

Übungsfall: Wer im Glashäuschen sitzt ...

Von Wiss. Mitarbeiter **Marcus Bergmann**, Halle*

Die Klausur wurde im WS 2008/2009 an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg als Semesterabschlussklausur nach dem 1. Semester im Rahmen der Zwischenprüfung Strafrecht I gestellt. Bewusst wurden im Folgenden die Literaturnachweise primär derjenigen Ausbildungsliteratur entnommen, mit der Studierende bereits im 1. Semester arbeiten, um die selbständige Nacharbeit zu erleichtern.

Sachverhalt

T trauert: Seine Frau F hatte ihn wegen eines anderen Mannes verlassen und sich dann kurz darauf umgebracht.

A beschließt, die Situation für seine Zwecke auszunutzen. Am Grab der F spricht er T an und behauptet wahrheitswidrig, ein Gespräch zwischen O und dessen Freund D belauscht zu haben. O habe sich gegenüber D damit gebrüstet, die F verführt und ganz verrückt nach ihm gemacht zu haben. Danach habe O nichts mehr von ihr wissen wollen, weshalb sie sich aus Verzweiflung das Leben genommen habe. D habe O für seinen teuflischen Plan bewundert.

T glaubt die Lügen des A und schwört am Grab der F, ihren Tod durch den Tod des O zu rächen. Genau das hatte A erhofft. Er informiert T, dass O jeden Morgen an einer einsam gelegenen Bushaltestelle auf den Bus warte und dort ohne Risiko aus dem Hinterhalt getötet werden könne. T hält dies für eine gute Idee und will gleich am nächsten Morgen zur Tat schreiten.

Unbemerkt von T und A hat ausgerechnet D, der Freund von O, das Gespräch mit angehört. Er weiß genau, dass O mit dem Tod der F nichts zu tun hat. Vielmehr hat er schon seit längerem A in Verdacht. Um O zu retten, ruft er ihn an und drängt ihn, am nächsten Morgen nicht mit dem Bus, sondern mit dem Auto zur Arbeit zu fahren. O willigt ein. Um sich an A wegen dessen infamer Behauptungen zu rächen, begibt sich D in aller Frühe zum Haus des A, klingelt und überwältigt diesen. Gefesselt und geknebelt setzt er ihn an der besagten Bushaltestelle in das gläserne Wartehäuschen, sorgsam in einen Mantel gewickelt, so dass man die Fesselung nur aus nächster Nähe bemerkt. Voller Entsetzen wird A klar, dass er jetzt selbst in der Falle sitzt, in die er O bugsieren wollte. Kurze Zeit später nähert sich T mit einem Revolver, sieht schon von weitem die einsame Gestalt und hält diese für O. Er schleicht hinter das Glashäuschen, legt an und tötet A mit einem gezielten Schuss durch die Glasscheibe in den Hinterkopf.

An ihrem Grab berichtet er F, Vergeltung geübt zu haben, so dass das Unrecht nun aus der Welt geschaffen sei und sie Ruhe finden könne.

1. Wie hat sich T nach dem StGB strafbar gemacht? §§ 185-200 StGB sind nicht zu prüfen.

2. Bitte beantworten Sie die nachfolgenden Fragen unter Bezugnahme auf das Gesetz:

a) Der entschuldigende Notstand nach § 35 Abs. 1 StGB setzt unter anderem voraus, dass der Täter eine Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahe ste-

henden Person abwendet. Gehört der Bruder der Ehefrau des Täters zu dieser Personengruppe?

b) Ist es strafbar, wenn jemand eine Sache nur fahrlässig beschädigt?

c) Ist der Versuch der gewerbsmäßigen Bandenhehlerei (§ 260a StGB) strafbar?

Frage 1: Gutachterliche Falllösung zur Strafbarkeit des T

Anmerkung: Der Sachverhalt ist sehr komplex, deshalb ist die Klausur als mittelschwer einzustufen. In rechtlicher Hinsicht begegnet dem Bearbeiter hingegen Altbekanntes: Neben dem error in obiecto vel persona sind Mordmerkmale zu prüfen. Schwierigkeiten bereitete den Bearbeitern erwartungsgemäß die Versuchsprüfung, in der im Tatenschluss die Vorgänge zum einen aus der subjektiven Sicht des Täters, zum anderen aber gleichwohl sorgfältig subsumierend dargestellt werden müssen.

A. § 212 Abs. 1 StGB

Indem T durch die Glasscheibe auf A schoss, so dass dieser starb, könnte sich T nach § 212 Abs. 1 StGB wegen Totschlags strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

In der Person des A hat T einen anderen Menschen getötet, so dass der objektive Tatbestand erfüllt ist.

Anmerkung: Weitere Ausführungen sind entbehrlich. Auf Kausalität und objektive Zurechnung sollte nur eingegangen werden, wenn dies problematisch ist.¹ Das war ersichtlich nicht der Fall.

2. Subjektiver Tatbestand

T müsste auch vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz setzt sich zusammen aus dem Wissen um die objektiven Umstände der Tat und dem Willen, die Tatbestandsmerkmale zu verwirklichen.² Als T auf A schoss, wusste er, dass er dadurch einen Menschen töten würde. Dies wollte er auch. Allerdings dachte T, dass der Mensch, den er tötete, O sei – nicht aber A. Folglich erlag T einem Irrtum über die Identität des Opfers.

Anmerkung: Eine Abgrenzung zur aberratio ictus ist an dieser Stelle möglich, sollte dann aber knapp erfolgen.

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Christian Schröder, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

¹ Ähnlich, wenngleich weniger restriktiv Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 38. Aufl. 2008, Rn. 894.

² H.M., siehe nur Wessels/Beulke (Fn. 1), Rn. 203; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 5 Rn. 6; vgl. BGHSt 19, 295 (298); 36, 1 (9 f.); 51, 100 Rn. 59 ff.

Die Behandlung dieses Irrtums ist umstritten.

Anmerkung: Es wurde nicht erwartet, dass dieser Streit bekannt war. Es genügte, wenn der error in obiecto vel persona nach der überwiegenden Ansicht behandelt wurde.

a) Nach der heute ganz überwiegend vertretenen Ansicht³ ist ein derartiger error in obiecto vel persona nur dann ein relevanter, den Vorsatz ausschließender Tatumstandsirrtum (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB), wenn das tatsächlich angegriffene Objekt und das vom Täter vorgestellte Objekt ungleichwertig sind. Sowohl tatsächlich als auch in seiner Vorstellung griff T allerdings einen Menschen an, so dass angegriffenes und vorgestelltes Objekt gleichwertig waren.

b) Nach einer früher vertretenen Ansicht⁴ ist der error in obiecto vel persona stets ein beachtlicher Tatumstandsirrtum, so dass T demnach ohne Vorsatz in Bezug auf die Tötung des A gehandelt hat.

c) Beide Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, weshalb eine Streitentscheidung erforderlich ist. Für die zweite Ansicht spricht, dass der Irrtum zumindest aus Sicht des Täters handlungsbestimmend ist.⁵ Hätte T die Identität des Opfers gekannt und bemerkt, dass statt des O der A im Wartehäuschen saß, dann hätte er nicht geschossen. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der Tatbestand des Totschlags nur die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen verlangt, nicht aber eines bestimmten anderen Menschen. Außerdem kann ein Täter in verschiedener Hinsicht irren: T irrt sich auch insoweit, als seine Frau gar nicht – wie von ihm geglaubt – von O in den Tod getrieben wurde. Auch dieser Irrtum ist aber für die Frage, ob er den Vorsatz hatte, O zu töten, irrelevant – und dass, obwohl T O nicht töten wollen würde, wenn dieser Irrtum aufgeklärt worden wäre. Sowohl der Irrtum über die Identität des Opfers als auch über dessen Verantwortlichkeit für den Tod der F betreffen damit nur die Motivlage des T, nicht aber seinen Vorsatz, den vor ihm im Wartehäuschen sitzenden Menschen zu töten. Deshalb gebührt der ersten Ansicht der Vorzug. T hat also vorsätzlich gehandelt.

Anmerkung: Eine andere Ansicht ist vertretbar, sofern überzeugend begründet wird, weshalb es sich nicht um einen bloßen Motivirrtum handelt.

II. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich, so dass T rechtswidrig handelte.

³ BGHSt 37, 214 (216); PrObTr, GA 1859, 322 (333 f.); *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 247 ff.; *Kühl* (Fn. 2), § 13 Rn. 20; vgl. *Koriath*, JuS 1998, 215.

⁴ So noch von *Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1911, § 40 II., S. 178.

⁵ Dies war auch das maßgebliche Argument für von *Liszt/Schmidt* (Fn. 4), § 40 II. 2., S. 179.

III. Schuld

Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich, so dass T auch schuldhaft handelte.

IV. Ergebnis

T hat sich wegen Totschlags nach § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

B. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Alt. 4 und 5 StGB

Indem T sich an das Wartehäuschen anschlich und A von hinten mit einem Schuss in den Hinterkopf erschoss, um dadurch den Tod der F zu rächen, könnte er sich wegen Mordes nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Alt. 4 und 5 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Die erforderliche Tötung eines anderen Menschen wurde bereits bejaht.

Diese könnte T heimtückisch vorgenommen haben. Heimtückisches Handeln setzt zumindest voraus, dass der Täter die auf Arglosigkeit beruhende Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt.⁶ Arglos ist ein Opfer, wenn es sich keines erheblichen tätlichen Angriffes auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit versieht.⁷ Als das Opfer A von D in das Wartehäuschen gesetzt wurde, erkannte A, dass T ihn für O halten würde. E rechnete also damit, dass T aus dem Hinterhalt auf ihn schießen würde. Also versah er sich eines Angriffes auf sein Leben. Damit war A nicht arglos.

Anmerkung: Ein anderes Subsumtionsergebnis ist mit dem Sachverhalt schwerlich zu vereinbaren und setzt jedenfalls einen erheblichen Begründungsaufwand voraus. Sofern die Bearbeiter Arglosigkeit dennoch bejahten, mussten sie weiter prüfen: Wehrlos ist, wer aufgrund der Arglosigkeit zur Verteidigung völlig außer Stande oder in seiner natürlichen Abwehrbereitschaft und -fähigkeit stark eingeschränkt ist.⁸ A konnte sich gegen den Schuss des T nicht zur Wehr setzen und auch nicht ausweichen, war also zur Verteidigung völlig außer Stande. Dies be-

⁶ BGHSt 20, 301 f.; vgl. *Küper*, JuS 2000, 740 (741); *Krey/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 14. Aufl. 2008, Rn. 32 und 58; *Joecks*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 8. Aufl. 2009, § 211 Rn. 24; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2008, § 4 Rn. 23, verlangt demgegenüber schon für die Grunddefinition eine weitere Einschränkung; ähnlich, aber mit anderer Einschränkung *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 32. Aufl. 2008, Rn. 105.

⁷ BGHSt 28, 210 (211); *Rengier* (Fn. 6), § 4 Rn. 24; *Wessels/Hettinger* (Fn. 6), Rn. 110; ähnlich *Küper*, JuS 2000, 740 (741); *Joecks* (Fn. 6), § 211 Rn. 26.

⁸ BGHSt 20, 301 (302 f.); BGH GA 1971, 113 (114); *Küper*, JuS 2000, 740 (741); vgl. *Rengier* (Fn. 6), § 4 Rn. 31; *Joecks* (Fn. 6), § 211 Rn. 28; *Wessels/Hettinger* (Fn. 6), Rn. 112.

ruhte aber auf der vorherigen Fesselung durch D, also nicht auf (ohnehin nicht vorhandener) Arglosigkeit.

Anmerkung: Sofern Bearbeiter auch hier nicht sorgfältig subsumierten und Heimtücke insgesamt bejahten, mussten sie an dieser Stelle auf den Streit eingehen, wie das Heimtückemerkmal einzuschränken ist, vgl. dazu unten.

Damit handelte T nicht heimtückisch. Objektive Mordmerkmale liegen also nicht vor.

2. Subjektiver Tatbestand

Der erforderliche Tötungsvorsatz wurde bereits bejaht.

Zudem könnte ein subjektives Mordmerkmal vorliegen.⁹ Dass T Rache für den Tod der F üben wollte, könnte ein sonstiger niedriger Beweggrund sein. Niedrig ist ein Beweggrund, wenn er auf sittlich tiefster Stufe steht und deshalb geradezu verachtenswert ist.¹⁰ Dies ist der Fall, wenn der Täter aus hemmungsloser Eigensucht ein anderes Menschenleben auslöscht.¹¹ Rache ist nur dann ein niedriger Beweggrund, wenn die Rache ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruht, also Ausdruck allein einer niedrigen Gesinnung des Täters ist, für die es keinen menschlich nachvollziehbaren Ansatzpunkt gibt.¹² Maßgeblich ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände, die auch die Hintergründe der Tat und die Persönlichkeit des Täters berücksichtigt.¹³ Als T von A angesprochen wurde, trauerte er am Grab seiner Frau über deren Selbstmord. In dieser Situation eigener Verzweiflung glaubte

⁹ Rechtsprechung und ein Teil der Lehre prüfen diese zutreffend ähnlich wie besondere Absichten im subjektiven Tatbestand, vgl. BGHSt 1, 368 (371); 22, 375 (377); *Kühl* (Fn. 2), § 20 Rn. 164; *Rengier* (Fn. 6), § 4 Rn. 7; *Joecks* (Fn. 6), § 211 Rn. 10. Eine andere Ansicht prüft diese Mordmerkmale als spezielle Schuldmerkmale in der Schuld, so etwa *Wessels/Hettinger* (Fn. 6), Rn. 93; *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, Vor § 13 Rn. 122 m.w.N. Deshalb ist die Prüfung in der Schuld ebenfalls vertretbar, Studierende müssen diesen Streit nicht darstellen.

¹⁰ BGHSt 2, 60 (63); 3, 132 (133); 47, 128 (130); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 211 Rn. 14; *Rengier* (Fn. 6), § 4 Rn. 16; *Wessels/Hettinger* (Fn. 6), Rn. 95; *Joecks* (Fn. 6), § 211 Rn. 16.

¹¹ Ausführlich *Joecks* (Fn. 6), § 211 Rn. 16; ähnlich *Wessels/Hettinger* (Fn. 6), Rn. 95; *Rengier* (Fn. 6), § 4 Rn. 17.

¹² Ebenso *Rengier* (Fn. 6), § 4 Rn. 17 und 20; vgl. BGH NJW 1982, 2738; BGH StV 1998, 25; BGH NStZ 2006, 97 (98); BGH NJW 2006, 1008 (1011); *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl. 2006, § 211 Rn. 14; kritisch *Bosch*, NStZ 2006, 97. Zu pauschal dagegen *Joecks* (Fn. 6), § 211 Rn. 18, der Rachsucht als Beispiel für einen sonstigen niedrigen Beweggrund nennt, ohne auf deren Hintergründe einzugehen.

¹³ BGHSt 35, 116 (127); 47, 128 (130); BGH NJW 2006, 1008 (1011); BGH NStZ 2007, 330 (331); *Fischer* (Fn. 10), § 211 Rn. 15; vgl. *Rengier* (Fn. 6), § 4 Rn. 16; *Wessels/Hettinger* (Fn. 6), Rn. 94.

er A, dass O bei F eine Verzweiflung hervorgerufen hatte, die diese nicht mehr ertragen konnte, weshalb sie sich umbrachte. Er glaubte A weiterhin, dass O sich mit diesem Hergang vor einem Dritten (nämlich D) gebrüstet habe. Damit hatte T einen Geschehensablauf vor Augen, in dem O die F kaltblütig manipulierte und sich an ihrem Tod ergötzte. Dass T den O deswegen töten wollte, ist folglich nicht Ausdruck hemmungsloser Eigensucht, die sich über ein Menschenleben hinwegsetzt, sondern eine Reaktion auf ungesühntes schweres Unrecht und großen persönlichen Verlust. Dass dies die Beweggründe des T nicht rechtfertigt, ändert nichts daran, dass sie nicht allein Ausdruck einer niedrigen Gesinnung sind. Vielmehr erscheinen die zugrunde liegenden Beweggründe des T im Ansatz nachvollziehbar. Als subjektives Mordmerkmal ist dabei nicht das tatsächliche Geschehen, sondern allein das Vorstellungsbild des Täters entscheidend. T glaubte, auf O zu schießen. Dass T tatsächlich gar nicht auf O, sondern auf A schoss, ist damit irrelevant. Die Unbeachtlichkeit des error in obiecto vel persona erstreckt sich folglich auch auf die Beweggründe des T. Damit beruhte die Rache des T nicht ihrerseits auf niedrigen Beweggründen, sodass T insgesamt nicht aus sonstigen niedrigen Beweggründen handelte.

Anmerkung: Hier war es sehr wichtig, dass die Bearbeiter sorgfältig den – zu diesem Zweck auch so detaillierten – Sachverhalt mit den Hintergründen der Tat würdigten. Ein oberflächliches Bejahen sonstiger niedriger Beweggründe war zu vermeiden: Die Mordmerkmale sind wegen der angedrohten lebenslangen Freiheitsstrafe restriktiv auszulegen und besonders verwerflichen Fallgestaltungen vorbehalten.¹⁴ Dies gilt gerade für die Frage, wann das Tötungsmotiv des Täters als niedriger Beweggrund einzustufen ist, da ansonsten jeder Totschlag Gefahr läuft, bereits wegen des Tötungsvorsatzes als auf niedrigen Beweggründen beruhend eingestuft zu werden, wodurch eine Abgrenzung unmöglich würde. Selbst bei intensiver Begründung dürfte es hier allerdings kaum vertretbar sein, einen sonstigen niedrigen Beweggrund für T anzunehmen.

Auch subjektive Mordmerkmale liegen folglich nicht vor.

3. Zwischenergebnis

Weder objektive noch subjektive Mordmerkmale liegen vor. Damit ist der Tatbestand des Mordes nicht erfüllt.

II. Ergebnis

T hat sich nicht wegen Mordes strafbar gemacht.

C. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Alt. 5, 22, 23 Abs. 1 StGB

Indem T sich an das Wartehäuschen heran schlich und A von hinten mit einem Schuss in den Hinterkopf tötete, konnte er

¹⁴ Ebenso *Rengier* (Fn. 6), § 4 Rn. 16; ähnlich *Wessels/Hettinger* (Fn. 6), Rn. 86 ff.; vgl. BVerfGE 45, 187 (222 ff., insbes. 260 ff.); 50, 5 (15); *Joecks* (Fn. 6), § 211 Rn. 5 ff.

sich wegen versuchten Mordes nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Alt. 5, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Mangels Arglosigkeit des A ist es T nicht gelungen, heimtückisch zu handeln. Damit war der objektive Tatbestand des (Heimtücke-)Mordes nicht erfüllt. Die Strafbarkeit des versuchten Mordes folgt wegen § 12 Abs. 1 StGB, wonach Mord ein Verbrechen ist, aus § 22 StGB in Verbindung mit § 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB.

Anmerkung: Eine (knappe) „Vorprüfung“ ist immer ratsam.¹⁵ Die Strafbarkeit des Versuches lässt sich durch eine Paragrafenkette allein – zumal in Problemfällen – nicht anschaulich darstellen. Es ist aber auch vertretbar, die „Vorprüfung“ entfallen zu lassen.

I. Tatbestand

1. Tatentschluss

T müsste mit Tatentschluss, also mit Vorsatz in Bezug auf alle Merkmale des objektiven Tatbestandes,¹⁶ gehandelt haben.

a) Tötungsvorsatz wurde bereits festgestellt.

b) T könnte weiterhin den Vorsatz gehabt haben, A heimtückisch zu töten.

aa) Dann müsste er A für arglos und dadurch auch wehrlos gehalten und gewollt haben, dies auszunutzen. T ging davon aus, dass die Person, die im Wartehäuschen saß, nicht wusste, dass er sich mit Tötungsvorsatz näherte. Vielmehr dachte T, die Person warte dort lediglich auf den Bus. Damit ging T von einer Situation aus, in der die Person im Wartehäuschen nicht damit rechnete, angegriffen zu werden. Folglich stellte sich T vor, dass sich diese Person keines Angriffes auf ihr Leben oder ihre körperliche Unversehrtheit versah. Also hielt er die Person im Wartehäuschen für arglos.

Weiterhin müsste T die Person im Wartehäuschen deswegen für wehrlos gehalten haben. Er wollte diese ohne Vorankündigung von hinten erschießen. Also ging er davon aus, dass sie ihm keinerlei Gegenwehr bieten würde können. Mit hin stellte er sich vor, dass sie zur Verteidigung außer Stande sein würde. Damit stellte sich T die Person im Wartehäuschen auch als wehrlos vor. Nach seiner Vorstellung beruhte deren Wehrlosigkeit gerade auf ihrer Arglosigkeit.

Außerdem wollte T diesen Umstand zur Tötung ausnutzen. Damit hatte er den Vorsatz, die Person im Wartehäuschen – also A – heimtückisch zu töten.

bb) Wegen der Weite der Heimtücke auf der einen Seite und der nach dem gesetzgeberischen Willen zwingend zu verhängenden lebenslangen Freiheitsstrafe auf der anderen Seite wird allerdings nach einem Weg gesucht, die Strafbarkeit wegen Mordes und damit auch wegen versuchten Mordes restriktiv zu handhaben, da die meisten vorsätzlichen Tötungen für das Opfer überraschend ausgeführt werden und

damit sonst (wegen Heimtücke) Mord wären.¹⁷ Wie dabei vorzugehen ist, ist aber umstritten.

(1) Nach einem dogmatischen Ansatz ist das Tatbestandsmerkmal restriktiv auszulegen, indem weitere Anforderungen an die Heimtücke gestellt werden.

(a) Eine Meinung verlangt deshalb zusätzlich, dass der Täter in feindlicher Willensrichtung gegenüber dem Opfer handelt.¹⁸ T müsste also bewusst gewollt haben, in feindlicher Willensrichtung gegenüber A zu handeln. T wollte nicht lediglich zum Besten des A handeln, sondern A vielmehr aus Feindseligkeit töten. Damit läge nach dieser Meinung Heimtückevorsatz vor.

(b) Nach anderer Meinung ist ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch zu fordern.¹⁹ T müsste diesbezüglich Vorsatz gehabt haben. Er stellte sich jedoch nicht vor, dass zwischen ihm und A ein Vertrauensverhältnis bestand. Damit wollte er kein Vertrauen brechen. Er hatte nach dieser Theorie keinen Heimtückevorsatz.

(c) Nach einer weiteren Meinung muss der Täter tückisch-verschlagen vorgehen.²⁰ T müsste also einen hierauf bezogenen Vorsatz gehabt haben. Er wollte sich bewusst von hinten an das Wartehäuschen heranschleichen, um die darin wartende Person aus dem Hinterhalt töten zu können. Damit wollte T bewusst tückisch und auch verschlagen vorgehen. Nach dieser Theorie hatte T Heimtückevorsatz.

(d) Die Lehre von der (negativen) Typenkorrektur sieht eine Tötung zwar im Grundsatz als besonders verwerflich an, wenn ein Mordmerkmal vorliegt (Indizwirkung), erlaubt es aber, bei einer Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung des Täters und aller Umstände die Verwerflichkeit wieder entfallen zu lassen und damit nur von einem Totschlag auszugehen.²¹ Hier ist mit den obigen Argumenten zum Merkmal des sonstigen niedrigen Beweggrundes zu sagen, dass das Verhalten des T als Reaktion auf den Verlust der F einzustufen ist, die menschlich im Ansatz nachvollziehbar ist. Die Gesamtumstände (emotionaler Zustand des T, Sinnlosigkeit des Todes der F, Rücksichtslosigkeit und Menschenverachtung des O – nach der Vorstellung des T) lassen die von T gewoll-

¹⁷ Siehe dazu auch die anschaulichen Beispiele bei *Joecks* (Fn. 6), § 211 Rn. 24.

¹⁸ BGHSt 9, 385 (390); 30, 105 (116); 37, 376 (377); *Rengier* (Fn. 6), § 4 Rn. 23 und 37; *Mitsch*, JuS 1996, 121; *Küper*, JuS 2000, 740 (746); *Kindhäuser* (Fn. 12), § 211 Rn. 22.

¹⁹ *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 9), § 211 Rn. 26; *Krey/Heinrich* (Fn. 6), Rn. 58 f.

²⁰ So etwa *Spendel*, JR 1983, 269 (271 ff.); *Wessels/Hettinger* (Fn. 6), Rn. 114; *Neumann*, in: *Kindhäuser/ders./Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. 2005, § 211 Rn. 72.

²¹ Zur negativen Typenkorrektur *Jescheck*, JZ 1957, 385, (386 f.); vgl. *Hassemer*, JuS 1971, 626 (630); *Eser* (Fn. 19), § 211 Rn. 10; noch weiter geht die Lehre von der positiven Typenkorrektur, die im Mordmerkmal immer nur eine notwendige (Teil-)Bedingung sieht und stets noch zusätzliche Verwerflichkeitsmomente fordert, vgl. *Lange*, in: *Stree/Lenckner/Cramer/Eser* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, 1978, S. 217 ff. (S. 218 f.).

¹⁵ Ausdrücklich verlangt von *Kühl* (Fn. 2), § 15 Rn. 7 f.; ablehnend *Hardtung*, Jura 1996, 293; weniger strikt *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 874.

¹⁶ Vgl. *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 598; *Kühl* (Fn. 2), § 15 Rn. 23.

te Tötung nicht als besonders verwerflich erscheinen, so dass die durch die gewollte Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit zunächst indizierte besondere Verwerflichkeit letztlich doch nicht vorliegt, T also nach dieser Ansicht nicht mit Heimtückevorsatz handelt.

(2) Nach einem dogmatisch abweichenden Ansatz der Rechtsprechung ist die restriktive Handhabung des Heimtückemerkmals über eine Rechtsfolgenlösung zu erreichen.²² Danach soll bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände die Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden. Unabhängig davon, ob solche Umstände vorliegen, liegt nach diesem Ansatz jedenfalls Heimtückevorsatz vor.

(3) Die Theorien kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, was es erforderlich macht, den Streit zu entscheiden. Gegen die Ansicht, die einen besonderen Vertrauensbruch fordert, spricht, dass sie nicht in der Lage ist, die ganz klassische Heimtückesituation des Meuchelmordes eines Fremden als heimtückisch qualifizieren zu können.²³ Außerdem versagt diese Ansicht, wenn Eltern ihre Kinder im gescheiterten Mitnahmesuizid aus Mitleid töten. In diesen Fällen liegt ein Vertrauensbruch vor, der auch als verwerflich einzustufen ist. Noch schwerer wiegt dieser Vorwurf, wenn man die Haustyrannenfälle hinzuzieht. Dort, wo sich der (und häufig auch eben die) Schwächere heimtückischer Mittel bedienen muss, um einen unerträglichen Dauerzustand auszuschalten und sich dadurch der Willkür und Misshandlung durch Ehegatten zu entziehen, besteht nicht nur ein besonderes Vertrauensverhältnis. Dieses begründet sogar eine Garantstellung zwischen den Beteiligten und soll zur Einschränkung des Notwehrrechts führen. Deshalb muss eine Tötung in einer solchen Beziehungskonstellation als verwerflicher Vertrauensbruch zu qualifizieren sein. Gleichwohl sind es gerade solche Fälle, in denen der Täter erkennbar kein gesteigertes Unrecht verwirklicht. Hier die unnachgiebige Strafgrenze der lebenslangen Freiheitsstrafe zu fordern, trägt dem Unrechtsgehalt der Tat also nur unzureichend Rechnung. Außerdem degradiert dieser Ansatz Heimtückemord letztlich zu einem Beziehungsdelikt, obwohl sich für eine derartige Verengung keinerlei Anhaltspunkte im Wortlaut finden. Somit ist diese Ansicht abzulehnen.

Anmerkung: Andere Ansicht bei entsprechender Begründung vertretbar.

Die Typenkorrekturlehre bewirkt zwar eine Einschränkung der Heimtücke. Dies gelingt ihr aber nicht im Wege einer restriktiven Auslegung des Merkmals selbst, sondern durch eine Gesamtbewertung, die sich gar nicht mehr an Heimtückekriterien orientiert. Dies verwischt aber die Grenze zwischen den einzelnen Mordmerkmalen. Sogar die Grenze zwischen objektiven und subjektiven Mordmerkmalen wird dann durchlässig, wie dieser Fall anschaulich zeigt: Letztlich fließen bei Zugrundelegung dieser Ansicht Argumente, die zur Ablehnung eines sonstigen niedrigen Beweggrundes

führen, in die Prüfung der Heimtücke mit ein. Damit besteht die Gefahr, die Gesinnung des Täters in den Vordergrund zu rücken und auch zur Bewertungsgrundlage objektiver Mordmerkmale zu machen.²⁴ Außerdem findet sich für diese Lehre und für die Frage, wo Verwerflichkeit beginnt, kein Ansatzpunkt im Gesetzeswortlaut.²⁵ Aus diesem Grunde ist diese Ansicht abzulehnen.

Anmerkung: Andere Ansicht mit entsprechender Begründung gut vertretbar.

Die Rechtsfolgenlösung kommt zwar zum Ergebnis, dass Heimtückevorsatz vorliegt, verlagert das eigentliche Problem aber auf die Ebene der Strafzumessung. Der nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu bildende Strafraum ist allerdings milder als der des Totschlags, obwohl doch qualifizierende Merkmale vorliegen, so dass sich hier ein Wertungswiderspruch ergibt.²⁶ Außerdem fehlt es für die Anwendung des § 49 StGB ebenfalls an einer Stütze im Gesetz.²⁷ § 49 Abs. 1 StGB verlangt ausdrücklich, dass das Gesetz selbst eine Milderung nach dieser Vorschrift zulässt. Die Rechtsprechung darf die gesetzgeberische Entscheidung aber im Strafrecht nicht ersetzen, da dies mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz nicht vereinbar ist. Diese Rechtsfortbildung der Rechtsprechung ist daher als unzulässige Rechtsetzung abzulehnen.²⁸

Anmerkung: Andere Ansicht mit entsprechender Begründung vertretbar.

Alle anderen Ansichten gelangen zum gleichen Ergebnis, so dass im Übrigen keine weitere Streitentscheidung erforderlich ist.

(4) Folglich hatte T auch Heimtückevorsatz.

c) Damit handelte T mit Tatentschluss.

2. Unmittelbares Ansetzen

T müsste zur Tatverwirklichung unmittelbar angesetzt haben, § 22 StGB. Unmittelbar setzt an, wer in subjektiver Hinsicht die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los!“ überschritten und in objektiver Hinsicht zur tatbestandsmäßigen Handlung so angesetzt hat, dass sein Tun nach seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenschritte in die Erfüllung des Tatbestandes übergehen wird.²⁹ T hat A getötet. Diese Tötung sollte heimtückisch geschehen. T hat den Schuss aus dem Hinterhalt abgegeben, also auch hinsichtlich der geplanten heimtückischen Begehungsweise aus seiner Sicht alles Erforderliche getan. Er hat deshalb in Bezug auf die Heimtücke subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los!“ überschritten und in objektiver Hinsicht zur tatbestandsmäßigen Handlung so

²⁴ Die wird von Vertretern dieser Meinung bisweilen sogar ausdrücklich so verlangt, vgl. *Lange* (Fn. 21), 217 (221).

²⁵ Vgl. *Mitsch*, JuS 1996, 121 (122); *Krey/Heinrich* (Fn. 6), Rn. 54.

²⁶ Ähnlich *Küper*, JuS 2000, 740 (747).

²⁷ Ähnlich *Mitsch*, JuS 1996, 121 (122).

²⁸ Ebenso *Mitsch*, JuS 1996, 121 (122).

²⁹ BGH wistra 2008, 105 (106); *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 601.

²² BGHSt 30, 105 (119 ff.); BGH NSTZ 1982, 69.

²³ So auch *Wessels/Hettinger* (Fn. 6), Rn. 122; *Kindhäuser* (Fn. 12), § 211 Rn. 23; vgl. *Küper*, JuS 2000, 740 (746).

angesetzt, dass sein Tun nach seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenschritte in die Erfüllung des Tatbestandes übergehen würde. Damit hat er unmittelbar angesetzt.

II. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. T handelte demgemäß rechtswidrig.

III. Schuld

Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. T handelte also auch schuldhaft.

IV. Ergebnis

T hat sich wegen versuchten Mordes strafbar gemacht.

Anmerkung: Hier einen Rücktritt zu thematisieren, wäre verfehlt. Der Versuch des T, heimtückisch zu handeln, ist fehlgeschlagen. Dies ist ihm selbst aber völlig verborgen geblieben, so dass T von Vollendung ausgehen muss. Damit bleibt für einen Rücktritt (der immer auch das Bewusstsein der Tataufgabe voraussetzt)³⁰ gar kein Raum.

D. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Nr. 5 StGB

Indem T den A mit einem Revolver hinterrücks erschoss, hat er sich auch einer gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Nr. 5 StGB schuldig gemacht. Die das Leben gefährdende Behandlung ist das notwendige Durchgangsstadium zum Tötungsdelikt, der Revolver stellt eine Waffe dar.

Anmerkung: Wegen der Subsidiarität³¹ der Körperverletzungsdelikte gegenüber dem Totschlag war eine ausführlichere Bearbeitung nicht angezeigt. Sollten Bearbeiter hierzu ausführliche Prüfungen angestellt haben, stellt dies zumindest eine ungünstige Schwerpunktsetzung dar. Eine saubere Prüfung kann aber Versäumnisse bei der Prüfung der Tötungsdelikte kompensieren. Dabei gilt: Hinsichtlich eines ggf. geprüften hinterlistigen Überfalls fehlt es bereits an einem Überfall, da A mit dem Verhalten des T rechnet. Insofern gelten die obigen Ausführungen zur fehlenden Vollendung bei der Heimtücke entsprechend. Im subjektiven Tatbestand wäre auf den error in objecto vel persona einzugehen.

F. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 3, 22, 23 Abs. 1, 224 Abs. 2 StGB

Indem T sich an das Wartehäuschen angeschlichen und hinterrücks auf A geschossen hat, hat er sich auch einer versuchten gefährlichen Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 3, 23 Abs. 1, 224 Abs. 2 schuldig gemacht. Die versuchte heimtückische Begehungsweise stellt hier auch zugleich einen versuchten hinterlistigen Überfall dar.

Anmerkung: Längere Ausführungen wären verfehlt, vgl. oben.

G. § 303 Abs. 1 StGB

Indem T durch die Glasscheibe auf A schoss, könnte er sich nach § 303 Abs. 1 StGB wegen Sachbeschädigung strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Die Glasscheibe stand im Eigentum einer anderen Person als T und war daher eine für ihn fremde Sache.

Durch den Durchschuss könnte diese zerstört worden sein. Zerstört ist eine Sache, wenn sie in ihrer Sachsubstanz völlig vernichtet oder ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit völlig aufgehoben wurde.³² Bei lebensnahe Verständnis ist davon auszugehen, dass die Scheibe durch den Durchschuss insgesamt zersprungen ist. Damit ist sie zu ihrem bestimmungsgemäßen Zweck, Wartende vor Wind und Wetter zu schützen, gar nicht mehr zu gebrauchen. Also wurde sie zerstört und damit zwingend auch beschädigt.

Anmerkung: Mit entsprechender Begründung ist auch eine bloße Beschädigung vertretbar. Diese liegt allerdings unbestreitbar vor.

2. Subjektiver Tatbestand

T müsste vorsätzlich gehandelt haben. T wusste, dass er durch den Schuss die Scheibe zerstören würde. Dies nahm er zumindest billigend zur Erreichung seines Tötungsvorhabens in Kauf. Damit handelte er vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Weder Rechtfertigungs- noch Entschuldigungsgründe sind ersichtlich. T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Strafantragserfordernis

Wegen § 303c StGB ist für die Verfolgung der Sachbeschädigung ein Strafantrag erforderlich. Dieser muss noch gestellt werden.

IV. Ergebnis

T hat sich wegen Sachbeschädigung nach § 303 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Anmerkung: Die Sachbeschädigung konnte auch deutlich knapper in zwei Sätzen bejaht werden, ähnlich wie die Körperverletzungsdelikte. Dies zeugt von guter Schwerpunktsetzung und sollte nicht zu Punktabzügen führen. Andererseits können Bearbeiter durch eine saubere Prü-

³⁰ Vgl. Kühl (Fn. 2), § 16 Rn. 25 ff.

³¹ Fischer (Fn. 10), § 211 Rn. 107.

³² RGSt 55, 169 (170); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2008, § 24 Rn. 7; Krey/Hellmann, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 15. Aufl. 2008, Rn. 249; Wessels/Hiltenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 31. Aufl. 2008, Rn. 31; Kindhäuser (Fn. 12), § 303 Rn. 10.

fung der Voraussetzungen der Sachbeschädigung Mängel der übrigen Prüfung kompensieren.

H. § 304 Abs. 1 StGB

Indem T durch die Glasscheibe des Bushaltestellenhäuschens auf A schoss, könnte er sich nach § 304 Abs. 1 StGB wegen gemeinschädlicher Sachbeschädigung strafbar gemacht haben.

Anmerkung: Es wurde nicht erwartet, dass dieses Delikt gesehen wurde.

Die Glasscheibe, ein Gegenstand, könnte dem öffentlichen Nutzen dienen. Ein Gegenstand dient dem öffentlichen Nutzen, wenn er zum Zeitpunkt der Beeinträchtigung dazu bestimmt ist, der Allgemeinheit unmittelbar zu Gute zu kommen.³³ Zum Zeitpunkt der Beeinträchtigung war die Glasscheibe Teil eines Bushaltestellenwartehäuschens, diente also dessen Zweck. Ein Wartehäuschen soll den Nutzern des öffentlichen Personennahverkehrs das Warten auf den Bus bei ungünstigen Witterungsbedingungen erleichtern und damit die effektive Nutzung des öffentlichen Personennahverkehrs fördern. Mithin sollte das Wartehäuschen und damit auch die Glasscheibe der Allgemeinheit zu Gute kommen. Damit diente die Scheibe dem öffentlichen Nutzen. Sie ist, wie bereits oben unter G. festgestellt, zumindest beschädigt worden. Dies wusste und wollte T auch und handelte auch rechtswidrig und schuldhaft. T hat sich damit wegen gemeinschädlicher Sachbeschädigung nach § 304 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

I. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

Die gefährliche Körperverletzung tritt als notwendiges Durchgangsstadium im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter den Totschlag als subsidiär zurück.³⁴ Gleiches gilt für die versuchte gefährliche Körperverletzung im Verhältnis zum versuchten Mord. Letzterer steht mit dem Totschlag in Tateinheit, § 52 Abs. 1 StGB.³⁵ In Tateinheit hierzu steht ebenfalls die Sachbeschädigung. Die gemeinschädliche Sachbeschädigung schützt nicht das Eigentum, sondern das Interesse der Allgemeinheit an der Unversehrtheit und Nutzbarkeit für sie bedeutsamer Güter.³⁶ Deshalb steht die gemeinschädliche Sachbeschädigung mit der Sachbeschädigung (und damit auch mit den Tötungsdelikten) in Tateinheit.³⁷ Damit hat sich

T insgesamt wegen Totschlags in Tateinheit mit versuchtem Mord in Tateinheit mit Sachbeschädigung in Tateinheit mit gemeinschädlicher Sachbeschädigung strafbar gemacht.

Anmerkung: Die Konkurrenzen waren noch nicht Gegenstand der Vorlesung. Hier wurden keinerlei Kenntnisse erwartet. Entsprechend positiv wurden Ausführungen hierzu zu berücksichtigen.

Frage 2: Anhand des Gesetzes zu beantwortende Fragen

Anmerkung: Die folgenden Fragen waren zwingend unter Angabe der genannten Normen zu beantworten. Die richtige Antwort allein ohne Normbezug entspricht nicht der verlangten Leistung, erwartet wurde die Arbeit mit dem Gesetz.

a): Der Angehörigenbegriff ist gesetzlich definiert in § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Nach lit. a sind davon auch Geschwister der Ehegatten umfasst. Somit ist auch der Bruder der Ehefrau des Täters dessen Angehöriger. Folglich ist § 35 StGB in diesem Fall anwendbar.

b): Nach § 15 StGB ist fahrlässiges Handeln nur strafbar, wenn das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt. § 303 StGB erwähnt fahrlässiges Handeln nicht, so dass die fahrlässige Beschädigung einer Sache nicht strafbar ist.

c): Die Strafbarkeit eines Versuches richtet sich wegen § 23 Abs. 1 StGB danach, ob das Delikt ein Vergehen oder ein Verbrechen ist. Verbrechen sind nach § 12 Abs. 1 Taten, die im Mindestmaß mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr bedroht sind. Die gewerbsmäßige Bandenhehlerei wird in § 260a Abs. 1 StGB mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bedroht. Also beträgt die Mindestfreiheitsstrafe ein Jahr. Damit ist dieses Delikt ein Verbrechen. Demzufolge ist dessen Versuch nach § 23 Abs. 1 Alt. 1 StGB strafbar.

³³ Vgl. *Krey/Hellmann* (Fn. 32), Rn. 260; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 32), Rn. 44 f.; *Joecks* (Fn. 6), § 304 Rn. 3; *Stree*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 9), § 304 Rn. 5; *Fischer* (Fn. 10), § 304 Rn. 10.

³⁴ *Fischer* (Fn. 10), § 211 Rn. 107.

³⁵ *Eser* (Fn. 19), § 212 Rn. 14; vgl. *Fischer* (Fn. 10), § 211 Rn. 106.

³⁶ Vgl. *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 32), Rn. 40; *Krey/Hellmann* (Fn. 32), Rn. 259; *Joecks* (Fn. 6), § 304 Rn. 1; *Stree*, (Fn. 33), § 304 Rn. 11.

³⁷ Auch *Joecks* (Fn. 6), § 304 Rn. 5, hält Tateinheit für möglich; ebenso *Krey/Hellmann* (Fn. 32), Rn. 261.