

Strafrecht Allgemeiner Teil: Strafrecht AT

Rengier

12. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-75201-8
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

und von daher Abgrenzungsschwierigkeiten mit § 29 vermeidet (näher → § 46 Rn. 19).

In der **Fallbearbeitung** bedarf die vorgeschlagene Einordnung der Merkmale keiner besonderen Begründung.

Empfehlungen zur vertiefenden Lektüre:

Literatur: *Witzigmann*, Mögliche Funktionen und Bedeutungen des Absichtsbegriffs im Strafrecht, JA 2009, 488 ff.



4. Kapitel. Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt: Die Rechtswidrigkeit

§ 17. Allgemeine Fragen

I. Grundlagen

- 1 Auf dem Boden des herrschenden und auch hier vertretenen dreistufigen Verbrechensaufbaus geht es auf der zweiten Stufe, der Rechtswidrigkeit, darum, das Unwerturteil über die Tat zu fällen. Eine gerechtfertigte Tat stellt kein Unrecht dar, wird vielmehr von der Rechtsordnung als legal gebilligt. Bei der „nur“ entschuldigten Tat liegt das anders: Hier missbilligt das Recht die Tat grundsätzlich und hält sie auch für sozialschädlich, sieht aber mangels Strafbedürftigkeit von einer Sanktion ab. Deshalb gibt es eine Teilnahme an einer entschuldigten, aber nicht an einer gerechtfertigten Tat (zu den §§ 26, 27 siehe unten → § 45).
- 2 Die Befürworter eines zweistufigen Verbrechensaufbaus fassen die Stufen der Tatbestandsbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit in einem übergeordneten Gesamtunrechtstatbestand zusammen, an den sich die Schuld anschließt (*Otto*, AT, § 5 Rn. 23 ff.). In der zweistufigen Konzeption wird zwar äußerlich deutlicher sichtbar, dass ein gerechtfertigter Täter kein Unrecht verwirklicht, doch vernachlässigt sie die verschiedenartigen Funktionen – wie die Bildung von strafrechtsspezifischen Deliktstypen und von allgemeinen Rechtfertigungsprinzipien und Erlaubnisregeln –, die für eine Selbstständigkeit der Tatbestands- und Rechtswidrigkeitskategorie sprechen (*Roxin/Greco*, AT I, § 10 Rn. 16 ff.).

II. Überblick über die Rechtfertigungsgründe

- 3 Die Tat ist nicht rechtswidrig, wenn dem Täter ein Rechtfertigungsgrund – oder auch: Erlaubnistatbestand – zur Seite steht. Da nach dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung strafrechtlich nicht verboten sein kann, was zivil- oder öffentlich-rechtlich erlaubt ist, können Rechtfertigungsgründe nicht nur aus dem Strafrecht, sondern auch aus dem Zivil- und öffentlichen Recht stammen. Zudem gibt es

keinen abgeschlossenen Katalog. Daher ist es möglich, dass zugunsten des Täters – und daher ohne Verstoß gegen Art. 103 II GG (→ § 4 Rn. 15, 34) – ungeschriebene Rechtfertigungsgründe anerkannt werden und im Laufe der Zeit zu Gewohnheitsrecht erstarken (→ § 4 Rn. 15).

Die wichtigsten Rechtfertigungsgründe, die im Folgenden behandelt werden, sind:

- die Notwehr des § 32 (→ § 18);
- der rechtfertigende Notstand des § 34 (→ § 19);
- die zivilrechtlichen Notstände der §§ 904, 228 BGB (→ § 20);
- die zivilrechtlichen Selbsthilferechte der §§ 229, 230, 859 BGB (→ § 21);
- die vorläufige Festnahme gemäß § 127 I 1 StPO (→ § 22);
- die Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung (→ § 23).

Zu weiteren Rechtfertigungsgründen: Die rechtfertigende Pflichtenkollision wird bei den Unterlassungsdelikten erörtert (→ § 49 Rn. 39 ff.). Besser im Besonderen Teil platziert sind die rechtfertigenden Indikationstatbestände des § 218a II, III, das elterliche Züchtigungsrecht (das mit der h. M. nicht mehr anzuerkennen ist), die hypothetische Einwilligung, die Wahrnehmung berechtigter Interessen bei den Beleidigungsdelikten (§ 193) und die behördliche Genehmigung, die vor allem bei Umweltdelikten relevant wird (näher *Rengier*, BT II, § 11 Rn. 27 ff.; § 13 Rn. 22, 31 ff.; § 29 Rn. 36 ff.; § 47 Rn. 15 ff., 24 ff.; § 48 Rn. 10). Im Rahmen der Eigentumsdelikte wird diskutiert, ob man § 241a I BGB als Rechtfertigungsgrund einstufen soll, wenn der Verbraucher bezüglich der unbestellten Sachen Handlungen im Sinne der §§ 246, 303 begeht (*Rengier*, BT I, § 5 Rn. 15). Schließlich enthalten all die strafprozessualen Vorschriften Rechtfertigungsgründe, die wie die §§ 81a, 81c StPO (körperliche Untersuchung, Blutprobe), §§ 102 ff. StPO (Durchsuchung) und §§ 112 ff. StPO (Untersuchungshaft) tatbestandsmäßige Zwangseingriffe der Strafverfolgungsbehörden legitimieren.

III. Konkurrierende Rechtfertigungsgründe in der Fallbearbeitung

Grundsätzlich müssen alle in Betracht kommenden Rechtfertigungsgründe erörtert werden. Dabei hat die Notwehr einen gewissen

Vorrang (näher → § 18 Rn. 3), während dem rechtfertigenden Notstand Auffangcharakter zukommt (näher → § 19 Rn. 4).

- 7 Im Übrigen sind bei jedem einschlägigen Tatbestand die Voraussetzungen des jeweiligen Rechtfertigungsgrundes genau zu beachten. Keinesfalls darf man bei einem Notwehrgeschehen alle verwirklichten Tatbestände mehr oder weniger automatisch nur unter dem Blickwinkel des § 32 betrachten.

- 8 **Beispiel:** Mieter M attackiert in seiner Parterrewohnung die zu Besuch weilende B körperlich. Sie schreit laut um Hilfe, so dass der vorbeikommende N auf das Geschehen aufmerksam wird. N schlägt eine Fensterscheibe ein, um B zu helfen und M den Strafverfolgungsbehörden zu übergeben. Nachdem er in die Wohnung gelangt ist, muss er zunächst den Hund der B erstechen, der ihn in gefährlicher Weise anfällt. Danach versetzt N dem M, der B unverändert angreift, einen Stich ins Bein.

Bei N sind die §§ 223, 224 I Nr. 2 gegenüber M gemäß § 32 II Var. 2 (Nothilfe) gerechtfertigt. Da N den M auch an die Strafverfolgungsbehörden ausliefern wollte, ist zudem an § 127 I 1 StPO zu denken, der aber solche Gewalthandlungen nicht deckt (→ § 22 Rn. 15 ff.). Bezüglich der Verletzung des Hausrechts (§ 123 I Var. 1) greift erneut § 32 ein, da es wieder um ein Rechtsgut des Angreifers geht. Dagegen scheidet hinsichtlich der Fensterscheibe des Vermieters § 32 aus, da das Notwehrrecht nur Eingriffe in Rechtsgüter des Angreifers gestattet (→ § 18 Rn. 31 f.); insoweit ist § 904 BGB einschlägig, der dem § 34 vorgeht. Die Tötung des Hundes (§ 303 I) kann § 32 schon deshalb nicht legitimieren, weil dafür ein menschlicher Angriff vorausgesetzt wird; es greift aber § 228 BGB ein, hinter den § 34 gleichfalls zurücktritt.

IV. Strukturen der Rechtfertigungsgründe

- 9 Alle Rechtfertigungsgründe setzen, parallel zum objektiven und subjektiven Tatbestand, das Vorliegen objektiver und subjektiver Merkmale voraus. Man könnte auch von einem objektiven und subjektiven Rechtfertigungstatbestand sprechen. Dabei fällt der objektiven Rechtfertigungsseite die Funktion zu, den in der Erfüllung des objektiven Tatbestandes liegenden Erfolgsunwert zu kompensieren, während die subjektive Rechtfertigungsseite den Handlungsunwert des subjektiven Tatbestandes beseitigt (vgl. *Kübl*, AT, § 3 Rn. 3 ff., § 6 Rn. 12; *W/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 412; erg. → § 7 Rn. 3 ff., 6).
- 10 Auch bei den objektiven Rechtfertigungselementen wiederholen sich zum Teil gewisse Strukturen. Besonders deutlich zeigt sich dies bei den §§ 32, 34: (1) Rechtfertigungslage (Notwehrlage bzw. Notstandslage), (2) Rechtfertigungshandlung (Notwehrhandlung bzw.

Notstandshandlung) mit den dazugehörigen Rechtfertigungsvoraussetzungen, (3) normative Einschränkungen (Gebotenheit bzw. Angemessenheitsklausel). Vgl. dazu die Aufbauschemata → § 18 Rn. 4; → § 19 Rn. 6.

V. Inhalt des subjektiven Rechtfertigungselements

Als **Mindestvoraussetzung** für das subjektive Rechtfertigungselement beim Vorsatzdelikt ist anerkannt, dass als kompensierendes Gegenstück zum Tatbestandsvorsatz ein **Rechtfertigungsvorsatz** vorliegen muss. Dafür genügt auf jeden Fall ein Handeln in der sicheren Kenntnis der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen. Das bloße Fürmöglichhalten reicht aus, wenn der Täter auf das Vorhandensein der Rechtfertigungssituation vertraut und insoweit ihr Fehlen nicht in Kauf nimmt (so zutreffend Sch/Sch/*Sternberg-Lieben*, vor § 32 Rn. 14; *Stratenwerth/Kublen*, AT, § 9 Rn. 151).

Umstritten ist, ob das subjektive Element darüber hinausgehend bei allen oder zumindest bei bestimmten Rechtfertigungsgründen einen Motivationszusammenhang im Sinne eines **zielgerichteten Rechtfertigungswillens**, also etwa bei § 32 eine Verteidigungsabsicht oder bei § 34 eine Rettungsabsicht, voraussetzt. Auf diese Frage, die richtigerweise zu bejahen ist, wird bei den einzelnen Rechtfertigungsgründen zurückzukommen sein (→ § 18 Rn. 103 ff.; → § 19 Rn. 63; → § 20 Rn. 5, 8; → § 21 Rn. 19; → § 22 Rn. 23; → § 23 Rn. 38).

VI. Handeln in Unkenntnis der Rechtfertigungssituation

Zu den Standardproblemen gehört die Frage, wie sich das Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements auswirkt. Es fehlt insbesondere dann, wenn ein Täter in Unkenntnis der ihn objektiv rechtfertigenden Situation handelt (→ Rn. 11).

Beispiele: Die Joggerin J ärgert sich über den zu nah hinter ihr hechelnden Läufer L. Daher sprüht sie ihm Pfefferspray ins Gesicht. L gibt hinterher zu, er habe gerade zu einer sexuellen Attacke auf sie angesetzt. – M schmeißt nachts mit einem Stein die Fensterscheibe des Zimmers seiner früheren Freundin F ein, um sie zu ärgern. Dadurch rettet er ihr Leben, weil so aus der Wohnung Gas entweichen kann, das F getötet hätte.

- 14 Hier sind die Taten des § 224 I Nr. 1, 2 bzw. § 303 I objektiv durch Notwehr bzw. gemäß § 904 BGB gerechtfertigt. Doch fehlt jeweils der Rechtfertigungsvorsatz. Die Lösung ist streitig:
- 15 (1) Zur Rechtfertigung und Straflosigkeit gelangt nur, wer mit einer kaum noch vertretenen Meinung auf dem Boden einer objektiven Unrechtslehre subjektive Rechtfertigungselemente für entbehrlich hält (zuletzt LK/*Spendel*, 11. Aufl. § 32 Rn. 138 ff.; mit anderer Begründung auch *Gropp*, AT, § 5 Rn. 47 ff.).
- 16 (2) Nach der **Vollendungslösung** wird der Täter aus dem vollendeten Delikt bestraft. Dies lässt sich in der Konstruktion nachvollziehbar damit begründen, dass der Tatbestand objektiv und subjektiv real erfüllt ist und das zur vollen Rechtfertigung erforderliche subjektive Element fehlt.
- 17 LK/*Hirsch*, 11. Aufl. vor § 32 Rn. 59 ff.; *Heinrich*, AT, Rn. 326, 390 ff. Die Rechtsprechung ist uneinheitlich: Vgl. einerseits für die Vollendungslösung BGHSt 2, 111, 114 f.; BGH NStZ 2005, 332, 334; andererseits für die Versuchslösung BGHSt 38, 145, 155 f. (vgl. *Otto*, JR 1992, 211); BGH NJW 2017, 1186, 1188; KG GA 1975, 213, 215 (vgl. auch LK/*Hillenkamp*, 12. Aufl. § 22 Rn. 199); OLG Celle bei *Jahn* JuS 2013, 1042 ff.; OLG Naumburg NStZ 2013, 718, 719.
- 18 (3) Zustimmung verdient die **Versuchslösung** der h. M. Diese knüpft an den Gedanken der Kompensation des tatbestandlichen Handlungsunwerts durch den Rechtfertigungsvorsatz und des tatbestandlichen Erfolgswerts durch den objektiv vorliegenden Rechtfertigungssachverhalt an (→ Rn. 9): Wenn der Täter objektiv gerechtfertigt einen Straftatbestand erfüllt, liegt objektiv nichts Missbilligenswertes vor, so dass der zum tatbestandsmäßigen Unrecht gehörende Erfolgswert entfällt. Übrig bleibt nur der bloßem Versuchsunrecht entsprechende Handlungsunwert, d. h. in den beiden Beispielen der → Rn. 13 die Absicht, einen anderen verletzen bzw. eine fremde Sache beschädigen zu wollen. Deshalb ist J gemäß den §§ 224 I Nr. 1, 2, 22 und M gemäß den §§ 303, 22 zu bestrafen.
- 19 Wie hier etwa W/*Beulke/Satzger*, AT, Rn. 417 ff.; *Kühl*, AT, § 6 Rn. 14 ff.; *Roxin/Greco*, AT I, § 14 Rn. 104 f.; LK/*Hillenkamp*, 12. Aufl. § 22 Rn. 199 f.; LK/*Rönnau*, 13. Aufl. vor § 32 Rn. 90; *ders.*, JuS 2009, 596; *Krey/Esler*, AT, Rn. 465 ff.; *Graul*, JuS 2000, L 41 ff.; *Geppert*, Jura 1995, 105 und Jura 2007, 34. Falllösungen bei *Beulke* I, Rn. 305 ff. und III, Rn. 651 ff.; *Theile*, ZJS 2009, 548 f.; *Ernst*, ZJS 2011, 382 ff.; *Brand/Zivanic*, JA 2016, 673 f.
- 20 Zweitens fehlt – unter der hier befürworteten Voraussetzung, dass man einen zielgerichteten Rechtfertigungswillen verlangt (→ Rn. 12) –

das subjektive Rechtfertigungselement auch dann, wenn der Täter bloß in Kenntnis der Rechtfertigungssituation, aber ohne besondere Rechtfertigungsabsicht handelt (erg. → § 18 Rn. 103 ff.).

In der **Fallbearbeitung** ist die Problematik nach der Bejahung der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen beim subjektiven Rechtfertigungselement anzusprechen. Schließt man sich der Versuchslösung an, so scheidet eine Bestrafung aus dem vollendeten Delikt aus. Die anschließende Versuchsprüfung muss nicht unbedingt unter einer eigenen Überschrift erfolgen und kann in der Regel kurz ausfallen. Man muss nur noch nicht erörterte Punkte bedenken, nämlich: Strafbarkeit des Versuchs, Schuld, ggf. Antragsdelikt, unter Umständen auch noch nicht erörterte Qualifikationsmerkmale (dann auf jeden Fall eigenständige Prüfung). 21

VII. Teilrechtfertigung

Eine besondere Rechtfertigungsproblematik (für Fortgeschrittene) 22 stellt sich im Fall der Einwilligung (→ § 23) bei Tatbeständen mit einem doppelten Rechtsgüterbezug, die neben einem Individualrechtsgut auch ein Rechtsgut der Allgemeinheit schützen (vgl. → § 3 Rn. 1 ff.). Dies betrifft vor allem die §§ 164, 306a II, 315c, 340, die neben ihrer jeweiligen individuellen Komponente als Allgemeinrechtsgüter die Rechtspflege (§ 164), die Gemeingefährlichkeit (§ 306a II), die Sicherheit des Straßenverkehrs (§§ 315c) sowie die korrekte Amtsführung (§ 340) im Blickfeld haben.

Unabhängig von – möglicherweise deliktsspezifisch bedingten – 23 weiteren Differenzierungen stehen sich in der Diskussion grundsätzlich zwei Positionen gegenüber. Die eine misst der Einwilligung für die Strafbarkeit keine Bedeutung zu, weil Rechtsgüter der Allgemeinheit nicht verfügbar seien. Überzeugender ist der Ansatz der zweiten Position, die davon ausgeht, dass die Einwilligung einen Teil des Unrechts neutralisiere und infolgedessen die für das Gesamtunrecht erforderliche kumulative Beeinträchtigung beider Rechtsgüter nicht vorliege; eine solche Teilrechtfertigung schließe die Strafbarkeit aus.

So B/W/*Eisele*, AT, § 15 Rn. 127; *Jansen*, ZJS 2019, 2 ff.; erg. *Maurach/Zipf*, AT 1, § 17 Rn. 44 ff.; *Roxin/Greco*, AT I, § 13 Rn. 34 f. – Zur Diskussion bei den einzelnen Tatbeständen *Rengier*, BT II, § 40 Rn. 60 (zu § 306a II); § 44 Rn. 18 ff. (zu § 315c); § 50 Rn. 1 ff. (zu § 164); § 62 Rn. 5 (zu § 340); erg. unten → § 18 Rn. 32a (zu § 315b). 24

Empfehlungen zur vertiefenden Lektüre:

Literatur: *Römmau*, Grundwissen – Strafrecht: Subjektive Rechtfertigungselemente, JuS 2009, 594 ff.

§ 18. Notwehr

Fall 1: a) Die Sportschützin E wird nachts durch verdächtige Geräusche geweckt und stellt fest, dass ihr Laptop im Wert von etwa 1.000 € fort ist. Sie eilt mit einem Gewehr auf den Balkon und sieht den Dieb D mit ihrem Laptop davonlaufen. Sie ruft laut: „Halt oder ich schieße!“. D rennt weiter. E gibt daraufhin einen Warnschuss ab. Als D immer noch nicht stehenbleibt und in der Dunkelheit zu verschwinden droht, zielt E auf die Beine des D, um dessen Flucht zu unterbinden. Sie sieht das Risiko, dass der Schuss den Oberkörper treffen kann, und nimmt es hin. Der Schuss trifft D mit tödlichen Folgen in den Oberkörper. b) 1. *Variante:* D erbeutet nur eine zwei Jahre alte Digitalkamera der E im Wert von etwa 100 €. c) 2. *Variante:* Statt E handelt ihr Freund F. → Rn. 26, 43, 45, 62, 112

Fall 2: P hat in einer Gastwirtschaft maßgeblich eine Schlägerei verursacht, an der auch A beteiligt gewesen ist. Während A und andere Beteiligte das Lokal nicht verlassen, geht P nach Hause, kehrt aber erregt mit einem Küchenmesser zurück und bleibt draußen stehen. Als drinnen die Rückkehr des P bekannt wird, geht A nach draußen, packt P und fängt an, mit Fausthieben auf ihn einzuschlagen. P, der genauso stark wie A ist, will sich auf einen offenen Faustkampf nicht einlassen. Auch nutzt er die Möglichkeit zum Davonlaufen nicht. P zieht sein Messer aus der Tasche und versetzt A, um den Angriff abzuwehren, einen Stich in ein Bein (nach BGHSt 26, 143). → Rn. 81

Fall 3: A plant, sich an dem hinter ihm gehenden B zu rächen. Um die Racheaktion vorzubereiten, will A dem B nach einer blitzschnellen Drehung einen wichtigen Faustschlag versetzen. Doch wehrt B den Faustschlag ab, indem er A mit einem Teleskoptotschläger mit voller Wucht auf den Kopf schlägt. A kommt mit einer schweren Kopfwunde zu Fall und bleibt auf dem Rücken liegen. Mit den Worten: „Du Schwein, Dich bring ich um!“ stürzt sich B auf A und holt erneut zum Schlag aus. In Todesangst zieht A eine Schusswaffe hervor, drückt ab und trifft B aus 30 cm Entfernung tödlich. Die – wegen seines Todes theoretische – Strafbarkeit des B ist mit zu prüfen. → Rn. 82

I. Grundlagen

- Das Notwehrrecht beruht auf zwei Grundgedanken, nämlich dem individualrechtlichen **Schutzprinzip** und dem sozialrechtlichen **Rechtswahrungsprinzip** (h. M.). Beide „Säulen“ sind zum Verständnis des § 32 sehr wichtig, weil sie einerseits die Schärfe des Notwehrrechts erklären und andererseits aus ihnen die Einschränkungen auf der Ebene der Gebotenheit abgeleitet werden. Das Schutzprinzip