

Tatbestandstypenlehre und ihre Bedeutung für die Fallbearbeitung – Teil 2*

Ein Examinatorium für das Referendar- und Assessorexamen

Von Dr. Alexander Baur, M.A./B.Sc., Hamburg

II. Von der Strafrechtsdogmatik abgeleitete Tatbestandstypen

1. Eigenständigkeit des Tatbestands als Unterscheidungskriterium

a) Grunddelikt, (Erfolgs-)Qualifikation und Privilegierung; Regelbeispiele

Ein Grunddelikt ist ein Tatbestand, der in sich abgeschlossen ist und eine eigenständige Strafbarkeit begründet und der darüber hinaus bei Hinzutreten weiterer Umstände Ausgangspunkt anderer Delikte sein kann.¹ Eine Qualifikationstatbestand ist als Kehrseite derselben Medaille eine unselbständige Tatbestandsabwandlung, die sich aus einem Grundtatbestand und dazu tretenden weiteren Tatbestandsmerkmalen, die ebenfalls vom Vorsatz umfasst sein müssen, zusammensetzt und zu einer höheren Strafdrohung führt (z.B. § 224 StGB im Verhältnis zu § 223 StGB). Führen die zusätzlichen vom Vorsatz umfassten Tatbestandsmerkmale zu einer Absenkung der Strafdrohung, liegt eine Privilegierung vor (z.B. § 216 StGB im Verhältnis zu § 212 StGB). Knüpft das Delikt an einen vorsätzlichen Tatbestand einen besonderen und nach § 18 StGB wenigstens fahrlässig herbeigeführten Taterfolg, liegt eine Erfolgsqualifikation vor (z.B. § 227 im Verhältnis zu § 223 StGB).²

Anders als Qualifikationen normieren Regelbeispiele besonders schwere oder minder schwere Fälle eines bestimmten Delikts. Sie sind keine Tatbestände, sondern nur tatbestandsähnlich ausgestaltete Strafzumessungsregelungen.³ Erkennbar sind Regelbeispiele leicht daran, dass sie – mögen ihre Voraussetzungen auch vorliegen – nicht zwingend, sondern nur *in der Regel* zu einer Strafschärfung führen. Charakteristisch für die Strafzumessung räumen sie damit dem Rechtsanwender einen Anwendungsspielraum ein⁴ (z.B. das Regelbeispiel des § 243 StGB in Abgrenzung zur Qualifikation des § 244 StGB, bei der dem Richter kein Anwendungsspielraum verbleibt).

b) Bedeutung der Unterscheidung

aa) Irrtumsregelungen (§ 16 StGB)

Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt insoweit nicht vorsätzlich, § 16 Abs. 1 StGB. Irrt daher der Täter über einen

qualifizierenden Umstand, kommt nur eine Strafbarkeit aus dem Grunddelikt in Betracht. Während § 16 Abs. 1 StGB den meisten Kandidaten gut vertraut ist, wird das Gegenstück (§ 16 Abs. 2 StGB) bisweilen übersehen. Nimmt der Täter irrig Umstände an, die den Tatbestand eines milderen Gesetzes verwirklichen würden, kann wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem milderen Gesetz bestraft werden. Geht der Täter etwa irrtümlich von einem ausdrücklichen und ernstlichen Tötungsverlangen seines Opfers aus, kommt keine Strafbarkeit nach § 212 StGB, sondern nur nach § 216 StGB in Betracht.⁵

bb) Lockerung der Akzessorietät (§ 28 StGB)

Ob zwei Tatbestände in einem Grunddelikt-Qualifikations-Verhältnis oder Grunddelikt-Privilegierungs-Verhältnis zueinander stehen oder nicht, ist für die Strafbarkeit von Teilnehmern bedeutsam – und zwar immer dann, wenn es sich bei den strafschärfenden, strafmildernden oder strafbegründenden Umständen um besondere persönliche Merkmale im Sinne des § 14 Abs. 1 StGB handelt. § 28 StGB lockert in diesen Fällen die Akzessorietät der Teilnahme und unterscheidet dabei zwei Konstellationen: Besondere persönliche Merkmale können einerseits eine ohnehin bestehende Strafbarkeit schärfen (Grunddelikt-Qualifikations-Verhältnis) oder mildern (Grunddelikt-Privilegierungs-Verhältnis) oder andererseits eine selbstständige Strafbarkeit begründen. Stehen zwei Tatbestände in einem Grunddelikt-Qualifikations-Verhältnis oder einem Grunddelikt-Privilegierungs-Verhältnis, kommt bei besonderen persönlichen Merkmalen § 28 Abs. 2 StGB zur Anwendung. Begründet das Vorliegen eines besonderen persönlichen Merkmals einen eigenständigen Tatbestand, so liegt ein Fall des § 28 Abs. 1 StGB vor.

Ein klassisches Examensproblem in diesem Zusammenhang ist der Streit zwischen Rechtsprechung und Lehre, ob im Verhältnis von § 211 StGB zu § 212 StGB § 28 Abs. 1 StGB oder § 28 Abs. 2 StGB anzuwenden ist. Die täterbezogenen Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe sind nach überwiegender Ansicht besondere persönliche Merkmale im Sinne des § 14 Abs. 1 StGB.⁶ Folgt man der herrschenden Lehre und sieht in § 211 StGB einen qualifizierten Totschlag,⁷ schärfen die Mordmerkmale die Strafbarkeit wegen Totschlags (§ 28 Abs. 2 StGB). Das lässt sich unter anderem gut damit begründen, dass in § 211 StGB sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen des § 212 StGB enthalten sind und nur – qualifikationstypisch – weitere Tatbestandsmerkmale

* Fortsetzung von ZJS 2017, 529.

¹ Ähnl. Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 1 Rn. 4 ff.

² Vgl. Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2017, § 55 Rn. 1 ff.; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 18 Rn. 1.

³ Vgl. BGH NJW 1986, 940 (941); Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 26 V. 2.; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 133.

⁴ Vgl. Roxin (Fn. 3), § 10 Rn. 133.

⁵ So etwa BGH NStZ 2012, 85 (86); vgl. dazu Hecker, JuS 2012, 365 ff.

⁶ Teilweise wird vertreten es handle sich um besondere Schuldmerkmale, weshalb § 29 StGB einschlägig sei.

⁷ Vgl. dazu m.w.N. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 18. Aufl. 2017, § 4 Rn. 1. sowie mit einer ausführlichen Darstellung des Meinungsstands BGH NJW 2006, 1008 (1012 f.).

hinzutreten. Demnach macht sich nur wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Totschlag strafbar, wem als Teilnehmer kein täterbezogenes Mordmerkmal nachzuweisen ist; im umgekehrten Fall muss sich der Anstifter oder Gehilfe auch dann wegen Mordes verantworten, wenn es sich bei der Haupttat nur um einen Totschlag handelt – kurz: Die Akzessorität der Teilnahme wird in beide Richtungen gelockert.

Folgt man der Rechtsprechung, dann begründen die Mordmerkmale eine eigenständige und vom Totschlag unabhängige Strafbarkeit (§ 28 Abs. 1 StGB).⁸ Der BGH begründet dies unter anderem mit der herausgehobenen Stellung und dem besonderen Unrechtsgehalt des § 211 StGB.⁹ Der Teilnehmer einer nach § 211 StGB strafbaren Haupttat macht sich deswegen stets der Anstiftung oder der Beihilfe zum Mord strafbar, wobei seine Strafe zu mildern ist, wenn ihm selbst kein täterbezogenes Mordmerkmal nachzuweisen ist. Erfüllt umgekehrt der Haupttäter kein Mordmerkmal, der Teilnehmer hingegen schon, kommt nach der Lösung des BGH grundsätzlich nur eine Strafbarkeit wegen der Teilnahme an einem Totschlag in Betracht. Die Akzessorität wird also nur in eine Richtung gelockert. Von dieser Linie rückt der BGH bislang nur bei gekreuzten Mordmerkmalen ab.¹⁰

Fall 7: T₁ tötet O aus Habgier. T₂ hat ihn hierzu aus niederen Beweggründen angestiftet.

Lösung: T₁ hat sich nach § 211 StGB strafbar gemacht. T₂ hat sich nach sowohl nach Ansicht der herrschenden Lehre als auch nach Ansicht des BGH wegen einer Anstiftung zu § 211 StGB strafbar gemacht. Folgt man der herrschenden Lehre, ist im Verhältnis zwischen Totschlag und Mord § 28 Abs. 2 StGB anzuwenden, weil die Mordmerkmale die Strafbarkeit des Totschlags schärfen. Weil T₂ in eigener Person ein täterbezogenes Mordmerkmal erfüllt hat, ist er wegen Anstiftung zum Mord zu bestrafen. Geht man mit dem BGH davon aus, dass wegen der Eigenständigkeit des § 211 StGB die Mordmerkmale die Strafbarkeit wegen Mordes begründen, kommt § 28 Abs. 1 StGB zur Anwendung. Danach müsste die Strafe des T₂ eigentlich gemildert werden (es fehlt ihm das besondere persönliche Merkmal der Habgier), ohne dass es nach dem klaren Wortlaut des § 28 Abs. 1 StGB die Möglichkeit gäbe, das von A in eigener Person erfüllte Mordmerkmal zu seinen Lasten zu berücksichtigen. Hiervon macht der BGH eine Ausnahme, wenn Täter und Teilnehmer jeweils ein subjektives Mordmerkmal erfüllen, auch wenn es nicht dasselbe ist (gekreuzte Mordmerkmale).¹¹ Der Streit ist daher nicht zu entscheiden.

⁸ Vgl. u.a. BGH NJW 2005, 996 (997); BGH NJW 2006, 1008 (1012 f.).

⁹ Grundlegend BGH NJW 1952, 110 f.

¹⁰ Vgl. BGH NJW 1969, 1725 (1726); BGH NJW 2005, 996 (997).

¹¹ BGH NJW 1969, 1725 (1726); BGH NJW 2005, 996 (997). Auch im Bereich der Mittäterschaft verfolgt der BGH seine Ansicht nicht konsequent. Erfüllt ein Mittäter ein subjektives Mordmerkmal, ein anderer Mittäter aber nicht, käme

Im Referendarexamen ist die Position der herrschenden Lehre gut vertretbar und führt mit einer konsequenten Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB stets zu angemessenen Lösungen. Im Assessorexamen empfiehlt es sich – trotz überzeugender Gründe für die Ansicht der herrschenden Lehre – gleichwohl dem BGH zu folgen, zumindest solange dieser noch an seiner Lösung des Problems über § 28 Abs. 1 StGB festhält.

cc) Konkurrenzen

Qualifikationen und Privilegierungen sind *leges speciales* zu ihren Grunddelikten, weswegen letztere auf Konkurrenzebene (Spezialität) hinter das Grunddelikt zurücktreten. Liegen mithin die Voraussetzungen einer Qualifikation vor, wird der Grundtatbestand verdrängt. Das gilt auch für Regelbeispiele als Strafzumessungsregeln, soweit sie an das Grunddelikt anknüpfen; liegen etwa die Voraussetzungen des § 244 StGB (Qualifikation zu § 242 StGB) vor, ist § 243 StGB (Regelbeispiel zu § 242 StGB) nicht mehr zu prüfen. Auch eine Privilegierung sperrt den Grundtatbestand. So verdrängt beispielsweise die Privilegierung des § 216 StGB den Grundtatbestand des Totschlags (§ 212 StGB). Bei Privilegierungen ist dies von zentraler Bedeutung, weil nur so gewährleistet werden kann, dass die privilegierende Wirkung ungeschmälert zum Zuge kommt. Dabei kann es im Einzelfall durchaus anspruchsvoll sein, die Reichweite einer Privilegierung richtig zu bestimmen.

*Fall 8:*¹² T droht dem Polizeibeamten O damit, sich selbst zu töten, falls O gemeinsam mit anderen Polizeibeamten eine Straßenblockade zwangsweise aufhebt.

Lösung: T hat dadurch, dass er O einen Suizid in Aussicht gestellt hat, § 113 StGB nicht erfüllt. Nach herrschender Meinung muss sich die (angekündigte) Gewalt im Falle des § 113 StGB nämlich gegen die Person des Vollstreckenden richten; Gewalt gegen sich selbst oder die Drohung damit reicht nicht aus.¹³ Fraglich ist dann aber, ob nicht eine Strafbarkeit wegen Nötigung (§ 240 StGB) in Betracht kommt. Nach wohl überwiegender Auffassung ist § 113 StGB eine im Verhältnis zu § 240 StGB privilegierende *lex specialis*. Die privilegierende Wirkung lässt sich immer noch – trotz mittlerweile angeglicherer Strafdrohung – unter anderem mit den täterbegünstigenden Regelungen in § 113 Abs. 3 und Abs. 4 StGB begründen. Fraglich ist, ob § 113 StGB die Anwendung des § 240 StGB auch dann „sperrt“, wenn die Nötigungshandlung des Täters von § 113 StGB gar nicht erfasst wird.¹⁴ So liegt der Fall hier, weil T nicht mit Gewalt gegen O, son-

nach Auffassung des BGH eine mittäterschaftliche Begehung des § 211 StGB an sich nicht in Betracht. Nach Rechtsprechung des BGH soll es jedoch möglich sein, dass ein Mittäter § 211 StGB und ein anderer Mittäter § 212 StGB erfüllt; vgl. dazu BGH NJW 1989, 2826.

¹² In Anlehnung an OLG Hamm NStZ 1995, 547 f.

¹³ Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 113 Rn. 25 f.

¹⁴ Vgl. Fischer (Fn. 13), § 113 Rn. 2 und Rn. 2a.

dem mit Gewalt gegen sich selbst gedroht hat. Dies ist zwar ein für § 240 StGB taugliches Nötigungsmittel (Drohen mit einem empfindlichen Übel), wird aber von § 113 StGB nicht als taugliche Tathandlung erfasst (siehe oben). Nach einer Ansicht ist der Rückgriff auf § 240 StGB in solchen Konstellationen zulässig, weil § 113 StGB eine privilegierende Sonderregelung für den Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte nur für den Fall vorhalte, dass dieser durch eine der in § 113 Abs. 1 StGB genannten Tathandlungen verwirklicht werde (Gewalt, Drohen mit Gewalt oder tätlicher Angriff gegen den Vollstreckungsbeamten). In allen anderen Fällen – etwa bei einem Drohen mit Gewalt gegen sich selbst – greife § 240 StGB ein, wobei jedoch dem Täter § 113 Abs. 3 und Abs. 4 StGB (analog) zugutekommen sollen.¹⁵ Ebenso gut lässt sich vertreten, § 113 StGB sperre § 240 StGB bei jeder Form von Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte. Das Drohen mit einem empfindlichen Übel solle in den Konstellationen des § 113 StGB schlicht straffrei sein. Auch wenn die letztgenannte Ansicht in der Sache überzeugen mag, ist es in der Klausur vermutlich dennoch ratsam, sich anders zu entscheiden, um sich Probleme in der Prüfung des § 240 StGB nicht abzuschneiden und die analoge Anwendung des § 113 Abs. 3 und Abs. 4 StGB auf die Nötigung diskutieren zu können.

dd) Besonderheiten von Erfolgsqualifikationen

Vor dem Hintergrund der empfindlich erhöhten Strafdrohung erfolgsqualifizierter Delikte, ist man sich einig, dass diese nur dann zu bejahen sind, wenn sich in der schweren Folge eine typische Gefahr der Begehung des Grunddelikts verwirklicht hat.¹⁶ Bei diesem sog. deliktsspezifischen Gefahrverwirklichungszusammenhang handelt es sich letztlich um eine Form der objektiven Zurechnung.¹⁷ Problematisch kann in Examensklausuren die Frage werden, ob dieser Gefahrverwirklichungszusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge vorliegt.¹⁸ So ist etwa an eine Unterbrechung des Gefahrverwirklichungszusammenhangs zu denken, wenn die schwere Folge erst durch ein dazwischentretendes Verhalten des Opfers herbeigeführt worden ist.

*Fall 9:*¹⁹ T sticht während eines Streits seiner Ehefrau O mit einem Messer mehrere Zentimeter tief in den Rücken. In einer Kurzschlussreaktion flieht O daraufhin ins Nebenzimmer und steigt mit Schwung auf das Fensterbrett. Dabei rutscht sie aus und fällt 25 Meter tief. O stirbt.

Lösung: T hat sich nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht. Fraglich ist, ob T auch § 227 StGB verwirklicht hat. Erfasst werden von § 227 StGB nur solche Körperverletzungen, denen die spezifische Gefahr anhaftet, zum Tode des Opfers zu führen; gerade diese Gefahr muss sich im tödlichen Ausgang niedergeschlagen haben (deliktsspezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang).²⁰ Zunächst ist festzuhalten, dass vorliegend nicht der Körperverletzungserfolg (die Stichverletzung am Rücken) unmittelbare Ursache für den Tod der O war. Das soll für die Bejahung des deliktsspezifischen Gefahrzusammenhangs aber auch nicht erforderlich sein.²¹ Die deliktsspezifische Gefahr einer Körperverletzung kann nämlich auch unmittelbar von der Körperverletzungshandlung ausgehen, ohne dass es auf einen Körperverletzungserfolg, der für den Tod des Opfers kausal geworden ist, ankommt. Der deliktsspezifische Gefahrverwirklichungszusammenhang könnte hier allerdings zu verneinen sein, weil der Tod erst durch ein dazwischentretendes Verhalten des Opfers herbeigeführt worden ist. Das Opferverhalten im vorliegenden Fall war jedoch nicht freiverantwortlich, sondern als Fluchtversuch in Panik und Todesangst eine naheliegende Reaktion auf die Körperverletzung; die Unfreiheit des Opfers beruhte damit auf dem Grunddelikt und stand in engem Zusammenhang mit den von ihm typischerweise ausgehenden Gefahren. Ein solches selbstschädigendes Opferverhalten lässt als deliktstypische Reaktion auf eine Körperverletzung den Zurechnungszusammenhang nicht entfallen.²²

Reicht als Anknüpfungspunkt für die Zurechnung der schweren Tatfolge bereits die Tathandlung aus, ist es auch ohne weiteres denkbar, die schwere Folge an eine im Versuchsstadium steckengebliebene Tathandlung anzuknüpfen und deren Gefährlichkeit für die Verwirklichung des deliktsspezifischen Gefahrzusammenhangs ausreichen zu lassen (erfolgsqualifizierter Versuch). Jenseits des deliktsspezifischen Gefahrzusammenhangs stellen sich beim erfolgsqualifizierten Versuch Probleme beim Rücktritt und im Assessorexamen bei der Strafzumessung.

Fall 10: Mit einer geladenen Pistole bewaffnet überfällt T den O. Während T den O mit der Pistole bedroht, löst sich aus Unachtsamkeit ein Schuss, womit T nicht gerechnet hatte. O wird getroffen und stirbt. T nimmt von der weiteren Tatbestandsverwirklichung freiwillig Abstand.

¹⁵ OLG Hamm NStZ 1995, 547 (548).

¹⁶ Vgl. BGH NJW 1982, 2831; Roxin (Fn. 3), § 10 Rn. 112 ff.; Sternberg-Lieben/Schuster (Fn. 2), § 18 Rn. 4. Zu den Besonderheiten erfolgsqualifizierter Delikte in der Fallbearbeitung vgl. auch Kudlich, JA 2009, 246 ff.

¹⁷ Ebenso Bosch, JA 2008, 547.

¹⁸ Instruktiver Überblick zu § 227 StGB bei Steinberger, NStZ 2010, 72 ff.

¹⁹ In Anlehnung an BGH NStZ 2008, 278.

²⁰ Vgl. dazu Bosch, JA 2008, 547.

²¹ So bereits BGH NJW 1960, 638 (684), sowie BGH NJW 1982, 2831.

²² BGH NStZ 2008, 278; Fischer (Fn. 13), § 227 Rn. 4; a.A. noch BGH NJW 1971, 152 f. („Rötzel“). Verneinte man den deliktsspezifischen Gefahrverwirklichungszusammenhang, wäre eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung und gegebenenfalls wegen Nötigung (§ 240 StGB) zu prüfen.

Lösung: T könnte sich wegen versuchten Raubes mit Todesfolge (§ 251 StGB) strafbar gemacht haben. Zu einer erfolgreichen Wegnahme und damit zur Vollendung des § 249 StGB kam es nicht; der Versuch des § 251 StGB (Verbrechen) ist strafbar. Tatentschluss und unmittelbares Ansetzen liegen vor. Auch der deliktsspezifische Gefahrverwirklichungszusammenhang ist gegeben. Gefahren für Leib und Leben des Opfers sind deliktstypisch insbesondere mit der Nötigungshandlung des Raubes verbunden, zumal dann, wenn der Täter Waffen verwendet (vgl. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB). Nicht entscheidend ist es daher, ob der Täter bei der Wegnahmehandlung des § 249 StGB Erfolg hat und der Raub vollendet ist. T handelte auch leichtfertig. T könnte jedoch vom Raub mit Todesfolge zurückgetreten sein. Gegen die Möglichkeit eines Rücktritts könnte sprechen, dass die schwere Folge des § 251 StGB mit dem Tod des O bereits eingetreten ist. Richtigerweise ist es jedoch für den Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch ausreichend, wenn der Täter erfolgreich vom vorsätzlichen Grunddelikt zurücktritt. Tut er dies, so entfällt mit der Strafbarkeit wegen des versuchten Grunddelikts der erforderliche Anknüpfungspunkt der Erfolgsqualifikation.²³ T ist daher erfolgreich vom Versuch des § 251 StGB zurückgetreten. Eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB) ist hingegen zu bejahen. Im Assessorexamen ist zu beachten, dass bei der Strafzumessung im Rahmen des § 222 StGB die versuchte Tat, von der der Täter erfolgreich zurückgetreten ist (hier § 249 StGB), grundsätzlich nicht als Strafzumessungsgesichtspunkt herangezogen werden darf.²⁴

ee) Besonderheiten von Regelbeispielen

Weil es sich bei Regelbeispielen nicht um gesetzliche Tatbestände, sondern um Strafzumessungsregeln handelt, sind bei ihrer Prüfung einige examensrelevante Besonderheiten zu beachten. Zunächst sind weder § 15 StGB noch § 16 StGB direkt auf Regelbeispiele als Strafzumessungsregelungen anwendbar. Es entspricht aber der ganz herrschenden Meinung, dass beide Vorschriften entsprechend (zugunsten des Täters) Anwendung finden müssen; Regelbeispiele ohne Vorsatz brächten nämlich nicht die für die Strafschärfung notwendige Schwere mit sich.²⁵ Damit scheidet eine fahrlässige Verwirklichung des Regelbeispiels aus und ein Irrtum über Umstände, die für ein Regelbeispiel konstitutiv sind, lässt analog § 16 StGB den diesbezüglichen Vorsatz entfallen. Wenn in der Klausur nicht erkennbar Gewicht auf dem (fehlenden) Vorsatz bei der Verwirklichung des Regelbeispiels liegt, sollte es bei einem kurzen Hinweis auf die analoge Anwendbarkeit der §§ 15 f. StGB bleiben.

²³ BGH NJW 1996, 2663 (2664).

²⁴ Vgl. BGH NJW 1996, 2044 f.; großzügiger für einen Fall, in dem sich der auf das versuchte Delikt gerichtete Vorsatz mit dem Motiv der vollendeten Tat überschneidet: BGH NJW 2002, 3717 (3771); vgl. dazu *Beckemper/Cornelius* in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch*, Stand: 1.5.2017, § 24 Rn. 76.

²⁵ Vgl. *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 2), § 15 Rn. 27.

Fortsetzung zu Fall 3 im ersten Teil des Beitrags: T hat sich unter anderem nach § 113 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem er auf den Polizeibeamten O zugefahren ist, um sich der Verkehrskontrolle zu entziehen. Fraglich ist, ob T auch das Regelbeispiel des § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB (Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung des Opfers infolge des Widerstands) verwirklicht hat.

Lösung: Grundsätzlich müssen Regelbeispiele vom Vorsatz umfasst sein; § 15 StGB ist insoweit zugunsten des Täters analog auf Regelbeispiele anwendbar. Fraglich ist jedoch, ob dies auch gilt, wenn ein Regelbeispiel den besonders schweren Fall von einem bestimmten Taterfolg abhängig macht. Denkbar wäre es, den Gedanken des § 18 StGB fruchtbar zu machen und bei „Erfolgsregelbeispielen“ eine planwidrige Regelungslücke und damit die analoge Anwendbarkeit des § 15 StGB zu abzulehnen. Die herrschende Meinung geht diesen Weg nicht und fordert auch bei erfolgsbezogenen Regelbeispielen Vorsatz.²⁶ Anderes könne nur gelten, wenn der Gesetzgeber dies ausdrücklich – wie etwa in § 218 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB (leichtfertiges Verursachen des Todes bei einem Schwangerschaftsabbruch) – vorsehe.²⁷ Geht man zugunsten von T davon aus, dass er dachte, O würde seinem Fahrzeug ohne größere Blessuren ausweichen können, scheidet § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB mangels Gefährdungsvorsatzes aus.

Auch beim Versuchsbeginn sind die Besonderheiten von Regelbeispielen zu beachten. Nach § 22 StGB ist für das Erreichen des Versuchsstadiums entscheidend, dass der Täter nach seiner Vorstellung zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt. Mangels Tatbestandsqualität reicht das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung eines Regelbeispiels nur dann aus, wenn damit gleichzeitig auch zur Verwirklichung des Tatbestands angesetzt wird. Beispielsweise nimmt das Einbrechen in ein Gebäude (§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB) die Versuchsschwelle nur dann, wenn mit dem Einbrechen zugleich auch die Versuchsschwelle zur tatbestandbestandsmäßigen Handlung des § 242 Abs. 1 StGB überschritten ist, der Täter also bereits mit dem Einbrechen unmittelbar auch zur Wegnahme ansetzt.²⁸ Will sich der Täter nach dem Einbruch erst noch im Gebäude umsehen oder dort eine bestimmte Sache suchen, liegt daher regelmäßig noch kein Diebstahlsversuch vor.

Schließlich gilt es bei der Prüfung der Konkurrenzen Besonderheiten zu beachten. Die Frage, wie Regelbeispiele konkurrenzrechtlich zu behandeln sind, wird uneinheitlich beantwortet. So soll etwa ein gleichzeitig verwirklichter Haus-

²⁶ *Fischer* (Fn. 13), § 113 Rn. 39; *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 2), § 15 Rn. 27 m.w.N.

²⁷ *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 2), § 15 Rn. 27.

²⁸ Vgl. *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 243 Rn. 91; *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 243 Rn. 45.

friedensbruch (§ 123 StGB) nach herrschender Meinung von §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB konsumiert werden.²⁹ Im Verhältnis des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB zu § 303 StGB soll dies zumindest dann anders sein, wenn der Sachbeschädigung – etwa wegen eines vergleichsweise hohen Schadens – ein besonderer Unrechtsgehalt zuzumessen ist; hier soll aus Klarstellungsgründen Tateinheit anzunehmen sein.³⁰ In der Klausur scheint es vertretbar, dogmatisch konsequent davon auszugehen, dass Regelbeispiele als bloße Strafzumessungsregeln konkurrenzrechtlich stets außen vor bleiben müssen und Tatbestände grundsätzlich nicht konsumieren können.

2. Taterfolg als Unterscheidungskriterium

a) Erfolgsdelikte, erfolgskupierte Delikte und (schlichte) Tätigkeitsdelikte

aa) Erfolgs- und Tätigkeitsdelikte

Mit Blick auf die Beziehung zwischen Tathandlung und Taterfolg lassen sich als Idealformen reine Erfolgsdelikte und schlichte Tätigkeitsdelikte unterscheiden. Reine Erfolgsdelikte knüpfen die Strafbarkeit an den Eintritt eines abgrenzbaren Taterfolgs in der Außenwelt,³¹ den der Täter durch eine beliebige Tathandlung kausal und zurechenbar herbeigeführt haben muss. So ist beispielsweise nach § 212 StGB strafbar, wessen Tathandlung den Tod eines Menschen (Taterfolg) verursacht hat. Da ein solcher abgrenzbarer Erfolg in der Außenwelt vorausgesetzt wird und dieser Erfolg in der Verletzung des tatbestandlichen Handlungsobjekts bzw. des Rechtsguts besteht, sind Erfolgsdelikte gleichzeitig Verletzungsdelikte.³²

Schlichte Tätigkeitsdelikte fordern hingegen keinen abgrenzbaren Taterfolg; der Tatbestand dieser Delikte ist mit dem letzten Handlungsakt erfüllt, ohne dass es auf den Erfolg dieser Handlung ankäme.³³ Sie zählen daher regelmäßig zu den Gefährdungsdelikten.³⁴ Sagt der Zeuge etwa vor Gericht falsch aus, macht er sich allein dadurch – und zwar unabhängig davon, ob das Gericht der falschen Aussage Glauben schenkt – nach § 153 StGB strafbar. Gleiches gilt für § 316 StGB, bei dem allein das Führen eines Fahrzeugs im Zustand der Fahruntüchtigkeit für eine Strafbarkeit genügt. Anders als in § 315c StGB („und dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet“) kommt es bei § 316 StGB auf einen (Gefährdungs-)Erfolg der Tathandlung nicht an. Da ein Taterfolg nicht vorausgesetzt wird, rückt der Vollendungszeitpunkt schlichter Tätigkeitsdelikte regelmäßig nach vorne; ein strafbefrei-

ender Rücktritt ist daher nur eingeschränkt möglich. Im Einzelfall sieht der Gesetzgeber aber erweiterte Rücktrittsmöglichkeiten trotz Vollendung vor (z.B. § 158 StGB).³⁵ Analogiefähig sind diese Ausnahmeregelungen grundsätzlich nicht.

Neben diesen Idealformen kennt das Strafrecht Mischtatbestände. Tätigkeitsgebundene Erfolgsdelikte setzen voraus, dass der Taterfolg durch eine bestimmte Tathandlung herbeigeführt werden muss. So muss etwa der Täter eines Betrugs (§ 263 StGB) die Schädigung fremden Vermögens (Taterfolg) geradezu kunstvoll durch eine Täuschungshandlung, die kausal für einen Irrtum und eine Vermögensverfügung des Opfers wird, herbeiführen.

bb) Erfolgskupierte Delikte und unvollkommen zweiaktige Delikte

Üblicherweise werden sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale vom Vorsatz erfasst. Einzelne Delikte lassen es für die Tatvollendung aber ausreichen, wenn der Taterfolg nicht objektiv erreicht, sondern nur subjektiv erstrebt wird.³⁶ Fehlt ein mit dem Vorsatz korrespondierender Erfolg im objektiven Tatbestand, schießt der Vorsatz an dieser Stelle über den objektiven Tatbestand hinaus. Es liegt ein Tatbestand mit überschießender Innentendenz oder – aus Sicht des objektiven Tatbestands – ein um den objektiven Taterfolg verkürztes (erfolgskupiertes) Delikt vor. Andere Delikte lassen es genügen, dass ein Teilakt der Tatbestandsverwirklichung – nicht der Taterfolg – nur subjektiv erstrebt wird, objektiv aber nicht vorliegen muss. Ein solches unvollkommen zweiaktiges Delikt stellt etwa die Urkundenfälschung des § 267 StGB dar, für die im objektiven Tatbestand ein täuschendes Einwirken auf den Rechtsverkehr durch den Täter unerheblich ist.³⁷

Zu den sehr examensrelevanten erfolgskupierten Tatbeständen zählen Eigentums- und Vermögensdelikte. So muss der Täter des § 263 StGB zwar als Tatzwischenerfolg einen Vermögensschaden beim Opfer herbeiführen. Den darüber hinausgehenden eigentlichen „Enderfolg“ der Tat, nämlich die stoffgleiche und rechtswidrige Bereicherung des Täters, sucht man im objektiven Tatbestand des § 263 StGB jedoch vergebens. § 263 Abs. 1 StGB lässt es genügen, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tathandlung in Bereicherungsabsicht handelt. Ob der Täter am Ende diese erstrebte Bereicherung realisiert – er also wie beabsichtigt auch objektiv bereichert ist – spielt keine Rolle für die Tatvollendung. Entsprechendes gilt für die Bereicherung bei der Erpressung

²⁹ Schmitz (Fn. 28), § 243 Rn. 93; Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 24), § 243 Rn. 33.

³⁰ BGH NStZ 2001, 642 (643 f.).

³¹ Vgl. v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 24), Lexikon des Strafrechts, Deliktstypen und ihre spezifischen Eigenheiten Rn. 19.

³² Siehe dazu I. 3.

³³ Vgl. v. Heintschel-Heinegg (Fn. 31), Deliktstypen und ihre spezifischen Eigenheiten Rn. 39; Roxin (Fn. 3), § 10 Rn. 103.

³⁴ Siehe dazu II. 3.

³⁵ Lenckner/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 158 Rn. 1; Müller, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 158 Rn. 1.

³⁶ Vgl. Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, Kap. 8 Rn. 26.

³⁷ Vgl. Roxin (Fn. 3), § 10 Rn. 127; zu mehraktigen Delikten siehe auch II. 4. Die Unterscheidung zwischen erfolgskupierten Delikten und unvollkommen zweiaktigen Delikten ist nicht zwingend. So lässt sich auch ohne weiteres begründen, dass erfolgskupierte Delikte gleichzeitig unvollkommen zweiaktig sind, weil sie auf den „zweiten Akt“ – die Herbeiführung des tatbestandmäßigen (End-)Erfolgs, beispielsweise beim Diebstahl auf die Zueignung – verzichten.

(§ 253 StGB), die Zueignung beim Diebstahl (§ 242 StGB) und beim Raub (§ 249 StGB) oder auch die Besitzerhaltung des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB).

b) Bedeutung der Unterscheidung

aa) Entsprechungsklausel des § 13 StGB

Bei reinen Erfolgsdelikten macht das Strafrecht keine Vorgaben, wie der Täter den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeiführen muss; der „Phantasie des Täters“ bezüglich der zum Erfolg führenden Tathandlung sind keine Grenzen gesetzt. Eine Herbeiführung des Erfolgs durch Unterlassen als eine mögliche Spielart der Tatbestandsverwirklichung ist deswegen bei reinen Erfolgsdelikten ohne weiteres möglich. Auf die in der Entsprechungsklausel des § 13 Abs. 1 StGB vorgesehene Prüfung der so genannten Modalitätenäquivalenz („wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht“) kommt es daher nicht an.³⁸ In beiden Examina genügt hier regelmäßig der knappe Hinweis, dass die Entsprechungsklausel bei reinen Erfolgsdelikten nicht geprüft werden muss.

Macht das Strafrecht Vorgaben zur Tathandlung, ist die Entsprechungsklausel hingegen zu problematisieren. Das Unterlassen muss im konkreten Fall dem Unrechtsgehalt aktiver Tatbestandsverwirklichung so nahe kommen, dass es denselben sozialen Sinngehalt aufweist wie das in den gesetzlichen Tatbeständen umschriebene aktive Tun.³⁹ Im Einzelnen sind die Maßstäbe für die Prüfung der Modalitätenäquivalenz unklar. Es muss bei der (unbefriedigenden) Empfehlung bleiben, in der Klausur zu versuchen, aus dem Sachverhalt Argumente für oder gegen die Bejahung der Entsprechungsklausel abzuleiten und sich im Zweifel klausurtaktisch zu entscheiden. Speziell beim Betrug (§ 263 StGB) sollten Kandidaten nicht vorschnell eine Täuschung durch Unterlassen annehmen, sondern zunächst an die Möglichkeit denken, dass bestimmte Erklärungsinhalte nicht explizit geäußert werden müssen, sondern stillschweigend miterklärt werden können.⁴⁰ Auch wenn es zum Beispiel der Gast im Restaurant nicht ausdrücklich anspricht, so erklärt er beim Bestellen dennoch konkludent, er sei zahlungswillig und zahlungsfähig.⁴¹ Ist er es nicht, täuscht der Gast konkludent und damit durch aktives Tun; die Entsprechungsklausel ist nicht zu prüfen. Ferner sollten sich Kandidaten vor allem mit dem Problem vertraut machen, ob Mordmerkmale durch Unterlassen verwirklicht werden können.⁴² Auch hier ist freilich Vieles ungeklärt und daher vertretbar.

³⁸ Fischer (Fn. 13), § 13 Rn. 85 f.

³⁹ Fischer (Fn. 13), § 13 Rn. 85; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafrecht, 28. Aufl. 2014, § 13 Rn. 16.

⁴⁰ Vgl. dazu Kühl (Fn. 39), § 263 Rn. 9; Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263 Rn. 14, 15.

⁴¹ Vgl. zur miterklärten Erfüllungswilligkeit und Erfüllungsfähigkeit Perron (Fn. 40), § 263 Rn. 16, 16a.

⁴² Vgl. dazu im Überblick Schneider, in: Joecks/Miebach (Fn. 28), § 211 Rn. 266 ff.

*Abwandlung zu Fall 6 im ersten Teil des Beitrags:*⁴³ T öffnet aus Liebeskummer in Selbsttötungsabsicht und ohne Tötungsvorsatz zwei Gashähne in seiner im Erdgeschoss eines 12-Familien-Hauses gelegenen Wohnung. Anders als im Ausgangsfall klingelt einige Zeit später X, die ehemalige Lebensgefährtin des T. T öffnet die Tür und sieht, wie sich X eine Zigarette anzündet. Dies lässt T zu, obwohl er um die Explosionsgefahr weiß. Tatsächlich entzündet sich das Luft-Gas-Gemisch und bringt das gesamte Gebäude zum Einsturz. Der Mitbewohner O kommt dadurch zu Tode; T und X überleben. Strafbarkeit des T nach §§ 211, 212 StGB?

Lösung: T hat sich wegen Totschlags durch Unterlassen (§§ 212, 13 StGB) strafbar gemacht, indem er untätig zusah, wie sich X eine Zigarette anzündete und damit das Gas-Luft-Gemisch zur Explosion brachte. Obwohl er die Gefährlichkeit der von ihm pflichtwidrig geschaffenen Lage (Ingerenz) erkannte, nahm er eine rechtlich gebotene Handlung nicht vor, die sodann zum Tod des O geführt hat. Weil es sich beim Totschlag um ein reines Erfolgsdelikt handelt, ist die Entsprechungsklausel des § 13 Abs. 1 StGB nicht zu prüfen. Fraglich ist, ob T auch ein Mordmerkmal erfüllt hat. In Betracht kommt die Verwendung eines gemeingefährlichen Tatmittels. Bei einer Tatbegehung durch Unterlassen ist die Entsprechungsklausel des § 13 Abs. 1 StGB zu problematisieren, weil tätigkeitsgebunden eine konkrete Art der Tatbegehung umschrieben wird. Nach Rechtsprechung des BGH und wohl überwiegender Auffassung im Schrifttum muss der Täter das gemeingefährliche Tatmittel bewusst einsetzen, was in Fällen des Unterlassens nur dann zu bejahen ist, wenn der Täter bereits bei Gefahrschaffung mit Tötungsvorsatz gehandelt hat.⁴⁴ Nicht ausreichen soll es, wenn der Täter eine bereits vorhandene gemeingefährliche Situation ausnutzt.⁴⁵ T könnte allerdings heimtückisch getötet haben, weil sich O zum Zeitpunkt des Unterlassens keines Angriffs auf sein Leben versah. Teilweise wird die Verwirklichung des Mordmerkmals der Heimtücke durch Unterlassen gänzlich ausgeschlossen.⁴⁶ Nach anderer Ansicht wird mit Blick auf § 13 Abs. 1 StGB vertreten, es sei in Fällen des Unterlassens für die Bejahung der Heimtücke notwendig, dass das Tatopfer von der Untätigkeit des Garanten überrascht werde.⁴⁷ Wisse das Tatopfer gar nicht von der Gefahr, in der es sich befindet, müsse daher Heimtücke mangels Gleichwertigkeit ausscheiden. Nach der Gegenauffassung fordert die Gleichwertigkeit zwischen Tun und Unterlassen bei der Heimtücke keine so weit-

⁴³ In Anlehnung an BGH NStZ 2010, 87.

⁴⁴ Krit. dazu Becker, ZIS 2009, 255 (258); Fischer (Fn. 13), § 211 Rn. 61; Kudlich, JA 2009, 902 f. mit Verweis auf § 8 StGB.

⁴⁵ BGH NStZ 2010, 87 (88).

⁴⁶ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 239.

⁴⁷ Bachmann/Goeck, NStZ 2010, 510 (511); krit. Becker, ZIS 2009, 255 (259), und Schneider (Fn. 42), § 211 Rn. 268.

gehende Einschränkung. Andernfalls würde nämlich die Heimtücke zu einer „offenen Hinterlist“ verengt und es entfiere regelmäßig die Arglosigkeit.⁴⁸ Auch der BGH scheint die Verwirklichung von Heimtücke durch Unterlassen grundsätzlich für möglich zu halten, auch wenn das Opfer nichts von der Gefahrensituation weiß.⁴⁹ In der Klausur sind hier sowohl im ersten als auch im zweiten Examen beide Ansichten gut vertretbar.

bb) Besonderheiten erfolgskupierter Delikte

Erfolgskupierten Delikten ist gemein, dass durch die Verkürzung des Tatbestands um den (End-)Erfolg der Tat die Vollendungsstrafbarkeit nach vorne gerückt wird und zwar in eine Phase vor dem eigentlichen, materiellen Abschluss der Tat. Somit fallen bei erfolgskupierten Delikten in der Regel vorgezogener Vollendungszeitpunkt und materieller Abschluss des Tatgeschehens (Beendigungszeitpunkt) auseinander. Dadurch entsteht ein Zeitraum zwischen Tatvollendung und Tatbeendigung (Beendigungsphase). So ist beispielsweise der Diebstahl (§ 242 StGB) mit der Wegnahme vollendet; beendet ist der Diebstahl erst, wenn der Täter den neu begründeten Gewahrsam nach den Umständen des Einzelfalls gefestigt und gesichert hat⁵⁰ und damit faktisch der Zueignungserfolg objektiv eingetreten ist. Der Betrug ist dementsprechend beendet, wenn der erstrebte Vermögensvorteil endgültig erlangt ist.⁵¹

Examensrelevante Konsequenzen hat die Beendigungsphase im Bereich der Beteiligung. So sollen nach herrschender Meinung Mittäterschaft und Beihilfe bis zur Beendigung der Tat grundsätzlich möglich sein (sukzessive Mittäterschaft und sukzessive Beihilfe).⁵²

*Fall 11:*⁵³ T₁ und T₂ reißen einen Bankautomaten aus der Verankerung und fahren damit in einem zuvor gestohlenen Fahrzeug in ein Waldgrundstück, um ihn aufzuschweißen. Dies gelingt. Nachdem sie das Geld untereinander aufgeteilt haben, fahren sie mit dem gestohlenen Fahrzeug in ein nahegelegenes Dorf. Dort rufen sie T₃ an und bitten diesen, sie abzuholen. Obwohl die Kleidung von T₁ und T₂ wegen des Aufschweißens des Geldautomaten auffällig riecht und der T₃ hieraus den Schluss zieht, dass diese wieder nach dem früheren Muster einen Geldautomaten entwendet haben, bringt er T₁ und T₂ mit seinem Pkw nach Hause. Strafbarkeit des T₃?

Lösung: T₃ könnte sich wegen Beihilfe zum Diebstahl in einem besonders schweren Fall (§§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1, 2 und 3, 27 StGB) strafbar gemacht haben. Zum Zeitpunkt der Beihilfehandlung war die Wegnahme des Bankautomaten und seines Inhalts bereits abgeschlossen

und der Diebstahl daher vollendet. Beihilfe kommt jedoch zumindest nach Auffassung des BGH auch noch in der Zeit zwischen Tatvollendung und Tatbeendigung in Betracht. Ein Diebstahl ist erst beendet, wenn die subjektiv erstrebte Zueignung auch objektiv erreicht worden ist und der Täter den Gewahrsam an den entwendeten Gegenständen nach den Umständen des Einzelfalls gefestigt und gesichert hat. Dies war hier bereits der Fall, als T₃ angerufen wurde und sich zu den Tätern begab. Zu diesem Zeitpunkt befand sich das Diebesgut schon nicht mehr im unmittelbaren Herrschaftsbereich des Berechtigten, es war diesem vielmehr bereits (endgültig) entzogen. Konkrete und direkte Eingriffsmöglichkeiten des Eigentümers bestanden nicht mehr. Die neue Sachherrschaft von T₁ und T₂ war gefestigt, zumal diese sich nicht nur vom eigentlichen Tatort, sondern sogar schon aus dem Waldstück entfernt hatten, in welchem sie zuvor den gestohlenen Geldautomaten aufgeschweißt und die Beute unter sich aufgeteilt hatten.⁵⁴ T₃ hat sich daher nicht wegen Beihilfe zum Diebstahl strafbar gemacht. T₃ hat jedoch den Tatbestand eines Anschlussdelikts erfüllt und sich nach § 257 StGB wegen Begünstigung strafbar gemacht. Der T₃ trug objektiv dazu bei, T₁ und T₂ die durch die (beendete) Vortat erlangten Vorteile zu sichern. Auch der subjektive Tatbestand des § 257 StGB liegt vor.

Für die Strafbarkeit wegen räuberischen Diebstahls ist der Vollendungs- und Beendigungszeitpunkt ebenfalls relevant. Wendet der Täter noch vor Vollendung der Wegnahme Gewalt an, kommt eine Strafbarkeit wegen Raubes (§ 249 StGB) in Betracht. In der Phase zwischen Vollendung und Beendigung des Diebstahls ist hingegen eine Strafbarkeit nach § 252 StGB zu prüfen.⁵⁵ Nach dem Beendigungszeitpunkt des Diebstahls ist auch eine Strafbarkeit nach § 252 StGB ausgeschlossen und es kommen nur noch Anschlussdelikte in Betracht (§§ 257 ff. StGB).

Fall 12: T₁ und T₂ wollen gemeinsam dem T₁ in einem Elektronikgeschäft „gratis“ ein iPhone besorgen. Während T₁ das iPhone in seine Jackeninnentasche steckt, steht T₂ Schmiere. Kurz nach dem Kassensbereich und noch im Geschäft werden die beiden vom Kaufhausdetektiv O angesprochen. T₂ versetzt dem O einen Faustschlag in der Hoffnung, dass T₁ dadurch das iPhone behalten kann. Strafbarkeit des T₂?

Lösung: T₂ hat sich wegen Diebstahls (§ 242 StGB) strafbar gemacht. Soweit er einzelne Tathandlungen nicht selbst ausgeführt hat (z.B. Einstecken des iPhone), werden sie ihm nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet. Subjektive Tatbestandsmerkmale werden zwar nicht mittäter-schaftlich zugerechnet, jedoch hatte T₂ Drittzueignungsabsicht, die für eine Strafbarkeit nach § 242 Abs. 1 StGB genügt. T₂ könnte sich zudem nach § 249 Abs. 1 StGB

⁴⁸ Fischer (Fn. 13), § 211 Rn. 44b.

⁴⁹ BGH, Beschl. v. 7.7.2009 – 3 StR 204/09 = BGH NStZ 2010, 87 (88, hier ist allerdings die Passage nicht abgedruckt).

⁵⁰ BGH NStZ 2008, 152.

⁵¹ BGH NStZ 2014, 516 (517).

⁵² Vgl. dazu u.a. Murmann, ZJS 2008, 456.

⁵³ In Anlehnung an BGH NStZ 2008, 152.

⁵⁴ Ebenso BGH NStZ 2008, 152.

⁵⁵ Vgl. u.a. BGH NJW 1987, 2687 und Eser/Bosch (Fn. 28), § 252 Rn. 4.

strafbar gemacht haben. Der Diebstahl war allerdings bereits mit dem Einstecken des iPhones in die Jackeninnentasche vollendet (Gewahrsamsenklaue⁵⁶). Der notwendige Finalzusammenhang des § 249 StGB liegt daher nicht vor; eine Strafbarkeit wegen Raubes scheidet aus.⁵⁷ T₂ könnte sich allerdings wegen räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB) strafbar gemacht haben. Dafür müsste er im Zeitraum zwischen Vollendung und Beendigung des Diebstahls Gewalt verübt haben. Der Diebstahl war vorliegend zwar vollendet, der Gewahrsam am iPhone aber noch nicht hinreichend gesichert und der Diebstahl damit nicht beendet. Dies wäre frühestens dann anzunehmen, wenn T₁ mit dem iPhone das Geschäft verlassen hätte. Gegen eine Strafbarkeit nach § 252 StGB könnte jedoch sprechen, dass T₂ die Gewalt verübt haben müsste, um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten. T₂ wollte aber T₁ im Besitz des iPhone erhalten; anders als der Diebstahl kennt § 252 StGB keine „Drittbesitzerhaltungsabsicht“. Bei Mittäterschaft am vorangegangenen Diebstahl scheint der BGH dies nach neuerer Rechtsprechung für unschädlich zu halten, weil bei Mittäterschaft am Diebstahl auch der Besitz im Sinne des § 252 StGB über § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden könne.⁵⁸ Folgt man dem BGH nicht, bleiben Strafbarkeiten nach § 223 StGB und § 240 StGB sowie gegebenenfalls nach § 123 StGB.

Im Assessorexamen ist der Beendigungszeitpunkt schließlich für die Prüfung des Verjährungsbeginns bedeutsam. Die Verjährung beginnt in der Regel nämlich, sobald die Tat beendet ist (§ 78a S. 1 StGB).

3. Rechtsgutsbeeinträchtigung als Unterscheidungskriterium

a) Verletzungs- und Gefährungsdelikte

Die Differenzierung von Verletzungs- und Gefährungsdelikten steht in engem Zusammenhang mit der soeben dargestellten Unterscheidung von Erfolgs- und Tätigkeitsdelikten. Formal wird hier nach der Intensität der Beeinträchtigung des betroffenen Handlungsobjekts bzw. des geschützten Rechtsguts unterschieden.⁵⁹ Gehört zum Tatbestand eine Schädigung des Handlungsobjekts bzw. des Rechtsguts, liegt ein Verletzungsdelikt vor. So setzt etwa § 212 StGB eine Verletzung des Lebens, § 223 StGB eine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit oder § 263 StGB eine Verletzung des Vermögens des Opfers voraus. Da Verletzungsdelikte mit der Schädigung des Handlungsobjekts bzw. des geschützten

Rechtsguts einen tatbestandsmäßigen Erfolg voraussetzen, sind Verletzungsdelikte gleichzeitig Erfolgsdelikte.⁶⁰

Wird ein Verletzungserfolg vom Tatbestand nicht vorausgesetzt und genügt damit die Herbeiführung einer Gefahrenlage, liegt ein Gefährungsdelikt vor.⁶¹ Konkrete Gefährungsdelikte⁶² fordern für eine Strafbarkeit einen Gefährungserfolg. Sie zählen damit auch zu den Erfolgsdelikten. So setzt beispielsweise § 315c StGB als Gefährungserfolg voraus, dass der Täter durch normwidriges Verhalten im Straßenverkehr eine konkrete Gefahr („Beinahe-Unfall“⁶³) für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder eine fremde Sache von bedeutendem Wert schafft. Abstrakte Gefährungsdelikte verzichten hingegen auf einen solchen Gefährungserfolg. Sie zählen daher regelmäßig zu den schlichten Tätigkeitsdelikten.⁶⁴ Ihnen genügt die Verwirklichung einer generell als gefährlich bewerteten Verhaltensweise.⁶⁵ Anders als bei § 315c StGB genügt für § 316 StGB die bloße (gefährliche) Tätigkeit des Führens eines Fahrzeugs im Zustand der Fahruntüchtigkeit.

Zwischen abstrakten und konkreten Gefährungsdelikten sind potentielle Gefährungsdelikte (Eignungsdelikte, abstrakt-konkrete Gefährungsdelikte) zu verorten. Potentielle Gefährungsdelikte setzen zwar keinen konkreten Gefährungserfolg voraus, eine bloß abstrakte Gefährlichkeit reicht jedoch zur Tatbestandsverwirklichung ebenso wenig aus.⁶⁶ Die Tathandlung muss vielmehr zur Herbeiführung einer konkreten Gefahr zumindest geeignet sein. Zu den potentiellen Gefährungsdelikten soll nach herrschender Auffassung unter anderem § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB gehören. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB setzt zwar keine Lebensgefahr als konkreten Erfolg voraus; andererseits genügt die rein abstrakte Gefährlichkeit einer bestimmten Tatbegehung nicht. Vielmehr muss die Tathandlung nach den konkreten Umständen des Einzelfalls generell dazu geeignet sein, das Leben des Opfers zu gefährden.⁶⁷

b) Bedeutung der Unterscheidung

Die Unterscheidung von Verletzungs- und Gefährungsdelikten ist zunächst für das Grundverständnis einer Vielzahl von Tatbeständen hilfreich. Beispielsweise erschließt sich die Systematik der Brandstiftungsdelikte (§§ 306 ff. StGB) mit

⁵⁶ Vgl. dazu zuletzt BGH NStZ-RR 2013, 276 f.; Wittig (Fn. 29), § 242 Rn. 16.

⁵⁷ Ebenso BGH NStZ 2015, 276.

⁵⁸ Vgl. dazu aber BGH NStZ 2015, 276; Jahn, JuS 2015, 78 ff.; zu Recht krit. Dahne-Niemann, NStZ 2015, 251 ff.

⁵⁹ Vgl. ausführlich zur Unterscheidung Roxin (Fn. 3), § 10 Rn. 122 f.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 46. Aufl. 2016, Rn. 40a.

⁶⁰ v. Heintschel-Heinegg (Fn. 31), Deliktstypen und ihre spezifischen Eigenheiten Rn. 45; siehe dazu II. 2.

⁶¹ Zum subjektiven Tatbestand der Gefährungsdelikte vgl. Göttl, JuS 2017, 306.

⁶² Vgl. dazu Ostendorf, JuS 1982, 426 ff.

⁶³ Vgl. zuletzt BGH, Beschl. v. 24.9.2013 – 4 StR 324/13 = BeckRS 2013, 18828; Sternberg-Lieben/Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 315c Rn. 33.

⁶⁴ Siehe dazu II. 2.

⁶⁵ Roxin (Fn. 3), § 10 Rn. 123.

⁶⁶ Vgl. v. Heintschel-Heinegg (Fn. 31), Deliktstypen und ihre spezifischen Eigenheiten Rn. 19.

⁶⁷ BGH NStZ 2013, 345 (346); BGH NStZ 2007, 34 (35); vgl. dazu auch Fischer (Fn. 13), § 224 Rn. 12.

Hilfe der Einteilung recht mühelos.⁶⁸ Im Übrigen sollten sich Kandidaten bei der Prüfung jedes Tatbestands wenigstens kurz klar machen, ob es sich um ein Verletzungs-, ein konkretes oder ein abstraktes Gefährungsdelikt handelt, weil davon maßgeblich der Prüfungsumfang abhängt. Im Assessor-examen wird die Unterscheidung insbesondere auch für die Formulierung vollständiger Anklagesätze bedeutsam.

Ansonsten ergeben sich examensrelevante Probleme für einzelne Tatbestände. So setzt zwar § 306a Abs. 1 StGB anders als etwa § 306a Abs. 2 StGB gerade keinen konkreten Gefährdungserfolg (Gefahr einer Gesundheitsschädigung) voraus; das abstrakte Gefährungsdelikt des § 306a Abs. 1 StGB soll nach herrschender Meinung allerdings dann teleologisch zu reduzieren sein, wenn der Täter „mit einem Blick“⁶⁹ eine Gefährdung von Menschen ausschließen kann und sich der Täter dessen durch „zuverlässige lückenlose Maßnahmen“ versichert hat.⁷⁰

Vermögensdelikte wie der Betrug (§ 263 StGB) und die Untreue (§ 266 StGB) zählen zu den Verletzungsdelikten. Für die Deliktvollendung ist daher die Verletzung fremden Vermögens, also ein Vermögensschaden erforderlich. Die umfangreiche Diskussion rund um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen bereits eine konkrete Gefährdung fremden Vermögens (Gefährdungsschaden) zur Vollendungsstrafbarkeit führen kann, kann hier nicht vertieft dargestellt werden. Es muss insoweit auf spezielle Darstellungen zur Problematik verwiesen werden.⁷¹

4. Herbeiführen und Aufrechterhalten eines Zustands als Unterscheidungskriterium

a) Zustands- und Dauerdelikte; mehraktige Delikte

Zustandsdelikte sind Straftaten, die die Strafbarkeit allein an die Herbeiführung eines bestimmten Zustands knüpfen.⁷² Weil diese Herbeiführung eines bestimmten Zustands gleichzeitig ein tatbestandsmäßiger Erfolg ist, den der Täter zur Deliktvollendung erreichen muss, handelt es sich bei Zustandsdelikten in aller Regel um Erfolgsdelikte. Zustandsdelikte sind beispielsweise die Körperverletzung (§ 223 StGB), die Sachbeschädigung (§ 303 StGB) oder auch der Totschlag (§ 212 StGB).

Dauerdelikte sind in Abgrenzung dazu Straftaten, bei denen der Täter zunächst einen bestimmten Zustand herbeiführt, diesen sodann aber über einen mehr oder weniger langen Zeitraum aufrechterhält.⁷³ Der strafrechtliche Vorwurf gegen den Täter begründet sich bei diesen Delikten sowohl

mit der Herbeiführung als auch mit der Aufrechterhaltung des Zustands. Zu den Dauerdelikten zählen unter anderem der Hausfriedensbruch (§ 123 StGB), die Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) oder auch die Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB).

Eine Sonderstellung nehmen mehraktige (zusammengesetzte) Delikte ein.⁷⁴ Diese verbinden mehrere Handlungen zu einer neuen rechtlichen Bewertungseinheit. So verbindet etwa der Raub (§ 249 StGB) eine Nötigungs- und eine Wegnahmehandlung.

b) Bedeutung der Unterscheidung

aa) Strafbarkeit der Tatbeteiligung

Dauerdelikte sind nicht bereits mit der Vollendung des Tatbestands materiell abgeschlossen und damit beendet. Beendet sind Dauerdelikte erst, wenn der rechtswidrige Zustand nicht länger vorliegt und aufrechterhalten wird. So ist beispielsweise die Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) vollendet, sobald es dem Opfer unmöglich gemacht ist, seinen Aufenthalt nach eigenem Belieben zu verändern; beendet ist § 239 Abs. 1 StGB erst, wenn das Opfer wieder in Freiheit gelangt oder aus anderen Gründen nicht länger in seiner Fortbewegungsfreiheit beschränkt ist.⁷⁵ Bedeutsam ist diese Beendigungsphase wiederum für die Bestimmung des Verjährungsbeginns (§ 78a S. 1 StGB), vor allem aber auch wegen der Möglichkeit sukzessiver Tatbeteiligung.⁷⁶

*Fall 13:*⁷⁷ T₁ und T₂ brechen gemeinsam in das vermeintlich an diesem Abend nicht bewohnte Haus des X ein, um dort Wertsachen zu entwenden. Tatsächlich ist X an diesem Abend nicht zu Hause, wider Erwarten befindet sich jedoch O im Haus, der dort als Gast des X übernachtet. Während T₁ in einem Schlafzimmer nach Wertgegenständen sucht, entdeckt er dort O. O begibt sich direkt zur Schlafzimmertüre, die T₁, sofort nachdem er O entdeckt hatte, wieder verschließt und von außen zuhält. Als O zu schreien beginnt, öffnet T₁ die Zimmertüre einen Spalt und sprüht Pfefferspray auf O, der benommen zurückweicht. Der jetzt hinzukommende T₂ billigt den Einsatz des Pfeffersprays und entfernt sich wieder, um weitere Wertsachen des X an sich zunehmen. T₁ bleibt vor der Schlafzimmertüre stehen und entschließt sich kurze Zeit später, die Türe sicher zu verschließen, indem er eine Couch vor diese rückt. So will er verhindern, dass O das

⁶⁸ So ist § 306a Abs. 1 StGB beispielsweise ein abstraktes, § 306a Abs. 2 StGB ein konkretes Gefährungsdelikt.

⁶⁹ Vgl. BGH NJW 1996, 3424.

⁷⁰ BGH NJW 1975, 369 f.; BGH NStZ 1999, 32 (33 f.); ebenso Heine/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 306a Rn. 2; a.A. Radtke, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 306a Rn. 45.

⁷¹ Siehe dazu Rönau/Becker, JuS 2017, 499 ff.

⁷² Vgl. Roxin (Fn. 3), § 10 Rn. 105.

⁷³ Roxin (Fn. 3), § 10 Rn. 106.

⁷⁴ Die Abgrenzung fügt sich nur bedingt in den hiesigen Kontext. So lassen sich einaktige (etwa § 303 StGB) und mehraktige Delikte (etwa § 249 StGB oder auch § 252 StGB) und unvollkommen zweiaktige Delikte (z.B. § 267 StGB; siehe dazu oben II. 2), voneinander trennen. Weil mehraktige Delikte aber für die Fallbearbeitung ähnliche Folgen haben, werden sie hier mitbehandelt; vgl. zum Ganzen auch Roxin (Fn. 3), § 10 Rn. 84 und Rn. 26 f.

⁷⁵ Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 239 Rn. 11.

⁷⁶ Vgl. dazu auch Murrmann, ZJS 2008, 456 (457).

⁷⁷ In Anlehnung an BGH, Beschl. v. 7.3.2016 – 2 StR 123/15.

Zimmer verlässt und T₁ und T₂ die Flucht erschwert. T₂ billigt sodann auch das Verschieben der Couch.

Lösung: T₂ hat sich zunächst – insoweit dem ursprünglichen Tatplan entsprechend – nach § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht. Fraglich ist, ob er sich auch nach §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht hat. Die Gewaltanwendung zum Zwecke der Wegnahme hat T₂ nicht in eigener Person verwirklicht. Sie könnte ihm aber nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden. Vom ursprünglichen Tatplan war der Einsatz des Pfeffersprays nicht erfasst. T₂ hat den Pfeffersprayeinsatz aber gebilligt und damit die von T₁ verübte Gewalt nachträglich zum Mittel weiterer Wegnahmehandlungen gemacht. Der Pfeffersprayeinsatz ist T₂ im Rahmen des § 249 StGB daher zuzurechnen. Auch die weiteren Voraussetzungen einer Strafbarkeit nach §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB liegen vor. Fraglich ist, ob T₂ sich auch nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht hat. Die Körperverletzung war zum Zeitpunkt, zu dem T₂ den Einsatz des Pfeffersprays durch T₁ gebilligt hat, bereits vollendet. Eine Beendigungsphase, die Raum für eine sukzessive Mittäterschaft ließe, gibt es bei einem Zustandsdelikt wie der Körperverletzung nicht. T₂ hat sich daher nicht nach §§ 224, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht. Anderes gilt für die von T₁ zur Ermöglichung der Flucht verwirklichte Freiheitsberaubung (§ 239 StGB). Diese war zwar bereits vollendet, als T₂ von ihr erfuhr und diese billigte. Der von T₁ rechtswidrig herbeigeführte Zustand dauerte noch an; die Freiheitsberaubung des O war deshalb noch nicht beendet. Jedenfalls nach Rechtsprechung des BGH soll Mittäterschaft auch noch in der Beendigungsphase möglich sein (sukzessive Mittäterschaft).⁷⁸ Durch die Billigung der Tathandlung in der Beendigungsphase schafft T₂ das Fundament für eine mittäterschaftlichen Zurechnung. Auch die weiteren Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 239 Abs. 1 StGB liegen vor. Ferner wäre noch an eine Strafbarkeit nach § 123 StGB zu denken.

bb) Konkurrenzen

Bei Dauerdelikten sind für die Bestimmung der Konkurrenzverhältnisse Besonderheiten zu beachten. Treffen ein Dauerdelikt und ein Zustandsdelikt zusammen, soll grundsätzlich zwischen diesen nur dann Tateinheit (§ 52 StGB) vorliegen, wenn eine Teilidentität der Ausführungshandlungen besteht. Bloße (zufällige) Gleichzeitigkeit soll nicht ausreichen. Auch nur gelegentlich des Dauerdelikts vorgenommene Straftaten sollen mit dem Dauerdelikt nicht in Tateinheit, sondern in Tatmehrheit stehen. Eine für die Annahme von Tateinheit hinreichende Überschneidung von Dauer- und Zustandsdelikt soll hingegen vorliegen, wenn ein Zustandsdelikt den durch das Dauerdelikt geschaffenen rechtswidrigen Zustand aufrechterhalten hilft: Führt der Täter etwa ein Kraftfahrzeug ohne die erforderliche Fahrerlaubnis (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG;

⁷⁸ Vgl. u.a. BGH NStZ 2008, 280 ff.; vgl. auch Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 24), § 25 Rn. 55; ablehnend u.a. Kühl (Fn. 39), § 25 Rn. 12.

Dauerdelikt) und zeigt bei einer Polizeikontrolle einen gefälschten „Führerschein“ vor (§ 267 Abs. 1 StGB; Zustandsdelikt), um die Fahrt fortsetzen zu können, liegt Tateinheit vor.⁷⁹ Anderes gilt, wenn der Täter „gelegentlich“ seiner Fahrt ohne Fahrerlaubnis tankt ohne zu bezahlen (§ 263 StGB).⁸⁰

Eine weitere konkurrenzrechtliche Problematik bei Dauerdelikten sind mögliche Zäsurwirkungen. Eine hier wegen ihrer Praxisrelevanz vor allem im Assessorexamen anzutreffende Standardkonstellation sind Trunkenheitsfahrten mit dazwischentretendem Unfall.

Fall 14: T führt ein Fahrzeug fahrlässig im Zustand alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit (§ 316 Abs. 2 StGB). Es kommt zu einem Unfall (§ 315c Abs. 1, 3 Nr. 2 StGB), bei dem O verletzt wird (§ 229 StGB). Dennoch verlässt T den Unfallort (§ 142 Abs. 1 StGB) und setzt seine Fahrt – aufgrund des Unfalls um seine Fahruntüchtigkeit wissend – fort (§ 316 Abs. 1 StGB).

Lösung: Die Gefährdung des Straßenverkehrs – die Trunkenheitsfahrt nach § 316 Abs. 2 StGB tritt subsidiär hinter § 315c StGB zurück – und die fahrlässige Körperverletzung des O infolge des Unfalls stehen in Tateinheit (§ 52 StGB). Bei der fahrlässigen Körperverletzung handelt es sich nicht nur um eine bloß gelegentlich der Trunkenheitsfahrt verwirklichte Straftat. Vielmehr besteht hier Teilidentität, weil sich die für die fahrlässige Körperverletzung ursächliche Pflichtwidrigkeit (Fahren im Zustand der Fahruntüchtigkeit) mit der Pflichtwidrigkeit des § 315c Abs. 1, 3 Nr. 2 StGB und dessen Gefährdungserfolg deckt. Ebenfalls wegen Teilidentität steht auch das unerlaubte Entfernen im Unfallort (§ 142 StGB) mit der neuerlichen Trunkenheit im Verkehr (§ 316 Abs. 1 StGB) im Rahmen der Weiterfahrt in Tateinheit. Fraglich ist, wie sich beide Tatabschnitte konkurrenzrechtlich zueinander verhalten. Wegen der Zäsurwirkung des Unfallgeschehens⁸¹ – T fasst nach dem Unfall einen neuen Tatentschluss zur Weiterfahrt – nimmt die herrschende Meinung hier Tatmehrheit an. Anderes kann jedoch dann gelten, wenn eine Zäsurwirkung durch das Unfallgeschehen ausnahmsweise entfällt, weil der Täter von Beginn seiner Trunkenheitsfahrt an den unbedingten Willen hat, die Fahrt nicht vor dem geplanten Ziel zu unterbrechen, ganz gleichgültig, was unterwegs auch passieren mag.

Dauerdelikte und mehraktige Delikte können zudem andere, zueinander in tatmehrheitlichem Verhältnis stehende Tatbestände zur Tateinheit verklammern. Voraussetzung ist, dass das Dauerdelikt oder das mehraktige Delikt mit jeweils einem anderen Delikt in Tateinheit steht und der klammernde Tat-

⁷⁹ Vgl. dazu v. Heintschel-Heinegg (Fn. 24), § 52 Rn. 42 ff.

⁸⁰ Zur Strafbarkeit des Tankens ohne Bezahlen vgl. u.a. BGH NStZ 2012, 324.

⁸¹ Vgl. Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 52 Rn. 45.

bestand nicht das am wenigsten schwerwiegende Delikt ist.⁸² Schlägt beispielsweise der Täter sein Opfer nieder (§ 223 Abs. 1 StGB und zugleich Nötigungshandlung als erster Teilakt des § 249 Abs. 1 StGB), um Gegenstände aus einer verschlossenen Schublade, die er zum Zwecke der Wegnahme aufbricht und dadurch beschädigt, wegzunehmen (Wegnahmehandlung als zweiter Teilakt des § 249 Abs. 1 StGB und zugleich § 303 Abs. 1 StGB), so liegt sowohl zwischen dem Raub und der Körperverletzung als auch zwischen dem Raub und der Sachbeschädigung wegen Identität der Handlungen Tateinheit vor. Körperverletzung und Sachbeschädigung wurden hingegen durch selbstständige Handlungen verwirklicht und stünden deswegen an sich im Verhältnis der Tatmehrheit zueinander (§ 53 StGB). Die gemeinsame Tateinheit beider Delikte zum Raub zieht die Körperverletzung und die Sachbeschädigung jedoch gleichsam zusammen; der Raub verklammert so das gesamte Tatgeschehen zur Tateinheit. Entsprechendes gilt für Delikte, die zwar isoliert betrachtet in Tatmehrheit zueinander stehen (etwa eine gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 StGB und eine Nötigung nach § 240 Abs. 1 StGB), aber jeweils tateinheitlich zu einem Dauerdelikt (etwa einer Freiheitsberaubung nach § 239 Abs. 1 StGB) verwirklicht worden sind.⁸³

5. Tätermerkmale als Unterscheidungskriterien

a) Allgemeindelikte und Sonderdelikte; eigenhändige Delikte

aa) Allgemein- und Sonderdelikte

Tauglicher Täter eines Allgemeindelikts kann jedermann sein.⁸⁴ Bedarf es einer besonderen persönlichen Eigenschaft (Täterqualifikation), um tauglicher Täter eines Delikts zu sein, liegt ein Sonderdelikt vor.⁸⁵ Je nachdem, ob die besondere Täreigenschaft die Strafbarkeit begründet (z.B. § 348 StGB) oder die Strafbarkeit nur schärft (z.B. § 258a StGB im Verhältnis zu § 258 StGB oder auch § 340 StGB mit seiner allgemeindeliktischen Entsprechung in § 223 StGB) liegt ein echtes oder ein unechtes Sonderdelikt vor.⁸⁶

Jenseits der Amtsträgerdelikte sind Sonderdelikte nicht immer leicht zu erkennen. So handelt es sich auch bei der Untreue des § 266 StGB um ein Sonderdelikt: Trotz der offenen Formulierung des Tatbestands („Wer...“) kann Täter des § 266 StGB nur sein, wer in eigener Person vermögensbe-

treuungspflichtig ist.⁸⁷ Auch die unechten Unterlassendelikte (§ 13 StGB) sind letztlich Sonderdelikte,⁸⁸ Täter eines unechten Unterlassendelikts kann nämlich nur sein, wer in eigener Person rechtlich für die Erfolgsverhinderung einzustehen hat, also Garant ist.

bb) Eigenhändige Delikte

Eigenhändige Delikte ähneln insofern Sonderdelikten, dass sie eine bestimmte Beziehung des Täters zur Tat und damit häufig auch eine bestimmte Täterqualität voraussetzen. Täter eines eigenhändigen Delikts kann nur sein, wer die Tathandlung in eigener Person erfüllt.⁸⁹ Im Pflichtfachstoffbereich sind hier insbesondere die Aussagedelikte (§ 153 StGB und § 154 StGB) sowie im Bereich der Straßenverkehrsdelikte § 315c StGB und § 316 StGB relevant.

b) Bedeutung der Unterscheidung

aa) Strafbarkeit der Tatbeteiligung

Fehlt dem Täter eine von einem Sonderdelikt geforderte besondere persönliche Eigenschaft, kann er den jeweiligen Tatbestand nicht täterschaftlich verwirklichen;⁹⁰ entsprechendes gilt bei eigenhändigen Delikten für diejenigen Tatbeteiligten, die die Tathandlung nicht in eigener Person erfüllen.⁹¹ Insbesondere scheiden hier Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) und mittelbare Täterschaft (§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB) aus. Letzteres kann zu Strafbarkeitslücken führen, weil ohne vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat auch eine Teilnehmerstrafbarkeit ausscheidet. Das Strafrecht sieht zur Schließung dieser Strafbarkeitslücke vereinzelt gesonderte Tatbestände vor. Bei den Amtsdelikten schließt § 271 StGB (mittelbare Falschbeurkundung) die entsprechende Lücke des § 348 StGB (Falschbeurkundung im Amt).⁹² Bei den (eigenhändigen) Aussagedelikten gewährleistet § 160 StGB (Verleiten zur Falschaussage) eine Strafbarkeit.⁹³

Liegt eine Teilnahme an einem Sonderdelikt vor und fehlt dem Teilnehmer die vom Sonderdelikt geforderte Täterqualität (besonderes persönliches Merkmal), ist an die Regelungen in § 28 StGB zu denken. Bei echten Sonderdelikten kommt

⁸² BGH NStZ 2013, 158.

⁸³ Vgl. v. Heintschel-Heinegg (Fn. 24), § 52 Rn. 45. Nach den Grundsätzen von BGH NStZ 2013, 158 ist in dieser Konstellation Verklammerung zur Tateinheit möglich, weil zwar § 224 StGB mit Blick auf die Strafdrohung schwerer wiegt als der klammernde § 239 StGB, nicht aber die Nötigung des § 240 StGB.

⁸⁴ Roxin (Fn. 3), § 10 Rn. 128.

⁸⁵ Roxin (Fn. 3), § 10 Rn. 128. Weil die Täterqualifikation meist durch eine besondere (außerstrafrechtliche) Pflichtstellung begründet wird, lässt sich auch von „Pflichtdelikten“ sprechen; a.A. Kudlich (Fn. 78), § 25 Rn. 9, der insofern differenziert.

⁸⁶ Vgl. Roxin (Fn. 3), § 10 Rn. 129.

⁸⁷ Ebs. Roxin (Fn. 3), § 10 Rn. 128.

⁸⁸ Krit. dazu Freund, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 13 Rn. 261.

⁸⁹ Vgl. v. Heintschel-Heinegg (Fn. 31), Deliktstypen und ihre spezifischen Eigenheiten Rn. 14; zur kriminalpolitischen Berechtigung dieser Delikte vgl. Fischer (Fn. 13), Vorbem. § 13 Rn. 42a m.w.N.

⁹⁰ Bei unechten Sonderdelikten kommt hier aber eine (täterschaftliche) Strafbarkeit aus dem Grunddelikt – § 28 Abs. 2 StGB gilt für Täterschaft und Teilnahme – in Betracht (beispielsweise in Fällen des § 340 StGB nach § 223 StGB).

⁹¹ Vgl. Kudlich (Fn. 78), § 25 Rn. 7 f.

⁹² Vgl. Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 271 Rn. 2.

⁹³ Vgl. Kudlich (Fn. 78), § 160 Rn. 1; Lenckner/Bosch (Fn. 35), § 160 Rn. 1.

§ 28 Abs. 1 StGB, bei unechten Sonderdelikten § 28 Abs. 2 StGB zu Anwendung.

*Fall 15:*⁹⁴ Der gegenüber der X-GmbH vermögensbetreuungspflichtige T₁ verletzt diese Vermögensbetreuungspflichten vorsätzlich und fügt der X-GmbH dadurch wirtschaftlichen Schaden zu. T₂, der selbst nicht gegenüber der X-GmbH vermögensbetreuungspflichtig ist, hat ihn dabei unterstützt.

Lösung: T₁ hat sich wegen Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) strafbar gemacht. T₂ hat nur einen Gehilfenbeitrag zur Untreue des T₁ geleistet. Zudem kommt mangels Vermögensbetreuungspflicht eine täterschaftliche Begehung des § 266 StGB schon gar nicht in Betracht. Hier hat sich T₂ demnach der Beihilfe zur Untreue des T₁ strafbar gemacht. Insbesondere im Assessorexamen ist im Rahmen der Strafzumessung zu beachten, dass nach Rechtsprechung des BGH in solchen Fällen die Strafe des T₂ zwingend doppelt zu mildern ist: Zunächst ist § 27 Abs. 2 StGB einschlägig. Weil T₂ zudem die Vermögensbetreuungspflicht als ein von § 266 StGB zur Strafbegründung gefordertes persönliches Merkmal fehlt, ist seine Strafe sodann ein weiteres Mal nach § 28 Abs. 1 StGB zu mildern.⁹⁵ Anderes soll jedoch gelten, wenn ein täterschaftlicher Tatbeitrag erbracht wird und eine Mittäterschaft nur am Fehlen einer für die Erfüllung des Sonderdelikts notwendigen Tätereigenschaft scheitert.⁹⁶ Dann soll dem Gehilfen keine doppelte Milderung zugutekommen.

bb) Actio libera in causa

Auswirkungen hat die Einordnung als eigenhändiges Delikt auch bei der Frage, ob eine Strafbarkeit nach den Grundsätzen der umstrittenen Rechtsfigur der *actio libera in causa*⁹⁷ in Betracht kommt. Folgt man – was derzeit noch in der Klausursituation empfehlenswert ist – dem BGH und hält die *actio libera in causa* für strafrechtlich unbedenklich, so soll sie doch nur bei (reinen) Erfolgsdelikten Anwendung finden.⁹⁸ Der BGH begründet die Ablehnung der Rechtsfigur bei tätigkeitsgebundenen Delikten wie § 315c StGB oder § 316 StGB vor allem damit, dass das Sich-Betrinken nicht der im Tatbestand umschriebenen Handlung entspreche.⁹⁹ Teilweise begründet der BGH seine Ablehnung aber auch mit dem Verweis auf die – vom ihm am Ende nicht weiterverfolgte – Konstruktion der *actio libera in causa* als einem Fall der mittelbaren Täterschaft, bei der der Täter sich zur Ausführung

der Tat seiner eigenen Person als schuldunfähiges Werkzeug bediene.¹⁰⁰ Folgt man dieser Begründung, ergibt sich eine Ablehnung der *actio libera in causa* zwanglos, weil bei eigenhändigen Delikten, zu denen § 315c StGB oder § 316 StGB zählen, eine Begehung der Tat in mittelbarer Täterschaft unmöglich ist.

⁹⁴ In Anlehnung an BGH NStZ 2012, 630.

⁹⁵ BGH NStZ 2012, 630.

⁹⁶ *Kett-Straub*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Fn. 81), § 49 Rn. 19; *Maier*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 49 Rn. 10.

⁹⁷ Zum Meinungsstand und Lösungsmodellen vgl. *Frister* (Fn. 36), Kap. 18 Rn. 17 ff.; *Rengier* (Fn. 2), § 25 Rn. 4 ff.

⁹⁸ Lesenswert dazu BGH NStZ 1997, 228 ff. mit ausführlicher Darstellung der Lösungsmodelle.

⁹⁹ BGH NStZ 1997, 228 (229).

¹⁰⁰ BGH NStZ 1997, 228 (229), vgl. dazu auch *Rengier* (Fn. 2), § 25 Rn. 18 ff.