

Helmke, Olaf

XXX

3. Semester

Matrikelnummer XXX

Methodik der Fallbearbeitung im Strafrecht

Prof. Dr. Struensee

Sommersemester 2000

Hausarbeit

LITERATURVERZEICHNIS

Baumann/Weber/Mitsch:

Strafrecht Allgemeiner Teil

10. Auflage; Bielefeld 1995

Jescheck/Weigend:

Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil

5. Auflage; Berlin

Kaufmann, Arthur:

Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

in: JZ 1955, S. 653 ff.

Maurach/Zipf:

Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1

8. Auflage; Heidelberg 1992

Roxin:

Strafrecht Allgemeiner Teil Bd.1

3. Auflage; München 1997

Scheffler:

Der Erlaubnistatbestandsirrtum und seine Umkehrung,
das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente

in: Jura, 1993, 12, S. 617 ff.

Wessels/ Beulke:

Strafrecht Allgemeiner Teil

29. Auflage; Heidelberg 1999

Kommentare

Lackner/ Kühl:

Strafgesetzbuch mit Erläuterungen

23. Auflage; München, 1999

Leipziger Kommentar

Strafgesetzbuch, Erster Band;

10. Auflage; Berlin, New York 1985

Leipziger Kommentar:

Strafgesetzbuch, Zweiter Band;

10. Auflage; Berlin, New York, München, 1985

Schönke/ Schröder:

Strafgesetzbuch; Kommentar

25. Auflage, München 1999

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch

Band 1 (AT §§ 1 – 79 b)

7. Auflage; Neuwied, Kriftel, 1999

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch:

ErlauBand 2, Besonderer Teil

7. Auflage; Neuwied, Kriftel, 1999

Tröndle/Fischer:

Strafgesetzbuch; Kommentar

49. Auflage; München 1999

A. Strafbarkeit von R und O wegen Hausfriedensbruch

R und O könnten sich gemäß §§ 123 Abs. I 1. Alt., 25 II StGB des Hausfriedensbruchs strafbar gemacht haben, indem sie in die Diskothek des D kamen.

I Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Die Diskothek müßte ein Geschäftsraum i. S. d. § 123 StGB und R und O gegen den Willen des D widerrechtlich in diesen eingedrungen sein.

a) Geschäftsräume müssen dazu bestimmt sein, für eine gewisse Dauer zum Betrieb von Geschäften irgendwelcher Art zu dienen¹. In einer Diskothek wird regelmäßig Abendunterhaltung sowie der Ausschank von Getränken gegen Entgelt angeboten. Der Diskobetrieb des D stellt ein Geschäft auf gewisse Dauer dar. Die Diskothek ist Geschäftsraum i. S. d. § 123 StGB.

b) Eindringen ist das Gelangen in die geschützten Räume gegen den Willen des Berechtigten oder ein Verweilen trotz der Aufforderung des Berechtigten sich zu entfernen². Berechtigter ist unter anderem der Eigentümer oder Besitzer des Raumes³. D ist Eigentümer der Diskothek. R und O haben die Diskothek betreten, obwohl sie schon seit langem mit Hausverbot belegt sind. D ist Berechtigter und R und O sind gegen den Willen des D in die Diskothek gelangt. Sie sind eingedrungen.

c) Mittäterschaft gemäß § 25 II StGB

Voraussetzung der Bestrafung als Täter im Rahmen der Mittäterschaft gem. § 25 II StGB ist das gemeinschaftliche Begehen der Straftat. Gemeinschaftlich ist das bewußte und gewollte Zusammenwirken mehrerer⁴. R und O sind gemeinsam gekommen. Sowohl R als auch O hatten Hausverbot, als sie die Diskothek betraten. Sie sind also beide gegen den Willen des D

¹ Köln NJW 82, 2740

² Sch/Sch-Lenckner §123 Rdnr.10

³ RGSt 57, 139

⁴ Lackner/Kühl, § 25 Rdnr.9

⁵ BGHSt 19, 298

als Berechtigtem in die Diskothek eingedrungen. Sie haben die Straftat gemeinschaftlich begangen. Sie sind Mittäter.

d) Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände⁵. R und O waren sich bewußt, daß sie die Diskothek betreten und auch daß sie mit Hausverbot hatten. R und O handelten vorsätzlich.

b. R und O haben den Tatbestand des § 123 StGB verwirklicht.

II. Rechtswidrigkeit

R und O handelten rechtswidrig

III. Schuld

R und O handelten schuldhaft.

IV. R und O haben sich wegen

Hausfriedensbruch gemäß §§ 123 I 1. Alt., 25 II StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit von R und O wegen Sachbeschädigung

R und O könnten sich wegen Sachbeschädigung gemäß §§ 303 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben, indem sie Theke, Gläser und Flaschen in der Diskothek des D zertrümmerten.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

R und O müßten rechtswidrig eine fremde Sache entweder beschädigt oder zerstört haben, § 303 StGB.

a) Fremd ist die Sache, die einem anderen als dem Täter gehört⁶. Zumindest die Theke in der Diskothek gehörte dem D und nicht R und O. Die Theke war für sie eine fremde Sache.

b) R und O müßten die Theke beschädigt oder zerstört haben. Jede nicht ganz unerhebliche körperliche Einwirkung auf die Sache, durch die deren stoffliche Zusammensetzung verändert oder ihre Unversehrtheit derart aufgehoben wird, daß die Brauchbarkeit für ihre Zwecke gemindert ist⁷, ist ein Beschädigen i. S. d. § 303 StGB. R und O haben mit ihren Knüppeln auf die Theke eingeschlagen und sie zertrümmert. Darin liegt eine nicht unerhebliche körperliche Einwirkung auf die Sache. Die Brauchbarkeit der Theke ist gemindert, wenn nicht sogar ganz aufgehoben. R und O haben die Theke beschädigt.

c) Mittäterschaft gemäß § 25 II StGB

R und O haben die Straftat als Mittäter im Sinne des § 25 II StGB begangen⁸.

Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

R und O handelten vorsätzlich.

R und O haben den Tatbestand des § 303 I StGB verwirklicht.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

R und O haben rechtswidrig und schuldhaft gehandelt.

III. R und O haben sich der Sachbeschädigung gemäß §§ 303 I, 25 II StGB schuldig gemacht.

⁶ Eser in Schönke/ Schröder § 242 Rdnr.12

⁷ BGHSt 13, 207

⁸ siehe: A, I, c)

C. Strafbarkeit des O wegen Körperverletzung an D

I. O könnte sich wegen Versuch der Körperverletzung gemäß §§ 223, 22 StGB strafbar gemacht haben, indem er D zusammenschlagen wollte. O dürfte die Körperverletzung nicht vollendet haben, und der Versuch müßte strafbar sein.

1. Vollendung der Tat liegt vor, wenn der Tatbestand in allen seine Voraussetzungen verwirklicht ist⁹. O müßte den D körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben, §§ 223 StGB. D ist unbeschadet. Vollendung der Tat ist nicht gegeben.

2. Der Versuch der Körperverletzung ist strafbar, § 223 II StGB.

II. Tatbestandsmäßigkeit gem. §22 StGB

1. Tatentschluß

O hatte Tatbestandsvorsatz, wenn er den Vollendungswille zu einer bestimmten Straftat endgültig gefaßt hat. O müßte auch Vorsatz bezüglich des gefährlichen Werkzeugs gehabt haben. O wollte den D mit seinem Knüttel zusammenschlagen. Er hatte den Tatentschluß.

2. Tathandlung

O müßte unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben. Unmittelbares Ansetzen liegt vor, wenn objektiv eine Handlung begonnen wird, die so eng mit der Tatbestandshandlung verknüpft ist, daß sie bei ungestörtem Fortgang zur Verwirklichung des gesamten Tatbestands führt¹⁰. Als ihn der Schuß des D trifft, steht O noch immer bewegungslos an der Theke. Er hat noch keine objektiv erkennbare Handlung vorgenommen, also nicht unmittelbar angesetzt.

3. Die Tatbestandsmäßigkeit gem. § 22 StGB ist nicht gegeben. O ist nicht wegen versuchter Körperverletzung strafbar.

⁹ Kühl JuS 82, 110

D. Strafbarkeit des D wegen gefährlicher Körperverletzung des R

I. D könnte sich der gefährlichen Körperverletzung gemäß §223, 224 I Nr.2 StGB strafbar gemacht haben, indem er auf R schoß.

1. Objektiver Tatbestand

a) D müßte den R körperlich mißhandelt haben, § 223 I Var.1. Körperliche Mißhandlung ist eine üble, unangemessene Behandlung durch die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird¹¹. D hat auf R geschossen, ihn ins Bein getroffen, also nicht unerheblich verletzt. Er hat ihn körperlich mißhandelt. Er hat in auch an der Gesundheit geschädigt, § 223 I Var.2.

b) Die Körperverletzung müßte mittels einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs begangen worden sein, § 224 I Nr.2 StGB. D benutze eine Pistole. Diese müßte er auch gefährliches Werkzeug benutzt haben, d.h., wenn sie nach ihrer objektiven Beschaffenheit dazu geeignet war, erhebliche Verletzungen herbeizuführen¹². Der Schuß durchschlug das Bein des R, verletzte es also erheblich. Die Waffe wurde als gefährliches Werkzeug benutzt.

c) Der objektive Tatbestand der §§ 223 I, 224 I Nr.2 StGB ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

D hat vorsätzlich gehandelt, wenn er mit dem Willen zur Verwirklichung eines Straftatbestands in Kenntnis aller seiner objektiven Umstände auf D schoß¹³. D wußte und wollte R mit dem Schuß körperlich mißhandeln, um ihn von dem vermeintlichen Angriff gegen seine Person abzuhalten. Der

¹⁰ BGH NStZ 97, 83

¹¹ Kühl § 223 Rdnr.4

¹² Kühl § 224 Rdnr.5

Vorsatz hinsichtlich der in §§ 223 I, 224 I Nr.2 StGB genannten Tatbestandsmerkmale ist gegeben. Das schließt nicht aus, daß der Deliktsvorsatz i. S. d. § 16 StGB noch aus anderen Gründen zu verneinen ist.

D hat den Tatbestand der §§ 223 I, 224 I Nr.2 StGB verwirklicht.

II. Rechtswidrigkeit

1. D könnte jedoch nicht rechtswidrig gehandelt haben, wenn der Schuß durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt war. Fraglich ist, ob D sich in Notwehr gem. § 32 StGB verteidigt hat.

a) Notwehrlage

Voraussetzung der Notwehr ist das Vorliegen eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs, d.h. einer unmittelbar bevorstehenden oder einer noch nicht beendeten Rechtsgutsverletzung durch einen Menschen, die nicht gerechtfertigt ist¹⁴. O verletzt das Hausrecht des D¹⁵. Dieser Angriff ist noch gegenwärtig und auch rechtswidrig.

b) Notwehrhandlung

Die Notwehrhandlung des D könnte gerechtfertigt sein, wenn sie erforderlich und geboten war, d. h. die sofortige Beendigung des Angriffs erwarten läßt¹⁶, andererseits aber das schonendste, am wenigsten gefährliche oder schädliche Mittel darstellt¹⁷.

D schoß auf R. Der Gebrauch von Schußwaffen ist äußerst gefährlich. D hat den R dadurch auch schwer an der Gesundheit geschädigt. Der Schuß war nicht erforderlich, als Notwehrhandlung nicht gerechtfertigt i. S. d. §32 StGB.

¹³ siehe: A,I,2,a

¹⁴ Sch/Sch-Lenckner, § 32 Rn.3

¹⁵ siehe: A,I

¹⁶ BGHSt 27, 336

¹⁷ NStZ 87, 323

c) Notwehrlage

Fraglich ist, ob ein Angriff auf die körperliche Integrität des D gegeben ist. Als D seine Diskothek betritt, sieht er den R in bedrohlich wirkender Weise, mit erhobenem Knüppel auf ihn zukommen. D nimmt an, R wolle ihn mit dem Knüppel schlagen. Aus der Sicht des D ist ein Angriff gegeben. Tatsächlich will R das Lokal verlassen und schwingt den Knüppel lediglich als Zeichen des Triumphes. Eine objektive Bedrohung geht von ihm also nicht aus. Ein Angriff seitens ist nicht gegeben. Die Rechtfertigung des D aus Notwehr gem. §32 StGB scheidet somit aus.

Damit handelte D rechtswidrig.

III Schuld

1. D müßte schuldhaft gehandelt haben.

D befand sich in einem Erlaubnistatbestandsirrtum, d. h. daß er irrig Umstände, nämlich den Angriff des R¹⁸ annahm, die eine Notwehrlage begründet und eine Verteidigung aus ihr im Einklang mit § 32 StGB gerechtfertigt hätten. Die Rechtsfolge dieses Irrtums ist umstritten.

a. Strenge Schuldtheorie

Vertreter der strengen Schuldtheorie sehen in dem Unrechtsbewußtsein ein eigenständiges Schuldelement¹⁹. Das Unrechtsbewußtsein ist die Einsicht des Täters, Unrecht zu tun. Der Erlaubnistatbestandsirrtum, der sich auf das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes bezieht, nimmt dem Täter diese Einsicht. Weil er damit nicht in der Lage ist, das Verbot der Handlung zu erkennen, wird dieser Irrtum dieser Ansicht nach in der Rechtsfolge mit dem Verbotsirrtum (§17) gleichgesetzt²⁰. Demnach wäre D aus dem Vorsatzdelikt zu bestrafen. Hätte er den Irrtum vermeiden können, bestünde Milderungsmöglichkeit

¹⁸ siehe: D,II

¹⁹ Maurach, § 37 I

²⁰ Schroeder, LK § 69 Rdnr.49, 52

gem. § 49 I StGB, im Falle der Unvermeidbarkeit seines Irrtums entfielen die Schuld und damit seine Strafbarkeit.

b. Die eingeschränkten Schuldtheorien

aa. Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

Diese Ansicht sieht in den Rechtfertigungsgründen negative Merkmale eines Gesamtunrechtstatbestands, deren Abwesenheit unter dem Blickwinkel der Tatbestandsverwirklichung von Bedeutung sein soll²¹. Auf diese muß sich auch der Vorsatz beziehen²². Die Rechtsfolge ist die Gleichbehandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums mit dem Tatbestandsirrtum, die unmittelbare Anwendung des § 16 I 1 StGB. D hätte demnach ohne Vorsatz gehandelt und wäre möglicherweise wegen fahrlässiger Begehung der Tat strafbar, § 16 I 2 StGB.

bb. Vorsatzunrechtsausschließende Schuldtheorie

Der Erlaubnistatbestandsirrtum wird dieser Meinung nach analog zum Tatbestandsirrtum nach § 16 I StGB behandelt²³. Die Rechtfertigungsgründe unterscheiden sich unter dem Blickwinkel der Unrechtsvoraussetzungen hiernach nicht qualitativ von den Tatbestandsmerkmalen²⁴. Indem der Täter also über die Rechtfertigungsgründe irrt, wird der Handlungsunwert, der sonst den Vorsatz begründet, ausgeschlossen. D ist nach dieser Ansicht nicht wegen vorsätzlicher Begehung § 16 I, sondern möglicherweise wegen fahrlässiger Begehung strafbar, § 16 I, S.2.

cc. Die rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie

Diese Abwandlung der eingeschränkten Schuldtheorien erhält bei einem Erlaubnistatbestandsirrtum gleichwohl den

²¹ Wessels/Beulke, AT Rn.473

²² Kaufmann, FS Lackner, S.185ff

²³ Kühl, AT § 13 Rn.71; Roxin, AT I, § 14 Rn.62

²⁴ Wessels/Beulke, AT Rn.476

Tatbestandsvorsatz des Täters aufrecht, schließt aber bei jedem vermeidbarem Irrtum nur die Möglichkeit einer Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat aus (§ 17 II StGB)²⁵. Es wird die Vorsatzschuld verneint, der Unrechtsgehalt bleibt unberührt²⁶. Diese Ansicht kommt zu einer nur auf die Rechtsfolge beschränkte Anwendung des 16 I, S.1 StGB, stellt aber höhere Anforderungen an den Täter, weil sie auf fast immer zu bejahende Vermeidbarkeit und nicht bloß auf die Fahrlässigkeit als Maßstab für die Strafbegründung abstellt²⁷. D hätte sich hiernach bei vermeidbarem Irrtum nicht wegen vorsätzlicher Begehung, sondern möglicherweise wegen fahrlässiger Begehung gem. § 16 I, S.2 StGB strafbar gemacht. Die strenge Schuldtheorie und die eingeschränkten Schuldtheorien kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, eine Streitentscheidung ist unentbehrlich.

c) Stellungnahme

Die Vertreter der strengen Schuldtheorie befürworten die Gleichstellung eines jeden Irrtum über die Rechtswidrigkeit der mit dem Verbotsirrtum in §17 StGB damit, daß der Gesetzgeber keine Ausnahme davon vorgesehen hat. Der Irrtum betreffe nicht den Vorsatz, sonder immer nur das streng zu unterscheidende Unrechtsbewußtsein als Schuldelement.

Dem ist entgegenzuhalten, daß der Täter beim Erlaubnistatbestandsirrtum sein Verhalten nicht grundsätzlich für unverboden hält. So weiß D durchaus, daß die Körperverletzung strafbar ist. Er glaubt sich nur durch Notwehr gerechtfertigt. Erst über diesen Umweg gelangt er indirekt zu der Ansicht, sein Verhalten sei erlaubt.

Der Tatbestandsvorsatz bleibt weiterhin gegeben. Nur eben die Vorwerfbarkeit des Vorsatzes ist nicht sinngerecht, die Vorsatzschuld entfällt. Die Gleichsetzung des Erlaubnisirrtum

²⁵ Scheffler, Jura 1993 12, 619

²⁶ OLG Hamm NJW 87, 1034

²⁷ Scheffler, Jura 93, 12, 619

mit dem Verbotsirrtum ist deshalb nicht zu folgen. Die strenge Schuldtheorie ist damit abzulehnen und den eingeschränkten Schuldtheorien zu folgen.

Die Notwehr als Erlaubnissatz ist Rechtfertigung für an sich tatbestandsmäßiges Verhalten. Aufgrund der Vermengung von tatbestandslosem und so gerechtfertigtem tatbestandsmäßigem Verhalten in einem zweistufigen Verbrechenaufbau ist die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen abzulehnen. Die Rechtswidrigkeit der Tat, das objektive Unrecht bleibt mangels tatsächlicher Notwehrlage, anders als im Modell der vorsatzunrechausschließenden Schuldtheorie bestehen.

Die rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie verdient somit letztlich den Vorzug im Streit der Meinungen. Da D einem Erlaubnistatbestandsirrtum unterlegen war, entfällt somit die Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat. Eine Bestrafung wegen fahrlässiger Begehung kommt jedoch in Betracht.

E. Strafbarkeit des D wegen fahrlässiger Körperverletzung des R

0. Vorprüfung

1. Eine vorsätzliche Begehung liegt nicht vor.
2. Die fahrlässige Körperverletzung ist strafbar, §§15, 229 StGB.

I. Tatbestand

1. Erfolg

Der tatbestandliche Erfolg ist eingetreten. R ist verletzt.

2. Tathandlung und Zurechnung

Die Körperverletzung des D ist durch eine Handlung des D, den Schuß eingetreten. Sie ist ihm auch zuzurechnen.

II. Sorgfaltspflichtverletzung

Fraglich ist, ob der Erfolg eingetreten ist, weil D die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat²⁸. Dies ist der Fall, wenn er hätte erkennen müssen, daß R ihn nicht angreifen

²⁸ Wessels/Beulke, AT Rn.656

wollte. Als D in die Diskothek kommt, sieht er den R mit erhobenem Knüppel auf sich zukommen. R und O, die als Rowdies bekannt sind, haben schon die Theke zerstört, sich gewalttätig gezeigt. Er mußte also davon ausgehen, daß R ihn angreifen wolle. Es konnte nicht von ihm erwartet werden, den vermeintlichen Angriff über sich ergehen zu lassen. D hat die erforderliche Sorgfaltspflicht nicht verletzt.

D hat sich nicht wegen fahrlässiger Körperverletzung des R strafbar gemacht.

F. Strafbarkeit von D wegen gefährlicher Körperverletzung an O

D könnte sich gemäß §§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB wegen gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht haben, indem er auf R schoß und die Kugel auch O traf.

I. Tatbestandsmäßigkeit des § 223 I StGB

Der Schuß des D auf R durchschlug zuerst das Bein des R und traf dann den O ins Bein und verursachte eine Fleischwunde. Der Schuß war eine üble und unangemessene Behandlung und die Fleischwunde stellt einen krankhaften Zustand bei O dar. D hat damit gerechnet hat, O auch zu treffen, und hat auch auf diese Gefahr hin trotzdem geschossen. Somit D hatte Vorsatz (dolus eventualis) hinsichtlich der körperlichen Mißhandlung und der Gesundheitsschädigung des O. Der objektive und subjektive Tatbestand des § 223 I StGB sind erfüllt.

I. Tatbestandsmäßigkeit des § 224 I Nr. 2 StGB

1. Objektiver Tatbestand

D hat die Körperverletzung an O durch den Schuß herbeigeführt. Dies geschah mit einer Waffe, einem gefährlichen Werkzeug benutzt wurde²⁹. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

²⁹ siehe D I,1,b

Der Vorsatz des D müsste sich auch auf die Pistole in ihrer Eigenschaft als gefährliches Werkzeug bezogen haben³⁰. D rechnete damit, den O mit seinem Schuß zu treffen und ihn dadurch zu verletzen. Der Vorsatz zur Körperverletzung an O umfaßte also auch Gebrauch eines gefährlichen Werkzeugs.

III. Rechtswidrigkeit

1. D müßte rechtswidrig gehandelt haben. Die Tat könnte durch Notwehr gem. § 32 I StGB gerechtfertigt sein.

a) Notwehrlage

Es müßte ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff vorliegen oder unmittelbar bevorstehen³¹. In Bezug auf die Gegenwärtigkeit des Angriffs gelten nicht dieselben Anforderungen wie beim unmittelbaren Ansetzen beim Versuch³². Der Angreifer muß realiter und nicht nur dem äußeren Anschein nach im Begriff sein, rechtlich geschützte Interessen eines anderen zu verletzen.³³ O hatte den Entschluß gefaßt, den D mit seinem Knüppel zusammenzuschlagen und war im Begriff gewesen, dies zu tun. Der Angriff von O stand unmittelbar bevor. Die Notwehrlage ist gegeben.

b) Notwehrhandlung

Die Verteidigungshandlung ist gem. § 32 StGB gerechtfertigt, wenn sie erforderlich und geboten ist³⁴. Sie darf aber Intensität und Gefährlichkeit des Angriffs nicht unnötig überbieten³⁵. Der Schuß verhindert den Angriff des O. Er war geeignet. Durch den Angriff des O, der einen Knüppel einsetzen wollte, drohten dem D schwere Verletzungen. Auch war es für D nicht möglich, dem Angriff anders, etwa durch Einsatz der Fäuste zu begegnen. Der Schuß als Verteidigungshandlung stand nicht in krassem

³⁰ Tröndle/Fischer-Tröndle, § 224 Rn.9

³¹ siehe

³² Roxin AT, § 15 Rn.12

³³ SK-Günther, § 32 Rn.22

³⁴ siehe D,II,1,a

³⁵ Lackner, § 32 Rn.9; BGHSt 24,356, 358

Mißverhältnis zu der drohenden Verletzung. Deshalb war die Handlung erforderlich und geboten.

c) Verteidigungswille

Die Notwehr erfordert als subjektives Rechtfertigungselement den Verteidigungswillen. Fraglich ist, ob D mit Verteidigungswillen gehandelt hat. Er hätte die Notwehrlage kennen müssen³⁶. D wußte nicht, daß ein Angriff des O unmittelbar bevorstand. Er hatte keinen Verteidigungswillen gegen O.

Die Behandlung der Notwehr bei fehlendem Verteidigungswillen ist umstritten. Zum Teil wird gefordert, den Täter aus einem vollendeten Delikt, zum anderen, ihn wegen Versuchs zu bestrafen.

aa) Vollendungslösung

Nach dieser Meinung ist die Bestrafung wegen Versuchs nicht angemessen. Die Handlung eines Täters, dem der Verteidigungswillen fehlt, stellt denselben Handlungsunwert dar, wie eine Begehung ohne Notwehrlage³⁷. Seine fehlerhafte Einstellung sei dieselbe. Zudem ist dem Täter nach dieser Ansicht der tatbestandsmäßige Erfolg eben auch zuzurechnen³⁸, nicht so beim Versuch, bei dem der Erfolg ausbleibt. Die Vertreter sehen in der Verletzung des Rechtsguts des Angreifers einen Unwert, der trotz Notwehrlage Bestand hat.³⁹ Nur im Bewußtsein der Notwehrlage ist der Handelnde in der rechtlich überlegenen Position gegenüber dem Angreifer. Deshalb ist die Kenntnis davon und das Handeln danach Voraussetzung zur Rechtfertigung der Tat.⁴⁰ Die Verletzung des O durch D ist nach dieser Ansicht rechtswidrig und entsprechend einem vollendeten Delikt zu bestrafen.

³⁶ Jescheck/Weigand AT, § 32 II, 2a, c

³⁷ LK-Hirsch, Vor § 32 Rn.61

³⁸ Jescheck/Weigand AT, § 32 IV, 1

³⁹ Tröndle/Fischer-Tröndle, § 32 Rn.14

⁴⁰ LK-Hirsch, vor § 32 Rn.61; Haft AT, S.79

bb) Versuchslösung

Die Vertreter dieser Ansicht gehen zwar auch von einer rechtswidrigen Tat aus, wollen aber den Täter, der ohne Verteidigungswillen handelt nicht wegen vollendeter Tat, sondern wegen Versuchs, soweit dieser strafbar ist, bestrafen. Eine Bestrafung wegen vollendeten Delikts ist nicht angemessen, da es am Erfolgsunwert mangelt. Der Erfolgsunwert entfällt, schon wenn die rechtfertigenden Umstände objektiv gegeben sind⁴¹.

Der Handlungunwert dagegen wird nur durch den Verteidigungswillen, der im Einklang mit der Rechtsordnung steht, aufgehoben, bleibt also hier bestehen⁴². Nach dieser Ansicht ist die Bestrafung bei fehlendem Verteidigungswillen in dem geringeren Strafrahmen wegen der Ähnlichkeit zum Versuch eher als die Bestrafung wegen vollendeter Tat⁴³ angemessen. D hätte sich also möglicherweise wegen versuchter Körperverletzung an O strafbar gemacht.

d) Stellungnahme

Die Vollendungslösung wird vor allem mit der Verwirklichung eines Tatbestandserfolges wie beim vollendeten Delikt begründet. Dieser Erfolg besteht in der Verletzung des Angreifers. Da die Rechtsordnung die Verletzung des Angreifers in einer Notwehrlage gerade billigt, kann es keinen Unterschied machen, ob der sich Verteidigende die Notwehrlage erkennt. Ein Erfolgsunwert ist nicht gegeben.

An diesen Gedanken knüpft sich die Überlegung wegen Versuchs zu bestrafen. Diese Parallele ist einsichtig. Denn beim Versuch fehlt der Erfolgsunwert gleichermaßen, und der Handlungunwert bleibt bestehen. D weiß nicht, daß er gerechtfertigt ist und indem er trotzdem handelt, zeigt sich seine nicht rechtskonforme Einstellung. Diese will der Gesetzgeber

⁴¹ Lackner/Kühl, § 22 Rn.16

⁴² Jescheck/Weigend AT, § 31 IV, 2

⁴³ Maurach/Zipf AT, § 25 Rn.34

mit den Regelungen über den Versuch bestrafen. Der niedrigere Strafraum entspricht seiner Wertung der geringeren Strafbarkeit einer Handlung, die kein objektives Unrecht verwirklicht. Diese Wertung ist sachgerecht. Der Versuchslösung ist damit zu folgen.

D ist nicht wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr.2 StGB strafbar.

G. Strafbarkeit von D wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung an O

Jedoch könnte sich D durch den Schuß gemäß §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 22, 23 I wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung strafbar gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Subjektiver Tatbestand

Dazu müßte D Tatentschluß zur gefährlichen Körperverletzung gehabt haben, insoweit also vorsätzlich gehandelt haben. D hatte den auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale der gefährlichen Körperverletzung gerichteten Vorsatz⁴⁴ und folglich den erforderlichen Tatentschluß.

2. Unmittelbares Ansetzen

D hat durch den Schuß nach seiner Vorstellung auch unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

II. Rechtswidrigkeit

D handelte rechtswidrig⁴⁵.

II. Schuld

D müßte schuldhaft gehandelt haben.

1. Indirekter Verbotsirrtum

Fraglich ist, ob D einem indirekten Verbotsirrtum unterlegen war. Ein solcher liegt vor, wenn der Täter sich über das

⁴⁴ siehe G I, 1

Bestehen oder die Grenzen einer Erlaubnisnorm irrt.⁴⁶ D hat angenommen, daß er Notwehr gegenüber R üben dürfe. Er befand sich in einem Erlaubnistatbestandsirrtum⁴⁷. Dieses Notwehrrecht, so glaubte D weiter, erlaube ihm auch mit seiner Verteidigungshandlung O zu verletzen. Die Verteidigungshandlung darf sich aber nur gegen die Rechtsgüter des Angreifers richten⁴⁸. Er unterlag einem Erlaubnisirrtum. (Der sogenannte Doppelirrtum, das Zusammenkommen von Erlaubnistatbestandsirrtum und Erlaubnisirrtum ändert daran nichts⁴⁹). Über diesen verkennt er indirekt das Verbot seiner Handlung.

2. Dieser indirekte Verbotsirrtum wird nach den in § 17 normierten Regeln behandelt. Fraglich ist, ob D seinen Irrtum vermeiden konnte. Der Maßstab der Vermeidbarkeit ist strenger als bei der vorwerfbaren Sorgfaltspflichtverletzung bei der Fahrlässigkeit⁵⁰. Demnach ist entscheidend, ob D unter Einsatz aller seiner Erkenntniskräfte und sittlichen Wertvorstellungen zur Unrechtseinsicht hätte kommen können⁵¹. Der Gedanke, daß die Notwehr nur gegen den Angreifer richten darf, besonders das Unbeteiligte nicht verletzt werden dürfen, ist nicht abwegig. Er entspricht eher der normalen moralischen Wertung. D hätte seinen Irrtum somit vermeiden können.

D handelte schuldhaft.

D hat sich gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 22, 23 I StGB strafbar gemacht. Die Strafe kann jedoch gem. §§ 17 S.2. 49 StGB gemildert werden.

⁴⁵ siehe G, III, 1, bb

⁴⁶ BGH 22, 223;

⁴⁷ siehe D, II

⁴⁸ Sch/Sch-Lenckner, § 32 Rn.31

⁴⁹ vgl. Wessels/Beulke AT, § 485 Rn.485

⁵⁰ BGHSt 4, 236

⁵¹ BGHSt 4,1

Ergebnis: R und O haben sich gemäß §§ 123 I 1. Alt., 25 II; 303 I, 25 II; 53 StGB strafbar gemacht. D hat sich gemäß §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 22, 23 I StGB strafbar gemacht.