

# Skript Strafrecht AT 2

Krüger

18. Auflage 2021  
ISBN 978-3-86752-763-7  
Alpmann Schmidt

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

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

## 1. Teil: Täterschaft und Teilnahme

### 1. Abschnitt: Beteiligungsformen bei der Vorsatz- und Fahrlässigkeitstat

#### A. Numerus clausus der Beteiligung bei der Vorsatztat

Das deutsche Strafrecht geht bei Vorsatzdelikten von einem dualistischen Beteiligungssystem aus. Dieses System differenziert schon auf Tatbestandsebene zwischen Täterschaft und Teilnahme, vgl. § 28 Abs. 2.<sup>1</sup> Tätern wird das tatbestandliche Unrecht direkt zugeschrieben; Teilnehmer sind indirekt über die rechtswidrige Haupttat eines anderen für das von ihnen vorsätzlich veranlasste oder geförderte Unrecht verantwortlich. 1

#### I. Täterschaftsformen

§ 25 unterscheidet zwischen dem unmittelbaren Täter, § 25 Abs. 1 Alt. 1, dem mittelbaren Täter, § 25 Abs. 1 Alt. 2, und dem Mittäter, § 25 Abs. 2. Der **unmittelbare Täter** (inhaltsgleich: Alleintäter) verwirklicht alle Deliktsmerkmale in eigener Person. Der **mittelbare Täter** steuert die Deliktsverwirklichung durch das Handeln eines von ihm beherrschten Menschen. **Mittäter** nehmen die Tathandlung als gleichrangige Partner in arbeitsteiligem Zusammenwirken vor. Die Mittäterschaft und die mittelbare Täterschaft bewirken also die **Zurechnung fremder Handlungen**. Folge dieser Handlungszurechnung ist, dass jeder Täter strafrechtlich so angesehen wird, als habe er jede Handlung selbst vorgenommen. 2

**Beispiel:** A und B stechen absprachegemäß mit Tötungsvorsatz auf C ein. C stirbt an einem der Stiche, doch lässt sich später nicht aufklären, welcher der Stiche tödlich war. – A und B sind wegen gemeinschaftlichen vollendeten Totschlags strafbar. Die Ungewissheit über den tatsächlichen Ablauf wirkt sich hier nicht aus: Entweder hat A oder B selbst den tödlichen Stich gesetzt oder dieser ist ihm als tatplanmäßige Handlung nach § 25 Abs. 2 wie eine eigene Handlung zuzurechnen (Fall der sog. Tatsachenalternativität, s. unten Rn. 484).

#### II. Teilnahmeformen

Die Teilnahme ist immer von einer teilnahmefähigen rechtswidrigen Vorsatztat abhängig (die im Obersatz einer Deliktsprüfung zu nennen ist), sog. **Akzessorietät der Teilnahme**. Teilnehmer können entweder Anstifter oder Gehilfen sein. **Anstifter** ist nach § 26, wer einen anderen zu dessen Vorsatztat „bestimmt“, d.h. durch psychische Einwirkung beim Haupttäter den Tatentschluss zu dessen Vorsatztat hervorruft. **Gehilfe** ist jeder, der die vorsätzliche Haupttat psychisch oder physisch fördert, § 27. 3

Weitere Formen der Beteiligung kennt das Strafrecht bei der Vorsatztat nicht.

**Klausurhinweis:** *Täterschaft und Teilnahme sind immer tatbestandsbezogen zu sehen. Folglich kann sich die Beteiligtenrolle von einem zum anderen Delikt ändern, sie ist „teilbar“. Für das strafrechtliche Gutachten folgt daraus der Grundsatz, dass die Frage nach Täterschaft und Teilnahme bei jedem Delikt neu geprüft werden muss!*

<sup>1</sup> §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

## B. Beteiligung an der Fahrlässigkeitstat

### I. Einheitstäterbegriff

- 4 Bei Fahrlässigkeitsdelikten ist jeder Täter, der sorgfaltswidrig einen Deliktserfolg verursacht hat. Beim Fahrlässigkeitsdelikt gilt also ein **Einheitstäterbegriff**.<sup>2</sup>

Da Anstiftung und Beihilfe eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat erfordern, gibt es keine Teilnahme an einer Fahrlässigkeitstat.

**Beispiel:** Bauarbeiter A ruft seinem Kollegen B zu, dieser solle ihm ein schweres Werkzeug herüberwerfen, obwohl beide wissen, dass die Wurfweite viel zu groß ist, um das Werkzeug sicher zu fangen. B wirft und A schafft es nicht, das Werkzeug zu fangen. Arbeitskollege C wird getroffen und verletzt. – A und B sind als Täter einer fahrlässigen Körperverletzung gemäß § 229 strafbar.

### II. Mittäterschaft bei der Fahrlässigkeitstat

- 5 Umstritten ist, ob es Mittäterschaft am Fahrlässigkeitsdelikt gibt.

**Beispiel:** Entgegen den geltenden Sicherheitsvorschriften werfen die Abbrucharbeiter A und B nach vorheriger Absprache Gerümpel aus dem Obergeschoss eines Gebäudes in einen auf der Straße abgestellten Container. Ein Abfallteil trifft einen Passanten tödlich. – Ob A oder B geworfen hat, lässt sich nicht mehr aufklären.

Eine vordringende Meinungsgruppe im Schrifttum hält Mittäterschaft an einer Fahrlässigkeitstat für möglich, wenn mehrere eine gemeinschaftliche sorgfaltswidrige Handlung verabreden und hierdurch den Deliktserfolg unvorsätzlich herbeiführen.<sup>3</sup> Auswirkungen hat diese Ansicht, wenn sich nicht nachweisen lässt, welche von mehreren fahrlässig handelnden Personen ursächlich für einen Deliktserfolg geworden ist.

Diese Ansicht müsste im vorgenannten Abbrucharbeiter-Beispiel wegen der Gemeinschaftlichkeit der konkreten Art und Weise der Entrümpelung zur Strafbarkeit von A und (!) B wegen fahrlässiger Tötung gemäß § 222 gelangen.

Die Gegenauffassung verweist auf § 15, der auch für § 25 als Ergänzung der BT-Tatbestände gelte und deshalb die Mittäterschaft und die mittelbare Täterschaft auf Vorsatztaten begrenze.<sup>4</sup>

Nach dieser Meinung kann die Strafbarkeit von A und B nicht über die Mittäterschaft gemäß § 25 Abs. 2 begründet werden.

Die letztgenannte Ansicht ist überzeugender, weil Mittäterschaft untrennbar mit Vorsatz hinsichtlich des Taterfolges verknüpft ist, der bei der Fahrlässigkeitstat gerade nicht vorliegt.

Auch ohne die Zurechnungsregel des § 25 Abs. 2 lässt sich aber die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit jedes Mitwirkenden damit begründen, dass er schon durch die Verabredung des späteren sorgfaltswidrigen Handelns fahrlässig eine eigene Ursache für den späteren Taterfolg gesetzt hat.<sup>5</sup>

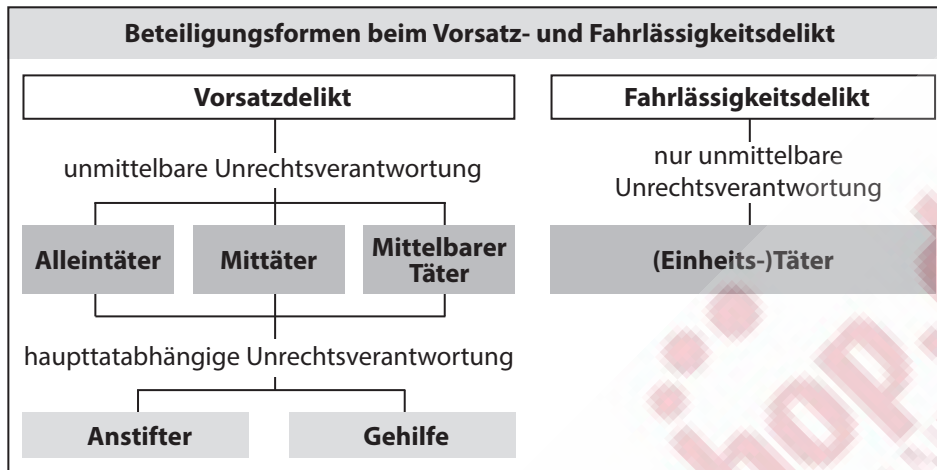
<sup>2</sup> Rengier § 53 Rn. 2.

<sup>3</sup> Frister Kap. 26 Rn 4; SK-Hoyer § 25 Rn. 153 f.; LK-Schünemann/Greco § 25 Rn. 242.

<sup>4</sup> Krey/Esser Rn. 1342.

<sup>5</sup> Wessels/Beulke/Satzger Rn. 835.

Dann sind A und B als fahrlässige Nebentäter gemäß § 222 strafbar, weil jeder von ihnen den Tod des Passanten entweder durch die Verabredung zur verbotenen Art der Entrümpelung oder durch den tödlichen Wurf verursacht hat.



## C. Täterschaft als Produkt aus Subjektqualität und Tatbegehung

### I. Subjektqualität

#### 1. Täter einer Straftat kann nur ein Mensch sein

Juristische Personen oder sonstige Organisationen können im strafrechtlichen Sinn nicht handeln und sind auch nicht schuldfähig.<sup>6</sup>

6

Daran ändert auch das im Gesetzgebungsverfahren stehende **Verbandssanktionengesetz** nichts, denn Straftaten, die aus einem oder für ein Unternehmen geschehen, werden von Menschen begangen. Im Unterschied zur gegenwärtigen Rechtslage, die gegen juristische Personen nur Geldbußen nach Ordnungswidrigkeitenrecht zulässt (§§ 30, 130 OWiG), ermöglicht das geplante Gesetz unmittelbar gegen einen Verband (= juristische Person, nicht rechtsfähiger Verein, nicht rechtsfähige Personengesellschaft) bei einer Verbandstat (= Straftat einer Leitungsperson oder einer Person in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes) eine der Geldstrafe ähnliche Verbandsgeldsanktion zu verhängen, die bis zu 10 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes betragen kann.<sup>7</sup>

#### 2. Ohne Subjektqualität keine Täterschaft

Wer keine Täterqualität besitzt, kann kein unmittelbarer, mittelbarer oder Mittäter sein, selbst wenn er die Tathandlung selbst vorgenommen hat. Es kommt dann bei der Vorsatztat nur Anstiftung oder Beihilfe in Betracht. Bei Fahrlässigkeitsstatbeständen ist die Strafbarkeit schlechthin ausgeschlossen.

7

**a)** Dies wird bedeutsam bei **eigenhändigen Delikten** (die eine höchstpersönliche Vornahme der strafbaren Handlung voraussetzen).

8

<sup>6</sup> MünchKomm/Joelcks Vor § 25 Rn. 17.

<sup>7</sup> Vgl. BT-Drucksache 19/23568.

**Beispiel:** So kann ein Aussagedelikt nach §§ 153, 154, 156 nicht in mittelbarer Täterschaft (etwa durch Bedrohung eines Zeugen) begangen werden; wohl kann aber § 160 eingreifen.<sup>8</sup>

- 9 b) Auch wer bei einem **Sonderdelikt** die geforderte Subjektqualität nicht besitzt, scheidet von vornherein als Täter aus.

**Beispiel:** Bei der Falschbeurkundung im Amt, § 348, kann nur der Amtsträger Täter sein, der zur Beurkundung zuständig ist. Ein anderer kann nur Anstifter oder Gehilfe dazu sein.

- 10 c) Auch bei Allgemeindelikten, die durch **irgendein auf das Tatsubjekt bezogenes Merkmal** bestimmte Personen aus dem Täterkreis ausklammern, scheidet jede Form der Täterschaft aus, wenn die fragliche Person nicht die geforderte Subjektqualität mitbringt. Hierbei kann es sich um objektive, subjektive, tatbezogene oder persönliche Merkmale handeln.

**Beispiele:**

A und B entwenden gemeinsam eine Kiste bei C, um die darin enthaltenen Wertsachen zu verkaufen. An der Kiste selbst haben sie kein Interesse. Als sie die Kiste zu Hause öffnen, stellt B fest, dass sich darin nur Bücher befinden, die B dem C Monate zuvor geliehen hatte. – A ist strafbar wegen vollendeten Diebstahls, § 242. B ist dagegen kein Mittäter der Vollendungstat, weil die Bücher in seinem Eigentum standen, also für ihn nicht fremd waren. Gegeben ist ein untauglicher Versuch des Diebstahls in Mittäterschaft, §§ 242, 25 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1.

Der sterbewillige S veranlasst seinen Freund F, „nur so zum Spaß die ungeladene Pistole“ auf ihn zu richten und „symbolisch“ abzudrücken. S will auf diese Weise durch die Hand des gutgläubigen F sterben. F drückt ab, doch geht der Schuss daneben. – F ist straflos. Aber auch S ist straflos. Versuchter Totschlag in mittelbarer Täterschaft, §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1, und versuchte Tötung auf Verlangen in mittelbarer Täterschaft gemäß §§ 216 Abs. 1, 2, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 scheitern daran, dass Täter und Opfer bei den Tötungsdelikten personenverschieden sein müssen, dass also das Tatopfer ein anderer Mensch sein muss. Dieses ungeschriebene Merkmal folgt aus der Tatbestandslosigkeit der Selbsttötung.

**Klausurhinweis:** *Abgesehen von solchen Evidenzfällen erschließt sich die fehlende Täterqualität in der Regel erst bei genauer Subsumtion nach dem jeweiligen Deliktsschema. Deshalb sollte man im **Gutachten** nur ausnahmsweise sofort auf die fehlende Täterqualität „springen“.*

### 3. Strafausdehnung nach § 14

- 11 Würde der Grundsatz „Keine Täterschaft ohne Subjektqualität“ ausnahmslos gelten, ergäbe sich eine kriminalpolitisch unbefriedigende Strafbarkeitslücke: Wenn nämlich – wie im arbeitsteiligen Wirtschaftsleben häufig – der Normadressat bestimmter Sonderdelikte (vgl. §§ 283 ff., 325) selbst nicht handelt oder nicht handeln kann und deshalb Vertreter tätig werden lässt, die selbst keine Normadressaten sind, bliebe der Sonderpflichtige mangels eigener Handlung oder wegen fehlender Deliktsfähigkeit straflos, und der Vertreter wäre kein tauglicher Täter. Diese Lücke schließt § 14 durch eine Strafausdehnung der Sondereigenschaft auf Vertreter.<sup>9</sup>
- 12 a) Der Handelnde muss objektiv in einem der aufgezählten **Vertretungsverhältnisse** gestanden haben.

<sup>8</sup> RGSt 75, 113; Sch/Sch/Heine/Weißer Rn.50.

<sup>9</sup> Lackner/Kühl § 14 Rn. 1.

§ 14 Abs. 1 Nr. 1 nennt Organe oder deren Mitglieder bei juristischen Personen, § 14 Abs. 1 Nr. 2 nennt vertretungsberechtigte Gesellschafter einer Personengesellschaft, z.B. oHG, KG, Partnerschaftsgesellschaft, **aber auch BGB-Gesellschaften, wenn sie als Außengesellschaften am Rechtsverkehr teilnehmen.**<sup>10</sup> § 14 Abs. 1 Nr. 3 bezieht gesetzliche Vertreter mit ein, wie z.B. Eltern, Pfleger, Insolvenzverwalter, Testamentsvollstrecker etc.

§ 14 Abs. 2 behandelt rechtsgeschäftlich begründete Vertretungsverhältnisse selbstständig und eigenverantwortlich handelnder Beauftragter in Betrieben (S. 1), Unternehmen (S. 2) und Stellen der öffentlichen Verwaltung (S. 3).<sup>11</sup>

Auf die Wirksamkeit der Vertretung oder das Auftragsverhältnis begründenden Rechtsgeschäfts kommt es nicht an, § 14 Abs. 3.

**b) Die deliktische Handlung des Vertreters muss in einem inneren Zusammenhang zur Vertretungsaufgabe stehen** (Abs. 1: „als“; Abs. 2: „aufgrund dieses Auftrags“). 13

**c) Die beim Vertretenen vorhandenen, dem Vertreter fehlenden Deliktsvoraussetzungen müssen „besondere persönliche Merkmale“ strafbegründender Art sein.** Dieser Begriff ist nach überwiegender Ansicht enger auszulegen als in § 28 Abs. 1 – entgegen der dortigen Gesetzesverweisung.<sup>12</sup> 14

Da § 14, anders als § 28 Abs. 1, keine Strafmilderung, sondern eine Übertragung der strafrechtlichen Verantwortung auf den Vertreter eines Sonderpflichtigen bezweckt, scheiden als „besondere persönliche Merkmale“ im Sinne dieser Vorschrift die Absichten, Motive und Tendenzen aus, da sie bei juristischen Personen nicht vorliegen können und bei vertretenen natürlichen Personen ohne gleichzeitiges Handeln nicht denkbar sind (z.B. wäre die „Rücksichtslosigkeit“ als solche ohne ein entsprechendes Verhalten nicht feststellbar); ferner scheiden „höchstpersönliche“ Merkmale aus, bei denen eine Vertretung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich ist, z.B. „Amtsträger“ in § 344, „Arzt“ in § 203, „Unfallbeteiligter“ in § 142.<sup>13</sup>

Besondere persönliche Merkmale i.S.d. § 14 sind solche,

- die einen bestimmten Täter mit einer **Statusbezeichnung** umschreiben und ihm **besondere Pflichten** auferlegen (z.B. Kraftfahrzeughalter in § 21 StVG);
- in denen die Täterbeschreibung auch Personenmehrheiten und natürliche Personen einschließt, die **typischerweise durch andere handeln** (z.B. Veranstalter oder Halter eines Glücksspiels, § 284);
- die einen bestimmten **Täterkreis bezeichnen, vor dem das jeweilige Rechtsgut besonders geschützt werden muss** (z.B. der Gemeinschuldner in § 283, Treuepflichtige nach § 266).

**d) In subjektiver Hinsicht muss der Handelnde – bei Vorsatzdelikten – die Umstände kennen, die ihn nach § 14 zum Täter machen.** 15

***Aufbau:** Bevor man im Rahmen der Tatbestandsprüfung auf § 14 zu sprechen kommt, sollte sichergestellt sein, dass der fragliche Beteiligte nicht schon ohne diese Vorschrift sonderpflichtiger Normadressat ist, z.B. bei der Untreue wegen eigener Vermögensbetreuungspflicht.*

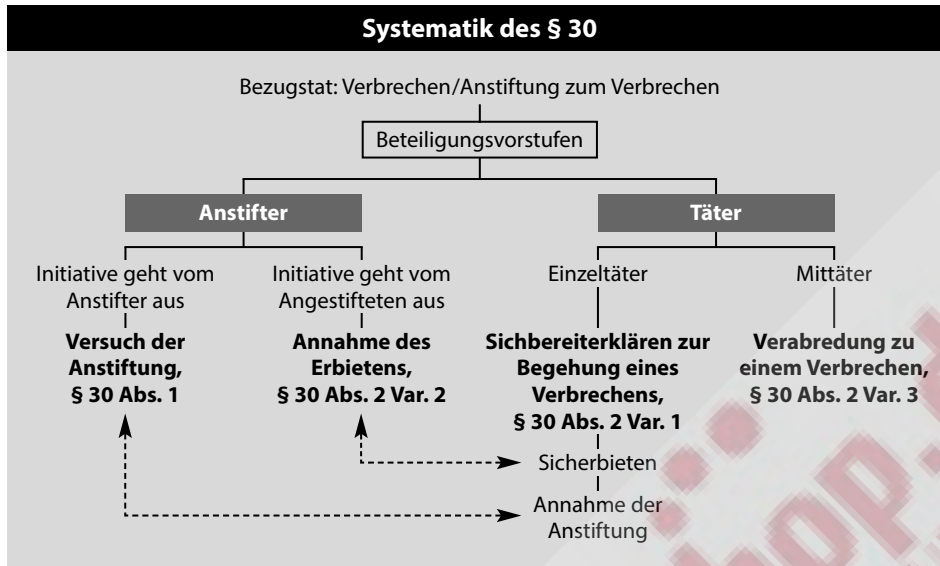
***Klausurhinweis:** Benötigt man § 14 für die Strafbarkeit, ist diese Vorschrift im Obersatz nach der BT-Strafnorm zu zitieren.*

<sup>10</sup> MünchKomm/Radtke § 14 Rn. 79.

<sup>11</sup> Zusätzlich verlangt der BGH sachliche Notwendigkeit der Aufgabenübertragung, BGH RÜ 2013, 94.

<sup>12</sup> Sch/Sch/Perron/Eisele § 14 Rn. 8.

<sup>13</sup> H.M., vgl. Lackner/Kühl § 14 Rn. 12; Fischer § 14 Rn. 2.



## I. Die „besonderen persönlichen Merkmale“ und § 28

### I. Begriff und Abgrenzung zu anderen Deliktsmerkmalen

#### 1. Tatbezogene Merkmale

Meistens beschreibt der Gesetzgeber das tatbestandliche Unrecht durch objektive Merkmale, welche die besondere **Gefährlichkeit** des Täters (z.B. bandenmäßige Verbindung in § 244) oder die **Ausführungsart** des Delikts (z.B. Heimtücke bei § 211) zum Ausdruck bringen. Zur Typisierung des Tatunrechts gehören auch subjektive Elemente wie der Tatvorsatz oder deliktsspezifische Absichten, die anstelle eines weitergehenden Erfolges stehen. Hier lässt es der Gesetzgeber für die Deliktsvollendung ausreichen, dass die Tat nur subjektiv auf den weitergehenden Erfolg angelegt war, z.B. die Absicht rechtswidriger Zueignung in §§ 242, 249 oder die Absicht rechtswidriger Bereicherung in §§ 253, 263.

165

All diese Merkmale, die – auch als subjektive – nur den sachlichen Gehalt des Rechtsgutangriffs beschreiben, nennen wir **tatbezogene Merkmale**.<sup>229</sup>

Bei Teilnehmern genügt es, dass diese Vorsatz dafür haben, dass alle tatbezogenen Merkmale in der Person des Haupttäters erfüllt sind. Teilnehmer brauchen diese selbst nicht zu erfüllen. Bei tatbezogenen Merkmalen, die ein Teilnehmer nicht selbst verwirklicht, findet eine reine **Vorsatzzurechnung** statt.

166

**Beispiel:** Der Diebstahlsgehilfe braucht selbst keine Zueignungsabsicht zu haben. Für seine Strafbarkeit gemäß §§ 242, 27 muss er nur in Kauf nehmen und billigen, dass der Haupttäter Eigen- oder Dritt-zueignungsabsicht besitzt.

229 Vgl. BGHSt 39, 326, 328.

## 2. Besondere persönliche Merkmale

- 167 Außer den tatbezogenen gibt es aber noch eine weitere Gruppe deliktsspezifischer Merkmale, die sog. **besonderen persönlichen Merkmale**.<sup>230</sup> Das sind solche, **die Eigenschaften, Verhältnisse oder eine höchstpersönliche Sonderpflicht kennzeichnen, die auf die Person des Täters abstellen und das Unrecht, die Schuld oder die Strafbarkeit mitbestimmen**.<sup>231</sup>

### a) Arten besonderer persönlicher Merkmale

Besondere persönliche Merkmale lassen sich nach ihrer **Stellung im Deliktsaufbau** und nach ihrer **Rechtsfolge** ordnen:

- 168 **aa)** Besondere persönliche Merkmale können auf **jeder Stufe der Deliktsprüfung** auftauchen, und zwar

(1) zunächst auf **Tatbestandsebene**, und zwar sowohl im objektiven als auch im subjektiven Tatbestand:

- Objektiver und vorsatzbedürftiger Natur sind sie, wenn sie eine besondere Eigenschaft des Täters verlangen, wie die berufliche Stellung als Schweigepflichtiger in § 203, „Amtsträger“ bei den §§ 331 ff., „Bandenmitglied“ z.B. bei § 244 Abs. 1 Nr. 2, „Vermögensbetreuungspflicht“ in § 266, „anvertraut“ in § 246 Abs. 2.
- Nur im subjektiven Tatbestand zu prüfen sind etwaige Motive und Tendenzen, die die Einstellung des Täters zu seiner Tat kennzeichnen (z.B. „niedrige Beweggründe“ in § 211).

(2) Besondere persönliche Merkmale können darüber hinaus auf **Schuldebene** relevant werden, wie z.B. „rücksichtslos“ in § 315 c oder „böswillig“ in § 225 Abs. 1 Alt. 2.<sup>232</sup>

(3) Des Weiteren kommen sie als **Strafzumessungsgesichtspunkte** vor, wie z.B. „gewerbsmäßig“ in § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3; als **Strafausschließungsgründe**, wie z.B. die Angehörigeneigenschaft in § 258 Abs. 6, oder als **Strafaufhebungsgründe** bei den Regeln über den Rücktritt, §§ 24, 31.

- 169 **bb)** Eine weitere, für das Gesetzesverständnis außerordentlich wichtige Einteilung der besonderen persönlichen Merkmale unterscheidet sie nach ihrer **Rechtsfolge**:

(1) So gibt es zahlreiche besondere persönliche Merkmale, die die Strafbarkeit **begründen**, also ohne die ein Delikt gar nicht erfüllt werden kann.

Dazu gehört insbesondere die Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue, § 266, aber auch die berufliche Stellung als Schweigepflichtiger in § 203.

230 Diese Differenzierung geht auf eine Novelle des OWiG und des § 1 Nr. 6 EGOWiG zurück. Dadurch wurde die obligatorische Strafmilderung für Teilnehmer wirksam, denen ein strafbegründendes persönliches Merkmal fehlte (heute § 28 Abs. 1). Nach der damaligen Strafrechtslage löste dies die Verjährung für alle Gehilfen von NS-Morden aus, denen niedrige Beweggründe (Rassenhass) nicht nachzuweisen waren (vgl. BGH NJW 1968, 1181).

231 Vgl. BGH RÜ 2019, 431, 432.

232 Sch/Sch/Heine/Weißer § 28 Rn. 6, wobei vielfach vertreten wird, dass es sich auch hier um Tatbestandsmerkmale handelt.



(2) Es gibt aber auch solche persönlichen Merkmale, die die Strafbarkeit **schärfen, mildern oder ausschließen**, ohne die also eine – wenn auch andere – Bestrafung aus einem Delikt möglich wäre:

- **Strafschärfend** wirkt etwa die Gewerbsmäßigkeit in §§ 243, 260 sowie die Bandenmitgliedschaft in allen Bandendelikten, z.B. §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 250 Abs. 1 Nr. 2.
- **Strafmilderndes** besonderes persönliches Merkmal ist z.B. die Schwangerschaft für die Täterin eines an der eigenen Leibesfrucht vorgenommenen Schwangerschaftsabbruchs gemäß § 218 Abs. 3.<sup>233</sup>
- **Strafausschließend wirken** z.B. das Angehörigenprivileg in 258 Abs. 6, aber auch – obwohl streng genommen strafaufhebend – alle Rücktrittsregeln, §§ 24, 31.<sup>234</sup>

## b) Gemeinsamkeit untereinander und Unterschied zu tatbezogenen Merkmalen

Allen persönlichen Merkmalen ist **gemeinsam**, dass sie sich strafrechtlich bei demjenigen auswirken, der sie auch selbst in seiner Person aufweist. 170

**Kardinale Unterschiede** zu den tatbezogenen Merkmalen: **Bei persönlichen Merkmalen gibt es keine bloße Wissenszurechnung. Die fragliche Person muss die durch das Merkmal umschriebene Eigenschaft oder Einstellung höchstpersönlich erfüllen, wenn sie uneingeschränkt deswegen strafbar sein soll.** 171

**aa)** Geht es um **strafbegründende Merkmale des Tatbestandes** kann von vornherein nur derjenige Täter sein, der sie in seiner Person aufweist. Teilnahme an einem solchen Delikt ist aber möglich. **Wegen der Akzessorietät der Teilnahme zur Haupttat muss sich auch der Vorsatz des Teilnehmers hierauf beziehen.** Verurteilt werden kann er aber auch dann aus dem Strafrahmen des akzessorischen Delikts nur, wenn er das Merkmal auch in seiner Person aufweist. 172

**bb)** **Strafändernde Merkmale** werden von vornherein immer nur auf die Person des jeweils Beteiligten bezogen. Auch wenn sie im Tatbestand enthalten sind, sind sie **für die Teilnahme nicht akzessorisch**. Akzessorisch ist streng genommen nur der Grundtatbestand ohne das strafändernde Merkmal. **Folglich braucht sich auch der Vorsatz des Teilnehmers auf ein strafänderndes Merkmal in der Person des Haupttäters nicht zu beziehen.** 173

## c) Abgrenzung zwischen persönlichen und tatbezogenen Merkmalen

Die Abgrenzung hat unter Beachtung der Schutzrichtung des jeweiligen Tatbestandes zu erfolgen. Geht es um die schwierige Einordnung von speziellen **Pflichten**, stellt die Rspr. darauf ab, welche Art von Pflicht das Merkmal umschreibt: Handelt es sich um eine **vorstrafrechtliche Sonderpflicht**, wird also eher die Persönlichkeit des Täters und seine besondere soziale Rolle in Bezug auf das jeweilige Rechtsgut gekennzeichnet, ist das 174

<sup>233</sup> Fischer § 218 Rn. 15.

<sup>234</sup> MünchKomm/Hoffmann-Holland § 24 Rn. 7.

## d) Irrtümer

### aa) Bei Tatbestandsirrtum: Kein Tatenschluss

Die **Unkenntnis** eines **objektiv gegebenen Sachverhalts**, die beim vollendeten Delikt den Vorsatz entfallen lassen würde (§ 16 Abs. 1 S. 1), schließt auch die Bildung des Tatentschlusses aus. **218**

**Beispiel:** In der Vorstellung, seinen eigenen Schönfelder einzupacken, nimmt A eine Gesetzesammlung vom Seminartisch, wird aber vom Eigentümer E am Mitnehmen gehindert. – Mangels Vorsatzes bezüglich des Tatbestandsmerkmals „fremd“ kein Diebstahlsversuch.

### bb) Bei umgekehrtem Tatbestandsirrtum: Untauglicher Versuch

Umgekehrt zum Vorgenannten begründet die **irrigte Annahme** eines **Geschehensablaufs**, bei dessen Vorliegen ein Straftatbestand erfüllt wäre, den Tatentschluss zu einem untauglichen Versuch. **Die Fälle des untauglichen Versuchs sind also immer Irrtumsfälle.** Nach der Eindruckstheorie, die in § 22 Niederschlag gefunden hat („nach seiner Vorstellung von der Tat“), ist aber auch der untaugliche Versuch strafbar (s. oben Rn. 192). **219**

Nach dem jeweiligen Bezugspunkt der irrigten Annahme gibt es folgende Gruppen: **220**

- Versuch am untauglichen Objekt oder Opfer

**Beispiel:** Abtreibungsversuch an einer Nichtschwangeren

- Versuch mit untauglichen Mitteln

**Beispiel:** Verwendung einer zu schwachen Giftdosis

- Versuch des untauglichen Subjekts

**Beispiel:** Der Nichtbeamte begeht ein Amtsdelikt in der irrigten Tatsachenvorstellung, Beamter zu sein.

Die h.M. ordnet diese Fallgruppen – sofern der Täter wirklich nur über Umstände irrt und nicht einem reinen Rechtsirrtum unterlegen ist – zutreffend als untauglichen Versuch ein, weil Subjekteigenschaften, wenn sie in Tatbestandsmerkmalen formuliert sind, genauso zu behandeln sind wie andere Tatumstände.<sup>261</sup> Die Gegenansicht kommt zum straflosen Wahndelikt, weil die Sonderdelikte Sonderpflichten auslösten. Zuwiderhandeln könne man aber nur gegen eine tatsächlich bestehende Pflicht und nicht gegen eine nur eingebildete.<sup>262</sup>

#### Fall 12: Untauglicher Versuch und Versuch aus grobem Unverstand

Die F erwartete ein Kind von M. Da sie ihr Liebesverhältnis mit dem verheirateten M geheim halten musste, andererseits die von M immer wieder verlangte Abtreibung aus religiösen Gründen verweigerte, brachte F das Kind in der Wohnung ihrer Tante T zur Welt. M war bei der Geburt anwesend. Er befürchtete, dass das Kind einer Fortsetzung seines ehewidrigen Verhältnisses mit F im Wege stehen könnte. Aufgrund ei-

<sup>261</sup> Fischer § 22 Rn. 55 m.w.N.

<sup>262</sup> Stratenwerth/Kuhlen § 11 Rn. 65.

nes spontan gefassten Entschlusses ergriff er deshalb das Neugeborene unmittelbar nach Beendigung des Geburtsvorgangs und drückte es längere Zeit in einen wassergefüllten Bottich, um es zu ertränken. Später stellte sich heraus, dass das Kind schon vorher infolge einer unsachgemäßen Geburtshilfe der T erstickt war.  
Strafbarkeit des M?

- I. M könnte sich wegen eines als Verbrechen strafbaren **versuchten Totschlags** gemäß **§§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1** strafbar gemacht haben, als er das Neugeborene unter Wasser drückte.

1. Da das Kind schon vorher tot war, konnte diese Handlung für den Tod nicht mehr kausal sein, sodass eine Strafbarkeit aus Vollendungstat ausscheidet.

221

2. M müsste **Tatentschluss** für einen Totschlag besessen haben. Er nahm an, das lebend zur Welt gekommene Kind durch Untertauchen in dem Wasserbottich zu ertränken. M ging somit von Umständen aus, bei deren Vorliegen alle Voraussetzungen für die vollendete Tötung eines Menschen vorgelegen hätten. Darauf, dass diese Voraussetzungen objektiv nicht vorlagen, kommt es für den Tatentschluss nicht an. Der Sachverhaltsirrtum des M begründete gerade seinen Tatentschluss (sog. **umgekehrter Tatbestandsirrtum**).

**Aufbau:** Mehr braucht an dieser Stelle noch nicht gesagt zu werden, denn im Tatentschluss wird nur die subjektive Seite geprüft. Dass die Vorstellung des Täters an der Realität vorbeigegangen ist, dass also der Versuch gar nicht erfolgsg geeignet war, wird im Prüfungsaufbau erst dort bedeutsam, wo auch der Tatplan Außenwirkung zeigt, und das ist das unmittelbare Ansetzen.

3. M müsste nach seiner Vorstellung von der Tat zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar angesetzt haben, § 22.

a) Da § 22 auf die **Vorstellung des Täters von der Tat**, also dessen **subjektive Sachverhaltssicht** (und seinen Tatplan) abstellt, kommt es für den Versuchsbeginn auch nur auf diese an. Folglich kann ein Versuch auch dann vorliegen, wenn der Tatbestand nach der wahren Sachlage gar nicht verwirklicht werden konnte. Der untaugliche Versuch steht ebenso unter Strafe wie der taugliche Versuch. Dies wird durch § 23 Abs. 3 bestätigt, wonach die Verkennung der mangelnden Erfolgseignung sogar „aus grobem Unverstand“ zu einem Schuldspruch führt und das Gericht allenfalls auf die Verhängung einer Strafe verzichten kann. Hier stellte sich M vor, dass das neugeborene Tatopfer noch lebte.

222

b) Auch für die Beurteilung, ob der Täter **unmittelbar angesetzt** hat, wird der von ihm **vorgestellte Sachverhalt** zugrunde gelegt. Ausgehend davon ist zu fragen, ob nach einem **objektiven Maßstab** mit der fraglichen Handlung das betroffene Rechtsgut bereits konkret gefährdet gewesen wäre oder ob es hierzu noch weiterer wesentlicher Zwischenakte bedurfte hätte (dazu genauer unten Rn. 235). Hätte das Kind im vorliegenden Fall – so wie sich M vorstellte – tatsächlich gelebt, wäre es bereits mit dem Untertauchen in die Gefahr geraten zu ertrinken. Nach seiner Vorstellung von der Tat hat M unmittelbar zur Tatbe-

standsverwirklichung und damit zu einem untauglichen Versuch (am untauglichen Opfer) angesetzt.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld der Tat sind gegeben.
5. Die **Strafwürdigkeit – nicht der Schuldspruch! – untauglicher Versuche relativiert sich** nach § 23 Abs. 3 bei solchen Vorhaben, von denen offensichtlich keine ernst zu nehmende Erschütterung des Rechtsfriedens ausgeht.<sup>263</sup> Hat der Täter **aus grobem Unverstand** verkannt, dass die Tat nicht zur Vollendung kommen konnte, kann das Gericht **von Strafe absehen oder die Strafe nach seinem Ermessen mildern, sog. „Trottelprivileg“**.<sup>264</sup> Aus grobem Unverstand irrt, wer die mangelnde Vollendbarkeit aufgrund völlig abwegiger Vorstellungen von gemeinhin bekannten Ursachenzusammenhängen verkennt. Der Irrtum muss sich also für jeden Menschen mit durchschnittlichem Erfahrungswissen geradezu aufdrängen.

**Beispiele:** Kamillentee als Abtreibungsmittel; Versuch, ein hoch fliegendes Flugzeug mit einem Luftgewehr abzuschießen.<sup>265</sup>

Eine solche aberwitzige Fehlvorstellung ist nur in den seltensten Fällen anzunehmen. Sie lag auch im vorliegenden Fall nicht vor, weil dem A die Totgeburt allein wegen der Spontaneität der Tatausführung verborgen geblieben war.

- II. Die Tat ist als **Mordversuch** gemäß **§§ 211, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1** strafbar, wenn M objektive Mordmerkmale verwirklichen wollte oder subjektive Mordmerkmale besessen hat.
1. Tatentschluss für heimtückisches Handeln ist abzulehnen. Angesichts der Plötzlichkeit der Fassung des Tatentschlusses liegt kein bewusstes Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit von F oder T, der für das Leben des Kindes schutzbereiten Dritten, vor.<sup>266</sup>
2. M handelte aber aus niedrigen Beweggründen, da es auf sittlich tiefster Stufe steht, einen Menschen, der den nicht achtenswerten Zielen des Täters – hier: Fortsetzung des außerehelichen Verhältnisses mit F – im Wege steht, wie einen Gegenstand und damit unter völliger Missachtung seines personalen Eigenwerts zu beseitigen.<sup>267</sup>

**Klausurhinweis:** Bei subjektiven Merkmalen ist **nicht** zu prüfen, ob man einen entsprechenden Tatentschluss hat, sondern ob der Täter mit diesen Merkmalen gehandelt hat.

**Ergebnis:** M ist wegen versuchten Mordes strafbar, §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1.

<sup>263</sup> Vgl. SK-Jäger § 23 Rn. 11.

<sup>264</sup> Zu Möglichkeiten der StA vgl. § 153 b StPO.

<sup>265</sup> Vgl. BGHSt 41, 94, 96, wonach aber allein ein Irrtum über die tödliche Wirkung einer zu gering dosierten Giftmenge keine Strafmilderung wegen grob unverständigen untauglichen Versuchs auslöst.

<sup>266</sup> Vgl. Fischer § 211 Rn. 43 a f. m.w.N.

<sup>267</sup> Vgl. LK-Rissing-van Saan/Zimmermann, 7. Band, 12. Aufl. 2018, § 211 Rn. 70 m.w.N.

### 3. Kein Fehlschlag wegen Sinnlosigkeit des Weiterhandelns

Fraglich ist auch, ob der Versuch als fehlgeschlagen behandelt werden soll, den der Täter zwar tatsächlich und rechtlich zu Ende führen könnte, der aber für ihn **sinnlos** geworden ist, und zwar weil der Täter sein außerhalb des Straftatbestandes liegendes Ziel bereits erreicht zu haben glaubt oder es für nicht mehr erreichbar hält.

270

**Beispiel** hierfür ist das häufige Klausurmotiv des erkannten error in persona: In der irrigen Annahme, dass sich sein Feind F nähert, legt A mit einem geladenen Gewehr an. Er hat schon den Finger am Abzug, um zu schießen, als er realisiert, dass die Person, auf die er angelegt hat, sein Freund X ist. – Die Rspr. bejaht hier strafbefreienden Rücktritt vom heimtückischen Mordversuch gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, weil A den Mord aus seiner Sicht tatbestandlich auch hätte vollenden können und freiwillig hierauf verzichtet hat (s. dazu auch unter Rn. 293).

Auf die Begründung und die Gegenansichten kommen wir im Zusammenhang mit mehraktigem Versuchsgeschehen noch zurück (unten Fall 18 Rn. 292).

## C. Rechtsfolgen und Reichweite des Rücktritts

### I. Qualifizierter Versuch

Die Strafaufhebung wirkt nur auf den bis dahin begangenen Versuch. Hat der Täter gleichzeitig mit dem Versuch weitere Straftaten vollendet, sog. **qualifizierter Versuch**, z.B. eine Körperverletzung im Zusammenhang mit einem Totschlagsversuch, erfasst ein etwaiger Rücktritt nicht die vollendeten Delikte.

271

### II. Teilbarkeit des Rücktritts

1. § 24 setzt nicht voraus, dass der Täter sein strafrechtliches Vorhaben insgesamt aufgibt oder die Vollendung aller Strafrechtsvorschriften im Zusammenhang damit verhindert. Soweit er die Gefährdung einzelner Rechtsgüter freiwillig beseitigt, wirkt der Rücktritt strafbefreiend, selbst wenn der Täter mit derselben Tat weiterhin andere Rechtsgüter angreift. Der Rücktritt ist also **tatbestandsbezogen und teilbar**.

272

**Beispiel:** A versteckt Lebensmittel mit tödlichem Gift im Verkaufsregal eines Discounters und nimmt in Kauf, dass Kunden, die die vergiftete Ware verzehren, daran sterben. Dann schickt er E-Mails an das betroffene Unternehmen mit einer Erpressungsforderung und Androhung weiterer Lebensmittelvergiftungen, ermöglicht aber gleichzeitig, dass die vergiftete Ware gefunden wird, um die Ernsthaftigkeit seiner Drohung zu unterstreichen. – Nimmt man an, dass A bereits durch das Platzieren der vergifteten Nahrung unmittelbar zu einem beendeten Mordversuch gemäß §§ 211, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 (heimtückisch, mit gemeingefährlichen Mitteln, aus Habgier und zur Ermöglichung einer anderen Straftat) angesetzt hat (vgl. zur Problematik des abgeschlossenen Täterhandelns oben Fall 14, Rn. 240), ist er durch das Auffindenlassen der gefährlichen Lebensmittel hiervon strafbefreiend zurückgetreten, § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2. Dem steht nicht entgegen, dass A seinen Plan zur räuberischen Erpressung aufrecht erhalten hat, dass das Entdeckenlassen der vergifteten Lebensmittel sogar Teil dieses Plans war und er deshalb gemäß §§ 253, 255, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 strafbar bleibt.<sup>347</sup>



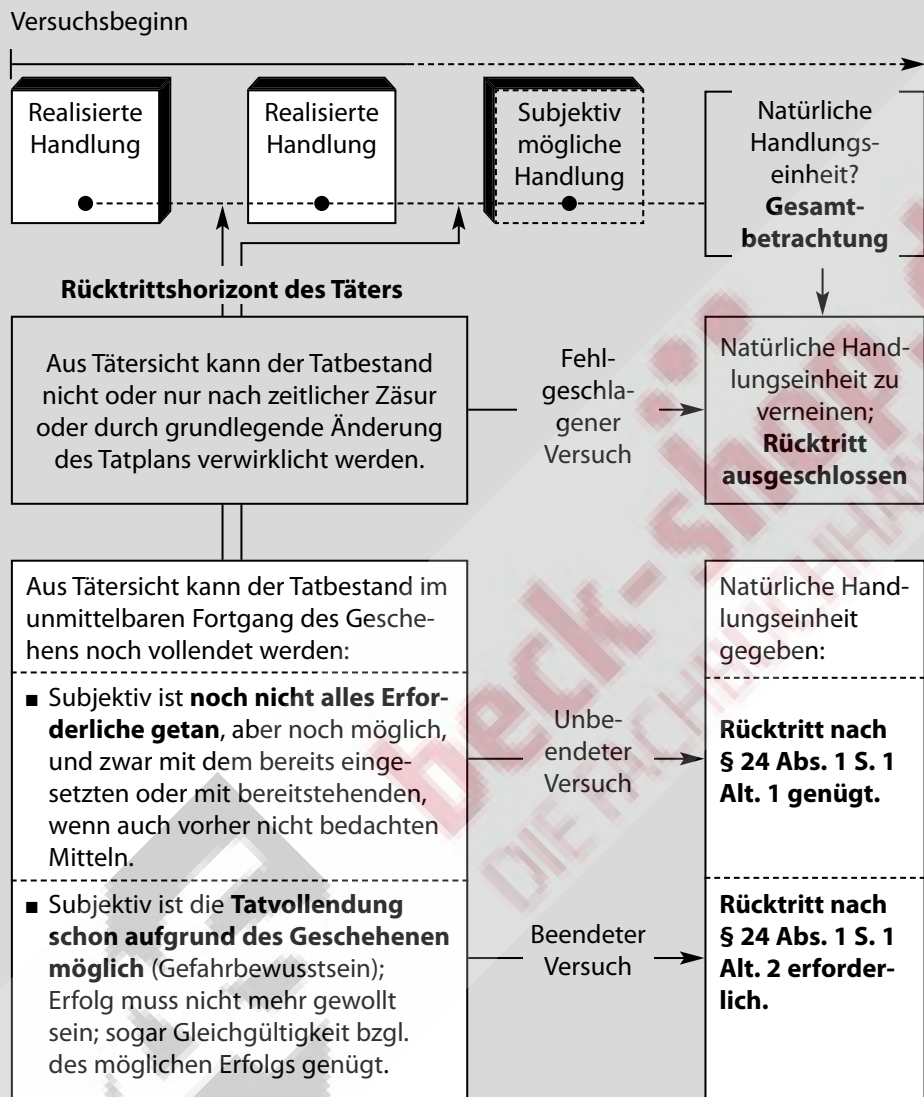
RÜ-Video 02/20

2. Die Teilbarkeit ist sogar innerhalb von **Erfolgsqualifikationen** möglich. Obwohl es sich juristisch um jeweils einen einzigen (aus zwei selbstständigen Erfolgen kombinierten) Tatbestand handelt, behandelt man die Erfolgsqualifikationen gerade wegen der

273

347 BGH RÜ 2020, 95 mit RÜ-Video 02/20 unter t1p.de/jvem.

### Rücktritt nach § 24 Abs. 1 (bei mehraktigem Versuchsgeschehen)



## II. Verwirklichung durch dieselbe Handlung oder Handlungseinheit

Erst wenn feststeht, dass mehrere (gleichartige oder ungleichartige) Gesetzesverletzungen vorliegen, ist unter dem Prüfungspunkt „Konkurrenzen“ als erstes zu fragen, ob **die verschiedenen Gesetzesverletzungen auf einer Handlung oder Handlungseinheit beruhen** (s. unten Rn. 441 ff.).

## III. Gesetzeskonkurrenz

Ist eine solche Überschneidung der Ausführungshandlungen festgestellt, ist weiter zu ermitteln, ob ein Tatbestand hinter anderen im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurücktritt (s. unten Rn. 449 ff.).

Die verbleibenden Tatbestände sind dann bei Handlungseinheit in **Tateinheit** (synonym: Idealkonkurrenz) und bei Handlungsmehrheit in **Tatmehrheit** (synonym: Real konkurrenz) begangen.

Aus dem Vorgenannten ergibt sich das folgende Aufbauschema:

### Aufbauschema: Konkurrenzen

**Vorerörterung** im Zusammenhang mit dem **jeweiligen Tatbestand**: Liegen überhaupt mehrere Gesetzesverletzungen vor? *Wenn dies zu bejahen ist:*

**1.** Beruhen die verschiedenen Gesetzesverletzungen **auf einer Handlung oder Handlungseinheit**? *Sofern dies zu bejahen ist:*

- a) Welche Delikte treten im Wege der **Gesetzeskonkurrenz** zurück?
- b) Soweit Gesetzeskonkurrenz zu verneinen ist, können die verbliebenen Delikte nur noch in **Tateinheit** zueinander stehen, § 52!

**2.** Sofern eine Handlung oder Handlungseinheit zu verneinen ist, kann nur noch **Handlungsmehrheit** vorliegen! *Dann weiterfragen:*

- a) Welche Delikte treten im Wege der **Gesetzeskonkurrenz** zurück?
- b) Soweit Gesetzeskonkurrenz zu verneinen ist, können die verbliebenen Delikte nur noch in **Tatmehrheit** zueinander stehen, §§ 53–55!

## D. Scheinbare Mehrheit von Gesetzesverstößen

Bei der Prüfung eines Tatbestandes stellt man oft fest, dass der Täter entweder durch die Tathandlung rein tatsächlich mehrere Deliktserfolge herbeigeführt hat oder dass er die Tathandlung mehrfach in Bezug auf dasselbe Schutzgut ausgeführt hat. Die Auslegung des jeweiligen Tatbestandes kann dennoch ergeben, dass die verschiedenen Tatfolgen nur zu einem Taterfolg und die verschiedenen Tatausführungen nur zu einer Tathandlung verschmelzen. Man spricht in solchen Fällen von **tatbestandlicher Bewertungseinheit**. Die Folge ist, dass der **Tatbestand nur einmal erfüllt** ist.<sup>592</sup>

434

Dies kann bei folgenden Delikts- und Fallgruppen Bedeutung erlangen:

<sup>592</sup> BGH NStZ 2012, 147.