

Referendarexamensklausur: Die Wahrheit liegt (nicht nur) auf dem Platz

Von Jun.-Prof. Dr. **Tillmann Bartsch**, Akad. Mitarbeiter **Toni Böhme**, Prof. Dr. Dr. **Hauke Brettel**,
Tübingen/Marburg

Der Fall wurde im Examensklausurenkurs der Eberhard Karls Universität Tübingen gestellt. Der Schwierigkeitsgrad entspricht einer mittelschweren Aufgabe im Ersten Staatsexamen. Die durchschnittlich erreichte Punktzahl lag bei 5,96 Punkten.

Sachverhalt

C, glühender Anhänger des Fußballvereins 1. FC X-Stadt (FCX), steht an einem warmen Abend im Spätsommer an einer Bushaltestelle. Er wartet auf den Bus zum Stadion, wo er das Pokalspiel seines Vereins gegen den VfB Y-Dorf (VfB) verfolgen will. Nicht weit entfernt von ihm befindet sich A, ein Anhänger des VfB, der ebenfalls das Spiel besuchen möchte. Um der Liebe zu seinem Verein Ausdruck zu verleihen, hat sich A bereits zu Hause einen Schal in den Vereinsfarben seiner Mannschaft um den Hals geknotet.

C gefällt es überhaupt nicht, wenn in seiner Stadt fremde Vereinsfarben spazieren getragen werden. Er fasst daher den Entschluss, A ein wenig zu ärgern. Dazu wartet er, bis A ihm den Rücken zukehrt. Dann rennt er von hinten auf A zu und versetzt ihm einen heftigen Schlag in den Nacken, was bei A zu Schmerzen, erheblichen Schwindelgefühlen und einer kurzzeitigen Benommenheit führt. Die kurze Phase, in der A „weggetreten“ ist, nutzt C – wie geplant – dazu aus, A zu einem Geländer an der Bushaltestelle zu ziehen und ihn dort „zum Spaß“ mit dessen Fanschal festzubinden.

C ist sehr erfreut über seinen Triumph. Seine Freude steigert sich allerdings noch, als er entdeckt, dass aus der Hosentasche des inzwischen wieder erwachten A ein hochwertiges Smartphone „hervorguckt“. C beschließt, diese günstige Gelegenheit für sich zu nutzen. Er zieht das Smartphone aus der Hosentasche des aufgrund der Fesselung vollkommen wehrlosen A und steckt es ein, um es für sich zu behalten. Dann rennt C davon. A wird – wie von C erwartet – nach etwa fünf Minuten von Passanten befreit.

Derweil bereitet sich der FCX in den Katakomben des Stadions intensiv auf das anstehende Spiel vor. Dessen Trainer D weiß, dass sein Team gegen den VfB eigentlich keine Chance hat. Gleichwohl will er den Sieg mit allen Mitteln erreichen. In der Mannschaftsansprache „empfiehlt“ er daher dem Verteidiger E, dem gegnerischen Mittelfeldregisseur mit der Nr. 6 bei der ersten sich bietenden Gelegenheit mit den Stollenschuhen so heftig von hinten in die Beine zu grätschen, dass sich dieser schwer verletzt und ausgewechselt werden muss.

Daraufhin meldet sich Spieler F mit dem Vorschlag zur „Eliminierung“ eines weiteren Gegenspielers zu Wort. Er wisse, dass der gegnerische Stürmer mit der Nr. 9 auf Beleidigungen sehr empfindlich reagiere. Daher werde er diesem bei Gelegenheit die Worte „Du Hurensohn“ ins Ohr flüstern. Der „Neuner“ werde sich hierfür sicherlich mit einer Tätlichkeit revanchieren, die der Schiedsrichter mit der roten Karte ahnden müsse. Trainer D findet diesen Vorschlag grundsätzlich gut. Er rät dem F jedoch, die gegnerische Nr. 9 nicht mit

Worten zu beleidigen. Erfolg versprechender wäre es, ihn anzuspucken. Dann würde der „Neuner“ bestimmt ausrasten.

Verteidiger E macht sich bald nach dem Anpfiff daran, seinen Auftrag zu erfüllen. Kurz nachdem ein gegnerischer Spieler mit der Zahl „6“ auf dem Rücken zum ersten Mal im Besitz des Balles ist, grätscht er diesem mit vollem Anlauf und ohne jede Chance, den Ball zu treffen, von hinten in die Beine. Wie geplant geht der Gegenspieler zu Boden und muss angesichts einer Bänderverletzung, die später folgenlos verheilt, ausgewechselt werden. Als E den am Boden liegenden Spieler betrachtet, bemerkt er indes, dass er sich vertan hat: Bei dem von ihm anvisierten Spieler handelt es sich nicht um den Mittelfeldregisseur mit der Nr. 6, sondern um die Nr. 16 – einen Spieler, der beim Gegner ansonsten zumeist auf der Ersatzbank sitzt. Trainer D schüttelt draußen nur entgeistert den Kopf. Der Schiedsrichter, der das Geschehen nicht richtig sehen konnte, ahndet das Foul des E mit einer gelben Karte, obwohl nach den Fußballregeln eine rote Karte, also ein Platzverweis, richtig gewesen wäre.

Nun will wenigstens F seine Sache richtig machen. Im Vorbeilaufen spuckt er dem Gegenspieler mit der Nr. 9 ins Gesicht. Dieser bleibt jedoch – entgegen der Erwartung – ganz ruhig. Zwar empfindet er kurzzeitig ein Gefühl von Ekel, dann aber sieht er mit großer Befriedigung, dass der Schiedsrichter dieses Mal „richtig hingeguckt“ hat und den F entsprechend den Fußballregeln für sein grob unsportliches Verhalten mit der roten Karte vom Platz stellt.

Nach Abpfiff des Spiels strömen die Fans in Scharen aus dem Stadion, als sich plötzlich Dramatisches ereignet: Ohne Fremdeinwirkung beginnt ein an einem Hang geparkter Fan-Bus bergab zu rollen. Am Ende dieses Hanges befindet sich eine Fangruppe, die aus sieben Personen besteht. Fußballanhänger Z, der wegen Übelkeit als einziger im Bus geblieben war und das Spiel im erholsamen Schlaf verbracht hatte, wacht gerade noch rechtzeitig auf, um zu erkennen, dass eine Kollision des Busses mit der Fangruppe (deren Mitglieder sind Z nicht bekannt) nur noch zu verhindern ist, wenn er sich an das Lenkrad des Busses setzt und dieses maximal nach links einschlägt. Dabei geht Z zu Recht davon aus, dass bei einer Kollision alle Mitglieder der Fangruppe ums Leben kommen würden. Im Falle eines Eingreifens des Z würde dafür aber ein an der Seite des Hanges arbeitender Gärtner getötet werden. Auch dies weiß Z. Er entscheidet sich dafür, das Lenkrad des Busses maximal nach links einzuschlagen und den Bus so auf den Gärtner zu lenken.

Der Gärtner, der das ganze Geschehen beobachtet und noch vergeblich zu fliehen versucht hatte, kommt ums Leben. Sämtliche Mitglieder der Fangruppe bleiben dafür unverletzt. Andere Möglichkeiten einzugreifen hatte Z, für den selbst zu keiner Zeit eine Gefahr bestand, nicht. Die Ursache dafür, dass der Bus den Abhang herunterrollte, war ein technisches Versagen, für das niemand etwas konnte.

Bearbeitervermerk

Wie haben sich die Beteiligten nach dem StGB strafbar gemacht? Ggf. erforderliche Strafanträge wurden gestellt.

Lösungsvorschlag**Erster Tatkomplex: Das Geschehen an der Bushaltestelle****A. Strafbarkeit des C****I. Körperverletzung, § 223 Abs. 1 StGB**

C könnte sich wegen Körperverletzung gemäß § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er A einen heftigen Schlag in den Nacken versetzte.

1. Tatbestand

In dem heftigen Schlag in den Nacken ist eine üble und unangemessene Behandlung zu sehen. Infolgedessen hatte A Schmerzen. Sein körperliches Wohlbefinden war daher mehr als nur unerheblich beeinträchtigt. Eine körperliche Misshandlung im Sinne des § 223 Abs. 1 Fall 1 StGB liegt mithin vor.

Da A aufgrund des Schlages schwindelig wurde und auch kurzzeitig benommen war, ist überdies eine Gesundheitsschädigung gemäß § 223 Abs. 1 Fall 2 StGB gegeben.

C handelte absichtlich und mithin vorsätzlich, vgl. § 15 StGB.

2. Rechtswidrigkeit

In Ermangelung von Rechtfertigungsgründen war die Tat rechtswidrig.

3. Schuld

C handelte überdies schuldhaft.

4. Strafantrag

Der nach 230 Abs. 1 StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt.

5. Ergebnis

C hat sich wegen Körperverletzung gemäß § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 3, 5 StGB

C könnte sich wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 3, 5 StGB strafbar gemacht haben, indem er A einen heftigen Schlag in den Nacken versetzte, als dieser ihm den Rücken zukehrte.¹

¹ Die einfache Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB und die gefährliche Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB werden hier vornehmlich aus didaktischen Gründen getrennt geprüft. Eine gemeinsame Prüfung ist ohne Weiteres möglich (Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 16. Aufl. 2015, § 14 Rn. 1), zumeist – nicht zuletzt aus Zeitgründen – sogar ratsam.

1. Tatbestand

Eine Körperverletzung gemäß § 223 Abs. 1 StGB liegt vor (s.o.). Fraglich ist, ob C auch eines der Qualifikationsmerkmale des § 224 Abs. 1 erfüllt hat. In Betracht kommt zunächst die Begehung mittels eines hinterlistigen Überfalls gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Unter einem Überfall versteht man jeden Angriff, dessen sich das Opfer nicht versieht und auf den es sich nicht vorbereiten kann.² C schlug A nieder, als dieser ihm den Rücken zukehrte. A konnte den Angriff des C daher weder erkennen noch sich darauf vorbereiten. Ein „Überfall“ liegt daher vor.

C könnte diesen Überfall zudem hinterlistig verübt haben. Ein hinterlistiges Vorgehen ist gegeben, wenn der Täter planmäßig in einer auf Verdeckung seiner wahren Absichten gerichteten Weise agiert, um die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren.³ C wartete vorliegend ab, bis A ihm den Rücken zukehrte, um diesen dann von hinten anzugreifen. Damit erfolgte der Angriff für A überraschend, und dieser besaß deshalb auch keine Möglichkeit, sich dem Überfall zu entziehen. Jedoch reicht das bloße Ausnutzen des Überraschungsmoments bei einem Angriff von hinten nicht aus, um das Tatbestandsmerkmal des „hinterlistigen Überfalls“ zu bejahen.⁴ Vielmehr ist Hinterlist – insoweit enger als bei der Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit (§ 211 StGB – „Heimtücke“) – nur dann gegeben, wenn konkrete Umstände darauf schließen lassen, dass der Täter gegenüber dem Opfer zuvor planmäßig seine wahren Absichten verborgen hat.⁵ Solche Umstände liegen bspw. dann vor, wenn der Täter sich mit dem Opfer vor dem Angriff längere Zeit freundschaftlich unterhalten hat⁶ oder diesem sonst mit „vorgetäuschter Friedfertigkeit“ entgegengetreten ist.⁷ A und C standen lediglich für eine kurze Zeit nebeneinander an einer Bushaltestelle; zu einem irgendwie gearteten Kontakt, durch den A den C in besonderer Weise in Sicherheit gewogen hätte, kam es zwischen den beiden vor dem Überfall nicht. Das Qualifikationsmerkmal des § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist daher nicht erfüllt.

C könnte die Körperverletzung jedoch mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB begangen haben. Wann eine solche Behandlung vorliegt, ist umstritten. Eine Ansicht stellt darauf ab, ob die Körperverletzungshandlung nach den Umständen der Tat objektiv-generell (abstrakt) geeignet erscheint, das Leben des Opfers zu gefährden.⁸ Nach anderer Ansicht kommt es darauf

² BGH StV 2007, 634 (635).

³ Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 38. Aufl. 2014, Rn. 279.

⁴ BGH NSStZ 2004, 93.

⁵ Rengier (Fn. 1), § 14 Rn. 44.

⁶ BGH NSStZ 2004, 93; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 224 Rn. 12.

⁷ Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 3. Aufl. 2014, Rn. 337.

⁸ Eisele (Fn. 7), Rn. 341; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 224 Rn. 8; Stree/Sternberg-Lieben (Fn. 6), § 224 Rn. 12; Rengier (Fn. 1), § 14 Rn. 50.

an, ob eine konkrete Lebensgefahr eingetreten ist.⁹ Einer Entscheidung dieses Streits bedarf es vorliegend nicht. Denn da ein heftiger Schlag in den Nacken schon abstrakt nicht dazu geeignet ist, das Leben eines anderen zu gefährden, ist das Qualifikationsmerkmal des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB bereits nach der erstgenannten, weiteren Ansicht nicht erfüllt.

2. Ergebnis

C hat sich daher nicht wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 Nrn. 3, 5 StGB strafbar gemacht.

III. Freiheitsberaubung, § 239 Abs. 1 StGB

C könnte sich wegen Freiheitsberaubung gemäß § 239 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er A an das Geländer der Bushaltestelle fesselte.

1. Tatbestand

Ein Einsperren gemäß § 239 Abs. 1 Fall 1 ist nicht gegeben. C könnte den A indes auf andere Weise der Freiheit beraubt haben, § 239 Abs. 1 Fall 2 StGB. Hierfür reicht jedes Mittel aus, das geeignet ist, dem anderen die Freiheit zu nehmen.¹⁰ C hat A mit dem Schal an das Geländer gefesselt. Infolgedessen konnte A sich nicht mehr fortbewegen. C hat ihn somit auf andere Weise der Freiheit beraubt.

Erfüllt ist der Tatbestand des § 239 Abs. 1 StGB allerdings nur, wenn die Freiheitsentziehung nicht bloß unerheblich ist.¹¹ Den Maßstab zur Beurteilung bilden dabei sowohl die Dauer der Freiheitsentziehung (nach dem Reichsgericht reicht die Zeitspanne für ein „Vaterunser“ aus)¹² als auch das Gewicht der Einwirkung auf das geschützte Rechtsgut.¹³ A war etwa fünf Minuten an das Geländer der Bushaltestelle gefesselt, seine Fortbewegungsfreiheit war daher während dieser Zeit vollständig aufgehoben. Dementsprechend war die Freiheitsentziehung nicht unerheblich.

Anmerkung: Da A nur vorübergehend das Bewusstsein verloren hatte und noch während der Fesselung wieder aufwachte, kommt es auf den Streit, ob durch § 239 StGB die potentielle persönliche Fortbewegungsfreiheit oder nur der aktuelle Fortbewegungswille geschützt wird,¹⁴ nicht an.

C handelte auch vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit

Die Tat war überdies rechtswidrig.

3. Schuld

C handelte schuldhaft.

4. Ergebnis

C hat sich wegen Freiheitsentziehung gemäß § 239 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

IV. Nötigung, § 240 Abs. 1, 2 StGB

C könnte sich wegen Nötigung gemäß § 240 Abs. 1, 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er A niederschlug, zum Geländer zog und ihn dort festband.

1. Tatbestand

C hat gegenüber A Gewalt im Sinne des § 240 Abs. 1 StGB angewandt. Eine tatbestandsmäßige Handlung liegt damit vor. Weiterhin müsste auch der tatbestandliche Erfolg gegeben sein. Dieser besteht in jedem Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers, das der Täter mit dem eingesetzten Nötigungsmittel in kausaler und objektiv zurechenbarer Weise herbeigeführt hat.¹⁵ Insoweit muss man zunächst sehen, dass in dem verletzenden Faustschlag selbst keine Nötigung zur Duldung des Körperverletzungserfolges liegt. Denn aus der Struktur des Nötigungstatbestandes ergibt sich, dass der erduldete Nötigungserfolg nicht mit der Hinnahme der Gewalt gleichgesetzt werden darf.¹⁶

Fraglich ist jedoch, ob ein Erfolg im Sinne des § 240 Abs. 1 StGB darin gesehen werden kann, dass A es infolge des Schlages dulden musste, zu dem Geländer gezogen und dort festgebunden zu werden. Dem könnte entgegenstehen, dass A zu dieser Zeit bewusstlos war. So wird teilweise die Auffassung vertreten, Mindestvoraussetzung eines Duldens (wie auch des Handelns und Unterlassens) sei die Möglichkeit, das jeweilige alternative Verhalten vorzunehmen.¹⁷ Dagegen lässt sich indes erinnern, dass dem Wortlaut des § 240 StGB eine solche Beschränkung nicht (zumindest nicht zwingend) zu entnehmen ist. So kann man das Verb „dulden“ umgangssprachlich auch so verstehen, dass jemand ein Ereignis hinnehmen muss, ohne eine Möglichkeit zur Verhinderung zu besitzen.¹⁸ Überdies führt die zuvor dargestellte Ansicht zu einer Privilegierung des besonders brutal agierenden Täters. Nach ihr entfällt die Nötigung, wenn der Täter besonders hart zuschlägt und dem Opfer damit jedwede Möglichkeit zur Gegenwehr nimmt.¹⁹ Das ist nicht plausibel. Überzeugender erscheint es, mit der zuletzt genannten Auffassung

¹⁵ Rengier (Fn. 1), § 23 Rn. 54a.

¹⁶ BVerfGE 92, 1 (17); Rengier (Fn. 1), § 23 Rn. 54a.

¹⁷ Hruschka, NJW 1996, 160 (162); Sinn, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 240 Rn. 100.

¹⁸ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 9), Vor §§ 249 ff. Rn. 21.

¹⁹ Toepel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 9), § 240 Rn. 132.

⁹ Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 224 Rn. 28.

¹⁰ Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 239 Rn. 6; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 62. Aufl. 2015, § 239 Rn. 8.

¹¹ Eisele (Fn. 7), Rn. 442; Wessels/Hettinger (Fn. 3), Rn. 375.

¹² RGSt 7, 259 (260).

¹³ Eisele (Fn. 7), Rn. 442.

¹⁴ Dazu etwa Eisele (Fn. 7), Rn. 428; Rengier (Fn. 1), § 22 Rn. 2 ff; Wessels/Hettinger (Fn. 3), Rn. 370 f.

einen tatbestandlichen Nötigungserfolg auch dann anzunehmen, wenn der Täter mittels vis absoluta auf die vom Nötigungstatbestand geschützte Freiheit der Willensbildung besonders massiv einwirkt, indem er dem Opfer jedwede Möglichkeit zur Bildung eines Willens nimmt, so dass dieses in der Folge gezwungen ist, Handlungen des Täters hinzunehmen, mit denen es (insoweit hypothetisch) nicht einverstanden gewesen wäre.²⁰

Da es nicht dem (hypothetischen) Willen des auf dem Weg zu einem Fußballspiel befindlichen A entsprach, zu einem Geländer gezogen und dort festgebunden zu werden, liegt ein tatbestandlicher Nötigungserfolg vor.

C handelte auch vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Die Anwendung von Gewalt mit dem Ziel, jemanden an ein Geländer zu fesseln, ist zudem als sozial unerträglich einzustufen und daher als verwerflich im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB anzusehen. Die Tat war daher auch rechtswidrig.

3. Schuld

Überdies handelte C schuldhaft.

4. Ergebnis

C hat sich wegen Nötigung gemäß § 240 Abs. 1, 2 StGB strafbar gemacht.

V. Raub, § 249 Abs. 1 StGB

C könnte sich wegen Raubes gemäß § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er A heftig in den Nacken schlug, am Geländer der Bushaltestelle festband und im Anschluss dessen Smartphone an sich nahm.

1. Tatbestand

Indem C das Smartphone des A aus dessen Hosentasche zog und es einsteckte, hat er eine fremde bewegliche Sache weggenommen. Des Weiteren müsste C auch eines der in § 249 Abs. 1 StGB genannten qualifizierten Nötigungsmittel eingesetzt haben. In Betracht kommen könnte hier der Einsatz von Gewalt gegen eine Person gemäß § 249 Abs. 1 Fall 1 StGB. Hierunter versteht man jede unmittelbar oder auch nur mittelbar auf den Körper des Opfers bezogene körperliche Einwirkung, durch die körperlich wirkender Zwang ausgeübt wird und die dazu bestimmt ist, geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden.²¹ Eine derartige Gewaltausübung ist sowohl für den Schlag in den Nacken des A als auch für das anschließende Festbinden am Geländer zu bejahen.

²⁰ Ebenso *Kindhäuser* (Fn. 18), § 249 Rn. 21; *Horn/Wolters*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 148. Lfg., Stand: Dezember 2014, § 240 Rn. 23 ff.; *Toepel* (Fn. 19), § 240 Rn. 132; *Rengier* (Fn. 1), § 23 Rn. 54a. Für Vollendung bereits zu dem Zeitpunkt, in welchem dem Opfer die Entschlussfassung überhaupt unmöglich gemacht wird: *Eser/Eisele* (Fn. 10), § 240 Rn. 13.

²¹ *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 6), § 249 Rn. 4.

Fraglich ist indes, ob auch die erforderliche finale Verknüpfung zwischen dem Einsatz des Nötigungsmittels und der Wegnahme gegeben ist.²² Der Raubtatbestand setzt voraus, dass zumindest nach der Vorstellung des Täters das Nötigungsmittel gerade als Mittel zur Wegnahme des Gegenstands eingesetzt wird.²³ Dass sich in der Hosentasche des A ein Smartphone befand, erkannte C erst, nachdem er sein Opfer geschlagen und am Geländer der Bushaltestelle festgebunden hatte. Erst deutlich nach der Gewaltausübung fasste er mithin den Entschluss zur Wegnahme des Smartphones. Dementsprechend liegt der erforderliche finale Zusammenhang nicht vor.

2. Ergebnis

C hat sich nicht wegen Raubes gemäß § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

VI. Raub durch Unterlassen, §§ 249 Abs. 1, 13 StGB

C könnte sich jedoch wegen Raubes durch Unterlassen gemäß §§ 249 Abs. 1, 13 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Smartphone an sich nahm, während A gefesselt war.

1. Tatbestand

C hat eine fremde bewegliche Sache weggenommen (s.o.). Fraglich ist, ob A hierzu auch Gewalt gegen eine Person angewandt hat. Da C den Entschluss zur Wegnahme erst fasste, als die von ihm aktiv begangene Gewalthandlung bereits beendet war (s.o.), kommt als Anknüpfungspunkt nur noch in Betracht, dass im Zeitpunkt der Wegnahme die von C mit vis absoluta geschaffene Zwangslage noch fort dauerte und er diese pflichtwidrig (Ingerenz) nicht beendete. Ob man hierin den Einsatz von Gewalt im Sinne des Raubtatbestandes sehen, die Gewalt bei § 249 Abs. 1 StGB also auch durch Unterlassen begangen werden kann, ist umstritten.

a) Erste Ansicht

Nach einer Ansicht soll eine Gewaltausübung durch Unterlassen möglich sein.²⁴ Hierfür streite, dass der im StGB unterschiedlich verwendete Gewaltbegriff nicht notwendig ein

²² Der Finalzusammenhang wird teilweise als objektives Tatbestandsmerkmal eingestuft (vgl. etwa *Rengier*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 17. Aufl. 2015, § 7 Rn. 7), teilweise aber auch im subjektiven Tatbestand verortet. Letztlich weist er sowohl eine objektive als auch eine subjektive Komponente auf, siehe dazu *Fischer* (Fn. 10), § 249 Rn. 5.

²³ *Rengier* (Fn. 22), § 7 Rn. 22.

²⁴ BGHSt 48, 365, in dieser Entscheidung lässt der BGH allerdings ausdrücklich offen, ob eine aktive, fortgesetzte Gewalthandlung vorliegt oder Gewalt durch Unterlassen, dazu krit. *Fischer* (Fn. 10), § 249 Rn. 12d; *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 4. Aufl. 2015, § 17 Rn. 10; *Eser/Bosch* (Fn. 21), § 249 Rn. 6b; *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 249 Rn. 4; *Rotsch*, *Strafrechtliche Klausurenlehre*, 2013, Rn. 730; *Schünemann*, JA 1980, 349 (350 f., 353).

von Aktivität getragenes Verhalten verlange. Dabei entspreche das Unterlassen einem positiven Tun.²⁵

Nach dieser Ansicht hat C gegenüber A Gewalt im Sinne des § 249 Abs. 1 StGB durch Unterlassen eingesetzt, indem er das Smartphone wegnahm, während A gefesselt war.

b) Zweite Ansicht

Nach anderer Ansicht soll das Ausnutzen einer vom Täter mit vis absoluta geschaffenen Zwangslage hingegen nicht zu einer Strafbarkeit wegen Raubes durch Unterlassen führen können.²⁶ Zur Begründung wird überwiegend die Gleichstellungsklausel des § 13 Abs. 1 2. Hs. StGB herangezogen: Konkret könne derjenige, der in dem Bewusstsein wegnehme, zur Beendigung einer von ihm geschaffenen Zwangslage verpflichtet zu sein, nicht mit dem aktiv Gewalt einsetzenden Täter gleichgestellt werden.²⁷

Schließt man sich dieser Auffassung an, ist in der Nichtbeendigung der Fesselung des A keine Gewalt im Sinne des Raubtatbestandes zu sehen.

c) Streitentscheidung

Da die Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, bedarf es einer Entscheidung des Streits. Der erstgenannten Ansicht ist zuzugeben, dass der im StGB verwendete Gewaltbegriff grundsätzlich offen für eine Verwirklichung durch Unterlassen ist. Gleichwohl verdient sie keine Zustimmung. Ihr ist zunächst entgegenzuhalten, dass das hier konkret in Rede stehende Unterlassen nicht der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht (vgl. § 13 Abs. 1 2. Hs.). § 249 StGB setzt voraus, dass der Täter zielgerichtet Gewalt anwendet, um die Wegnahme zu ermöglichen. Dem kann das bewusste Ausnutzen einer Zwangslage, zu deren Aufhebung der Täter verpflichtet ist, nicht gleichgestellt werden.²⁸ Entscheidet man dies anders, entsteht die Gefahr, dass ein tatsächlich nicht nachweisbarer Raubvorsatz bei der Gewaltanwendung mittels Überdehnung der Unterlassensstrafbarkeit überspielt wird.²⁹ Hinzu kommt, dass unter Zugrundelegung der erstgenannten Ansicht die Grenzen zwischen raubspezifischer Finalität einerseits und Wegnahme unter Ausnutzung einer sich aus der Hilflosigkeit ergebenden Gelegenheit (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB) andererseits verwischen;³⁰ das Finalitätskriterium verliert hiernach also in

²⁵ Schönemann, JA 1980, 349 (350 f., 353).

²⁶ Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, Rn. 327; Jäger, Examens-Repetitorium Strafrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl. 2015, Rn. 292; Küper, JZ 1981, 568 (571 f.); Rengier (Fn. 22), § 7 Rn. 32; Otto, JZ 2004, 364 (365); Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 37. Aufl. 2014, Rn. 364.

²⁷ Eisele (Fn. 26), Rn. 327; Wessels/Hillenkamp (Fn. 26), Rn. 364; Rengier (Fn. 22), § 7 Rn. 32.

²⁸ Eisele (Fn. 26), Rn. 327; Wessels/Hillenkamp (Fn. 26), Rn. 364; Rengier (Fn. 22), § 7 Rn. 32.

²⁹ Wessels/Hillenkamp (Fn. 26), Rn. 364.

³⁰ Rengier (Fn. 22), § 7 Rn. 32; Wessels/Hillenkamp (Fn. 26), Rn. 364.

bedenklicher Weise an Kontur. Und schließlich führt nämliche Ansicht zu einer sachwidrigen Privilegierung des besonders brutal agierenden Täters.³¹ Denn ihr zufolge wird derjenige, der das Opfer niederschlägt, es fesselt und sich nun entschließt, ihm Sachen wegzunehmen, wegen Raubes bestraft. Der mit besonderer Brutalität handelnde Täter, der das Opfer sofort in einer derart massiven Weise attackiert, dass es über längere Zeit bewusstlos ist, begeht hingegen unter den gleichen Umständen nur einen Diebstahl, weil ihm das Aufheben der Zwangslage unmöglich ist.³² Das ist ein wenig überzeugendes Ergebnis, welches mit der vorzugswürdigen zweiten Ansicht vermieden wird.

Nach alledem ist im Ausnutzen einer vom Täter geschaffenen Zwangslage kein nach § 249 Abs. 1 StGB strafbarer Einsatz von Gewalt durch Unterlassen zu sehen.

2. Ergebnis

C hat sich daher nicht wegen Raubes durch Unterlassen gemäß §§ 249 Abs. 1, 13 StGB strafbar gemacht.

VII. Räuberische Erpressung, §§ 253, 255 (13) StGB

Eine Strafbarkeit des C wegen räuberischer Erpressung gemäß §§ 253, 255 StGB kommt nach dem Ergebnis der vorhergehenden Prüfung des Raubtatbestandes nicht in Betracht. Eine Begehung in Form des aktiven Tuns scheitert zumindest daran, dass C die Gewalt nicht zum Zweck der Wegnahme eingesetzt hat und so der auch für §§ 253, 255 StGB erforderliche Finalzusammenhang³³ fehlt. Eine Strafbarkeit wegen Unterlassens scheidet aus, weil der oben bei §§ 249, 13 StGB dargestellte und hier wiederum relevante Streit, ob die Ausübung von Gewalt durch Unterlassen (hier: das „Nichtlösen“ der Fesseln) dem aktiven Tun gleichgestellt werden kann, vorliegend nicht anders als zuvor zu entscheiden ist.

Anmerkung: Diese Ausführungen erfolgen im Wesentlichen nur zur Erläuterung. In der Examensklausur könnte in diesem Fall auf die Prüfung der §§ 253, 255 StGB verzichtet werden.

VIII. Besonders schwerer Fall des Diebstahls, §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB

C könnte sich wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gemäß §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Smartphone des A an sich nahm, während dieser gefesselt war.

1. Tatbestand

Indem C das im Eigentum des A stehende Smartphone einsteckte, hat er eine fremde bewegliche Sache weggenommen.

³¹ Eisele (Fn. 26), Rn. 327; Fischer (Fn. 10), § 249 Rn. 12c; Wessels/Hillenkamp (Fn. 26), Rn. 364; Rengier (Fn. 22), § 7 Rn. 32.

³² Otto, JZ 2004, 364 (365).

³³ Siehe hierzu Fischer (Fn. 10), § 253 Rn. 18a.

C handelte vorsätzlich und – da er das Smartphone für sich behalten wollte – auch mit der Absicht, sich dieses rechtswidrig zuzueignen.

2. *Rechtswidrigkeit*

Die Tat war rechtswidrig.

3. *Schuld*

C handelte auch schuldhaft.

4. *Strafzumessungsregel: Besonders schwerer Fall, § 243 StGB*

a) *Objektive Merkmale des Regelbeispiels, hier: Ausnutzen der Hilflosigkeit, § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 Fall 1 StGB*

Indem C dem A das Smartphone wegnahm, während dieser gefesselt war, könnte er das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 Fall 1 StGB erfüllt haben. Das wäre der Fall, wenn A in der konkreten Situation hilflos gewesen wäre und C diesen Umstand für sich ausgenutzt hätte. Hilflos ist, wer sich nicht aus eigener Kraft gegen die dem Rechtsgut drohende Gefahr schützen kann,³⁴ der Wegnahme also nicht wirksam entgegenzutreten vermag³⁵. A war dem Angriff auf sein Eigentum aufgrund der Fesselung schutzlos ausgeliefert, demnach hilflos. Diesen Umstand hat C, der die „günstige Gelegenheit“ erkannte, für sich ausgenutzt.

b) *Subjektive Merkmale des Regelbeispiels*

Zwar stellt ein Regelbeispiel nach h.M.³⁶ einen Erschwerungsgrund nicht-tatbestandlicher Art dar,³⁷ so dass eine direkte Anwendung der §§ 15, 16 StGB nicht in Betracht kommt und damit kein Vorsatz „im klassischen Sinne“ in Bezug auf das Regelbeispiel gefordert werden kann. Allerdings muss auch in diesen Fällen spiegelbildlich zu den Tatbeständen eine subjektive Entsprechung zum objektiv verwirklichten Unrecht hinzutreten, sodass die §§ 15, 16 StGB analog zu Gunsten des Täters angewendet werden können.³⁸ Dieses subjektive Element ist hier gegeben: C handelte vorsätzlich in Bezug auf die Hilflosigkeit des A (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB).

c) *Gesamtwürdigung der Tatumstände, § 243 Abs. 2 StGB*

Der Regelfall des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB ist gegeben. Für das Vorliegen eines atypischen Falls, der die Regelwirkung ausschließen könnte, gibt es keine Anhaltspunkte.

d) *Geringwertigkeitsklausel § 243 Abs. 2 StGB*

Fraglich ist indes, ob die Regelwirkung gemäß § 243 Abs. 2 StGB unter dem Gesichtspunkt der Geringwertigkeit des Tatobjekts ausgeschlossen ist. Das wäre zu bejahen, wenn es sich bei dem Tatobjekt objektiv und nach der subjektiven Vorstellung des Täters um eine geringwertige Sache handelte.³⁹

Wann man eine Sache als geringwertig einzustufen hat, ist nicht abschließend geklärt. Zum Teil wird die Grenze bei 25 Euro⁴⁰ gezogen, verschiedentlich aber auch bei 30⁴¹ oder 50 Euro⁴². Dies kann jedoch dahinstehen, da bei lebensnaher Auslegung des Sachverhalts davon ausgegangen werden kann, dass ein „hochwertiges Smartphone“ jedenfalls mehr als 50 Euro wert ist und C dies auch bewusst war. Das Smartphone ist daher nicht als geringwertige Sache im Sinne des § 243 Abs. 2 StGB anzusehen.

5. *Ergebnis*

C hat sich wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gemäß §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB strafbar gemacht.

IX. Diebstahl mit Waffen, § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB

C könnte sich wegen Diebstahls mit Waffen gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB strafbar gemacht haben, indem er das Smartphone des A an sich nahm, während dieser gefesselt war.

1. *Tatbestand*

a) *Begehung eines Diebstahls*

Den Grundtatbestand des § 242 StGB hat C erfüllt.

b) *Beisichführen eines Werkzeugs oder Mittels zur Verhinderung oder Überwindung von Widerstand*

Zudem müsste C ein Werkzeug oder Mittel zur Verhinderung oder Überwindung von Widerstand bei sich geführt haben. Als Mittel im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB (eine Abgrenzung von Werkzeugen und Mitteln ist nicht erforderlich)⁴³ kommen grundsätzlich alle Gegenstände in Betracht.⁴⁴ Der Schal, mit dem C den A an das Geländer gebunden hat, ist daher als ein Werkzeug bzw. Mittel im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB einzustufen.

Fraglich ist indes, ob C den Schal bei sich geführt hat. Das Tatbestandsmerkmal des Beisichführens ist sowohl zu bejahen, wenn der Täter den Gegenstand in der Hand hält als auch, wenn der Gegenstand sich während des Diebstahls in Griffweite befindet oder der Täter sich seiner jederzeit ohne

³⁴ BayObLG NJW 1973, 1808.

³⁵ Kindhäuser (Fn. 18), § 243 Rn. 36.

³⁶ BGHSt 23, 254 (257); 33, 370 (373); Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), Vorbem. §§ 38 ff. Rn. 47; Lackner/Kühl (Fn. 8), § 46 Rn. 11; a.A. Calliess, NJW 1998, 929 (933 ff.); Eisele, JA 2006, 309 (312).

³⁷ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 44. Aufl. 2014, Rn. 239.

³⁸ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 37) Rn. 239; Wessels/Hillenkamp (Fn. 26), Rn. 220.

³⁹ Fischer (Fn. 10), § 243 Rn. 26; Lackner/Kühl (Fn. 8), § 243 Rn. 4.

⁴⁰ BGHR StGB § 248a Geringwertig 1.

⁴¹ OLG Oldenburg NSTZ-RR 2005, 111.

⁴² OLG Hamm NJW 2003, 3145.

⁴³ Fischer (Fn. 10), § 244 Rn. 25.

⁴⁴ Fischer (Fn. 10), § 244 Rn. 25.

nennenswerten Zeitaufwand bedienen kann.⁴⁵ Im gesamten Zeitraum zwischen unmittelbarem Ansetzen zum Diebstahl und dessen Vollendung konnte C jederzeit auf den Schal zugreifen, mithin führte er diesen bei sich. Dies müsste jedoch auch geschehen sein, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB kann nur dann zur Anwendung kommen, wenn nach Auffassung des Täters in irgendeinem Zeitpunkt zwischen unmittelbarem Ansetzen und Vollendung der Tat Widerstand seitens des Opfers zu erwarten ist.⁴⁶ A war bereits im Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens zum Diebstahl gefesselt und blieb dies unverändert bis zu dessen Beendigung. Gegenwehr war von dem völlig wehrlosen Diebstahlsopfer zu keinem Zeitpunkt zu erwarten, jedwede Möglichkeit zum Widerstand war vielmehr ausgeschlossen. Da C dies auch erkannt hat („er beschloss, die günstige Gelegenheit für sich auszunutzen“), führte er den Schal nicht mit der von § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB vorausgesetzten Verwendungsabsicht bei sich.⁴⁷

2. Ergebnis

C hat sich nicht wegen Diebstahls mit Waffen gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB strafbar gemacht, indem er das Smartphone des A an sich nahm, während dieser gefesselt war.

X. Aussetzung, § 221 Abs. 1 Nrn. 1, 2 StGB

C könnte sich wegen Aussetzung gemäß § 221 Abs. 1 Nrn. 1, 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er A mit dem Schal am Geländer festgebunden hat.

1. Tatbestand

§ 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB hat das Versetzen in eine hilflose Lage zur Voraussetzung. Sie ist erfüllt, wenn eine Person der abstrakten Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung ohne Möglichkeit eigener oder fremder Hilfe ausgesetzt wird.⁴⁸ C hat A an dem Geländer der Bushaltestelle festgebunden, aus eigener Kraft konnte er sich aus dieser Situation nicht befreien. A befand sich demnach in einer Lage, in der er auf fremde Hilfe angewiesen war. Da sich das Geschehen jedoch an einem warmen Sommerabend an einer Bushaltestelle in der Stadt ereignete, ist nicht ersichtlich, dass für A eine irgendwie geartete – auch nur abstrakt vorstellbare – Gefahr bestanden hätte, an der Bushaltestelle zu Tode zu kommen oder eine schwere Gesundheitsschädigung zu erleiden. A war daher zwar hilflos, weil er den Zustand der

Freiheitsentziehung nicht selbst beenden konnte; in einer hilflosen Lage im Sinne des § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB befand er sich jedoch nicht.

Daher hat der zur Aufhebung der Fesselung grundsätzlich verpflichtete C den A auch nicht in einer hilflosen Lage gemäß § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB im Stich gelassen, als er diesen an der Bushaltestelle zurückließ.

2. Ergebnis

C hat sich nicht wegen Aussetzung gemäß § 221 Abs. 1 Nrn. 1, 2 StGB strafbar gemacht.

B. Ergebnis erster Tatkomplex

§ 240 StGB tritt im Wege der Spezialität hinter § 239 StGB zurück.⁴⁹ §§ 223 Abs. 1; 239 Abs. 1 StGB stehen in Tateinheit. Hierzu steht der bei Gelegenheit der Freiheitsberaubung aufgrund eines neuen Tatentschlusses begangene besonders schwere Diebstahl nach §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB in Tatmehrheit.

C hat sich gemäß §§ 223 Abs. 1, 239 Abs. 1, 52 Abs. 1; 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6, 53 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Zweiter Tatkomplex: Im Stadion

A Strafbarkeit des E

I. Körperverletzung, § 223 Abs. 1 StGB

E könnte sich wegen Körperverletzung gemäß § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er dem Gegenspieler mit der Nr. 16 von hinten in die Beine gegrätscht ist.

1. Tatbestand

Dann müsste E die Nr. 16 körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Das Grätschen in die Beine eines anderen stellt eine üble, unangemessene Behandlung dar. Diese Behandlung führte bei der Nr. 16 zu einer Bänderverletzung und damit zu einer nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit. Eine körperliche Misshandlung im Sinne des § 223 Abs. 1 Fall 1 StGB ist daher gegeben.

Mit der Bänderverletzung ist überdies ein Zustand eingetreten, der vom Normalzustand der körperlichen Funktionen des Opfers nachteilig abweicht (pathologischer Zustand). Die Handlung des E hatte daher auch eine Gesundheitsschädigung gemäß § 223 Abs. 1 Fall 2 StGB zur Folge. An sich wäre der objektive Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB daher zu bejahen.

Jedoch könnte sich vorliegend etwas Anderes daraus ergeben, dass es sich um einen Vorgang im Bereich des Sports handelt. Dass man bei Foulspielen im Bereich des Fußballs eine Einschränkung der Körperverletzungsstrafbarkeit vornehmen muss, ist im Wesentlichen unstrittig. Stark umstritten ist jedoch, inwieweit die Strafbarkeit zu beschränken und wie dies dogmatisch zu begründen ist.⁵⁰ Teilweise wird die

⁴⁵ Fischer (Fn. 10), § 244 Rn. 27.

⁴⁶ Vgl. Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 244 Rn. 47 f.

⁴⁷ Anders zu einem ähnlich gelagerten Fall BGH NStZ 2004, 152 (153), mit zu Recht kritischer Anmerkung Walter, NStZ 2004, 623.

⁴⁸ Fischer (Fn. 10), § 221 Rn. 7, 9; Hardtung, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 221 Rn. 5.

⁴⁹ Vgl. BGHSt 30, 235 (236).

⁵⁰ Stree/Sternberg-Lieben (Fn. 6), § 228 Rn. 27. Siehe hierzu bereits Kaspar, JuS 2004, 409 (410).

Lösung bereits auf der Ebene des Tatbestands gesucht. Nach einer Ansicht sollen Foulspele im Fußball bis zu einem gewissen Maß sozialadäquat⁵¹ oder sportadäquat⁵² sein und deshalb die objektive Zurechnung zwischen Handlung und Erfolg unterbrechen.⁵³ Andere argumentieren mit dem erlaubten Risiko⁵⁴ (dessen dogmatische Einordnung dann wiederum umstritten ist) oder der Rechtsfigur der „unfinalen [tatbestandsausschließenden] Einwilligung“⁵⁵.

Unter allen vertretenen Ansichten besteht jedoch Einigkeit darüber, dass bei Handlungen, die im Fußballsport in extrem regelwidriger Weise absichtlich zur Verletzung eines Gegners begangen werden, keine tatbestandliche Einschränkung des Körperverletzungstatbestands vorzunehmen ist.⁵⁶ Da E mit Verletzungsabsicht in die Beine der Nr. 16 grätschte und so in einer besonders krassen Weise regelwidrig handelte (eine „rote Karte“ wäre laut Sachverhalt erforderlich gewesen), scheidet eine Einschränkung des Tatbestandes aus.

Der objektive Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB ist daher erfüllt.

Fraglich ist, ob E auch vorsätzlich handelte. Das könnte hier zweifelhaft sein, weil E einem Irrtum erlegen ist. Er grätschte zwar in die Beine derjenigen Person, die er anvisiert hatte. Jedoch meinte er, dass es sich hierbei um die Nr. 6 des Gegners handele und nicht – wie tatsächlich der Fall – um die Nr. 16. Ein solcher Irrtum über die Identität der konkret individualisierten Person (error in persona) ist jedoch für den Vorsatz des Täters unbeachtlich,⁵⁷ denn die Bezugspunkte des Vorsatzes sind nur die in § 16 Abs. 1 StGB umschriebenen äußeren Tatumstände. Dazu gehören weder innere Beweggründe noch Fernziele des Täters.⁵⁸ Mit anderen Worten: Der Täter hat genau diejenige Person verletzt, auf die sich sein Vorsatz im Zeitpunkt der Tatbegehung bezogen hat.⁵⁹

2. Rechtswidrigkeit

Bei Körperverletzungen im Sport wird zum Teil auch ein Ausschluss der Rechtswidrigkeit, namentlich aufgrund einer Einwilligung des Verletzten, vertreten.⁶⁰ Allerdings besteht auch insoweit Einigkeit, dass die Einwilligung eines Fußballspielers sich jedenfalls nicht auf Verletzungen bezieht, die ihm vom Gegenspieler – wie hier – in massiver Missachtung der Regeln absichtlich zugefügt werden. E handelte also rechtswidrig.

⁵¹ Dölling, ZStW 96 (1984), 36 (64 f.).

⁵² Schild, Sportstrafrecht, 2002, S. 116 ff. Er sieht in der Sportadäquanzen einen „Tatbestandsausschlussgrund“ (a.a.O., S. 120).

⁵³ Hierzu Kaspar, JuS 2004, 409 (410).

⁵⁴ Kretschmer, Jura 2000, 267 (270 f.); Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 67.

⁵⁵ Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 7/126.

⁵⁶ Siehe hierzu Kaspar, JuS 2004, 409 (410).

⁵⁷ Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2013, Kap. 11 Rn. 55; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 37), Rn. 249.

⁵⁸ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 37), Rn. 249.

⁵⁹ Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2014, § 15 Rn. 22.

⁶⁰ Stree/Sternberg-Lieben (Fn. 6), § 228 Rn. 27.

3. Schuld

E handelte auch schuldhaft.

4. Strafantrag

Der nach § 230 Abs. 1 StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt.

5. Ergebnis

E hat sich wegen Körperverletzung gemäß § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Gefährliche Körperverletzung, §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 2, 3 StGB

E könnte sich wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 3 StGB⁶¹ strafbar gemacht haben, indem er dem Gegenspieler mit der Nr. 16 mit dem Stollenschuh von hinten in die Beine grätschte.

1. Tatbestand

Den Grundtatbestand der Körperverletzung, § 223 Abs. 1 StGB, hat E verwirklicht (s.o.). Fraglich ist, ob E auch eines der Qualifikationsmerkmale des § 224 Abs. 1 StGB erfüllt hat. In Frage kommt zunächst die Begehung mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB). In dem Fußballschuh des E müsste mithin ein gefährliches Werkzeug zu sehen sein. Diesem Begriff unterfällt jeder Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Benutzung im konkreten Fall erhebliche Verletzungen hervorzurufen vermag.⁶²

Der Schuh am Fuß eines Menschen kann grundsätzlich ein gefährliches Werkzeug sein.⁶³ Entscheidend sind im jeweiligen Einzelfall jedoch die konkreten Tatumstände, wie z.B. die Art des Schuhs, die Anwendungsart und die betroffenen Körperteile.⁶⁴ Für die Einstufung als „gefährliches Werkzeug“ spricht im vorliegenden Fall zunächst, dass das Grätschen in die Beine mit einem (relativ) festen Fußballschuh, an dem Stollen angebracht waren, erfolgte. Außerdem nahm E eigens Anlauf, um seine Tat auszuführen, und er grätschte der Nr. 16 von hinten in die Beine, so dass dieser überhaupt keine Chance besaß, den Kontakt, etwa durch Zurückziehen des Beines, abzumildern. E beging die Körperverletzung nach dieser Gesamtwürdigung daher mittels eines gefährlichen Werkzeugs im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

Darüber hinaus könnte E die Tat auch „mittels eines hinterlistigen Überfalls“, § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB, begangen haben. E führte seinen Angriff von hinten aus, so dass die Nr. 16 diesen weder erkennen noch ihm ausweichen konnte. Das Ausnutzen des Überraschungsmoments allein genügt jedoch nicht, um ein hinterlistiges Handeln zu bejahen. Viel-

⁶¹ Zur Möglichkeit der gemeinsamen Prüfung der §§ 223, 224 StGB siehe oben Fn. 1.

⁶² BGH NStZ 1987, 174.

⁶³ Fischer (Fn. 10), § 224 Rn. 9c; Rengier (Fn. 1), § 14 Rn. 31.

⁶⁴ Rengier (Fn. 1), § 14 Rn. 31.

mehr bedarf es konkreter Anhaltspunkte dafür, dass der Täter planmäßig seine wahren Absichten verdeckt hat (s.o.). Hinweise auf ein solches Vorgehen des E sind jedoch nicht ersichtlich. Die Körperverletzung wurde daher nicht mittels eines hinterlistigen Überfalls begangen.

E handelte auch vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit

Die Tat ist auch rechtswidrig.

3. Schuld

E handelte überdies schuldhaft.

4. Ergebnis

E hat sich wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des D

I. Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung, §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 26 StGB

Anmerkung: Nicht unbedingt erforderlich, aber immerhin denkbar ist es, zuvor zwischen Täterschaft und Teilnahme (Mittäterschaft und Anstiftung) abzugrenzen. Der Sachverhalt legt hier freilich eine Anstiftungshandlung nahe. Nur sie wird nachfolgend geprüft.

D könnte sich wegen Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem er E „empfehl“, dem Gegenspieler mit der Nr. 6 von hinten mit den Stollenschuhen in die Beine zu grätschen.

1. Tatbestand

Eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat liegt mit der von E gegenüber der Nr. 16 begangenen gefährlichen Körperverletzung vor.

Der Anstiftungstatbestand setzt des Weiteren voraus, dass der Täter zur Tat bestimmt wurde. Hierunter versteht man das zumindest mitursächliche Hervorrufen des Tatentschlusses beim Haupttäter.⁶⁵ D empfahl E, dem Gegenspieler mit der Nr. 6 bei der ersten sich bietenden Gelegenheit von hinten in die Beine zu grätschen. Auf diese Weise hat er den Tatentschluss bei E geweckt. Da dieses Bestimmen im Wege eines geistigen Kontakts zwischen D und E geschah, kann die umstrittene Frage, ob eine taugliche Anstiftungshandlung nur bei offener Kommunikation zwischen Anstifter und Angestiftetem gegeben ist,⁶⁶ dahinstehen. D hat E zur Tat bestimmt.

In subjektiver Hinsicht verlangt der Anstiftungstatbestand, dass der Täter mit dem sog. „doppelten Anstiftersvorsatz“ gehandelt hat; der Vorsatz muss sich demnach sowohl

auf die vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat als auch auf das Bestimmen zur Tat beziehen.⁶⁷

D hatte E dazu bestimmt, der „Nr. 6“ von hinten in die Beine zu grätschen. E unterlag jedoch einem Irrtum über die Identität der von ihm anvisierten Person. Die Lösung der Frage, wie sich ein solcher error in persona (s.o.) des Angestifteten auf die Strafbarkeit des Anstifters auswirkt, ist umstritten.

a) Erste Ansicht

Teilweise wird angenommen, eine Objektsverwechslung, die für den Haupttäter unbeachtlich sei, wirke sich auf die Strafbarkeit des Anstifters generell nicht aus.⁶⁸ Maßgeblich sei, dass der Vordermann die Tat deshalb begangen habe, weil der Hintermann dazu den Entschluss in ihm (scil.: dem Angestifteten) hervorgerufen habe. Daher gehe es nicht an, den Hintermann im Vergleich zum Vordermann zu privilegieren.⁶⁹

Nach dieser Auffassung läge (unter der Prämisse, dass die weiteren Voraussetzungen des § 26 StGB erfüllt sind) eine vollendete Anstiftung und damit eine Strafbarkeit des D gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2, 26 StGB vor.

b) Zweite Ansicht

Nach anderer Auffassung soll im error in persona des Haupttäters stets eine aberratio ictus des Anstifters zu sehen sein.⁷⁰ In der Folge kann der zur Tat Bestimmende nach h.M. nicht wegen vollendeter, sondern (sofern im konkreten Fall strafbar) nur wegen versuchter Anstiftung – unter Umständen in Tateinheit mit fahrlässiger Täterschaft – bestraft werden.⁷¹ Begründet wird dies u.a. damit, dass der spätere Tatverlauf von den Vorstellungen des Anstifters wesentlich abweiche, wenn der Haupttäter eine andere als die vom Anstifter benannte Person angreife.⁷²

Schließt man sich dieser Meinung an, ergibt sich nach der h.M. zu den Folgen einer aberratio ictus in der vorliegenden Konstellation⁷³ folgendes Resultat: Da die versuchte Anstiftung nur bei Verbrechen strafbar ist (vgl. § 30 Abs. 1 StGB), es sich bei § 224 StGB aber lediglich um einen Vergehens-

⁶⁷ Frister (Fn. 57), Kap. 28 Rn. 28; Rengier (Fn. 59), § 45 Rn. 44; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 37), Rn. 572.

⁶⁸ RG GA 7 (1859), 322 (327); Fischer (Fn. 10), § 26 Rn. 14; Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 10 Rn. 134.

⁶⁹ Gropp (Fn. 68), § 13 Rn. 90; Maurach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 23 Rn. 26.

⁷⁰ Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rn. 1311; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 20 Rn. 209; Otto, JuS 1982, 557 (562); Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 119 f.

⁷¹ Heinrich (Fn. 70), Rn. 1311.

⁷² Heinrich (Fn. 70), Rn. 1311.

⁷³ Siehe dazu und zu den Nachweisen (auch zur Gegenansicht) Heinrich (Fn. 70), Rn. 1308, und außerdem Rengier (Fn. 59), § 45 Rn. 62.

⁶⁵ BGHSt 45, 373 (374 f.).

⁶⁶ Dazu Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 26 Rn. 3; Kaspar, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2015, Rn. 565 ff.

tatbestand handelt (vgl. § 12 Abs. 2 StGB), käme lediglich eine Strafbarkeit des D gemäß § 229 StGB in Betracht.

c) Dritte Ansicht

Schließlich wird ein differenzierender Ansatz vertreten. Hiernach soll der error in persona des Haupttäters dann unbeachtlich sein, wenn die ihm unterlaufene Personenverwechslung sich noch in den Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren hält.⁷⁴ Hiervon sei auszugehen, wenn dem Haupttäter die Individualisierung des Opfers überlassen wurde und dieser bei der Ausführung seines Tatentschlusses bestrebt war, die ihm erteilten Instruktionen oder Weisungen zu befolgen. Habe sich der Haupttäter bei der anschließenden Individualisierung des Opfers an die Vorgaben des Anstifters gehalten, sei die Abweichung bereits in der Bestimmungshandlung angelegt gewesen und daher unwesentlich.⁷⁵ Bei einer wesentlichen Abweichung liege demgegenüber eine aberratio ictus vor.

Nach dieser Ansicht kommt es mithin entscheidend darauf an, ob sich die dem E unterlaufene Personenverwechslung noch in den Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren hält. Insoweit könnte man hier durchaus vertretbar darauf abstellen, es sei nicht unvorhersehbar, dass ein Fußballspieler in der Hektik des Spiels die Trikotnummern verwechselt und dem falschen Gegenspieler in die Beine grätscht. Überzeugender dürfte es jedoch sein, eine wesentliche Abweichung von der Vorstellung des Anstifters zu bejahen. Denn mit seiner Vorgabe, die „Nr. 6“ zu foulern, hatte D dem E klare Instruktionen erteilt. An diese Vorgabe hat E sich nicht gehalten, was den D, wie seine Reaktion am Spielfeldrand zeigt, auch vollkommen überraschte. Daher ist eine wesentliche, die Strafbarkeit wegen vollendeter Anstiftung ausschließende Abweichung anzunehmen.

Auch nach dieser Ansicht gelangt man mithin zu dem Ergebnis, dass sich der error in persona des E für D als ein Fehlgehen der Tat (aberratio ictus) darstellt. Folglich hat sich D nicht gemäß §§ 224 Abs. 1 Nr. 2, 26 StGB strafbar gemacht. Da eine Strafbarkeit wegen versuchter Anstiftung aus den oben genannten Gründen ebenfalls nicht gegeben ist, käme auch nach dieser Ansicht lediglich eine fahrlässige Körperverletzung durch die Anstiftungshandlung des D in Betracht.

d) Streitentscheidung

Da die Ansichten teilweise zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, bedarf es einer Streitentscheidung. Gegen die erste Auffassung spricht, dass nach ihr selbst Fälle, in denen die Abweichung für den Anstifter unvorhersehbar war, als unbeachtlicher Irrtum behandelt werden; jedweder Irrtum des Angestifteten – und sei er noch so gravierend – wird dem Anstifter zugerechnet. Das überzeugt nicht. Die Lösung er-

scheint als zu pauschal. Weicht der Angestiftete erheblich und in unvorhersehbarer Weise von den genauen Instruktionen des Anstifters ab, kann man nicht mehr davon sprechen, dass es sich noch um diejenige Tat handelt, zu welcher der Anstifter den Täter bestimmt hat. Hinzu kommt, dass dem Anstifter auf Grundlage der ersten Ansicht eine der Objektverwechslung ggf. nachfolgende Tat am richtigen Tatobjekt ebenso – zusätzlich – zugerechnet werden müsste und er daher wegen zweifacher Anstiftung – nämlich zur Haupttat am falschen sowie am richtigen Tatobjekt – bestraft werden würde. Tatsächlich hatte der Anstifter aber nur eine Tat – nämlich die Tat am richtigen Tatobjekt – in seinen Vorsatz aufgenommen. Insofern unterstellt die erstgenannte Ansicht dem Anstifter bezüglich der Tat am falschen Objekt einen Vorsatz, den er nicht hatte. In letzter Konsequenz könnte dies dazu führen, dass der Anstifter bei mehreren Anläufen des Haupttäters für das gesamte „Blutbad“ haften müsste.⁷⁶ Das überzeugt nicht. Nämliche Auffassung ist daher abzulehnen.

Die beiden anderen Ansichten führen hier zu demselben Ergebnis. Jeweils liegt eine aberratio ictus vor. Einer Entscheidung bedarf es daher insoweit nicht.

D handelte mithin nicht vorsätzlich hinsichtlich der Haupttat des E.

2. Ergebnis

D hat sich nicht wegen Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung gemäß §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht, indem er E „empfahl“, der Nr. 6 von hinten in die Beine zu grätschen.

II. Fahrlässige Körperverletzung, § 229 StGB

D könnte sich wegen fahrlässiger Körperverletzung gemäß § 229 StGB strafbar gemacht haben, indem er E „empfahl“, dem Gegenspieler mit der Nr. 6 von hinten in die Beine zu grätschen.

1. Tatbestand

Zwar hat D die Verletzung der Nr. 16 kausal durch seine Aufforderung verursacht, jedoch kann ihm deren Verletzung objektiv nicht zugerechnet werden, weil die Verwechslung – wie gezeigt – für D nicht vorhersehbar war.

2. Ergebnis

D hat sich nicht wegen fahrlässiger Körperverletzung nach § 229 StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit des F

I. Beleidigung, § 185 Fall 2 StGB

F könnte sich wegen Beleidigung mittels einer Tätlichkeit gem. § 185 Fall 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er dem Gegenspieler mit der Nr. 9 in das Gesicht gespuckt hat.

⁷⁴ BGHSt 37, 214; Kaspar (Fn. 66), § 7 Rn. 675; Rengier (Fn. 59), § 45 Rn. 58; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 37), Rn. 579.

⁷⁵ Heine/Weißer (Fn. 66), § 26 Rn. 26; Lubig, Jura 2006, 658 (659); Rengier (Fn. 59), § 45 Rn. 58.

⁷⁶ Heinrich (Fn. 70), Rn. 1308; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 37), Rn. 577; dagegen Kaspar (Fn. 66), Rn. 676.

1. Tatbestand

F müsste den Gegenspieler beleidigt haben. Unter einer Beleidigung versteht man den Angriff auf die Ehre eines anderen durch die Kundgabe der Nicht-, Gering- oder Missachtung. Erforderlich ist dafür eine Äußerung, nach der dem Betroffenen der personale oder soziale Geltungswert durch das Zuschreiben negativer Qualitäten ganz oder teilweise abgesprochen wird.⁷⁷ Dieser Angriff auf die Ehre eines anderen kann – als Qualifikation – auch mittels einer Tätlichkeit erfolgen, vgl. § 185 Fall 2 StGB, also mit einer unmittelbar gegen den Körper gerichteten Einwirkung, die nach ihrem objektiven Sinn eine besondere Missachtung des Geltungswertes des Betroffenen ausdrückt.⁷⁸

Dass der Gegenspieler nur kurz Ekel empfand, genügt, denn die Beleidigung ist vollendet, wenn die Äußerung vom Betroffenen (oder einem Dritten) wahrgenommen wurde. Auch ändert das unmittelbar folgende Gefühl der Genugtuung bezogen auf die rote Karte nichts am beleidigenden Charakter der Handlung des F, weil eine Ehrkränkung nicht durch ein Gefühl einer nachträglichen Genugtuung revidiert wird.

F handelte vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit

Die Tat war auch rechtswidrig.

3. Schuld

F handelte schuldhaft.

4. Strafantrag

Der nach § 194 Abs. 1 S. 1 StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt.

5. Ergebnis

F hat sich wegen Beleidigung mittels einer Tätlichkeit gem. § 185 Fall 2 StGB strafbar gemacht.

II. Körperverletzung, § 223 Abs. 1 StGB

F könnte sich wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er dem Gegenspieler mit der Nr. 9 in das Gesicht gespuckt hat.

1. Tatbestand

Dazu müsste F den Gegenspieler körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben (s.o.). Fraglich ist zunächst, ob eine körperliche Misshandlung im Sinne des § 223 Abs. 1 Fall 1 vorliegt.

In einem Anspucken ist eine üble und unangemessene Behandlung zu sehen.⁷⁹ Hinzu kommen muss jedoch eine nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens oder der körperlichen Unversehrtheit (s.o.).

Erstgenannte Beeinträchtigung kann grundsätzlich auch bei vorübergehenden somatischen oder psycho-vegetativen Beschwerden gegeben sein.⁸⁰ Bei einem Ekelgefühl, das nur kurze Zeit andauert, ist die Schwelle der Erheblichkeit im Hinblick auf die Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens indes nicht überschritten.⁸¹ Zugleich scheidet auch eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit aus, da das Anspucken nicht zu einer körperlichen Substanzverletzung geführt hat.

Überdies ist keine Gesundheitsschädigung nach § 223 Abs. 1 Fall 2 gegeben. Zwar ekelte sich die Nr. 9 kurz. Ein pathologischer Zustand, der etwa bei einer (hier nicht vorliegenden) längeren Übelkeit angenommen werden könnte, trat aber nicht ein.⁸²

Folglich ist der objektive Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB nicht verwirklicht.

2. Ergebnis

F hat sich nicht wegen Körperverletzung gemäß § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

D. Strafbarkeit des D

I. Strafbarkeit des D gemäß §§ 185 Fall 2, 26 StGB

Anmerkung: Nicht unbedingt erforderlich, aber immerhin denkbar ist es, (auch hier) zwischen Täterschaft und Teilnahme, d.h. Anstiftung und Mittäterschaft, abzugrenzen. Der Sachverhalt legt hier freilich eine Anstiftungshandlung nahe. Nur sie wird nachfolgend geprüft.

D könnte sich wegen Anstiftung zur Beleidigung mittels einer Tätlichkeit gem. §§ 185 Fall 2, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem er F riet, seinen Gegenspieler anzuspucken.

1. Tatbestand

Eine vorsätzlich begangene, rechtswidrige Haupttat liegt mit der Beleidigung mittels einer Tätlichkeit durch F vor (s.o.).

D müsste F jedoch auch zu dieser Tat bestimmt haben (zur Definition des Bestimmens s.o.). Indem D dem F geraten hat, seinem Gegenspieler nicht „Du Hurensohn“ ins Ohr zu flüstern, sondern diesen anzuspucken, hat er ihn zu einer qualifizierten Beleidigung, nämlich zur Beleidigung mittels einer Tätlichkeit (s.o.), angestiftet. Hinsichtlich der Begehung mittels einer Tätlichkeit hatte F noch keinen Tatentschluss.

Fraglich ist aber, ob eine An- bzw. Aufstiftung zur qualifizierten Beleidigung überhaupt möglich ist. Denn F war bereits entschlossen (Stichwort: „omnimodo facturatus“), den Grundtatbestand, also eine einfache Beleidigung (§ 185 Fall 1 StGB), zu begehen.

⁷⁷ Rengier (Fn. 1), § 29 Rn. 20.

⁷⁸ Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 185 Rn. 18.

⁷⁹ OLG Zweibrücken NJW 1991, 240.

⁸⁰ Fischer (Fn. 10), § 223 Rn. 4.

⁸¹ So auch OLG Zweibrücken NJW 1991, 240.

⁸² Vgl. zu einem ähnlichen Fall OLG Zweibrücken NJW 1991, 240.

a) Aliud-Theorie

Nach einer Ansicht soll eine Anstiftung im Sinne einer Hoch- bzw. Aufstiftung nur zu einem echten Aliud (mithin nicht zu einer Qualifikation) möglich sein. Andernfalls würde dem Täter ein Teilunrecht angelastet, für das er nicht den Anstoß gegeben habe.⁸³ Somit müsste der dem D zurechenbare Unrechtsteil tatbestandlich verselbstständigt sein. Eine solche Verselbständigung liegt bei der tätlichen Beleidigung im Vergleich zur einfachen Beleidigung indes nicht vor. Somit wäre nach dieser Ansicht eine Anstiftung abzulehnen. Zu prüfen bliebe aber eine (psychische) Beihilfe.

b) Unwertsteigerungstheorie

Nach anderer Ansicht soll allein (und unabhängig von der Frage, ob aufgrund der „Aufstiftung“ ein anderer Straftatbestand oder eine Qualifikation verwirklicht wurde) entscheidend sein, ob der Unwertgehalt der Tat durch die Aufstiftung gegenüber dem ursprünglichen Tatplan erheblich erhöht worden ist.⁸⁴ Demnach sei dem Anstifter die gesamte Tat vorzuwerfen, weil die Tat vom Haupttäter in dieser konkreten Form nicht beabsichtigt gewesen sei. Man könne also sagen, dass eine erhebliche Übersteigerung des ursprünglichen Unwerts der Tat eine volle Anstifterverantwortung auslöse.⁸⁵ Systematisch gelänge so zudem eine Harmonisierung mit den Fällen der mittelbaren Täterschaft, die auch bejaht wird, wenn über die Intensität des Tatumwertes getäuscht wird.⁸⁶ D stiftete F an, eine qualifizierte Beleidigung zu begehen. Schon aus dem erhöhten Strafraum der Qualifikation ergibt sich, dass der Gesetzgeber von einem erheblich gesteigerten Unwertgehalt (im Vergleich zum Grunddelikt) ausgegangen ist. Nach dieser Ansicht ist demnach eine Aufstiftung zur Begehung der Qualifikation möglich.

c) Qualifikationstheorie

Nach einer weiteren Ansicht ist in der Veranlassung zu einem Qualifikationstatbestand eine Anstiftung zur gesamten Tat zu sehen, wenn der Haupttäter bezüglich des Grunddeliktes bereits omnimodo facturus war.⁸⁷ Hierfür spreche, dass der Anstifter die Identität der „Tat“ verändere, sie zu einer anderen Bewertungsstufe führe.⁸⁸ Zudem sei die Bestimmung dieser Identitätswandlung klar bestimmbar durch das Verhältnis von Grundtatbestand und Qualifikation.⁸⁹ D stiftete F an, eine qualifizierte Beleidigung zu begehen, sodass eine Aufstiftung nach dieser Deutungsweise zu bejahen ist.

⁸³ Hoyer, in: Wolter (Fn. 20), § 26 Rn. 19.

⁸⁴ Roxin (Fn. 70), § 26 Rn. 102; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 37), Rn. 571.

⁸⁵ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 37), Rn. 571.

⁸⁶ Siehe dazu die Darstellung bei Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2012, S. 187 f.

⁸⁷ Fischer (Fn. 10), § 26 Rn. 5; Kaspar (Fn. 66), Rn. 576 f.; Rengier (Fn. 59), § 45 Rn. 38.

⁸⁸ Rengier (Fn. 59), § 45 Rn. 38.

⁸⁹ Kaspar (Fn. 66), Rn. 576.

d) Streitentscheidung

Die Ansichten führen teilweise zu unterschiedlichen Ergebnissen. Folglich bedarf es einer Entscheidung des Streits. Zwar ist es richtig, dass dem Anstifter kein Unrecht angelastet werden darf, welches nicht auf ihn zurückgeführt werden kann. Jedoch geht die erste Ansicht mit ihrer Forderung nach einem echten Aliud zu weit. Zumindest dann, wenn anstatt des Grundtatbestandes die Qualifikation verwirklicht worden ist, hat der Anstifter „neues Unrecht in die Welt gesetzt“⁹⁰, das von der Tat, die der Vordermann ursprünglich begehen wollte, auch klar abgegrenzt werden kann.⁹¹ Ist eine solche erhebliche Unwertsteigerung auf den Anstifter zurückzuführen, wäre es unbillig, die Anstiftung nur aufgrund eines fehlenden Aliuds abzulehnen.⁹²

Die beiden anderen Ansichten führen zu dem gleichen Ergebnis. Somit ist eine Aufstiftung des F durch D zur Begehung einer tätlichen Beleidigung möglich.

Der erforderliche doppelte Anstiftersvorsatz liegt bei D vor.

2. Rechtswidrigkeit

Die Tat ist auch rechtswidrig.

3. Schuld

D handelte auch schuldhaft.

4. Strafantrag

Der nach § 194 Abs. 1 S. 1 StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt.

II. Ergebnis

D hat sich wegen Anstiftung zu einer tätlichen Beleidigung gemäß §§ 185 Fall 2, 26 StGB strafbar gemacht.

E. Ergebnis 2. Tatkomplex

- E ist strafbar gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB.
- D ist strafbar gemäß §§ 185 Fall 2, 26 StGB.
- F ist strafbar gemäß § 185 Fall 2 StGB.

Dritter Tatkomplex: Das Geschehen nach dem Spiel**A. Strafbarkeit des Z****I. Strafbarkeit des Z gemäß § 212 Abs. 1 StGB**

Z könnte sich wegen Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er den Bus auf den Gärtner lenkte und dieser infolge der Kollision mit dem Bus verstorben ist.

1. Tatbestand

Z hat den Gärtner mit dem Bus überrollt und dadurch getötet.

⁹⁰ Kaspar (Fn. 66), Rn. 576.

⁹¹ Kaspar (Fn. 66), Rn. 576; Rengier (Fn. 59), § 45 Rn. 38 u. 41.

⁹² Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 37), Rn. 571.

Z handelte auch vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit

Die Notwehr, § 32 StGB, rechtfertigt ausschließlich Angriffe gegen die Rechtsgüter des Angreifers, sie greift somit nicht ein. Ebenso kommt eine Rechtfertigung nach den Grundsätzen der rechtfertigenden Pflichtenkollision mangels Schutzpflichten des Z nicht infrage. Eine Rechtfertigung des Z nach § 34 StGB scheidet nach der zutreffenden h.M.⁹³ wegen des Grundsatzes des absoluten Lebensschutzes (keine Abwägung „Leben gegen Leben“) aus.

Z ist demnach nicht gerechtfertigt.

3. Schuld

Fraglich ist aber, ob Z auch schuldhaft gehandelt hat.

a) Entschuldigender Notstand, § 35 StGB

Ein entschuldigender Notstand gem. § 35 StGB scheidet aus, da der von dieser Norm vorausgesetzte persönliche Gefahrbezug⁹⁴ nicht gegeben ist. Die von dem rollenden Bus ausgehende Gefahr drohte weder Z selbst noch einem Angehörigen (vgl. § 11 Nr. 5 StGB) oder einer anderen Person, die Z nahe steht.

b) Übergesetzlicher Notstand

Zu denken ist aber an eine Entschuldigung der Tat des Z über die Grundsätze des sog. übergesetzlichen Notstandes.

Der übergesetzliche entschuldigende Notstand ist in der Literatur weitgehend anerkannt.⁹⁵ Nach wohl überwiegender Auffassung beruht er auf dem Gedanken, dass in Fällen nahezu unlösbarer Konfliktsituationen die Rechtsordnung unter Umständen keinen Schuldvorwurf erheben will, wenn der Täter in einer besonderen Konfliktsituation nach bestem Gewissen eine Entscheidung trifft und sein vom Rettungsbestreben getragenes Handeln in der konkreten Situation das einzige Mittel darstellt, um noch größeres Unheil für ein Rechtsgut zu verhindern.⁹⁶ Mit anderen Worten: Hierunter lassen sich Notstandsfälle subsumieren, die zwar weder nach § 34 gerechtfertigt noch gemäß § 35 StGB entschuldigt sind, in denen das Handeln des Täters aber auf einer besonderen Konfliktsituation beruht und wegen der Minimierung des

Schadens für höchstwertige Rechtsgüter als nicht strafwürdig erscheint bzw. eine Bestrafung eine unangemessene Härte wäre (doppelte Schuldinderung).⁹⁷ Nach anderer Ansicht soll die Straflosigkeit in solchen Fällen auf dem Fehlen ausreichender spezial- und generalpräventiver Bedürfnisse für eine Bestrafung beruhen.⁹⁸

Einigkeit besteht darüber, dass die Straffreistellung aus Gründen eines übergesetzlichen Notstandes Ausnahmecharakter haben muss. Sie ist daher an enge Voraussetzungen gebunden: Nach h.M.⁹⁹ sind dabei zunächst die Voraussetzungen des § 35 StGB mit der Einschränkung zu beachten, dass grundsätzlich nur eine Lebensgefahr die Notstandslage begründen kann. Diese Gefahr muss den Täter in eine seelische Konfliktsituation bringen, die derjenigen der Eigen- oder Angehörigengefährdung des § 35 StGB entspricht. Zudem muss die zur Behebung der Notstandslage begangene rechtswidrige Tat das einzige Mittel sein, mit dem noch größeres Unheil abgewendet werden kann.

Weitgehend übereinstimmend wird überdies angenommen, dass die vorgenannten Voraussetzungen jedenfalls in Fällen der sog. Gefahrengemeinschaft erfüllt sind, also in Konstellationen, in denen mehrere Menschen von vornherein in gleicher Weise vom Tode bedroht sind und einer oder mehrere von ihnen getötet werden, weil dies die einzige Möglichkeit ist, um die anderen zu retten.¹⁰⁰ Eine derartige Situation liegt hier indes nicht vor. Das Leben des Gärtners war zunächst nicht in Gefahr. Dies änderte sich erst, nachdem Z den Bus auf den Gärtner umgelenkt hatte. Vorliegend handelt es sich mithin um einen Fall fehlender Gefahrengemeinschaft, in dem sich das aufgeopferte Gut ursprünglich nicht in Gefahr befand, sondern erst durch das Eingreifen des Täters in Gefahr gebracht wurde. Es fragt sich daher, ob die Grundsätze des übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes auch in solchen Fällen eingreifen.

Dies wird teilweise bejaht,¹⁰¹ und zwar überwiegend mit dem Argument, dass auch in nämlichen Fällen die Schuld des Täters in zweifacher Hinsicht gemindert sei und daher auf Strafe verzichtet werden könne.¹⁰² Zum einen habe der Täter das geringere Übel gewählt und damit den Schaden für höchstwertige Rechtsgüter gemindert.¹⁰³ Zum anderen sei

⁹³ Vgl. *Heinrich* (Fn. 70), Rn. 425; *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 34 Rn. 23 ff.; *Rengier* (Fn. 59), § 19 Rn. 32; *Roxin* (Fn. 54), § 16 Rn. 33 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 37), Rn. 316.

⁹⁴ Dazu *Perron* (Fn. 93), § 35 Rn. 15.

⁹⁵ *Frister* (Fn. 57), Kap. 20 Rn. 26 ff.; *Kaspar* (Fn. 66), Rn. 473 ff.; *Kühl* (Fn. 70), § 12 Rn. 92 ff.; *Lackner/Kühl* (Fn. 8), Vor § 32 Rn. 31; *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 56 ff.; *Perron* (Fn. 93), Vorbem. §§ 32 ff., Rn. 115 ff.; *Rengier* (Fn. 59), § 26 Rn. 40 ff.; *Roxin* (Fn. 54), § 22 Rn. 142 ff. („übergesetzlicher Verantwortungsausschluss“); *Steinberg/Lachenmaier*, *ZJS* 2012, 649 (651); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 37), Rn. 451 ff.

⁹⁶ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 37), Rn. 452.

⁹⁷ *Steinberg/Lachenmaier*, *ZJS* 2012, 649 (651).

⁹⁸ *Kaspar* (Fn. 66), Rn. 472; *Roxin* (Fn. 54), § 22 Rn. 146 ff.

⁹⁹ Siehe hierzu *Kühl* (Fn. 70), § 12 Rn. 99; *Rengier* (Fn. 59), § 26 Rn. 43; *Steinberg/Lachenmaier*, *ZJS* 2012, 649 (651).

¹⁰⁰ *Frister* (Fn. 57), Kap. 20 Rn. 26 ff.; *Kaspar* (Fn. 66), Rn. 476; *Rengier* (Fn. 59), § 26 Rn. 44; *Roxin* (Fn. 54), § 22 Rn. 146; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 37), Rn. 452 ff.

¹⁰¹ *Frister* (Fn. 57), Kap. 20 Rn. 28 („in Extremfällen“); *Kaspar* (Fn. 66), Rn. 479; *Kühl* (Fn. 70), § 12 Rn. 92 ff.; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 117.

¹⁰² *Kühl* (Fn. 70), § 12 Rn. 105; *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 101), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 117. Siehe darüber hinaus *Kaspar* (Fn. 66), Rn. 479, der auf einen strafrechtlichen Vorwurf mangels spezial- und generalpräventiver Bedürfnisse verzichten will.

¹⁰³ Vgl. *Kühl* (Fn. 70), § 12 Rn. 105.

davon auszugehen, dass er sich in einer erheblichen Gewissensnot befand, weil er sich auch dann „in schwerste sittliche Schuld verstricken müsste, wenn er den Dingen einfach ihren Lauf gelassen hätte“.¹⁰⁴ Zumindest letztgenannte Annahme vermag jedoch nicht zu überzeugen. Übersehen wird, dass derjenige, der sich für das Nichteingreifen entscheidet, lediglich dem Schicksal seinen Lauf lässt.¹⁰⁵ Der Lauf des Schicksals ist dem Menschen aber nicht zurechenbar.¹⁰⁶ Daher lädt derjenige, der in Fällen fehlender Gefahrengemeinschaft nichts unternimmt, auch keine sittliche Schuld auf sich. Es erscheint daher äußerst zweifelhaft, ob in Fallkonstellationen wie der vorliegenden tatsächlich eine Gewissensnot, die zu einer erheblichen Schuldinderung führt, gegeben ist.

Richtig dürfte es (umgekehrt) vielmehr sein, in der Schaffung einer völlig neuen Gefahr für einen Menschen einen den Rechtsfrieden in erheblicher Weise störenden Versuch zu sehen, den vom Schicksal vorgegebenen Lauf der Dinge „auf eigene Faust“ zu Lasten eines zuvor Unbeteiligten zu korrigieren.¹⁰⁷ Einen solchen eigenmächtigen Eingriff in das Schicksal sollte die Gemeinschaft mit Strafe bedenken.¹⁰⁸ Dafür sprechen auch generalpräventive Gründe. Während es sich bei den Fällen der Gefahrengemeinschaft um absolute Ausnahmekonstellationen handelt, deren Nachahmung wegen der Singularität des Geschehenes nicht zu befürchten ist, sind Fälle, in denen Gefahren für das Leben bestimmter Rechtsgutsträger auf andere übergewälzt werden sollen, vielfältig denkbar und möglich.¹⁰⁹ Die Verhängung einer Strafe erscheint daher in der letztgenannten Konstellation zunächst aus negativ-generalpräventiven Gründen geboten und überdies deshalb, weil das (Rechts-)Sicherheitsgefühl der Allgemeinheit erheblich beeinträchtigt werden dürfte, wenn sich der Einzelne nicht mehr darauf verlassen könnte, dass sein Leben in einer Gefahrensituation, an der er nicht beteiligt ist, durch die Rechtsordnung geschützt wird¹¹⁰. Langfristig dürfte zudem der Ausnahmecharakter des übergesetzlichen entschuldigen Notstandes verloren gehen, wenn man ihn auch in den (vielfältig denkbaren) Fällen der Aufopferung bislang nicht gefährdeter Rechtsgüter anerkennt. Und schließlich stellten sich fast unlösbare Fragen, wenn man das grundsätzlich bestehende Verbot einer Abwägung Leben gegen Leben im Wesentlichen nur mit dem Argument, der Täter habe größeres Unheil verhindert, aushebeln könnte: Wie viele Menschen müssen gerettet werden, um die Tötung zu entschuldigen? Reicht auch ein Verhältnis 2:1? Oder kann sogar eine Abwägung eines Lebens gegen ein anderes Leben genügen,¹¹¹ wenn es sich bspw. bei dem geretteten Menschen um

ein gesundes 3-jähriges Kind und bei dem getöteten Menschen um einen siechen 90-jährigen Greis handelt? Man tut wohl gut daran, das Aufkommen solcher Fragen, die jedes Mal, wenn man sie bejaht hat, eine weitere Frage aufwerfen („und müsste man dann nicht auch...“), schon im Keim zu ersticken, indem man den Anwendungsbereich des übergesetzlichen entschuldigenden Notstandes nicht auf Fälle fehlender Gefahrengemeinschaft ausdehnt. Ungerechtfertigten Härten für den Täter mag man auf der Ebene der Strafzumessung begegnen.

Nach alledem kommt ein übergesetzlicher entschuldigender Notstand in Fällen fehlender Gefahrengemeinschaft (und damit vorliegend) nicht in Betracht.¹¹²

c) *Verbotsirrtum*, § 17 StGB

Möglicherweise unterlag C aber einem Verbotsirrtum gem. § 17 StGB, der im Falle seiner Unvermeidbarkeit zur Schuldlosigkeit führen würde. Tauglicher Anknüpfungspunkt dafür wäre, dass C in der äußerst kurzen Zeit, in der er eine Entscheidung zu treffen hatte, möglicherweise die Einsicht verschlossen war, dass Menschenleben nicht abwägbare sind und er quasi „instinktiv“ gehandelt hat, um eine größere Zahl an Menschen zu retten.¹¹³ Der Sachverhalt bietet allerdings zu wenige Anhaltspunkte, um zur Annahme eines Verbotsirrtums zu gelangen.

Z handelte mithin auch schuldhaft.

II. Ergebnis

Z hat sich wegen Totschlags gemäß § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

B. Ergebnis 3. Tatkomplex

Z ist strafbar gem. § 212 Abs. 1 StGB.

Gesamtergebnis

- C: §§ 223 Abs. 1, 239 Abs. 1, 52 Abs. 1 StGB; 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6; 53 StGB.
- D: §§ 185 Fall 2, 26 StGB.
- E: §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB.
- F: § 185 Fall 2 StGB.
- Z: § 212 Abs. 1 StGB.

¹⁰⁴ Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 101), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 116.

¹⁰⁵ Neumann (Fn. 95), § 35 Rn. 58; Roxin (Fn. 54), § 22 Rn. 165.

¹⁰⁶ Roxin (Fn. 54), § 22 Rn. 165.

¹⁰⁷ Roxin (Fn. 54), § 22 Rn. 165.

¹⁰⁸ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 37), Rn. 452b.

¹⁰⁹ Roxin (Fn. 54), § 22 Rn. 164, mit mehreren Beispielen im Einzelnen.

¹¹⁰ Steinberg/Lachenmaier, ZJS 2012, 649 (651).

¹¹¹ Vgl. auch Jäger, ZStW 115 (2003), 765 (779 ff.).

¹¹² So im Ergebnis auch Heinrich (Fn. 70), Rn. 596; Jäger, ZStW 115 (2003), 765 (779 ff.); Roxin (Fn. 54), § 22 Rn. 165; Steinberg/Lachenmaier, ZJS 2012, 649 (652); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 37), Rn. 452b.

¹¹³ Vgl. Jäger, ZStW 115 (2003), 765 (779 ff.).