbrechen* qualifiziert (E 1). Trotzdem war die Annahme einer Verabredung zur schweren Gefangenenmeuterei schon damals in zweierlei Hinsicht problematisch:

5 a) Zum einen im Hinblick auf die *allgemeine Struktur* der Verabredung; denn i. S. einer **„Mittäterschaftsvereinbarung"** setzt Verabredung nach ganz h. M. voraus, daß eine Willensübereinstimmung von mindestens 2 Beteiligten vorliegt, die verabredete Tat gemeinsam *als Mittäter* auszuführen (vgl. *S/S-Cramer* § 30 Rdnr. 21ff.). Dementsprechend hätte A nur dann wegen Verbrechensverabredung strafbar sein können, wenn er selbst und zumindest auch noch H oder S schwere Gefangenenmeuterei begehen wollten.

6 b) Das führte zu der *speziellen* Tatbestandsfrage bei § 122 III a. F., ob für dessen (mit-)täterschaftliche Begehung entweder eigenhändig Gewalttaten gegen Beamte vorgenommen werden müssen (so die damals vorherrschende Lehre: vgl. *Schönke-Schröder*[17] § 122 Rdnr. 11), oder ob schon die bloße Mitwirkung am Ausbruch Täterschaft begründen könne (dahin tendierend BGHSt 12, 129). Weitere sich daraus ergebende Einzelfragen (dazu 1. Aufl. Nr. 48 E 2f., A 4ff.) können heute dahingestellt bleiben, da sie durch die Neufassung des § 121 z. T. obsolet geworden sind (vgl. *S/S-Eser* § 121 Rdnr. 6ff.). Als allgemeine Aussage bleibt hier lediglich festzuhalten, daß im Sinne der vorgenannten „Mittäterschaftsvereinbarung" jeweils im Einzelfall zu prüfen ist, unter welchen Voraussetzungen bei dem betreffenden Tatbestand Mittäterschaft angenommen werden könnte und diese für den betreffenden Mittäter ein Verbrechen wäre – eine Frage, die vor allem bei **eigenhändigen** und **Sonderdelikten** bedeutsam werden kann (vgl. Nr. 39 A 8) und insbes. unter Beachtung der **allgemeinen Akzessorietätsgrundsätze** (§ 28; dazu Nr. 42) zu lösen ist (vgl. *S/S-Cramer* § 30 Rdnr. 25, 33ff.).

7 c) Doch selbst soweit vorliegend – entgegen der Annahme des BGH in E 2 – eine mittäterschaftliche Verbrechens*verabredung* zu verneinen gewesen wäre, wäre A damit nicht straflos geworden; denn stattdessen wäre eine andere Modalität des § 30 in Betracht gekommen: das **Sichbereiterklären** zur Begehung eines Verbrechens (§ 30 II 1. Alt.; vgl. E 3). Denn dafür genügt auf Seiten des Erklärenden die *ernst gemeinte* Bereitschaft, *täterschaftlich* ein Verbrechen zu begehen (vgl. *Roxin* LK § 30 Rdnr. 82, ferner A 12ff.).

A 8 3. Über Gefangenenmeuterei hinaus lag jedoch auch noch die **Verabredung zu** einem **Raub** nach § 249 vor (E 8). Dieser kann selbst dann für alle Beteiligten ein mittäterschaftliches Verbrechen darstellen, wenn nur einer von ihnen die Gewalt verüben sollte (vgl. *S/S-Eser* § 249 Rdnr. 11). Deshalb brauchte hier der BGH zu der Frage, welcher Komplize letztendlich der Wirtin den Schlag vor den Kopf versetzen sollte, kein Wort zu verlieren.

9 **II. „Entschluß" zur Verbrechensbegehung.**
Ähnlich wie Versuch setzt auch die Verabredung den (gemeinsamen) „Entschluß" zur Begehung eines Verbrechens voraus (vgl. Nr. 31 A 16ff.). Dabei sind im wesentlichen vier Fragen auseinanderzuhalten:

10 **1. Ernstlichkeit der Verabredung.** Im vorliegenden Fall war der Ausbruchsplan fraglos von allen ernst gemeint (E 1, 8). Wie aber, wenn etwa H und S nur zum Schein (z. B. um nicht als feige zu erscheinen) zugestimmt hätten, für den Ernstfall jedoch den Ausbruch nicht hätten riskieren wollen? Würde das der Verbrechensverabredung den Boden entzogen haben? Diese Frage ist umstritten:

11 a) Verlangt man **allseitige** Ernstlichkeit der Verabredung, wie dies die h. M. tut (vgl. *M-Gössel* I/2 § 53 II C 1, *D-Tröndle* Rdnr. 12, *Samson* SK Rdnr. 20, je zu § 30), so ist konsequenterweise Verabredung zu verneinen, wenn nicht zumindest zwei der Beteiligten ihre Erklärung ernst gemeint haben. Demgemäß wäre im Beispielsfall *Verabredung* auszuschließen.
– Immerhin käme aber dann auf Seiten des ernsthaft Entschlossenen ein *Sichbereiterklären* (§ 30 II 1 Alt.) bzw. auf Seiten des gutgläubigen Erklärungsempfängers *Annahme des Erbietens* (§ 30 II 2. Alt.) in Betracht (*Maurach* JZ 1961, 139, *Roxin* LK § 30 Rdnr. 61).

12 b) Nach *Schröder* hingegen ist (zu Recht) je nach dem *Strafgrund* der betreffenden Handlungsmodalität zu **differenzieren** (JuS 1967, 294; vgl. zum Ganzen aber auch *Letzgus* S. 181ff.):
– Was das **Sichbereiterklären** (§ 30 II 1. Alt.) betrifft, wird Ernstlichkeit zu verlangen sein, da eine solche Erklärung erst dann gefährlich wird, wenn ein ernsthafter Deliktswille vorhanden ist (vgl. *Scheinbeziehungs-Fall* BGHSt 6, 346/7, *Roxin* JA 1979, 172).

13 – Dagegen ist sowohl die **versuchte Anstiftung** (§ 30 I) als auch die **Annahme des Anerbietens** (§ 30 II 2. Alt.) schon dann gefährlich, wenn der Erklärende damit rechnen muß, daß der andere seine Erklärung als ernsthaft gemeint auffaßt und deshalb das Verbrechen zur Vollendung kommen kann; demgemäß kann es in diesen Fällen allein darauf ankommen, ob der jeweilige *Adressat* die Erklärung als ernsthaft gemeint auffassen konnte (h. M.; vgl. *Wachtmeister-Fall* Nr. 47 A 20). Darauf wäre auch im *Abtreiber-Fall* BGHSt 10, 388 (bei Nr. 47 A 4) abzuheben gewesen; vgl. dazu die sowohl methodisch wie auch zur Sachstruktur dieser Beteiligungsformen instruktive Anm. von *Blei* NJW 1958, 30.

14 – Ähnlich wie bei der versuchten Anstiftung ist auch bei der **Verabredung** (§ 30 II 3. Alt.) das Ernstlichkeits-Kriterium nur ein *Vorsatz*problem: Danach muß genügen, daß die Verabredenden davon ausgehen, der jeweils andere werde die Erklärung seiner Komplizen ernst nehmen. Ratio? Schon dadurch wird nämlich die Gefahr gegenseitiger Willensbindung geschaffen, der durch § 30 entgegen gewirkt werden soll (*S/S-Cramer* § 30 Rdnr. 29).

15 – Freilich ist diese Gefahr selbstverständlich dann zu verneinen, wenn der nur zum Schein Verabredende weiß, daß die Tat ohne seine Mitwirkung nicht zur Ausführung gelangen kann (Fall des *„agent provocateur"*): so im *Angeber-Fall* **BGHSt 18, 160,** wo die seitens der A nicht ernst gemeinte Verabredung zu einem Raubüberfall freilich fälschlich nur als versuchte Anstiftung gewürdigt, aber im Ergebnis zu Recht verneint wurde (ebenso *Roxin* JA 1979, 171).

Ähnlich wurde im *Verschleppungs-Fall* **BGH NJW 1956, 30** der ernstliche Ausführungswille verneint: „Wer sich unter dem Einfluß von Drohungen mit erkennbarem Widerstreben bereitfindet, an einem Verbrechen (Verschleppung nach Ost-Berlin) mitzuwirken, es jedoch nach Möglichkeit verhindern oder sich der Mitwirkung entziehen will, verabredet es nicht."

16 **2. Konkretisierung auf ein bestimmtes Verbrechen.** Die Ernstlichkeit einer Verbrechensplanung genügt noch nicht. Ebenso wie beim Versuch muß auch bei § 30 der Entschluß auf ein *bestimmtes* Verbrechen konkretisiert werden. Dafür muß zwar das *Ziel* der Tat, nicht aber die Ausführungs*art* bereits in allen Einzelheiten festgelegt sein (h. M.). Ähnlich wie für die Bestimmtheit beim Anstiftungsversuch kann dabei als *Faustregel* gelten: Das in Aussicht genommene Verbrechen muß so bestimmt sein, „daß

A der andere es begehen könnte, wenn er wollte" (*Lackner* § 30 Anm. 1 b, *Roxin* LK § 30 Rdnr. 65).

17 – Warum war dies hier zweifelhaft? Weil die Gefangenen sowohl einen einfachen Ausbruch (Vergehen) als auch einen gewalttätigen Ausbruch (Verbrechen; vgl. A 3 f.) ins Auge gefaßt hatten, es aber noch der Gelegenheit eines günstigen Augenblicks überlassen wollten, welchen Weg sie wählen würden (E 5). – Trotzdem sah der BGH die Konkretisierung für ausreichend an. Warum konnte er das? Weil die Planung tatsächlich bereits über bloße Vorbesprechungen hinaus gelangt war und die Begehung eines ganz bestimmten Verbrechens, nämlich Ausbruch mittels Gewalttätigkeit nach § 122 III a. F., in den Plan miteinbezogen war. Kurz: die Art des (möglicherweise zu begehenden) Verbrechens stand fest; nur ob es tatsächlich durchgeführt würde, war noch offen (E 6). Gleiches gilt für den schon in Einzelheiten vorgeplanten Raub (E 8). – Demgemäß war hier die Frage der inhaltlichen Bestimmtheit des Entschlusses klar zu bejahen.

18 – Wie aber steht es mit dem Unsicherheitsfaktor hinsichtlich des „Ob" der Tatausführung? Diese Frage hat nichts mehr mit der Konkretisierung zu tun, sondern betrifft bereits ein weiteres Entschluß-Kriterium:

19 **3. Unbedingtheit des Entschlusses.** Dabei handelt es sich um ein allgemeines Versuchskriterium, das überall dort problematisch wird, wo die Vollendung einer geplanten Tat noch von bestimmten *Bedingungen* abhängig ist. Für die dabei erforderliche *Grenzziehung* zwischen *relevanten* und *irrelevanten* Bedingungen eines Tatentschlusses hat sich (wie in E 6, 8–10 zutreffend dargetan) folgende **Faustregel** durchgesetzt:

20 – Hat sich der Täter für den Fall des Eintritts oder Ausbleibens bestimmter Ereignisse seinen Entschluß zur Tatbegehung noch vorbehalten, so fehlt es an einer endgültigen Willensentschließung: Fall eines sowohl *objektiv* (weil durch äußeres Ereignis) wie auch *subjektiv (weil noch von eigener Willensentscheidung abhängig)* **bedingten** Handlungswillens.

21 – Ist der Täter dagegen für den Fall eines bestimmten Ereignisses zur Tatbegehung bereits fest entschlossen, so bedarf es keiner weiteren Willensentscheidung mehr: Fall eines *objektiv bedingten,* aber **subjektiv unbedingten Handlungswillens.** Da es sich beim Entschluß um ein subjektives Kriterium handelt, bleibt er von den Zufälligkeiten etwaiger äußerer Bedingungen des Tatablaufs, die ja ohnehin niemals ganz auszuschließen sind, zu Recht unberührt und damit unrechtsbegründend (vgl. *Rudolphi* SK § 22 Rdnr. 3 ff., *S/S-Eser* § 22 Rdnr. 17 ff., je m.w.N.).

22 Instruktiv dazu auch der *Überraschungs-Fall* **BGHSt 21, 14:** Der A hatte geäußert, er wolle seine von ihm getrennt lebende Ehefrau töten, falls deren Entschluß, ihn zu verlassen, endgültig sei. Als er sie in ihrem Zimmer aufsuchte, um die Chancen für eine Rückkehr zu erkunden, entdeckte er einen anderen Mann in ihrem Bett. Daraufhin erstach er seine Frau. – Gegen die Anklage wegen Totschlags verteidigte er sich damit, daß er durch die Anwesenheit des fremden Mannes i. S. d. § 213 zum Zorn gereizt worden sei. Der BGH lehnte jedoch eine Anwendung des § 213 ab: die Vorschrift könne schon deshalb keine Anwendung finden, weil die Tat nicht durch die Gemütsbewegung verursacht worden sei:

[17] „Das SchwG hat ausgeführt, daß die Äußerung des A, er werde seine Ehefrau eher umbringen, als sie einem anderen Manne zu überlassen, ernst gemeint gewesen sei. Sie reiche zwar nicht aus, um festzustellen, daß er schon bei Antritt der Reise zu seiner Frau fest entschlossen gewesen sei, sie auf jeden Fall umzubringen. Diesen endgültigen Entschluß habe er sich vielmehr noch vorbehalten und vom Ausgang der Begegnung mit seiner Frau abhängig gemacht. Er habe sich erst fest entschlossen, als seine Frau die Tür geöffnet und er den Mann in ihrem Bett erblickt habe ... Diese Ausführungen sind nicht dahin zu verstehen, daß der A die Tötung seiner Ehefrau zunächst nur ‚bedingt' gewollt habe, d. h. sich die endgültige Entschließung darüber, ob er die Tat begehen wolle, noch vorbehalten habe, was allerdings zur Annahme eines Tötungsvorsatzes nicht ausreichen würde. Wendungen, die hierauf hindeuten könnten, sind ersichtlich dadurch veranlaßt worden, daß das SchwG zwischen dem sog. bedingten Handlungswillen i. S. einer Unentschlossenheit zur Tat und dem bestimmten Handlungswillen, dessen Ausführung nur noch von einer äußeren Bedingung abhängt, nicht genau unterschieden hat. Das wird besonders deutlich durch die ausdrückliche Feststellung, daß der A in der Absicht zu seiner Frau gefahren sei, sie zu töten, falls sie nicht zu ihm zurückkehre. Daraus kann nur entnommen werden, daß er für diesen Fall bereits endgültig zur Tat entschlossen war. Deren Ausführung oder Nichtausführung hing also nur von einer bestimmten Gestaltung der Sachlage ab, auf die er selbst keinen Einfluß hatte, nämlich davon, wie **[18]** seine Frau sich entscheiden werde. Eines weiteren (neuen) Entschlusses i. S. d. § 43 [a. F.; § 22] bedurfte es also nicht mehr. Damit hatte der A aber bereits den unbedingten Handlungswillen (vgl. BGHSt 5, 149; 12, 306/9). Ersichtlich um diesen Tatentschluß sogleich ver-

A wirklichen zu können, hatte er schon das Taschenmesser geöffnet, als seine Frau die Tür aufmachte. Um ihn auszuführen, verfolgte er sie auch die Treppe hinunter und versetzte ihr die Messerstiche. Daß er durch den Anblick des fremden Mannes in eine affektive Erregung geriet und daß er deshalb im Zorn handelte, ändert hieran nichts; denn der A hat den Tatenschluß nicht erst in diesem Erregungszustand gefaßt."

23 In *praxi* empfiehlt sich demgemäß in Zweifelsfällen folgende **Testfrage:** Bedarf es nach Eintritt der Bedingung noch einer (neuen und) endgültigen Entscheidung?

– Wenn ja, so liegt zuvor nur *bedingter Handlungswille* vor, so daß Entschluß zu verneinen ist.

– Wenn nein (weil aufgrund des Bedingungseintritts die Tat gleichsam „automatisch" in Gang gesetzt wird), ist der Handlungswille bereits subjektiv unbedingt und daher ein versuchs-(bzw. verabredungs-)begründender *Entschluß* zu bejahen.

24 Welche *Konsequenz* ergibt sich daraus für den vorliegenden Fall? Da die gewalttätige Gefangenenmeuterei lediglich von der Nichterlangung des Schraubenschlüssels, der Raub vom Gelingen des Ausbruchs abhängig war, also von rein objektiven Bedingungen, blieb davon die subjektive Unbedingtheit des Verbrechensentschlusses unberührt (E 6, 10; zust. *Roxin* LK § 30 Rdnr. 69).

25 4. Mit dieser Konkretisierung des (subjektiv unbedingten) Entschlusses auf § 122 III a. F. bzw. § 249 waren zugleich alle tatbestandlichen Voraussetzungen einer Verbrechensverabredung nach § 30 II erfüllt; insbesondere bedurfte es hier **keinerlei Ausführungshandlung;** denn dieses (negative) Manko im objektiven Bereich ist ja gerade das unterscheidende Kriterium zwischen § 30 und § 22 (vgl. Nr. 47 A 2).

26 **III. Rücktritt vom Beteiligungsversuch (§ 31).**

Da vorliegend die „Verschwörer" ihren Verbrechensplan wieder fallen ließen, war der Strafaufhebungsgrund des Rücktritts zu prüfen. Ähnlich wie bei § 24, der auf den bereits begonnenen *Versuch* gemünzt ist und deshalb auf Vorbereitungshandlungen i. S. des § 30 nicht paßte, ist auch bei der Rücktrittssonderregelung des § 31 zweierlei zu unterscheiden:

27 1. Als Rücktritts**handlung** kommt in Betracht: Aufgeben der Tätigkeit, Erfolgsverhinderung bzw. ernsthaftes Bemühen um die Verhinderung des Erfolgs, falls dieser willensunabhängig ausbleibt oder eintritt (näher dazu *S/S-Cramer* § 31 Rdnr. 2ff.).

28 2. Subjektiv ist **Freiwilligkeit** erforderlich. Nur dieses Rücktrittselement stand hier in Frage. Konnte Freiwilligkeit bejaht werden, obgleich die Täter allein wegen der Gefährlichkeit des Ausbruchs davon Abstand nahmen (E 7) und damit notwendig auch der Raub unmöglich wurde?

29 Diese Frage ist bei § 31 nach den gleichen Kriterien zu entscheiden wie bei § 24, nämlich danach,

- ob die Tatausführung aus *autonomen* Erwägungen aufgegeben wird: dann Freiwilligkeit anzunehmen,
- oder ob das Aufgeben auf *heteronome* Gründe zurückzuführen ist: dann Freiwilligkeit zu verneinen.

30 Ebenso wie bei § 24 können auch hier die heteronomen Gründe sowohl in physischer wie in psychischer Unmöglichkeit der Tatausführung bestehen (vgl. näher *Lilo-Fall* Nr. 32 A 28ff. sowie *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 42ff.). So wohl auch hier der BGH, obgleich er Unfreiwilligkeit nur bei äußerem Zwang (i. S. der *Frank*schen Formel) anzunehmen scheint (vgl. *Schmitt* JuS 1961, 26); denn gerade nach RGSt 47, 74, worauf der BGH ausdrücklich verweist (E 7), kann Unfreiwilligkeit auch auf innerem Zwang (z. B. unüberwindliche Angst) begründet sein. – War danach hier der Rücktritt freiwillig?

31 a) Was den **Ausbruch** anbelangt, so mag zwar auch das Risiko des Mißlingens mitbedacht worden sein; doch ganz abgesehen davon, daß diese Erwägung immer mit im Spiele sein wird, hat der BGH auch in anderen Fällen in derartigen Befürchtungen nur dann Unfreiwilligkeit erblickt, wenn der Täter wegen der „Gefahr baldiger Entdeckung und Bestrafung" von seiner Tat abgehalten wurde (vgl. *Lilo-Fall* Nr. 32 E 6). Für einen derartigen Grad zwanghafter Furcht lagen hier keine Anhaltspunkte vor.

32 b) Was dagegen das **Raub**vorhaben betrifft (E 11), war eine Ausführung schon deshalb nicht mehr möglich, weil der Ausbruch unterblieben war. Macht nun dieser objektive Hinderungsgrund das Aufgeben des Raubvorhabens notwendig unfreiwillig? Das hängt vom *Gesamtplan* ab:

33 – Hatten die Gefangenen zunächst lediglich den gewalttätigen Ausbruch aufgegeben, sich aber den Ausbruch mit Hilfe eines Schraubenschlüssels und damit auch den Raub

A vorbehalten, so ist die *Unmöglichkeit,* einen geeigneten Schraubenschlüssel zu beschaffen, ein heteronomer Hinderungsgrund, durch den auch der Raub vereitelt wurde. Insofern ist mit *R. Schmitt* (JuS 1961, 26) zu Recht Freiwilligkeit zu verneinen.

34 – Hielten die Gefangenen dagegen den Ausbruch mittels Gewalt nach wie vor für *möglich,* sahen aber freiwillig davon ab, so ist damit auch der Raub *freiwillig* aufgegeben; denn solange **zwei Taten voneinander abhängige Teile eines Gesamtplanes** bilden, muß von beiden Taten auch gleichzeitig Abstand genommen werden können; dies nicht zuletzt deshalb, weil sonst bei mehraktigen Plänen immer nur von der Ausgangstat Rücktritt möglich wäre. Insofern hat der BGH von seiner Sachverhaltsdeutung aus (und auch mit seiner Begründung) zutreffend Freiwilligkeit bejaht.

35 Indes: Ist die Sachverhaltsdeutung des BGH wirklich lebensnah? Oder könnte *Schmitt* aaO darin recht haben, daß der BGH diese Deutung gewählt hat, um damit kriminalpolitisch fragwürdigen Übersteigerungen des § 30 die Spitze zu nehmen?

36 **IV. Subsidiaritätsfragen.**

1. Wäre vorliegend Rücktritt zu verneinen gewesen, so wäre trotzdem nur eine *einzige* Verurteilung aus § 30 in Betracht gekommen, da die Verabredung zur Gefangenenmeuterei (nach § 122 III a. F.) und zum Raub auf dem *gleichen Entschluß* beruht. Zu weiteren Konkurrenzfragen vgl. *D-Tröndle* § 30 Rdnr. 15 ff., *Roxin* LK § 30 Rdnr. 76 ff.

37 2. Wären die verabredeten Verbrechen zur Ausführung gekommen, so wäre § 30 als *subsidiär* zurückgetreten; das ergibt sich bereits aus den im *Wachtmeister-Fall* Nr. 47 A 21 genannten Grundsätzen.

38 3. Wie aber wäre zu entscheiden, wenn die intendierte Haupttat (hier § 122 III a. F. bzw. § 249) zwar bis zum Versuch gediehen wäre, die Täter jedoch dann davon strafbefreiend *zurückgetreten* wären? – Würde der Rücktritt nach § 24 dann auch den (lediglich aus Subsidiaritätsgründen verdrängten) § 30 ergreifen (so die h. L.: *Roxin* JA 1979, 175 m.w.N.)? – Oder aber würde dieser wegen Wegfall der Haupttat sogar wieder aufleben (so *D-Tröndle* § 30 Rdnr. 16)?

Der BGH hat sich im *Homosexuellen-Fall* **BGHSt 14, 378** (freiwilliger Rücktritt von gemeinschaftlichem Raub) im Ergebnis für die erstgenannte Auffassung entschieden und daher auch hinsichtlich der Raubverabredung freigesprochen. Kann es aber überzeugen, wenn das damit begründet wird, daß mit Anfang der Ausführung das Handeln nicht mehr der Beurteilung nach § 30, sondern nur noch der nach § 22 unterliege? Oder wäre dieses Ergebnis nicht besser aus einer Gesamtbewertung des Tatgeschehens zu begründen (vgl. *S/S-Eser* § 24 Rdnr. 77)? Zu diesen und weiteren Subsidiaritätsproblemen eingehend *Maurach* JZ 1961, 143 ff., ferner *Kühl* JuS 1979, 877, *Roxin* JA 1979, 174 f.

39 **Schrifttum:** Zu den **allgemeinen** Voraussetzungen des **§ 30** vgl. die Angaben zu Nr. 47.

Speziell zur **Verbrechensverabredung** und zu Problemen des **Rücktritts** davon vgl. *Maurach,* Die Problematik der Verbrechensverabredung, JZ 1961, 137; *R. Schmitt,* Rücktritt von der Verabredung zu einem Verbrechen, JuS 1961, 25, ferner die Kommentare zu § 31.

Konkurrenzen: Handlungseinheit/Handlungsmehrheit – Gesetzeseinheit/Idealkonkurrenz/Realkonkurrenz

BGHSt 28, 11: Kurpfuscher-Fall

2 StR 686/77 v. 21. 4. 1978 = NJW 1978, 2040

SV **Sachverhalt:** Nachdem der Maschinenschlosser A bereits im Jahre 1964 u. a. wegen vollendeter Abtreibung in vier Fällen und versuchter Abtreibung in drei Fällen verurteilt worden war, hat er mindestens seit Februar 1971 weitere Schwangerschaftsabbrüche begangen, und zwar jeweils in der Weise, daß er den Schwangeren gegen Entgelt mehrmals eine nichtsterilisierte Seifenlösung einspritzte:

– Im *Fall U,* die im 3. oder 4. Monat schwanger war, führte die Einspritzung alsbald zu einer Fehlgeburt.

– Im *Fall S* setzten nach 5maligen Einspritzungen Blutungen ein, ohne daß diese jedoch tatsächlich zu einem Abbruch führten. Als sich Frau S im 7. Monat befand, ging sie erneut zu A, der nach einer nur mittels Einführens einiger Finger in die Scheide vorgenommenen Untersuchung erklärte, daß sie erneut im 2. Monat schwanger sei. Deshalb spritzte er ihr insgesamt 6 mal im Abstand von 2 Tagen eine Seifenlösung ein, doch auch diesmal ohne Erfolg, wie bald darauf die Entbindung der S von einer unterentwickelten Tochter zeigte.

– Im *Fall Z* hatte zunächst ein Arzt eine Schwangerschaft am Ende des 3. Monats diagnostiziert. Aufgrund von Unterdruck und Anämie hatte die Z eine schwache Konstitution. Obgleich der A dies erkannt hatte und damit um die Lebensgefährlichkeit seines Eingriffs wußte, spritzte er der Z im 4. Schwangerschaftsmonat innerhalb von 8 Tagen 3 mal Seifenlösungen ein, wobei die Z zwischen den Behandlungen körperlich stark verfiel, nachdem sich u. a. eine Sepsis gebildet hatte. Da die Z große Schmerzen hatte und kaum mehr stehen konnte, ließ sie sich 2 Tage nach der letzten Einspritzung ins Krankenhaus verbringen, wo sie einen Tag darauf einen toten Fötus abstieß und nach einem weiteren Tag an den Folgen einer durch die Behandlung des A verursachten Blutgerinnungsstörung, einer Sepsis und eines unbeeinflußbaren Kreislaufversagens starb. Nach eigenem Bekunden hatte der A eine solche Folge seiner Eingriffe schon jahrelang befürchtet.

P **Zur Problemstellung:** Daß A eine ganze Reihe von Straftatbeständen verwirklicht hat, liegt auf der Hand:

1 – So in den Fällen U und Z je einen vollendeten Schwangerschaftsabbruch (§ 218 I: dazu StrafR III Nr. 4 und 5) sowie im Fall S einen versuchten Schwangerschaftsabbruch (§§ 218 I, IV, 22), wobei wegen der jeweiligen Gefährdung der Schwangeren sogar Strafschärfung nach dem Regelbeispiel des § 218 II Nr. 2 in Betracht kommt.

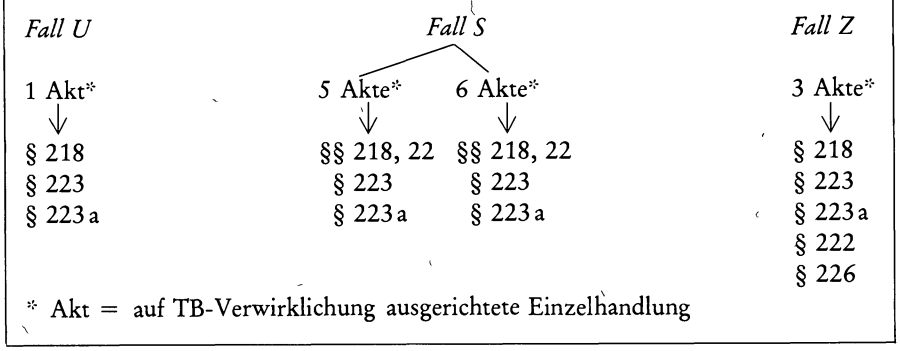
– Ferner jeweils Körperverletzung an der Schwangeren (§ 223), da in der Abtötung der Leibesfrucht zugleich ein Eingriff in die körperliche Unversehrheit der Schwangeren liegt (vgl. *Sagrotan-Fall* BGHSt 10, 312/4) und trotz dieser Einwilligung wegen Sittenwidrigkeit der Tat (§ 226a!) Rechtfertigung ausgeschlossen ist.

– Da die Körperverletzungen zudem „mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung" begangen wurden, sind sie jeweils nach § 223a qualifiziert (StrafR III Nr. 6).

– Hinzu kommt im Fall Z Körperverletzung mit Todesfolge (§§ 226, 18: dazu StrafR III Nr. 9).

– Zudem ist durch die fahrlässige Tötung der Z auch § 222 verwirklicht.

2 *Schaubild 1: Tatbestandsverwirklichungen im Kurpfuscher-Fall*
ohne Berücksichtigung etwaiger Konkurrenzen



* Akt = auf TB-Verwirklichung ausgerichtete Einzelhandlung

P 3 Eine derartige *Anhäufung von Tatbestandsverwirklichungen* durch denselben Täter ist zwar nicht die Regel, aber auch nicht außergewöhnlich. Denn nicht nur, daß das Erreichen eines deliktischen Ziels sehr häufig zur Verletzung verschiedener Strafgesetzte führt (wie etwa bei Einbruchsdiebstahl die gleichzeitige Beschädigung von Sachen oder die Störung des Hausfriedens bzw. bei Raub die Nötigung oder gar Verletzung des Opfers); auch können schon durch eine einzige Handlung gleichzeitig mehrere Personen verletzt sein (wie etwa bei einem Sprengstoffanschlag), ganz zu schweigen von der wiederholten Begehung gleicher oder auch verschiedener Taten (wie z. B. bei einer Einbruchserie oder einem mit betrügerischen, erpresserischen oder notfalls auch räuberischen Mitteln durchgeführten Beutezug).

4 Bei derartigem Zusammentreffen von Straftaten eines Täters stellt sich die Frage, wie eine solche **„Konkurrenz" mehrerer Gesetzesverletzungen** bei der Strafbemessung zu behandeln ist: Sollen die jeweils verwirkten Strafen einfach addiert werden? Oder soll umgekehrt gleichsam „in einem Aufwasch" eine allumfassende Einheitsstrafe gebildet werden? Oder gibt es stattdessen gewisse differenzierende Behandlungsweisen? Darauf versuchen die §§ 52–55 eine Antwort zu geben, dies freilich nur bruchstückhaft. Denn wie im einzelnen noch zu zeigen ist, differenziert das Gesetz zwar zwischen **„Tateinheit"** (§ 52) und **„Tatmehrheit"** (§ 53): Wann jedoch das eine oder das andere anzunehmen ist, bleibt offen. Dies zu klären ist aber deshalb wichtig, weil an die auch als **„Idealkonkurrenz"** (IK) bezeichnete Tateinheit (TE) bzw. die auch **„Realkonkurrenz"** (RK) genannte Tatmehrheit (TM) jeweils unterschiedliche Konsequenzen geknüpft sind: Denn während bei TE/IK nach dem sog. „Absorptionsprinzip" lediglich aus einem (und zwar dem schwersten) der verwirkten Straftatbestände bestraft wird (§ 52 II), erfolgt bei TM/RK nach dem sog. „Asperationsprinzip" eine Verschärfung der verwirkten höchsten Strafe (§ 54 I). Hinzu kommt, daß der Weg zu TE/IK bzw. TM/RK von vornherein nur dort offen ist, wo es sich um eine „echte" und nicht nur um eine „scheinbare Konkurrenz" handelt: Letzteres ist bei der sog. **„Gesetzeskonkurrenz"** (GK) der Fall, mit der Folge, daß der eine Tatbestand durch den anderen „verdrängt" wird und somit im Schuldanspruch überhaupt nicht mehr in Erscheinung tritt; deshalb ist in einem solchen Fall auch von **„Gesetzeseinheit"** (GE) die Rede. Wann freilich eine solche anzunehmen und demzufolge sowohl TE/IK wie auch TM/RK ausgeschlossen ist, ist ebenfalls gesetzlich nicht geregelt.

5 Aus diesen Regelungslücken erklären sich dann auch die **Fragen,** vor die sich im vorliegenden Fall die StrK gestellt sah:

– Dabei ist zunächst unstreitig davon auszugehen, daß zwischen den Straftaten in den Fällen U, S und Z jeweils TM (§ 53) bestand.

– Unstreitig war ferner, daß zwischen der einfachen und der gefährlichen Körperverletzung jeweils GE mit Vorrang des § 223 a besteht, desgleichen zwischen dem den § 222 verdrängenden § 226 (A 45).

– Problematisch war dagegen bereits die Frage, ob im Fall S die mehrfachen Abbruchsversuche (§§ 218, 22) als *eine* (so die StrK) oder als *mehrere* Taten zu behandeln sind (so der BGH: E 13).

6 – Fraglich ist ferner, ob im Fall U zwischen dem vollendeten Schwangerschaftsabbruch (§ 218) und der vollendeten gefährlichen Körperverletzung (§ 223 a) GK oder IK (bzw. in der Redeweise des BGH: GE oder TE) anzunehmen ist.

– Die gleiche Frage stellt sich im Fall S zum Verhältnis des versuchten Schwangerschaftsabbruchs (§§ 218, 22) zur vollendeten gefährlichen Körperverletzung (§ 223 a) sowie

– im Fall Z im Verhältnis zwischen vollendetem Schwangerschaftsabbruch (§ 218) und der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 226).

Zu diesen Fragen, und zwar speziell zu den unter 6 genannten Konstellationen, meint der BGH:

E 1 **Aus den Gründen: [14]** „III. Während der BGH bisher *Tateinheit* zwischen fahrlässiger Tötung und Abtreibung (vgl. BGHSt 1, 278; 1, 280), zwischen versuchter Abtreibung und vollendeter Körperverletzung (BGH bei Dallinger MDR 1971, 895), zwischen einer über den Eingriff hinausgehenden Körperverletzung und der Abtreibung (BGH GA 1966, 339)
2 sowie zwischen sonstigen Tötungsdelikten und Abtreibung (BGHSt 11, 15) für möglich gehalten hat, hat er Gesetzeseinheit zwischen der vollendeten Fremdabtreibung und Körperverletzungsdelikten angenommen (BGHSt 10, 312, für schwere Körperverletzung
3 nach § 224; BGHSt 15, 345 für Körperverletzung mit Todesfolge nach § 226). Allerdings mußte die jeweilige Mindeststrafe des § 224 oder des § 226 eingehalten werden (BGHSt
4 15, 345; BGH GA 1965, 206). Ob das noch gilt, nachdem Schwangerschaftsabbruch durch einen Dritten gemäß § 218 in den neueren Fassungen kein Verbrechen mehr ist, hat der

E 5. StS dahingestellt sein lassen (MDR 1971, 895). Der 1. StS hat in seinem Urteil vom 16. 2. 1971 – 1 StR 661/70 – nicht beanstandet, daß der Angeklagte wegen Fremdabtreibung in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung verurteilt worden war. Die Frage, ob dann, wenn die zum Zwecke des Schwangerschaftsabbruchs vorgenommene Körperverletzung zum Tode führt, Tateinheit zwischen § 218 und § 226 gegeben sein kann, ist dort nicht erörtert.

5 Das Schrifttum folgt auch nach der mehrfachen Neufassung des § 218 StGB im wesentlichen der bisherigen BGH-Rspr (vgl. Dreher[37] § 218 Rn. 5, 20, Lay LK[9] § 218 Rn. 59, Schönke-Schröder[19] § 218 Rn. 59, Rudolphi SK 3 vor § 218, Lackner[11] § 218 Anm. 8). Soweit ersichtlich, vertritt nur Wessels die Ansicht, daß in solchen Fällen Tateinheit zwischen § 218 nF einerseits und den §§ 224, 226 StGB andererseits vorliege (BT/1, 1977, S. 23/24).

6 **[15]** Der Wortlaut der neuen §§ 218–219d besagt zu dem Konkurrenzverhältnis nichts. Auch der Entstehungsgeschichte der neuen Bestimmungen ist hierzu nichts zu entnehmen.

7 IV. Dafür, ob Gesetzeseinheit vorliegt, sind maßgebend die Rechtsgüter, gegen die sich der Angriff richtet, die Tatbestände, die das Gesetz zu ihrem Schutze aufstellt (BGHSt 11, 15, 17), und deren Unrechtsgehalt. Erst mit dieser Prüfung kann festgestellt werden, ob eines der beiden Gesetze das andere verdrängt oder beide anzuwenden sind.

8 Das Rechtsgut, das durch § 218 geschützt werden soll, ist das ungeborene Leben. Dahinter treten die Interessen der Schwangeren zurück. Mit der Änderung der §§ 218ff. sollten insbesondere die Schwangerschaftsabbrüche durch Kurpfuscher zurückgedrängt und der Abbruch unter bestimmten gesetzlichen Bedingungen den Schwangeren ohne strafrechtliche Sanktion ermöglicht oder erleichtert werden. Diese Entwicklung war bereits durch das 1. StrRG von 1969 eingeleitet worden. § 218 wurde so umgestaltet, daß die Fremdabtreibung nicht mehr ein Verbrechen, sondern ein Vergehen darstellt und jetzt nur noch in besonders schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bedroht ist. Während für den Abbruch einer Schwangerschaft nach § 218 I nF und die einfache Körperverletzung gemäß § 223 nur Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe vorgesehen ist, gelten als Strafdrohungen Freiheitsstrafen bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe für die gefährliche Körperverletzung (§ 223a), Freiheitsstrafen von 1 Jahr bis zu 5 Jahren für die schwere Körperverletzung (§ 224) und Freiheitsstrafen nicht unter 3 Jahren für die Körperverletzung mit Todesfolge (§ 226). Dies zeigt, daß unabhängig vom geschützten Rechtsgut der Unrechtsgehalt des Abbruchs einer Schwangerschaft vom Gesetzgeber nunmehr für wesentlich geringer als früher angesehen wird, während der Unrechtsgehalt der §§ 223ff. derselbe geblieben ist. Wie sehr sich das auswirkt, zeigt sich

9 gerade am Falle des § 226. Nach st. Rspr. darf die Mindeststrafe des § 226 im Falle eines Schwangerschaftsabbruchs nicht unterschritten werden. Angesichts der Höchststrafe **[16]** von 3 Jahren für den Regelfall des Schwangerschaftsabbruchs (§ 218 I) würde dies bei Annahme von Gesetzeseinheit zwischen Schwangerschaftsabbruch und Körperverletzung mit Todesfolge bedeuten, daß im Regelfall die dem § 226 zu entnehmende Mindeststrafe von 3 Jahren zugleich die zulässige Höchststrafe wäre. Im besonders schweren Fall des § 218 II, der mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bedroht ist, müßte der Tatrichter die Strafe aus einem Strafrahmen von 3 bis 5 Jahren auswählen. Ein solcher Strafrahmen stünde aber mit dem sonstigen System der Strafrahmen nicht in Einklang.

10 V. Diese unterschiedlichen Bewertungen des geschützten Rechtsgutes und des Unrechtsgehalts und der Gestaltung der Tatbestände führen hier zu folgenden Ergebnissen:

1. Im Falle U, in dem der A sich sowohl der gefährlichen Körperverletzung wie auch der vollendeten Fremdabtreibung schuldig gemacht hat, verbleibt es bei der bisherigen Rspr. Wie dargelegt (vgl. BGHSt 10, 314), ist jeder erfolgreiche Schwangerschaftsabbruch mit einer Körperverletzung verbunden. § 218 zehrt sowohl § 223 wie auch § 223a auf. Nach den bisherigen Feststellungen hat der A die U in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung i. S. d. § 218 II S. 2 Nr. 2 gebracht. Damit hat er sich ebenfalls einer gefährlichen Körperverletzung schuldig gemacht. Beide Taten sind nunmehr Vergehen, die je nach Lage des Falles mit Freiheitsstrafen bis zu 5 Jahren bestraft werden können. Die Mindeststrafe des § 218 II ist sogar höher als die des § 223a. Der vom Gesetzgeber angenommene Unrechtsgehalt beider Delikte ist also nicht wesentlich verschieden. Deshalb

11 sieht der Senat keinen Anlaß, von der bisherigen Rspr. abzugehen. Ein besonderes Bedürfnis, die gefährliche Körperverletzung wenigstens im Schuldspruch zum Ausdruck zu bringen, das schon in der Entscheidung GA 1966, 339 verneint worden ist, besteht auch jetzt nicht. Mithin kann die Verurteilung wegen tateinheitlich begangener gefährlicher Körperverletzung nicht aufrechterhalten werden ...

12 **[17]** 2. Im Falle S ist der Schuldspruch wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit versuchtem Abbruch einer Schwangerschaft nicht zu beanstanden. Nach st. Rspr. ist in einem Falle, in dem das sonst verdrängende Delikt nur ins Stadium des Versuchs gelangt ist, zwischen der versuchten Tat und dem vollendeten (sonst verdrängten) Delikt Tateinheit gegeben, wenn durch die Verurteilung nur wegen der versuchten Tat der Unrechtsgehalt nicht voll ausgeschöpft wird (vgl. BGHSt 21, 78; 21, 194 jeweils m.

E w. Hinw.; vgl. auch BGH MDR 1971, 895). So liegt hier der Fall. Rechtlich einwandfrei hat das LG in der Einspritzung der nicht sterilen Seifenlauge eine das Leben gefährdende Behandlung gesehen. Der A kannte alle Tatumstände, aus denen sich die Gefährlichkeit
13 seiner Tat ergab. ... Daß er nur wegen einer Tat und nicht wegen zweier in Tatmehrheit begangener Taten verurteilt worden ist, beschwert den A nicht.

14 3. Die Verurteilung des A wegen Körperverletzung und Todesfolge in Tateinheit mit Abbruch einer Schwangerschaft im Falle Z ist rechtlich bedenkenfrei. In einem solchen Falle wäre der Unrechtsgehalt der Tat bei einer Verurteilung lediglich wegen Schwangerschaftsabbruch nicht erschöpft. Körperverletzung mit Todesfolge ist ein Verbrechen. In der Regel verwirklicht der Schwangerschaftsabbruch nicht zugleich den Tatbestand dieses Verbrechens, das sich zudem meist unmittelbar gegen den Verletzten richtet. An der Bewertung der Körperverletzung mit Todesfolge als Verbrechen hat der Gesetzgeber, auch im Zusammenhang mit den mehrfachen Änderungen des § 218, nichts geändert, obwohl dazu wiederholt Gelegenheit gegeben war. Eine Vorschrift, die eine Mindeststrafe von 3 Jahren und eine Höchststrafe von 15 Jahren androht, kann aber nicht von einer Bestimmung, die mit einer Geldstrafe als Mindeststrafe und mit einer Höchstfreiheitsstrafe **[18]** von 3 Jahren, bei besonders schweren Fällen von 5 Jahren bedroht ist, aufgezehrt oder verdrängt werden. Mithin ist bei einem vorsätzlichen Schwangerschaftsabbruch, der zugleich den Tatbestand des § 226 erfüllt, Tateinheit zwischen den beiden Taten gegeben."

A **Zur Erläuterung und Vertiefung:** Obgleich sich diese Entscheidung nur mit dem Verhältnis von Tötungs- und Körperverletzungsdelikten befaßt, werden in ihr doch bereits grundlegende Konkurrenzregeln sichtbar. Um diese in ihrem Gesamtzusammenhang zu begreifen und praktisch anwendbar zu machen, empfehlen sich folgende Überlegungsschritte: Zunächst einmal sind die möglichen *Behandlungsprinzipien* bei Konkurrenz mehrerer Straftaten bewußt zu machen (I). Danach ist die grundlegende Unterscheidung zwischen *Handlungseinheit/Handlungsmehrheit* zu erläutern (II). Sodann ist von der (echten) Ideal- bzw. Realkonkurrenz die nur „scheinbare Konkurrenz" der *Gesetzeseinheit/Gesetzeskonkurrenz* abzugrenzen (III). Nach den Regeln zur *Tateinheit/Idealkonkurrenz* (IV) bzw. zur *Tatmehrheit/Realkonkurrenz* (V) bleibt abschließend das *Gesamtergebnis* festzustellen (VI). *Terminologisch* bleibt zu beachten, daß nachfolgend – dem gesetzlichen Sprachgebrauch (52, 53) entsprechend – Tateinheit (TE) gleichbedeutend mit Idealkonkurrenz (IK) bzw. Tatmehrheit (TM) gleichbedeutend mit Realkonkurrenz (RK) verwendet wird, ebenso Gesetzeseinheit (GE) gleichbedeutend mit Gesetzeskonkurrenz (GK).

1 **I. Behandlungsprinzipien bei Konkurrenz mehrerer Straftaten.**
An sich sind für den Fall, daß ein Täter *mehrere Tatbestände* – sei es durch *eine* oder durch *mehrere Handlungen* – verwirklicht, verschiedenartige Behandlungsmöglichkeiten denkbar:

2 1. Nach dem sog. **Kumulationsprinzip,** wie es heute weitgehend noch im englisch/amerikanischen Recht gilt, sind für die einzelnen Gesetzesverletzungen jeweils selbständige Strafen festzusetzen und diese dann zu addieren. Bei diesem auf den ersten Blick „gerechten", weil jede Straftat in ihrem Eigenunwert anrechnenden Verfahren wird jedoch verkannt, daß bei einer schlichten Addition der für jede Handlung getrennt bemessenen Strafe das Entsprechungsverhältnis von Schuld und Strafe verzerrt würde, weil damit das Strafübel progressiv und damit über das Maß der Schuld hinaus wächst; Entsprechendes gilt für die Präventionswirkung. Das würde sich besonders markant bei einer zu „lebenslänglich" führenden Summierung zeitiger Freiheitsstrafen zeigen: Damit würde sich die Strafe sogar qualitativ verändern (vgl. *Samson* SK 5 vor § 52). Deshalb findet sich hierzulande das Kumulationsprinzip nur bei Verwirkung mehrerer Geldbußen nach § 20 OWiG.

3 2. Den genauen Gegensatz bildet das sog. **Einheitsprinzip,** wonach für alle Gesetzesverletzungen eine einheitliche Strafe gebildet wird, und zwar ohne Rücksicht auf tateinheitliches oder tatmehrheitliches Zusammentreffen. Doch obgleich aus spezialpräventiven Gründen schon seit langem gefordert (vgl. *Baumann* § 42 I), vermochte sich dieses Prinzip bislang nur im JGG (§§ 31, 66) durchzusetzen (vgl. *S/S-Stree* 7 vor § 52).

4 3. Dem Einheitsprinzip immerhin sehr nahe kommt das sog. **Absorptionsprinzip:** Danach wird für alle Gesetzesverletzungen auf eine einheitliche Strafe erkannt, und zwar nach dem Tatbestand mit dem schärfsten Strafrahmen, wobei die übrigen Strafdrohungen darin aufgehen. Dieses „Aufsaugverfahren", das beispielsweise in Österreich (§ 28) und der Schweiz (Art. 68) sowohl für TE wie für TM gilt, glaubte der deutsche Gesetzgeber nur bei TE verkraften zu können (§ 52 I, II S. 1), und selbst dort

A nur mit der Maßgabe, daß die Untergrenze des absorbierten Strafrahmens nicht über dem des absorbierenden liegt (§ 52 II S. 2; vgl. A 6).

5 4. Eine mittlere Linie verfolgt das sog. **Asperationsprinzip:** Danach ist zwar zunächst für jede Tatbestandsverwirklichung jeweils eine Einzelstrafe auszuwerfen; doch werden diese dann nicht einfach addiert, vielmehr wird eine *Gesamtstrafe* gebildet, indem die höchste Einzelstrafe erhöht wird. Dieses „Verschärfungsverfahren", wie es beispielsweise im DDR-StGB sowohl bei TE wie bei TM möglich ist (§§ 63, 64), ist in unserem StGB nur bei TM vorgesehen (§§ 53, 54).

6 5. Teils werden diese Verfahren durch das sog. **Kombinationsprinzip** ergänzt oder modifiziert. Danach ist in gewissen Fällen eine Verbindung verschiedener verwirkter Sanktionen möglich und geboten: so durch *„Sperrwirkung des milderen Gesetzes"* (§ 52 II S. 2: A 61, 73) bzw. bei Verhängung von *Nebenfolgen* (§§ 52 III, IV, 53 III: A 60, 74, 85).

7 6. **Zwischenbefund:** Angesichts der grundsätzlich verschiedenen Behandlung von TE einerseits (Absorption: A 4) und TM andererseits (Asperation: A 5) stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien das eine oder das andere anzunehmen ist. Darauf läßt sich schlagwortartig antworten:

– Hat der Täter die mehreren Tatbestände durch *eine* Handlung verwirklicht: *Handlungseinheit* (HE), so führt dies zu *Tateinheit/Idealkonkurrenz* (TE/IK: § 52), *sofern nicht Gesetzeskonkurrenz/Gesetzeseinheit* (GK/GE) vorliegt.

– Hat der Täter die mehreren Tatbestände durch *mehrere* Handlungen verwirklicht: *Handlungsmehrheit* (HM), so führt dies zu *Tatmehrheit/Realkonkurrenz* (TM/RK: § 53), *sofern nicht Gesetzeskonkurrenz/Gesetzeseinheit* (GK/GE) vorliegt.

8 Dabei ist zur Vermeidung häufiger Mißverständnisse **strukturell-terminologisch** folgendes zu beachten: „Handlungseinheit" und „Tateinheit" sind nicht identisch, sondern stehen im Verhältnis von Voraussetzung und (möglicher, aber nicht notwendiger) Folge zueinander. Zwar setzt TE voraus, daß die mehreren Tatbestände in HE miteinander stehen. Da aber die verwirklichten Tatbestände auch in nur „scheinbarer" Konkurrenz (GE) zueinander stehen können, ist HE eine zwar notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung von TE i. S. von § 52. Vielmehr muß vor der Annahme von TE zunächst erst noch bloße GE ausgeschlossen werden. Und Entsprechendes gilt auch für das Verhältnis von „Handlungsmehrheit" und „Tatmehrheit" i. S. von § 53.

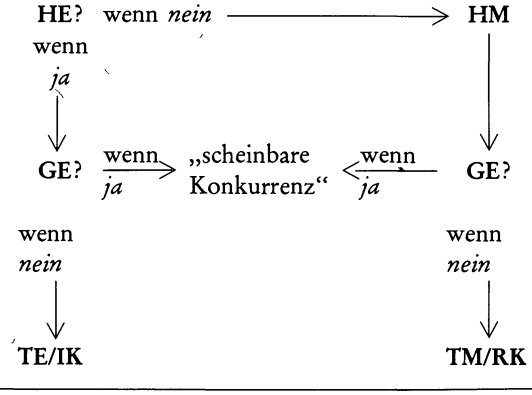
9 7. Damit sind auch die weiteren **Prüfungsschritte** vorgezeichnet:

– Zunächst ist jeweils das Vorliegen von HE oder HM festzustellen (II). Dabei ist an erster Stelle zu fragen, ob HE vorliegt, weil es allein für die HE *Kriterien* gibt (vgl. A 14ff.). Demzufolge ist HM anzunehmen, wenn keine HE vorliegt.

– Sodann bleibt zu prüfen, ob die verwirklichten Tatbestände in GE zueinander stehen (III). Denn erst wenn dies zu verneinen ist, ist der Weg frei zur Annahme von TE (IV) bzw. TM (V). Vgl. *Kühl* JA 1978, 478/480.

10

Schaubild 2: Prüfungsschema für Konkurrenzen.



11 **II. Handlungseinheit (HE) – Handlungsmehrheit (HM).**

Da sich HM aus dem Nichtvorliegen von HE ergibt (A 9), bedarf jeweils nur die HE einer Prüfung und Bestimmung. Im wesentlichen sind es vier Fallgruppen, in denen HE begründet wird: 1. durch „eine Handlung im natürlichen Sinne" (natH), 2. durch „tatbestandliche Handlungseinheit" (tbHE), 3. durch „natürliche Handlungseinheit" (natHE) sowie 4. durch „Fortsetzungszusammenhang" (fortHE).

A 12 **1. „Handlung im natürlichen Sinne" (natH).** Eine solche liegt vor, wenn ein Handlungsentschluß durch einen einzigen Ausführungsakt realisiert wird, und zwar ohne Rücksicht darauf, wieviele tatbestandliche Erfolge dadurch hervorgerufen werden. Daher liegt sowohl dort, wo durch eine Granate mehrere Menschen teils verletzt und teils getötet werden, wie auch da, wo durch betrügerisches Gebrauchmachen von einer verfälschten Urkunde sowohl § 267 als auch § 263 erfüllt wird, jeweils eine natH vor (vgl. aber auch *Baumann* § 41 II 1). Entsprechendes gilt vorliegend für den Fall U, wo durch die einmalige Einspritzung sowohl § 218 als auch § 223 verwirklicht wurde.

13 Dagegen kann bereits in den Fällen S und Z von *einer* „Handlung im natürlichen Sinne" keine Rede mehr sein, da dort jeweils mehrere Einspritzungen vorgenommen wurden und somit der tatbestandsmäßige Erfolg nicht durch einen einzigen, sondern durch mehrere Ausführungsakte bewirkt wurde. Eine solche Vielzahl natürlicher Einzelakte – was in praxi ohnehin eher die Regel denn die Ausnahme ist – läßt sich daher allenfalls normativ zu einer Bewertungseinheit zusammenfassen. Um solche *„rechtliche Handlungseinheiten"* (*S/S-Stree* 12f., 31 vor § 52) handelt es sich im Grunde in allen nachfolgenden Fallgruppen (wobei freilich zu beachten ist, daß in Rspr und Lehre – trotz weitgehender Einigkeit in den Sachergebnissen – die Einteilungskriterien und Bezeichnungen teils bunt durcheinandergehen):

14 **2. „Tatbestandliche Handlungseinheit" (tbHE):** Eine solche kann darin begründet sein, daß mehrere natürliche Einzelakte durch den betreffenden Tatbestand zu einer Einheit verbunden werden.

15 a) Das ist unstreitig bei **mehraktigen** und **zusammengesetzten Delikten:** so etwa bei Raub, der zur Tatbestandsverwirklichung sowohl Nötigung wie Wegnahme voraussetzt, ebenso bei § 177 (Gewaltanwendung und sexuelle Handlung) oder § 146 I Nr. 3 (Inverkehrbringen des zuvor hergestellten oder verschafften Falschgeldes). Entsprechendes gilt für **pauschalierende** Handlungsbeschreibungen, wie etwa bei Agententätigkeit nach §§ 98, 99 bzw. bei Förderung der Prostitution oder Zuhälterei nach § 180a, 181a (*Samson* SK 24f. vor § 52).

16 b) Doch auch da, wo erst durch **fortlaufendes Zusammenwirken** mehrerer Einzelakte der tatbestandsmäßige Erfolg herbeigeführt wird, ist noch tatbestandliche Handlungseinheit anzunehmen: so etwa bei Schlägen, die erst als „Wirkungspaket" eine körperliche Mißhandlung i. S. von § 223 oder eine Quälerei nach § 223b bedeuten (vgl. *Vogler* LK 31 vor § 52), oder wo – wie vorliegend in den Fällen S und Z – dem Tatplan des A entsprechend erst durch mehrfache Einspritzungen der Abtreibungseffekt erwartet wird (vgl. auch A 24, 39).

17 c) Auch durch ein **Dauerdelikt** (wie etwa Hausfriedensbruch, Freiheitsberaubung, Trunkenheitsfahrt) kann eine HE begründet werden.

aa) Das ist unstreitig für den Zeitraum, in dem das Dauerdelikt *ununterbrochen andauert.* Gleiches gilt für Einzeletappen einer Trunkenheitsfahrt (§ 316) oder des Fahrens ohne Führerschein (§ 21 StVG), solange wie etwa bei Anhalten an Ampeln, Tanken oder einem kurzen Gaststättenbesuch – die Unterbrechungen nur kurzfristig sind (vgl. *Einsteig-Fall* BGH VRS 47, 187). Sobald jedoch die Fahrt abgebrochen und erst aufgrund eines neuen Entschlusses wieder aufgenommen wird, stehen beide Etappen in HM zueinander: Eine solche „Zäsurwirkung" soll grundsätzlich bei Unfall anzunehmen sein (BGHSt 21, 203; vgl. aber demgegenüber *S/S-Stree* 85 vor § 52).

18 bb) Fraglich ist dagegen, inwieweit mit den *während eines Dauerdelikts begangenen Straftaten* HE bestehen kann. Daß dafür nicht schon allein die Gleichzeitigkeit der Tatbegehung genügt, sondern ein innerer Bezug erforderlich ist, steht außer Streit: Deshalb wird HE beispielsweise nicht schon dadurch begründet, daß der Täter während einer Trunkenheitsfahrt zufällig unbefugterweise eine Schußwaffe mit sich führt (vgl. BGH VRS 49, 177) oder „bei Gelegenheit" eines Hausfriedensbruchs den Wohnungsinhaber beleidigt (*Jescheck* § 67 III 2; vgl. auch OLG Koblenz NJW 1978, 716: Sexuelle Nötigung während einer Trunkenheitsfahrt). Strittig ist jedoch, welcher Art jene Beziehung sein muß:

19 – Nach h. M. ist eine **teilweise Identität der Ausführungshandlungen** erforderlich (st. Rspr seit RGSt 32, 137: A 20; ebenso *Baumann* § 14 II 1 c α, *Jescheck* § 67 III 2, *Lackner* § 52 Anm. 2 c, *Schmidhäuser* 18/43, *Vogler* LK 23 vor § 52). Das ist etwa dort der Fall, wo eine Entführung gleichzeitig das Mittel zu einer Vergewaltigung darstellt (BGHSt 18, 29/33) oder wo durch die Trunkenheitsfahrt gleichzeitig gegen einen Vollstreckungsbeamten Widerstand geleistet wird (OLG Koblenz VRS 56, 38); dagegen wäre bei dem zur Durchführung eines Totschlags begangenen Hausfriedensbruch eine solche Teilkonkurrenz zu verneinen (RGSt 66, 346/7).

A 20 Grundlegend zu diesem Erfordernis – und zudem bedeutsam als Geburtsstunde der „natürlichen Handlungseinheit" (A 23) der *Beischlaferschleichungs-Fall* **RGSt 32, 137,** wo der A nachts in eine unverschlossene Wohnung eingedrungen war, um gegenüber der im Bette wartenden Frau den scheinbar heimkehrenden Ehemann zu mimen, letztlich allerdings ohne Erfolg. Zu der Frage, ob hier TE oder TM zwischen Hausfriedensbruch und versuchter Erschleichung außerehelichen Beischlafs (§ 179: inzwischen aufgehoben durch das 1. StrRG 1968) anzunehmen sei, führt das RG aus **[138]**, daß die *„natürliche Handlungsidentität"* zwar nicht dadurch ausgeschlossen werde, „daß bei Betrachtung derselben vom *rechtlichen* Gesichtspunkt aus sich Eingriffe in verschiedene Rechtsgüter als begangen darstellen" ... Auch beschränke sich Handlungseinheit nicht auf den Fall, „wo ein *einziger* Akt körperlicher Thätigkeit in Frage kommt. Der natürlichen Betrachtung stellt sich als einheitliches Handeln **[139]** häufig eine Kette von Willensbethätigungsakten dar". Jedoch sei für eine derartige „durch einen gewissen Zeitraum sich hindurch erstreckende natürliche Handlungseinheit" (!) erforderlich, „daß die Willensbethätigungsakte, durch welche der Thatbestand der verschiedenen strafbaren Handlungen hergestellt wird, wenn nicht vollständig, so doch zu einem Teile dergestalt zusammenfallen, daß mindestens **[140]** ein Teil der einheitlichen Handlung zur Herstellung des Thatbestandes *beider* Delikte *mitwirkt*". Daran aber habe es im *Beischlaferschleichungs-Fall* gefehlt, weil weder das Eindringen noch das Verweilen auch nur den geringsten Teil des Sittlichkeitstatbestandes verwirklicht habe. – Den strengen Maßstab dieser **1. Formel zur natHE** hat die Rspr. freilich schon bald in anderer Hinsicht wesentlich aufgeweicht (vgl. unten A 26f.).

21 – Über diese objektive Teilkonkurrenz hinaus läßt eine vordringende Meinung (wohl zu Recht) schon einen **subjektiven Zweck-Mittel-Bezug** genügen: Danach ist HE sowohl dort anzunehmen, wo das Dauerdelikt zur *Ermöglichung der anderen Straftat* dient: so etwa bei Hausfriedensbruch zur Begehung von Raub oder Mord, wie umgekehrt auch da, wo die andere Straftat die *Aufrechterhaltung des Dauerdelikts* bezweckt: wie z. B. bei Körperverletzung zur Fortsetzung einer Freiheitsberaubung (vgl. *Samson* SK 16 vor § 52, *S/S-Stree* 81, 91 vor § 52, *Welzel* § 30 I 4, *Wessels* I § 17 III 1).

22 d) Ferner kann **Handlungseinheit durch Klammerwirkung** begründet werden: So wenn zwei Taten zwar nicht miteinander, wohl aber *mit einer dritten Straftat jeweils teilidentisch* sind, wie etwa bei einem Raub, der durch die Gewaltanwendung zu einer Körperverletzung und durch die Wegnahme zu einer Sachbeschädigung führt (h. M.; vgl. *S/S-Stree* § 52 Rn. 14 m. w. N.; aber krit. zu dieser Rechtsfigur u. a. *Samson* SK § 52 Rn. 19, *Wahle* GA 1968, 107ff.). Eine derartige Klammerwirkung kann auch ein *Dauerdelikt* entfalten, indem beispielsweise durch eine Trunkenheitsfahrt die dabei begangenen Verkehrsverstöße zu einer HE verbunden werden (wobei allerdings durch Unfall eine „Zäsur" in zwei selbständige Handlungsteile entstehen kann: A 17). Freilich: um unangemessene Vergünstigungen durch eine solche Vereinheitlichung auszuschließen, muß der verklammernde Tatbestand mit den verklammerten Delikten annähernd **wertgleich** sein (BGHSt 1, 67; *S/S-Stree* § 52 Rn. 16f., *Vogler LK* § 52 Rn. 29). Daran scheitert beispielsweise eine Verklammerung von fahrlässiger Tötung und Mordversuch durch Unfallflucht (BayObLG NJW 1957, 1485). Ebenso können auch durch Fahren ohne Führerschein nicht mehrere Kfz-Diebstähle (BGHSt 18, 66/9) bzw. durch Freiheitsberaubung nicht mehrere Vergewaltigungen (BGHSt 18, 26/8) verbunden werden. Vielmehr stehen in solchen Fällen allenfalls die teilkongruenten Tatbestände jeweils in HE miteinander (wie etwa der durch Körperverletzung ermöglichte Hausfriedensbruch einerseits und der aufgrund des Hausfriedensbruchs durchgeführte Raub andererseits), während diese beiden HEen sich ihrerseits in HM gegenüberstehen.

23 **3. „Natürliche Handlungseinheit" (natHE).** Mit dieser schillernden Figur werden recht unterschiedliche Vorstellungen verbunden. Einerseits darf die „natürliche Handlungseinheit" nicht mit der „Handlung im natürlichen Sinne" (Fallgruppe 1: A 12) verwechselt werden; denn während bei dieser überhaupt nur 1 „natürliche *Handlung*" vorliegt, geht es bei der „natürlichen Handlungs*einheit*" hier gerade um die Verbindung mehrerer Einzelakte zu einer rechtlichen Bewertungseinheit (A 13). Andererseits bedarf es dieser Figur dort nicht, wo – wie in den vorangehenden Fallgruppen 2 (A 14ff.) – die mehreren Einzelakte durch „tatbestandliche Handlungseinheit" verbunden sind. Denn obgleich vom RG ursprünglich zur Zusammenfassung mehrerer Willensbetätigungen erfunden, und zwar gerade für den Fall einer teilweisen Handlungsidentität (vgl. *Beischlaferschleichungs-Fall* A 20), sollte der Begriff der „natürlichen Handlungseinheit" besser solchen Fällen vorbehalten bleiben, wo die Ausführungshandlungen nicht einmal teilidentisch, sondern jeweils *sukzessiv hintereinander* verwirklicht werden.

24 a) Solange es sich dabei lediglich um die **wiederholte gleichartige Tatbestandsverwirk-**
A **lichung** *in unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Abfolge* handelt, ist gegen die Annahme einer natHE (bzw. einer „tatbestandlichen Handlungseinheit i. w. S.": so die Terminologie von *Jescheck* § 66 III 1 und *Vogler* LK 30 vor § 52) nichts einzuwenden (vgl. *Blei* I § 93 I 3, *S/S-Stree* 17 vor § 52), wobei freilich zusätzlich vorauszusetzen ist, daß es dabei lediglich um eine *quantitative Unrechtsintensivierung auf Grund der gleichen Motivationslage* geht (*Jescheck* aaO, *Maiwald* NJW 1978, 300/2, *Samson* SK 28 vor § 52, *Vogler* LK 31 vor § 52): so etwa bei Ausräumen eines Warenlagers durch mehrere, jeweils alle Diebstahlsmerkmale erfüllenden Einzelakte, Mißhandlung durch mehrfache Schläge oder Beleidigung durch mehrere Schimpfworte. Inwieweit jedoch dabei jeweils *derselbe* Rechtsgutsträger betroffen sein muß, ist strittig:

25 – Nach h. M. soll dies unerheblich sein. Daher komme sowohl bei sukzessiver Wegnahme von Sachen verschiedener Eigentümer wie auch bei Tötung mehrerer Menschen durch mehrere Rundumschüsse HE in Betracht (so *Jescheck* § 66 III 1, *Vogler* LK 32 vor § 52 m. w. N., wobei jedoch fälschlich BGHSt 1, 20/2 in Anspruch genommen wird; denn dort handelt es sich um 1 unsittliche Aufforderung i. S. einer natH (A 12).

26 – Dies erscheint jedoch bedenklich, soweit es sich um die Verletzung *höchstpersönlicher* Rechtsgüter verschiedener Träger handelt, weil dann von einer nur quantitativen Unrechtssteigerung keine Rede mehr sein kann (ebenso *Maiwald* NJW 1978, 300/1; vgl. auch *Baumann* § 41 II 1a, *Samson* SK 29 vor § 52, *Schmidhäuser* 18/22). Schon deshalb – und nicht nur wegen eines neuen Tatentschlusses – war im *Würge-Fall* BGH NJW 1977, 2321, wo der Täter innerhalb der Angriffe gegen seine Frau auch den dazwischengeratenen 4-jährigen Sohn erwürgte, natHE abzulehnen (vgl. auch *Beilwurf-Fall* BGHSt 16, 397).

27 b) Über diese mehrfache Verwirklichung desselben Tatbestandes hinaus will die Rspr. auch bei sonstigen von einem **einheitlichen Ziel** bestimmten, in **engem zeitlich-räumlichen Zusammenhang** begangenen Handlungen eine natHE zulassen.

28 Grundlegend i. S. dieser **2. Formel zur natHE** der *Pessar-Fall* RGSt 58, 113 (oben Nr. 45 E 8ff.); vgl. ferner *Flachmann-Fall* BGHSt 10, 129/131 (oben Nr. 33 A 20ff.). Diese Entwicklung fortführend wird schließlich im *Keller-Fall* **BGHSt 10, 230/1** eine natHE dann angenommen, „wenn der Handelnde den auf die Erzielung eines Erfolges in der Außenwelt gerichteten, einheitlichen Willen durch eine Mehrheit gleichgearteter Akte betätigt und diese einzelnen Betätigungsakte aufgrund ihres räumlichen und zeitlichen Zusammenhanges objektiv erkennbar derart zusammengehören, daß sie nach der Auffassung des Lebens *eine* Handlung bilden". Dementsprechend wurde etwa der Diebstahl und das nachfolgende Schlachten eines Tieres als HE begriffen (OLG Celle SJZ 1947, 272) bzw. aufgrund eines einheitlichen Fluchtwillens das Fahren ohne Führerschein mit gefährlicher Körperverletzung, Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte und Unfallflucht handlungseinheitlich zusammengefaßt (*Spritztour-Fall* BGH VRS 28, 359). Weitere Einzelheiten zu dieser Entwicklung bei *Blei* JA 1972, 711ff.; 1973, 95ff.

29 Was ist gegenüber einer solchen Ausweitung der natHE zu bedenken? Während sich in den vorangehenden Fallgruppen aufgrund tatbestandlicher Teilkongruenz oder Gleichartigkeit immerhin noch ein objektives Abgrenzungsmerkmal erkennen läßt, ist hier jeder sichere Maßstab zu vermissen. Daher wird diese Form von natHE in der Lehre zu Recht überwiegend abgelehnt (vgl. u. a. *Jescheck* § 66 III 3, *M-Gössel* I/2 § 54 II A 1, *Samson* SK 20 vor § 52, *S/S-Stree* 22 vor § 52, *Wessels* I § 17 II 4).

30 **4. Handlungseinheit bei „fortgesetzter Tat" (fortHE):** Damit sollen vor allem gleichartige Serientaten durch HE zusammengefaßt werden, da es aus prozeßökonomischen Gründen als eine „lästige, überflüssige und wunderlich anmutende Arbeit" (RGSt 70, 243/4) erschiene, wenn bei einer einheitlichen Serie von Diebstählen oder Betrügereien – wie dies der Richter bei TM tun müßte (A 5) – zunächst einmal für jede einzelne Tat eine Einzelstrafe festzusetzen wäre. Von den vorangehenden Bewertungseinheiten unterscheidet sich die „fortgesetzte Handlung" dadurch, daß der Zusammenhang zwischen den Einzeltaten noch lockerer ist, insbesondere weder eine tatbestandliche Teilkongruenz (A 19) noch eine räumlich-zeitlich enge Abfolge (A 24) erforderlich ist. Weil aber damit die HE nahezu jede Kontur verliert und kriminalpolitisch bedenklich ist, daß davon gerade der auf eine „größere Verbrechensmenge" abzielende Wiederholungstäter profitiert, ist diese Rechtsfigur steigender Kritik ausgesetzt (vgl. u. a. *Jescheck* § 66 V 1, R. *Schmitt* ZStW 75, 59ff., *Stratenwerth* Rn. 1217, 1236). Daher ist nach h. M. Fortsetzungszusammenhang allenfalls unter folgenden drei Voraussetzungen vertretbar:

31 a) Die jeweils voll strafbaren Einzelakte müssen gegen das **gleiche Rechtsgut** gerichtet sein. Das setzt zwar nicht unbedingt die Verwirklichung desselben Tatbestandes vor-

A aus; wohl aber müssen etwaige unterschiedliche Tatbestände die gleiche Schutzrichtung haben: Demgemäß können beispielsweise einfacher und schwerer Diebstahl (RGSt 53, 263), leichte und gefährliche Körperverletzung (RGSt 57, 81) oder Meineid und uneidliche Falschaussage (BGHSt 8, 301: StrafR III Nr. 17 E 5, A 85ff.) eine fortgesetzte Handlung bilden, während zwischen Diebstahl und Raub (BGH b. Dall. MDR 1973, 554) oder Hausfriedensbruch und Freiheitsberaubung Forsetzungszusammenhang ausgeschlossen ist (*Samson* SK 35 vor § 52), da sich diese Taten teils auch gegen andere Rechtsgüter richten. Dementsprechend wird auch bei Verletzung *höchstpersönlicher Rechtsgüter verschiedener Träger* HE abgelehnt (h. M.; so jetzt auch *S/S-Stree* 43f. vor § 52), so daß mehrere Tötungen oder Körperverletzungen an verschiedenen Personen nicht in Fortsetzungszusammenhang stehen können (RGSt 70, 243/5). Demzufolge ist auch Schwangerschaftsabbruch fortgesetzt allenfalls hinsichtlich derselben Schwangerschaft denkbar, nicht aber hinsichtlich verschiedener Schwangerschaften, und zwar gleich, ob bei derselben (RG HRR 1938, 1209) oder bei verschiedenen Schwangeren (BGH b. Dall. MDR 1966, 727).

32 b) Ferner ist eine gewisse **Gleichartigkeit der Begehungsweise** erforderlich. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn derselbe Tatbestand wiederholt verwirklicht wird, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich beispielsweise bei dem einen Einzelakt um den Diebstahl des Transportmittels und im übrigen um die Wegnahme der Beute handelt (*S/S-Stree* 41 vor § 52). Dagegen würde es an der Gleichartigkeit etwa dort fehlen, wo die Tat teils durch positives Tun, teils durch Unterlassen begangen wird (vgl. *Unterhalt-Fall* OLG Bremen NJW 1955, 1606) oder wo Betrug teils durch Erschwindlung von Sachen und teils von Darlehen bewirkt wird (RG DJ 1939, 307; insofern and. *S/S-Stree* aaO). Auch durch wesentlich andere zeitliche oder räumliche Umstände kann der Zusammenhang unterbrochen sein (*Vogler* LK 52 vor § 52).

33 c) Schließlich müssen die Einzelakte von einem **einheitlichen Vorsatz** getragen sein, wobei freilich dessen Art umstritten ist:

– Die h. M. verlangt einen *„Gesamtvorsatz"* von der Art, daß der Täter von vornherein den Gesamterfolg der Tat in seinen wesentlichen Zügen nach Ort, Zeit, Person des Verletzten und Begehungsweise ins Auge faßt und auf dessen stückweise Verwirklichung durch mehrere gleichzeitige Einzelhandlungen abzielt (so die st. Rspr bis BGHSt 16, 124/8, ferner *Baumann* § 41 II 4b, *Jescheck* § 66 V 2c m. w. N.). Freilich wird damit gerade der umsichtig planende, von vornherein zum Weitermachen entschlossene und damit eher gefährlichere Täter gegenüber dem mehr labilen Augenblickstäter privilegiert.

34 – Daher läßt ein Teil der Lehre (wohl zu Recht) schon bloßen *„Fortsetzungsvorsatz"* genügen, sofern dieser mit dem vorangegangenen Vorsatz eine fortlaufende psychische Linie bildet (so namentlich *S/S-Stree* 52 vor § 52, ferner *M-Gössel* I/2 § 54 III B 1b, *Samson* SK 43 vor § 52): Das ist sowohl dort der Fall, wo sich der Täter nach erfolgreichem Abschluß einer Einzeltat zu einer Wiederholung ermutigt fühlt, wie auch da, wo er bei nächster Gelegenheit der gleichen Versuchung erliegt.

35 – Diesem Standpunkt scheint sich auch der BGH anzunähern, wenn er neuerdings einen *„Kettenvorsatz"* von der Art genügen läßt, daß sich der Täter nicht schon vor Beginn, sondern erst vor Beendigung der ersten Einzeltat zur Wiederholung entschließt (so im *Wandtresor-Fall* BGHSt 19, 323) oder sich gar erst bei Beendigung der letzten der ursprünglich geplanten Einzelakte weitere Handlungen vornimmt (so im *Sammlerbetrug-Fall* BGHSt 23, 33; vgl. auch *Goldschmuggel-Fall* BGHSt 26, 4; zust. *Vogler* LK 63 vor § 52, *Wessels* I § 17 II 5). Nachdem aber damit das Erfordernis eines *vor* Tatbeginn gefaßten Gesamtvorsatzes praktisch aufgegeben ist, ist nicht einzusehen, warum der Fortsetzungsvorsatz nur noch bis zur Tatbeendigung und nicht auch noch bei nächster Gelegenheit (A 34) soll gefaßt werden können.

36 d) Liegen die vorgenannten Voraussetzungen vor, so bilden alle im Fortsetzungszusammenhang stehenden Einzeltaten eine HE, wobei sich der **Deliktscharakter** nach dem schwersten der verwirklichten Tatbestände bestimmt (*Samson* SK 48 vor § 52, *S/S-Stree* 65f. vor § 52). Durch Rechtskraft des Schuldspruchs werden alle bis zum letzten tatrichterlichen Urteil begangenen Einzelakte erfaßt, und zwar selbst dann, wenn sie dem Gericht nicht bekannt sein konnten (vgl. *Seriendiebstahl-Fall* BGHSt 15, 268). Falls der Täter auch danach seine Serie fortsetzt, beginnt aufgrund der *„Zäsurwirkung des Strafurteils* eine neue Fortsetzungstat zu laufen. Zu weiteren materiellen und prozessualen Folgen der fortHE vgl. *S/S-Stree* 68ff. vor § 52, *Vogler* LK 76ff. vor § 52.

37 5. **Nicht** zu verwechseln mit den vorangehenden HEen ist die sog. **Sammelstraftat:** Setzt ein Tatbestand etwa *Gewerbsmäßigkeit* (Verschaffung einer fortlaufenden Ein-

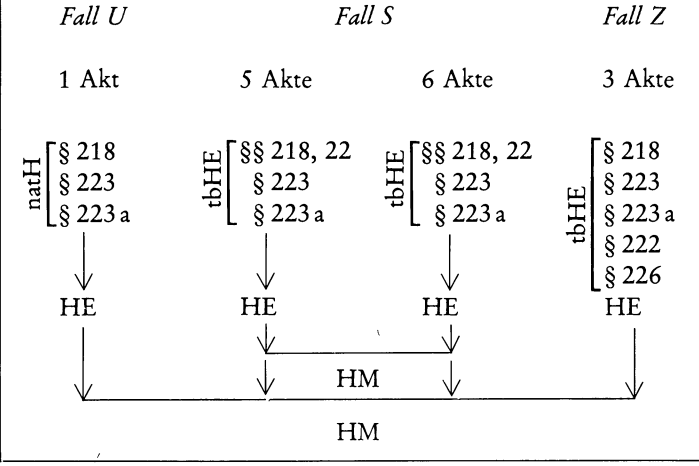
A nahmequelle durch wiederholte Tatbegehung), *Geschäftsmäßigkeit* (wiederholte Tatbegehung als Teil einer wirtschaftlichen oder beruflichen Beschäftigung) oder *Gewohnheitsmäßigkeit* (wiederholte Tatbegehung aufgrund eines entsprechenden Hanges) voraus, so bilden allein deshalb die verschiedenen Einzeltaten noch keine HE, sondern nur dann, wenn sie sich nach den allgemeinen Kriterien als tbHE, natHE oder fortHE zusammenfassen lassen (h. M.; vgl. *S/S-Stree* 93 ff. vor § 52 m. w. N.).

38 **6. Handlungsmehrheit:** Wie bereits bei A 9 ff. festgestellt, folgt Handlungsmehrheit schlicht aus dem *Nichtvorliegen von Handlungseinheit.* Sind also mehrfache Tatbestandverwirklichungen durch mehrere „natürliche Handlungen" (A 12) gegeben, ohne daß sich diese zu einer tbHE (A 14 ff.), natHE (A 23 ft.) oder fortHE (A 30 ff.) verbinden lassen, so ergibt sich daraus HM.

39 7. Welches **Zwischenergebnis** folgt daraus für den vorliegenden *Kurpfuscher-Fall?* Im *Fall U* hatte der A nur 1 natH vorgenommen, so daß zwischen § 218 und §§ 223, 223 a HE besteht (so hier stillschweigend auch der BGH bei E 10). – Im *Fall S* lassen sich die ersten 5 Einspritzungen als tbHE zusammenfassen, da sie allesamt auf Herbeiführung desselben Erfolges gerichtet waren. Bedenken dagegen könnnten hier allenfalls hinsichtlich der jeweils vollendeten Körperverletzung an der S bestehen. Falls man diese für durchschlagend ansieht, wäre aber jedenfalls fortHE anzunehmen (vgl. A 31). Dementsprechend bilden auch die späteren 6 Einspritzungen eine HE. Dagegen lassen sich diese beiden HEen nicht auch ihrerseits – wie die StrK gemeint hat – zu *einer* Tat zusammenfassen; denn jedenfalls dann nicht, wenn der A bei seiner 2. Einspritzungsserie von einer neuen Schwangerschaft ausgegangen war und damit wegen der Höchstpersönlichkeit der betroffenen Rechtsgüter auch fortHE auszuschließen ist (A 31). Daher hat der BGH zwischen diesen beiden Einspritzungsserien zu Recht HM angenommen (E 13). – *Im Fall Z* stehen die 3 Einspritzungen – ebenso wie im Fall S – wiederum in tbHE oder fortHE (ebenso konkludent der BGH bei E 14). Im übrigen besteht zwischen den HEen der 3 Fälle HM, da wegen der Höchstpersönlichkeit der betroffenen Rechtsgüter fortHE ausgeschlossen ist (A 31; so auch bereits die StrK).

40

Schaubild 3: Überblick über HE bzw. HM im Kurpfuscher-Fall
ohne Rücksicht auf GE, TE oder TM.



41 **III. „Unechte" Konkurrenz: Gesetzeskonkurrenz/Gesetzeseinheit (GK/GE).**

Methodisches Vorgehen – Terminologie. Mit der Festellung von HE oder HM ist nur der 1. Schritt getan; denn ob dies letztlich zu TE/IK oder zu TM/RK führt, hängt davon ab, ob die verwirklichten Tatbestände in „echter" (TE/TM) oder nur in „scheinbarer" Konkurrenz (GE/GK) zueinander stehen (A 8). Um dies festzustellen, ist in gleicher Weise zu verfahren wie bei Prüfung von HE oder HM: Ähnlich wie sich HM aus dem Nichtvorliegen von HE ergibt (A 38), folgt TE bzw. TM aus dem Nichtvorliegen von GE/GK. Deshalb ist in einem 2. Schritt das Vorliegen oder Nichtvorliegen von GE/GK festzustellen. Im Unterschied zur „echten" Konkurrenz (TE/TM), bei der die mehrfache Tatbestandsverwirklichung (durch eine bzw. mehrere Handlungen) auch im Urteilstenor zum Ausdruck kommt (A 68, 78, 81), handelt es sich bei der GE/GK nur um eine „unechte" **scheinbare Konkurrenz.** Damit ist zweierlei gemeint:

A 42 – Zwar kann auch von GE/GK überhaupt nur dort die Rede sein, wo mehrere Tatbestände verwirklicht sind. Insofern unterscheidet sich die GE/GK von der sog. **Alternativität,** bei der von mehreren möglichen Tatbeständen tatsächlich nur der eine oder der andere verwirklicht ist: Im Sinne einer solchen *„tatbestandlichen Exklusivität"* stehen sich beispielsweise Diebstahl (Zueignung *durch* Gewahrsamsbruch) und Unterschlagung (Zueignung *ohne* Gewahrsamsbruch) gegenüber; entsprechendes gilt etwa für Raub und Erpressung, wenn man für letztere mit der h. L. eine abgenötigte „Vermögensverfügung" des Opfers voraussetzt (vgl. StrafR IV Nr. 16). Während es also in den Alternativitätsfällen schon an einer mehrfachen Tatbestandsverwirklichung fehlt und sich damit das Verhältnis der fraglichen Tatbestände bereits auf Tatbestandsebene löst (vgl. *Jescheck* § 69 II 1, *M-Gössel* I/2 § 55 I B 3, *S/S-Stree* 133 vor § 52), setzt GE/GK die Verwirklichung mehrerer Tatbestände gerade voraus: Deshalb kann insoweit durchaus von einer *„Konkurrenz"* mehrerer Tatbestandsverwirklichungen gesprochen werden.

43 – Diese Konkurrenz ist jedoch eine nur *„scheinbare"*, sofern sich ergibt, daß der deliktische Gehalt der Tat schon durch Anwendung von einem (oder mehreren) dieser Tatbestände so vollständig erfaßt und abgegolten wird, daß zur Vermeidung von Doppelverwertungen die übrigen Tatbestände zurücktreten müssen (*Stratenwerth* Rn. 1174, *Vogler* Bockelmann-FS S. 718, 721f.), und demzufolge auch im Schuldspruch des Urteilstenors nicht in Erscheinung treten (vgl. aber A 59). Da somit die tatbestandliche Konkurrenz letztlich in einer *einheitlichen Gesamtbewertung der Tat(en)* aufgeht, ist genüber dem Terminus „Gesetzeskonkurrenz" die neuere Kennzeichnung als **„Gesetzeseinheit"** vorzuziehen *(Vogler* LK 101f. vor § 52 m. w. N.), und zwar sowohl bei handlungseinheitlicher (h. M.) wie auch bei handlungsmehrheitlicher GE (insofern and. *M-Gössel* I/2 § 55 I B 2, *Wessels* I § 17 VI).

44 Eine solche Bewertungseinheit, aufgrund der bestimmte Tatbestandsverwirklichungen durch (einen oder mehrere) vorrangige Tatbestände „verdrängt" werden, kann auf dreifache Weise entstehen: durch *Spezialität* (1), *Subsidiarität* (2) oder *Konsumtion* (3). Wie diese Fallgruppen voneinander abzugrenzen sind, ist weniger sachlich als terminologisch umstritten: So wird insbes. die sog. *mitbestrafte Vor- oder Nachtat* teils als Konsumtion (*Jescheck* § 69 II 3a, *Samson* SK 71 vor § 52), teils als Subsidiarität (*S/S-Stree* 112 vor § 52), teils als eigene Kategorie verstanden (*Stratenwerth* Rn. 1193, *Wessels* I § 17 VI) oder die Konsumtion gar gänzlich für überflüssig erklärt (*S/S-Stree* 131 vor § 52). Da es jedoch weniger auf das Etikett als auf die Sachkriterien ankommt, sollte man diesen Klassifizierungsstreit nicht überbewerten (vgl. *Samson* SK 67 vor § 52). Bezeichnenderweise wird denn auch in der Rspr häufig ohne weitere Einordnung schlicht von „Gesetzeskonkurrenz" oder „Gesetzeseinheit" gesprochen (wie etwa oben E 2; vgl. aber auch *Vogler* Bockelmann-FS S. 715/717ff.). Doch nun zu den wesentlichen **Arten von Gesetzeseinheit:**

45 1. **Spezialität** – mit Vorrang des spezielleren gegenüber dem allgemeinen Tatbestand – ist anzunehmen, wenn ein Tatbestand *alle* Merkmale eines andern Tatbestandes *plus* ein weiteres *besonderes* Merkmal enthält. Dies ist vor allem im Verhältnis von Grundtatbestand und Abwandlungen der Fall, und zwar gleichgültig, ob es sich dabei um eine selbständige oder unselbständige Privilegierung (§ 212 → § 217) oder Qualifizierungen (§ 212 → § 211) handelt, oder ob der speziellere Tatbestand durch Verbindung von zwei anderen entsteht, wie etwa Raub durch Verbindung von Nötigung (§ 240) und Wegnahme (§ 242). – Dementsprechend tritt im vorliegenden Fall § 223 hinter § 223a bzw. § 222 hinter § 226 als den jeweils speziellen Tatbeständen zurück (vgl. *S/S-Eser* 1ff. vor § 223 bzw. *S/S-Stree* § 226 Rn. 12). Das hielt hier der BGH (zu Recht) für so selbverständlich, daß er die an sich tatbestandlich verwirklichten §§ 222, 223 (P 1) offenbar nicht einmal für erwähnenswert ansah.

46 2. **Subsidiarität** ist anzunehmen, wenn ein Tatbestand nur Auffangs- oder sonstige Hilfsfunktion für den Fall hat, daß die Tat nicht schon nach einer anderen (meist schwereren) Strafvorschrift erfaßt ist. Ein solches Zurücktreten des subsidiären hinter das primär anzuwendende Gesetz ergibt sich – im Unterschied zur Spezialität – weniger aus einem begrifflogischen als vielmehr aus einem wertungsmäßigen Über- bzw. Unterordnungsverhältnis: Wenn dasselbe Rechtsgut durch verschiedene Rechtssätze in verschiedenen Angriffsstadien und gegen verschiedene Angriffsarten geschützt ist, besteht ein Strafbedürfnis jeweils nur aus dem schwersten der verwirklichten Tatbestände (vgl. *Jescheck* § 69II 2 m. w. N.).

47 a) Um eine **ausdrückliche Subsidiarität** handelt es sich dort, wo der betreffende Tatbestand selbst sein Zurücktreten vorsieht, und zwar entweder gegenüber *jeder Art*

A *von sonstiger Strafbarkeit:* sog. **absolute** Subsidiarität (wie bei der früheren Aufsichtsverletzung nach § 143 I a. F.) oder nur gegenüber *bestimmten* (wie in §§ 98 I, 145 d, 202) bzw. *schwereren* (so in §§ 125, 248 b, 265 a) Strafdrohungen: sog. **relative** Subsidiarität. – Demzufolge würde in den vorliegenden Fällen, selbst wenn sie heute begangen würden, die Versäumung der Beratungs- und Indikationsfeststellungspflicht nach §§ 218 b I S. 1, 219 I S. 1 im Urteilstenor schon deshalb nicht in Erscheinung treten, weil A bereits nach § 218 strafbar ist (P 1).

48 b) Nicht weniger bedeutsam ist die **stillschweigende Subsidiarität,** wie sie sich aus dem Wertungszusammenhang verschiedener Tatbestände ergeben kann (vgl. E 7).

49 aa) Danach gebührt bei **verschieden schweren Begehungsarten** der gewichtigeren gegenüber der leichteren der Vortritt: so der *Täterschaft* gegenüber bloßer Teilnahme (sowie innerhalb dieser der Anstiftung gegenüber Beilhilfe), dem *Vorsatz* gegenüber der Fahrlässigkeit, dem *positiven Tun* gegenüber Unterlassen, der *„unechten" Unterlassung* gegenüber der „echten". Zu Sonderkonstellationen, wie etwa bei vorsätzlichem Unterlassen nach fahrlässigem Begehen (dazu *Flucht-Fall* BGHSt 7, 287: StrafR III Nr. 2 A 30), vgl. *S/S-Stree* 107 f., *Vogler* LK 126 f., je vor § 52.

50 bb) Dementsprechend hat auch bei **verschiedenen Intensivierungsgraden** der weitergehende Vorrang vor dem weniger intensiven: so die *Vollendung* gegenüber dem Versuch sowie dieser gegenüber einer bloßen Vorbereitungshandlung (wie z. B. § 30 II), die *Verletzung* gegenüber der Gefährdung, vorausgesetzt freilich, daß es sich um dasselbe Rechtsgut handelt und die Gefährdung nicht über die Verletzung hinausgeht: Das trifft in der Regel nur auf konkrete Gefährdungsdelikte zu (daher Vorrang des § 217 gegenüber § 221: *Graben-Fall* RGSt 68, 407), nicht aber auf abstrakte (daher keine Verdrängung von § 227 durch § 226: *Stahlhelm-Fall* RGSt 59, 107/112).

51 Mit dieser Figur der „straflosen" bzw. *„mitbestraften Vortat"* tritt auch bei sonstigen **Durchgangsstadien** die weniger intensive Vorstufe gegenüber dem schwereren Verletzungsgrad zurück: wie etwa die uneidliche Falschaussage gegenüber dem *Meineid* (vgl. BGHSt 8, 301: StrafR III Nr. 17 E 10, 12, A 85 ff.) oder die Körperverletzung gegenüber der *Tötung* (grundlegend dazu BGHSt 16, 122); darüber noch hinausgehend wird teilweise sogar angenommen (wie namentlich von *Welzel* und zeitweilig vom RG und OGH), daß sich Körperverletzungs- und Tötungsvorsatz schon tatbestandlich gegenseitig ausschlössen (näher dazu in *S/S-Eser* § 212 Rn. 17 ff.).

52 Aber: Soll dieser Verdrängungsgrundsatz auch dann gelten, wenn das geplante Enddelikt im Versuch steckenbleibt, immerhin aber eine *Durchgangsstufe vollendet* (so z. B. das Opfer zwar nicht getötet, wohl aber verletzt) wird? Nach h. M. soll auch dann der Totschlagsversuch vorgehen, und zwar selbst bei Qualifizierung der Körperverletzung nach §§ 223 a, 224 (vgl. *Schläfenschuß-Fall* BGHSt 22, 248 sowie *Horn* SK § 212 Rn. 32 m. w. N.). Demgegenüber ist nach zutreffender Lehre dem Umstand, daß der Tötungsversuch jedenfalls nicht ohne Verletzungsfolgen blieb, durch TE zwischen §§ 212, 22 und 223 (223 a, 224) Rechnung zu tragen (*Samson* SK 69 vor § 52, *Vogler* LK 124 f. vor § 52): sog. *Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz* (*S/S-Stree* § 52 Rn. 2). Dementsprechend ist auch zwischen dem vollendeten Grundtatbestand und der nur versuchten Qualifizierung nicht GE sondern TE anzunehmen: wie etwa bei einem bis zur Diebstahlsvollendung gediehenen Raubversuch (insoweit ebenso BGHSt 21, 78; desgleichen zwischen Abtreibungsversuch und Körperverletzung: E 1). Im übrigen ist für Subsidiarität auch überall dort kein Raum, wo der Vortat ein von der Nachtat abhebbares *Eigengewicht* zukommt (*S/S-Stree* 127 vor § 52): so etwa, wenn der Täter erst nach einer bewußt quälerischen Mißhandlung zur Tötung übergeht (vgl. BGH NJW 1962, 115).

53 *Zwischenfrage:* Inwieweit käme im *vorliegenden* Fall Subsidiarität in Betracht? Abgesehen von den ausdrücklich subsidiären §§ 218 b, 219 (A 47) handelt es sich bei den verwirklichten Schwangerschaftsabbruchs- und Körperverletzungstatbeständen nicht um verschieden intensive Angriffe gegen dasselbe, sondern gegen verschiedene Rechtsgüter und damit nicht um bloße Durchgangsstufen. Deshalb könnte allenfalls eine weitere Form von Gesetzeseinheit in Betracht kommen:

54 3. **Konsumtion** ist anzunehmen, wenn der Unrechts- und Schuldgehalt einer Straftat bereits durch einen anderen Tatbestand regelmäßig miterfaßt und damit bereits durch dessen Bestrafung im wesentlichen mitabgegolten ist (*Vogler* LK 131 vor § 52), und zwar ohne daß Spezialität oder Subsidiarität gegeben wäre (*Samson* SK 71 vor § 52). Das ist sowohl bei handlungs*mehrheitlichen* Nachtaten (a) als auch handlungs*einheitlichen* Begleittaten (b) denkbar:

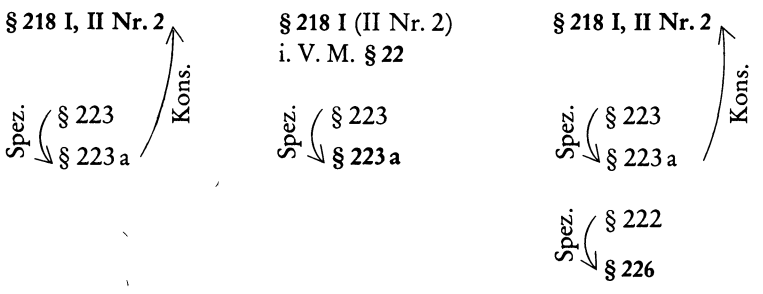
55 a) Durch die Figur der **„mitbestraften Nachtat"** werden handlungsmehrheitlich nachfolgende Taten, die lediglich der Ausnutzung, Verwertung oder Sicherung der

A durch die Vortat geschaffene Deliktslage dienen, bereits durch deren Bestrafung miterfaßt, vorausgesetzt freilich, daß durch die Nachtat *kein anderes Rechtsgut* als das der Vortat verletzt wird: Charakteristisch dafür etwa der „Sicherungsbetrug", durch den der Dieb den Besitz der Beute gegenüber dem Eigentümer vertuscht (vgl. BGH GA 1957, 410, *S/S-Cramer* § 263 Rn. 184, aber auch BGHSt 17, 205/9, wo fälschlich bereits die Tatbestandsmäßigkeit von § 263 ausgeschlossen wird), oder die einem betrügerischen Erwerb nachfolgende Unterschlagung (sofern eine wiederholte Zueignung nicht bereits tatbestandlich auszuschließen ist: so BGHSt 14, 38: StrafR IV Nr. 5). Dementsprechend ist auch die sachbeschädigende Verwertung bereits durch das Erlangungsdelikt erfaßt (BGH NJW 1955, 876). Wird dagegen durch die Nachtat ein weiteres Rechtsgut (desselben oder eines anderen Opfers) verletzt, so scheidet Konsumtion aus: Demzufolge ist etwa bei betrügerischer Veräußerung der Diebesbeute an einen Dritten TM/RK zwischen § 242 und § 263 anzunehmen (vgl. *Vogler* LK 140f. vor § 52 m. w. N.).

56 b) Die Figur der **„mitbestraften Begleittat"** kommt überall dort in Betracht, wo durch eine Tat *typischerweise* – wenn auch nicht logisch zwingend – andere Tatbestände mitverwirklicht werden, die aufgrund ihres geringeren Unwertgehalts gegenüber der Haupttat nicht wesentlich ins Gewicht fallen: so etwa Hausfriedensbruch oder Sachbeschädigung gegenüber Einbruchsdiebstahl (BGHSt 22, 127/9) oder Beleidigung gegenüber einem Sexualdelikt (BGHSt 8, 357/9). – Auch für den *vorliegenden Fall* ist diese Konsumtionsfigur bedeutsam: Denn soweit es sich um *Körperverletzungen an der Schwangeren* handelt, wie sie typischerweise mit einem Schwangerschaftsabbruch verbunden sind, hat sie die Rspr schon bisher zu Recht durch § 218 als mitabgegolten betrachtet (E 2), zumal in § 218 neben dem Leben des Embryos auch die Gesundheit der Schwangeren mitgeschützt ist (StrafR III Nr. 4 A 15). Dagegen scheitert bei (vorsätzlicher oder fahrlässiger) *Tötung der Schwangeren* Konsumtion daran, daß sich dieser Unwertgehalt durch § 218 nicht voll erfassen läßt (ebenso bereits die bisherige Rspr: E 1). Problematisch war jedoch der dazwischenliegende Fall einer durch den Schwangerschaftsabbruch mitverursachten *Körperverletzung mit Todesfolge* (§ 226). Während die frühere h. M. auch diese Folge durch § 218 konsumiert sah (E 2, 5), hat der BGH hier diese Auffassung für nicht mehr vertretbar erklärt, und zwar zu Recht: Denn nachdem Schwangerschaftsabbruch inzwischen zu einem bloßen Vergehen herabgestuft wurde (E 4) und auch die Strafdrohungen noch zusätzlich herabgesetzt sind (E 8), endet die Regelhöchststrafe von 3 Jahren bei § 218 I dort, wo die Mindeststrafe für § 226 überhaupt erst beginnt (E 9); schon deshalb könnte der Unrechtsgehalt des § 226 keinesfalls durch § 218 voll mitabgegolten werden. Doch kommt auch umgekehrt keine Konsumtion des § 218 durch § 226 in Betracht, weil damit der Eigenwert des ungeborenen Lebens nicht hinreichend berücksichtigt würde (vgl. E 7). Demzufolge kann dem jeweils eigenen Unwertgehalt von Schwangerschaftsabbruch und Körperverletzung mit Todesfolge in der Tat nur durch Annahme von TE/IK Rechnung getragen werden (E 9; ebenso bereits *Wessels* II/1 § 4 V 3 sowie jetzt auch *D-Tröndle* § 218 Rn. 20, *Lackner* § 218 Anm. 8). Entsprechendes wird auch für das Verhältnis von § 218 zu § 224 zu gelten haben *(Lackner aaO)*, da es sich bei dessen schweren Folgen nicht um typische Begleitfolgen eines Schwangerschaftsabbruchs handelt (vgl. *S/S-Eser* § 218 Rn. 59).

57 **4. Zwischenbefund:** Was ergibt sich daraus für den vorliegenden *Kurpfuscher-Fall?* Im *Fall U* wird jedenfalls § 223 durch § 218 I konsumiert, und entsprechendes ist auch gegenüber § 223a vertretbar, sofern die darin qualifizierte Lebensgefährlichkeit der Behandlung durch Bestrafung des A nach § 218 II Nr. mitabgedeckt wird (E 10); daher erscheint insoweit auch eine entsprechende „Klarstellung durch Idealkonkurrenz" (A 52) entbehrlich (E 11); vgl. aber auch *Wagner* JR 1979, 295. – Im *Fall Z* hingegen ist gemäß dem bei A 56 Ausgeführten zwischen §§ 218 I, II Nr. 2 und § 226 TE anzunehmen (E 14). – Der *Fall S* schließlich wäre an sich ebenso zu behandeln wie der Fall U, käme hier nicht das Sonderproblem hinzu, daß es lediglich zu einem *versuchten* Abbruch kam (P 6): Hier ist nach den zu den Durchgangsdelikten entwickelten Grundsätzen (A 51) dem Umstand, daß der Abbruchsversuch immerhin zu einer vollendeten Körperverletzung führt, durch TE zwischen §§ 218 II Nr. 2, 22 und § 223a Rechnung zu tragen (E 12; ebenso bereits die frühere BGH-Rspr E 1).

A 58 *Schaubild 4: Überblick über GE im Kurpfuscher-Fall*
der jeweilige Vorrang ist durch Pfeil, die **nichtverdrängten** TBe sind **fett** gekennzeichnet



59 **5.** Worin bestehen die **Rechtsfolgen von Gesetzeseinheit?** Zunächst einmal im grundsätzlichen **Zurücktreten** des *allgemeineren, subsidiären* bzw. *konsumierten Tatbestandes.* Dies gilt jedoch uneingeschränkt nur für den *Schuldspruch* des Urteilstenors, in dem der verdrängte Tatbestand in keiner Weise in Erscheinung tritt. Soweit es dagegen um den *Strafausspruch* geht, kann auch der verdrängte Tatbestand noch Bedeutung behalten:

60 – So einmal dadurch, daß etwaige **Nebenfolgen,** die der verdrängte, nicht aber der vorgehende Tatbestand vorsieht, mitverhängt werden dürfen (vgl. *Hopfeneinziehungs-Fall* BGHSt 8, 49/52): Insofern gilt Gleiches wie bei TE nach § 52 IV (A 74).

61 – Zum anderen gilt auch bei Gesetzeseinheit die **„Sperrwirkung des milderen Gesetzes"**, wonach keinesfalls die Mindeststrafe des verdrängten Tatbestandes unterschritten werden darf (vgl. E 3, A 73): instruktiv dazu *Schlüpfer-Fall* BGHSt 1, 152.

62 – Zudem darf die Mitverwirklichung der verdrängten Tatbestände jedenfalls insoweit **straferschwerend** mitberücksichtigt werden, als es sich um Umstände handelt, die nicht bereits durch den vorgehenden Tatbestand erfaßt sind (vgl. *Augenschlag-Fall* RGSt 63, 423/4, *Vogler* LK 117 vor § 52 m. w. N.).

63 Im übrigen gilt bei **Tatbeteiligung Mehrerer** die Verdrängung immer nur für den, der bereits nach der vorgehenden Tat strafbar ist: Wer also lediglich zu einer mitbestraften Nachtat (wie etwa einem Sicherungsbetrug: A 55) Beihilfe leistet, bleibt daraus strafbar (*Stratenwerth* Rn. 1204; vgl. auch StrafR IV Nr. 5 E 9, A 21).

64 *Frage:* Wenn auf diese Weise die praktischen Folgen von „unechter" GE und „echter" TE/TM einander derart angeglichen sind, lohnt sich dann eigentlich überhaupt noch dieser immense Abgrenzungsaufwand? Vgl. dazu einerseits krit. *S/S-Stree* 103 vor § 52, aber andererseits auch *Jescheck* § 69 I 2.

65 **IV. Tateinheit/Idealkonkurrenz (TE/IK): § 52.**
Nach den bei A 9ff. genannten Prüfungsschritten ergibt sich TE schlicht aus (a) *handlungseinheitlicher* (b) *mehrfacher Tatbestandsverwirklichung* (c) *bei Nichtvorliegen von Gesetzeseinheit.* Nachdem von diesen drei Voraussetzungen sowohl die *positiv* festzustellende HE (II) als auch die *negativ* auszuschließende GE (III) bereits erörtert sind, bedarf nur noch das Erfordernis einer mehrfachen Tatbestandsverwirklichung der Erläuterung, und zwar nicht zuletzt wegen unterschiedlicher Konsequenzen.

66 **1.** Wird handlungseinheitlich **derselbe Tatbestand mehrfach** verletzt, spricht man von **„gleichartiger Idealkonkurrenz".** Das ist unstreitig bei Verletzung von *höchstpersönlichen* Rechtsgütern verschiedener Inhaber der Fall: so etwa bei Tötung mehrerer Menschen durch eine einzige Granate, Beleidigung verschiedener Personen im selben Brief oder die gleichzeitige Aufforderung an zwei Kinder zur Duldung sexueller Handlungen (vgl. BGHSt 1, 21).

67 Beachte jedoch: Trotz scheinbar mehrfacher Tatbestandsverwirklichung kann es sich in Wirklichkeit um eine insgesamt **einmalige Gesetzesverletzung** handeln: so vor allem bei *pauschalierender* Handlungsbeschreibung (A 15) oder bei fortlaufendem Zusammenwirken mehrerer Einzelakte zu einem einzigen Taterfolg (A 16). Dementsprechend liegt im vorliegenden Fall hinsichtlich der auf denselben Abtreibungserfolg gerichteten Einspritzungen keine mehrfache, sondern nur eine einzige Tatbestandsverwirklichung vor. In gleicher Weise wird auch bei fortgesetzter Verletzung von *nicht höchstpersönli-*

A *chen Rechtsgütern* nur eine einzige Tatbestandsverwirklichung angenommen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob davon jeweils derselbe oder ob verschiedene Rechtsgutsinhaber betroffen sind: Daher habe der fortgesetzte Diebstahl selbst dann nur als eine einzige Verwirklichung von § 242 zu gelten, wenn dabei Sachen verschiedener Eigentümer entwendet werden (*S/S-Stree* § 52 Rn. 24, 29, *Vogler* LK § 52 Rn. 35; vgl. aber demgegenüber auch *Jescheck* § 67 II 1, *Samson SK* § 52 Rn. 25). Jedenfalls wird eine mehrfache Tatbestandsverwirklichung nicht schon damit begründet, daß *verschiedene Alternativen desselben Tatbestandes* erfüllt sind: so wenn die Tötung eines Menschen sowohl wegen der habgierigen Motivation als auch durch das heimtückische Vorgehen als Mord qualifiziert ist oder der Diebstahl bandenmäßig mit Schußwaffen (§ 247 Nrn. 1 und 3) ausgeführt wird. In diesen Fällen lautet der Schuldspruch schlicht „wegen Mordes" bzw. wegen „Bandendiebstahls mit Schußwaffen".

68 Was sind die wesentlichen **Rechtsfolgen** bei gleichartiger Idealkonkurrenz?

a) Der **Schuldspruch** muß die mehrfache Erfüllung desselben Tatbestandes zahlenmäßig zum Ausdruck bringen (*Jescheck* § 67 IV 1), indem z. B. der Angeklagte wegen „Mordes an drei Menschen" verurteilt wird.

69 b) Die **Strafe** aber wird dem mehrfach verletzten Gesetz nur einmal entnommen (§ 52 I), so als wäre es überhaupt nur einmal verletzt (*S/S-Stree* § 52 Rn. 33): Daher erfolgt im vorgenannten Beispiel schlicht Verurteilung „zu lebenslanger Freiheitsstrafe". Soweit freilich – wie es die Regel ist – das verletzte Gesetz einen Strafrahmen einräumt, kann die mehrfache Gesetzesverletzung bei der Strafzumessung *schärfend* berücksichtigt werden: so nach § 46 II „die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat" (vgl. *Vogler* LK § 52 Rn. 39). Insbesondere kann dies auch zur Annahme eines *besonders schweren Falles* (wie etwa nach § 218 II) führen (vgl. *S/S-Stree* § 52 Rn. 33).

70 2. Werden handlungseinheitlich **verschiedene Tatbestände** verwirklicht, spricht man von **„ungleichartiger Idealkonkurrenz"**: Das trifft vorliegend auf die handlungs- (aber nicht gesetzes-)einheitliche Verwirklichung von §§ 218, 22 und § 223a im Fall S bzw. von § 218 und § 226 im Fall Z zu (A 57). Im Unterschied zur gleichartigen (A 68f.) sind bei ungleichartiger Idealkonkurrenz die **Rechtsfolgen** etwas komplizierter:

71 a) Im **Schuldspruch** müssen alle tateinheitlich zusammentreffenden Tatbestände zum Ausdruck kommen, weil sich erst aus sämtlichen anwendbaren Strafgesetzen der volle Unrechtsgehalt der Tat ergibt (*Jescheck* § 67 IV 2). Dementsprechend ist vorliegend der A im Fall S „wegen versuchten Schwangerschaftsabbruchs in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung" bzw. im Fall U „wegen Schwangerschaftsabbruch in Tateinheit mit Körperverletzung mit Todesfolge" zu verurteilen.

72 b) Für den **Strafausspruch** gilt zunächst das **Absorptionsprinzip.** (A 4): Danach ist eine *einheitliche Strafe* auszusprechen (§ 52 I), wobei sich diese nach dem Tatbestand mit der *schwersten Strafdrohung* bestimmt (§ 52 II S. 1). Demgemäß ist vorliegend im Fall S der Strafrahmen des § 218a II Nr. 2 zugrundezulegen (Strafrahmen von 5 Jahren Höchst- und 6 Monaten Mindeststrafe – im Vergleich zu § 223a, wo zwar die gleiche Höchst- aber keine Mindeststrafe vorgesehen ist); und zwar ist selbst dann von § 218a II Nr. 2 auszugehen, wenn man die Versuchsmilderung nach §§ 23 II mitberücksichtigt, denn auch danach setzt der Wegfall der Mindeststrafe gem. § 49 I Nr. 3 letzte Alt. voraus, daß sich der Richter im Rahmen seines Ermessens überhaupt für den Milderungsrahmen des § 49 I entscheidet (vgl. *S/S-Eser* § 22 Rn. 3ff.). Dagegen ist im Fall Z die Strafe aus dem schärferen § 226 zu entnehmen. Zu weiteren Einzelheiten über die Bestimmung der schwersten Strafe vgl. *Jescheck* § 67 IV 2.

73 Zudem kann u. U. auch noch das **Kombinationsprinzip** (A 6) zur Anwendung kommen, und zwar auf zweifache Weise:

– Zum einen durch die **„Sperrwirkung des milderen Gesetzes"** für den Fall, daß die an sich absorbierte Strafdrohung eine höhere Mindeststrafe vorsieht als die vorrangige Höchststrafdrohung: Damit beispielsweise bei Zusammentreffen einer versuchten Vergewaltigung (§§ 177, 38 II, 23 II, 49 I Nr. 3: Strafrahmen von 6 Monaten bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe) mit schwerer Körperverletzung (§ 224: Mindeststrafe 1 Jahr) der Täter sich nicht dadurch besserstellt, daß seine schwere Körperverletzung des Opfers bis zu einem Vergewaltigungsversuch gedeiht und er dadurch nach § 52 II S. 1 in einen Strafrahmen mit zwar höherer Ober- zugleich aber niedrigerer Untergrenze gerät, darf nach § 52 II S. 2 die Mindesthöhe des § 224 nicht unterschritten werden. Dadurch entsteht praktisch ein aus der Höchststrafe des vorrangigen und der Mindeststrafe des nachrangigen Tatbestandes kombinierter Strafrahmen. In gleicher Weise wird übrigens auch bei GE verfahren (A 61).

A 74 – Zum anderen kommt eine Kombination bei **Nebenfolgen** in Betracht, die nach dem höher strafbedrohten Tatbestand nicht möglich wären, jedoch in der zurücktretenden Strafdrohung vorgesehen sind: wie etwa Gewinnverfall oder Berufsverbot. Auch insoweit soll der Täter nicht davon profitieren, daß er über den eine solche Zusatzsanktion androhenden Tatbestand hinaus noch eine schwerere Straftat begeht. Deshalb können derartige Nebenfolgen zusätzlich verhängt werden (§ 52 II, IV). – Im vorliegenden Fall freilich besteht für solche Strafrahmenverbindungen kein Anlaß.

75 Im übrigen kann innerhalb des angewendeten Strafrahmens das Vorliegen mehrerer Gesetzesverletzungen *strafschärfend* berücksichtigt werden (vgl. BGH MDR 1976, 29). Insoweit gilt Gleiches wie bei GE (A 62).

76 **V. Tatmehrheit/Realkonkurrenz (TM/RK): §§ 53–55.**

Von der TE unterscheidet sich die TM lediglich insoweit, als sie (a) *Handlungsmehrheit* voraussetzt; denn im übrigen ist auch bei TM eine (b) *mehrfache Tatbestandsverwirklichung* (c) *bei Nichtvorliegen von Gesetzeseinheit* erforderlich, wobei sich die HM schlicht aus dem Nichtvorliegen von HE ergibt (A 10, 38). Neben diesen materiellen Voraussetzungen kommt jedoch noch ein formales Erfordernis hinzu: die handlungsmehrheitlichen Straftaten müssen gleichzeitig abgeurteilt werden (§ 53) oder jedenfalls noch nachträglich einbeziehbar sein (§ 55). Auch bei TM sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden:

77 1. Soweit handlungsmehrheitlich **derselbe Tatbestand mehrfach** verwirklicht wird (und keine GE vorliegt), spricht man von **„gleichartiger Realkonkurrenz"**: so vorliegend im Fall S im Verhältnis der beiden Abtreibungsversuche zueinander (A 39).

78 a) Dies ist im **Schuldspruch** (wobei die gleichzeitige TE mit § 223 a zunächst einmal vernachlässigt sei) dadurch zum Ausdruck zu bringen, daß der A „wegen zweimaligen versuchten Schwangerschaftsabbruchs" oder „wegen versuchten Schwangerschaftsabbruchs in zwei Fällen" verurteilt wird.

79 b) Der *Strafausspruch* wird nach dem **Asperationsprinzip** dadurch gebildet, daß für jede Einzeltat der Handlungsmehrheit eine Einzelstrafe gebildet und die schwerste verwirkte Strafe verschärft wird (vgl. A 5). Bei gleichartiger RK geschieht dies praktisch innerhalb des für alle Einzeltaten identischen Strafrahmens.

80 2. Soweit handlungsmehrheitlich **verschiedene Tatbestände** verwirklicht werden (und keine Gesetzeseinheit vorliegt), spricht man von **„ungleichartiger Realkonkurrenz"**: Dies ist vorliegend jedenfalls für den Fall Z im Verhältnis zu den Fällen U und S anzunehmen, da bei Z auch noch § 226 verwirklicht ist. Doch auch in den beiden anderen Fällen werden insofern unterschiedliche Strafgesetze verletzt, als bei U der Abbruch vollendet (§ 218), bei S hingegen nur versucht ist (§§ 218, 22).

81 a) Im **Schuldspruch** wird dies dadurch klargestellt, daß (wiederum unter Vernachlässigung etwaiger TE) „wegen eines vollendeten Schwangerschaftsabbruchs in Tatmehrheit mit versuchtem Schwangerschaftsabbruch und mit Körperverletzung mit Todesfolge" verurteilt wird.

82 b) Der **Strafausspruch** vollzieht sich nach dem **Asperationsprinzip** hier noch deutlicher in zwei Schritten:

83 – Zunächst ist für jede HE (unter Berücksichtigung etwaiger TE) eine *Einzelstrafe* festzusetzen.

84 – Sodann ist eine *Gesamtstrafe* zu bilden (§ 53 I), indem die schwerste verwirkte Einzelstrafe als sog. *Einsatzstrafe erhöht* wird (§ 54 I), wobei jedoch die Gesamtstrafe die Summe der Einzelstrafen nicht erreichen darf (§ 54 II). Demgemäß war hier die im Fall Z für § 226 (als dem schwersten Tatbestand) verwirkte Einsatzstrafe unter Berücksichtigung der Einzelstrafen für vollendeten (Fall U) und versuchten Schwangerschaftsabbruch (Fall S) entsprechend zu verschärfen, was zu einer *Gesamtstrafe* von 12 Jahren Freiheitsstrafe geführt hat (wobei mangels entsprechender Angaben zu den Einzelstrafen im BGH-Urteil die Korrektheit der Gesamtstrafenbildung zu unterstellen ist).

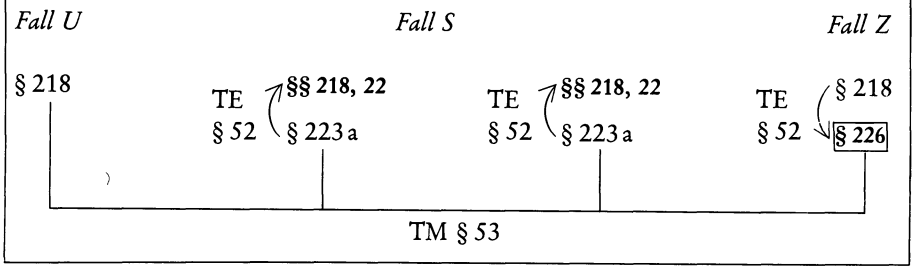
85 – Soweit bei einer milderen Einzelstrafe *Nebenfolgen* möglich sind, sind diese nach dem **Kombinationsprinzip** (A 74) ebenfalls in die Gesamtstrafe miteinzubeziehen (§ 53 III i. V. m. § 52 III, IV). Zu weiteren Einzelheiten der Gesamtstrafenbildung vgl. *S/S-Stree* § 53 Rn. 9 ff., *Vogler* LK § 53 Rn. 11 ff.

86 3. In **formeller** Hinsicht freilich setzt die Gesamtstrafenbildung die **gleichzeitige Aburteilung** voraus (§ 53 I). Doch kommt u. U. auch noch eine **nachträgliche** Gesamtstrafenbildung in Betracht, sofern die nunmehr abzuurteilenden Taten bereits vor einer früheren Verurteilung begangen und bei dieser – etwa weil noch nicht bekannt – nicht miteinbezogen wurden (§ 55; vgl. auch § 460 StPO). Dies freilich nur dann, wenn die

A frühere Strafe noch nicht vollstreckt, verjährt oder erlassen ist. Demzufolge hätte die Verurteilung des A wegen der 1964 begangenen Abtreibungsdelikte allenfalls dann in die jetzige Gesamtstrafe einbezogen werden können, wenn jene erste Verurteilung erst nach den im Jahr 1971 begangenen Abtreibungen erfolgt und daraus noch nicht vollstreckt worden wäre. Das aber war hier offensichtlich nicht der Fall.

VI. Gesamtergebnis:

87 *Schaubild 5: Zusammenfassung der Konkurrenzen im Kurpfuscher-Fall*
ohne die bereits durch GE verdrängten TBe. vgl. A 58. Die bei TE **absorbierenden** TBe sind **fett**; der die *Einsatzstrafe* für TM bestimmende TB ist zusätzlich *eingerahmt*.



88 Dies kann in der **Urteilsformel** (§ 260 IV StPO) im *Kurpfuscher-Fall* folgendermaßen zum Ausdruck gebracht werden: „Der A wird wegen Körperverletzung mit Todesfolge tateinheitlich mit Schwangerschaftsabbruch (Fall Z) in Tatmehrheit mit Schwangerschaftsabbruch (Fall U) und mit zweimaligem versuchtem Schwangerschaftsabbruch tateinheitlich mit gefährlicher Körperverletzung (Fall S) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von x Jahren verurteilt."

Angewandte Vorschriften (zu deren Auflistung vgl. § 260 V StPO): §§ 226, 218, 52; § 218; §§ 218, 22, 223a, 52; §§ 218, 22, 223a, 52; § 53.

Die zu erhöhende **Einsatzstrafe** ist aus § 226 zu entnehmen (A 84).

Schrifttum: Allg. zu den Konkurrenzen vgl. *Baumann* § 41; *Blei* I §§ 90–98; *Bockelmann* I §§ 35–38; *Jescheck* §§ 66–69; *M-Gössel* I/2 §§ 54–56; *Otto* I § 23; *Schmidhäuser* 18; *Stratenwerth* §§ 17, 18; *Welzel* §§ 29–31; *Wessels* I § 17 sowie die Kommentare vor und zu den §§ 52–55.

Vgl. ferner *Blei*, Die natürliche Handlungseinheit, JA 1972, 711; 1973, 95; *Geerds*, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961; *Kühl*, Das leidige Thema der Konkurrenzen, JA 1978, 475; *Maiwald*, Die natürliche Handlungseinheit, 1964; *ders.*, Die Feststellung tatmehrheitlicher Deliktsbegehung, NJW 1978, 300; *Vogler*, Funktion und Grenze der Gesetzeseinheit, Bockelmann-FS S. 715; *Wahle*, Die sog. „Handlungseinheit durch Klammerwirkung", GA 1968, 97; *Warda*, Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS 1964, 81. – Speziell zum *Kurpfuscher-Fall* vgl. die Anm. *Wagner* JR 1979, 295.

Sachregister

(umfaßt StrafR I und StrafR II)

Die fettgedruckten Zahlen bezeichnen die Nr. des betreffenden Falles, E bezieht sich auf die Entscheidungsgründe, A auf die Problemvertiefung. Soweit nur auf eine Fall-Nr. verwiesen ist, befaßt sich der Fall schwerpunktmäßig mit der betreffenden Frage.

Abergläubischer Versuch **34** A **28**, 45
Aberratio ictus **16** A 7; **18**; **18** E 3; **18** A 1, 9ff, 23ff; **23** A 2; **38** A 25; **43** A 20
Abschreckung **1** E 21f; **1** A 21f
Absicht **3** A 39, 42, 48
Absichtsprovokation **11** A 16ff, 23ff
Absichtslos doloses Werkzeug **35** A 1; **38** A 18
Absolute Straftheorien **1** A 19f
Abstiftung **43** A 9f
Abstrakte Betrachtungsweise (Güterabwägung) **12** A 24
Abtreibung **12**; **45**; **46** A 12; **47** A 3, 11
Abweichung im Kausalverlauf **16** A 5ff
- unwesentliche **16**; **16** E 6f; **16** A 9ff; **18** A 12, 15
- wesentliche **16** A 9ff; **18** A 13, 15
Actio illicita in causa **11**; **11** A 19ff
Actio libera in causa **11** A 37; **16** A 19, 21ff; **17**; **17** E 1ff; **17** A 1ff, 31
- fahrlässige **17** A 17ff
- Unterschied zur Kausalabweichung **16** A 24ff
- Verschulden **17** A 4ff
- Versuch der **31** A 47ff, 53
- vorsätzliche **17** A 16
Adäquanz, s. Sozialadäquanz
Adäquanztheorie **4** E 1ff, 6ff; **4** A 11ff, 18; **23** A 5
Adäquanzurteil **16** A 13
Äquivalenztheorie **4** E 3ff; **4** A 6ff; **23** A 5
Ärztliche (r, s)
- Berufsrecht **12** E 13
- Heileingriff **12** A 13f
Agent provocateur **43** A 14; **48** A 15
Aggressiver Notstand s. Angriffsnotstand
Aktuales Unrechtsbewußtsein **13** E 36ff; **13** A 56
Akzessorietät der Teilnahme **41**; **41** A 1ff; **42**; **42** A 1ff
- limitierte **41** E 2ff; **41** A 5ff
- strenge **41** A 3
Alternative Kausalität **5** A 24
Alternative Konkurrenz **5** A 24
Amtsdelikte **38** A 28; **39** A 8; **47** E 2
Analogieverbot **1** A 18; **2**; **2** A 54ff; **8** A 27
Analogie zugunsten des Täters **2** A 65, 67
Anfang der Ausführungshandlung **31**; **31** E 1ff; **31** A 2, 7, 27ff, 57
Angemessenheit
- Notstandshandlung **12** A 28ff
- Verteidigungshandlung **10** A 22ff
Angriff
- Gegenwärtigkeit des **9**; **9** E 1ff; **9** A 4, 7ff
- bei Notwehr **9**; **9** E 1ff; **9** A 5; **10** E 1ff; **10** A 6ff
- Rechtswidrigkeit des **9** A 6; **11**; **11** A 1ff
- im Straßenverkehr **10**; **10** E 1ff; **10** A 6ff
Angriffsnotstand **12** E 10, 23; **18** A 7; **19** A 1
Animustheorie **37** E 14; **37** A 4ff
- animus auctoris **37** A 5, 9
- animus socii **37** A 5, 10
Annahme des Anerbietens **47** A 3
- Rücktritt **48** A 13
Anstiftung **43**; **43** E 2ff; **43** A 1ff; **44** A 1
- Akzessorietät bei der **41**
- zu erfolgsqualifizierten Delikten **43** A 22ff
- Exzeß des Haupttäters **43** A 16ff
- Kettenanstiftung **43** A 2
- mittelbare **44**; **44** E 3f; **44** A 9ff
- und mittelbare Täterschaft **44** A 9f
- Vorsatz **43** A 12ff; **44**
Auffangtatbestand **41** A 23
Aufklärungspflicht des Arztes **8** A 13
Aufsichtspflicht **28**
Augenblicksgefahr **19** E 6; **19** A 9
Ausführungshandlung bei Versuch **31**; **31** E 1ff; **31** A 2, 7, 27ff, 57
Auslegung(s) **1**; **2** A 10, 56ff; **12** E 4
- -schwierigkeiten **1**; **1** E 1ff; **1** A 1ff, 36; **2** E 3
Aussageverweigerung **19** E 12; **19** A 14

Bedingter Entschluß **31** A 21, 23
Bedingter Handlungswille **31** A 22; **48** A 19ff, 22ff
Bedingter Vorsatz **3** E 1ff; **3** A 29ff, 39, 44, 47
- Versuch **33**; **33** E 7ff; **33** A 42ff
Bedingungstheorie **4** E 1, 3ff; **4** A 6ff
Beendeter Versuch
- Rücktritt vom **32** A 4, 9ff; **33** A 3ff
- und unbeendeter Versuch **33**; **33** A 1ff
Beendigung **31** A 2, 12
Beherrschbarkeit **4** A 17
Beherrschungspflichten **25** A 49b, 51; **27** A 24
Beihilfe **35** E 1f; **37** E 1ff; **37** A 5, 10; **41**; **45**
- Akzessorietät **41**
- Exzeß **46**; **46** A 9
- Kausalität **45** A 7f
- mittelbare **44** A 13
- physische **45** E 7; **45** A 5
- psychische **43** E 2; **43** A 4, 9; **45** E 7; **45** A 5, 8
- zur Tötung **42** E 1ff; **42** A 1ff
- durch Unterlassen **45** A 5
- zu Vorbereitungshandlungen **45** A 13ff
- Vorsatz bei **46**; **46** E 1ff; **46** A 2ff
Beischlaf zwischen Verwandten **1**; **13** A 44; **38** A 27; **39** A 8
Beleidigung **8** A 15
Besitzkehr, Besitzwehr **9** E 5; **9** A 2; **12** A 10
Besondere persönliche Merkmale **42**; **42** A 7ff
Bestechung **47**
Bestimmtheitsgrundsatz **2**; **2** E 2ff; **2** A 9ff, 50f; **8** A 22; **26** A 9
- Anwendungsbereich **2** A 11ff
- Konkretisierbarkeit **2** A 29ff
- Verhältnismäßigkeit **2** E 5; **2** A 31ff
Betrug **4** A 1; **36**
Bewußte Fahrlässigkeit **3** E 2, 4; **3** A 29ff, 40, 45, 47; **21** E 1, 4; **21** A 3f, 23
Billigkeit
- Unzumutbarkeit **24** A 4

Charakterschuld 13 A 10f, 17
Culpa subsequens 21 A 26

Dauergefahr, Notstand 19 E 7ff; 19 A 9
Défense Sociale 1 A 23, 31
Defensiver Notstand 19 A 1
Delictum sui generis 42 A 22
Delegation von Sorgfaltspflichten 22 A 10f
Deskriptive Tatbestandsmerkmale 15 A 15, 26f
Determinismus 13 A 6ff
Diebstahl 3 A 48; 8 A 4; 14 A 24; 38 A 16; 40; 46
- in mittelbarer Täterschaft 38 A 16
- besonders schwerer Fall 35; 40; 46
Differenzierungslösung (Garantenpflicht) 29 A 4ff
Differenzierungstheorie
- Notstand 12 A 7; 19 A 1
Direkter Vorsatz 3 A 39, 43, 47
Disponibilität des Rechtsguts 8 A 18ff; 12 A 12
Dispositionsschuld 13 A 18ff
Dolus
- directus 1. Grades 3 A 39, 42, 48
- directus 2. Grades 3 E 2ff; 3 A 39, 43, 47
- eventualis (bedingter Vorsatz) 3 A 39, 44
- generalis 16 A 17, 28ff
- subsequens 21 A 26; 40 A 4
Doppelirrtum 14 E 13; 14 A 31ff
Doppelkausalität 5 A 24
Doppelvorsatz (Anstiftung) 43 A 12ff; 46 A 2

Echte Sonderdelikte
- bei Mittäterschaft 38 A 28
Echte Unterlassungsdelikte 25 A 29; 29 E 8; 30; 30 A 7ff
- und unechte Unterlassungsdelikte 30; 30 A 7ff
Ehe (Garantenpflicht) 28 E 6ff; 28 A 8
Eigenhändige Delikte
- Mittäterschaft 38 A 27; 39 A 8f
Eindruckstheorie 31 A 34
Einheit der Rechtsordnung 12 A 10
Einheitstheorie, Rücktritt 32 A 21ff
- Garantenpflicht 29 A 3, 7
Einsichts- und Urteilsfähigkeit
- bei Einwilligung 8 A 12
Einverständnis 8; 8 A 3ff, 14, 16
Einwilligung 8; 8 E 2ff; 8 A 1ff; 12 E 14; 12 A 11f
- bei fahrlässiger Tat 21 A 18
- gegen gute Sitten 8 E 4ff; 8 A 22f, 34
- Kenntnis des Täters 11 A 8
Einwilligungstheorie 3 A 30f
Einzeltatschuld 13 A 15f
Endgültigkeit des Rücktritts 32 A 57ff
Enge Gemeinschaftsbeziehungen
- Garantenpflicht 26 E 1ff; 26 A 1ff
Entschluß 31; 31 A 2, 5, 16ff
Entschuldigungsgründe 19
- Irrtum 19 A 29ff
- Unzumutbarkeit 19 E 2f; 19 A 2, 38, 43f
Entweichenlassen von Gefangenen 25 A 10; 47
Erfolgsabwendungspflicht 25 A 27ff; 26 E 1; 29 A 1; 30 A 8a
Erfolgsdelikte 4 A 1
Erfolgsqualifizierte Delikte 4 A 1, 18f
- Anstiftung 43; 43 A 22ff
- Teilnahme 43 A 22ff
Erfolgsunwert 21 A 21a
Erforderlichkeit
- Notwehr 9ff; 9 E 7ff; 9 A 12ff; 10 E 5; 10 A 6, 22ff; 11 A 23; 18 E 1, 7
- rechtfertigender Notstand 12 A 22
Erkundigungspflicht, als Sorgfaltspflicht 22 A 6
Erlaubnisgrenzirrtum 14 A 10f
Erlaubnisnormirrtum 14 A 9
- Grenze zu Erlaubnistatbestandsirrtum 14 A 23
Erlaubnistatbestandsirrtum 14 A 8, 13, 25ff
- und eingeschränkte Schuldtheorie 14 A 16ff
- Grenze zu Erlaubnisnormirrtum 14 A 23
Erlaubtes Risiko 21 A 19
Erpressung 8 A 4; 46
Error in persona, objecto 17; 17 A 27ff; 18; 18 A 23ff; 39 A 13f; 43 A 20
Extensiver Täterbegriff 37 A 6
Exzeß
- des Haupttäters (Anstiftung) 43; 43 A 16ff
(Beihilfe) 46 A 9
- eines Mittäters 43 A 18

Fahrlässige
- Körperverletzung 18; 23; 24; 25; 27; 28
- Tötung 5; 6; 7; 8; 21; 22; 23; 30 E 7, 11; 30 A 1ff; 42 E 4
Fahrlässigkeit 3; 3 A 13, 29ff, 40, 45ff; 5 E 6f; 5 A 33f; 8 A 5; 13 A 28, 66; 21; 22; 23
- Arten der 21 E 1, 4ff
- Aufbauschema 21; 21 A 10ff
- erfolgsqualifizierte Delikte 4 A 1, 18f
- Kausalität 23; 23 E 1ff; 23 A 5f, 10, 12
- Tatbestandsirrtum 13 E 35; 13 A 49
- Verbotsirrtum 13 E 41; 13 A 48, 57
- Vermeidbarkeit 6 A 9ff; 21 A 30
- in der „Zweistufigkeitslehre" 21 A 9f; 23 A 6
Fahrlässigkeitsschuld 21 A 5f; 21 A 22ff; 23 A 6
Falschbeurkundung im Amt 44
Falsche Anschuldigung 18
Finale Handlungslehre 3 A 10ff
Finalität 3 A 10f, 19, 24
Förderung der Haupttat (Beihilfe) 45; 45 A 4ff
Förderungstheorie, Teilnahme 41 A 1
Formel von der gesetzmäßigen Bedingung 4 A 9f
Frank'sche Formeln
- Freiwilligkeit des Rücktritts 32 A 33f, 49; 48 A 30
- bedingter Vorsatz 3 A 34
Freiheitsberaubung 8 A 4; 38
Freiheitsstrafe 1 E 1, 9ff; 1 A 34f
- unter 6 Monaten 1 E 10
- und Geldstrafe 1 E 9; 1 A 34
- kurzfristige 1 E 1, 4, 10; 1 A 39f, 51ff
„Funktionenlehre" 25 A 49f; 26 A 10

Garantenpflicht 25 E 4ff, 17; 25 A 25ff, 48ff; 26 E 11ff; 26 A 1ff; 27; 28; 29; 29 E 1ff; 29 A 1; 42 A 12
- eheliche Gemeinschaft 28 E 4ff; 28 A 8ff
- enge Gemeinschaftsbeziehungen 25 A 48; 26; 26 E 3ff, 13; 26 A 1ff; 28 A 8ff
- freiwillige Übernahme s. kraft Übernahme
- Gefahrengemeinschaft 26 A 8
- Gefahrschaffungskriterium s. Ingerenz
- aus Gesetz 25 E 9; 25 A 48; 26 E 4; 26 A 1
- Grundlagen 25 A 28f

- für das Handeln Dritter **27**; 27 A 12ff
- Hausgemeinschaft **26** A 8
- Inhalt und Umfang **26** A 10ff
- Irrtum **29**; 29 E 2, 4
- Konkurrenz **28**; 28 A 12ff
- kraft Übernahme **25**; 25 E 11ff; 25 A 30, 51ff
- Sachherrschaft **28**; 28 A 5f; **29** A 14
- Schutzpflichten für bestimmte Rechtsgüter s. Obhutspflichten
- Verantwortlichkeit für Gefahrquellen s. Beherrschungspflichten
- Vertrag **25** E 9ff; 25 A 48, 52aff; **26** E 4; **26** A 1; **29** E 5; **29** A 14
- vorangegangenes Tun **25** E 9, 17; 25 A 48; **26** E 4, 12; **26** A 1; **28** A 1
- Zechgemeinschaft **26** A 8

Garantenstellung **25** E 7ff; 25 A 30f, 48ff; **29**; **29** E 1ff; **29** A 1ff
- gegenüber Allgemeinheit **25** E 19f
- Irrtum **36** A 49

Garantiefunktion des Strafrechts **2**
- unechte Unterlassungsdelikte **26** A 9

Garantietatbestand **25** A 47ff
Gebotsirrtum **29**; 29 E 7; **29** A 6, 11
Gebrauchsentwendung **31**
Gefährdung, Versuch **31** A 39
Gefährdungsdelikte **30** A 9
- abstrakte **6** A 19

Gefahr **19** A 8ff
- für Leib und Leben **19** A 11

Gefahrbegründendes Vorverhalten **27**; 27 A 2ff
Gefahrengemeinschaft, Garantenpflicht **26** A 8
Gefangenenmeuterei **48** E 1; **48** A 1ff
Gegenwärtigkeit
- des Angriffs **9**; 9 E 1ff; 9 A 3, 7ff
- der Gefahr **19** E 6ff

Gehilfe s. Beihilfe
Geldstrafe **1** E 9; **1** A 34
- und Freiheitsstrafe **1** E 9; **1** A 34

Geltungsangriff **9** A 24
Gemeinsam (e, r)
- Tatausführung s. Mittäterschaft
- Tatentschluß s. Mittäterschaft

Generalklauseln **2** A 15; **8** A 22
Generalprävention **1** E 7, 17ff; 1 A 21f, 27, 34f, 37, 41, 45ff
Gerechtigkeit **2** A 43
Gesetzesanalogie **2** A 59ff
Gesetzeskonkurrenz **49**
Gesetzlichkeitsprinzip **2** A 1ff
Gewissensanspannung **13** A 60
Gewohnheitsrecht **2**; 2 E 1; 2 A 62ff
- im Arztrecht, lex artis **22** A 7

Gewohnheitsverbrecher **13** E 39, 46
Gleichheitsgrundsatz **2** A 13
Gnadentheorie (Rücktritt) **32** A 18
„Goldene Brücke" (Rücktritt) **32** A 16
Grammatische Auslegung **1** E 2; **1** A 3f
Grober Unfug **2** E 6ff; 2 A 17, 20ff, 27f, 35ff
Güterabwägung
- Notwehr **9** A 22, 29ff; **10** A 24
- rechtfertigender Notstand **12** E 16f; **12** A 16f

Güterabwägungstheorie **12** A 16f, 28
Güterkollision **12** E 18ff; **12** A 18; **19** A 4

Haftung für fremdes Handeln
- Unterlassungsdelikte **27**; 27 A 12ff

Handlungsbegriff, strafrechtlicher **3**; 3 A 9ff
- finaler **3** A 10ff
- funktionaler **3** A 23 ff
- kausaler **3** A 14ff
- sozialer **3** A 18ff

Handlungsfähigkeit **16** A 16
- Unterlassungsdelikte **26**; 26 A 12ff, 20ff

Handlungsherrschaft **37** A 22
Handlungsmotiv **3** A 39, 41, 48
Haupttat (Akzessorietät; Qualität) **41**; 41 A 9ff; **43** A 2f
Hausgemeinschaft, Garantenpflicht **26** A 8
Heilbehandlung **21** E 12ff
Hinnahmetheorie **3** A 33ff
Hintermann **38** A 6ff
Historische Auslegung **1** E 3; **1** A 5f
Hypothetische Kausalität **6** A 13ff

Idealkonkurrenz **49**
Indeterminismus s. Determinismus
Individualprävention s. Spezialprävention
Individualrechtsgüter, Einwilligung **8** A 18
Indiztheorie (Rücktritt) **32** A 20
In dubio pro reo **5** A 28; **16** A 38
Ingerenz **5** A 37; 25 E 17; **27**; 27 A 3ff; 28 A 2ff; **29** A 14
- bei Fehlverhalten Dritter **27** A 12ff

Interesse, überwiegendes **12** A 6
Interessenabwägung **10** A 24; **12** A 23ff
- konkrete Gesamtbewertung **12** A 25ff

Irrealer Versuch s. abergläubischer Versuch
Irrtum
- über Entschuldigungsgründe **19**; **19** A 29ff
- Grenzfälle von Tatbestands- und Verbotsirrtum **14** A 24, 34
- über Kausalverlauf **16** A 7ff; **18** A 11ff
- über normatives Tatbestandsmerkmal **36**; 36 E 7; 36 A 48
- bei Notstand **19**
- über persönliche Strafausschließungsgründe **20**
- über Rechtfertigungsgründe **11** A 43; **14**
- über Strafmilderungsgründe **20** A 26
- über Tauglichkeit der Rettungshandlung **35** A 13ff
- über Tauglichkeit des Subjekts **36** A 50
- über Wirksamkeit des bereits Getanen **33** A 45
- umgekehrter, bei Strafmilderungsgründen **20** A 33
- bei unechten Unterlassungsdelikten **29**
- bei Verkehrsunfallflucht **41** A 23f

Kausalität **4**; 4 A 1ff; **5**; **6**
- abgebrochene **5** A 2ff, 16ff, 32
- alternative **5**; 5 A 2, 24ff
- hypothetische **6**; 6 A 13ff
- kumulative **5** A 24
- der Rücktrittstätigkeit **34** A 9
- der Sorgfaltspflichtverletzung **21** E 16f; **21** A 17
- überholende **5**; 5 A 2, 18ff, 32

Kausalitätstheorien **4** A 5ff
Kausalverlauf
- Beherrschbarkeit **4** A 17
- Irrtum über **16** A 7ff; **18** A 11ff

- Unterbrechung 5; 5 E 3; 5 A 12ff
- Voraussehbarkeit 21 A 22ff
Kettenanstiftung 43 A 2; 44 E 1ff; 44 A 3ff
Körperverletzung 4; 8; 14; 23 A 1f; 30 A 6
- mit beabsichtigter schwerer Folge 12 E 22
- Einwilligung 8
- mutmaßliche Einwilligung 8; 8 A 9, 32ff; 12 E 25
- mit schweren Folgen 12 E 22, 25; 12 A 24; 18
- mit Todesfolge 4; 4 E 1f, 7f; 4 A 1, 19; 8; 29; 30
- Züchtigungsrecht 14
Konkurrenzlehre 49
Konkurrenz von Erlaubnistatbestands- und Verbotsirrtum 14 A 31ff
Konnivenz 41 A 31
Kontrollpflicht 21 A 14; 22 A 3ff
Kumulative Kausalität 5 A 24
Kurzfristige Freiheitsstrafe 1 E 1, 4, 10; 1 A 39f, 51ff

Leben
- Notstand s. dort
- Notwehr s. dort
Lebensführungsschuld 13 E 46; 13 A 17, 19
Lebens- und Leibesgefahr, Notstand 19 A 11
Limitierte Akzessorietät 41 E 2ff; 41 A 5ff

Materiell-objektive Theorie (Teilnahme) 37 E 7, 13; 37 A 7, 14ff
Medizinische Indikation (Schwangerschaftsabbruch) 12; 12 E 2, 5; 12 A 14
Menschenrechtskonvention, Notwehr 9; 9 A 39ff
Menschenwürde, Schutz 1 A 30f; 2 A 10, 39
- Willensfreiheit 13 A 12ff
Mißbrauchsverbot, Notwehr (fahrlässiges Handeln) 9 A 25, 28; 11 A 18
Mittäterschaft 39; 39 E 2ff; 39 A 2ff
- Exzeß 43 A 18
- „hinkende" 38 A 18
- Irrtum eines Mittäters 39 E 4f
- Kausalität 5 A 30
- Sonder- und eigenhändige Delikte 39 A 8f
- sukzessive 40
- Tatherrschaft 37 A 24; 39 A 6
- an versuchter Tat 39 A 11
Mittelbare Täterschaft 2 A 66; 35 E 1ff, 35 A 2ff, 18ff; 38; 38 A 2ff
- und Anstiftung, Abgrenzung 38 A 30
- Exzeß 38 A 25
- fahrlässige 38 A 29
- Rücktritt 35 A 18ff
- Sonder- und eigenhändige Delikte 38 A 27f; 41 E 14; 41 A 18c
- Versuch der 31 A 55ff
- Werkzeug s. dort
Möglichkeitstheorie 3 A 33ff, 44
Mutmaßliche Einwilligung 8; 8 A 32ff; 12 E 25
- gewissenhafte Prüfung 14 A 35

Nationalsozialistische Gewaltverbrechen
- Teilnahme 42
- Verjährung 42
natürliche Handlungseinheit 45 A 8ff
- und Rücktritt 33 A 23ff
Nebentäterschaft 27 A 26; 37 A 29
Negative Tatbestandsmerkmale 14 A 19
Nichtanzeige drohender Verbrechen 26; 26 E 9ff; 26 A 19f; 29 A 11ff; 30 A 13; 41 A 31
Niedriger Beweggrund 42
Nötigung 10; 10 A 1ff; 13
Nötigungsnotstand 19 E 1; 19 A 1, 7ff
Normative Tatbestandsmerkmale 15 A 16, 26f; 36 A 15, 20
Normenkontrollverfahren 2 A 2
Nothilfe
- entschuldigender Notstand 12 A 10
- rechtfertigender Notstand 9 A 30
Notstand, entschuldigender 12 E 5ff; 12 A 3ff; 19; 19 E 1ff; 19 A 7ff
- Irrtum 19 E 14ff
Notstand, rechtfertigender 12; 12 A 2, 17ff
Notstandslage
- entschuldigender Notstand 19 A 7ff
- rechtfertigender Notstand 12 A 18ff
- Unverschuldetheit 19 E 5; 19 A 18ff
Notwehr 9; 10
- Einschränkung des Notwehrrechts 9 A 15ff
- bei fahrlässiger Tat 11 A 13; 21 A 21ff
- Gebotenheit 9 A 26f; 10 A 25; 11 A 24
- Irrtum 9 A 11; 10 A 6, 26ff; 11 A 43, 46f
- Mißbrauchsverbot 9 A 25, 28; 11 A 18
- und Notwehrexzeß 11 A 26ff
- gegen rechtmäßiges Handeln 11 A 1
- zugunsten von Rechtsgütern des Staates (Allgemeinheit) 10 A 16ff
- im Straßenverkehr 10
- Verteidigungswille 9 A 37; 11 A 4ff
Notwehrexzeß 11; 11 E 6ff; 11 A 26ff; 18 A 20f
- extensiver 11 A 28, 42ff
- intensiver 11 A 33 ff
Notwehrfähiges Rechtsgut 10; 10 E 2ff; 10 A 14ff
Notwehrprovokation 9 A 39; 11; 11E 1ff, 6ff; 11 A 15ff
Notzucht 29; 32
Nullum crimen sine lege 2 A 3ff; 26 A 9
- nulla poena sine lege 2 A 10f
- lex certa 2 A 7
- lex praevia 2 A 4, 12, 38
- lex scripta 2 A 5
- lex stricta 2 A 6

Obhutspflichten 25 A 49a, 51; 26 A 10; 27 A 23
Objektive Bedingungen der Strafbarkeit 20 A 6b
- Irrtum 20 A 18
Objektive
- Tatbestandsmerkmale 16 A 2
- Versuchstheorie 31 A 29ff
Objektive Erfolgszurechnung 4
Objektverwechselung s. error in objekto
- Mittäterschaft 39 E 4; 39 A 13f
Öffentliche Ordnung 2 E 6f; 2 A 24ff
- Notwehr 10 A 16ff
- Störung der 18 A 6
omissio libera in causa 25 A 21; 31 A 53
omnimodo facturus 43; 43 A 4, 6

Parallelwertung in der Laiensphäre 15; 15 A 23f, 34; 36 E 8; 36 A 23, 32

- fehlerhafte **15** A 24ff; **36** A 32

Parteiverrat **15** E 6ff; **15** A 2ff

Persönliche Merkmale s. besondere persönliche Merkmale

Persönliche Strafaufhebungsgründe
- Rücktritt s. dort
- Verjährung **42**

Persönliche Strafausschließungsgründe **20**; **20** E 4ff; **20** A 4ff; **31** A 64f; **35** A 11
- Indemnität **20** A 7a, 11
- Irrtum **20** A 14ff

Pflichtenkollision
- entschuldigende **19**; **19** A 38ff
- rechtfertigende **12**; **12** E 17; **12** A 11, 42ff

Pflichtwidrigkeit
- objektive **21** A 12ff
- Typen **22**
- Unterlassung **25** A 25ff
- des Vorverhaltens (Ingerenz) **27** A 7ff; **30** A 2

Pflichtwidrigkeitszusammenhang **5** A 15; **6** A 5 ff; **21** A 17 ff
- Unterlassungsdelikt **25** A 33ff; **30** A 5
- Zeitpunkt des Pflichtverstoßes **7** A 2ff

Potentielles Unrechtsbewußtsein **13** A 56

Prämientheorie (Rücktritt) **32** A 17ff

Prognose (Urteil), Strafaussetzung zur Bewährung **1** E 10, 24

Proportionalitätsgrundsatz s. Verhältnismäßigkeit

Prüfungspflicht **11** A 8; **12** A 37ff; **13** A 60ff, 68; **19** A 27f

Psychische Tatseite **3**; **3** A 39ff

Psychologischer Schuldbegriff **13** E 26

Putativnotstand **19**; **19** E 16; **19** A 29ff

Putativnotwehr **9** A 11; **10** A 6, 26ff; **11** A 43, 46

Putativnotwehrexzeß **11** A 46ff; **19** A 29, 34

Qualifikationsloses doloses Werkzeug s. Werkzeug

Qualität der Haupttat (Teilnahme) **41**; **41** A 9ff

Räuberische Erpressung **46**

Raub **4** A 3; **43**; **46**; **48**

Rauschbedinger Rechtfertigungsirrtum **14**; **14** A 38f

Rauschtat **17**; **17** E 8; **17** A 21ff, 26, 31; **20** A 6

Rechtfertigender Notstand **12**; **12** A 2, 17ff

Rechtfertigungsgründe **8**; **9**; **10**; **11**; **12**; **14**
- bei fahrlässiger Tat **11** A 13; **21** A 21ff
- Irrtum über **11** A 43; **14**

Rechtsanalogie **2** A 59ff

Rechtsfahrlässigkeit **13** E 40, 43

Rechtsfolgeverweisung
- bei Erlaubnistatbestandsirrtum **14** A 27

Rechtsirrtum **13** A 33; **36** A 17, 19

Rechtsmißbrauch (Notwehr) **9** A 25, 28; **11** A 18

Rechtspflichtmerkmale **13** A 72

„Rechtsquellen-Theorie" **25** A 48; **26** A 2

Rechtssicherheit **2** A 13, 39, 43f

Rechtsstaatlichkeit **2** A 39, 43f

Rechtstreue **1** E 19ff; **1** A 45ff

Rechtswidrigkeit
- des Angriffs (Notwehr) **9** A 6; **11**; **11** A 1ff
- der Unterlassung **29** E 4; **29** A 1ff
- des Versuchs **31** A 62

Regelungslücke **2** A 58b

Regreßverbot, Lehre vom **5** A 8f; **27** A 13a

Relative Straftheorien **1** A 21ff

Relevanztheorie **4** A 14ff

Resozialisierung, -sbedürftigkeit, -szweck **1** E 8; **1** A 23f, 28, 33f

Rettungswille (Notstand) **12** A 34ff; **19** A 25f

Risikosteigerung **4** A 16; **6** A 10, 17; **25** A 38; **45** A 8

Rücktritt (vom)
- beendeten Versuch **32** A 4, 9ff; **33** A 1ff; **34**
- Bemühen um Erfolgsverhinderung **34** E 7; A 1ff
- Endgültigkeit **32** A 57ff
- Entdeckung **34** A 12ff
- Freiwilligkeit **32**; **32** E 1ff; **32** A 7, 28ff; **34** A 11ff; **35**; **35** A 5ff; **48** A 26ff
- Gebotserfüllungsversuch **25** A 18
- Irrtum über Wirksamkeit des bereits Getanen **33** A 45 ff
- bei mittelbarer Täterschaft **35** A 18ff
- ratio der Strafbefreiung **32**; **32** A 15ff
- bei Tatbeteiligung mehrerer **35** A 9ff
- bei Teilnehmern **35**; **35** A 9f
- unbeendeten Versuch **32**; **32** A 4; **33** A 1ff
- untauglichen Versuch **34** A 28, 37ff
- Unterlassungsversuch **33** A 49ff
- Unternehmensdelikt **31** A 11
- Versuch **31**; **32**; **33**; **34**; **35**
- Vorbereitungshandlung **31** A 11, **48** A 26 ff
- Vorstufen der Teilnahme **48**; **48** E 7, 11; **48** A 26ff

Wertungsfreiheit **32** A 52

Rückwirkungsverbot **2**; **2** E 1; **2** A 19, 38ff, 54
- Wirkungsbereich **2** A 41ff

Ruhestörender Lärm s. grober Unfug

Sachwehr **9** A 2; **12** E 5, 10, 23; **18** A 7; **19** A 1

Sanktionen, Bestimmtheitsgrundsatz **2** A 11

Scheinbare Rechtsgutsverletzung **8** A 2

Schuld, Fahrlässigkeit **21** A 5f, 22ff; **23** A 6

Schuldausschließungsgründe **20** A 10
- Verbotsirrtum **19** A 6
- Zurechnungsfähigkeit **19** A 6

Schuldbegriff **13** A 4; **41** E 6
- normativer **13** E 26; **13** A 4
- psychologischer **13** E 26; **13** A 25

Schuldfähigkeit, -unfähigkeit **13** A 4ff
- biologische **13** A 23
- Fahrlässigkeit **21** A 22

Schuldformen **3** A 33ff

Schuldprinzip, -grundsatz **1** A 36f; **13**; **13** E 15ff; **13** A 1ff; **17** A 1
- Fahrlässigkeitstat **21** E 9; **23** A 10
- Sanktionensystem **1** A 36f

Schuldteilnahmetheorie **40** A 17; **41** A 3

Schuldtheorie, Verbotsirrtum **3** A 3; **13**; **13** E 42ff; **13** A 50ff; **14** A 13ff; **16** A 3
- eingeschränkte **10** A 27; **13** A 53c; **14**; **14** A 15ff
- strenge **3** A 3; **13** A 53c; **14** A 14

Schutzpflichten für bestimmte Rechtsgüter (Garantenpflicht) s. Obhutspflichten

Schutzzwecklehre **23** A 13

Schwangerschaftsunterbrechung **12**; **12** E 1ff; **12** A 12ff

Scuola positiva **1** A 23

Selbstbestimmung des Menschen **37** E 10

Selbsthilfe(recht) **9** E 4

Sich-Bereiterklären **47** A 3; **48** A 7, 12

Sicherungselement der Strafe **1** A 23

Sicherungspflichten s. Beherrschungspflichten
Sittenwidrigkeit
- Einwilligung **8** E 4ff; **8** A 22ff, 34
- Kastration und Sterilisation **8** A 24
Sonderdelikte **38** A 28; **39** A 8f; **48** A 6
Sorgfalt, im Verkehr erforderliche **21** E 8, 14, 16f
Sorgfaltspflichten **21** E 1, 5ff; **22** E 5
- Arten **22** A 1ff
- individuelle **21** A 6, 9f
- objektive **21** A 6; **23** A 16
- subjektive Erfüllbarkeit **21** A 29
- subjektive Erkennbarkeit **21** A 27f
Sorgfaltspflichtverletzung **3** A 13
- Kausalität der **21** E 16f; **21** A 17
- objektive **21** A 9f
Sozialadäquanz **24** A 3; **27** A 7f
Sozial-ethische Gesamtbewertung der Notstandshandlung **12** A 31
Spezialprävention **1** E 7ff; **1** A 23f, 28, 30, 33f, 37
- Strafzumessung **1** E 7ff; **1** A 53
Spielraumtheorie **1** A 25
Sportverletzungen **8** E 8; **8** A 26
Staatsnotwehr **10** A 16ff
Sterilisation **8** A 24
Steuerbarkeitsprinzip **4** A 16
Strafantrag **20** A 2
Strafaussetzung zur Bewährung **1**; **1** E 10ff, 20ff; **1** A 39ff
Strafausschließende persönliche Merkmale **42** A 23
Strafbarkeitsbedingungen s. auch objektive Bedingungen der Strafbarkeit
Strafbarkeitshindernisse **20** A 7ff
- Strafaufhebungsgründe **20** A 7b
- Strafausschließungsgründe **20** A 7a
Strafbedürftigkeitserwägungen, persönliche Strafausschließungsgründe **20** A 5
Strafbegründende persönliche Merkmale **42** A 18, 21, 26
Strafmildernde persönliche Merkmale **42** A 19
Strafmilderung, -sgrund, Irrtum **20** A 26
Strafmodifizierende persönliche Merkmale **42** A 18f, 23
Strafmündigkeit **13** A 23
„Strafrechtlicher" Notstand **19** A 1
Strafschärfende persönliche Merkmale **42** A 19
Straftheorien **1**; **1** E 5ff, 13ff; **1** A 19ff
Strafvereitelung **20**
Strafverfolgungsverjährung s. auch Verjährung
Strafwürdigkeitserwägungen, persönliche Strafausschließungsgründe **20** A 5
Strafzumessung **1** A 25, 34ff
Strafzwecke **1**; **1** E 5ff, 13ff; **1** A 19ff
Strafzwecktheorie (Rücktritt) **32** A 20
Subjektive Auslegungsmethode **1** E 1; **1** A 1f
Subjektive Rechtfertigungselemente **8** A 28; **11**; **11** A 4ff, 8ff; **12**; **12** A 32ff
- Einwilligung **8** A 28
- fahrlässige Tat **21** A 19ff
Subjektive Tatbestandsmerkmale **16** A 2
Subjektive Teilnahmetheorie **37** E 3, 6
Subjektive Theorie, Versuch **31** A 30ff; **34** A 41
- Abgrenzung, Vorbereitung **31** A 30ff
Subjektive Unrechtsmerkmale **3** A 11
Subsidiarität, Vorstufen der Teilnahme **48** A 36f;
Subsumtion **15** A 8ff
Subsumtionsirrtum **15** E 9; **15** A 1, 6ff, 25ff, 36ff; **36** A 15, 17f, 25f
Sühne **1** A 19f, 37
Sukzessive
- Beihilfe **45** A 12
- Mittäterschaft **40**; **40** E 2ff, 5ff; **40** A 1ff
Systematische Auslegung **1** E 4; **1** A 7

Täter hinter dem Täter **38** A 10
Täterbezogene Merkmale **42** A 7, 16, 35
Täterschaft, Teilnahme **37**; **37** E 1; **37** A 36
- Abgrenzung **37**
- Abgrenzungstheorien **37** A 2ff; 4ff, 14ff, 26f
Tätertheorie (Versuch) **31** A 33
Tätige Reue s. Rücktritt vom beendeten Versuch
Tatbestandsirrtum **13**; **13** E 3f, 8, 11, 29; **13** A 30b, 48, 53c; **14** E 3ff; **15** E 2f, 6ff; **15** A 20; **16** A 4
- eingeschränkte Schuldtheorie **14** A 15ff
- Grenze zum Verbotsirrtum **14** A 24, 34
- Unterlassungsdelikte **29** A 5
- Vorsatztheorie **13** E 35; **13** A 47
Tatbestandsmerkmale
- deskriptive **15** A 15, 26f
- negative **14** A 20
- normative **15**; **15** A 16, 26f; **36** A 20
- objektive **16** A 2
- subjektive **16** A 2
Tatbezogene Merkmale **42** A 10, 14, 33
Tateinheit/Tatmehrheit **49**
Tatherrschaft **37**; **37** E 7; **37** A 7, 14ff; **39** A 6
- funktionelle **37** A 24
- des Hintermanns **38** A 6ff
Tatirrtum **13** A 33; **36** A 17, 19
Tatmittler s. Werkzeug
Tatplan (Versuch) **31** A 40f; **33** A 5f
Tatschuld **13** A 14ff
Tatumstandsirrtum
- Abgrenzung zum Subsumtionsirrtum **15**
- Parallelwertung in der Laiensphäre **36** A 26, 32
Tatvorsatz **13**; **13** A 50f
Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins **13** A 43ff
Teilnahme **41**
- an erfolgsqualifizierten Delikten **43** A 22ff
- Rücktritt **48**; **48** E 7, 11
- durch Unterlassen **45** A 5
- an Vorbereitungshandlungen **45** A 13ff
- Vorstufen der **47**
Teleologische Auslegung **1** E 4; **1** A 8ff, 16; **2** A 58; **42** A 37
Tötung auf Verlangen **8** E 15; **8** A 20, 43
Totschlag, vorsätzliche Tötung **16**; **33**; **34**

Übergesetzlicher Entschuldigungsgrund **19** A 38
- Pflichtenkollision **19** A 39
- Unzumutbarkeit **19** A 38
Übergesetzlicher Entschuldigungsnotstand **19** A 39
- Prüfungspflicht **14** A 35
Überholende Kausalität **5**; **5** A 2, 18ff, 32
Übermaßverbot **1** A 30f
- Notwehr **9** A 27
Übernahmeverschulden **21** E 10, 13; **21** A 13; **22** A 2
Überwachungspflicht **21** A 14; **22** A 3ff
Überzeugungstäter **13** E 39, 46; **13** A 38

Umgekehrter Gebots-, Subsumtions-, Tatbestands- und Verbotsirrtum **29** A 6; **36** E 6; **36** A 1, 5ff
Unbedingter
- Handlungswille **48**; **48** E 8ff; **48** A 21
- Vorsatz **3** E 2ff; **3** A 39, 41, 43, 47
Unbeendeter Versuch **32**; **35** A 6
- und beendeter Versuch **33**; **33** A 1ff
- Rücktritt **32**; **32** A 4; **33** A 1ff
Unbewußte Fahrlässigkeit **3** A 29, 46, 47; **21** E 1, 5ff; **21** A 3, 23
- objektive Voraussehbarkeit **21** A 16
- subjektive Voraussehbarkeit **21** E 5ff; **21** A 23ff
Unechte Unterlassungsdelikte **2** A 66; **25**; **30**
- Aufbauschema **25**
- und echte Unterlassungsdelikte **29**; **29** A 7ff
- Garantiefunktion **26** A 9
- Gleichstellungsproblematik **25** E 3; **25** A 40ff
- Kausalität **25** A 33ff
- Unzumutbarkeit **25** E 4; **25** A 32; **26**; **26** E 9, 15; **26** A 12, 16ff; **27** E 4
Unfallverhütungsvorschriften **22** A 7f; **23** A 14
Unmöglichkeit
- Erfüllung der Handlungspflicht **12** A 52; **25** E 4; **25** A 32; **26**; **26** E 18f; **26** A 12ff; **27** E 4; **28** E 9ff; **28** A 18
Unrechtsbewußtsein **13**; **13** E 2, 7, 11ff, 24, 31, 33ff; **13** A 33ff; **15** A 7, 31f; **16** A 3; **21** A 27; **38** A 26a
Unrechtstatbestand, Bestimmtheitsgrundsatz **2** A 11
Untauglicher Versuch **11** A 11; **31** A 19, 31; **34**; **34** A 25ff, 32a, 37ff; **36** E 2ff; **36** A 35, 37; **39** E 3, 5ff; **39** A 12
- Strafgrund **34** A 40ff
- untaugliches Mittel **34** A 24ff, 38a
- untaugliches Objekt **34** A 38b; **36**; **36** A 4
- untaugliches Subjekt **34** A 38c
- und Wahndelikt **36**
Unterbrechung des Kausalzusammenhangs **5**; **5** E 3; **5** A 12ff
Unterlassen, Unterlassung
- und positives Tun **6** A 1; **25** A 11ff; **27** A 1f
Unterlassene Hilfeleistung **30**; **30** E 2ff; **30** A 7ff
Unterlassungsdelikte, s. auch echte, unechte **12** A 50f; **13** A 67; **25**; **26**; **27**; **28**; **29**; **30**
- Abgrenzung Täterschaft/Teilnahme **27** A 16ff
- Bewirkungsäquivalenz **25** A 4a, 25ff; 43ff
- Gleichwertigkeitsfrage **25** E 6; **25** A 4f, 40
- Kausalität **25** A 33f; **30** E 11
- Modalitätenäquivalenz **25** A 46, 40ff
- Unmöglichkeit **25** E 4; **25** A 32; **26**; **26** E 18f; **26** A 12ff
- Versuch **28** A 16; **29** E 8; **31** A 50f; **33** A 49ff
- Vorsatz **25** A 39ff; **26** A 20
- Zumutbarkeit **25** E 4; **25** A 32; **26**; **26** E 9, 15; **26** A 16ff; **27** E 4; **28** E 9ff; **28** A 18
Unternehmensdelikt **31** A 10
Unterschlagung **36**
Unvermeidbarkeit s. Vermeidbarkeit
Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens **13** A 25f; **19** A 16ff; **21** A 30f; **24**; **24** A 2ff
- Fahrlässigkeit **19** A 44; **21** E 2f, 5; **21** A 4, 30f; **24**; **24** A 2ff
- Grundgedanke der Entschuldigungsgründe **19** E 2f; **19** A 2
- als regulatives Prinzip **19** A 2, 16ff, 43f
- als übergesetzlicher Entschuldigungsgrund **19** A 38, 43f
- Unterlassungsdelikte **19** A 44; **25** E 4; **25** A 32; **26**; **26** E 9, 15; **26** A 12, 16ff; **27** E 4; **28** E 9ff; **28** A 18; **30**; **30** E 1ff, 12; **30** A 4, 11ff
Urheberschaft **41** A 23, 29f

Verabredung eines Verbrechens **48**; **48** A 1ff
Verantwortlichkeit **13** A 11f
Verbotsirrtum **3** A 3; **10** A 27; **13** E 32ff; **13** A 31b, 38, 52ff, 59, 69; **14** E 6ff; **14** A 11ff, 38; **15** E 3ff; **29** A 10; **36** E 7, 10; **36** A 26, 35
- Grenzfälle zum Tatbestandsirrtum **14** A 24, 34
- Putativnotwehr **9** A 11; **10** A 6, 26ff; **11** A 40ff
- als Subsumtionsirrtum **15** A 38
- Unterlassungsdelikt **29** E 2, 4, 7; **29** A 10
- Vermeidbarkeit **13**; **13** A 52b, 59 ff
Verbrechen, Versuch **31** A 8
Verbrechensaufbau **3** A 1ff
- dreistufiger **3** A 1
- zweistufiger **3** A 2; **21** A 9f
Vereinigungstheorien **1** A 25f
Verfassungsbeschwerde **2** A 1
Vergehen, Versuch **31** A 8
Vergeltung **1** E 5, 13; **1** A 19f, 29, 33a, 41
Verhältnismäßigkeit
- entschuldigender Notstand **19** A 22a
- Notwehr **9** E 8ff; **9** A 2, 18ff, 27ff; **10** A 24f; **11** A 24f
Verhalten, willentliches **3** A 15; **25** A 8
Verjährung **20** A 7b; **42**; **42** A 32ff
- von Kriegsverbrechen **42** A 32ff
Verkehrssicherungspflichten **25** A 51
Verkehrsunfallflucht **12** A 47; **41** A 24
Verletzung Dritter bei Verteidigung **18**; **18** E 10ff; **18** A 2ff
- Notwehrexzeß **18** A 21
Verlöbnis, Garantenstellung **26** A 4a
Vermeidbarkeit **4** A 16; **6** A 9; **7** A 11, 14; **13** A 52, 59; **21** A 17b s. ferner Fahrlässigkeit, Unterlassungsdelikte, Verbotsirrtum
versari in re illicita **6** A 8
Versuch **31**ff
- Abweichung vom Kausalverlauf **16** A 16ff
- actio libera in causa **31** A 47ff
- alternative Kausalität **5** A 29
- Ausführungshandlung **31**; **31** E 1ff; **31** A 2, 7, 27ff, 57
- beendeter **33** E 2ff; **33** A 1ff
- Entschluß **31**; **31** A 2, 5, 16ff
- fehlgeschlagener **18** A 17; **32** A 47ff; **33** A 25a, 37f; **34** A 26, 32b; **35** A 6, 20
- Gefährdungskriterium **31** A 39
- mittelbare Täterschaft **31** A 55ff
- qualifizierte Delikte **31** A 44ff
- Rechtswidrigkeit **31** A 62
- Regelbeispiele **31** A 44ff
- Rücktritt **20** A 7b; **31** A 2, 9, 11, 64; **32–35**
- Strafgrund **31** A 28ff
- subjektive Theorie **31** A 30ff
- Tatplan **31** A 40
- unbeendeter **33** A 1ff; **35** A 6
- Unmittelbarkeitskriterium **31** A 36ff
- Unterlassungsdelikte **29** E 8; **31** A 50f
- Verbrechen **31** A 8
- Vergehen **31** A 8
- Verschulden **31** A 63
- Vorbereitungshandlung **31**; **31** E 7; **31** A 2, 6, 27ff
Versuchte Anstiftung **41** A 18c; **43** A 4; **47**; **47** E 1ff; **47** A 1ff, 16ff; **48** A 13

- Rücktritt **48** A 26ff
- Subsidiarität **47** A 21; **48** A 36f

Versuchte Beihilfe **45** E 6
Verteidigung der Rechtsordnung **1**; 1 E 1ff, 11ff; 1 A 1ff, 37, 39ff
Verteidigungshandlung, Notwehr **9** A 12ff
Verteidigungsnotstand s. Sachwehr
Verteidigungswille **9** A 37; **11** A 4ff
- fahrlässige Tat **21** A 20

Vertrag, Garantenpflicht **25** E 9ff; **25** A 48, 52ff; **26** E 4; **26** A 1; **29** E 5; **29** A 14
Vertrauensgrundsatz im Straßenverkehr **5** A 36; **23** A 16ff
Verursachungstheorie **41** A 1
Verwerflichkeit bei Nötigung **10** A 1ff
Völkermord **42** E 8
Vollendung **31** A 2, 9f
Vorangegangenes gefährdendes Tun **5** E 9; 5 A 37; **25** E 9, 17; **25** A 48; **26** E 4, 12; **26** A 1; **27** A 3ff; **28** E 1; **30** E 7ff, 12; **30** A 2f
Voraussehbarkeit
- des Erfolgs, Fahrlässigkeit **3** A 46; 5 E 7ff; **21** E 2, 5ff; **21** A 3af, 22ff; **23** E 3ff; **24** E 2f; **24** A 2
- generelle **23** A 8
- des Kausalverlaufs **5** E 7ff; **21** A 3c, 23ff; **23** A 12
- objektive, Fahrlässigkeit **23** A 6; **24** A 2
- subjektive, Fahrlässigkeit **5** E 7ff; 5 A 33ff; **8** A 31; **21** A 22ff; **23** A 7ff, 14f, 16; **24** A 2
- Zeitpunkt **21** A 26

Voraussicht
- des Erfolgs, Fahrlässigkeit **21** E 2, 14; **21** A 3af

Vorbereitungshandlung,
- Abgrenzung zum Versuch **31**; **31** E 7; **31** A 2, 6, 27ff
- Beihilfe zu **45** A 13ff
- Rücktritt **31** A 11, **48** A 26ff
- Teilnahme an **45** A 13ff

Vorhersehbarkeit s. Voraussehbarkeit
Vorläufige Festnahme **9** A 2
„Vorsatzlose" Zweithandlung **16** A 28ff
Vorsätzlichkeit **3**; 3 A 29ff; **13** A 28ff; **16** A 1ff
- des Anstifters **43** A 12ff; **44**
- Arten der **3** E 1ff; 3 A 39ff
- Entschluß als Vorsatz **31** A 2, 5, 16ff
- im Finalismus **3** A 11ff
- des Gehilfen **46** E 1ff; **46** A 2ff
- hinsichtlich Kausalverlauf **16**; **16** A 2
- Irrtum über Kausalverlauf **16** A 7ff
- Unterlassungsdelikt **25** A 39ff; **26** A 20

Vorsatztheorie **13**; **13** E 35ff; **13** A 47ff; **14** A 15a; **16** A 3
- eingeschränkte **13** A 53cf
- strenge **13** A 53c

Vorsorgevorschriften **22** A 7f
Vorstufen deliktischen Verhaltens **47** A 3ff

Wahlfeststellung **37** A 36
Wahndelikt **29** E 8; **29** A 9; **31** A 19; **36**; **36** E 6, 10; **36** A 1, 12ff, 25, 35ff, 48ff
Wahrnehmung berechtigter Interessen
- gewissenhafte Prüfung **14** A 35

Wahrscheinlichkeit (Fahrlässigkeit) **6** A 13ff
Wahrscheinlichkeitstheorie (dolus eventualis) **3** A 32
Werkzeug
- absichtsloses und qualifikationsloses **35** A 1, 23; **38** A 18
- gutgläubiges **35** A 22; **38** A 19
- rechtmäßig handelndes **38**; **38** E 4, **38** A 20ff
- schuldloses **38** A 19
- Unterlegenheit **38** A 6
- vollverantwortliches **38** A 25

Wertabwägung, Notwehr **9** A 28
Wertungsfreiheit (Rücktritt) **32** A 52
Willenserklärungstheorie (Einwilligung) **8** A 9
- eingeschränkte **8** A 9

Willensfreiheit **13** A 5ff, 11bf
Willensherrschaft **37** A 23
Willensmangel (Einwilligung) **8** A 14ff
Willensrichtungstheorie (Einwilligung) **8** A 9
Willentlichkeit
- bei Begehungsdelikten **3** A 15
- bei Unterlassungsdelikten **25** A 8

Zivilrechtlicher Notstand **18** A 7
Züchtigungsrecht des Lehrers **14** A 2ff
- als Gewohnheitsrecht **14** A 3
- Irrtumsprobleme **14** E 1ff; **14** A 7ff
- Zumutbarkeit s. Unzumutbarkeit

Zurechnungslehren (normative) **4** A 16ff
Zurechnungsfähigkeit **13** A 23
- Irrtum über Kausalverlauf **16**; **16** E 2ff

Zurechnungsunfähigkeit **27** E 4
- Irrtum über Kausalverlauf **16** E 2ff; **16** A 16ff

Zwecktheorie, übergesetzlicher Notstand **12** E 15; **12** A 15, 28
Zweistufigkeitslehre **21** A 9