

Fälle Strafrecht Allgemeiner Teil

Bearbeitet von

Von Dr. Wilhelm-Friedrich Schneider, Rechtsanwalt und Repetitor

8. Auflage 2019. Buch. 160 S. Softcover

ISBN 978 3 86752 646 3

Format (B x L): 16,5 x 23,0 cm

[Recht > Strafrecht > Strafrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Fall 3: Abgrenzung Tun/Unterlassen

(nach BGH NStZ 1999, 607)

Die alleinerziehende A ließ ihre 3-jährige Tochter M in ihrer Wohnung zurück, um einen Termin beim Jugendamt wegen der Betreuung der M wahrzunehmen, deren Erziehung sie sich nicht gewachsen fühlte. Obwohl M schon früher in einem unbeaufsichtigten Moment die Herdplatten eingeschaltet hatte, traf A keinerlei Vorkehrungen gegen diese Möglichkeit. M setzte erneut die Herdplatten in Gang. Dies führte wegen auf dem Herd liegenden Papiers zu einem Brand, in dem M erstickte.

Strafbarkeit der A wegen fahrlässiger Tötung?

I. Indem sie die Wohnung verließ, könnte sich A wegen **fahrlässiger Tötung der M gemäß § 222 strafbar gemacht haben.**

Dies setzt voraus, dass sie hierdurch den tatbestandsmäßigen Erfolg, den Tod der M, verursacht hat. Fraglich erscheint, ob zur Ermittlung der Kausalität an das Verlassen der Wohnung anzuknüpfen ist oder daran, dass sie es unterlassen hat, für eine Beaufsichtigung der M zu sorgen oder andere Vorkehrungen gegen gefährdenden Unfug des Kindes zu treffen. Die Kriterien zur **Abgrenzung von Tun und Unterlassen** sind umstritten.¹⁰

1. Nach einer naturalistischen Auffassung liegt stets ein Begehungsdelikt vor, wenn durch den Einsatz von Energie, der das aktive Tun kennzeichnet, der zum Erfolg führende Kausalverlauf in Gang gesetzt wird.

Das Verlassen der Wohnung stellt ein aktives Tun dar. Dies war nach der Bedingungstheorie ursächlich für den Tod der M, wenn dieser nicht eingetreten wäre, falls A die Wohnung nicht verlassen hätte. Auch in diesem Fall wäre der Tod der M aber nur zu vermeiden gewesen, wenn A gegen die Selbstgefährdung des Kindes eingeschritten wäre. Gegen die Kausalität könnte daher sprechen, dass bei der Ermittlung des Ursachenzusammenhangs nur auf den tatsächlichen Geschehensablauf abzustellen ist. Dagegen ist die Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe nicht zulässig. Dies besagt jedoch nur, dass die Kausalität einer Handlung nicht dadurch ausgeschlossen ist, dass der tatbestandsmäßige Erfolg durch hypothetische Ersatzursachen ebenfalls verursacht worden wäre.

Dagegen ist eine Handlung auch dann ursächlich für den Erfolg, wenn sie eine hypothetische Rettungshandlung unmöglich gemacht hat, durch die der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre. Hätte A die Wohnung nicht verlassen, so erscheint nicht zweifelhaft, dass eine das Leben der M gefährdende Brandentwicklung durch rechtzeitiges Einschreiten der A verhindert worden wäre.

Das Verlassen der Wohnung durch A war danach ursächlich für den Tod der M. Danach wäre hier an das aktive Tun des Verlassens der Wohnung anzuknüpfen.

Diese Frage stellt sich nur bei mehrdeutigem Verhalten, nicht dann, wenn der Erfolgsverursachung durch Tun das Unterlassen seiner Abwendung nachfolgt. Hierbei handelt es sich um ein Konkurrenzproblem!

10 Führ Jura 2006, 265 ff.

2. Nach h.M. stellt die Abgrenzung von Tun und Unterlassen eine **Wer-tungsfrage** dar, die unter Berücksichtigung des sozialen Sinngehalts des Verhaltens und des **Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit** zu entscheiden ist. Danach könnte hier auf ein Unterlassen abzustellen sein, da das Verlassen der Wohnung für sich genommen unschädlich gewesen wäre, wenn A für anderweitige Aufsicht gesorgt oder andere Vorkehrungen zur Gefahrvermeidung getroffen hätte.

Generell wird im Fall kausalen Tuns der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auch hierin zu sehen sein, wenn das Tun erst die Gefahr begründet, um deren Vermeidung willen Sorgfaltsvorkehrungen hätten getroffen werden müssen. Dies gilt vor allem, wenn das Unterlassen lediglich die mögliche Missachtung der gebotenen Sorgfalt kennzeichnet. Andernfalls würde aus jedem fahrlässigen Tun ein Unterlassungsdelikt gemacht, das jedoch andere tatbestandliche Voraussetzungen aufweist. Auch ist der Strafmilderungsmöglichkeit des § 13 Abs. 2 zu entnehmen, dass eine Verursachung durch Tun schwerer wiegt als eine solche durch Unterlassen.

Im vorliegenden Fall ging die Gefahr jedoch nicht von dem Verlassen der Wohnung, sondern vielmehr von dem Kind selbst aus. Diese erforderte eine Beaufsichtigung auch für den Fall, dass A die Wohnung nicht verlassen hätte. Da sich diese Gefahr in jedem Fall nur dadurch vermeiden ließ, dass A durch zusätzliche Maßnahmen wie etwa die Mitnahme des Kindes oder Beaufsichtigung durch Dritte etwas getan hätte, liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in dem Unterlassen solcher Maßnahmen.

3. Die vorliegende Abgrenzungsfrage ist vom Gesetz selbst nicht geregelt, sondern wird vorausgesetzt. Dementsprechend ist ein Vorrang kausalen Tuns vor dem Unterlassen nicht gesetzlich vorgesehen. Ein solcher Widersprache auch der Äquivalenzklausel des § 13 Abs. 1. Denn dass ein Abbruch z.B. apparatemedizinischer Behandlung durch Tun anderen Regeln unterliegen sollte als die Verweigerung der Aufnahme einer solchen, ist sachlich nicht zu rechtfertigen. Dementsprechend ist auch nicht zu rechtfertigen, im vorliegenden Fall an das Verlassen der Wohnung anzuknüpfen, während im Fall eines Untätigbleibens der A in der eigenen Wohnung nach allg. Ansicht nur ein Unterlassungsdelikt in Betracht zu ziehen wäre. Danach kommt im vorliegenden Fall richtigerweise keine fahrlässige Tötung als Begehungsdelikt in Betracht.

II. Indem sie die M ohne Aufsicht ließ, könnte sich A wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen gemäß **§§ 222, 13** strafbar gemacht haben.

1. Dazu müsste sie den Tod der M durch das Unterlassen ihrer möglichen Vorkehrungen verursacht haben.

a) Hier wäre der A möglich gewesen, das Einschalten des Herdes durch M dadurch zu unterbinden, dass sie die Sicherung ausgeschaltet oder die M mitgenommen hätte.

b) Einen Ursachenzusammenhang des Unterlassens für einen Erfolg im natürlichen Sinne gibt es nicht. Daher ist die Kausalität nach der **modifizierten Bedingungstheorie** festzustellen. Hiernach ist das Unterlassen einer Handlung kausal, wenn der Erfolg bei Vornahme der gebotenen Handlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre. Hätte A die M mitgenommen oder die Sicherung ausgeschaltet, so wäre es

c) Ein Teil der Lit. will demgegenüber nach **Art der Garantenpflichten** differenzieren. Der Inhaber einer Obhutsgarantenstellung sei regelmäßig Täter, der Aufsichtsgarant dagegen lediglich Teilnehmer.

Hier traf den A eine Aufsichtsgarantenpflicht aus Ingerenz. Danach scheidet ebenfalls die Annahme von Täterschaft aus.

d) Nach anderer Auffassung stellen Unterlassungsdelikte **Pflichtdelikte** dar, deren Tatbestandserfüllung stets eine Strafbarkeit wegen täterschaftlicher Beteiligung auslöse. Hiernach ist das Unterlassen der Erfolgsverhinderung durch A als täterschaftliches Unterlassen anzusehen.

e) Gegen diese Ansicht spricht, dass die Kategorie der Pflichtdelikte unergiebig ist für die Abgrenzung der Teilnahmeformen. Jede Strafbarkeit setzt die Verletzung eigener Pflichten voraus, daher wäre danach stets von einer Art Einheitstäterschaft auszugehen. Zudem widerspricht die Annahme einer regelhaften Täterschaft bei Garantenpflichtverletzungen der Gleichstellungsklausel des § 13. Es ist nicht einleuchtend, warum bei der Beteiligung durch aktives Tun zwischen Täterschaft und Teilnahme zu unterscheiden, bei derjenigen durch Unterlassen aber stets Täterschaft anzunehmen sein soll. Dieser Ansicht kann daher nicht gefolgt werden. Danach ist hier eine täterschaftliche Zurechnung ausgeschlossen.

IV. Danach kommt eine Beihilfe durch Unterlassen zur Nötigung des C durch B gemäß **§§ 240, 27, 13** in Betracht.

1. Das setzt eine vorsätzliche und rechtswidrige Tat des B gemäß § 240 voraus. Wie bereits oben festgestellt, hat B den objektiven Tatbestand der Nötigung erfüllt. B handelte auch vorsätzlich. Die Drohung mit Schlägen war auch zur Erreichung des Zwecks schon wegen der Gefährlichkeit verwerflich.

2. A hatte auch die tatsächliche Möglichkeit und die rechtliche Pflicht gemäß § 13, gegen das Handeln des B einzuschreiten. In diesem Falle wäre die Nötigung des C unterblieben oder zumindest erschwert worden. Danach hat A auch gemäß § 27 Hilfe geleistet.

3. A handelte auch vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

4. Seine Strafe ist jedoch gemäß § 27 Abs. 2 und kann darüber hinaus gemäß § 13 Abs. 2 gemildert werden.

V. In Betracht kommt auch eine Beihilfe durch Unterlassen zur gefährlichen Körperverletzung gemäß **§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5, 27, 13**.

1. Indem B den C zwang, den Kopf in die Schlinge zu stecken, sodass dieser in Luftnot geriet, hat er ihn mittels eines gefährlichen Werkzeugs und einer das Leben gefährdenden Behandlung vorsätzlich und rechtswidrig körperlich misshandelt.

2. Auch hierzu hat A, wie vorher ausgeführt, durch Unterlassen vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft Hilfe geleistet.

3. Jedoch sind auch insoweit §§ 27 Abs. 2, 13 Abs. 2 anzuwenden.

Ergebnis: A ist strafbar gemäß §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5, 27, 13; 240, 27, 13; 52.

Da die übrigen Ansichten zu derselben Lösung kommen, bedarf es insoweit keiner Stellungnahme.

Da die Fragestellung die Strafbarkeit des B nicht umfasste, kann dies erst hier inzidenter geprüft werden.

Fall 27: Anstiftung/Aufstiftung bei Qualifikation und Erfolgsqualifikation

(nach BGHSt 19, 339)

Der 16-jährige A machte im Sportartikelgeschäft der M eine kaufmännische Lehre. Als er von seinem gleichaltrigen Freund B erfuhr, dass dieser mal wieder pleite sei, schlug er ihm vor, die M in ihrem Laden zu überfallen und die Beute zu teilen. M solle aber nicht verletzt werden und er selbst wolle zur Tatzeit nicht anwesend sein, um seinen Lehrabschluss nicht zu gefährden. B ging darauf ein. Da A mit Widerstand der resoluten M rechnete, platzierte er später ohne Wissen des B einen Baseballschläger in der Nähe des Kassentresens, damit B sich dessen bedienen könne. Während A die Berufsschule besuchte, führte B die Tat aus. Tatsächlich benutzte er dabei aufgrund eines spontanen Entschlusses den vorgefundenen Schläger, um die M durch einen Schlag auf den Kopf niederschlagen und das Geld aus der Ladenkasse zu entwenden. Hierdurch wurde M tödlich verletzt. Dies hatten weder A noch B gewollt.

Strafbarkeit der (strafrechtlich verantwortlichen) Beteiligten?

A. Strafbarkeit des B

I. Eine Strafbarkeit wegen **Totschlags** oder **Mordes** gemäß **§§ 212, 211** scheidet mangels Tötungsvorsatzes aus.

II. In Betracht kommt jedoch eine Strafbarkeit wegen **Körperverletzung mit Todesfolge** gemäß **§ 227**.

1. Indem er die M mit dem Baseballschläger niederschlug, hat B die M gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5 vorsätzlich mittels eines gefährlichen Werkzeugs und einer das Leben gefährdenden Behandlung körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt. Der Grundtatbestand ist damit erfüllt.

2. Hierdurch hat B auch den Tod der M verursacht.

3. B müsste gemäß § 18 fahrlässig gehandelt haben. Die Verletzung der gebotenen Sorgfalt liegt bereits in der vorsätzlichen gefährlichen Körperverletzung. Dass ein Schlag mit einem Baseballschläger auf den Kopf zu tödlichen Verletzungen führen kann, ist auch vorhersehbar. Daher handelte B fahrlässig.

4. Der Tod der M ist dem Handeln des B auch nach allgemeinen Regeln objektiv zuzurechnen. Darüber hinaus hat sich in dem Tod der M auch das dem Schlag spezifisch anhaftende Risiko tödlicher Verletzung realisiert.

5. B handelte rechtswidrig und fahrlässig-schuldhaft.

B hat sich wegen Körperverletzung mit Todesfolge strafbar gemacht.

III. Die mitverwirklichten **§§ 222, 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5** treten dahinter zurück.

IV. Darüber hinaus kommt eine Strafbarkeit wegen **Raubes mit Todesfolge** gemäß **§§ 249, 251** in Betracht.

1. Indem B die M niederschlug, um das Geld aus der Kasse zu entwenden, hat er vorsätzlich mit Gewalt gegen die Person der M fremde bewegliche Sachen weggenommen, um sich diese rechtswidrig zuzueignen. Damit ist der Grundtatbestand des Raubes gemäß § 249 erfüllt.

2. Durch die Gewaltanwendung hat B auch den Tod der M verursacht.

3. B müsste leichtfertig gehandelt haben. Das setzt eine gesteigerte Form von Fahrlässigkeit voraus. Ein Schlag mit einem Baseballschläger auf den Kopf ist mit einem besonders hohen Risiko tödlicher Verletzungen verbunden. Daher handelte B leichtfertig.

4. In dem Tod der M hat sich auch das der Gewaltanwendung und damit dem Raub spezifisch anhaftende Risiko realisiert.

5. B handelte rechtswidrig und leichtfertig-schuldhaft.

V. Die durch das Verwenden des Schlägers und die lebensgefährliche Miss-handlung der M mitverwirklichten **§§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) und Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 lit. a) und lit. b)** treten dahinter zurück.

B hat sich gemäß §§ 251, 227, 52 strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des A

I. Eine Strafbarkeit wegen **gemeinschaftlichen Raubes** gemäß **§§ 249, 25 Abs. 2** setzt voraus, dass sich A das Handeln des B als Mittäter zurechnen lassen muss. Zwar bestand zwischen A und B ein gemeinsamer Tatplan. Auch hat A durch den Vorschlag und das Hinterlassen des Baseballschlängers eigene objektive Tatbeiträge geleistet. Fraglich erscheint jedoch, ob diese seine Täterschaft begründen. Gegen die nach h.Lit. erforderliche Tatherrschaft spricht, dass A nicht am Tatort war und deshalb auf die Tatbestands-erfüllung keinen entscheidenden Einfluss nehmen konnte. Seine vorbereitenden Tatbeiträge hatten auch kein solches Gewicht, dass die Tatbe standserfüllung dadurch vorgezeichnet gewesen wäre. Denn ob B den Schläger tatsächlich benutzen würde, war nur von diesem abhängig. Der nach der Rspr. erforderliche Täterwillen wäre daher nur durch sein Eigeninteresse an seinem Beuteanteil zu begründen. Ein solches Interesse ist aber auch bei Teilnehmern u.U. vorhanden und kann daher die Täterschaft allein nicht begründen. Damit scheidet eine Mittäterschaft aus.

II. In Betracht kommt aber eine Strafbarkeit wegen **Anstiftung zum Raub** gemäß **§§ 249, 26**.

1. B hat den Tatbestand des Raubes vorsätzlich und rechtswidrig erfüllt.

2. Gemäß § 26 muss A den B **zur Tat bestimmt** haben. Das setzt das Her-vorrufen des Tatentschlusses voraus. Danach kann zwar der zur Tat Geneigte, nicht aber der bereits fest Entschlossene (omnimo facturus) angestiftet werden. Umstritten ist, welcher Mittel sich der Anstifter hierzu bedienen kann. Zum Teil wird jedes Mittel bis hin zur Schaffung einer günstigen Tatgelegenheit für ausreichend gehalten. Andere verlangen eine Einflussnahme auf geistiger Ebene im Wege kommunikativen Kontakts. Unter diesen ist umstritten, ob jede kommunikative Einflussnahme genügt oder eine als Aufforderung erkennbare Beeinflussung des Täters durch den Anstifter oder sogar ein „Unrechtspakt“ der Beteiligten erforderlich ist.

Hier hat A bei B durch den Vorschlag, die M zu überfallen, den Tatentschluss zu dem Raub hervorgerufen. B hat sich darauf eingelassen. Insofern handelt es sich nach allen vorgenannten Ansichten um eine Anstiftung zum Raub.

3. A müsste auch vorsätzlich gehandelt haben. Das erscheint insoweit fraglich, als zunächst von dem Einsatz des Baseballschlägers noch nicht die Rede war. Da andererseits aber auch nur von einem „Überfall“ gesprochen wurde und dies auch die Anwendung von Gewalt impliziert, liegt die tatsächliche Ausführung der Tat im Bereich dessen, womit zu rechnen gewesen wäre und stellt daher jedenfalls keine wesentliche Abweichung von der Vorstellung des A dar. Daher handelte A auch vorsätzlich.

4. A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

Damit liegt eine Anstiftung zum Raub vor.

III. Fraglich erscheint, ob es sich auch um eine **Anstiftung zum Raub mit Todesfolge** gemäß **§§ 251, 26** handelt.

1. Das setzt eine **vorsätzliche rechtswidrige Tat** des B gemäß § 251 voraus. B hat den Tatbestand des § 251 rechtswidrig erfüllt. Zwar hat B hinsichtlich der tödlichen Folgen für M nicht vorsätzlich gehandelt. Jedoch ist die Tat gemäß § 11 Abs. 2 als vorsätzlich anzusehen, wenn sie einen Tatbestand erfüllt, der hinsichtlich der besonderen Tatfolgen Fahrlässigkeit ausreichen lässt. Das ist bei § 251, der hinsichtlich des Todes des Opfers ein wenigstens leichtfertiges Handeln voraussetzt, der Fall.

2. Gemäß § 26 muss A den B **zur Tat bestimmt** haben. Dies bezieht sich bei der Teilnahme an einer Erfolgsqualifikation nur auf die Verwirklichung des Grundtatbestandes, da der Täter nur insoweit vorsätzlich gehandelt haben muss. Hier hat A den B zum Raub angestiftet.

3. Insoweit handelte A vorsätzlich.

4. Gemäß § 18 i.V.m. § 251 müsste A selbst leichtfertig hinsichtlich der schweren Folgen gehandelt haben. Dagegen spricht jedoch, dass A darauf bestanden hatte, dass M nicht verletzt werden sollte, und die Abrede eines Überfalls unter diesen Voraussetzungen nicht mit einem gesteigerten Risiko tödlicher Folgen verbunden war.

Da A selbst nicht leichtfertig handelte, scheiden §§ 251, 26 aus.

IV. Dies wäre möglicherweise anders zu beurteilen, wenn in dem Bereitstellen des Schlägers eine selbständige Anstiftung zum Raub zu sehen wäre. Jedoch war B zur Begehung des Raubes zu dieser Zeit bereits entschlossen und konnte daher auch nicht mehr angestiftet werden. Die Verwendung des Schlägers stellt auch für sich keinen für den Tatbestand des § 251 maßgeblichen Umstand dar, sodass eine Anstiftung insoweit ausscheidet.

V. In Betracht kommen jedoch **§§ 251, 27** durch das Bereitstellen des Schlägers.

1. B hat den Tatbestand seinerseits, soweit erforderlich, vorsätzlich und rechtswidrig erfüllt.

2. Das Bereitstellen des Schlägers hat die Verwirklichung des Tatbestandes auch gefördert, da der Raub mithilfe des Schlägers verübt wurde.

- 3.** A handelte insoweit auch vorsätzlich.
- 4.** Schließlich handelte A auch leichtfertig hinsichtlich der Verursachung des Todes der M, da das Bereitstellen des Schlägers ein besonders hohes Risiko seiner Verwendung und damit eines tödlichen Ausgangs mit sich brachte.
- A handelte auch rechtswidrig und leichtfertig-schuldhaft.
- A hat sich daher wegen Beihilfe zum Raub mit Todesfolge strafbar gemacht.
- VI.** Das Bereitstellen des Schlägers könnte darüber hinaus als **Anstiftung zum besonders schweren Raub** gemäß **§§ 250 Abs. 2 Nr. 1 und 3 lit. a) und lit. b), 26** anzusehen sein.
- 1.** B hat diesen Tatbestand vorsätzlich und rechtswidrig erfüllt.
 - 2.** Der Tatentschluss hierzu wurde erst dadurch hervorgerufen, dass B den bereitgestellten Schläger am Tatort vorfand.
 - a)** Da B zur Begehung des Raubes als Grunddelikt zu dieser Zeit bereits entschlossen war, stellt sich aber die Frage, ob die Veranlassung der Verwirklichung qualifizierender Umstände („**Aufstiftung**“) als Anstiftung zum Qualifikationsdelikt zu ahnden ist.
 - aa)** Zum Teil wird dies abgelehnt, da der vorhandene Tatentschluss lediglich erweitert werde. Hiernach käme hinsichtlich der Verwendung des Werkzeugs nur Beihilfe zum Raub mit Todesfolge infrage. Eine Anstiftung durch Bereitstellen des Schlägers könnte nur hinsichtlich der Körperverletzungsdelikte vorliegen.
 - bb)** Nach a.A. ist dagegen wegen Anstiftung zum Qualifikationstatbestand zu bestrafen.
 - cc)** Für die erstgenannte Ansicht spricht, dass das gesamte Unrecht der Tat dem Anstifter als durch ihn verursacht zur Last gelegt würde, obwohl der Täter zur Begehung des Grunddelikts bereits entschlossen war. Dagegen spricht, dass dann, wenn die qualifizierenden Umstände keinen eigenen Tatbestand erfüllen, die durch den Veranlassungsbeitrag bewirkte Steigerung des Unrechts aufgrund der für Beihilfe zwingenden Strafmilderung nur unzureichend rechtlich bewertet wäre. Im Fall der versuchten Teilnahme wäre diese als Beihilfeversuch straflos. Der durch das vorherige Bestehen des Tatentschlusses zum Grunddelikt bedingten Verringerung des Unrechtsgehalts der Beteiligung kann bei der Strafummessung Rechnung getragen werden. Danach steht der Umstand, dass B zum Raub bereits entschlossen war, als er das Werkzeug vorfand, einer Anstiftung nicht entgegen.
 - b)** Schließlich wurde B zum Einsatz des Schlägers nicht durch eine **komunikative Einflussnahme** veranlasst, sondern nur durch das Bereitstellen des Werkzeugs. Ob dies als Bestimmen zur Tat anzusehen ist, erscheint fraglich.⁷⁴
 - aa)** Lässt man hierfür jede Verursachung des Tatentschlusses genügen, so ist auch hier wegen des Schaffens einer günstigen Tatgelegenheit von Anstiftung auszugehen.

74 Vgl. AS-Skript Strafrecht AT 2 (2018), Rn. 115.

7. Teil: Zweifelssatz, Konkurrenzen

Fall 46: Zweifelssatz, Konkurrenzen

(nach BGH NStZ 2002, 480)

A erstach den L und nahm anschließend dessen Handy und Geld an sich. Ob der Entschluss zur Erlangung der Beute schon vorher bestanden hatte oder erst nach dem Tötungsdelikt gefasst worden war, konnte nicht geklärt werden.

Strafbarkeit des A?

Vorüberlegung: Manche meinen, bei alternativen Fallgestaltungen Sachverhaltsvarianten bilden zu müssen, um durch einen Vergleich der Ergebnisse die Strafbarkeit feststellen zu können. Das ist aber nur richtig, soweit eine Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage (sogenannte Wahlfeststellung) in Betracht gezogen wird. Bevor sich diese Frage stellt, sollte man auch in diesen Fällen nach allgemeinen Regeln unter Anwendung des Zweifelssatzes vorgehen.

I. Indem A den L erstach, hat er vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft einen anderen Menschen getötet und sich daher wegen **Totschlags** gemäß **§ 212 Abs. 1** strafbar gemacht.

II. Die Tat könnte darüber hinaus als **Mord** gemäß **§ 211** strafbar sein.

1. A hat den L getötet.

2. Als Mordmerkmal kommt ein Handeln **zur Ermöglichung einer anderen Straftat**, hier der Wegnahme der Beute, in Betracht. Ob der Entschluss zur Wegnahme der Beute schon vor der Tötungshandlung gefasst worden war, steht jedoch nicht fest. Daher ist im Zweifel davon auszugehen, dass der Entschluss erst später gefasst wurde.

3. Ferner kommt ein Handeln aus **Habgier** in Betracht. Darunter ist ein sittlich anstößiges Gewinnstreben um jeden Preis zu verstehen. Davon wäre hier im Falle eines Handelns zur Erlangung von Geld und Handy auszugehen. Das steht hier nicht fest, daher ist im Zweifel davon auszugehen, dass der Entschluss hierzu erst später gefasst wurde.

Da andere Mordmerkmale nicht ersichtlich sind, scheidet eine Strafbarkeit wegen Mordes aus.

III. Die **§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 und 5** treten hinter § 212 zurück.

IV. In Betracht kommt eine Strafbarkeit wegen **Raubes mit Todesfolge** gemäß **§§ 249, 251**.

1. Indem A den L erstach, hat er Gewalt gegen die Person des L angewandt.

2. Handy und Geld des L waren für A fremde bewegliche Sachen. Diese müsste A weggenommen haben. Das setzt den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams voraus. Das wäre hier anzunehmen, wenn der Entschluss zur Entwendung der Beute bereits vorher gefasst war, da in diesem Fall in der Gewaltanwendung bereits ein Angriff auf den Gewahrsmann des L lag. Anders liegt es aber, wenn der Entschluss, die Beute an sich zu nehmen, erst nach der Tötung des L gefasst wurde. Denn nach dem Tod

Es empfiehlt sich, einfache Konkurrenzfragen so früh wie möglich zu erledigen.

des L bestand kein fremder Gewahrsam mehr an der Beute. Danach ist im Zweifel hier davon auszugehen, dass der Entschluss, die Beute an sich zu nehmen, erst nach der Tötung des L gefasst wurde. Eine Strafbarkeit wegen Raubes, auch mit Todesfolge, scheidet daher aus.

V. Auch ein **Diebstahl** gemäß § 242 scheidet aus demselben Grunde im Zweifel aus.

VI. In Betracht kommt aber eine **Unterschlagung** gemäß § 246 Abs. 1.

1. Geld und Handy des L waren für A fremde bewegliche Sachen.
2. Diese müsste sich A rechtswidrig zugeeignet haben. Darunter ist nach h.M. die Manifestation des Willens rechtswidriger Zueignung zu verstehen, also ein Handeln, das objektiv den Schluss auf den Vorsatz dauernder Enteignung und wenigstens vorübergehender Aneignung gestattet. Spätestens mit der Begründung eigenen Gewahrsams an der Beute gab A hier zu verstehen, dass er diese unter dauernder Enteignung des Berechtigten, hier der Erben des erststochenen L, dem eigenen Vermögen einverleiben wollte. Die Zueignung widersprach auch der bürgerlichrechtlichen Eigentumsordnung und war daher rechtswidrig.
3. A handelte auch mit **Vorsatz** und dem erforderlichen **Zueignungswillen**.
4. A handelte **rechtswidrig** und **schuldhaft**.

VII. Konkurrenzen und Ergebnis:

1. A hat sich demnach wegen Totschlags und Unterschlagung strafbar gemacht.
2. Die Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses hängt gemäß §§ 52 ff. zunächst davon ab, ob den Delikten **dieselbe Ausführungshandlung** zugrunde liegt. Das ist hier der Fall, wenn die Manifestation des Zueignungswillens bereits in der Tötungshandlung, nicht jedoch, wenn sie erst in der Neubegründung des eigenen Gewahrsams liegt, weil der Entschluss hierzu erst nach der Tötung des L gefasst wurde. Hinsichtlich des Konkurrenzverhältnisses ist nach st.Rspr. und h.Lit. wiederum der Zweifelssatz „in dubio pro reo“ anzuwenden. Danach ist im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass die Tötung des L bereits der Erlangung der Beute diente und das Tötungsdelikt daher durch dieselbe Handlung begangen wurde wie die Unterschlagung.

Dies könnte allerdings der oben bei der Prüfung der §§ 211 und 249 zugrunde gelegten Annahme widersprechen, dass der Entschluss zur Entwendung der Beute erst nach der Tötungshandlung gefasst wurde. Ein Widerspruch liegt darin jedoch nur, wenn es sich bei dem Zweifelssatz um eine Beweisregel handelt, nach der das Gericht nur die eine oder die andere Sachverhaltsvariante seiner Entscheidung zugrunde legen darf. Richtigerweise handelt es sich dagegen um eine Beweislastregel. Da dem Angeklagten nach dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) die Schuld bewiesen werden muss (Art. 6 Abs. 2 EMRK), ist für jeden den Schultdspruch und Rechtsfolgenausspruch tragenden Umstand der Zweifelssatz anzuwenden. Die gilt auch dann, wenn dies zur gegenläufigen Anwendung bezüglich desselben Umstandes führt.

Danach ist hier von einer identischen Ausführungshandlung auszugehen.

Das liegt daran, dass im Fall des § 53 eine Gesamtstrafe zu bilden wäre, die höher ausfallen würde, als eine Einzelstrafe gemäß § 52 Abs. 2.

3. Dies wirft jedoch die Frage auf, ob die Unterschlagung gemäß § 246 Abs. 1 als **formell subsidiär** hinter der Strafbarkeit wegen Totschlags gemäß § 212 zurücktritt. Diese Frage ist umstritten.

a) Nach einer Ansicht gilt die formelle Subsidiarität der Unterschlagung nur gegenüber Vermögensdelikten.¹²¹

b) Andere sind der Auffassung, dass die Strafbarkeit wegen Unterschlagung auch gegenüber anderen Delikten als Vermögensdelikten zurücktritt.¹²²

c) Für die erstgenannte Ansicht spricht eine am Schutzzweck des § 246 orientierte Betrachtung. Da § 246 lediglich dem Schutz fremden Eigentums dient, wäre der Schulterspruch unvollständig, wenn man § 246 hinter § 212 zurücktreten lässt. Zur Begründung der Gegenmeinung ist zunächst auf den Gesetzeswortlaut zu verweisen, der keine Einschränkung enthält. Ein Vergleich mit Subsidiaritätsklauseln wie z.B. der des § 265, der wie die Neufassung des § 246 auf dem 6. StRG beruht, zeigt weiterhin, dass der Gesetzgeber eine nur eingeschränkte Subsidiarität im Gesetz ggf. zum Ausdruck gebracht hätte. Danach ist, auch wenn dies dem Zweck der Norm widerspricht, von der Subsidiarität des § 246 Abs. 1 auch gegenüber anderen Delikten als Vermögensdelikten auszugehen.

Danach tritt die Unterschlagung hinter dem Totschlag zurück.

Ergebnis: A hat sich wegen Totschlags strafbar gemacht.

121 Sch/Sch/Bosch § 246 Rn. 32 m.w.N.

122 BGH NStZ 2002, 480.

