

Strafrechts-Klassiker

Fahl

2020

ISBN 978-3-406-75791-4

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung 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 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 für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- a) Beteiligter verwirklicht nicht alle Tatbestandsmerkmale selbst oder allein, aber
- b) Täterqualität
 - aa) Eigenhändiges Delikt wird eigenhändig begangen
 - bb) Sondereigenschaft bei Sonderdelikten vorhanden
- c) „Gemeinschaftliche“ Tatbegehung
 - aa) Gemeinsamer Tatplan
 - bb) Gemeinsame (arbeitsteilige) Tatausführung

2. Subjektiver Tatbestand

(Täter 1)

- a) Vorsatz bzgl. eigenen Tatbeitrags
- b) Bewusstsein der Tatherrschaft bzw. Täterwille
- c) Spezielle Absichten und sonstige besondere subjektive Merkmale

(Täter 2)

- a) Vorsatz bzgl. eigenen Tatbeitrags
- b) Bewusstsein der Tatherrschaft bzw. Täterwille
- c) Spezielle Absichten und sonstige besondere subjektive Merkmale

(Täter 3) etc.

3. Möglichkeit der Tatbestandsverschiebung, § 28 II

II. Rechtswidrigkeit (für jeden Mittäter getrennt zu prüfen)**III. Schuld (für jeden Mittäter getrennt zu prüfen)****31 Aufbauchema: Mittäterschaft, § 25 II – getrennte Prüfung**

Beachte: Schema für getrennte Prüfung – ein Täter erfüllt alle Tatbestandsmerkmale selbst, einem weiteren Mittäter werden Tatbestandsteile zugerechnet.

A. Strafbarkeit des Tatnächsten, der alle Tatbestandsmerkmale in seiner Person erfüllt

B. Strafbarkeit eines weiteren Beteiligten als Mittäter

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- a) Nicht alle Tatbestandsmerkmale in eigener Person selbst (§ 25 I Alt. 1) verwirklicht, aber
- b) Täterqualität

- aa) Eigenhändiges Delikt wird eigenhändig begangen
- bb) Sondereigenschaft bei Sonderdelikten vorhanden
- c) „Gemeinschaftliche“ Tatbegehung
 - aa) Gemeinsamer Tatplan
 - bb) Gemeinsame (arbeitsteilige) Tatausführung
- 2. Subjektiver Tatbestand
 - a) Vorsatz bzgl. eigenen Tatbeitrags
 - b) Bewusstsein der Tatherrschaft bzw. Täterwille
 - c) Spezielle Absichten und sonstige besondere subjektive Merkmale
- 3. Möglichkeit der Tatbestandsverschiebung, § 28 II

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

Lederspray (Erdal)

BGH, Urt. v. 6.9.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 = NJW 1990, 2560

32

Im Jahre 1980 gehen die ersten Schadensmeldungen beim Hersteller ein, in denen über Gesundheitsgefahren im Zusammenhang mit dem Gebrauch des Ledersprays der Marke Erdal berichtet wurde. Daraufhin kam es zu einer Sondersitzung der Geschäftsführer des Unternehmens, bei der über die Gefahren beraten und über eine Rückrufaktion zum Schutze der Verbraucher beraten wurde, was jedoch einstimmig abgelehnt wurde. Danach kamen weitere Verbraucher zu Schaden.

33

1. Problemstellung

Die „Lederspray-“ oder „Erdal-Entscheidung“ kann in verschiedenen Zusammenhängen begegnen: Einerseits geht es um die Abgrenzung von Tun und Unterlassen im Falle des Inverkehrbringens von gefährlichen Gegenständen (s. dazu § 13 Rn. 2 – „Ziegenhaarfall“). Andererseits geht es um die Abgrenzung von (bewusster) Fahrlässigkeit und (Eventual-)Vorsatz bei „höchst unerwünschten“ – weil nämlich das Geschäft und damit letztlich die Bilanz schädigenden – Erfolgen (s. dazu § 15 Rn. 3 – „Lederriemenfall“) und schließlich geht es um die Kausalität bei Gremienentscheidungen (*Fahl/Winkler*, AT, Vor § 1 Rn. 5) und die „Kardinalfrage“, ob jeder der Teilnehmer sich etwa darauf berufen kann, dass er von den anderen Mitgliedern ohne-

34

hin überstimmt worden wäre, wenn er als einziger ein „rechtmäßiges Alternativverhalten“ (s. Vor § 1 Rn. 2 – „Radlerfall“) an den Tag gelegt und anders abgestimmt hätte.

2. Lösung des BGH

- 35 Der BGH ließ diesen Einwand nicht gelten. Für den Bereich der gefährlichen Körperverletzung (§ 224 I Nr. 1 Alt. 2 – gesundheitsschädliche Stoffe – bzw. Nr. 5 StGB – lebensgefährdende Behandlung) gelte das schon deshalb, weil die Angekl. insoweit Mittäter (§ 25 II StGB) gewesen seien, so dass sich jeder von ihnen die Unterlassungsbeiträge (§ 13 StGB) aller anderen zurechnen lassen muss und mithin für das Unterbleiben des gebotenen Rückrufs insgesamt hafte. In den Kreis der Mittäter seien aber darüber hinaus auch die Angekl. eingetreten, deren Anwesenheit bei der genannten Sondersitzung nicht feststehe. Denn sie seien (jedenfalls) im Anschluss an die Sitzung über die dort getroffene Entscheidung umfassend informiert worden, billigten sie und machten sie sich jeweils für ihren Verantwortungsbereich auch zu eigen.

3. Kritik

- 36 Das letzte, die sog. sukzessive Mittäterschaft, ist nicht unproblematisch (*Fahl/Winkler*, AT, § 25 Rn. 2). Als „Leitentscheidung strafrechtlicher Produkthaftung“ ist die Entscheidung in die Annalen eingegangen und wird im Ergebnis wie in der Begründung, inkl. „Produktbeobachtungspflicht“ und „Ingerenz“ durch Inverkehrbringen (wobei streitig ist, ob dafür Gefahrschaffung genügt, s. *Fahl/Winkler*, AT, § 13 Rn. 6), grds. gebilligt. Das eigentliche Verdienst dieser „klassischen“ Entscheidung liegt aber in der Lösung des „Gremienproblems“, wobei der BGH es insofern leicht hatte, als das LG wegen fahrlässiger Körperverletzung (§ 229 StGB) nur in den Fällen verurteilt hat, die vor der entscheidenden Sondersitzung lagen, in den Fällen danach hingegen von vorsätzlicher Körperverletzung ausging. Dass bei vorsätzlicher Körperverletzung Mittäterschaft bejaht wird, ist nichts Besonderes (wenn auch die Kausalität eigentlich nicht mit der Mittäterschaft begründet zu werden pflegt, sondern umgekehrt). Das ändert sich, wenn man davon ausgeht, dass die Geschäftsführer auch nach der Sondersitzung nur fahrlässig gehandelt haben, weil sie auf das Ausbleiben der Realisierung der „erkannten“ Gefahr vertrauten (vgl. *Fahl/Winkler*, Def., § 15 Rn. 5 – „bewusste Fahrlässigkeit“). Dort fragt sich nämlich, ob Mittäterschaft möglich ist (s. *Fahl/Winkler*, AT, § 25 Rn. 18). Ein Teil der Lit. verneint das – zu Unrecht, wie der vorliegende Fall demonstriert. Damit zeigt der „Ledersprayfall“ zugleich, was § 25 II StGB eigentlich ist: kein Tatbestand, sondern eine „Zurechnungsnorm“ für fremdes Handeln!

4. Weiterführende Hinweise

Das „Gremienproblem“ stellte sich auch in der „Mannesmann-Entscheidung“ (BGHSt 50, 331 – die angeklagten Aufsichtsratsmitglieder, darunter der damalige Chef der Deutschen Bank Ackermann und der Chef der IG Metall Zwickel, bewilligten dem Vorstand im Zuge der Übernahme von Mannesmann-Mobilfunk D2 durch Vodafone sog. Anerkennungsprämien in Millionenhöhe, die zwar üblich waren, aber der übernommenen Firma nichts mehr einbringen konnten – § 266 StGB, s. s. *Fahl/Winkler*, BT/2, § 266 Rn. 14).

Im Original-Fall haben die Geschäftsführer alle gegen die nach Ansicht des BGH gebotene Rückrufaktion (tatsächlich war nicht nur unklar, ob das Lederspray die – nur bei einem Teil – der Benutzer festgestellten „Lungenödeme“ am Ende wirklich verursacht hatte, sondern auch ob die Einzelhändler den Rückruf überhaupt befolgt hätten, s. zum bei Unterlassen anzuwendenden Wahrscheinlichkeitsmaßstab *Fahl/Winkler*, Def., § 13 Rn. 3 – sog. Quasikausalität) gestimmt. Der „Witz“ der „Ledersprayentscheidung“ in solchen Fällen ist aber, dass damit nicht nur diejenigen Gremienmitglieder in die Verantwortung genommen werden können, die dagegen gestimmt haben, sondern auch die, die sich enthalten und sogar die, die dafür gestimmt haben. Das lässt sich allein mit Kausalitätsregeln nicht bewerkstelligen. Zwar kann ein Mitglied, das dagegen gestimmt hat, sich nicht darauf berufen, dass außer seiner noch weitere Stimmen erforderlich waren, weil von zwei (oder mehr) Bedingungen die alternativ (jede für sich), aber nicht kumulativ (lat., „gehäuft“ – d.h. alle zusammen) hinweggedacht werden können, jede kausal ist (vgl. *Fahl/Winkler*, Def., Vor § 1 Rn. 14). Aber das hilft ja nicht weiter bei denjenigen, die dafür waren. Im Gegenteil: Denkt man sie auch hinweg, so wäre die Abstimmung noch eindeutiger ausgegangen. – Überhaupt ist in Übungsfällen stets darauf zu achten, wie sie konstruiert sind: Beruft sich einer darauf, dass, wenn er nicht für etwas gestimmt hätte, ein anderer es an seiner Statt getan hätte, so hat diese sog. Reserveursache außer Betracht zu bleiben (hypothetische Kausalverläufe sind unbeachtlich). Der Fall kann auch so gestrickt sein, dass nur die beiden Stimmen von zwei Geschäftsführern zusammen einen inkriminierten Erfolg herbeiführen, dann liegt ein Fall „kumulativer Kausalität“ vor (vgl. *Fahl/Winkler*, Def., Vor § 1 Rn. 15) und jeder ist kausal.

Vertiefend: *Armbrüster*, JR 1993, 317; *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 737; *Brammsen*, Jura 1991, 533; *Hassemer*, JuS 1991, 253; *Hilgendorf*, NStZ 1994, 561; *Hoyer*, GA 1996, 160; *Jähnke*, Jura 2010, 582; *Kuhlen*, NStZ 1990, 566; *Meier*, NJW 1992, 3193; *Puppe*, JR 1992, 30; *dies.*, AT, § 2 Rn. 9 ff.; *Rotsch*, ZIS 2018, 1; *Roxin*, HRR, Fall 92; *Samson*, StV 1991, 182; *Timpe*, HRRS 2017, 272

Verfolger

39 BGH, Urt. v. 23.1.1958 – 4 StR 613/57, BGHSt 11, 268 = NJW 1955, 1688

- 40 Nach einem misslungenen Einbruch flohen die drei bewaffneten Täter A, B und C, die verabredet hatten, auf mögliche Verfolger zu schießen. A bemerkte rückwärts schauend, dass ihm in einer Entfernung von nicht mehr als 2 bis 3 m eine Person folgte. Diese war sein Komplize B. A hielt ihn aber für einen Verfolger und schoss, um der vermeintlich drohenden Festnahme zu entgehen, auf die hinter ihm hergehende Person; dabei rechnete er mit einer tödlichen Wirkung seines Schusses und billigte diese Möglichkeit. Das Geschoss traf B am rechten Oberarm, durchschlug aber nur den gefütterten Ärmel seines Rockes und verfang sich im aufgekrempelten Hemdärmel.

1. Problemstellung

- 41 Dass A einen Mordversuch gem. §§ 211, 22 StGB begangen hat, ist relativ klar. Im Sachverhalt steht, dass er die „Möglichkeit“ der Tötung „billigte“ (s. dazu § 15 Rn. 3 ff. – „Lederriemen“). Dass er einer „Personenverwechslung“ unterlegen ist (sog. error in persona), ist nach h.M. wegen der „Gleichwertigkeit“ der Objekte „unbeachtlich“ (Fahl/Winkler, AT, § 16 Rn. 2 – nach a.A. liegt schon gar kein „Irrtum“ vor, da sich sein Vorsatz auf die hinter ihm herlaufende Person „konkretisiert“ hatte). Mordmerkmal ist die „Verdeckungsabsicht“ (zur Frage, ob darauf § 28 I oder II StGB anwendbar ist, Fahl/Winkler, BT/2, § 211 Rn. 2). Das Problem liegt aber auch nicht bei A, sondern bei B und der Frage, ob dieser als Mittäter (§ 25 II StGB) nicht nur des vorangegangenen Einbruchversuchs (§§ 242, 243 I Nr. 1, 22 StGB – es handelte sich um ein Lebensmittelgeschäft, nicht um eine Wohnung i.S.d. § 244 Nr. 3, IV StGB, aber damals machte das ohnehin keinen Unterschied), sondern auch als Mittäter des an ihm (!) begangenen Mordversuchs (§§ 211, 22, 25 II StGB) zu bestrafen sei.

2. Lösung des BGH

- 42 Der BGH bejahte das. Der B müsse den von A gegen den vermeintlichen Verfolger gerichteten Mordversuch „als seine eigene Tat anrechnen“ und sich „dafür als Mittäter bestrafen lassen“. Dem stehe nicht entgegen, dass das deutsche Strafrecht nur die Vernichtung fremden menschlichen Lebens ahnde. Für B stünde die Tatsache, dass er selbst der Verletzte, also nicht „ein anderer“ i.S.d. Vorschrift sei, der Beurteilung der Tat als „untauglicher Versuch“ (s. dazu § 25 Rn. 9 ff. – „Münzhändler“) nicht entgegen. Dass es sich in Wahrheit um einen solchen handle, werde lediglich durch den Umstand verdeckt, dass die

Tat nicht den in Rechnung gestellten und gebilligten Tötungserfolg hatte und so im Versuch stecken blieb.

3. Kritik

Nach Ansicht der Kritiker handelt es sich um einen (freilich fahrlässigen, aber dennoch) „Mittäterexzess“. An der objektiven Überschreitung des Tatplans (B war nun einmal kein „Verfolger“ im Sinne des Planes) ändert sich nichts dadurch, dass sie irrtümlich erfolgte (*Fahl/Winkler*, AT, § 25 Rn. 17). Insofern bliebe nur die Strafbarkeit wegen Verbrechensverabredung (§ 30 I StGB). Man muss aber zugeben, dass die Lösung derjenigen im „Rose-Rosahl-Fall“ (s. § 26 Rn. 5) entspricht. Auch dort wird der (unbeachtliche) „error in persona“ des einen auch für den anderen (Anstifter) für unbeachtlich erklärt – und nicht etwa aus Sicht des anderen für eine bloße „aberratio ictus“ gehalten (was manche auch hier tun und dazu führen würde, dass zumindest B auch im Fall, dass der Schuss getroffen hätte, nur wegen Versuchs zu bestrafen wäre). Immerhin entspricht das „Opfer“ in gewisser Weise ja den „Programmvorgaben“ („Verfolger“).

4. Weiterführende Hinweise

Der Streit setzt sich fort bei dem (nicht getroffenen) Mittäter C. Hält man freilich sogar den B für strafbar, obwohl das Rechtsgut (Leben) ihm gegenüber gar nicht geschützt ist („Selbsttötungen“ sind nach h.M. bekanntlich straflos, vgl. § 216 Rn. 2 ff. – „Fall Wittig“; s. auch § 216 Rn. 9 ff. – „Gisela“), dann muss der „error in persona“ des Mittäters A erst recht auch C gegenüber unbeachtlich sein! Dasselbe gilt übrigens auch für die Sachbeschädigung (Loch) am Rockärmel (§ 303 I Alt. 1 StGB) – es handelt sich um einen (für alle Mittäter) unbeachtlichen „error in objecto“ (wenn überhaupt).

Nicht zu verwechseln ist dieser strafrechtliche „Verfolgerfall“ (dessen Sachverhalt so abstrus ist, dass man ihn für ausgedacht halten würde) mit den – vergleichsweise profanen – zivilrechtlichen „Verfolgerfällen“ (z.B. BGHZ 63, 189 ff. – P sollte einen 17-jährigen Jugendlichen zu Hause abholen, um ihn in den Jugendarrest zu bringen, J flüchtete jedoch durch ein Toilettenfenster. Beim Versuch, ihn einzufangen, stürzte P in einen Fensterschacht). Der BGH bejaht hier die Haftung (§ 823 BGB), wenn der Verfolger sich zur Verfolgung „herausgefordert“ fühlen durfte (sog. Herausforderungsfälle). Im Strafrecht spielt das bei der „eigenverantworteten Selbstgefährdung“ eine Rolle (s. dazu Vor § 1 Rn. 9 ff. – „Heroinsspritzenfall“).

Vertieftend: *Dehne-Niemann*, ZJS 2008, 351; *Kudlich*, PdW AT, Nr. 285; *Roxin*, HRR, Fall 11; *Scheffler*, JuS 1992, 920; *Schröder*, JR 1958, 427; *Spendel*, JR 1969, 314

§ 26 Anstiftung

1 Aufbauchema

A. Strafbarkeit des Haupttäters

B. Strafbarkeit des weiteren Beteiligten als Anstifter

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand
 - a) Vorsätzlich begangene, rechtswidrige Tat (sog. Haupttat)
 - b) Bestimmen
2. Subjektiver Tatbestand
 - a) Vorsatz bzgl. (Vollendung der) Haupttat
 - b) Vorsatz bzgl. Bestimmen
3. Möglichkeit der Tatbestandsverschiebung, § 28 II

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Strafzumessung

Möglichkeit der Strafmilderung, § 28 I

Rose-Rosahl

2 PrObIT, Urt. v. 5.5.1859 – Crimin.-S. Nr. 6, GA 7 (1859), 322

- 3 Rose sollte im Auftrag seines Dienstherrn Rosahl, Holzhändler zu Schliepzig, den Zimmermann Schliebe erschießen, mit dem dieser in Geschäftsverbindung stand und dem er noch Geld schuldete. Wie geheißsen legte sich Rose in einem Hinterhalt am Wegesrand zwischen Schliepzig und Lieskau bei Halle auf die Lauer, erschoss aber infolge einer Personenverwechslung in der Dunkelheit den siebenjährigen Gymnasiasten Ernst Harnisch, Sohn des Kantors in Lieskau, der auf dem Heimweg war.

1. Problemstellung

- 4 Rose befand sich, als er auf Harnisch, den vermeintlichen Schliebe, schoss, in einem „error in persona“ (vel objecto). Dessen Behandlung ist streitig, die h.M. differenziert: Bei Ungleichwertigkeit der Objekte ist der error beachtlich, bei Gleichwertigkeit unbeachtlich (s. *Fahl/Winkler*, AT, § 16 Rn. 2). Da Harnisch und Schliebe (der den toten Harnisch gefunden und den Schulzen verständigt hat) beide Menschen (vgl. § 212 I StGB)

sind, war sein Irrtum mithin unbeachtlich. Die Frage war indes, wie sich der „error in persona“ des Haupttäters (Rose) auf den Anstifter (§ 26 StGB) Rosahl auswirkt (s. *Fahl/Winkler*, AT, § 26 Rn. 9).

2. Lösung des PrObTr

Das Preußische Obertribunal hat den Rosahl wie den Rose verurteilt, im Wesentlichen mit dem Argument, was für den einen (Rose) unbeachtlich sei, müsse es auch für den anderen (Rosahl) sein („mitgefangen, mitgehangen“). Berühmte Persönlichkeiten, wie *Welzel* (§ 35 Rn. 2 – „Weichenstellerfall“) haben dem zugestimmt, und dafür kann in der Tat ins Feld geführt werden, dass der Anstifter nach § 26 StGB „gleich einem Täter“ bestraft wird. 5

3. Kritik

Das entscheidende Gegenargument lieferte ein anderer wichtiger Strafrechtler, *Karl Binding* (1841–1920), berühmt geworden für seine Erkenntnis, dass nicht die Strafgesetze „verletzt“ (vielmehr „erfüllt“) werden, sondern die hinter ihnen stehenden Normen („Normentheorie“): Sollte sich der Angestiftete, nachdem er seinen Irrtum erkannt hat, erneut auf die Lauer legen und wieder eine falsche Zielperson erschießen, so wäre der Anstifter für das ganze Gemetzel verantwortlich, obwohl er doch nur einen einzigen Mord in Auftrag gegeben hatte (sog. *Binding'sches* Blutbadargument). Was sich für den Haupttäter als „error“ darstellt, wirkt sich beim Anstifter als „aberratio ictus“ (s. dazu *Fahl/Winkler*, AT, § 16 Rn. 4) aus – d.h. Bestrafung als versuchte Anstiftung, strafbar gem. § 30 StGB, und Fahrlässigkeit, § 222 StGB (Nachteil: letzteres ist nicht immer strafbar, § 15 StGB, ersteres nur bei Verbrechen). 6

4. Weiterführende Hinweise

Trotz der Kritik hat der BGH über hundert Jahre später, als schon niemand mehr daran glaubte, dass der „Lehrbuchfall“ sich noch einmal wiederholen würde, im „Hoferbenfall“ (BGHSt 37, 214) ebenso entschieden wie einst das Preußische Obertribunal. Dort hatte der A den Angestifteten über die Gewohnheiten und das Aussehen seines zu tötenden Sohnes informiert und ihm zur Sicherheit sogar ein Foto mitgegeben, um ganz sicher zu gehen, dass es „den Richtigen“ erwischte. Trotzdem erschoss der Angestiftete den falschen „Hoferben“, nämlich einen Nachbarn N, der dem H in Statur und Aussehen ähnelte und ebenfalls in der Hand eine Tüte trug, wie das auch der H zu tun pflegte. – Das bietet eine Menge Stoff für die Erörterung der „Sorgfaltspflichtverletzung“ des A im Rahmen des Fahrlässigkeitsvorwurfs (s. *Fahl/Winkler*, Def., § 15 Rn. 9–12). Man muss aber zugeben, dass 7

die Lösung der Rspr. – „Unbeachtlichkeit“ des „error“ auch beim Anstifter (§ 26 StGB) – einem die Sache in der Klausur (in der Hausarbeit ist mehr Zeit) erheblich einfacher macht.

Bei der Falllösung sind noch zwei Fragen zu beachten, die sich häufiger stellen, nicht nur hier, nämlich ob etwa in den Fällen des „error in persona“ in der Vollendung am „falschen Objekt“ zugleich der Versuch am „richtigen Objekt“ steckt. Dann wäre Rosahl vielleicht nur wegen §§ 212, 22/26 StGB zu bestrafen. Das ist aber nicht der Fall (s. dazu *Fahl/Winkler*, AT, § 16 Rn. 3). – Zweitens stellt sich die Frage, wie es sich auswirkt, dass der Rose das Mordmerkmal „Heimtücke“ (Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit, s. § 211 Rn. 2 – „Babybrei“ sowie *Fahl/Winkler*, Def., § 211 Rn. 5–8) und der Rosahl ein anderes verwirklicht, nämlich „Habgier“ („übersteigertes Gewinnstreben um jeden Preis“ – *Fahl/Winkler*, Def., § 211 Rn. 3). Darunter fällt bekanntlich auch die „Ersparnis“ von „Aufwendungen“ für die Bezahlung von Schulden (vgl. *Fahl/Winkler*, BT/2, § 211 Rn. 7). Das berühmte Problem der „gekreuzten Mordmerkmale“ (*Fahl/Winkler*, BT/2, § 211 Rn. 3) stellt sich hier jedoch nur scheinbar. Denn „Heimtücke“ ist (nach h.M.) kein „besonderes persönliches Merkmal“ i.S.d. § 14 I StGB, sondern objektives („tatbezogenes“) Mordmerkmal. Damit wird es dem Rosahl über den normalen Tatbestandsvorsatz (§ 16 I StGB) zugerechnet.

- 8 **Vertiefend:** *Ahwart*, JuS 1979, 351; *Dehne-Niemann/Weber*, Jura 2009, 373; *Fahl*, Jura für Nichtjuristen, Kap. 4; *Geppert*, Jura 1992, 163; *Schlehofer*, GA 1992, 307; *Streng*, JuS 1991, 910 (Hoferbenfall).

§ 27 Beihilfe

1 **Aufbauschema: Beihilfe**

A. Strafbarkeit des Haupttäters

B. Strafbarkeit des weiteren Beteiligten als Gehilfe

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

- a) Vorsätzlich begangene, rechtswidrige Tat (sog. Haupttat)
- b) Hilfeleisten

2. Subjektiver Tatbestand

- a) Vorsatz bzgl. (Vollendung der) Haupttat
- b) Vorsatz bzgl. Hilfeleisten

3. Möglichkeit der Tatbestandsverschiebung, § 28 II

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld**IV. Strafzumessung**

Strafmilderung, § 27 II, § 28 I

Badewanne

RG, Urt. v. 19.2.1940 – 3 D 69/40, RGSt 74, 84

2

A hat in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken mit ihrer Schwester B deren neugeborenes, uneheliches Kind C, das nach der Geburt deutlich hörbar atmete, in der Weise getötet, dass sie es in eine Badewanne legte, in der das Kind ertrank.

3

1. Problemstellung

Man muss zum Hintergrund dieses „Klassikers“ wissen, dass damals in § 217 StGB noch eine „Privilegierung“ für den Fall existierte, dass eine Mutter ihr nichteheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötete, die inzwischen abgeschafft worden ist, weil sie uneheliche Kinder diskriminierte. Diese Diskriminierung hätte sich freilich auch in die Richtung auflösen lassen, dass man die Beschränkung auf das nichteheliche Kind gestrichen (und so weiterhin dem an § 21 StGB grenzenden Ausnahmezustand der gebärenden Mutter Rechnung getragen) hätte. Hätte also B ihr Kind getötet, so wäre auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren zu erkennen gewesen, nähme man einen minder schweren Fall an, so hätte die Mindeststrafe sogar nur zwei Jahre betragen (s. § 217 II StGB a.F. – Der dürre Sachverhalt spiegelt die dramatische Lage der Bauerstöchter nur unzureichend wider: A hatte bereits ein uneheliches Kind geboren. Darüber hatte sich ihr Vater furchtbar echauffiert und den Schwestern die schlimmsten Folgen angedroht, falls das noch einmal geschehe). – Da aber A das Kind getötet hatte, kam für sie sogar § 211 StGB („Tötung mit Überlegung“) in Betracht, der damals noch mit Todesstrafe durch Enthauptung bedroht war, und B drohte als Anstifterin (§ 48 StGB a.F., § 26 StGB n.F.) dieselbe Strafe!

4

2. Lösung des RG

Das RG hob die Verurteilung der A wegen Mordes gem. § 211 StGB auf. Es stehe zu befürchten, dass das LG die A nur deshalb als Täterin für schuldig erkannt habe, weil sie die tatbestandsmäßige Handlung „selbst“ ausgeführt habe. Diese Rechtsansicht widerspreche aber der ständigen Rspr. des RG zur Auslegung der Begriffe Täter-

5

schaft (Mittäterschaft) und Beihilfe. – Entscheidend sei vielmehr, ob der Beschuldigte die Ausführungshandlung mit „Täterwillen“ unternommen, d.h. die Tat „als eigene“ gewollt habe oder nicht. Nur im ersten Fall sei er Täter, sonst bloß Gehilfe. Das RG nahm daher an, dass A nur eine fremde Tat „als fremde“ unterstützen wollte.

3. Kritik

- 6 Man muss dem RG zugute halten, dass es damit die Verurteilung der B, die die Tat „als eigene“ wollte, nach § 217 StGB und die Verurteilung der A als bloßer Gehilfin – nach Ansicht des RG freilich nicht zu § 217 StGB a.F., sondern zu § 212 StGB (oder sogar zu § 211 StGB) – und damit die Abwendung der als unangemessen empfundenen Todesstrafe ermöglichte. – Nach der damaligen Rechtslage mag die „extrem-subjektive Theorie“ (sog. Animus-Theorie; benannt nach dem „animus auctoris“ – lat. für „Täterwille“ im Unterschied zum „animus socii“ – lat., „Teilnehmerwille“) vertretbar gewesen sein – nach dem neuen § 25 StGB („Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst ... begeht“) ist sie es nicht.

4. Weiterführende Hinweise

- 7 Ganz verzichten können wird man auf das Kriterium des „Eigeninteresses“ dagegen schon deshalb nicht, weil nach der im Strafrecht geltenden „Äquivalenztheorie“ (*Fahl/Winkler*, Def, Vor § 1 Rn. 11) alle Bedingungen als „gleichwertig“ zu betrachten sind und daher vom rein Objektiven her nicht unterschieden werden kann, ob ein „Schmierre“-stehender Tatbeteiligter oder Fluchtwagenfahrer nun „Mittäter“ ist (das ist er, wenn er ein „Eigeninteresse“ hat, weil die Beute geteilt wird) oder bloß „Gehilfe“ (wenn er vorab oder nachher aus der Beute bezahlt werden soll). – Nachdem § 217 StGB a.F. gestrichen wurde und § 216 StGB als einzige „Privilegierung“ verblieben ist, stellt sich das zuletzt angesprochene Problem (Rn. 6) nicht mehr. Bei § 216 StGB ergibt sich aber das vergleichbare Problem, ob der Gehilfe einer Tötung auf Verlangen sich (bei Kenntnis des Verlangens, § 16 I StGB) ebenfalls nur nach §§ 216, 27 StGB strafbar macht oder nach §§ 212, 26 StGB (oder gar: §§ 211, 26 StGB). Das hängt davon ab, ob es sich bei den verschiedenen Tötungstatbeständen jeweils um ein eigenständiges Delikt (*delictum sui generis*) handelt und bei dem „Bestimmtheit“ um ein „besonderes persönliches Merkmal“, welches nur für denjenigen Beteiligten gilt (vgl. § 28 II StGB), bei dem es „vorliegt“ (s. dazu *Fahl/Winkler*, BT/2, § 216 Rn. 10).
- 8 **Vertiefend:** *Dohna*, DStR 1940, 120; *Hillenkamp/Cornelius*, Probleme AT, 19. Problem; *Klee* ZAKDR 1940, 188; *Mezger*, DR 1940, 635

Staschynski (Stachinskij)

BGH, Urt. v. 19.10.1962 – 9 StE 4/62, BGHSt 18, 87 = NJW 1963, 355

9

Staschinski, der im KGB in der Abteilung für Terrorakte im Ausland beschäftigt war, wurde 1957 mit dem Auftrag, von der Führungsspitze der Sowjetunion als störend empfundene Exilpolitiker zu liquidieren, nach Berlin beordert. Auftragsgemäß tötete er im Herbst 1957 Lew Rebet vom „nationalen Bund“ und im Sommer 1959 in München Stefan Bandera, den Vorsitzenden der „Organisation Ukrainischer Nationalisten“. Als Tatwaffe verwendete er einen pistolenähnlichen Gegenstand zum Versprühen von Blausäuregas, welches er seinen Opfern direkt ins Gesicht spritzte. Fünf Tage vor dem Bau der Berliner Mauer floh er mit seiner deutschen Ehefrau nach West-Berlin, wo er sich der Polizei stellte und in U-Haft genommen wurde.

10

1. Problemstellung

Es geht im „Staschinskifall“ – die (vielen) unterschiedlichen Schreibweisen erklären sich aus den verschiedenen Transkriptionen aus dem Russischen – wie im „Badewannenfall“ (Rn. 2 ff.) abstrakt um die Frage, anhand welcher Kriterien Täterschaft und Teilnahme voneinander abzugrenzen sind. Nach der „formal-objektiven Theorie“ kann Täter nur sein, wer in eigener Person Tatbestandsmerkmale verwirklicht. Freilich könnte es dann die mittelbare Täterschaft nicht geben (§ 25 I Alt. 2 StGB). Das ist ein Grund dafür, warum die „subjektive Theorie“ entwickelt wurde, wonach es (rein) subjektiv darauf ankommt, ob der Täter „Täterwillen“ hat (*animus auctoris*), also Täter sein „will“, oder nur „Teilnehmerwillen“ (*animus socii*). Dagegen spricht jedoch schon, dass der „Täterwille“ als Abgrenzungskriterium im objektiven Tatbestand ungeeignet erscheint (zu dem Streit ausf. *Fahl/Winkler*, AT, § 25 Rn. 4).

11

2. Lösung des BGH

Der BGH schließt sich der „subjektiven Theorie“ des RG an: R. und Ba. seien „heimtückisch“ („Ausnutzen der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit“, vgl. *Fahl/Winkler*, Def., § 211 Rn. 5) getötet, also „ermordet“ worden (§ 211 StGB). Darin sei der Bundesanwaltschaft zuzustimmen. Nicht zuzustimmen sei ihr aber darin, dass sie den Angekl. als Täter ansehe. „Gehilfe“ sei, beim Morde wie bei allen anderen Straftaten, wer die Tat nicht „als eigene“ begehe, sondern nur als Werkzeug oder Hilfsperson bei fremder Tat mitwirkt. Maßgebend

12

sei die innere Haltung zur Tat. Dieser sog. subjektiven Teilnahmelehre habe sich der BGH von vornherein angeschlossen. Danach komme als Täter auch in Betracht, wer die Tat vollständig durch andere ausführen lasse, andererseits als bloßer Gehilfe auch derjenige, der alle Tatbestandsmerkmale eigenhändig erfülle. Anders seien auch diejenigen Urteile des BGH nicht zu verstehen, in denen ausgeführt werde, Täter sei, wer den „Willen zur Tatherrschaft“ habe. Es bestehe kein Grund, von dieser Rspr. abzurücken, die von der Rechtslehre, kaum ganz zutreffend, als „subjektive Theorie mit Einbau objektiver Elemente“ bezeichnet werde, insb. biete die in der durchaus nicht einheitlichen Rechtslehre vertretene „materiell-objektive Lehre“ dazu keinen überzeugenden Anlass. Das hiernach für maßgeblich erklärte Unterscheidungsmerkmal der „Tatherrschaft“ lehnt er als zu „schematisch“ ab und kommt zum Schluss: Der Angekl. war daher als Gehilfe (§ 49 StGB a.F. = § 27 StGB n.F.) zu verurteilen.

3. Kritik

- 13 In der Lehre hat sich dagegen die „Tatherrschaftslehre“ (materiell-objektive Theorie) durchgesetzt, wonach Täter ist, wer die „Tatherrschaft“ hat, d.h. das Geschehen planvoll-lenkend in den Händen hält („Hauptfigur“ des Geschehens ist), wohingegen Teilnehmer ist, wer als bloße „Randfigur“ des Geschehens erscheint, und auch in der Rspr. existieren – wie gesehen – seit langem praktisch nur noch „Mischformen“. Ob eine so „extreme“ Auslegung, wie das RG sie im „Badewannenfall“ vertreten hat – oder der BGH hier – nach der heutigen Gesetzesfassung (in Kraft seit 1. Januar 1975) noch vertretbar ist, wonach „als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst ... begeht“ (§ 25 I Alt. 1 StGB), ist umstritten. – Das Urteil ist erkennbar politisch motiviert, um „Überläufer“ in der Zeit des „kalten Krieges“ nicht von vornherein abzuschrecken – von diesem „Kunstgriff“ profitierten freilich vor allem NS-Täter, die für ihre eigenhändig ausgeführten Verbrechen in der Folgezeit vielfach nur als „Teilnehmer“ bestraft wurden (die „Haupttäter“ hatten sich praktischerweise alle umgebracht oder waren jedenfalls nicht zu greifen) und damit – mit Billigung des BGH – viel zu milde weggekommen sind!

4. Weiterführende Hinweise

- 14 Die „Giftspritze“ ist ein „gefährliches Werkzeug“ i.S.d. § 224 I Nr. 2 Alt. 2 StGB – eines, das seiner „konkreten Art seiner Verwendung nach geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen“ (s. *Fahl/Winkler*, Def., § 224 Rn. 5). – Der Tatbestand der „Giftbeibringung“ gem. § 229 StGB a.F., der damals noch galt, ist inzwischen aufgegeben in § 224 I Nr. 1 StGB, aber die Streitfrage, ob für die

„Beibringung“ auch eine äußerliche Anwendung genügt, ist geblieben; s. dazu *Fahl/Winkler*, BT/2, § 224 Rn. 3). Diese Tatbestände werden aber von §§ 211, 212 StGB „verdrängt“, sofern man sich nicht der Meinung anschließt, dass Körperverletzung neben Tötung schon tatbestandlich ausscheidet (sog. Gegensatztheorie, s. *Fahl/Winkler*, BT/2, § 223 Rn. 7).

Aus tatsächlichen Gründen verneint hat der BGH den „Nötigungsstand“ (§ 52 StGB a.F.: Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Täter durch unwiderstehliche Gewalt oder durch Drohung, welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben ... verbunden war, zu der Handlung genötigt wurde“). Dies wurde von ihm schon damals nur als ein „rechtlicher Entschuldigungsgrund“ aufgefasst, und das bleibt auch nach der Abschaffung des § 52 StGB a.F. richtig, weil das Opfer des im „Nötigungsnotstand“ Handelnden (Genötigten) sich sonst nicht einmal wehren dürfte – sog. Notwehrprobe (vgl. *Fahl/Winkler*, AT, § 34 Rn. 9).

Anschläge wie der von Staschinski sind (natürlich!) auch ein Völkerrechtsbruch, scheinen aber noch immer zum Repertoire des russischen Geheimdienstes zu gehören, wie das Polonium-Attentat 2006 in London auf Alexander Litwinenko und das auf Sergei Skripal und seine Tochter mit einem Nervenkampfstoff in Salisbury im Jahr 2008 zeigen. Aber auch andere Länder greifen zu ähnlichen Methoden (z.B. Saudi-Arabien mit der Ermordung des Journalisten Khashoggi im Istanbuler Konsulat). Neu ist aber, dass ein Staat wie die USA mehr oder weniger offen zum Völkerrechtsverstoß steht (wie bei der Tötung des iranischen Generals Soleimani im Irak durch eine US-Drone). Dann kann das „Völkerrecht“ abdanken. – Was aus Staschinski nach seiner Haftentlassung geworden ist, ist unklar – jahrelang hat man gemeint, dass er unter einer neuen Identität in Deutschland lebe, jetzt wird gemutmaßt, dass er unter amerikanischem Schutz in den USA leben könnte. Was Überläufern blüht, wenn sie entdeckt werden, zeigen die Fälle Litwinenko und Skripal schließlich auch.

Vertiefend: *Baumann*, NJW 1963, 561; *Sax*, JZ 1963, 329; *Roxin*, HRR, Fall 76 **15**

Vor § 32 Einwilligung

Aufbauschema: Rechtfertigende Einwilligung

I. Objektiver Rechtfertigungstatbestand

1. Disponibilität (= Verzichtbarkeit)
2. Dispositionsbefugnis (z.B. Eltern für Kind)

3. Einwilligungserklärung (ausdrücklich oder konkludent; vor der Tat erklärt und bei der Tat noch wirksam)
4. Einwilligungsfähigkeit des Einwilligenden
5. Keine Willensmängel
6. (Bei Körperverletzung) keine Sittenwidrigkeit, § 228

II. Subjektiver Rechtfertigungstatbestand

Handeln in Kenntnis und aufgrund der Einwilligung

Zahnextraktion

- 2 BGH, Urt. v. 22.2.1978 – 2 StR 372/77, NJW 1978, 1206

- 3 Frau F litt seit Jahren unter starken Kopfschmerzen, deren Ursache alle ärztlichen Bemühungen nicht hatten ergründen können. Bei neuerlichen ergebnislosen Untersuchungen äußerte sie die Absicht, sich alle plombierten Zähne ziehen zu lassen, weil nach ihrer Überzeugung ein Zusammenhang zwischen dem Leiden und den mit einer Füllung versehenen Zähnen bestehe. Der untersuchende Arzt A war der Auffassung, dass eine solche Maßnahme medizinisch nicht geboten sei, konnte die Zeugin aber nicht von ihrer Meinung abbringen. Er überwies sie deshalb an den Zahnarzt Z, dem er die Sachlage telefonisch erläuterte. Auch Z stellte fest, dass der Zustand der Zähne für die Kopfschmerzen der Zeugin nicht ursächlich sein konnte. Er hielt es lediglich für entfernt denkbar, dass unbekannte psychosomatische Zusammenhänge ein Abklingen der Kopfschmerzen nach einer Zahnextraktion bewirken könnten. Die Z beharrte jedoch auf einer Extraktion. Mit der Bemerkung, sie müsse es selbst wissen, ob sie die Zähne „heraus haben“ wolle, zog er ihr schließlich die Zähne.

1. Problemstellung

- 4 Ob die Zustimmung des Rechtsgutsinhabers tatbestandsausschließend (sog. Einverständnis) oder rechtfertigend (Einwilligung) wirkt, ist von Tatbestand zu Tatbestand verschieden (vgl. *Fahl/Winkler*, AT, Vor § 32 Rn. 6). Bei § 223 StGB geht die Rspr. davon aus, dass nur eine „Einwilligung“ in Betracht kommt, wobei § 228 StGB die Einwilligung nicht regelt, sondern voraussetzt und nur ihre Grenzen (Sittenwidrigkeit) festlegt. Die Einwilligung folgt jedoch daraus, dass dem Einwilligenden kein Unrecht widerfährt (*volenti non fit iniuria*), und ist daher als allgemeiner Rechtfertigungsgrund anerkannt (vgl.

Fahl/Winkler, AT, Vor § 32 Rn. 7). Ihre Voraussetzungen sind nach der Rspr. die „Disponibilität“ des Rechtsgutes (Leib ja, nicht aber Leben, s. § 216 StGB), die „Dispositionsbefugnis“ (dass F auch Inhaber des disponiblen Rechtsguts ist), die „Einwilligungsfähigkeit“ (die Erwachsenen normalerweise zugestanden wird, Minderjährigen aber fehlen kann, s. *Fahl/Winkler*, AT, Vor § 32 Rn. 9) und die Einwilligungserklärung, die ausdrücklich (nicht unbedingt schriftlich) und rechtzeitig vorher erteilt worden sein und noch fortbestehen (vgl. *Fahl/Winkler*, AT, Vor § 32 Rn. 10) muss. Weiter setzt die „Einwilligung“ im Unterschied zum „Einverständnis“ die Freiheit von Willensmängeln voraus (vgl. *Fahl/Winkler*, AT, Vor § 32 Rn. 11) – und das bedeutet, dass der Arzt den Patienten (rechtzeitig vorher) umfassend (d.h. über Chancen und Risiken) aufklären muss (sog. Aufklärungspflicht).

2. Lösung des BGH

Nach Ansicht des BGH ist eine in „laienhaftem Unverstand“ aufgrund einer „unsinnigen selbstgestellten Diagnose“ erteilte Einwilligung unwirksam. Entscheidend sei nicht, dass der Angekl. ihr den Mangel der medizinischen Indikation nicht verschwiegen habe, sondern allein, dass es ihm nicht gelungen sei, das Vorstellungsbild der F, „mit welchen Mitteln auch immer“, in Übereinstimmung zu einer realistischen medizinischen Beurteilung zu bringen. Allein dieser Umstand habe ihn vor dem Recht bereits gezwungen, von der Zahnextraktion abzusehen.

3. Kritik

Das kann aber nicht richtig sein. Entscheidend ist nicht, ob der Geschädigte vernünftig handelt, sondern ob er in den Stand versetzt wurde, vernünftig zu handeln (näher *Fahl/Winkler*, AT, Vor § 32 Rn. 12). Das allein ist Sinn und Zweck der Aufklärungspflicht. Des Menschen Wille ist sein Himmelreich! Was hätte Z denn tun sollen? Die F an den nächsten Arzt weiter verweisen (wie es der A getan hat)? Die Extraktion „hinauszögern“ (was er nach den Urteilsgründen getan hat)? Weiter aufklären? Wenn sie dann immer noch die Zähne „heraus haben“ will? Irgendwann muss ja einmal Schluss sein mit der „Aufklärung“.

4. Weiterführende Hinweise

Im Originalfall hat Z der F, „um sie hinzuhalten“, zuerst zwei Zähne im Ober- und drei im Unterkiefer gezogen, F erschien aber trotzdem wieder und verlangte – wiederum „aus Unkenntnis, Rat und Hoffnungslosigkeit, jedoch nach seinem Eindruck aufgrund reiflicher Überlegung – auch die Entfernung der restlichen Zähne. Infolge eines Missverständnisses glaubte Z, sie wolle alle Zähne gezogen haben, wäh-