

Ilja Baudisch  
XXX

Humboldt-Universität zu Berlin  
2. Semester, Matr.-Nr.: XXX

**Prof. Dr. Felix Herzog**

---

# **Hausarbeit Strafrecht**

---

Grundkurs I/II im Sommersemester 2000

# Sachverhalt

---

## Erster Teil

Zwischen Mike (M) und Peter (P) kommt es zum Streit über die gemeinsame Bekannte Rita (R). Irgendwann packt M eine „Mordswut“, und er befiehlt seinem Kampfhund Ajax mit den Worten „fass zu“, den P zu beißen. M hat Ajax darauf dressiert, zur Kehle zu springen und dort zuzubeißen. Er weiß, dass diese Attacke lebensgefährlich sein kann, nimmt dies aber billigend in Kauf, weil sein Hund „echt scharf drauf“ sein soll.

Leider kommt im Moment des Befehls an Ajax der unbeteiligte Herr Schmitt (S) des Weges. Ajax kann den Befehl nicht zuordnen, springt Herrn S an die Kehle und beißt zu. Hierdurch wird die Halsschlagader zerrissen, Herr S verblutet innerhalb von zwei Minuten.

Wie hat sich M strafbar gemacht?

## Zweiter Teil

Wegen der zunehmenden Beunruhigung der Bevölkerung durch derartige Vorfälle beschließt die Bundesregierung, dem Parlament ein Änderungsgesetz zum Strafgesetzbuch zur Abstimmung vorzulegen. Dieses Gesetz enthält neben Strafschärfungen für Körperverletzungs- und Nötigungstaten, soweit ein Kampfhund eingesetzt wird, einen eigenständigen Straftatbestand, der das Führen eines Kampfhundes in der Öffentlichkeit mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bedroht, soweit das Tier keinen Maulkorb trägt.

Der Abgeordnete A ist der Meinung, dass man ein solches Verhalten zwar als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße belegen, nicht aber als Straftat mit Kriminalstrafe ahnden darf.

Mit welchen strafrechtstheoretischen Argumenten lässt sich diese Meinung unterstützen?

# Literaturverzeichnis

---

## I. Kommentare

### **Alternativkommentar zum Strafrecht**

Bd. 1, §§ 1-21 StGB, Neuwied 1990

*zitiert:* AK/Bearbeiter

### **Dreher/Tröndle**

Strafgesetzbuch und Nebengesetze 47.

Auflage, München 1995

*zitiert:* D/T

### **Göhler**

Gesetz über Ordnungswidrigkeiten

10. Auflage, München 1992

*zitiert:* Göhler

### **Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch**

11. Auflage, Berlin 1994 *zitiert:*

LK/Bearbeiter

### **Schönke/Schröder**

Strafgesetzbuch Kommentar

25. Auflage, München 1997

*zitiert:* SchSch/Bearbeiter

## II. Lehrbücher

### **Baumann/Weber/Mitsch**

Strafrecht Allgemeiner Teil 10.

Auflage, Bielefeld 1995

*zitiert:* Baumann

### **Jescheck/Weigend**

Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil

5. Auflage, Berlin 1996 *zitiert:*

Jescheck

### **Köhler**

Strafrecht Allgemeiner Teil

Berlin 1997 *zitiert:* Köhler

### **Kühl**

Strafrecht Allgemeiner Teil 2.

Auflage, München 1997

*zitiert:* Kühl

**Mitsch**

Recht der Ordnungswidrigkeiten

Heidelberg u.a. 1995

*zitiert:* Mitsch

**Maurach/Zipf**

Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1,

8. Auflage, Heidelberg 1992

*zitiert:* Maurach

**Krey**

Strafrecht Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte Bd.

1, 10. Auflage, Stuttgart 1996

*zitiert:* Krey

**Roxin**

Strafrecht Allgemeiner Teil Bd.

1, 3. Auflage, München 1997

*zitiert:* Roxin

**Welzel**

Das Deutsche Strafrecht 5.

Auflage, Berlin 1956

*zitiert:* Welzel

**Wessels/Beulke**

Strafrecht Allgemeiner Teil 29.

Auflage, Heidelberg 1999

*zitiert:* Wessels/AT

**Wessels**

Strafrecht Besonderer Teil Bd. 1,

21. Auflage, Heidelberg 1997

*zitiert:* Wessels/BT

**III. Monographien und Dissertationen****Hillenkamp**

Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem

Tatverlauf Göttingen 1971 *zitiert:* Hillenkamp

**Kuhlen**

Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem

Irrtum Frankfurt a.M. 1987 *zitiert:* Kuhlen

### **Puppe**

Vorsatz und Zurechnung Heidelberg  
1992  
*zitiert:* Puppe

### **Rath**

Zur strafrechtlichen Behandlung der aberratio ictus und des error in objecto des  
Täters Frankfurt a.M. 1993 *zitiert:* Rath

## **IV. Aufsätze und Anmerkungen**

### **Backmann**

Die Rechtsfolgen der aberratio ictus  
in: JuS 1971, 114-120 *zitiert:*  
Backmann, JuS 1971

### **Geppert**

Zum „error in persona vel obiecto“ und zur „aberratio  
ictus“ in: Jura 1992, 163-168 *zitiert:* Geppert, Jura 1992

### **Göhler**

Das neue Gesetz über  
Ordnungswidrigkeiten in: JZ 1968, 583-591  
*zitiert:* Göhler, JZ 1968

### **Günther**

Die Genese eines Straftatbestandes  
in: JuS 1978, 8-14 *zitiert:*  
Günther, JuS 1978

### **Hettinger**

Der Irrtum im Bereich der äußeren  
Tatumstände in: JuS Lernbogen 1992, L73-80  
*zitiert:* Hettinger, JuS 1992

### **derselbe**

Die Bewertung der „aberratio ictus“ beim Alleintäter  
in: GA 1990, 531-554 *zitiert:*  
Hettinger, GA 1990

### **Horn**

Anmerkung zu BGH v. 13.2.1985  
in: JR 1986, 31-33 *zitiert:*  
Horn, JR 1986

### **Loewenheim**

Error in objecto und aberratio ictus – Anmerkung zu OLG Neustadt NJW 1964, 311  
in: JuS 1966, 310-315 *zitiert:* Loewenheim, JuS 1966

**Mitsch**

Grundfälle zu den Tötungsdelikten  
in: JuS 1996, 213-219 *zitiert:*  
Mitsch, JuS 1996

**Noll**

Tatbestand und Rechtswidrigkeit  
in: ZStW 1965, 1-36 *zitiert:*  
Noll, ZStW 1965

**Prittwitz**

Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio?  
in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt a.M. 1995  
*zitiert:* Prittwitz

**Puppe**

Die strafrechtliche Verantwortung für Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und für deren  
Folgen in: JZ 1989, 728-733 *zitiert:* Puppe, JZ 1989

**dieselbe**

Rücktritt vom Versuch des Totschlags – Anmerkung zu BGH, Urt. v.  
20.9.1989 in: NStZ 1990, 433-435 *zitiert:* Puppe, NStZ 1990

**dieselbe**

Zur Revision der Lehre vom „konkreten“ Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus  
in: GA 1981, 1-20.  
*zitiert:* Puppe, GA 1981

**Rengier**

Anmerkung zu BGHSt 34,  
13 in: JZ 1993, 364 *zitiert:*  
Rengier, JZ 1993

**Roxin**

Zum strafbefreienden Rücktritt vom beendeten Tötungsdelikt – Anmerkung zu BGH, Urt. v.  
5.12.1985 in: JR 1986, 423-427 *zitiert:* Roxin, JR 1986

**Seier**

Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz – Anmerkung zu BGH, Urt. v.  
21.1.1988 in: JuS 1989, 102-106 *zitiert:* Seier, JuS 1989

**Weber**

Die Überspannung der staatlichen  
Bußgeldgewalt in: ZStW 1980, 313-345 *zitiert:*  
Weber, ZStW 1980

## Abkürzungsverzeichnis

---

<i>a.a.O.</i>	.....	am angegebenen Ort
<i>Abs.</i>	.....	Absatz
<i>Alt.</i>	.....	Alternative
<i>Art.</i>	.....	Artikel
<i>BayObLG</i>	.....	Bayerisches Oberstes Landesgericht
<i>Bd.</i>	.....	Band
<i>BGB</i>	.....	Bürgerliches Gesetzbuch
<i>BGH</i>	.....	Bundesgerichtshof
<i>BGHSt</i>	.....	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
<i>BVerfGE</i>	.....	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
<i>bzw.</i>	.....	beziehungsweise
<i>Ders.</i>	.....	Derselbe
<i>Dies.</i>	.....	Dieselbe
<i>d.h.</i>	.....	das heißt
<i>f. (ff.)</i>	.....	folgende
<i>Fn.</i>	.....	Fußnote
<i>GA</i>	.....	Goldammer's Archiv für Strafrecht (Zeitschrift)
<i>GG</i>	.....	Grundgesetz
<i>Gr.</i>	.....	Gruppe der Mordmerkmale
<i>GS</i>	.....	Großer Senat für Strafsachen
<i>i.R.</i>	.....	in Richtung
<i>i.S.</i>	.....	im Sinne
<i>Jura</i>	.....	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
<i>JuS</i>	.....	Juristische Schulung (Zeitschrift)

<i>JR</i> .....	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
<i>JZ</i> .....	Juristenzeitung (Zeitschrift)
<i>m.w.N.</i> .....	mit weiteren Nachweisen
<i>NJW</i> .....	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
<i>NStZ</i> .....	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Zeitschrift)
<i>OLG</i> .....	Oberlandesgericht
<i>OWiG</i> .....	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
<i>Rn</i> . .....	Randnummer
<i>RG</i> .....	Reichsgericht
<i>RGSt</i> .....	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
<i>S</i> . .....	Seite <i>sog.</i>
.....	sogenannt
<i>StGB</i> .....	Strafgesetzbuch
<i>Urt. v.</i> .....	Urteil vom
<i>Var.</i> .....	Variante
<i>Vgl.</i> .....	Vergleiche
<i>ZStW</i> .....	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Zeitschrift)



**C. Vollendeter vorsätzlicher Totschlag an S, § 212 Abs. 1 StGB ..... 7**

I. Tatbestandsmäßigkeit ..... 7

1. Objektiver Tatbestand ..... 7

2. Subjektiver Tatbestand ..... 8 a)

    Abgrenzung beachtliche/unbeachtliche aberratio ictus ..... 8

    b) Dogmatik ..... 9 aa) Ablehnung  
des Kongruenzerfordernisses ..... 9 bb) Eingeschränkte Forderung nach  
Kongruenz ..... 10 cc) Uneingeschränkte Forderung nach Kongruenz  
..... 10 dd) Stellungnahme und Entscheidung  
..... 11 c) Zwischenergebnis  
..... 12 II. Ergebnis  
..... 12

**D. Fahrlässige Tötung an S, § 222 StGB ..... 12**

I. Tatbestandsmäßigkeit ..... 12

II. Ergebnis ..... 13

**E. Konkurrenzen ..... 13**

**F. Gesamtergebnis ..... 13**

**Zweiter Teil: Strafrechtstheoretische Erörterung**

**A. Abgrenzung zwischen Kriminalstrafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht ...  
14**

I. Formelle Unterscheidung ..... 14

II. Materielle Unterscheidung ..... 14

    1. Funktion des Strafrechts ..... 14

    2. Funktion des Ordnungswidrigkeitenrecht ..... 15

        a) Qualitative Unterschiede ..... 15

            b) Quantitative Unterschiede ..... 16

            c) Abwägung und Stellungnahme ..... 16

III. Ergebnis ..... 17

**B. Strafgesetzgeberische Ermessensfreiheit und deren Grenzen ..... 17**

I. Geeignetheit

.....	17	II.	
Erforderlichkeit .....			18
1. Entkriminalisierungstheorien .....	18		
2. Kritik und Grenzen der Entkriminalisierung .....	19		
3. Zwischenergebnis .....	19		
III. Verhältnismäßigkeit .....			20
IV. Ergebnis .....			20

**C. Gesamtergebnis ..... 20**



## Erster Teil: Strafbarkeit des Verhaltens des M

### **A. Versuchter Totschlag an P, §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB<sup>1</sup>**

M kann wegen versuchten Totschlags gemäß der §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 an P bestraft werden, sofern er tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat.

#### **I. Vorprüfung**

Eine Bestrafung aus vollendetem Totschlag an P gemäß § 212 Abs. 1 scheidet aus. P ist noch am Leben. Der Versuch ist nach § 23 Abs. 1 strafbar, da es sich bei einem Totschlag gemäß § 12 Abs. 1 um ein Verbrechen handelt.

#### **II. Tatbestandsmäßigkeit**

M hat tatbestandsmäßig gehandelt, wenn er gemäß § 22 nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Tötung des P angesetzt hat.

##### 1. Tatentschluss

Zunächst müsste M endgültig einen Tötungsvorsatz gefasst haben, da ein unmittelbares Ansetzen zur Tat nur auf der Grundlage eines Tatentschlusses denkbar ist.<sup>2</sup>

Vorsätzlich handelt derjenige, der den Tatbestand in Kenntnis all seiner objektiven Voraussetzungen verwirklichen will.<sup>3</sup>

M könnte mit der dem Willen nach intensivsten Vorsatzform des dolus directus ersten Grades gehandelt haben, sofern sein Ziel in der zumindest für möglich erachteten Tötung eines Menschen bestand.<sup>4</sup> Aus seiner „Mordswut“ allein kann noch keine Tötungsabsicht gefolgert werden. Auch lässt das vorangegangene Verhalten des M keinen Schluss auf eine Absicht zum maßgeblichen Tatzeitpunkt zu, da er seinen Hund nicht mit der Intention zu töten abgerichtet hat, sondern Ajax lediglich „echt scharf drauf“ sein sollte. Sein eigentlicher Antrieb war es, seinen aus dem vorangegangenen Streit resultierenden Zorn an P abzureagieren. Allerdings

---

<sup>1</sup> Alle §§ ohne Angabe des Gesetzes sind solche des StGB.

<sup>2</sup> BGHSt 37, 294 (296).

<sup>3</sup> Wessels/AT, Rn. 203.

<sup>4</sup> Baumann, § 20, Rn. 41ff.

schließt der Umstand, dass der fragliche Erfolg nur ein Zwischenziel darstellt, eine Absicht nicht aus, wenn das Endziel anders nicht erreicht werden kann.<sup>5</sup> Eine Tötung des P wäre zwar ein geeignetes, wenngleich nicht notwendiges Nahziel, da davon auszugehen ist, dass sich M zum Abreagieren seiner Wut genauso mit einer bloßen Verletzung des P zufrieden gegeben hätte. M hatte demzufolge keine Tötungsabsicht.

Dolus directus zweiten Grades setzt voraus, dass der Täter mit dem Wissen bzw. mit der sicheren Voraussicht der Tatbestandsverwirklichung, welche ihm an sich sogar unerwünscht sein kann, handelt.<sup>6</sup> Folglich scheidet Wissentlichkeit aus, weil M zwar die Lebensbedrohlichkeit von Hundebissverletzungen am Hals kannte, jedoch nicht genügend sicher wusste, ob der Tod von P die Folge des Angriffs seines Hundes sein würde.

Schließlich kann ein bedingter Tötungsvorsatz vorliegen, wenn M den Tod des P ernsthaft für möglich hielt und sich damit abgefunden hat.<sup>7</sup> Hingegen wäre bewusste Fahrlässigkeit anzunehmen, falls er sorgfaltswidrig auf das Ausbleiben des als möglich erkannten Erfolgs vertraute.<sup>8</sup> Ob M im Tatzeitpunkt einen tödlichen Ausgang für möglich hielt, ist ungewiss. Jedenfalls hatte er aber diese Gefahr während der Ausbildung seines Hundes in Betracht gezogen und billigend hingenommen. Zur Begehung der Tat ist dann bereits ein sog. sachgedankliches Mitbewusstsein, d.h. die Kenntnis des Täters der allgemeinen Tatumstände, ausreichend, die ständige Auseinandersetzung mit allen Einzelheiten also entbehrlich.<sup>9</sup> Deshalb kann sich M nicht darauf berufen, er habe die Gefahr tödlicher Verletzungen bei P nicht erkannt oder auf einen guten Ausgang vertraut. Stattdessen war er, um seine Wut an P auszulassen, fest zur Tat entschlossen und verfügte daher über einen bedingten Tötungsvorsatz.

## 2. Unmittelbares Ansetzen

Der Täter hat den Bereich der Vorbereitung verlassen und setzt unmittelbar zur Tat an, wenn seine Handlung zwar den subjektiven Tatbestand des vollendeten Delikts ganz, den objektiven dagegen nur teilweise verwirklicht hat.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Jescheck, § 29, S. 297.

<sup>6</sup> Baumann, § 20, Rn. 46f.

<sup>7</sup> Wessels/AT, Rn. 214.

<sup>8</sup> Baumann, § 20, Rn. 20ff.

<sup>9</sup> Vgl. BayObLG NJW 1977, 1974; SchSch/Cramer, § 15, Rn. 50.

D/T, § 22, Rn. 2.

Noch in das Vorbereitungsstadium gehört die Abrichtung des Hundes, auf Kommando dem Opfer an die Kehle zu springen und zuzubeißen. M hat damit die Tat insofern noch nicht begonnen, als er zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht an eine Tötung von P gedacht hat. Allerdings hat M mit seinem Befehl an Ajax unmittelbar zur Tat angesetzt, da er davon ausging, sein Hund werde P nun angreifen und ihm womöglich tödliche Verletzungen beibringen. Somit ist der subjektive Tatbestand des § 212 Abs. 1 erfüllt. Der objektive ist jedoch nur insofern verwirklicht worden, als zwar die erfolgsverursachende und somit tatbestandsmäßige Handlung vorliegt, der Erfolg aber nicht eingetreten ist.

### **III. Rechtswidrigkeit**

Es sind keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich. M handelte rechtswidrig.

### **IV. Schuld**

Fraglich ist, inwieweit er schuldhaft gehandelt hat. Die Strafe müsste entfallen bzw. nach § 49 Abs. 1 gemildert werden, falls M im Tatzeitpunkt schuldunfähig oder nur vermindert schuldfähig i.S. der §§ 20, 21 war.

In Betracht käme eine tiefgreifende Bewusstseinsstörung, sofern seine Wut eine schwerwiegende Beeinträchtigung seines Persönlichkeitsgefüges darstellt.<sup>10</sup> M hatte aufgrund des Streits um die gemeinsame Bekannte R eine „Mordswut“ auf P und befand sich somit in einem eifersuchtsbedingten Zornesaffekt, der grundsätzlich auch zu einem Ausschluss bzw. einer Verminderung der Schuldfähigkeit führen kann. Zweifelhaft ist indes, ob dieser bereits jenseits des Normalen liegt, weil jeder Mensch mehr oder minder an Erregungszuständen leidet. Da ein erheblicher Teil insbesondere der schweren Straftaten im Affekt begangen wird, sei nach allgemeinem Erfahrungswissen anzunehmen, dass affektive Bewusstseinsstörungen nur in Ausnahmefällen einen Einfluss auf die Einsichts- oder Handlungsfähigkeit haben.<sup>11</sup> Es gibt keine weiteren Anzeichen dafür, dass M infolge seiner Wut nicht mehr das Unrecht seiner Tat habe einsehen oder nach dieser Einsicht handeln können. Folglich war er schuldfähig und hat schuldhaft gehandelt.

---

<sup>10</sup> Jescheck, § 40, S. 493.

<sup>11</sup> BGHSt 8, 113 (125); OLG Karlsruhe GA 1972, 316ff.

## V. Strafbefreiender Rücktritt

Schließlich könnte eine Bestrafung gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 entfallen, wenn M freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgegeben hat. Um aber Straffreiheit durch bloßes Nichtweiterhandeln zu erlangen, müsste ein unbeendeter Versuch vorliegen. Dieser ist vom eine aktive Erfolgsverhinderung erfordernden beendeten sowie dem einen strafbefreienden Rücktritt ausschließenden fehlgeschlagenen Versuch abzugrenzen.<sup>12</sup>

### 1. Abgrenzung zum beendeten Versuch

Nach der heute allgemein anerkannten Theorie des Rücktrittshorizonts<sup>13</sup> ist der Versuch nicht beendet, wenn der Täter nach Abschluss der Ausführungshandlung noch nicht alles getan zu haben glaubt, was ihm für den Eintritt der Vollendung als nötig erscheint. Er ist hingegen beendet, sofern nach Meinung des Täters alle Erfolgsbedingungen geschaffen sind.<sup>14</sup> Demnach ist der Versuch des Totschlags noch nicht beendet, da für M ersichtlich war, dass sein Hund S angefallen und dass P keinerlei lebensbedrohlichen Verletzungen erlitten hat.

### 2. Abgrenzung zum fehlgeschlagenen Versuch

Fehlgeschlagen ist der Versuch einer Straftat dann, wenn die zu ihrer Erreichung vorgenommene Handlung ihr Ziel nicht erreicht hat und der Täter erkennt, dass er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den tatbestandlichen Erfolg nicht mehr herbeiführen kann.<sup>15</sup> Physisch-real blieb es für M möglich, P zu töten, indem er seinen Hund erneut auf ihn gehetzt hätte.

Fraglich ist, ob M überhaupt noch an einer weiteren Tatausführung interessiert war, da er P lediglich bedingt vorsätzlich töten wollte, um seine Wut abzureagieren. Dieses Ziel wird er aber schon erreicht haben, als er seinen Hund zum Angriff, der P nur zufällig verfehlte, gehetzt hat.

---

<sup>12</sup> Wessels/AT, Rn. 631.

<sup>13</sup> BGHSt 33, 295 (300); SchSch/Eser, § 24, Rn. 169; D/T, § 24, Rn. 4a m.w.N.

<sup>14</sup> Jescheck, § 51, S. 541.

<sup>15</sup> Wessels/AT, Rn. 628.

#### a) Beachtlichkeit außertatbestandlicher Ziele

So versagen ein Teil der Rechtsprechung<sup>16</sup> und der Lehre<sup>17</sup> die Rücktrittsmöglichkeit vom Versuch auch dann, wenn der Täter mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt hat und von der weiteren Ausführung nur absieht, weil er sein außertatbestandliches Ziel bereits erreicht hat. In einem solchen Fall liege nämlich kein mit Straffreiheit honorierbarer Verzicht auf die Tatbestandsverwirklichung vor, da der ob seiner Zielerreichung zufriedene Täter nichts mehr aufzugeben habe.<sup>18</sup>

#### b) Unbeachtlichkeit außertatbestandlicher Ziele

Der Große Senat für Strafsachen<sup>18</sup> und die ihm folgende Literatur<sup>19</sup> lehnen hingegen die Berücksichtigung derartiger Motive ab. Der strafwürdige Vorsatz des Versuchstäters beziehe sich auf die Tat im sachrechtlichen Sinne, d.h. auf die in den gesetzlichen Tatbeständen umschriebene Handlung und den tatbestandsmäßigen Erfolg. Daher lasse sich aus außerhalb des Tatbestandes liegenden Motiven oder Zielen kein Rücktrittsausschluss herleiten. Ein solcher Versuch könne allenfalls dann als fehlgeschlagen gelten, sofern aufgrund der Entwicklung des Geschehensablaufs ein erneutes Ansetzen zur Vollendung der Tat nur so erfolgen kann, dass kein einheitlicher Lebenssachverhalt mehr vorliegt.<sup>20</sup>

#### c) Stellungnahme und Entscheidung

Gegen die eine Berücksichtigung derartiger Motive vertretende Ansicht spricht unter Berücksichtigung von Art. 103 Abs. 2 GG zunächst schon der Wortlaut des § 24 Abs. 1. Ferner wird durch eine Erweiterung des Rücktrittsbereichs, wie ihn die zweite Meinung vertritt, dem Opferschutzgedanken i.S. der kriminalpolitischen Theorie Raum gegeben, indem man Straftaten dadurch entgegenwirkt, dass dem Täter nicht geradezu der Rückweg in die Legalität abgeschnitten wird.<sup>21</sup> Mithin verdient die vom Großen Senat vertretene Auffassung Zustimmung.

---

<sup>16</sup> BGHSt 22, 330 (333); BGH NJW 1990, 522; 1991, 1189.

<sup>17</sup> Puppe, NStZ 1990, 433; Roxin, JR 1986, 426; Seier, JuS 1989, 105. <sup>18</sup>

Puppe, a.a.O.

<sup>18</sup> BGH GS NJW 1993, 2061ff.

<sup>19</sup> Jescheck, § 51, S. 542; SchSch/Eser, § 24, Rn. 18.

<sup>20</sup> BGH GS, a.a.O.

<sup>21</sup> Vgl. Wessels/AT, Rn. 626.

### 3. Zwischenergebnis

Allerdings ist dieser Meinung zufolge ein Rücktritt des M insofern ausgeschlossen, als sich ein erneutes Ansetzen zur Tat nicht mehr als zusammengehöriges Tun darstellt, nachdem der erste Angriff fehlgeschlagen ist und S getötet wurde. Wenn M seinen Hund ein weiteres Mal auf P gehetzt hätte, würde darin eine auf einem neuen Entschluss beruhende Tat liegen. Der Versuch ist daher fehlgeschlagen und ein strafbefreiender Rücktritt nicht mehr möglich.

## **VI. Ergebnis**

M hat sich wegen versuchten Totschlags an P strafbar gemacht.

### **B. Versuchter Mord an P, §§ 211 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1**

Ferner könnte M wegen versuchten Mordes gemäß der §§ 211 Abs. 2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 an P bestraft werden, sofern er ihn aus niedrigen Beweggründen oder auf besonders verwerfliche Art und Weise töten wollte.

### **I. Niedrige Beweggründe (§ 211 Abs. 2 Gr. 1 Var. 4)**

M hätte P aus niedrigen Beweggründen töten wollen, wenn er aus einem Tatantrieb heraus gehandelt hat, der sittlich auf tiefster Stufe steht und nach allgemeinen Wertmaßstäben besonders verwerflich und geradezu verachtenswert ist.<sup>22</sup> Unmittelbar bevor M seinen Hund auf P hetzte, hatten sich beide so heftig um ihre Bekannte R gestritten, dass M eine „Mordswut“ bekam. Außerdem wird Eifersucht in das Motivbündel eingeflossen, aber hinter der alles dominierenden Wut zurückgetreten sein. Zorn kommt zwar grundsätzlich als niedriger Beweggrund in Betracht, jedoch kann erst mittels einer Gesamtbewertung entschieden werden, inwieweit er auf einer niedrigen Gesinnung beruht oder lediglich einer menschlich verständlichen Erregung entspringt.<sup>23</sup> Die Abrichtung seines Hundes zu lebensbedrohlichen Attacken deutet allerdings auf eine geltungsbedürftige, erhöht aggressionsbereite und nur eingeschränkt für Mitgefühl zugängliche Täterpersönlichkeit hin, die nicht geeignet ist, einer Bewertung seiner Handlungsantriebe auf sittlich tiefster Stufe stehend entgegenzuwirken. Es ist aber unzulässig, von den Persönlichkeitsmängeln eines Täters ausgehend ein niedriges

---

<sup>22</sup> Wessels/BT, Rn. 86.

<sup>23</sup> BGH NStZ 1993, 183.

Motiv begründen zu wollen.<sup>24</sup> Ferner ist es noch menschlich und nachvollziehbar, dass es in M aus Anlass der vorangegangenen Auseinandersetzung zu einer raschen Gefühlsaufwallung kam. Daher können keine niedrigen Beweggründe festgestellt werden.

## **II. Gemeingefährliches Mittel (§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 3)**

M hätte besonders verwerflich gehandelt, falls er sich, um die tödlichen Verletzungen bei P zu erreichen, eines gemeingefährlichen Mittels bedient. Als Mittel setzte M seinen speziell abgerichteten Kampfhund ein. Gemeingefährlich ist ein Mittel, welches im konkreten Fall eine unberechenbare Gefahr für Leib oder Leben unbeteiligter Dritte bildet.<sup>25</sup> Demnach wäre eine vom Hund ausgehende Gemeingefahr zu bejahen, da sich dessen Unberechenbarkeit gerade im Angriff des unbeteiligten S statt des anvisierten P deutlich macht. Darüber hinaus ist aber erforderlich, dass die vom eingesetzten Mittel ausgehende Gefahr geeignet ist, nicht lediglich einen anderen Menschen anstelle des vom Täter ausersehenen Opfers, sondern potentiell in ihrer Ausdehnung kumulativ mehrere zu verletzen bzw. zu töten.<sup>26</sup> Eine besondere Eigenschaft von Kampfhunden ist es jedoch gerade, sich an ihrem Opfer festzubeißen. Also stellt der Hund trotz der Unberechenbarkeit keine Allgemeingefahr dar, weil sich seine Gefährlichkeit nicht unkalkulierbar auf eine Mehrzahl an Menschen ausweitet, sondern allenfalls ein anderes Opfer statt des intendierten betrifft. So hat in diesem Sinne BGHSt 38, 353 (354f.) unter Zustimmung der Literatur<sup>27</sup> auch die Gemeingefährlichkeit eines auf einen Menschen abgegebenen Schusses verneint, wengleich dieser fehlgehen und einen unbeteiligten Dritten aus einer Vielzahl von Personen treffen kann. Folglich hat M nicht in besonders verwerflicher Art und Weise gehandelt.

## **III. Ergebnis**

M kann nicht wegen versuchten Mordes an P bestraft werden.

---

<sup>24</sup> LK/Jähnke, § 211, Rn. 33.

<sup>25</sup> Krey, Rn. 61; LK/Jähnke, § 211, Rn. 59.

<sup>26</sup> Horn, JR 1986, 32; Wessels/BT, Rn. 92.

<sup>27</sup> Mitsch, JuS 1996, 215f.; Rengier, JZ 1993, 364. <sup>29</sup>

BGHSt 24, 31 (34).

## **C. Vollendeter vorsätzlicher Totschlag an S, § 212 Abs. 1**

M könnte wegen vollendeten vorsätzlichen Totschlags an S gemäß § 212 Abs. 1 bestraft werden, sofern er tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat.

### **I. Tatbestandsmäßigkeit**

#### 1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand ist erfüllt, wenn M den Tod des S durch den Befehl an seinen Hund anzugreifen objektiv zurechenbar verursacht hat.

Nach der zur Feststellung eines Kausalzusammenhangs verwandten *Condicio-sinequa-non*-Formel ist jeder Umstand ursächlich für den Eintritt eines bestimmten tatbestandlichen Erfolgs, der nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiel.<sup>29</sup> Ohne das Kommando wäre Ajax nicht losgelaufen und S an die Kehle gesprungen. Dann hätte dieser nicht die Bissverletzungen erlitten, und ohne die Verletzung der Halsschlagader wäre S nicht verblutet. Somit hat M durch sein Verhalten den Tod verursacht.

M muss sich den Tod objektiv zurechnen lassen, sofern sich im konkreten tatbestandlichen Erfolg ein von ihm geschaffenes, rechtlich relevantes Risiko verwirklicht hat.<sup>28</sup> M hat dadurch, dass er seinen auf derartige Attacken abgerichteten Hund auf einen Menschen hetzte, für diesen die ernste Gefahr tödlicher Verletzungen geschaffen. Allerdings könnte der erforderliche Risikozusammenhang fehlen, wenn S durch einen Geschehensablauf zu Tode gekommen ist, der so sehr außerhalb aller Lebenserfahrung liegt, dass mit ihm vernünftigerweise nicht gerechnet zu werden brauchte.<sup>31</sup> Tatsächlich war der Angriff gegen P und nicht gegen den unbeteiligten S, den M gar nicht bemerkt hatte, gerichtet. Dennoch ist M der Tod objektiv zurechenbar, da gerade er als Hundebesitzer mit einer Verwechslung der Opfer wissen und auf offener Straße auch immer mit Passanten rechnen musste.

Folglich ist der objektive Tatbestand des § 212 Abs. 1 erfüllt.

---

<sup>28</sup> Roxin, § 11, Rn. 39ff. <sup>31</sup>

Wessels/AT, Rn. 182.

## 2. Subjektiver Tatbestand

Zweifelhaft ist, ob M insoweit vorsätzlich handelte, als durch sein Verhalten nicht P, auf den sich entsprechend dem oben Gesagten<sup>29</sup> der bedingte Tötungsvorsatz bezog, sondern S ums Leben gekommen ist. So könnte der Vorsatz gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 ausgeschlossen sein, wenn eine beachtliche aberratio ictus vorliegt. aa) Abgrenzung beachtliche/unbeachtliche aberratio ictus

Ein Fehlgehen der Tat ist beachtlich, sofern sich der Verletzungserfolg an einem anderen rechtlich gleichwertigen Objekt als demjenigen realisiert, welches im maßgeblichen Vorsatzzeitpunkt das Ziel der Angriffshandlung bildet, ohne dass die Kausalabweichung bereits vom bedingten Tätervorsatz umfasst ist.<sup>30</sup> Statt den von M anvisierten P anzufallen, stürzte sich Ajax auf S, um ihn tödlich zu verletzen. Hätte M die Gefahr, dass ein anderer als der von ihm ausgewählte Mensch angegriffen werden könnte, gesehen und billigend in Kauf genommen, so wäre die Aberration unbeachtlich, und er hätte S bedingt vorsätzlich getötet.<sup>31</sup> Er hatte S weder gesehen noch sich sonst bewusst gemacht, dass der Hund andere Menschen verletzen könnte. Folglich ist die Abweichung nicht vom bedingten Vorsatz umfasst und die aberratio ictus beachtlich.

### b) Dogmatik

In Literatur und Rechtsprechung besteht allerdings Uneinigkeit darüber, inwiefern eine aberratio ictus bei rechtlich gleichwertigen Objekten den Vorsatz ausschließt. Die einzelnen Auffassungen lassen sich insbesondere nach dem Umfang der erforderlichen Übereinstimmung zwischen konkret verletztem Objekt und der Tätervorstellung von diesem einteilen.

#### aa) Ablehnung des Kongruenzerfordernisses

Vor allem die Vertreter der sog. formellen Gleichwertigkeitstheorie lehnen die Notwendigkeit einer Übereinstimmung von Tätervorstellung und real verletztem Tatobjekt ab und leiten daraus die generelle Unerheblichkeit der aberratio ictus als einen unbeachtlichen, den Vorsatz nicht berührenden Irrtum her.<sup>32</sup> Der Täter habe einen in bezug auf die Gattung des ausgewählten Objekts hinreichend bestimmten

---

<sup>29</sup> siehe A II 1

<sup>30</sup> Jescheck, § 29, S. 313f.

<sup>31</sup> Baumann, § 20, Rn. 48ff.

<sup>32</sup> Kuhlen, S. 483ff.; Loewenheim, JuS 1966, 312f.; Noll, ZStW 1965, 5.

Vorsatz gehabt, welcher auch das verletzte Objekt mitumfasse, wenn es zu derselben Gattung gehört.<sup>33</sup> Diese Annahme stütze der Umstand, dass im Gesetz keine über das abstrakte Tatbestandsmerkmal hinausgehende Konkretisierung der Tätervorstellung vorgesehen sei, weshalb sich der Täter nicht auf seine individuelle Vorstellung des Angriffsobjekts zurückziehen könne.<sup>34</sup>

Demzufolge hätte M hinsichtlich der Tötung des S bedingt vorsätzlich gehandelt, weil er einen (bestimmten) Menschen habe töten wollen und einen (anderen) Menschen getötet hat. Das müsste insoweit ausreichen, da § 212 Abs. 1 nur das Tatbestandsmerkmal Mensch enthält.

Auch gemäß der wesentlich von Puppe<sup>35</sup> geprägten Adäquanztheorie komme es bei anvisiertem und getroffenen Objekt nicht auf Eigenschaften an, die unter dem tatbestandlichen Abstrahierungsniveau liegen.<sup>36</sup> Die aberratio ictus stelle insofern einen Fall des error in objecto dar, als diese sich nur in der nicht vom Tatbestand umfassten Raum-Zeit-Befindlichkeit der Objekte unterscheiden. Mithin habe sie keine Berechtigung als eigenständige Rechtsfigur mit spezifischen Rechtsfolgen und könne nur ausnahmsweise beachtlich sein, wenn der Kausalverlauf nicht mehr adäquat abweicht.<sup>40</sup>

Wusste M, dass durch seinen Angriff typischerweise nur Menschen verletzt werden können, so ist die Kausalabweichung selbst dann noch adäquat, wenn er S gar nicht bemerkt hatte, aber damit rechnen musste, dass ein anderer Mensch in den Wirkungsbereich seines Angriffsmittels geraten kann.<sup>37</sup> Die tödlichen Verletzungen konnten nur Menschen betreffen, da Ajax gezielt auf den Angriff von Menschen abgerichtet war. Dass ein anderer Mensch dazwischentreten kann, war ebenfalls nicht unvorhersehbar, da auf offener Straße immer Passanten zu erwarten sind. Folglich wäre das Fehlgehen der Tat auch entsprechend dieser Ansicht für den Vorsatz unerheblich.

#### bb) Eingeschränkte Forderung nach Kongruenz

Einen differenzierenden Ansatz wählt hingegen Hillenkamp, wenn er in seiner sog. materiellen Gleichwertigkeitstheorie einen allgemeinen Gattungsvorsatz bei der

---

<sup>33</sup> Loewenheim, a.a.O.

<sup>34</sup> Welzel, S. 75.

<sup>35</sup> Puppe, GA 1981, 1ff.; Dies., JZ 1989, 731f.

<sup>36</sup> Geppert, Jura 1992, 165f.; AK/Zielinski, Rn. 64 zu §§ 15, 16 m.w.N. <sup>40</sup>

Puppe, GA 1981, 14ff.

<sup>37</sup> Vgl. Geppert, a.a.O.

Beeinträchtigung höchstpersönlicher Rechtsgüter ablehnt.<sup>38</sup> Ein Täter wolle nicht jedes beliebige Objekt verletzen, weshalb ihm bei einem Fehlgehen die nötige psychische Beziehung zum verletzten Objekt fehle und deshalb die aberratio ictus beachtlich sei. Anders soll ein Fehlgehen immer unbeachtlich sein, sofern die Individualität des Angriffsobjekts, wie bei nichthöchstpersönlichen Rechtsgütern, für das tatbestandlich vertypte Unrecht ohne jeden Belang sei.<sup>39</sup>

Die Tötung eines Menschen stellt einen Eingriff in das höchstpersönliche Rechtsgut Leben dar. Also müsste der Vorsatz des M entfallen, da er sich konkret eine Verletzung des P vorgestellt hat und ihm infolge der Aberration der erforderliche psychische Bezug zu S fehlt.

#### cc) Uneingeschränkte Forderung nach Kongruenz

Im Gegensatz zu den anderen Meinungen nimmt die in Rechtsprechung<sup>40</sup> und Literatur<sup>41</sup> wohl herrschende Konkretisierungstheorie als Folge der aberratio ictus ausnahmslos einen Ausschluss der Vorsatzzurechnung gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 an. Diese Ansicht finde ihre Begründung in der Unrechtskonzeption beim vollendeten Vorsatzdelikt, welches mehr als die bloße Addition seiner objektiven und subjektiven Komponenten sei, nämlich die spezifische Verwirklichung des konkreten Unrechts der ins Werk gesetzten Entscheidung des Täters.<sup>46</sup>

Danach wäre ein bedingter Tötungsvorsatz des M zu verneinen, weil er zwar einen Menschen habe töten wollen, sich im Tode des S jedoch nicht der Erfolg realisiert hat, welchen er mit der Tötung des P angestrebt hatte.

#### dd) Stellungnahme und Entscheidung

Insbesondere die formelle Gleichwertigkeitstheorie scheint zunächst durch ihren Rekurs auf den allgemeinen Schutzauftrag des Gesetzes ohne Rücksicht auf individuelle Merkmale zu überzeugen. Ihr wird allerdings entgegengehalten: Wer einem Täter, der ein bestimmtes Tatobjekt verletzen will, unterstellt, er habe ein ganz beliebiges Objekt verletzen wollen, nimmt einen so nicht vorhandenen generellen Vorsatz an, was einer dem Schuldprinzip widerstrebenden Fiktion zu Lasten des

---

<sup>38</sup> Hillenkamp, S. 108ff.

<sup>39</sup> BGHSt 9, 240 (242); Hillenkamp, S. 113f.

<sup>40</sup> RGSt 2, 335 (337); 3, 384 (384); BGHSt 34, 53 (55); OLG Neustadt NJW 1964, 311.

<sup>41</sup> Jescheck, § 29, S. 313f.; Maurach, § 23, Rn. 31f.; Rath, S. 247ff.; D/T, § 16, Rn. 6 m.w.N. <sup>46</sup> Hettinger, GA 1990, 531ff.; Ders., JuS 1992, L75.

Täters entspricht.<sup>42</sup> Diese Meinung ist daher wegen der Idee eines allgemeinen Gattungsvorsatzes abzulehnen.

Derselben Kritik sieht sich die Adäquanztheorie ausgesetzt, welche gleichfalls die tatbestandliche Gleichwertigkeit der Objekte zum Ausgangspunkt ihrer Argumentation macht und somit mit der These eines Gattungsvorsatz arbeitet. Aber selbst wenn man ihr noch zugestehen wollte, dass in einem konkretisierten Vorsatz ein genereller Vorsatz logisch enthalten ist,<sup>43</sup> ist es nicht einzusehen, warum über einen solchen hinausgehende Vorstellungen des Täters nicht berücksichtigt werden können. Vielmehr bestimme ein Tatbestand nur die gesetzlichen Mindestanforderungen an die Übereinstimmung von Tätervorstellung und Wirklichkeit, weshalb daraus nicht die Gleichbehandlung von aberratio ictus und error in objecto begründet werden könne.<sup>44</sup> So sei gerade beim error in objecto diese Kongruenz eine größere, weil das vom Täter verletzte Objekt auch dasjenige ist, welches er im maßgeblichen Vorsatzzeitpunkt konkret ausgewählt hatte.<sup>45</sup> Folglich vermag auch die Adäquanztheorie nicht zu überzeugen.

Ebenso verhält es sich mit der materiellen Gleichwertigkeitstheorie, wenngleich Hillenkamp zutreffend die Existenz eines allgemeinen Gattungsvorsatzes im Grunde verneint. Die vorgenommene Differenzierung hingegen könne nicht richtig sein, zumal sie nicht die Wirklichkeit widerspiegeln, da nichthöchstpersönliche Rechtsgüter nicht weniger von der Individualität ihrer Träger abhängen als höchstpersönliche.<sup>51</sup> Mithin erwachse auch hier, wenn man bei nichthöchstpersönlichen Rechtsgütern das Wollen des Täters zum bloßen Motiv herabsinken lässt,<sup>46</sup> der Vorwurf der unzulässigen Fiktion zum Nachteil des Täters.<sup>47</sup> Diese Theorie muss ebenfalls ausscheiden.

Im Ergebnis wird der Konkretisierungstheorie zuzustimmen sein. Einzig der kategorische Ausschluss des Vorsatzes bei fehlender Kongruenz von Tätervorstellung und verletztem Objekt ist geeignet, die Verfehlung des anvisierten Objekts und die mangelnde Beherrschung im Kausalverlauf im vollendeten Delikt befriedigend im so eröffneten Wege einer Versuchs- sowie einer

---

<sup>42</sup> Köhler, S. 153; Kühl, § 13, Rn. 30.

<sup>43</sup> Vgl. Puppe, S. 10

<sup>44</sup> Backmann, JuS 1971, 114; Kühl, § 13, Rn. 35.

<sup>45</sup> Backmann, a.a.O. <sup>51</sup>

Rath, S. 169f.

<sup>46</sup> Hillenkamp, S. 65.

<sup>47</sup> Hettinger, JuS 1992, Fn. 31.

Fahrlässigkeitsprüfung zu lösen.<sup>48</sup> Mithin schließt eine aberratio ictus bei rechtlicher Gleichwertigkeit von Ziel- und Verletzungsobjekt den Vorsatz gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 aus.

### c) Zwischenergebnis

M hat S nicht vorsätzlich getötet. Er hat deshalb nicht den subjektiven Tatbestand des § 212 Abs. 1 erfüllt, da dieser gemäß § 15 einen Vorsatz erfordert.

## **II. Ergebnis**

M kann nicht wegen vollendeten vorsätzlichen Totschlags an S bestraft werden.

### **D. Fahrlässige Tötung an S, § 222**

Schließlich könnte M für ein tatbestandsmäßiges, rechtswidriges und schuldhaftes Handeln aus § 222 für eine fahrlässige Tötung des S bestraft werden.

#### **I. Tatbestandsmäßigkeit**

M hat tatbestandsmäßig gehandelt, sofern er durch ein fahrlässiges Verhalten den Tod des S objektiv zurechenbar verursacht hat.

Bewusste Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Täter trotz der erkannten Gefahr für das geschützte Handlungsobjekt handelt, weil er pflichtwidrig noch auf einen guten Ausgang vertraut. Dagegen handelt derjenige unbewusst fahrlässig, der in Verletzung der im Verkehr gebotenen Sorgfalt nicht an die Möglichkeit eines Erfolgseintritts denkt.<sup>55</sup> M hatte S nicht bemerkt und sich daher erst gar keine innere Einstellung zu dessen möglicher Verletzung gebildet. Ein besonnener Mensch in seiner Situation hätte jedoch in Betracht gezogen, dass ein unbeteiligter Passant die Straße entlangkommen und infolge einer fälschlichen Zuordnung des Befehls genauso Opfer der Attacke seines Hundes werden konnte wie P. Somit trifft M unbewusste Fahrlässigkeit, welche zu einer Strafbegründung i.S. des § 222 bereits ausreicht. Wie oben<sup>49</sup> bereits gezeigt, war es auch gerade dieses unbewusst fahrlässige Verhalten, welches den Tod des S objektiv zurechenbar verursacht hat. Mithin hat M den Tatbestand der fahrlässigen Tötung gemäß § 222 verwirklicht.

---

<sup>48</sup> Ders., GA 1990, 554; Backmann, JuS 1971, 120. <sup>55</sup> Jescheck, § 54, S. 568.

<sup>49</sup> siehe C I 1

## **II. Ergebnis**

Da M auch rechtswidrig und schuldhaft handelte, ist er strafbar wegen fahrlässiger Tötung an S gemäß § 222.

### **E. Konkurrenzen**

M hat sich durch eine natürliche Handlung, das Kommando an seinen Hund, sowohl wegen eines versuchten Totschlags als auch wegen einer fahrlässigen Tötung strafbar gemacht. Somit liegt eine ungleichartige Idealkonkurrenz gemäß § 52

Abs. 1 vor. Die fahrlässige Tötung bleibt neben dem versuchten Totschlag wegen Verschiedenheit der Opfer, P und S, bestehen.

### **F. Gesamtergebnis**

Folglich kann M wegen versuchten Totschlags an P gemäß der §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 in Tateinheit nach § 52 Abs. 1 Alt. 1 mit fahrlässiger Tötung an S gemäß § 222 bestraft werden.

## **Zweiter Teil: Strafrechtstheoretische Erörterung**

### **A. Abgrenzung zwischen Kriminalstrafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht**

Eine Erörterung der Frage, ob das Führen eines Kampfhundes ohne Maulkorb in der Öffentlichkeit mit einer Kriminalstrafe sanktioniert oder lediglich als ordnungswidriges Verhalten geahndet werden darf, ist nur vor dem Hintergrund der wesensmäßigen Verschiedenheit von Kriminalstrafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht möglich.

## **I. Formelle Unterscheidung**

Sowohl das Kriminalstrafrecht als auch das Ordnungswidrigkeitenrecht sind Teile des Öffentlichen Rechts, da beide gleichermaßen die Beziehung zwischen Staat und Bürger nach dem Prinzip von Über- und Unterordnung normieren.<sup>50</sup> Dabei unterscheiden sie sich im Bereich der Ahndungsvoraussetzungen nennenswert allenfalls noch in der Einheitstäterlösung des Ordnungswidrigkeitenrechts.<sup>51</sup> Deutliche Abweichungen sind aber insofern nach der angedrohten Sanktion festzustellen, als die Kriminalstrafe neben der Freiheitsentziehung auch eine Geldstrafe vorsieht, eine Ordnungswidrigkeit dagegen nur mit einer deutlich geringeren Geldbuße bedroht ist.<sup>52</sup>

## **II. Materielle Unterscheidung**

Eine materielle Unterscheidung, welche eine Bewertung der gesetzgeberischen Entscheidung über die Zuordnung eines Verhaltens in die Bereiche Straftat und Ordnungswidrigkeit erst möglich macht, erweist sich als ungleich schwieriger. Dazu ist es erforderlich, sich die Funktionen des Kriminalstrafrechts zu verdeutlichen, um sie anschließend denen des Ordnungswidrigkeitenrechts gegenüberzustellen.

### 1. Funktion des Kriminalstrafrechts

Als verfassungsrechtlicher Ansatzpunkt zur Bestimmung der Funktion des Kriminalstrafrechts bietet sich das Rechtsstaatsprinzip an, aus dem sich die Pflicht des Staates ergibt, ordnend und schützend die Existenz der im Staatsverband lebenden Bürger zu gewährleisten.<sup>53</sup> Dazu bedarf es einer funktionierenden Rechtsordnung, die Normen schafft und allgemeinverbindlich durchsetzt, indem sie Zwang gegen Rechtsbrecher einsetzt.<sup>54</sup> Als ihr wichtigstes Instrument zur Sicherung der Unverbrüchlichkeit der Rechtsnormen bedient sie sich des Kriminalstrafrechts, woraus sich dessen fragmentarischer und subsidiärer Charakter einer ultima ratio als Strafrecht im engeren Sinne ergibt.<sup>55</sup> Demnach besteht die Aufgabe des Kriminalstrafrechts darin, die sozial wichtigsten Interessen, die Rechtsgüter, mit einem besonders starkem Schutz zu versehen.<sup>56</sup>

---

<sup>50</sup> Mitsch, § 1, Rn. 1.

<sup>51</sup> Weber, ZStW 1980, 314.

<sup>52</sup> Göhler, Einf., Rn. 9.

<sup>53</sup> Günther, JuS 1978, 9.

<sup>54</sup> Jescheck, § 1, S. 1f.

<sup>55</sup> BVerfGE 51, 324 (343f.).

<sup>56</sup> Baumann, §3, Rn. 10ff.

## 2. Funktion des Ordnungswidrigkeitenrechts

Auch das Ordnungswidrigkeitenrecht knüpft repressive Folgen an Normverstöße. Es ist somit Strafrecht im weiteren Sinne.<sup>57</sup> Seine materielle Abgrenzung zum Kriminalstrafrecht ist nicht unumstritten und hängt davon ab, worin im einzelnen die Aufgaben des Ordnungswidrigkeitenrechts gesehen werden.

### a) Qualitative Unterschiede

Eine v.a. früher vorherrschende Ansicht betont die qualitativen Unterschiede der Ordnungswidrigkeiten gegenüber Straftaten und ordnet sie einer eigenständigen Deliktsgattung zu. Eine Ordnungswidrigkeit betreffe anders als das Kernstrafrecht keine individuellen Rechtsgüter, sondern nur Verwaltungsgüter, weshalb sich ihr Unrechtsgehalt im Ungehorsam gegenüber der Administration erschöpfe und sie keinem ethischen Unwerturteil unterliege.<sup>58</sup>

Demzufolge wäre eine Bedrohung des Hundehalters mit einer Kriminalstrafe nur möglich, wenn sein Verhalten auch Rechtsgüter des einzelnen schädigt und nicht nur das Allgemeininteresse an einer effektiven und störungsfreien Verwaltung verletzt. Mit dem vorgelegten Änderungsgesetz reagiert die Bundesregierung auf die Beunruhigung in der Bevölkerung über schwere, zum Teil tödliche Unfälle durch Kampfhunde. Dass sich auch die Administration in ihrer Arbeitsfähigkeit gefährdet fühlt, ist nicht ersichtlich. Folglich dient die Einführung des abstrakten Gefährdungsdelikts dem Schutz individueller Rechtsgüter wie Körperintegrität und Leben. Der Gesetzgeber müsste demzufolge eine Kriminalstrafe verhängen.

### b) Quantitative Unterschiede

Die heute wohl herrschende Meinung<sup>59</sup> nimmt hingegen einen quantitativen Unterschied an, wonach eine Ordnungswidrigkeit vom selben rechtlichen Charakter wie eine Straftat geprägt, ihr Unrechts- und Schuldgehalt aber ein geringerer ist. Während Straftaten häufig durch eine besonders verwerfliche, grobe oder rücksichtslose Gesinnung des Täters gekennzeichnet sind, liege einer Ordnungswidrigkeit in der Regel Nachlässigkeit, Unzuverlässigkeit oder Vergesslichkeit zugrunde.<sup>60</sup> Wo im einzelnen die Grenze zwischen Strafwürdigkeit

---

<sup>57</sup> Mitsch, § 2, Rn. 1.

<sup>58</sup> BVerfGE 8, 197, 207; 9, 167 (171); BGHSt 11, 263 (264).

<sup>59</sup> Göhler, JZ 1968, 583 Fn. 6; Jescheck, § 7, S. 52; Roxin, § 2, Rn. 14.

<sup>60</sup> Göhler, vor § 1, Rn. 9.

und Bußgeldwürdigkeit verläuft, kann jedoch nicht abstrakt eindeutig bestimmt werden, weshalb dem Gesetzgeber ein Ermessensspielraum zugebilligt werden müsse.<sup>61</sup>

Mithin stünde dem Strafgesetzgeber die Entscheidung frei, inwieweit er das fragliche Verhalten des Hundeführers als Straftat mit einem ehrenrührigen, autorativen Unwerturteil versieht oder als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße, der der Ernst staatlicher Strafe fehlt, bedroht.

### 3. Abwägung und Stellungnahme

Gegen die erste Ansicht wird hervorgebracht, sie verkenne die immer stärkere Ausdehnung des Verwaltungsstrafrecht auf die verschiedensten Lebensbereiche, so dass heute keine das gesamte Ordnungswidrigkeitenrecht durchziehende qualitative Wesensverschiedenheit mehr begründet werden könne.<sup>62</sup> Es sei auch nicht richtig, einen individuellen Rechtsgüterschutz im Ordnungswidrigkeitenrecht zu leugnen, wengleich die geschützten Rechtsgüter oft einen geringeren Wert besitzen oder einer geringeren Beeinträchtigung ausgesetzt sind.<sup>63</sup> Aber auch die eine quantitative Abgrenzung vertretene Meinung wird kritisiert, da sie es bei einer gewissen Beliebigkeit in der materiellen Strafbestimmung belasse, wenn sie weiterhin einen Kernbereich des Strafrechts behauptet.<sup>64</sup>

Im Ergebnis wird dennoch der quantitativen Grenzziehungsmethode zuzustimmen sein, wengleich im konkreten Einzelfall auch qualitative Aspekte die Bewertung mitbestimmen sollen.<sup>65</sup>

### **III. Ergebnis**

Folglich überschneiden sich Kriminalstrafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht in ihren Schutzbereichen, unterscheiden sich aber grundlegend in Art und Umfang der Sanktion. Die Entscheidung, wann ein Verhalten als Straftat zu qualifizieren ist, trifft der Gesetzgeber.

---

<sup>61</sup> BVerfGE 27, 18 (30).

<sup>62</sup> Weber, ZStW 1980, 313ff.

<sup>63</sup> Jescheck, § 7, S. 52; Weber, a.a.O.

<sup>64</sup> Köhler, S. 34.

<sup>65</sup> Maurach, § 1, Rn. 35.

## **B. Strafgesetzgeberische Ermessensfreiheit und deren Grenzen**

Die Feststellung, es liege im Ermessen des Strafgesetzgebers, welches Verhalten noch als Ordnungswidrigkeit bzw. bereits mit einer Kriminalstrafe zu sanktionieren ist, zieht notwendig die Frage nach sich, anhand welcher Kriterien er diesen Ermessensspielraum ausfüllt und welche Grenzen ihm dabei gesetzt sind.

Dazu ist darauf zurückzukommen, was eingangs bereits Erwähnung gefunden hat: Das Kriminalstrafrecht stellt zwar den härtesten staatlichen Eingriff in die Freiheit des einzelnen dar, zugleich soll es aber durch die Abwehr von Gewalt und Willkür Freiheit schaffen. Dieser (scheinbare) Antagonismus offenbart sich als gerechter Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen, der in den verfassungsrechtlichen Prinzipien von Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit Gestalt annimmt.

### **I. Geeignetheit**

Zunächst einmal müsste der Gesetzgeber mit der Qualifizierung eines bestimmten Verhaltens ein zur Erreichung des angestrebten Schutzes der Gesellschaft geeignetes Mittel gefunden haben. Dabei hat er sich vorrangig an den gesellschaftlichen Wertvorstellungen zu orientieren, da der Bürger Normen weniger durch Angst als vielmehr durch Anerkennung als verbindlich annehme. Ferner sei im Kriminalstrafrecht, welches auf gesellschaftliche Bedürfnisse reagieren müsse, kein Raum für wert- oder sittenbildende Einflussnahme.<sup>66</sup>

Fraglich ist, inwieweit die Gesetzesvorlage der Bundesregierung in ihrem Unwerturteil mit der allgemeinen Wertüberzeugung der Bürger übereinstimmt. So werden v.a. Hundehalter, welche häufig bereits die Kategorisierung bestimmter Rassen als Kampfhunde kritisieren, nicht die besondere Verwerflichkeit des Verhaltens erkennen können und die Norm allenfalls aufgrund der Sanktionsandrohung befolgen.

Hingegen reagiert die Bundesregierung gerade auf ein offenbar gesellschaftliches Bedürfnis, wenn sie eine wachsende Beunruhigung verzeichnet. Es ist anzunehmen, dass die Mehrheit der Bevölkerung eine Bestrafung dieses von ihnen als Bedrohung wahrgenommenen Verhaltens begrüßt. Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit von Kampfhunden eine reale Gefahr ausgeht oder ob diese Wahrnehmung durch eine

---

<sup>66</sup> Günther, JuS 1978, 11.

einseitige Berichterstattung in den Medien geprägt wird. Mithin stimmt das Unwerturteil mit der Wertüberzeugung der Bürger überein. Das Mittel ist geeignet

## **II. Erforderlichkeit**

Gegen die Schaffung eines Straftatbestandes für das Führen von Kampfhundes ohne Maulkorb in der Öffentlichkeit könnte vorgebracht werden, die Verhängung einer Kriminalstrafe sei nicht erforderlich, da die gleiche Wirkung bereits mit einer Ahndung als Ordnungswidrigkeit erreicht werde.

### 1. Entkriminalisierungstheorien

Für die Übertragung bestimmter Verhaltensweisen in das Ordnungswidrigkeitenrecht spreche zunächst schon die Stellung des Kriminalstrafrechts innerhalb der Rechtsordnung. So soll es die ultima ratio des Rechtsgüterschutzes sein, weshalb das Kriminalstrafrecht wegen seiner besonders einschneidenden und oft zu viel zerstörenden Rechtsfolgen erst Anwendung finden dürfe, nachdem bereits das gesamte Instrumentarium der Rechtsordnung ausgeschöpft ist.<sup>67</sup> Des weiteren spricht für eine Entkriminalisierung und somit gegen den Vorschlag der Bundesregierung von der Schaffung des Straftatbestandes der fragmentarische Charakter des Kriminalstrafrechts. Diese Eigenart erwächst aus seinem besonderen Schutzauftrag, welcher notwendig nur die wichtigsten Bereiche des Soziallebens vor Eingriffen abschirmen könne.<sup>68</sup> Ferner ergibt sich daraus die Erwägung, dass eine Bestrafung von Lappalien zwangsläufig zu einer Überlastung der Strafverfolgungsinstanzen führt, womit die Gefahr entsteht, dass gerade schwere Delikte nicht mehr aufgeklärt und geahndet werden können.<sup>69</sup> Und schließlich ergibt sich aus einer allzu extensiven Beanspruchung des Kriminalstrafrechts das Problem, dass sich seine Effektivität wie ein zu häufig gebrauchtes Schwert abnutzt, während zugleich natürliche gesellschaftliche Konfliktlösungsfähigkeiten verkümmern.<sup>70</sup>

Gerade solches Verhalten, welches nur einen geringen Erfolgsunwert hat, soll also von der Strafe ausgeschlossen und in das Ordnungswidrigkeitenrecht überführt werden.

Die abstrakte Gefährdung, die aus dem Versäumnis, seinem Hund einen Maulkorb anzulegen resultiert, stellt lediglich einen geringen Erfolgsunwert dar und wäre

---

<sup>67</sup> Baumann, § 3, Rn. 19f.

<sup>68</sup> Jescheck, § 7, S. 46f.

<sup>69</sup> Baumann, a.a.O.

<sup>70</sup> Prittowitz, S. 402f.

dieser Ansicht zufolge aus dem Kriminalstrafrecht auszuscheiden. Es handelt sich vielmehr um eine normale menschliche Schwäche, wenn jemand seinem Hund zum Beispiel aus Bequemlichkeit keinen Maulkorb anlegt.

## 2. Kritik und Grenzen der Entkriminalisierung

Demgegenüber wird jedoch Kritik an der im Vordringen befindlichen Tendenz, Straftaten durch Überführung in das Ordnungswidrigkeitenrecht zu entkriminalisieren, geäußert. So lasse sich mittelfristig eine negative Auswirkung auf das Strafrecht im allgemeinen ausmachen, da häufig verkannt wird, dass auch das Ordnungswidrigkeitenrecht dem Grundsatz der Subsidiarität unterworfen ist.<sup>71</sup> Es müsse deshalb verstärkt danach gefragt werden, welche außerhalb des Strafrechts im engeren wie im weiteren Sinne liegenden Lösungsmodelle in Betracht kommen. So genügen unter Umständen bereits die existierenden bürgerlichrechtliche Regelungen aus, um den Zweck zu erreichen.<sup>72</sup> Allerdings sind offensichtlich die Alternativen, wie sie etwa bereits die Schadensersatzregelung des BGB enthält, nicht geeignet, ohne ergänzende Sanktionen dem Problem von Unfällen durch Kampfhunde zu begegnen.

Gleichzeitig ist zu berücksichtigen, dass der Entkriminalisierung verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt sind. So müsse dem Kriminalstrafrecht auch weiterhin ein harter Kernbereich besonders schweren Unrechts vorbehalten bleiben.<sup>73</sup> Ein solcher besonderer Unrechtsgehalt, wie er bereits bei einem Mindestgrad konkreter Gefährdung angenommen werden müsste,<sup>81</sup> ist hier jedoch nicht erfüllt.

## 3. Zwischenergebnis

Eine Sanktionierung des Führens eines Hundes ohne Maulkorb in der Öffentlichkeit als Straftat ist daher bereits als nicht erforderlich abzulehnen und stattdessen die Schaffung eines Tatbestandes im Ordnungswidrigkeitenrecht zu begrüßen.

## **III. Verhältnismäßigkeit**

Aber selbst wenn man die Erforderlichkeit noch bejahen wollte, müsste nach einer Verhältnismäßigkeitsprüfung festgestellt werden können, dass die mit der

---

<sup>71</sup> Weber, ZStW 1980, 318.

<sup>72</sup> Günther, JuS 1978, 12.

<sup>73</sup> BVerfGE 27, 18 (28); Göhler, vor § 1, Rn. 8. <sup>81</sup> Maurach, § 1, Rn. 32.

Anwendung von Kriminalstrafrecht verbundenen Vorteile deutlich vor den Nachteilen überwiegen.<sup>74</sup>

Vor allem Zweckmäßigkeitserwägungen sprechen gegen eine Wertung des Verhaltens des Hundebesitzers als Straftat und für eine Beurteilung als Ordnungswidrigkeit. So sind die Verstöße im Bußgeldverfahren prozessual einfacher zu bewerten. Ferner zeichnet sich eine regelmäßig mit der betroffenen Materie befasste Verwaltungsbehörde durch ihre größere Sachkompetenz aus.<sup>75</sup>

#### **IV. Ergebnis**

Der Strafgesetzgeber überschreitet somit die ihm in seiner Entscheidungsfindung aus Zweckmäßigkeitserwägungen oder der Verfassung gesetzten Grenzen, wenn er ein solches Verhalten wie das des Führens eines Kampfhundes ohne Maulkorb in der Öffentlichkeit bestrafen wollte.

#### **C. Gesamtergebnis**

Mithin ist eine Würdigung dieses Verhaltens als Straftat abzulehnen.

---

<sup>74</sup> Mitsch, § 4, Rn. 15.

<sup>75</sup> Jescheck, § 7, S. 51f.